

MARCO AURÉLIO SCAMPINI SIQUEIRA RANGEL

A Prova no processo eleitoral

O direito probatório no contencioso cível eleitoral

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Associado Dr. Paulo Henrique dos Santos
Lucon

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

MARCO AURÉLIO SCAMPINI SIQUEIRA RANGEL

A Prova no processo eleitoral

O direito probatório no contencioso cível eleitoral

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Rangel, Marco Aurélio Scampini Siqueira
A Prova no processo eleitoral: o direito
probatório no contencioso cível eleitoral ; Marco
Aurélio Scampini Siqueira Rangel ; orientador Paulo
Henrique dos Santos Lucon -- São Paulo, 2020.
278 f.
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Processo Civil. 2. Eleitoral. 3. Provas. I.
Lucon, Paulo Henrique dos Santos, orient. II. Título.

Nome: RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira.

Título: A Prova no processo eleitoral – O direito probatório no contencioso cível eleitoral

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____
Instituição: _____
Julgamento: _____

Ao meu padrinho José Fernando Ferreira, que não verá o resultado deste trabalho, mas foi essencial para a sua concretização.

(In memoriam)

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer ao meu estimado orientador, Paulo Henrique dos Santos Lucon, por ter me acolhido como orientando no curso de pós-graduação e ser sempre disponível e solícito durante toda essa jornada. Obrigado por compartilhar seu escasso tempo e seus preciosos ensinamentos.

Aos professores que aceitaram o convite para compor a banca de defesa da tese, pela disposição de debater as ideias aqui ventiladas e trazer suas contribuições para a discussão desse tema que me é caro.

Aos professores com os quais tive oportunidade de aprender no nas disciplinas da pós-graduação, que foram verdadeiros mestres e ensinaram muito mais do que direito na forma de transmitir seus inesquecíveis ensinamentos.

Aos amigos e processualistas Thiago Siqueira, Carlos Frederico Bastos e Francisco Machado, que estiveram sempre disponíveis para debater ideias e doar um pouco de seu tempo para que essa tese fosse elaborada.

Ao meu sogro, Mauro, por apoiar meus projetos e se mostrar sempre interessado no seu desenvolvimento e evolução.

À minha madrinha Lea, que esteve ao meu lado desde os primeiros passos, sempre estimulando a minha curiosidade e interesse pela busca de conhecimento.

Aos amados meus pais Ana e Gil, obrigado por me apoiarem, desde o começo. Por estarem sempre na torcida e por terem me dado apoio, lições e condições indispensáveis para que pudesse chegar até aqui.

Por fim, a Jana, por todo amor, cumplicidade e suporte ao longo desses três anos. Obrigado pela compreensão em todos os momentos de convívio que foram sacrificados e longas noites sem dormir. E, obrigado por ser minha maior incentivadora e abraçar meus projetos com a mesma intensidade que faz com os seus.

*“The truth is rarely pure and never simple. Modern life
would be very tedious if it were either, (...)”*
(WILDE, Oscar. “The Importance of Being Earnest”)

RESUMO

RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. **A Prova no processo eleitoral: O direito probatório no contencioso cível eleitoral**. 2020. 277 f. Tese (Doutorado em Processo Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O presente estudo foi realizado mediante averiguação bibliográfica de legislação, doutrina e jurisprudência pátrias e estrangeiras, no âmbito do direito processual eleitoral, voltada à análise do direito probatório nesse ramo do processo civil. O estudo adota como premissas básicas o fato de que o processo civil eleitoral é dotado de características próprias que impõem uma compreensão própria dos diversos institutos e aspectos do processo civil, sendo essa análise voltada à questão probatória. Ao longo do estudo são fixadas premissas tais quais a natureza coletiva do processo civil eleitoral, a existência de procedimentos de natureza sancionatória e necessidade de observância da principiologia a eles subjacente e a imposição da adoção de standards probatórios próprios a fim de compatibilizar a atividade instrutória no processo civil eleitoral com a proteção do bem jurídico tutelado. A partir disso, são abordadas as consequências que essa compreensão sistêmica do direito probatório eleitoral terá sobre os diversos aspectos do processo como o ônus da prova, a iniciativa probatória do juiz, a prova pré-constituída, a prova emprestada e o tratamento das provas em espécie no processo civil eleitoral.

Palavras-chave: 1. Processo Civil; 2. Eleitoral; 3. Provas.

ABSTRACT

RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. **The Evidence in electoral procedure: Evidence law in electoral civil procedure.** 2020. 277 f. Tese (Doutorado em Processo Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

The present study was conducted based on a bibliographic review of national and foreign legislation, doctrine and case law, within the scope of electoral procedural law, focused on the analysis of evidence law in this branch of civil procedure. The study adopts as basic premises the fact that the electoral civil procedure is endowed with its own characteristics that impose a proper understanding of the various institutes and aspects of the civil procedure, and this analysis focuses on the probative issue. The study establishes premises such as the collective nature of the civil electoral procedure, the existence of sanctioning procedures and the need to comply with the underlying principles and the imposition of the adoption of its own evidentiary standards in order to make the probative activity compatible with electoral civil procedure with the protection of the electoral legal interest. From this point, the study aims to analyze the consequences that this systemic understanding of electoral probative law will have on the various aspects of the process such as the burden of proof, the probative initiative of the judge, the pre-constituted proof, the evidence transportation and the treatment of the each type of evidence in the electoral civil procedure.

Keywords: 1. Civil Procedure; 2. Electoral; 3. Evidence.

RIASSUNTO

RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. **Le Prove nella procedura elettorale: la legge sulle prove nella procedura civile elettorale.** 2020. 277 f. Tese (Doutorado em Processo Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Il presente studio è stato condotto sulla base di una revisione bibliografica della legislazione, della dottrina e della giurisprudenza, nazionale e straniera, nell'ambito del diritto processuale elettorale, incentrato sull'analisi del diritto delle prove in questo ramo della procedura civile. Lo studio adotta come premessa di base il fatto che la procedura civile elettorale è dotata di proprie caratteristiche che impongono una corretta comprensione dei vari istituti e aspetti della procedura civile, e questa analisi si concentra sulla questione probatoria. Lo studio stabilisce premesse come la natura collettiva della procedura elettorale civile, l'esistenza di procedimenti sanzionatori e la necessità di rispettare i principi sottostanti e l'imposizione dell'adozione dei propri standard probatori al fine di rendere l'attività probatoria compatibile con quella procedura civile elettorale a tutela dell'interesse legale elettorale. Da questo punto, lo studio mira ad analizzare le conseguenze che questa comprensione sistemica della legge probatoria elettorale avrà sui vari aspetti del processo come l'onere della prova, l'iniziativa probatoria del giudice la prova precostituita, la circolazione della prova e il trattamento di ciascun tipo di prova nell'ambito della procedura civile elettorale.

Parole chiave: 1. Procedura civile; 2. Elettorale; 3. Prove.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
PLANO DE TRABALHO.....	15
PARTE I – PROVA NO PROCESSO CIVIL ELEITORAL.....	17
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE PROVA	17
1.1. DEFINIÇÃO DE PROVA.....	19
1.2. RELAÇÃO ENTRE PROVA E VERDADE	23
1.3. STANDARDS PROBATÓRIOS	28
1.3.1. <i>Preponderância da prova</i>	35
1.3.2. <i>Prova clara e convincente</i>	37
1.3.3. <i>Prova além da dúvida razoável</i>	39
1.3.4. <i>Os standards no direito brasileiro</i>	40
1.4. O DIREITO À PROVA.....	44
1.4.1. <i>Natureza constitucional do direito à prova</i>	47
1.5. A PROVA NO CPC/15.....	50
1.5.1. <i>Dever de fundamentação</i>	56
1.5.2. <i>Poderes Instrutórios do Juiz</i>	60
2. DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL	68
2.1. JUSTIÇA ELEITORAL	68
2.2. JUDICIALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES.....	81
2.3. PROCESSO CIVIL ELEITORAL	85
2.4. PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL ELEITORAL	88
2.4.1. <i>Tipicidade eleitoral</i>	89
2.4.2. <i>Adequação do processo ao calendário eleitoral</i>	91
2.4.3. <i>In dubio pro suffragio</i>	94
2.5. NATUREZA COLETIVA DO PROCESSO CIVIL ELEITORAL	96
2.5.1. <i>Bem jurídico de natureza coletiva tutelado</i>	96
2.5.2. <i>Mudança de paradigma com a Constituição Federal de 1988</i>	102
2.5.3. <i>Legitimação extraordinária</i>	105
2.5.4. <i>Reforma eleitoral de 2015 e aproximação com o processo coletivo pela via legislativa</i>	110
2.5.5. <i>Processo Civil Eleitoral e microssistema do processo coletivo</i>	112
2.6. PROCESSO ELEITORAL SANCIONADOR.....	114
2.6.1. <i>Ações civis eleitorais sancionatórias e não-sancionatórias</i>	118
2.6.2. <i>Influência dos princípios do processo penal</i>	121
3. PROVA CIVIL ELEITORAL.....	127

3.1. TRATAMENTO LEGAL DA PROVA CIVIL ELEITORAL	127
3.2. OBSTÁCULOS DA PROVA ELEITORAL	130
3.2.1. <i>Fator tempo</i>	131
3.2.2. <i>Produção da prova no contexto da disputa eleitoral</i>	133
3.2.3. <i>Dificuldade de apuração dos atos de corrupção</i>	135
3.3. DIREITO À PROVA NO PROCESSO ELEITORAL	137
3.4. STANDARD PROBATÓRIO ELEITORAL	142
3.4.1. <i>Elementos do direito eleitoral e a formação dos standards probatórios</i>	143
3.4.2. <i>Standards probatórios eleitorais</i>	146
4. CONCLUSÕES PARCIAIS	154
PARTE II – REFLEXOS DO TRATAMENTO ADEQUADO DA PROVA CIVIL ELEITORAL	156
1. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ ELEITORAL.....	156
1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES E O CPC/15	156
1.2. PRESERVAÇÃO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ ELEITORAL.....	161
1.3. INICIATIVA PROBATÓRIA NO PROCESSO ELEITORAL	166
1.4. A ADEQUADA INTERPRETAÇÃO DO ART. 23 DA LC 64/90	170
2. ÔNUS DA PROVA	178
2.1. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO ELEITORAL.....	178
2.2. ÔNUS DA PROVA E PRINCÍPIO DO <i>IN DUBIO PRO SUFRAGIO</i>	180
2.3. ÔNUS DA PROVA NOS PROCESSOS ELEITORAIS DE CARÁTER SANCIONATÓRIO.....	182
2.4. DECISÃO COM BASE EM ÔNUS DA PROVA E IDEAL DA JUSTIÇA ELEITORAL	183
2.5. DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	186
3. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.....	195
3.1. RELEVÂNCIA DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA NO PROCESSO CIVIL ELEITORAL.....	195
3.2. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS	198
3.3. ATA NOTARIAL	202
3.4. INQUÉRITO CIVIL ELEITORAL	205
4. PROVA EMPRESTADA.....	214
4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	214
4.2. A COMPATIBILIZAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA COM O PROCESSO CIVIL ELEITORAL	217
5. PROVAS EM ESPÉCIE.....	223
5.1. PROVA DOCUMENTAL	223
5.1.1. <i>Documentos eletrônicos</i>	225
5.1.2. <i>Arguição de falsidade</i>	228
5.1.3. <i>Exibição de documentos</i>	230

5.2. PROVA ORAL.....	232
5.2.1. <i>Prova testemunhal singular</i>	238
5.3. PROVA PERICIAL.....	240
5.3.2. <i>Prova técnica simplificada</i>	242
5.4. INSPEÇÃO JUDICIAL	243
6. CONCLUSÕES FINAIS	245
REFERÊNCIAS.....	251

INTRODUÇÃO

O estudo que ora nos propomos a desenvolver terá como objeto o direito probatório no processo civil eleitoral e as características próprias desse ramo do direito que impõem um tratamento particularizado em matéria de provas, como forma de compatibilização com as regras e princípios nele vigentes.

Ao longo das diversas fases pelas quais o direito processual passou, nunca se pôde perder de vista a noção instrumental do processo judicial. No momento atual, em razão da complexidade das relações humanas, o processo vem se especializando cada vez mais de acordo com o ramo do direito tutelado. De forma que, além da clássica divisão entre processo civil e processo penal, diversos outros ramos vêm surgindo ao longo das últimas décadas. E, ao que compete a este estudo, o ramo do processo eleitoral, mais especificamente, processo civil eleitoral, veio ganhando relevância nos últimos anos.

Cada vez mais, os estudiosos do direito têm reconhecido a necessidade de um tratamento particularizado do processo civil eleitoral, a partir de suas peculiaridades e com vista ao bem jurídico tutelado, que possui íntima relação com o próprio regime democrático no qual as sociedades atuais, em sua maioria, se baseiam.

É importante notar que essa atenção dada ao estudo do processo civil eleitoral, de maneira autônoma, não se deve a um interesse repentino sobre um tema até então pouco explorado. Em verdade, é possível afirmar que esse movimento é um reflexo da relevância que a própria Justiça Eleitoral ganhou nos últimos anos, acompanhando o protagonismo ao qual foi alçado todo o Poder Judiciário.

Há poucos anos a compreensão da população em geral sobre o papel da Justiça Eleitoral se limitava à realização das eleições. No entanto, em virtude de uma série de acontecimentos no cenário político nacional, nunca a atividade jurisdicional da Justiça Eleitoral esteve tão em voga. Concentrando a análise da atuação do TSE, para não falar da atuação das outras esferas da Justiça Eleitoral,

a população passou a acompanhar diversos processos de grande relevância que tramitaram nessa corte, com consequências relevantes no cenário nacional.

Desde os embates jurídicos relativos à Lei da Ficha Limpa até o julgamento das ações movidas em face da então Presidente da República e de seu Vice¹, o TSE tem ocupado importante espaço nos noticiários e na vida política brasileira. Isso se deve a um forte movimento de judicialização da política, o qual será tratado de maneira mais aprofundada no desenvolvimento do presente estudo, que alçou a Justiça Eleitoral a esse posto de destaque e despertou o interesse no estudo do tema.

O aumento da litigiosidade pré-eleitoral e pós-eleitoral reflete um contexto de acirramento dos ânimos da política nacional que não fica mais restrito à disputa eleitoral propriamente dita. Desde a redemocratização nunca houve um momento em que o clima da disputa eleitoral se mantivesse presente mesmo nos períodos entre eleições, o que impõe um maior desafio para a Justiça Eleitoral no controle da regularidade do processo democrático.

Nesse contexto de maior atuação das Cortes Eleitorais, alguns debates começam a ser travados, seja com relação às normas de direito material, seja com relação ao direito processual. No presente estudo o que se pretende focar é o regramento probatório pertinente ao direito processual civil eleitoral, o que se justifica em razão da destacada relevância do direito probatório para o processo eleitoral.

Diversas razões serão expostas no decorrer da análise, mas a título introdutório é possível ressaltar dois aspectos que tornam imprescindível um tratamento mais apurado da prova civil eleitoral. O primeiro deles é a dificuldade de apuração dos fatos inerente às condutas irregulares no âmbito eleitoral. Visto que, como regra, os agentes envolvidos em irregularidades eleitorais atuarão no sentido de esconder a sua prática e dificultar a apuração devida dos fatos. Além disso, os exíguos prazos impostos às demandas eleitorais também contribuem para tornar a atuação do julgador, especialmente em relação à colheita de provas, ainda mais complexa.

¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358, Relator Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 12 de setembro de 2018.

Um segundo aspecto que justifica o tratamento do tema é a recente promulgação do novo Código de Processo Civil, com suas consequentes alterações nas normas processuais vigentes e, especificamente, sobre as normas em matéria de provas. Alguns autores já se dedicaram a estudar os impactos do CPC/15 sobre o processo eleitoral,² no entanto, ainda há muito o que se analisar, especialmente em matéria de provas.

Questões como a utilização da prova emprestada nos procedimentos eleitorais, a produção antecipada de prova e a os limites dos poderes instrutórios do juiz eleitoral carecem de um tratamento sistematizado, com enfoque no direito eleitoral e suas características próprias. Pois, a simples adoção das normas processuais previstas no processo civil eleitoral não é adequada à tutela dos direitos em jogo nas ações eleitorais.

O tratamento das provas como feito pelo código de processo civil somente se mostra adequado quando o que está sob análise são direitos de índole individual. Visto que, a tutela de interesses de natureza coletiva, em especial os eleitorais, que versam sobre a regularidade do processo eleitoral, demanda a compatibilização com um conjunto normativo e principiológico que implicará consequências como uma maior participação do juiz na colheita de prova e maior rigor na sua análise.

Como será devidamente analisado, a aplicação direta de normas processuais elaboradas para solucionar litígios individuais e que se desenvolvem em um contexto substancialmente diverso do ambiente de disputa eleitoral, inviabiliza o trâmite das demandas eleitorais e traz graves consequências à segurança jurídica e previsibilidade que se exige das regras processuais.

² Entre os trabalhos que se dedicaram à analisar as consequências do novo CPC ao Processo Civil Eleitoral, cabe citar alguns: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016; JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017; LIBERATO, Ludgero. RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. **A aplicação subsidiária do CPC ao contencioso eleitoral antes e depois do advento do CPC/2015**. Revista dos Tribunais. p. 47-72. vol. 993/2018. jul./2018; TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016; REIS, Marlon. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. MATEUS, Laudo Natel. **Processo eleitoral e o novo CPC – aplicação imediata**. Salvador: Juspodivm, 2016; STOCO, Rui. STOCO, Leandro de Oliveira. **Legislação eleitoral interpretada – Doutrina e Jurisprudência**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Plano de Trabalho

O trabalho será dividido em duas partes de maneira a facilitar a compreensão do tema e a posterior consulta a temas específicos. Na primeira parte (Parte I – A Prova no Processo Civil Eleitoral), serão fixadas as premissas teóricas relativas à Prova no âmbito do Direito Processual Civil. Definições básicas como conceito de prova, a relação entre prova e verdade e o direito à prova serão objeto de considerações preliminares. Ainda, a questão relativa aos *standards* probatórios será devidamente analisada, dada sua relevância para o tema desenvolvido.

Na sequência, o estudo se voltará ao direito processual eleitoral e suas regras próprias. Nesse ponto é que temas como a divisão entre o processo civil e o processo penal eleitoral, a judicialização das eleições e a natureza coletiva do processo civil eleitoral serão aprofundados. Além das ações eleitorais cíveis de caráter sancionatórios, não só por demandarem tratamento diferenciado, mas em razão das relevantes consequências que tal tratamento acarreta para a produção e valoração das provas.

Por fim, encerrando a primeira parte do trabalho, todas as premissas anteriormente fixadas serão utilizadas para possibilitar a consolidação de uma compreensão mais ampla da prova civil eleitoral, considerando desde o bem jurídico tutelado até os obstáculos da colheita de provas. Nesse ponto do trabalho é que serão fixados os *standards* probatórios eleitorais, cuja relevância se destaca em favor da racionalização da tomada de decisão pelos magistrados e do relevante papel para o controle social da atuação do Poder Judiciário.

Na segunda parte (PARTE II – Reflexos do Tratamento Sistematizado da Prova Civil Eleitoral), as premissas anteriormente fixadas serão aplicadas aos diversos aspectos do direito probatório, de forma a consolidar a sistematização anteriormente proposta e testar as ideias ventiladas, com o objetivo de assegurar a coerência da tese como um todo.

Os primeiros aspectos analisados serão a iniciativa probatória do juiz eleitoral, na qual se destacam a necessidade de preservação da imparcialidade do juiz eleitoral e a definição dos limites para sua atuação, em um contexto de disputa eleitoral. Além disso, também será abordado o ônus da prova, através de sua relação com o princípio do *in dubio pro suffragio*, as demandas eleitorais civis

sancionatórias e os objetivos inerentes à atuação da Justiça Eleitoral. Bem como, será debatida a possibilidade de utilização de instrumentos como a dinamização do ônus da prova.

Em seguida, será abordada a relevância da prova pré-constituída para o processo civil eleitoral. Tema que ganhou ainda mais destaque após as mudanças sofridas no regramento da produção antecipada de provas com o advento do CPC/15. Além disso, a questão relativa ao Inquérito Civil Eleitoral, sua constitucionalidade e adequação às peculiaridades do processo eleitoral também serão objeto de tratamento. Bem como a utilidade da ata notarial no contencioso cível eleitoral.

Dando continuidade ao estudo, será apreciada a prova emprestada e sua compatibilização com o processo eleitoral. A necessidade de preservação do contraditório e o empréstimo de provas oriundas de processos e inquéritos criminais também serão analisados, a fim de delimitar os limites para esse instrumento.

Também alguns aspectos das provas em espécie que se mostram relevantes analisar, como o incidente de falsidade de documentos, a rejeição da prova testemunhal singular e a prova técnica simplificada e suas aplicações, serão postos em debate e confrontados com as premissas delineadas na primeira parte.

Durante o desenvolvimento do trabalho foram referenciados alguns julgados de forma a evidenciar como as Cortes Eleitorais têm abordado o tema da prova, e demonstrar que, embora haja várias decisões que estejam de acordo com as posições defendidas neste estudo, há uma necessidade de consolidação de um tratamento sistematizado e uniforme ao direito probatório civil eleitoral, a fim de garantir previsibilidade e transparência à atuação do juiz eleitoral, valores essenciais à tomada de decisão de uma esfera dos poderes que tem a aptidão para se contrapor à vontade popular manifesta nas urnas.

Dessa forma, o que se pretende com é demonstrar que as peculiaridades do processo civil eleitoral, advindas em grande parte da natureza do bem jurídico tutelado, irão influenciar de maneira substancial no direito probatório eleitoral. Nesse sentido, a produção, análise e valoração das provas no contencioso eleitoral deve se pautar por premissas próprias, não sendo possível a mera importação de regras oriundas do processo civil tradicional.

PARTE I – PROVA NO PROCESSO CIVIL ELEITORAL

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE PROVA

O estudo proposto demanda, inicialmente, a fixação de algumas premissas oriundas da teoria geral da prova, visto que os diferentes conceitos servirão como base para o desenvolvimento das ideias aqui analisadas. Não se pretende, sob pena de desvirtuar o objetivo do estudo desenvolvido, uma análise vertical de todas essas premissas, bastando para o que se presta a delimitação dos conceitos com breves apontamentos sobre o estado atual da doutrina.

Em razão da divisão na abordagem dos temas, algumas premissas teóricas serão enfrentadas incidentalmente, à medida que assuntos como ônus da prova, iniciativa probatória do juiz e prova emprestada forem enfrentados. Por essa razão, neste capítulo serão definidas as premissas relativas ao conceito da prova, sua relação com a ideia de verdade e seu enfoque sob o ponto de vista do direito subjetivo das partes. Na sequência será feita uma breve análise a respeito dos standards probatórios. Além disso, as implicações das alterações advindas com o CPC/15 também serão abordadas, em especial sob os aspectos que geram maiores repercussões tema analisado.

Mas, antes de adentrar na exposição de tais premissas, é necessário destacar o papel da prova na atividade jurisdicional - seja ela na esfera cível, penal ou eleitoral. Isso porque, os processos que se desenvolvem perante o Poder Judiciário, em sua maioria, giram em torno de fatos.³ No entanto, quem deve decidir com base em tais fatos – o Juiz - começa o processo em desvantagem em relação às partes, que estão, ao menos em tese, envolvidas diretamente com os eventos narrados. É, através dos elementos de prova que o juiz terá condições de formar sua convicção sobre o que lhe fora relatado.⁴

³ “In most litigation, facts are in dispute”. KEANE, Adrian. MCKEOWN, Paul. **The modern law of evidence**. ed.12. Oxford: Oxford University Press, 2018.

⁴ “As provas fornecem ao juiz os elementos necessários para a reconstrução, em juízo, de acontecimentos passados, com a finalidade de que ele possa formar seu próprio convencimento sobre a verdade ou não dos fatos históricos alegados pelas partes” (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. Coleção Temas Atuais do Direito Processual Civil. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 49) No mesmo sentido: “(...) la prova è lo strumento per mezzo del quale il giudice può accertare la verità dei fatti su cui verte la decisione” (TARUFFO, Michele. Il concetto di ‘prova’ nel diritto processuale. **Revista de processo**. vol. 229, mar. 2014, p. 75)

A prova possui, portanto, a função (interna) de propiciar o conhecimento dos fatos alegados,⁵ o que se converte, ao final, na própria efetivação do direito com relação ao qual a tutela jurisdicional fora demandada, e uma função externa, ligada à legitimação social do exercício do poder jurisdicional.⁶ Isso porque, como afirma Hernando Devis Echandia, sem as provas os direitos subjetivos seriam, frente a terceiros, simples aparência, sem solidez e sem eficácia alguma distinta daquela que se pode obter por mão própria ou pela condescendência dos demais.⁷ De forma que, não há dúvidas que a prova possui papel central na efetivação própria da tutela jurisdicional.

Nessa medida, os sistemas probatórios modernos partem da premissa de que quanto mais assegurada pelas provas estiver uma alegação, mais provável é que ela seja verdadeira⁸ e, portanto, maior a segurança do magistrado para julgar a demanda. Isso porque, a superação de modelos de julgamento a partir de premissas sobrenaturais, com base em juramentos perante uma divindade entre outros procedimentos supersticiosos,⁹ e a superação da desconfiança na atuação do magistrado que o limitava a um mero repetidor da lei, passou a demandar um procedimento de colheita de provas defensável do ponto de vista epistemológico.

Assim, é possível comparar a atividade decisória do juiz, notadamente sobre o ponto de vista probatório, com a tomada de decisões clínicas realizada por um médico. Visto que, seja do ponto de vista da incompletude das provas trazidas, seja pela exigência de uma tomada de decisão em curto espaço de tempo¹⁰ ou, por fim, seja pelas limitações de recursos materiais e humanos, as duas tomadas de

⁵ CAMBI, Eduardo. **A prova civil – Admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 17.

⁶ Também nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover aponta a existência de um caráter social na instrução probatória, na medida que em “objetivam, de forma mais ampla, justificar perante a sociedade a decisão que vier a ser adotada” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências sobre provas ilícitas. Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 454)

⁷ ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría General de Prueba Judicial**. Buenos Aires: Zavalia, 1972. p. 12

⁸ HAACK, Susan. **Evidence Matters – Science, proof and truth in the Law**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 2.

⁹ Para mais detalhes: HAACK, Susan. op. cit.

¹⁰ “La necesidad de adoptar una decisión em um lapso temporal relativamente corto y, especialmente, de que esa decisión adquiera carácter definitivo hace especialmente necesario que se cuente com los medios necesarios para que la información disponible para el juez em el momento de decidir se alo más rica possible” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 38)

decisão em muito se aproximam.¹¹

A analogia estabelecida vai além de uma simples comparação aleatória. Ela tem como objetivo destacar o fato de que a estrutura fundamental da prova judicial não está totalmente afastada dos demais ramos da ciência. E, que por tal razão, é possível exigir elementos de controle racional dessa atividade, pondo-se em cheque a ideia de que a atividade instrutória no bojo de um processo é *suis generis* e sobre ela não é possível estabelecer parâmetros mais seguros de controle da decisão judicial.

Sob essa perspectiva, portanto, é que o trabalho se desenvolverá. A fixação de parâmetros para a valoração da prova pelo magistrado, não só é possível como é desejável. Na medida em que, ao estabelecer diretrizes para a sua atuação haverá maior previsibilidade e a possibilidade de um controle externo da atuação do judiciário mais eficiente. O que, como se verá adiante, possui especial importância no processo civil eleitoral.

1.1. Definição de prova

Das premissas teóricas em matéria probatória, logicamente, faz-se necessário analisar, antes de qualquer outra, o conceito de prova. Além de uma perspectiva meramente acadêmica, o conceito de prova apresenta grande relevância, pelo simples fato de que, como dito, a prova é um dos elementos mais importantes de todos as espécies de processo, no qual, o juiz deve verificar a veracidade ou falsidade de determinado enunciado.¹² De forma que, é essencial sua delimitação, para que sejam ultrapassados eventuais ruídos de comunicação que possam dificultar tanto a interpretação da lei pelos operadores do direito, quanto os seus diálogos com a doutrina.

Este tópico ganha ainda mais relevo pelo fato de que o vocábulo prova possui mais de um significado, seja na ciência jurídica, seja em outras áreas do conhecimento.¹³ É possível identificar a utilização da mesma palavra para se referir

¹¹ Para maior detalhamento sobre a analogia estabelecida: BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 49-52.

¹² TARUFFO, Michele. Il concetto di 'prova' nel diritto processuale. **Revista de processo**. vol. 229, mar. 2014, p. 75.

¹³ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processual civile**. Napoli: Jovene, 1994. p. 446.

“à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz)”.¹⁴

Embora essa plurissignificação não seja exclusividade do nosso idioma,¹⁵ sistemas jurídicos como o inglês e o americano, possuem mais de uma palavra para descrever o fenômeno. São elas: *evidence* e *proof*. Sendo a primeira delas voltada a descrever qualquer coisa que possa trazer ao processo indicação a respeito da existência de um fato, se aproximando ao conceito de meio de prova¹⁶ – que será oportunamente analisado. Ao passo que, *proof* se refere ao resultado de todo o processo de instrução, a conclusão que se chega a respeito de determinada alegação trazida pelas partes.¹⁷ Peculiaridade, apontada por Michele Taruffo, de tais ordenamentos é o fato de não haver uma palavra específica para se referir ao procedimento de aquisição/formação da prova, lacuna que tanto no direito brasileiro quanto no italiano é preenchida pelo próprio vocábulo “prova”.

Retomando a análise do vocábulo em nosso idioma, e a fim de destrinchar os diversos significados que podem ser atribuídos ao vocábulo em questão, parte da doutrina, como se viu em trecho anteriormente transcrito, procede à divisão das acepções em três principais: a) Atividade; b) Meio e c) Resultado.¹⁸

Por prova enquanto atividade deve-se entender como o conjunto de atos

¹⁴ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. Coleção Temas Atuais do Direito Processual Civil. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 47.

¹⁵ A mesma situação é relatada nos ordenamentos italiano e espanhol, para ficar adstrito aos dois exemplos. (TARUFFO, Michele. Il concetto di ‘prova’ nel diritto processuale. **Revista de processo**. vol. 229, mar. 2014, p. 75; OVIEDO, Álvaro Bertel. **Derecho probatorio - Partes general y especial**. Bogotá: Ibañez, 2009. p. 3; BONATTO, Giovanni. Il sistema probatorio nel processo civile italiano. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, jul./dez. 2017, p. 165-188).

¹⁶ TARUFFO, Michele. op. cit. p. 75.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Essa forma de abordagem é encontrada em diversos trabalhos acadêmicos, dentre os quais: TARUFFO, Michele. op. cit. p. 75; CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. Coleção Temas Atuais do Direito Processual Civil. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 48; GRECO, Leonardo. Conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.) **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 368; AMARAL, Paulo Osternack. **Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 31. Antônio Magalhães Gomes Filho se refere às três acepções como: a) demonstração; b) experimentação; c) desafio. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz. (org.) et al. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p. 305)

praticados pelos diversos atores do processo – juiz e partes – que visam ao final a reconstrução dos fatos narrados pelas partes para sustentar suas pretensões no feito. Assim, não é incomum frases do tipo “a parte deverá provar as suas alegações” ou “a audiência de instrução tem como finalidade provar os fatos através da prova oral”.

Ao seu turno, “prova” enquanto meio está vinculada à própria ideia dos “meios de prova”. De forma que, nessa acepção, prova é “qualquer elemento que possa ser utilizado para estabelecer a verdade dos fatos da causa”.¹⁹ Trata-se de acepção bastante difundida, por exemplo, nos meios não jurídicos, visto que usualmente as pessoas se referem aos meios de prova como simplesmente prova, “tenho provas de que o que digo é correto”, “as provas dos autos são suficientes para atestar a veracidade dos fatos alegados”, entre outras frases muito comumente utilizadas.

Por fim, prova como resultado seria, essencialmente, sinônimo da convicção formada a partir das “provas” colhidas no processo, através dos procedimentos probatórios legalmente previstos. Dessa forma, quando se diz que “algo restou provado nos autos” o que se afirma é que a partir dos diversos elementos de prova colhidos no curso do processo ou trazidos pelas partes o magistrado, que é tradicional visto como destinatário final da instrução probatória, formou sua convicção pela veracidade ou não dos fatos alegados pelas partes.

Não obstante todas as construções possíveis sobre o significado do vocábulo prova, como observam Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Arenhart, é possível constatar que sempre está presente a “vinculação à ideia de que a prova se destina ao passado, à reconstrução de um fato pretérito ou, enfim, à verificação desse fato, (...)”.²⁰ O que nos remete ao afirmado alhures com relação ao papel da prova no processo judicial.

Ao longo do desenvolvimento desta tese, a utilização do vocábulo, em homenagem à tradição do nosso ordenamento jurídico, se dará conforme o contexto, de acordo com o que foi acima esclarecido. Não desconhecendo, a

¹⁹ TARUFFO, Michele. Trad. COUTO, João Gabriel. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 15.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 71.

existência de objeções na doutrina quanto à utilização indiscriminada da expressão,²¹ mas aderindo à tradição bem difundida de utilização do termo “prova”. Especialmente, em razão do fato de não haver, ao menos na maior parte dos casos, prejuízo para a compreensão da mensagem em razão da plurissignificação do termo.

Ainda sobre o conceito de prova, é importante tratar da relação da prova com o processo. Isso porque, tradicionalmente a doutrina processualista vincula a prova em sentido estrito àquela produzida no bojo de um processo judicial.²² Tal delimitação do conceito se deve ao fato de que, como regra, a prova é vista da perspectiva do julgado, voltada ao seu convencimento. No entanto, como se verá oportunamente ao tratar do direito à prova,²³ essa ideia gradativamente, vem sendo superada.

Conforme defende Flávio Luiz Yarshell, a vinculação entre prova e o julgamento estatal, ignorando seus outros aspectos, mostra-se como uma visão limitada do fenômeno probatório.²⁴ De forma que, é plenamente defensável e desejável, reconhecer a possibilidade de formação da prova fora do processo, sem negar, contudo, a sua natureza processual, sua íntima relação com o processo.

Os reflexos dessa ponderação serão observados ao longo do trabalho, na medida em que, também àqueles elementos colhidos fora de um processo judicial será admitida a utilização da expressão prova para retratá-los. Mesmo que já se tenha apontado que não haverá dificuldades de compreensão em razão da adoção da uma mesma palavra com diversas acepções, havendo necessidade a distinção poderá ser feita caso a caso, para tornar indene de dúvidas as posições defendidas ao longo do estudo.

²¹ Nesse sentido, Marcelo José Magalhães Bonizzi destaca que “na doutrina nacional, talvez fosse melhor falar de ‘indícios’ durante o processo e de ‘prova ou evidência’ apenas no momento de julgar, quando é preciso fazer um juízo de valor sobre todo o conjunto probatório existente num dado processo”. Mas, prossegue com a ressalva de que “O presente estudo segue a tradição, já consolidada em nosso país, de utilizar apenas a palavra ‘prova’ para todas as situações” (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil – Teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 21)

²² SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. p. 59; LIEBMAN, Enrico tulio. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962. p. 164.

²³ Vide item 1.4.

²⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25.

1.2. Relação entre prova e verdade

Em momento anterior, já se mencionou que a prova se presta, entre outros propósitos, a auxiliar o juiz na reconstrução dos fatos narrados pelas partes, a fim de que ele possa julgar a demanda a ele proposta, se aproximando ao máximo da verdade dos fatos.²⁵ Tem-se aqui, portanto, a introdução do valor verdade na equação relativa à adequada e justa prestação jurisdicional.²⁶ Sendo importante destacar que na busca da efetivação da tutela jurisdicional a verdade sempre exerceu um papel relevante. E, como destacam Cornelis Van Rhee e Alan Uzelac, poucos, ou nenhum ordenamento jurídico, admitem que o resultado de um processo seja justo independentemente de sua correspondência com a verdade.²⁷

Diante desse fato, é que se torna relevante analisar a relação entre prova e verdade, visto que não só para o tema ora analisado, mas para o processo civil como um todo, se apresentam como elementos cruciais. Jordi Ferrer Beltrán estabelece uma relação teleológica entre prova e verdade, de maneira que “a prova enquanto atividade teria a função de comprovar a ocorrência dos fatos condicionantes as quais o direito vincula consequências jurídicas o que é o mesmo que determinar o valor de verdade das proposições que descrevem a ocorrência desses fatos condicionantes”.²⁸ Em outras palavras, a finalidade da atividade probatória seria determinar a verdade dos fatos narrados pelas partes, a fim de possibilitar ao magistrado uma tomada de decisão baseada nos fatos como ocorreram efetivamente.

²⁵ “(...) a finalidade da instituição jurídica da prova é a busca da verdade sobre a ocorrência de determinados fatos para efeitos de se aplicar a esses, como consequência jurídica, determinadas soluções normativas” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. Tradução Vitor de Paula Ramos. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 33)

²⁶ Nesse sentido: “Uma decisão é verdadeira quando corresponde aos eventos que realmente ocorreram na situação empírica que está na base da controvérsia judicial” (TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 28)

²⁷ “In the pursuit of justice, truth always plays a prominent role. Few if any legal systems are willing to waive the right to claim that the results of their legal processes are fair, just and above all based on the truth. In most legal systems, elaborate rules on the taking of evidence try to guarantee that an accurate, factual basis is used for the application of the law. Such rules are the core of most methods of adjudication” (VAN RHEE, Cornelis Hendrik. UZELAC, Alan. The pursuit of truth in contemporary civil procedure: revival of accuracy or a new balance in favour of effectiveness? In: VAN RHEE, Cornelis Hendrik. UZELAC, Alan. (Coord.) **Truth and Efficiency in Civil Litigation Fundamental Aspects of Fact-finding and Evidence-taking in a Comparative Context**. Cambridge: Intersentia, 2012. p. 3)

²⁸ (Tradução livre) BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 30.

Porém, essas afirmações esbarram em uma calorosa discussão doutrinária a respeito da possibilidade de o processo judicial alcançar a verdade dos fatos. Verdade essa que pode ser entendida, segundo clássica doutrina de Mittermaier, como “a concordância entre um facto real, e a ideia dele representada em nosso espirito”.²⁹ Sobre essa verdade, também designada como “verdade real”, é que recai a divergência entre aqueles que a entendem como absolutamente inalcançável e aqueles que defendem a possibilidade de alcançá-la.

Para aqueles que entendem que a “verdade real” é inalcançável, “a ideia de atingir por meio do processo a verdade real sobre determinado fato acontecido não passa de mera utopia”.³⁰ Alegam que a reconstrução de um fato ocorrido no passado estaria fatalmente contaminada pelos aspectos subjetivos do investigador e que a busca pela verdade real tem servido apenas para alongar o processo em busca de uma reconstrução precisa dos fatos que seria impossível.³¹ Afirmam, ainda, que “a verdade, enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida se esse objeto está no passado, porque não se pode mais recuperar o que já passou”.³²

Parte desse pensamento se funda nas ideias desenvolvidas por Jürgen Habermas de que a verdade é um conceito dialético, construído a partir da argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes.³³ De maneira que, ao fim e ao cabo, “a ‘verdade’ não se descobre, mas se constrói, através da argumentação”.³⁴

²⁹ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. Trad. Alberto Antônio Soares. **Tratado da prova em matéria criminal**. 1 ed. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1871. p. 99. Importa salientar que o aprofundamento no conceito de verdade transbordaria o escopo do presente estudo, razão pela qual foi feita a adoção metodológica de um conceito que se mostra adequado aos fins pretendidos. Visto que, nas palavras de Michelle Taruffo, “não se pode afrontar aqui o insolúvel problema consistente em definir o que é a verdade. É, todavia, possível assumir como válido (concordando com a doutrina filosófica e epistemológica largamente prevalente) o clássico critério proposto por Tarski, segundo o qual o enunciado <<a neve é branca>> é verdadeiro e, e somente se, a neve é branca” (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 104)

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 38.

³¹ Ibidem. p. 45.

³² Ibidem. p. 71.

³³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, entre facticidade e validade – Vol. I**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 48.

Essa visão, contudo, é fortemente combatida por Michele Taruffo, para quem o “*linguistic turn* teve o efeito de extinguir todas as conexões entre a linguagem e o mundo, bem como de mover todo o problema da verdade *para dentro* da dimensão linguística da experiência e do conhecimento”.³⁵ Em tom de crítica, o autor chega a se referir a essa abordagem da verdade como *veriphobia*.³⁶

Na mesma linha de pensamento, Susan Haack sintetiza sua visão sobre a verdade com a afirmação de que “a verdade *É, mesmo que você, ou eu, ou qualquer um pense que é, ou não*”.³⁷ O que dá o tom da divergência que se segue entre as duas correntes. Uma vez que, adotando esse modelo epistemológico de estudo do processo, em especial da questão probatória, “a verdade não é um fim meramente possível ou eventual do processo, mas necessário”.³⁸

Afirmar, no entanto, que a verdade pode ser alcançada por meio do processo judicial não quer dizer, em momento algum, que o processo deve buscá-la indefinidamente, a todo custo. Nem tampouco que o processo somente se completa quando a retratação exata dos fatos como narrados pelas partes se confirma ou é cabalmente refutada.

Isso porque, como qualquer meio de investigação voltado à reconstrução de eventos ocorridos no passado, existem limites naturais que se impõem à instrução probatória realizada em um processo judicial. Dentre os quais se pode destacar o breve lapso temporal ao qual a atividade probatória está circunscrita, e a participação das partes que, interessadas em assegurar seu êxito no feito, não se dedicam, necessariamente, à reconstrução dos fatos tal qual eles ocorreram.³⁹

³⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 97.

³⁶ Expressão originalmente cunhada por Alvin Goldman, a cujo trabalho Michele Taruffo faz referência: GOLDMAN, Alvin. I. **Knowledge in A Social World**. Oxford: Clarendon Press, 1999.

³⁷ “*Truth is SO, whether you or I or anybody thinks it is so or not*”. HAACK, Susan. **Evidence Matters – Science, Proof and Truth in the Law**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. xvi.

³⁸ DI DONATO, Flora. SCAMARDELLA, Francesca. Una aproximación epistemológica-contextual al conocimiento de los hechos em el proceso. El modelo de Michele Taruffo, entre perspectivas analíticas y aperturas interdisciplinarias. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer. VÁZQUEZ, Carmen. (Coord.) **Debatiendo com Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 298

³⁹ “Assim sendo, esse fato é também de particular importância, porque permite às partes defenderem seus interesses – que não necessariamente coincidem com a descoberta da verdade -, também mediante a manipulação do material probatório: isso por ser feito diretamente, com a apresentação de meios de provas adulterados (por exemplo, um depoimento de testemunha falso etc.), ou com a omissão da apresentação de meios de prova potencialmente prejudiciais aos interesses subjetivos da parte que, entretanto, pudessem ser úteis para a determinação da verdade

Somam-se a isso as diversas normas existentes no ordenamento sobre a prova. De maneira que, além de limitada no tempo e com potencial de intervenção das partes em seu próprio favor, existem também regras impondo diversas limitações à atividade instrutória, que poderiam ser vistas como contrárias à busca da verdade. Como exemplo, pode-se destacar a vedação à utilização de provas ilícitas, que em nome da preservação de garantias e direitos fundamentais, afasta a utilização de uma prova que poderia levar ao resultado verdade.

Não obstante tais circunstâncias, as dificuldades existentes em um processo judicial que podem ser utilizadas para afastá-la do escopo do processo judicial, não podem se confundir com a “inexistência” da verdade. Isso porque, basta que a reconstrução, por meio da instrução probatória, coincida com os fatos tal qual ocorreram no passado para que a verdade seja alcançada. Ter-se-á, neste caso, alcançado o êxito máximo da instrução probatória.⁴⁰

Como afirma Eduardo Cambi, “embora o processo deva buscar a verdade, essa verdade deve ser resultante de critérios objetivos e ser perseguida dentro dos limites razoáveis, para que toda espécie de radicalismo seja expurgada do sistema processual”.⁴¹ Mas, nem por isso, deve-se excluir a busca pela verdade dos objetivos do processo. Pois, quanto mais próxima a instrução probatória chegar da reconstrução dos fatos tal qual ocorreram, melhor será a prestação da tutela jurisdicional, e mais próxima de um ideal de justiça estará a decisão proferida.

Em outras palavras, é possível dizer que, sendo a apuração da verdade possível e necessária, “o processo é justo se sistematicamente orientado a fazer com que se estabeleça a verdade dos fatos relevantes para a decisão”.⁴² Mesmo que se admita que, por vezes, o enunciado de fato declarado pode não

sobre o ocorrido” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. Tradução Vitor de Paula Ramos. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 61) No mesmo sentido, Mirjan Damaska se manifesta sobre a participação das partes: “Where the parties play a large role in fact-finding, it becomes important to develop proper incentives to counteract, or minimize, their temptation to engage in truth-distorting behavior. It is unrealistic to expect that their pursuit of self-interest will regularly result in desirable factual outcomes: litigants should not be equated with self-interest profit seekers in markets, who can be led by an invisible hand to produce overall benefits” (DAMASKA, Mirjan. Epistemology and legal regulation of proof. **Law, probability and Risk**. Vol. 2. Oxford University Press. 2003. p. 117-130)

⁴⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 30.

⁴¹ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. Coleção Temas Atuais do Direito Processual Civil. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 68.

⁴² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 143.

corresponder ao evento que efetivamente ocorreu,⁴³ em razão das limitações acima expostas.

Sobre esse assunto, Jordi Ferrer Beltran faz acertada síntese, que merece ser integralmente transcrita:

“E qual a relação de tudo isso com a prova jurídica? Pois bem, creio que uma boa forma de apresentar o problema de relação entre prova e verdade é esta: a finalidade da prova como instituto jurídico é a de permitir alcançar o conhecimento acerca da verdade dos enunciados fáticos do caso. Quando os meios de prova específicos incorporados ao processo aportam elementos de juízo suficientes a favor da verdade de uma proposição (o que não deve ser confundido com que a proposição seja verdadeira), então se pode considerar que a proposição está provada. Nesse caso, o juiz deve incorporá-la a seu raciocínio decisório e tê-la por verdadeira”.⁴⁴

A relação finalística entre verdade e provas deve ser vista como tal, como o objetivo que se busca através da instrução probatória. Não se afirmando, assim, que somente a reconstrução exata dos fatos ocorridos é que se mostra suficiente para que se ponha fim a um processo judicial. Diversos outros valores são contrapostos à busca da verdade e caberá, conforme o caso e de acordo com as escolhas previamente realizadas pelo legislador, admitir que se dê por “provado” um fato com maior ou menor grau de convicção.

Nessa medida é que se torna relevante compreender a distinção entre as afirmações “é verdade que (*p*)” e “está provado que (*p*)”. Visto que, “não é porque algo está provado que deve necessariamente ser verdadeiro”.⁴⁵ A afirmação sobre a verdade de determinada alegação tem relação com a sua correspondência com a realidade, ou seja, se o fato narrado corresponde ao que ocorreu no mundo real. Ao passo que, “está provado que (*p*)” significa que se dispõe “de elementos de juízo *suficientes a favor de p*”.⁴⁶

⁴³ TESHEINER, José Maria. Direitos fundamentais, verdade e processo. In: DIDIER JR., Fredie. et al. **Direito probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 59-90.

⁴⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Tradução Vitor de Paula Ramos. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 79.

⁴⁵ RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) **Novo CPC doutrina selecionada, Vol. 3: provas**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 267.

⁴⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Tradução Vitor de Paula Ramos. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 39.

E, dessa forma é que se reconhece a possibilidade e a validade de uma decisão proferida em um processo “truth-oriented”⁴⁷ mesmo que ela não necessariamente coincida com a realidade dos fatos. Bastando que, dentro do procedimento previsto e atendendo a standards mínimos, se aproxime e tenha sido produzida de forma orientada à busca da verdade.

1.3. Standards probatórios

Na linha do que foi tratado no tópico anterior, a verdade deve servir de norte para a atuação do juiz durante todo o processo. No entanto, nem sempre as circunstâncias permitem que se reconstrua os fatos tal qual ocorreram. Seja pelas limitações procedimentais, pelo tempo exíguo, por impedimentos circunstanciais dos fatos ocorridos, o juiz, por vezes, deverá decidir a demanda com base em um conjunto probatório insuficiente. E vale lembrar que a vedação do *non liquet* impõe ao magistrado o dever de decidir sempre, sem que possa se omitir em razão da dúvida.⁴⁸

Dessa maneira, faz-se necessária a presença de instrumentos aos quais o magistrado poderá recorrer na hipótese de a instrução probatória se mostrar insuficiente. Dentre eles situam-se os standards probatórios que consistem essencialmente, “em critérios para fixação do grau de suficiência de prova necessário à formação da convicção do órgão judicial a respeito das alegações de fato”.⁴⁹

Em outras palavras, é possível afirmar que os standards orientam o órgão judicial a respeito do “quanto de prova” que é necessário para reputar como

⁴⁷ GOLDMAN, Alvin. I. **Knowledge in a Social World**. New York: Oxford University Press, 2003. p. 29.

⁴⁸ “Não discordamos de que o juiz deva buscar se aproximar o máximo possível da verdade. Por mais que o processo possua um escopo de busca da verdade, o fato é que o juiz deve decidir independente de encontrá-la ou não. Se não são produzidas provas, ou se mesmo com provas produzidas o juiz não se convence, ainda assim ele deverá julgar o mérito da demanda. Em um ordenamento que veda o non liquet, convencer-se da verdade não é e nunca foi requisito para decidir o mérito. E nesses casos, o ordenamento traz as próprias regras determinando como deve o juiz decidir” (LIMA, Matheus. **Standards de Prova no Direito Brasileiro**. 2018. 129 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 99)

⁴⁹ CARPES, Arthur. “O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nos processos envolvendo as ações de improbidade administrativa”. In: **Improbidade Administrativa: aspectos processuais da lei n.º 8.429/92**. Paulo Henrique dos Santos Lucon, Eduardo José da Fonseca Costa e Guilherme Recena Costa (coord.). São Paulo: Atlas, 2013. p. 52.

provada determinada alegação de uma das partes. Segundo Danilo Knijnik, “funcionam como critérios, pelos quais o juízo de fato é formalizado. Esses critérios devem ser postos em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes sejam conhecidas, debatidas em contraditório e, sendo o caso, corrigidas”.⁵⁰

Conforme apontado acima, os standards se apresentam como uma ferramenta essencial quando o magistrado deve decidir sobre questão de fato, indicando um parâmetro para a avaliação sobre a suficiência do acervo probatório para a formação de uma convicção segura sobre a ocorrência dos fatos. Para além disso, os standards também possuem papel relevante na orientação da atuação das partes e do magistrado durante o curso do processo, interferindo, até mesmo, na decisão das partes por ajuizar ou não determinada demanda.

Basta imaginar, para tanto, que ao saber da necessidade de se alcançar um patamar mais elevado de suficiência probatória em determinadas demandas, as partes deverão levar em conta a possibilidade de instruir adequadamente o feito, em seu cálculo de riscos, e a necessidade, por exemplo, de produzir uma prova pericial custosa, sob pena de terem seu pedido improvido ao final. Da mesma forma que, o magistrado ao avaliar a pertinência da repetição de uma prova, ou mesmo de necessidade de atuação de ofício em um determinado feito, levará em conta o grau de convencimento que é esperado dele para que decida determinadas demandas.⁵¹

Os standards, enquanto verdadeiros “guias para a valoração racional”,⁵² auxiliam o magistrado a determinar o grau de probabilidade suficiente para dar por provada uma hipótese.⁵³ No entanto, é importante destacar que tais standards não são uniformes para toda e qualquer demanda. Segundo afirma, Guilherme Recena, “o standard da prova deve ser consentâneo, nos diversos tipos de litígio, com uma

⁵⁰ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.18.

⁵¹ Sobre o papel dos *standards* na atuação do magistrado: “They serve “to instruct the factfinder concerning the degree of confidence our society thinks he should have in the correctness of factual conclusions” (SCHWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. Standards of proof in civil litigation: an experiment from patent law. **Harvard Journal of Law & Technology**. Vol. 26, n. 2, 2013, p. 430-479)

⁵² BUSTAMANTE, Evanilda. **A valoração racional das provas no processo judicial: uma aproximação ao tema**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=531d29a813ef9471>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁵³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 139.

valoração dos interesses em jogo, sobretudo do impacto negativo de uma possível decisão injusta ou de uma variante específica de decisão injusta”.⁵⁴

Isso porque, ao se delimitar o patamar a partir do qual se reputa provada uma alegação, o que se está fazendo é analisar a gravidade do impacto negativo de uma decisão errada em desfavor de cada uma das partes e, nessa medida, identificando qual dos lados estará sujeito ao um maior prejuízo caso a decisão do juiz não coincida com a verdade dos fatos. Em ações cíveis exclusivamente patrimoniais, o bem em jogo é o dinheiro, de forma que ambas as partes estão sujeitas ao mesmo risco.

No entanto, quando se tratam de ações criminais, os valores em jogo são distintos, quais sejam, a liberdade do acusado e a pretensão de assegurar a observância das leis penais.⁵⁵ De maneira que, é evidente, que não há equivalência de pesos nessa hipótese e que os valores em jogo são mais relevantes que o interesse meramente patrimonial.

É possível, portanto, afirmar que a definição de standards probatórios tem como principais objetivos: a) reduzir a incidência geral de erros;⁵⁶ b) reduzir a influência de preconceções ou desfavorecer certas demandas; c) evitar certos tipos de erros como a condenação criminal de um inocente.⁵⁷ E, a busca por alcançar esses objetivos se dá não somente em razão de facilitar a atuação do magistrado nas situações narradas acima, mas também com o objetivo de atender

⁵⁴ RECENA COSTA, Guilherme. Livre Convencimento e Standards de Prova. In: Flávio Luiz Yarshell; Camilo Zufelato. (Org.). **40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro**. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁵⁵ “Suelen mencionarse razones atinentes a los bienes em juego em cada uno de esos tipos de proceso para fundamentar la mayor exigencia probatoria en el proceso penal, en el que la libertad o incluso la vida del acusado podrían depender de la declaración de hechos probados”. (BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 140).

⁵⁶ Em sentido contrário, afirma Larry Laudan, que a função principal dos *standards* é distribuir os erros com base em um consenso informado pelos custos ou danos que tais erros podem acarretar. De forma que, nunca foi função dos *standards* atuar como mecanismo de redução de erros, isso deve ficar a cargo das demais regras probatórias. Os *standards* probatórios atuam na modulação da incidência de erros positivos ou negativos. Em outras palavras, a partir do quanto aceitável for um falso positivo, uma condenação indevida do réu, o *standard* será mais ou menos exigente. (LAUDAN, Larry. Por qué las reglas procesales asimétricas hacen imposible calcular um estándar de prueba racionalmente justificado. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica**. Barcelona: Marcial Pons, 2013. p. 343-344.) Também nesse sentido: SCHWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. Standards of proof in civil litigation: an experiment from patent law. **Harvard Journal of Law & Technology**. Vol. 26, n. 2, 2013, p. 430-479.

⁵⁷ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 13.

aos anseios sociais com relação à atuação do Poder Judiciário.

Como afirma Daisson Flach, a definição de standards probatórios aproxima “a exigência cognitiva às necessidades de tutela adequada e tempestiva dos direitos, mediante parâmetros que tomem em conta as circunstâncias concretas do caso, a natureza do direito posto em causa e o grau de afetação à esfera jurídica das partes.”⁵⁸ O que se observa, portanto, é que a definição do standard passa pela valoração do grau de risco que se admite da incidência de erros nas questões tratadas pelo Poder Judiciário.⁵⁹

Tal definição, é importante salientar, vai além das barreiras da teoria do direito. De maneira que, aos estudiosos e aplicadores do direito cabe a função de identificar o standard adotado, compreender a sua extensão e a forma correta de sua aplicação. Isso porque, a definição de qual o standard aceitável deverá ser feita em cada sociedade, através de seus representantes eleitos.⁶⁰

Como afirma Jordi Ferrer Bèltran, a decisão a respeito do nível de suficiência probatória não é epistemológica, não passa por um juízo necessariamente racional de quantificação de relevância dos valores em jogo. A epistemologia pode ajudar a delinear um standard, de acordo com o que foi decidido, mas não pode dizer sobre o nível propriamente. Essa é uma decisão política.⁶¹

Os standards usualmente referidos pela doutrina são o da preponderância da prova (*preponderance of the evidence*), prova clara e convincente (*clear and*

⁵⁸ FLACH, Daisson. Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie. et al. **Direito probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 895.

⁵⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 143. Nesse sentido afirma também Humberto Ávila: “A decisão acerca do standard de prova a ser aplicado depende de escolhas a respeito do risco de erro e dos fatores explicativos. Quanto ao risco de erro, pode-se dizer que a escolha do standard depende de uma equação acerca de qual risco se pretende evitar com sua adoção. Nos casos em que há possibilidade de imposição de punições extremamente graves, como o encarceramento do acusado, o standard é o da prova acima de qualquer dúvida razoável, pois é preciso ter a certeza quase absoluta de que o acusado tenha praticado o crime que lhe foi imputado. Parte-se do pressuposto de que é melhor para o sistema punitivo em geral deixar de punir um culpado do que punir um inocente, recaindo sobre a sociedade o eventual erro” (ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**. Vol. 282, Ago./2018, p. 113-139)

⁶⁰ “Segunda, el estándar de prueba presupone una decisión de política pública sobre el beneficio de la duda que se pretende dar a cada una de las partes implicadas y, con ello, la distribución de errores entre las mismas que se busca conseguir en un proceso judicial” (VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica**. Barcelona: Marcial Pons, 2013. p. 14)

⁶¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 83.

convincing evidence) e prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), muito embora haja vários outros que também são citados pela doutrina, com maior detalhamento dos graus de convencimento.⁶² A opção mais frequente pela referência a somente esses três standards é corroborada, inclusive, por estudos de psicologia cognitiva que afirmam que essa divisão estaria mais de acordo com o processo natural de processamento de informações do ser humano.⁶³

A título de exemplo, em sede de direito comparado, na Inglaterra somente são aceitos o standard “além da dúvida razoável” para o processo penal e da “preponderância da prova” para o processo civil.⁶⁴ Muito embora se reconheça a existência de graus de probabilidade dentro do standard cível, de acordo com a matéria discutida no processo. Ao passo que no Japão, de maneira geral o standard aplicado é bastante elevado, “*high probability*”, se assemelhando à exigência de prova clara e convincente, sendo aceita a sua redução em casos pontuais, como nas ações que versem sobre a comprovação da ocorrência de danos.⁶⁵ E, por fim, nos Estados Unidos, os três standards aqui referidos são adotados, de forma que além daqueles adotados pelo ordenamento inglês, também há um standard intermediário, o da “prova clara e convincente”.⁶⁶

Na maioria dos ordenamentos em que tais standards são reconhecidos, a “preponderância da prova” se destina às demandas cíveis e a “prova além da dúvida razoável” é aplicada somente aos processos criminais. Isso porque, nos processos cíveis a política comum é tratar as partes iguais e reduzir o número global de erros.⁶⁷ Ao passo que, nos processos penais a política consiste em proteger os

⁶² A título de exemplo, é possível citar: “Here we have the familiar standards so often cited in connection with burden of persuasion: scintilla of evidence represents a weak standard, preponderance of evidence a stronger one, clear and convincing evidence still a stronger one and proving something beyond a reasonable doubt represents the highest standard” (WALTON, Douglas. **Burden of Proof, Presumption and Argumentation**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 57)

⁶³ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 6.

⁶⁴ Ibidem. p. 226; KEANE, Adrian. MCKEOWN, Paul. **The modern law of evidence**. ed.12. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 110.

⁶⁵ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 239.

⁶⁶ SCHWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. Standards of proof in civil litigation: an experiment from patent law. **Harvard Journal of Law & Technology**. Vol. 26, n. 2, 2013, p. 430.

⁶⁷ Nesse sentido: “Por ejemplo, el estándar de <<la preponderancia de la prueba>>, em igualdad de circunstancias, funciona (o aparenta funcionar) para minimizar errores y maximizar la corrección” (PARDO, Michael S. Estándares de prueba y teoría de la prueba. In: VÁZQUEZ, Carmen.

inocentes tornando mais difícil a condenação, assumindo uma postura mais favorável à aceitação de erros pela absolvição de culpados do que pela condenação de inocentes.⁶⁸

No entanto, atualmente, essas fronteiras, supostamente bem delimitadas, se debilitaram. Não é mais correto afirmar que o processo penal lida necessariamente com interesses e direitos mais relevantes que o processo civil.⁶⁹ Basta imaginar que há delitos penais que não acarretam a restrição de liberdade (art. 28 da Lei 11.343/2006 – Lei de Entorpecentes), ao passo que algumas condenações cíveis podem levar a consequências gravíssimas, como a limitação de direitos políticos, além daquelas demandas que lidam com direitos da maior relevância como direito de família.⁷⁰

Não é possível afirmar que demandas ambientais devam observar um grau de convencimento reduzido, como ocorre em demandas cíveis patrimoniais, pelo fato de não versarem sobre a liberdade do indivíduo. Da mesma forma que, ações eleitorais, que repercutem diretamente na manifestação democrática de vontade do povo, devem ser submetidas a standards probatórios distintos daqueles aos quais uma ação indenizatória se submete.⁷¹

Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica. Barcelona: Marcial Pons, 2013. p. 103)

⁶⁸ ALLEN, Ronald J. Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica.** Barcelona: Marcial Pons, 2013. p. 49.

⁶⁹ Nesse sentido: “Para un jurista continental común, la explicación de este cambio radica en la naturaliza más leve de la sanción civil: aunque la verdad es valorada por igual en todo tipo de proceso judicial, se afirma que el error en la determinación de los hechos es menos preocupante en el proceso civil que en el penal, ya que en el primero solo está en juego la propiedad – en lugar de la vida o la libertad -. Por lo tanto, parece justificado un estándar menos exigente de suficiencia probatoria y una menor obstinación por la búsqueda de información. Este argumento ha perdido gran parte de su fuerza inicial con la disminución de la gravedad de las sanciones penales: mientras que ahora las sanciones civiles pueden ser ruinosas para un individuo, las sanciones penales en el derecho continental adquieren, a menudo, la forma de multas o de condenas condicionales” (DAMASKA, Mirjan. **El derecho probatorio a la deriva.** Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 124-125)

⁷⁰ Interessante destacar provocação feita por Jordi Ferrer Beltrán ao questionar, inclusive, se não se deveria fixar distintos standards probatórios em função do delito praticado e da sanção prevista, estendendo o mesmo raciocínio à jurisdição cível. Vejamos: “En las últimas décadas, el recurso al derecho penal para gobernar la sociedad se há sobredimensionado, dejando de ser una buena medida un instrumento de *última ratio*, pero, simultaneamente se han ampliado los tipos de sanción penal usados para la motivación de las conductas. Y ello produce que deban repensarse también los estándares de prueba. Quizás resulte razonable operar con distintos estándares de prueba em función del delito de que se trate y de la sanción prevista (LILLQUIST, 2002: 147 ss.; LAUDAN, 2006: 54-57); y en la jurisdicción civil sucede lo mismo em función de la consecuencia jurídica prevista por el derecho” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba.** Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 140)

⁷¹ O tema será objeto de aprofundamento no tópico 3.5 (infra).

Até mesmo por isso que, em diversos ordenamentos algumas demandas que versam sobre questões mais relevantes, ou que tenha um aspecto quase-criminal, são submetidas a um patamar de exigência probatória intermediário, “prova clara e convincente”, o que reforça a ideia de que nem sempre a dicotomia entre as causas cíveis e criminais é tão estática.⁷²

Antes de passar à breve análise de cada um dos standards acima referidos, é essencial ressaltar que a imposição de um standard mais ou menos exigente não interfere no dever de motivação do magistrado.⁷³ Ou seja, não é porque o magistrado está diante de uma ação à qual se impõe uma carga de suficiência probatória de preponderância da prova que seu ônus argumentativo e de fundamentação ao elaborar sua decisão será reduzido.

O dever de fundamentar se mantém igual, até mesmo porque, é possível que em seu íntimo o magistrado tenha alguma dúvida a respeito da responsabilidade do requerido, por exemplo. Mas, tendo sido o standard de exigência probatória alcançado, ele detém elementos para julgar a demanda e, com base em tais elementos, é que deverá prolatar sua decisão.

Da mesma maneira, quando o magistrado estiver convencido em seu foro íntimo da culpabilidade do acusado em um processo criminal, mas não houver elementos bastantes para afastar a presença de dúvida razoável, o magistrado está obrigado a se ater ao standard legalmente imposto, e com base nele fundamentar sua decisão.

Como destaca Jordi Ferrer Beltrán, o resultado da valoração da prova, não implica necessariamente a conclusão que deverá ser adotada pelo magistrado.⁷⁴ Isso porque, a depender do standard adotado, é mesmo possível que, apesar de

⁷² “Courts and legislatures can also require “clear and convincing” evidence in proceedings threatening especially heavy deprivations or having a quasi-criminal punitive aspect. That standard prevails in one jurisdiction or another for a wide variety of issues, sometimes for reasons of policy, but sometimes for reasons hard to fathom. These various crossovers between the usual civil and criminal standards might be compared to geological remains that show that two continents, now separated, were once united” (LEUBSDORF, John. *The Surprising History of the Preponderance Standard of Civil Proof*, 67 **Florida Law Review**. 1569 (2016). Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol67/iss5/2>>. Acessado em: 18 jul. 2018)

⁷³ FLACH, Daisson. Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie. et al. **Direito probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 895.

⁷⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 48.

no seu íntimo o magistrado acreditar que tal fato tenha ocorrido, as provas juntadas aos autos não atendam satisfatoriamente a exigência probatória para aquele caso em questão.

1.3.1. Preponderância da prova

O standard de preponderância da prova é o menos exigente dos três aqui referidos.⁷⁵ Assim, ao julgar com base nesse parâmetro, o juiz deve identificar se é mais provável que tenham ocorrido os fatos narrados do que não. Ou seja, se com base nas provas produzidas nos autos a probabilidade de ocorrência do fato seja maior do que a de sua não ocorrência.

A partir dessa afirmação é possível chegar a uma primeira conclusão: o standard da preponderância da prova não só admite, como parte da premissa de que existem provas conflitantes e que, na análise de cada uma delas, as alegações de uma das partes se mostrem mais prováveis de terem ocorrido que as da outra parte.

Nesses termos, Michele Taruffo afirma que “esse standard estabelece que, quando sobre um fato existirem provas conflitantes, o julgador deverá “sopesar” as probabilidades relativas às diferentes versões dos fatos e fazer uma escolha em favor da afirmação que lhe parecer relativamente “mais provável”, com base nos meios de prova disponíveis”.⁷⁶

À primeira vista esse standard parece demasiadamente baixo, de forma a possibilidade que em uma grande quantidade de casos haja a incidência de erro em desfavor de uma das partes. Contudo, seu objetivo é exatamente o oposto, ele visa reduzir a incidência de erros se o custo de um erro em desfavor do autor for

⁷⁵ Partindo de uma comparação probabilística dos três *standards* aqui abordados, Frederick Vars afirma que: “All burdens of persuasion deal with probabilities. The preponderance standard is a more-likely-than-not rule, under which the trier of fact rules for the plaintiff if it thinks the chance greater than 0.5 that the plaintiff is in the right. The reasonable doubt standard is much higher, perhaps 0.9 or better. The clear-and-convincing standard is somewhere in between” (VARS, Frederick E. Toward a General Theory of Standards of Proof. **Catholic University Law Review**. Vol. 60. Issue 1. Fall 2010. Disponível em: <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol60/iss1/3>. Acesso em: 18/07/2018)

⁷⁶ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 135.

equivalente ao custo de um erro em desfavor do réu.⁷⁷

Isso porque, é inevitável que ocorram erros. Mesmo que se fixasse como padrão para todas as demandas o mais elevado dos standards, não se estaria reduzindo a incidência geral de erros, mas a incidência em desfavor de uma determinada parte, como ocorre com o standard de prova além da dúvida razoável.

Decidir com base na preponderância da prova, ou seja, decidir de acordo com as aparentes probabilidades, implica, no longo prazo, uma incidência geral menor de erros. Uma redução, por exemplo, no número de falsos negativos (absoluções de culpados) em relação a quando se adota um standard de virtual certeza.⁷⁸ A visualização desse contexto fica fácil se a questão for observada a partir de uma visão geral dos processos.

Suponha-se que em uma determinada comarca tramitam 100 processos. Nessa pequena comarca todas as ações estão ligadas a inadimplemento de contratos de financiamento bancário, portanto, parte-se da premissa que seria aplicável a preponderância da prova como parâmetro de suficiência probatória. Dessa forma, o magistrado deverá avaliar qual das partes possui maior probabilidade de estar falando a verdade naqueles casos em que existam provas conflitantes.

Pois bem. Do cenário descrito já ficaria substancialmente reduzida a ocorrência de erros quando inexistirem provas conflitantes, e o magistrado possa se basear em elementos probatórios robustos. Restando, também para fora da necessidade de utilização do standard aqueles processos que careçam de provas, com relação aos quais a incidência de erro não poderá ser reduzida pela adoção desse parâmetro, visto que sequer existem provas para conflitarem.

De forma que, para o restante de feitos em que haja um conflito entre as provas acostadas aos autos, digamos que estes correspondam a 70 processos, caberia ao juiz analisar a probabilidade de cada uma das partes estar falando a verdade. Assim, havendo um acervo probatório mais consistente em favor de uma das partes, a chance de a decisão do magistrado estar correta aumenta, reduzindo

⁷⁷ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 13.

⁷⁸ Ibidem. p. 18.

a probabilidade que esse processo resulte em uma decisão injusta, incompatível com a realidade.

Encerrando o cenário criado acima, o que se visualiza é que dentre aqueles processos nos quais o juiz se socorrerá do sopesamento entre as provas conflitantes, a chance global de incidência de erros reduz a medida em que em favor de uma das partes existam mais provas tendentes a confirmar sua versão dos fatos. Nisso é que consiste a vantagem da adoção do referido parâmetro, a “sua capacidade de minimizar erros prováveis na tomada de decisões, bem como de fazer cumprir o princípio da igualdade das partes no processo civil”.⁷⁹

Por tal razão é que esse é o standard usualmente adotado para a solução de demandas que versam sobre interesses menos relevantes, como demandas que tratam exclusivamente de interesses patrimoniais. Visto que o risco para ambas as partes é o mesmo, de redução patrimonial, não há razão para que a balança penda para nenhum dos lados, visto que os efeitos de um eventual erro serão equivalentes, pouco importando qual das partes deverá arcar com tais consequências.

1.3.2. Prova clara e convincente

Situado em um espectro intermediário está o standard da prova clara e convincente. Em razão de consistir em um grau de exigência probatória mais elevado que a preponderância da prova e menos rigoroso que a prova além da dúvida razoável, ele usualmente é aplicado àquelas demandas em que interesses mais importantes que dinheiro e propriedade estão em jogo,⁸⁰ mas não se destina a processos criminais. O referido standard se destina, por exemplo, àqueles casos em que há risco de imposição de sanções altamente gravosas, como penalidades

⁷⁹ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 135.

⁸⁰ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 14. No mesmo sentido: “Less commonly employed than the preponderance standard used for most civil issues clear and convincing evidence is often required when “[t]he interests at stake ... are deemed to be more substantial than mere loss of money” (SCHWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. Standards of proof in civil litigation: an experiment from patent law. **Harvard Journal of Law & Technology**. Vol. 26, n. 2, 2013, p. 437)

pecuniárias elevadas ou restrições severas ao exercício de atividades lícitas.⁸¹

Segundo Danilo Knijnik, o standard da prova clara e convincente, deveria ser aplicado nas chamadas “ações civis fortes” em razão da gravidade da afetação da esfera pessoal e jurídica do demandado.⁸² De acordo com Michele Taruffo, uma análise similar, “conduz os sistemas de *common law* a sustentar que o standard da preponderância da prova possa ser demasiadamente débil quando interesses individuais importantes estão em jogo. Em tais casos, é possível aplicar o standard mais rigoroso, qual seja, da prova clara e convincente”.⁸³ Esse standard é usado no direito americano, por exemplo, em causas cíveis envolvendo alegação de fraudes ou outras ilegalidades quase criminais pelo réu.⁸⁴

Fato interessante diz respeito à ausência de tal standard no ordenamento inglês. No qual, segundo Keane e Mckeown, a noção de um terceiro e intermediário standard probatório situado entre os standards exigidos nas causas criminais e cíveis não encontrou muito espaço nas Cortes.⁸⁵ Contudo, um pouco mais adiante, os autores ingleses ponderam que, a despeito da ausência dessa figura intermediária, e do fato de existir tão somente um standard cível, a sua aplicação é flexível. Ou seja, quanto mais seria for a alegação e mais sérias forem as consequências caso ela reste provada, mais forte deverá ser a prova antes que a Corte tenha por provados os fatos no balanço das probabilidades.⁸⁶

Mas, voltando à análise do standard propriamente dito, é importante tentar identificar qual o seu conteúdo, ou seja, quando que o juiz deve entender estar diante de uma prova clara e convincente. Segundo de Kevin Clermont, para ser clara e convincente, a prova deve ser clara no sentido de que ela é certa, fácil de entender, sem ambiguidades, e convincente no sentido de que é razoável e persuasiva a ponto de fazer com que você acredite nela.⁸⁷ Pode-se dizer, portanto,

⁸¹ ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**. Vol. 282, Ago./2018, p. 113-139.

⁸² KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. São Paulo: Forense, 2009. p. 123.

⁸³ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 136.

⁸⁴ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 24.

⁸⁵ KEANE, Adrian. MCKEOWN, Paul. **The modern law of evidence**. ed.12. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 110.

⁸⁶ Ibidem. p. 113.

⁸⁷ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 24.

que concebe-se tal standard intermediário como sendo uma “alta probabilidade”.⁸⁸

Assim, não basta que as provas tendam mais em favor de uma parte que da outra. O juiz deve possuir um acervo probatório forte o bastante, formado por provas que não padeçam de ambiguidades, que, por si só seja apto a demonstrar que aquelas alegações feitas por uma das partes devem ser verdadeiras. O que não quer dizer que o juiz deve ter a certeza com relação aos fatos ocorridos. Nem mesmo que não subsistam eventuais questionamentos aptos a ensejar algum grau de dúvida, pois, se fosse exigido tal grau de persuasão das provas, tratar-se-ia da chamada prova além da dúvida razoável.

1.3.3. Prova além da dúvida razoável

Por fim, o último dos standards referidos e o mais exigente deles é o da prova além da dúvida razoável. Normalmente adotado em processos criminais, uma vez que o erro de condenar um inocente é especialmente custoso,⁸⁹ o *standard* em questão requer um grau particularmente elevado de confirmação probatória da culpabilidade do imputado, que tende à certeza. Isso porque, diferentemente do que ocorre com os demais admite somente a presença de dúvidas irrazoáveis, numa evidente tentativa de reduzir ao mínimo o risco da condenação de um inocente.⁹⁰

A noção básica é que nem toda a dúvida precisa ter desaparecido, mas que toda a dúvida capaz de ensejar uma pessoal razoável a hesitar deve ter sido afastada.⁹¹ Assim, alegações fantasiosas ou evidentemente absurdas, como por exemplo a existência de uma complô para prejudicar o acusado, sem que nada seja provado, não seriam empecilhos para a condenação de um acusado com base nesse padrão de exigência probatória.

É importante destacar que, a adoção de um standard tão elevando não implica redução de incidência de erros judiciais. Pelo contrário, quando se exige um

⁸⁸ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 353, jan.-fev. 2001.

⁸⁹ CLERMONT, Kevin M. op. cit. p. 14.

⁹⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 253.

⁹¹ CLERMONT, Kevin M. op. cit. p. 27.

patamar de persuasão tão aproximado da certeza, a tendência é que mais erros judiciais ocorram. Porém, tais erros se darão no sentido da absolvição de réus culpados (falso negativo), mas contra os quais não foi possível a produção de provas bastantes a atingir o grau de exigência da prova além da dúvida razoável.

Em razão disso, tal standard raramente é aplicado fora da esfera criminal.⁹² Até mesmo porque, há relação direta entre o princípio do *in dubio pro reo* e a adoção de uma exigência probatória tão acentuada.⁹³ Na medida em que, partindo o processo criminal da premissa de que o réu é inocente e sendo estabelecida em favor do réu o benefício da dúvida, é consequência quase necessária que se adote um padrão de persuasão mais exigente. Visto que, havendo dúvida essa impõe a absolvição do réu, a não ser, é claro, que se trate de uma dúvida irrazoável.

Assim como ocorre com os demais modelos de constatação, a adoção da prova além da dúvida razoável para os processos criminais se trata de uma opção política, o que não impede que se identifique outras áreas às quais tal standard se aplique, na medida em que os valores em jogo demandem elevada proteção. Pois, o standard elevado impulsiona o dever de levar a sério a descoberta de fatos e exigir um considerável sentimento de confiança antes de decidir em favor de uma das partes.⁹⁴ Logo, havendo valores em jogo que se mostrem tão, ou mais, valiosos quanto a liberdade individual, é razoável exigir do julgador um “considerável sentimento de confiança” antes de decidir.

1.3.4. Os standards no direito brasileiro

Superada essa breve análise sobre os principais standards probatórios, faz-se necessário trazer o tema dos standards para o direito brasileiro, a fim de que se possa verificar a utilidade e pertinência do seu estudo. Ocorre, no entanto, que se trata de tema que carece de maior aprofundamento e poucos são os estudos que

⁹² CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 14.

⁹³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A prova na Ação de Improbidade Administrativa. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. LOPES, Ricardo Augusto de Castro. **A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 540.

⁹⁴ CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. **Vermont Law Review**, v. 33, 2009.

se voltam ao tratamento desse tema.⁹⁵

Daisson Flach chega a afirmar que “a definição de standards entre nós não vai ainda muito além de sinalizações um tanto difusas, longe de constituírem orientação desejável em um sistema que se pretenda racional e passível de controle mediante parâmetros reconhecíveis”.⁹⁶ Cumpre notar que a falta de preocupação com o tema não é exclusividade do direito brasileiro. Visto que, o estudo e, até mesmo a consciência da necessidade dos *standards* probatórios é muito pouco difundida nos sistemas de tradição romano-germânica, como apontou Carmen Vázquez.⁹⁷

Ocorre, no entanto, que mesmo tratando-os dessa maneira, o direito brasileiro em várias oportunidades estabelece standards probatórios que devem ser observados para que determinadas medidas possam ser concedidas.⁹⁸ É o caso, por exemplo, da antecipação da tutela, para a qual o legislador, através da regra insculpida no art. 300 do CPC, exige a presença da “probabilidade do direito”.⁹⁹ O que se exige da parte para que possa ser concedida a antecipação da

⁹⁵ Entre os poucos estudos dedicados a uma análise mais aprofundada do tema, ressalvados outros que serão citados no curso do presente estudo mas tratam do assunto de maneira periférica, é possível citar: ÁVILA, Humberto. ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**. Vol. 282, Ago./2018, p. 113-139; LIMA, Matheus. **Standards de Prova no Direito Brasileiro**. 2018. 129 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo; KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007; RECENA COSTA, Guilherme. Livre Convencimento e Standards de Prova. In: Flávio Luiz Yarshell; Camilo Zufelato. (Org.). **40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro**. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁹⁶ FLACH, Daisson. Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie. et al. **Direito probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 894.

⁹⁷ VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica**. Barcelona: Marcial Pons, 2013. p. 13.

⁹⁸ Nesse sentido: “Nossa hipótese é que existem parâmetros de decisão com as mesmas características em nosso ordenamento, com fundamentos e objetivos também similares, demonstrando a aplicabilidade, da categoria dos standards de prova ao direito brasileiro” (LIMA, Matheus. op. cit. p. 83)

⁹⁹ “A primeira característica de um standard de prova é a existência de parâmetro de convencimento judicial sobre questões de fato. Contidos na análise dos requisitos para a cautelar sempre encontraremos possíveis questões de fato: quanto ao *fumus*, temos os fatos constitutivos do direito objeto da ação principal, cuja probabilidade se deve alegar (e demonstrar); em relação ao *periculum*, temos a própria existência do risco que se alega (ou, mais exatamente, os fatos que geram uma probabilidade de dano). E, na doutrina, a verificação do *periculum in mora* é sempre colocada como requerendo um grau de convicção inferior àquele verificado para a verificação dos fatos no processo comum, o que é demonstrado pela utilização de conceitos como probabilidade e verossimilhança, normalmente contrapostos a outros como certeza ou evidência, que caracterizam um grau de convencimento maior. Então, mesmo que não tenha sido essa a intenção do legislador, a construção doutrinária e jurisprudencial acerca desses conceitos acabou por transformá-los em verdadeiros standards de prova” (Ibidem. p. 87)

tutela é o que Mitidiero se refere como probabilidade lógica, “aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável que hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos”.¹⁰⁰

Em outros termos, o legislador exige para a concessão da antecipação da tutela a preponderância da prova, numa adoção quase integral do referido standard.¹⁰¹ Isso se deve à necessidade, identificada pelo legislador, de adotar um parâmetro mais baixo, com o objetivo principal de reduzir a incidência de falsos negativos, em razão da presença do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.¹⁰²

Na mesma linha, também é possível afirmar que o art. 311, IV do CPC, ao tratar da hipótese de tutela da evidência, também se utiliza de um modelo de constatação. Isso porque, de acordo com referido artigo, sendo a petição instruída com prova documental suficiente “a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável” deverá ser concedida a antecipação da tutela mesmo não estando presente o requisito da urgência.

Ora, parece claro que o legislador adota um standard mais elevado, algo que se aproxima da prova além da dúvida razoável, para que possa ser concedida a tutela de evidência. A razão da utilização de um standard tão elevado em demandas cíveis é a própria antecipação da tutela sem a presença da urgência. Ou seja, o autor até poderá requerer a antecipação da tutela sem a urgência, mas, para tanto, precisará atender a um nível de persuasão tão elevado que torna irrazoável impor a ele o ônus do tempo ao qual o trâmite processual submete as partes.

O que se busca evidenciar a partir dos referidos exemplos, é que, muito embora não seja um tema amplamente debatido no direito brasileiro, a adoção de standards probatórios não só é compatível como o nosso ordenamento, como já é utilizada em algumas situações, nas quais o legislador quis deixar claro qual o grau de convencimento necessário que o magistrado deveria ter para proferir sua

¹⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. Comentário ao art. 300. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al.) **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 782.

¹⁰¹ LIMA, Matheus. **Standards de Prova no Direito Brasileiro**. 2018. 129 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 91.

¹⁰² *Ibidem*. p. 88.

decisão.

Ocorre, no entanto, que para as demais situações, especialmente no âmbito cível o legislador brasileiro foi omissivo com relação aos modelos de constatação que reputa adequados a cada situação. Já foi afirmado anteriormente que a decisão acerca do standard de prova aplicável é uma questão de política legislativa que cabe ao legislador. No entanto, cabe à doutrina tentar identificar se há no ordenamento elementos indicativos de parâmetros para o juiz adotar na decisão dos diversos feitos a ele submetidos, quando estes não estiverem expressamente definidos.

Danilo Knijnik,¹⁰³ por exemplo, aponta que o ordenamento jurídico brasileiro adotaria parâmetros de suficiência probatória próximos ao padrão americano.¹⁰⁴ Com a adoção do standard da preponderância da evidência para causas cíveis comuns, da prova clara e convincente para causas envolvendo direitos mais relevantes, e da dúvida razoável para processos penais.

Embora não tratem expressamente dos outros standards no direito brasileiro, outros autores acompanham a posição no sentido que de a prova clara e convincente deve ser adotada como parâmetro intermediário, notadamente em relação às ações de improbidade administrativa. Nesse sentido, Marcos Pinto afirma que o modelo da prova clara e convincente se mostra mais adequado à gravidade das sanções previstas na Lei de Improbidade.¹⁰⁵ Ressalvando que,

¹⁰³ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 47.

¹⁰⁴ No mesmo sentido aponta Arthur Carpes: “o convencimento do juiz deve restar formado a partir de elementos probatórios que, embora estejam a superar aqueles necessários à formação da convicção para a condenação civil, se encontram aquém daqueles suficientes para determinar a condenação de natureza penal” (CARPES, Artur Thompsen. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nos processos envolvendo as ações de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade Administrativa: Aspectos processuais da Lei nº 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 57)

¹⁰⁵ “A utilização do modelo da prova clara e convincente às improbidades administrativas é defendido por certa doutrina. Esse modelo se revela mais condizente com as repercussões sancionatórias impostas pela LIA se comparado ao modelo de preponderância de provas, pois há um rigor maior na valoração da prova. Aqueles que defendem sua aplicação para as improbidades administrativas o fazem porque as consequências geradas transcendem os aspectos patrimoniais – o que rechaça o modelo da preponderância de provas – e ficam aquém daquelas geradas na seara criminal. A rejeição ao modelo de constatação além da dúvida razoável se dá porque tal standard teria espaço nos processos criminais, visto que “as penas cominadas pelo direito material penal para o caso de responsabilização na sua esfera atinge consequências muito mais graves para a pessoa do condenado, podendo alcançar, inclusive, a privação de sua liberdade”. Por outro lado, em termos

naquelas ações de improbidade administrativa de reflexos estritamente patrimoniais, o modelo de preponderância de provas se mostraria o mais apropriado.¹⁰⁶

Adotando posição diversa, Paulo Lucon e Guilherme Recena afirmam que o princípio do *in dubio pro reo* presente no âmbito da ação de improbidade administrativa impõe ao juiz que aplique o modelo de constatação inerente ao processo penal, ou seja, a prova além da dúvida razoável.¹⁰⁷ Posição que também é estendida, por Paulo Henrique dos Santos Lucon, aos processos sancionadores eleitorais.¹⁰⁸

Não obstante a existência da divergência apontada, é muito importante e positiva a constatação de que a doutrina está começando a se debruçar sobre o tema, de forma a caminhar no sentido da aproximação do nosso sistema jurídico com a ideia de utilização de standards probatórios, o que contribui sobremaneira para a atuação dos magistrados e, especialmente, para a possibilidade de um controle mais adequado das decisões sobre questões de fato.

1.4. O direito à prova

Da mesma forma que a verdade atua como um norte para a atividade probatória, delineada pelos diversos standards aplicáveis, a instrução processual somente se concretiza através do regular exercício do direito à prova. Isso porque, a despeito dos poderes instrutórios outorgados ao magistrado em nosso

de gravidade, nem sempre a sanção criminal terá maior poder de prejudicar que a sanção de improbidade administrativa” (PINTO, Marcos. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lias Carolina Batista; EID, Elie Pierre. (Org.). **Garantismo Processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. 1.ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. v. 1, p. 361-393)

¹⁰⁶ Ibidem. p. 361-393.

¹⁰⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. A prova e a responsabilidade de terceiros contratantes com o Poder Público na ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. (Org.). **Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 371-372. Mesma posição também é defendida pelo coautor Paulo Henrique dos Santos Lucon no artigo: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A prova na Ação de Improbidade Administrativa. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. LOPES, Ricardo Augusto de Castro. **A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013.

¹⁰⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Compra de votos, direito sancionador e ônus da prova. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1, p. 307-316.

ordenamento, de nada adiantaria se não fosse dado às partes o direito de participar e interferir diretamente na produção das provas.

Visto que, como mencionado anteriormente, o magistrado “conhece” dos fatos trazidos pelas partes ao longo do processo, ao passo que, via de regra, as partes detém elementos de prova que poderão auxiliar nessa reconstrução, cabendo a elas importante papel na concretização dos direitos tutelados em juízo, por meio do exercício do direito à prova.

Embora, muito se tenha falado atualmente sobre direito à prova, não se trata de novidade, visto que já no *corpus luri civilis* de Justiniano há previsão relativa à impossibilidade de restrição do direito à prova (*ne probationum facultas angustetur*, o direito à prova não pode ser restrito).¹⁰⁹ É inegável, contudo, que nos termos que reconhecemos atualmente o direito à prova, os primeiros estudos que fizeram referência a ele na Itália, por exemplo, datam dos anos setenta.¹¹⁰ Mas, atualmente, há vasta doutrina sobre o tema a reforçar a existência do direito a prova¹¹¹ e a delimitar os seus contornos.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, o direito à prova “nada mais é do que uma resultante do contraditório: *o direito de contradizer provando*”.¹¹² Definição que vai ao encontro do que afirma o processualista italiano Michele Taruffo ao

¹⁰⁹ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. Coleção Temas Atuais do Direito Processual Civil. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 157.

¹¹⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile**. Padova: Cedam, 1970; CAPPELLETTI, Mauro. VIGORITI, Vincenzo. I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano. **Rivista di diritto processuale**. 1971. Também nesse sentido, e destacando o papel da jurisprudência constitucional europeia na consolidação da ideia de um direito à prova: DEHO, Eugenia Ariano. **Problemas del proceso civil**. Lima: Juristas editores, 2003. p. 170.

¹¹¹ Nesse sentido: CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. Coleção Temas Atuais do Direito Processual Civil. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001; ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de Prueba Judicial**. Buenos Aires: Zavalia, 1972; MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009; TARUFFO, Michelle. Il diritto alla prova nel proceso civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Ano XXXIX. gen./mar, 1984. p. 74-120; AMARAL, Paulo Osternack. **Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito à prova no âmbito administrativo. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Coord.) **Provas: Aspectos atuais do direito probatório**. Rio de Janeiro: Método, 2009. p. 1-10; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno. Vol. I**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000; LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER JR., Fredie. et al. **Direito Probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 49-59.

¹¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito à prova no âmbito administrativo. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Coord.) **Provas: Aspectos atuais do direito probatório**. Rio de Janeiro: Método, 2009. p. 1-10.

dispor que o direito à prova pode ser compreendido como o direito da parte de “empregar todas as provas de que dispõe, com a finalidade de demonstrar a verdade dos fatos que fundamentam sua pretensão”.¹¹³

O direito à prova, conforme propõe Jordi Ferrer Beltrán,¹¹⁴ pode ser fracionado em quatro elementos principais, quais sejam: direito a utilizar todas as provas de que se dispõe para demonstrar a verdade dos fatos que fundam a pretensão; direito de que as provas sejam praticadas no processo; direito a uma valoração racional das provas produzidas; e a obrigação de motivação das decisões judiciais.

O primeiro elemento diz respeito ao direito que somente aquelas partes que estão em juízo detêm de lançar mão de todas as provas que estejam ao seu alcance para demonstrar a veracidade das alegações que foram feitas. Assim, é imponível aos magistrados a obrigação de admitir todas as provas lícitas e relevantes aportadas pelas partes. Importa aqui notar, a existência de uma limitação ao exercício do direito à prova, qual seja a relevância da prova a ser produzida. E, por relevantes, se quer afirmar aquelas provas que “possam ser idôneas para trazer, direta ou indiretamente, elementos de juízo acerca dos fatos que devem ser provados”.¹¹⁵

A admissibilidade de tal restrição, que decorre de limitações materiais impostas pelo próprio processo, tais quais o tempo e aspectos econômicos, entre outros, não permite que haja restrições indevidas à produção de provas pelas partes, sob pena de violação a ao próprio contraditório e à ampla defesa, como será analisado de forma mais aprofundada no item 1.4.1. infra.

O segundo elemento diz respeito ao direito de execução efetiva das provas no processo, que resulta como consequência lógica do direito de que sejam admitidas as provas relevantes aportadas pelas partes. Visto que, de nada adiantaria que as provas fossem formalmente admitidas, mas não fossem produzidas nos autos, como ocorreria com a não execução de uma prova pericial

¹¹³ TARUFFO, Michelle. Il diritto alla prova nel proceso civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Ano XXXIX. gen./mar, 1984. p. 77-78.

¹¹⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 54-59.

¹¹⁵ Ibidem. p. 55.

por qualquer questão de ordem prática, como custo ou tempo, mesmo que não fosse negada expressamente sua admissibilidade.

Na mesma direção está o direito à valoração racional das provas, terceiro elemento apontado por Jordi Ferrer Beltrán. Pois, seguindo a linha de raciocínio estabelecida, de nada adianta a admissão da prova e a sua produção se a sua valoração não se der de forma racional. Isso quer dizer que o direito à prova vai além da garantia de que determinado resultado probatório seja alcançado, ele está intimamente ligado à valoração do juiz sobre os elementos de prova a ele apresentados, o que poderia ser compreendido como um dos efeitos da atividade probatória.¹¹⁶

Por fim, o último elemento integrante do direito à prova consiste na obrigação de o juiz motivar as suas decisões judiciais com relação à valoração realizada sobre as provas apresentadas e produzidas pelas partes. Novamente, trata-se de consequência necessária da integração ao direito à prova da valoração racional da prova pelo juiz. Uma vez que, sem que haja fundamentação expondo o processo de valoração das provas, a parte ficaria à mercê de juízos arbitrários sem a possibilidade de exercer o controle sobre as razões que levaram o magistrado a aceitar as provas produzidas como suficientes ou não a demonstrar a veracidade dos fatos alegados.¹¹⁷

1.4.1. Natureza constitucional do direito à prova

Todos os aspectos analisados acima levam à conclusão de que o direito à prova estaria “compreendido nas ideias de acesso à justiça, devido processo legal,

¹¹⁶ “Dal punto di vista dello scopo cui è orientato, il diritto alla prova può essere definito come il diritto delle parti di influire sull'accertamento giudiziale dei fatti per mezzo di tutte le prove rilevanti, dirette e contrarie, di cui dispongono. È infatti evidente che, quand'anche si riconoscesse compiutamente il diritto delle parti di dedurre e far assumere tutte le prove rilevanti, si tratterebbe di una garanzia illusoria e meramente ritualistica qualora non fosse assicurato l'effetto dell'attività probatoria, ossia la valutazione delle prove da parte del giudice in sede di decisione” (TARUFFO, Michelle. Il diritto alla prova nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Ano XXXIX. gen./mar, 1984. p. 106)

¹¹⁷ Nesse sentido: “Não é suficiente garantir às partes o direito à produção das provas pertinentes. Deve-se-lhes assegurar o direito de exigir do juiz que se manifeste sobre as provas produzidas. É de rigor, também, que, concluída a instrução, o juiz forme seu convencimento segundo o princípio da persuasão racional, mencionando na sentença como se convenceu a respeito da existência ou inexistência dos fatos” (LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER JR., Fredie. et al. **Direito Probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 56)

contraditório e ampla defesa (art. 5º, XXXV, LIV e LV da CF/1988)".¹¹⁸ O que também implica dizer que o direito a prova é corolário do direito de ação, visto que "agir e defender-se provando" é uma condição necessária para que tais garantias sejam asseguradas.¹¹⁹

Não é suficiente limitar o direito de ação à simples possibilidade de ajuizar uma demanda perante o Poder Judiciário. Essa é somente a primeira etapa de uma série extensa de faculdades concedidas ao indivíduo a fim de se garantir uma correta e adequada prestação jurisdicional.¹²⁰ E, nesse rol de faculdades, o direito à prova possui valoroso destaque, já que visa possibilitar a demonstração da verdade,¹²¹ assumindo fundamental importância para o provimento judicial final.¹²²

Em outros ordenamentos jurídicos, a relação entre o direito de ação constitucionalmente assegurado e o direito à prova é destacada pela doutrina. É o que afirma Hernando Devis Echandia, ao tratar da constituição colombiana, que a obrigação do juiz de determinar, praticar e avaliar as provas pedidas pelas partes, emana do direito subjetivo que as Constituições as outorgam de serem ouvidas ao serem julgadas (Constituição Colombiana, art. 26).¹²³

Também a constituição espanhola reconhece em seu artigo 24 que aquele que é parte em um processo judicial tem o direito a utilizar os meios de prova pertinentes à sua defesa.¹²⁴ E, a consequência de reconhecer o caráter constitucional do direito à prova e a sua estrita vinculação com o direito de ação está nas limitações que são impostas ao direito à prova.

Isso porque, nesses termos, qualquer limitação que seja imposta ao direito

¹¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 25-26.

¹¹⁹ CAMBI, Eduardo. CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. Coleção Temas Atuais do Direito Processual Civil. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 112.

¹²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas obtidas ilicitamente. **Temas de Direito Processual**. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 107.

¹²¹ "A fundamentalidade material da prova está intrinsecamente ligada à verdade e à importância dessa para qualquer relação jurídica" (RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**. Vol. 224, Out. 2013, p. 41)

¹²² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual – de acordo com a constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1990. p. 19.

¹²³ ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría General de Prueba Judicial**. Buenos Aires: Zavalia, 1972. p. 40.

¹²⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 53.

à prova deverá ser analisada sob a perspectiva da garantia constitucional outorgada ao indivíduo, da mesma forma que ocorre com o direito à ação.¹²⁵ Além disso, como adverte Eduardo Cambi, “o reconhecimento de um direito constitucional à prova, no processo civil, implica a impossibilidade de criação de obstáculos legislativos irracionais que tornem praticamente impossível ou extremamente difícil valer-se das provas necessárias para a demonstração dos fatos que integram o *thema probandum*”.¹²⁶ E, a mesma impossibilidade se aplica também, por consequência, às decisões judiciais.

O que se deve ter em mente é que em um sistema voltado a garantir máxima efetividade ao direito à prova, as limitações deverão ser excepcionais, se justificando, tão somente, quando os direitos em conflito se mostrarem mais relevantes do que o direito da parte provar os fatos por ele alegados. Mesmo que, por outro lado, seja inevitável reconhecer que o direito à prova é condicionado pelas determinantes do procedimento, “tudo se inserindo num sistema fechado que tem início e deve ter fim, permeando-se de adequadas preclusões”.¹²⁷

Por exemplo, a inobservância da vedação à prova ilícita prevista no art. 5º, LVI da CF/88 acarretará a ineficácia das provas colhidas ilicitamente e, eventualmente, a nulidade da sentença nelas fundada.¹²⁸ Contudo, tal limitação se encontra prevista na Constituição também elencada como direito fundamental, o que não apresentaria maiores controvérsias, devendo tal interação ser objeto de ponderação.¹²⁹

¹²⁵ “Como visto no item precedente, as provas consistem meio retórico de convencimento do magistrado, quicá o mais importante deste, e, sob este paradigma, torna-se indissociável a inibição do direito constitucional da parte a produzir provas relevantes da própria negativa de acesso à justiça” (MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 59)

¹²⁶ CAMBI, Eduardo. CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. Coleção Temas Atuais do Direito Processual Civil. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 170.

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Vol. I. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 464.

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p.116-117.

¹²⁹ Nesse sentido é que, José Carlos Barbosa Moreira, ao tratar das provas produzidas em confronto a alguma norma legal afirmou: “Daí a conveniência de deixar ao aplicador da norma restritiva determinada margem de flexibilidade no respectivo manejo. Só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue à solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade”.

Por outro lado, de maior complexidade é a justificação da inadmissão da produção de provas em razão de outros fatores como a celeridade do processo, os custos na produção da prova, entre outros que podem se opor ao direito das partes. E, nesse aspecto é que a discussão aqui estabelecida se mostrará mais relevante para o tema estudado, visto que, como será oportunamente analisado, o processo civil eleitoral, em razão de suas peculiaridades, impõe aos aplicadores do direito a necessidade de confrontar alguns valores ao direito à prova.

Importa destacar, ainda, que o direito à prova também é assegurado ao réu,¹³⁰ sob a mesma justificativa aqui exposta. Pois, ao passo que “agir” e “defender-se” no processo constituem atividades contrapostas e homólogas,¹³¹ violaria a isonomia que se pretende assegurar às partes, a atribuição de pesos e naturezas distintas às possibilidades de atuar em juízo. De forma que também é possível extrair do direito de defesa do réu o direito à produção das provas pertinentes a comprovar os fatos por alegados ou demonstrar a inexistência dos fatos narrados pela parte contrária.¹³²

1.5. A prova no CPC/15

O Código de Processo Civil de 2015, introduzido em nosso ordenamento através da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, inovou em sua estrutura ao adotar uma divisão entre parte geral e parte especial. E, maior inovação ainda se deu através da previsão destacada no “Livro I – Das normas processuais” de um capítulo dedicado às normas fundamentais do processo civil. Referido livro consagra a ideia, já consolidada, de constitucionalização do processo, por meio da referência expressa em legislação infraconstitucional a princípios assegurados pela Constituição Federal de 1988.¹³³

(MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas obtidas ilicitamente. **Temas de Direito Processual**. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 114)

¹³⁰ “Derecho de defensa y derecho a la prueba están íntimamente ligados” (DEHO, Eugenia Ariano. **Problemas del proceso civil**. Lima: Juristas editores, 2003. p. 177)

¹³¹ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. Coleção Temas Atuais do Direito Processual Civil. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 119.

¹³² GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. p. 15-16.

¹³³ “Na Parte Geral, o Novo Código dispensou grande atenção à constitucionalização do processo, dedicando seus 12 artigos iniciais para definir aquilo que denominou de Normas Fundamentais do

Incluídos entre as normas fundamentais consagradas nos arts. 1º a 12 estão os princípios do contraditório e vedação à decisão surpresa, o dever de cooperação entre as partes e a sujeição de todos os participantes do processo às regras de boa-fé processual. Os quais interagem diretamente com a questão probatória, e se relacionam com as inovações trazidas no código também em matéria de provas.

Quanto às provas, propriamente, o CPC/15 dispensa tratamento específico no “Capítulo XII – Das Provas” do Livro I da Parte Especial, mais especificamente entre os artigos 369 e 484. Dos quais, os artigos 369 a 380 tratam de disposições gerais sobre provas, à semelhança do que ocorria no CPC/73, mas com algumas inovações bastante relevantes.

Tais mudanças ficam evidentes logo no primeiro artigo com capítulo das provas – art. 369 -, no qual é reconhecido o direito das partes de “empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Como visto anteriormente, o direito à prova não surge com o CPC/15, mas seu reconhecimento de maneira expressa reforça essa mudança de perspectiva em relação à prova e um relevante passo na superação da ideia de o juiz como único destinatário das provas de um processo.

Para além disso, o referido dispositivo também demonstra uma concepção de processo *truth-oriented*, no qual se reconhece “ampla possibilidade à produção probatória, não vedando, expressamente, a produção de nenhum tipo de prova, salvo aquelas já tradicionalmente conhecidas e obtidas por meios inidôneos, ferindo preceitos constitucionais (art. 5º, LVI, CF)”.¹³⁴

Outro ponto relevante, ainda na parte geral, é a tipificação da prova emprestada. Isso porque, muito embora não seja novidade – visto que já

Processo Civil, entre as quais merecem especial destaque os princípios do contraditório sem surpresas; da cooperação entre partes e juiz na atividade de formulação do provimento jurisdicional; da sujeição de todos os participantes do processo ao comportamento de acordo com a boa-fé; da duração razoável do processo; da dignidade da pessoa humana; da eficiência da prestação a cargo do Poder Judiciário; da submissão do próprio juiz ao contraditório; da fundamentação adequada das decisões judiciais; da vedação de privilégios da ordem de julgamento das causas” (Theodoro Júnior, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I.** 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015)

¹³⁴ PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova no NCPC. In: DIDIER JR., Fredie. et al. **Direito probatório.** 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 147.

amplamente admitida pela doutrina¹³⁵ e jurisprudência¹³⁶ -, a sua previsão em lei tem efeito relevante. Pois, além de destacar a relevância desse mecanismo, torna indene de dúvidas o seu cabimento.

A previsão da prova emprestada corrobora a ideia de celeridade e efetividade, além de reforçar o ideal de busca pela verdade, “visto que uma vez existindo pertinência temática e fática, não há razão para não se utilizar da prova, poupando-se tempo do jurisdicionado e do magistrado que não precisará aguardar pela produção da prova que muitas vezes pode levar largo período de tempo”.¹³⁷

Com relação à produção antecipada de provas, também houve alterações importantes. Em outra oportunidade,¹³⁸ ainda em sede de direito projetado, tivemos a oportunidade de tratar das modificações em questão. E, naquela oportunidade chegamos a afirmar que “o procedimento, na forma que lhe foi atribuída pelo projeto, põe fim a algumas discussões que somente se prestavam a tumultuar a prestação jurisdicional. Além disso, adota a premissa da existência do direito autônomo à prova, o que a nosso ver parece acertado”.¹³⁹

Além de ressaltar o fato de que o código, à época projeto de lei, “passou a prever hipóteses em que o procedimento será meio de alcançar vias mais céleres da prestação jurisdicional, como se pode vislumbrar na previsão do art. 715, §2º, do projeto, que admite como prova documental, para instruir a Ação Monitória, a

¹³⁵ ALVIM, Arruda. Prova Emprestada. **Revista de Processo**. Vol. 202. Ano 36. Dez. 2011. p. 403-415; CAMBI, Eduardo. **A prova civil – admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; CARLOS, Manuel. Prova Emprestada. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. Vol. 4. out. 2011. p. 1065-1068; KODANI, Gisele. Âmbito de aplicação da prova emprestada. **Revista de Processo**. Ano 29. n. 113. jan./fev. 2004, p. 268-279; TALAMINI, Eduardo. **Prova emprestada no processo civil e penal**. Revista de informação legislativa. Brasília. Ano 35. N. 140. Out./Dez. 1998; GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova Emprestada. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. vol. 3. Jun. 2012. p. 25.

¹³⁶ A título de exemplo, o STJ possui diversos julgados anteriores à vigência do CPC/15, admitindo a utilização de prova emprestada no processo civil, dos quais seguem alguns: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1230168/PR, Segunda Turma, Brasília, DF, 04 de novembro de 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 301952/CE, Primeira Turma, Brasília, DF, 07 de agosto de 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 617.428/SP, Corte Especial, Brasília, DF, 04 de junho de 2014.

¹³⁷ PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova no NCPC. In: DIDIER JR., Fredie. et al. **Direito probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 151.

¹³⁸ RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. MENEZES, Pedro Henrique da Silva. Da Produção Antecipada de Provas no Projeto do Novo CPC. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. XII, p. 562-580, 2013.

¹³⁹ Ibidem.

prova oral colhida em procedimento de produção antecipada de prova”.¹⁴⁰

Tais colocações se deram sob a perspectiva de que houve uma mudança de paradigma em matéria de prova, pois se passou a reconhecer, inclusive, a função da prova na formação do convencimento das partes na avaliação de suas chances em uma eventual demanda. Ou seja, “este novo propósito da atividade probatória, que, de certa forma, situa também as partes como destinatárias da prova, tem como objetivo prevenir a propositura de ações infundadas ou fadadas ao insucesso, porque desprovidas de respaldo fático”.¹⁴¹

Assim, é possível afirmar que a antecipação da prova sem o requisito da urgência se apresenta, no CPC/15, como um dos meios de redução da litigiosidade e de tentativa de tornar célere a prestação jurisdicional. Dispõe o art. 388 do CPC que se admite a produção antecipada de provas nos casos em que: haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar tentativa de conciliação ou de outro meio adequado de solução do conflito; ou, o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Como se vê, o legislador passou a admitir que a prova se presta também à formação do convencimento das partes quanto às suas chances em uma eventual demanda. A menção ao termo “eventual” mostra-se relevante uma vez que não há mais disposição no sentido de estipular prazo para o ajuizamento da ação principal. Em outras palavras, a produção antecipada da prova não está, necessariamente, vinculada a um processo principal. É, portanto, reconhecido o direito autônomo ao ajuizamento de uma demanda para fins de produção de prova como meio de facilitar a autocomposição ou de possibilitar que a parte faça uma melhor análise das suas chances em uma demanda futura.

Assim, como afirmam Francisco Laux e Daniel Rodrigues, o redirecionamento da produção da prova para as partes, como destinatários finais, poderá, como se busca no inciso III do art. 381, evitar o ajuizamento de uma demanda quando: “(i) a parte que pretendia demandar se convence da inexistência

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto de novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo; Vol. 191, jan. 2011, p. 299-311.

do direito material que alegava titularizar; (ii) quando se alcança a solução do conflito mediante a utilização de método alternativo – ou melhor, adequado – de solução de controvérsias, como a autocomposição”.¹⁴²

Por fim, merece destaque a prova técnica simplificada, que segundo o parecer do Relator Geral do Projeto do CPC na Câmara dos Deputados, “cuida-se de meio de prova que fica entre o testemunho tradicional e a prova pericial”.¹⁴³ A prova técnica simplificada, prevista no art. 464, §2º do CPC, foi introduzida no ordenamento como uma tentativa de simplificar a produção da prova pericial quando se estiver diante de causas de menor complexidade¹⁴⁴ ou, nos termos do código, “quando o ponto controvertido for de menor complexidade”.

Nesse ponto, é importante verificar o contraste com o que se encontra no direito comparado. Isso porque, no direito anglo-americano, a figura do *expert witness*, que se assemelha à prevista no art. 464, §2º, em especial pela oralidade da colheita do parecer do especialista, é bastante difundida. No entanto, ao contrário da legislação brasileira, a *Rule 35.5*¹⁴⁵ das *Civil Procedure Rules* inglesas define que, nas ações de menor complexidade – *small claim tracks* - deverá ser adotada a modalidade escrita, a não ser que isso se mostre necessário a atender os interesses da justiça.¹⁴⁶

É evidente que as diferenças substanciais existentes entre os sistemas processuais¹⁴⁷ são responsáveis pela mudança de perspectiva sobre a colheita oral da prova técnica. No entanto, é interessante estar atento para o fato de que conforme o caso, e a depender da natureza do procedimento, a necessidade de

¹⁴² LAUX, Francisco de Mesquita. RODRIGUES, Daniel Colnago. Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie. (Coord.) [Et al.] **Direito Probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹⁴³ BRASIL. Congresso. Comissão Especial - PL 6025/10. **Transcrição literal das notas taquigráficas do parecer do Relator Geral Sr. Deputado Sérgio Barradas Carneiro**. Reunião Ordinária nº: 1296/12. Brasília, DF, 2012.

¹⁴⁴ MARTINS, André Chateaubriand. A prova pericial no NCP. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) **Novo CPC doutrina selecionada, Vol. 3: provas**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 771.

¹⁴⁵ “General requirement for expert evidence to be given in a written report. Rule 35.5. (1) Expert evidence is to be given in a written report unless the court directs otherwise. (2) If a claim is on the small claims track or the fast track, the court will not direct an expert to attend a hearing unless it is necessary to do so in the interest of justice”.

¹⁴⁶ KEANE, Adrian. MCKEOWN, Paul. **The modern law of evidence**. ed.12. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 609.

¹⁴⁷ A título de análise comparada do papel da *expert witness*, no direito americano: HAACK, Susan. The expert witness: Lessons from the U.S. Experience. **Humana.Mente Journal of Philosophical Studies**, Vol. 28, 2015, p. 39-70.

agendamento de audiência, com intimação das partes e do especialista pode acarretar maior demora,¹⁴⁸ cabendo ao magistrado verificar a pertinência da adoção da referida técnica.

A testemunha técnica se mostra muito útil naquelas situações em que se faça necessário o esclarecimento técnico a respeito de determinada situação, e não propriamente a realização de vistoria detalhada em um imóvel, ou perícia aprofundada na lesão sofrida por um paciente. Como exemplifica Paulo Osternack Amaral, a testemunha técnica seria adequada, por exemplo, a alguns casos de responsabilidade civil por erro médico. Especialmente quando, os conhecimentos técnicos de um médico poderiam ser utilizados para identificar, “se determinada técnica empregada em um parto malsucedido caracteriza uma prática comum, se ela foi empregada de forma adequada, se a doutrina médica a aceita de forma majoritária etc.”.¹⁴⁹

Sendo utilizada de maneira adequada, a prova técnica simplificada pode se mostrar grande aliado para processos nos quais a questão controvertida, embora demande um parecer de um especialista, não seja de alta complexidade a ponto de demandar um relatório escrito. Pois, nesses casos, a possibilidade da inquirição do especialista, com a participação das partes, tende a acelerar a produção probatória e a diminuir os diversos atos das partes e do magistrado que costumam se seguir após a juntada do laudo pericial escrito.

Importante destacar que, embora o código não disponha sobre a participação das partes na inquirição do especialista, não há dúvidas de que “o contraditório impõe a participação ativa das partes e de seus advogados em tal inquirição”.¹⁵⁰ O Prof. Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma, complementando a posição acima adotada, que as partes poderão requerer os esclarecimentos que

¹⁴⁸ Nesse sentido: “Mas é preciso levar em conta que o erro na escolha da prova técnica simplificada pode atrasar o curso do processo com a oitiva de pessoas que não podem contribuir em nada. É relevante, portanto, saber distinguir as questões complexas das simples. Ao contrário do que parece, isso pode não ser muito fácil na prática, principalmente porque o legislador não fixou parâmetros – ainda que mínimos – para auxiliar o juiz nessa análise” (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil – Teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.p. 205)

¹⁴⁹ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 129.

¹⁵⁰ Ibidem. p. 128.

entenderem necessários, assistidas pelos seus assistentes técnicos.¹⁵¹ Tal afirmação se mostra em plena consonância com o ordenamento vigente, uma vez que, além de a prova pericial simplificada estar inserida na seção atinente à prova pericial, logo a ela devem se aplicar as regras cabíveis, o impedimento da participação de assistentes técnicos impediria o exercício adequado do contraditório pelas partes, em razão das barreiras que podem ser impostas pelo linguajar técnico.¹⁵²

1.5.1. Dever de fundamentação

Na estrutura apresentada no CPC/15 o contraditório possui lugar de destaque, seja de maneira direta a partir das disposições constantes nos art. 9º e 10, seja de maneira indireta em diversos outros dispositivos que asseguram a participação efetiva das partes e a sua possibilidade de influir nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Dentre as manifestações da garantia do contraditório está o dever de fundamentação das decisões que é imposto aos magistrados através da regra expressa no art. 11 do CPC/15.¹⁵³ Referida previsão, consiste em oportuno reforço à norma constitucional insculpida no art. 93, IX da CF/88 que atribuiu ao dever de fundamentação status constitucional.¹⁵⁴

¹⁵¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova Pericial no CPC/2015. **Revista de Processo**. vol. 267. Ano 42. p. 214.

¹⁵² Sobre essas eventuais barreiras que o linguajar técnico pode impor, Susan Haack afirmou: “Of course, an expert witness won’t just offer a bare opinion, but will normally explain what the evidence is on the basis of which he arrived at that opinion. But that evidence will often be couched in a technical vocabulary that we can, at best, only partially understand; and will, moreover, often rely on background factual assumptions the truth of which we can’t judge for ourselves” (HAACK, Susan. The expert witness: Lessons from the U.S. Experience. **Humana.Mente Journal of Philosophical Studies**, Vol. 28, 2015, p. 39-70.)

¹⁵³ Nessa linha, evidenciando a vinculação entre o contraditório e a motivação, afirma Paulo Henrique dos Santos Lucon: “non può essere considerata come motivata quella decisione che abbia impedito, in qualche modo, l’esercizio del contraddittorio. Consapevole del fatto che deve esplicitare il suo convincimento, il giudice non deve decidere sulla base di motivi che non può spiegare, pena l’arbitrarietà della sua decisione” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Il principio del contraddittorio e il dovere di motivazione nel c.p.c. brasiliano del 2015. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Fasc. II. Milano: Giuffrè, 2018. p. 667-688)

¹⁵⁴ A necessidade de previsão constitucional expressa do dever de fundamentação das decisões já era apontada por Barbosa Moreira em 1978, vindo a ser concretizada com o advento da CF/88. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual Civil: 2ª Série**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 95)

Na linha do que leciona Vittorio Colesanti, o dever de fundamentação representa a derradeira manifestação do contraditório. De forma que, o dever imposto ao juiz se traduz na obrigação de considerar os resultados do contraditório, aquilo que foi alegado pelas partes. E, ao mesmo tempo, certificar que a marcha processual se desenvolveu com a participação das partes.¹⁵⁵

No entanto, o dever de fundamentação não se justifica única e exclusivamente com base no direito ao contraditório das partes. Michele Taruffo,¹⁵⁶ acompanhado por diversos processualistas,¹⁵⁷ aponta a existência de duas dimensões a serem consideradas quando se busca identificar a função da fundamentação, quais sejam: endoprocessual e extraprocessual.

A primeira delas, se volta a assegurar o direito das partes de conhecer as razões da decisão, para poder impugná-las. Bem como, também tem como escopo possibilitar a revisão das decisões pelos tribunais de revisão. Na medida em que, somente através da explicitação das razões de decidir é que os sujeitos do processo, sejam as partes ou os juízes de segundo grau que atuarem no processo, terão elementos para verificar a correção das decisões e, conforme o caso, impugná-las ou reformá-las.¹⁵⁸

José Rogério Cruz e Tucci destaca, ainda, que “a motivação da sentença, ainda no plano técnico, resulta útil para enriquecer e uniformizar a jurisprudência, servindo, desse modo, como valioso subsídio àqueles que contribuem para o aprimoramento e aplicação do direito”.¹⁵⁹ Função que ganha relevo com a valorização dos precedentes que adveio com a promulgação do novo código.

¹⁵⁵ COLESANTI, Vittorio. Principio de contraddittorio e procedimenti speciali. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 4, 1975. p. 577-619.

¹⁵⁶ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **Revista de Processo**. vol. 151. Set. 2007, p. 229.

¹⁵⁷ Entre os quais pode-se citar: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 34; TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC – Análise e proposta. **Revista de processo**. Vol. 190, dez./2010, p. 257-269.

¹⁵⁸ “De hecho, el único modo de poder controlar, aunque sea precariamente, la correcta valoración de la prueba por las partes es a través del requisito externo de la motivación de la sentencia”. (Navarro, José Bonet. La prueba en el proceso civil. Barcelona: Grupo Difusión, 2009. p. 253). Na mesma linha: “La motivación es, pues, una justificación racional elaborada ex post respecto de la decisión, cuyo objetivo es, em todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión” (TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Trotá, 2005. p. 435)

¹⁵⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. **Revista de Processo**. Vol. 56, out./1989, p. 223.

Sob a dimensão extraprocessual, há uma verdadeira função política da fundamentação. Na medida em que o dever de fundamentação não se volta exclusivamente às partes, diretamente envolvidas, mas à população como um todo.¹⁶⁰ Com a finalidade de aferir a imparcialidade do magistrado, a legalidade e a justiça da decisão, permitindo um controle externo da atividade do Poder Judiciário.¹⁶¹

É interessante notar que “a disciplina exigida na produção de razões inteligíveis para as decisões pode aprimorar a qualidade do processo de produção da decisão, porque o juiz é obrigado a explicar sua escolha entre as posições sustentadas pelas partes”.¹⁶² Isso porque, não fosse o magistrado obrigado a expor suas razões de decidir, alguns dos argumentos trazidos pelas partes poderiam passar sem ser considerados, mesmo que involuntariamente, e as partes não teriam assegurado seu direito de interferir de forma efetiva na decisão do magistrado.

A relevância de assegurar a possibilidade de recorrer e a reanálise das decisões pelo próprio judiciário, além da necessidade de demonstrar perante a sociedade a regularidade da atividade do magistrado, leva à necessidade de imposição de consequências graves ao descumprimento do dever de fundamentação, qual seja, a nulidade da decisão. Assim, “a falta de exteriorização da *ratio decidendi* do pronunciamento judicial, acarreta a sua invalidade”.¹⁶³

E o CPC/15 inovou ao tratar do dever de fundamentação, uma vez que elencou em seu art. 489, §1º as hipóteses em que a decisão judicial, seja ela

¹⁶⁰ “O convencimento do juiz precisa ser *motivado*, porque sem o dever de motivar as decisões de nada valeriam as exigências de racionalidade e atenção ao que consta nos autos. Aos leitores de suas decisões (partes, órgãos judiciários superiores, opinião pública) o juiz é devedor da explicação dos porquês de suas conclusões, inclusive quanto aos fatos (*supra*, n. 131). Ele tem o dever de desenvolver, na motivação das decisões, o *iter* de raciocínio que, à luz dos autos, o leva a concluir que tal fato aconteceu ou não, que tal situação existe ou deixa de existir, que os fatos se deram de determinado modo e não de outro, que dado bem, serviço ou dano tem o tal valor e não mais nem menos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume III**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 127)

¹⁶¹ Nas palavras de Michele Taruffo: “Ciò discende da una concezione democratica del potere, secondo la quale l'esercizio del potere deve sempre poter essere controllato dall'esterno” (TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **Revista de Processo**. vol. 151. Set. 2007, p. 229-240)

¹⁶² ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar a experiência inglesa. **Revista de Processo**. vol. 192. p. 99-118. Fev./2011.

¹⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC – Análise e proposta. **Revista de processo**. Vol. 190, dez./2010, p. 257-269.

interlocutória, sentença ou acórdão será reputada não fundamentada. A previsão legal elenca como não fundamentadas as decisões que se limitem à indicação de texto de lei sem explicar sua relação com a causa, que empreguem conceitos jurídicos indeterminados sem justificar o motivo de sua incidência e, além dos outros incisos, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Essa densificação do dever de fundamentação, gera implicações evidentes na apreciação das provas produzidas pelas partes e das questões de fato por elas sustentadas. Na medida em que afasta qualquer dúvida em relação ao dever de o magistrado enfrentar todas as provas trazidas aos autos, e as respectivas alegações que elas sustentam, fundamentando as razões pelas quais entende que aquele elemento de prova é ou não capaz de demonstrar a ocorrência do fato a que se refere.

Alegações vazias limitadas a se referir ao “conjunto probatório” sem especificação de seus elementos, e restrinja sua fundamentação a afirmação genérica de que tal fato não restou provado, devem ser entendidas como decisões não fundamentadas e, portanto, nulas. Ora, “é inadmissível supor que o juiz possa escolher, para julgar, apenas algumas das questões que as partes lhes submeterem. Sejam preliminares, prejudiciais, processuais ou de mérito, o juiz tem de examiná-las todas, se não o fizer, a sentença estará incompleta”.¹⁶⁴

Não se pode esquecer, ainda, que a fundamentação da decisão não pode se basear apenas nas provas que convergem para a hipótese vencedora.¹⁶⁵ A obrigação de o juiz analisar todos os argumentos deduzidos pelas partes capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada, impõe que também todas as provas contrárias à tese acolhida sejam consideradas. Em verdade, a parte mais interessada na fundamentação a respeito das provas por ela produzidas é aquela que saiu derrotada no processo. Visto que, a partir das razões expostas pelo magistrado é que poderá formular eventual recurso.

¹⁶⁴ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*: São Paulo: Aide, 1992. *apud*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**. vol. 168. Fev./2009. p. 53.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 320.

Em remate, é importante destacar que, na esteira da crítica formulada por Michele Taruffo à realidade italiana, na prática a fundamentação sobre os fatos está muito longe do ideal. Se resumindo a alegações genéricas, das quais não é possível extrair nada de significativo sobre o raciocínio realizado pelo juiz.¹⁶⁶ Por essa razão é que, a previsão de balizas mínimas para delimitar o que se espera de uma fundamentação adequada, notadamente no tocante à prova, objeto do presente estudo, se mostra essencial para uma racionalização¹⁶⁷ do processo de valoração e de controle das provas e dos fundamentos trazidos pelas partes.

1.5.2. Poderes Instrutórios do Juiz

A atividade do magistrado com relação à instrução probatória não está restrita à mera valoração das provas produzidas pelas partes. Cada vez mais, tem-se reconhecido ao magistrado um papel ativo na produção de provas, o que durante muito tempo gerou infundável controvérsia a respeito do papel do juiz. Problema, esse, que nas palavras de Barbosa Moreira tem direta relação com a questão da “divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes”.¹⁶⁸

A ideia de que o juiz deveria adotar uma postura mais passiva em relação ao processo, notadamente com relação à instrução probatória, era muito presente na corrente clássica, entre os quais podemos destacar Moacyr Amaral Santos para quem, na atividade probatória, exerce o juiz função meramente supletiva ou complementar.¹⁶⁹ Tal pensamento também encontra representantes no direito comparado, notadamente nos países da common law, nos quais se defende, com base em um sistema predominantemente *adversarial*, que um juiz que atua ativamente na instrução probatória põe em risco sua neutralidade, indicando que estaria se posicionando em favor de uma das partes.¹⁷⁰

¹⁶⁶ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 435.

¹⁶⁷ “Nella configurazione del giudizio di fatto alla luce del principio del libero convincimento del giudice, la motivazione assume un ruolo fondamentale di razionalizzazione della valutazione delle prove, in quanto la discrezionalità di tale valutazione non esclude, ed anzi implica che questa sia adeguatamente giustificata” (TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Pádua: Cedam, 1975. p. 443/444)

¹⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Revista brasileira de direito processual**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, jul./set. 2007. p. 111-118.

¹⁶⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**, Vol. I, 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1961. p. 347

¹⁷⁰ DAMASKA, Mirjan. **El derecho probatorio a la deriva**. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 103.

Entre os principais argumentos contrários à iniciativa probatória do juiz estão: a) a violação ao contraditório; b) o direito das partes à produção de provas; e c) o comprometimento da imparcialidade do julgador. Ocorre que, analisados de maneira comprometida, tais argumentos não se sustentam, de maneira que se torna imperioso reconhecer tais poderes ao magistrado.

Quanto ao primeiro deles, não há uma relação direta entre a atribuição de poderes instrutórios ao magistrado e violação do princípio do contraditório. Não se afasta, de maneira alguma, que a produção de provas sem a participação das partes ou sua oitiva prévia se mostra contrária às garantias processuais constitucionalmente asseguradas.

No entanto, isso não implica dizer que toda a prova produzida por iniciativa do magistrado acarretaria violação ao contraditório. Já que, para assegurar a efetiva participação dos sujeitos processuais, entendendo necessária a produção de prova não trazida aos autos pelas partes, o juiz deverá expor as razões pelas quais entende tais provas indispensáveis à solução do feito, e oportunizar não só que as partes se manifestem sobre tal necessidade, mas que participem e acompanhem a produção da prova, conforme o caso, na hipótese de esta vir a ser realizada.

O segundo ponto, relativo à existência de um direito das partes à produção da prova, o reconhecimento do direito à prova não implica atribuir às partes a exclusividade de aportar provas aos autos.¹⁷¹ Até mesmo porque, ninguém melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova.¹⁷²

Reconhecer um direito subjetivo das partes à prova, como exposto anteriormente, é essencial para assegurar o pleno exercício do direito de ação. Contudo, não há limitação a esse direito a partir do momento em que se reconhece que o magistrado também poderá ter a iniciativa probatória. Pelo contrário, admitir que o magistrado produza provas por iniciativa própria é assegurar um julgamento mais adequado, amparado no máximo de elementos de prova possível, e, via de

¹⁷¹ JUNOY, Joan Picó i. **O juiz e a prova**. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 94.

¹⁷² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 17.

consequência, garantir que a tutela jurisdicional seja prestada da melhor maneira.

Por fim, com relação à imparcialidade, argumento reiterado nas discussões a respeito dos poderes instrutórios do juiz, a experiência mostra que a imparcialidade não fica comprometida.¹⁷³ Até mesmo porque, caso se vislumbre em um determinado caso concreto que o juiz decidiu pela produção de uma prova, não trazida aos autos pelas partes, com o intuito de ajudar alguma delas, a imparcialidade estava maculada antes mesmo da produção da prova, e não em razão dela.¹⁷⁴

Além disso, a iniciativa probatória do juiz não prejudica sua imparcialidade, uma vez que nem sempre é possível saber a quem a produção de determinada prova favorecerá.¹⁷⁵ De forma que, não sendo o juiz capaz de prever o resultado final de uma prova, não é possível afirmar que a determinação da produção da prova de ofício implicaria necessariamente mácula à sua imparcialidade.

Em arremate, a experiência comparada demonstra que tal argumento é

¹⁷³ “A experiência mostra que a *imparcialidade* não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz suare com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar no sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas para um sadio *ativismo*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume III**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 59)

¹⁷⁴ Nesse sentido: “Por outro lado, não seria lógico atribuir uma parcialidade à atividade do juiz apenas no momento instrutório, desvinculando-a das demais fases procedimentais. O juiz não decide ser parcial sem a finalidade de ajudar ou prejudicar uma das partes, e, se isso ocorre, se dá num momento anterior à produção das provas e se estende até o julgamento, quando as provas produzidas serão valoradas para compor a fundamentação da decisão. Seria incoerente imaginar que um juiz iria beneficiar ou prejudicar uma parte apenas no momento probatório para atender a um capricho seu ou de um dos litigantes, sem estar vinculado ao resultado do processo” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O “ativismo” do juiz no tema de prova. **Revista de Processo**, vol. 159, Mai./2008, vol. 159-178)

¹⁷⁵ “De mais a mais, no momento que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria que concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de tomá-la do que quando toma a iniciativa instrutória, pois, seja qual for a sua opção, acabará por favorecer uma das partes” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Revista brasileira de direito processual**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, jul./set. 2007. p. 111-118); Também nesse sentido: SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Os poderes instrutórios do juiz no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) **Novo CPC doutrina selecionada, Vol. 3: provas**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 340; JUNOY, Joan Picó i. **O juiz e a prova**. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 98; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de processo**. vol. 35. jul. 1984, p. 178-183; CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Revista de Processo**. vol. 153. p. 33. Nov./2007.

infundado, como destaca Michele Taruffo.¹⁷⁶ Na medida em que a maior parte dos ordenamentos jurídicos modernos atribui ao magistrado algum grau de poder instrutório. De forma que, a não ser que todos os ordenamentos que reconhecem a possibilidade de o magistrado requerer provas de ofício tenham aberto mão da imparcialidade do magistrado, o que não parece ser o caso, deve-se concluir que sendo preservado o contraditório efetivo e equilibrado, nenhum risco apresenta, para a imparcialidade do julgador, essa participação mais ativa.¹⁷⁷

Inegavelmente, às partes compete a tarefa principal de aportar aos autos as provas que entendam pertinentes para demonstrar a veracidade dos fatos por elas alegados, seja nos ordenamentos em que predomina o sistema adversarial seja naqueles predominantemente inquisitorial.¹⁷⁸ No entanto, com o surgimento da concepção do processo civil como instrumento público para a proteção de direitos¹⁷⁹ e consequente superação da ideia de que a solução de um processo que verse sobre direitos disponíveis interessa tão somente às partes, ficou mais difícil sustentar que o juiz deve ser omisso com relação à produção de provas.

Mesmo nos ordenamentos jurídicos integrantes da família da *common law*, conhecidos por adotar a concepção *adversarial* do processo civil, nota-se uma ampliação dos poderes instrutórios do juiz. É que se pode verificar a partir do que dispõe a rule 706 da *Federal Rules of Evidence*, que trata da indicação de *expert witness* pelo próprio juiz, função usualmente atribuída às partes.¹⁸⁰

Como vê, portanto, não se pode mais aceitar a suposta vinculação do juiz cível à denominada “verdade formal”,¹⁸¹ como explicitado em momento anterior,

¹⁷⁶ “Poiché - tuttavia - non vi sono prove credibili di questa follia collettiva, dovremmo concludere che l'esperienza comparatistica mostra l'infondatezza del timore che il giudice, esercitando un ruolo attivo, diventi per ciò stesso parziale ed incapace di valutare correttamente il materiale probatorio che è stato acquisito al giudizio anche sulla base della sua iniziativa” (TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in europa. **Revista de Processo**. vol. 133. Mar. 2006. p. 133)

¹⁷⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 173.

¹⁷⁸ “Assim, todos os sistemas probatórios modernos estão centrados nas partes, uma vez que cada parte tem liberdade ilimitada de apresentar todos os meios de provas admissíveis e relevantes para a demonstração dos fatos objeto do litígio. Por conseguinte, as reais diferenças concernem somente ao alcance do poder que o juiz possui para a produção das provas de ofício” (TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 109)

¹⁷⁹ Ibidem. p. 110.

¹⁸⁰ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 111.

¹⁸¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 17.

adotando uma postura passiva com relação às provas. O reconhecimento de que a relação jurídica processual não está limitada à esfera de disponibilidade das partes,¹⁸² impõe a necessidade de que o juiz atue juntamente com as partes na busca de uma tutela jurisdicional adequada, baseada não só nos fundamentos legais corretos, mas também na reconstrução dos fatos mais aproximada da verdade.¹⁸³

É interessante notar que, a iniciativa probatória do juiz é bem aceita quando há direitos indisponíveis em jogo, mas em demandas que versam, majoritariamente, sobre direitos individuais a resistência surge.¹⁸⁴ A razão para referido tratamento se funda, por óbvio, no direito sob tutela, que nas hipóteses que tratam de direitos indisponíveis, como nas ações de família, e nas demandas coletivas, estaria acima do interesse das partes, não sendo adequado relegar a estas a condução da instrução probatória. Inclusive, a omissão do magistrado em tais casos poderia dar ensejo até mesmo ao conluio entre as partes a fim de alcançar resultado desfavorável ao interesse da coletividade, o que pode ocorrer, por exemplo, nas demandas eleitorais, como será tratado oportunamente.

Em nosso ordenamento, o poder de determinar a produção de provas de ofício está previsto no art. 370 CPC, cuja redação é praticamente a mesma do art. 130 do CPC/73,¹⁸⁵ que dispõe que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. Da leitura do dispositivo não é possível extrair qualquer limitação aos poderes instrutórios do

¹⁸² “(...) da circunstância de alguém poder dispor da relação jurídica de direito material controvertida, não se infere necessariamente que passa dispor da relação jurídica processual, que é distinta e que vive sob o signo publicístico, e não sob o signo privatístico” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de processo**. vol. 35. jul. 1984, p. 178)

¹⁸³ “Nessa perspectiva, ao contrário do que insinuam certas fórmulas tradicionais, recusar-lhe a possibilidade de comprovar espontaneamente os fatos parece tão pouco razoável, afinal de contas, quanto negar-lhe a de procurar por si mesmo a norma aplicável: o conhecimento daqueles não lhe é menos necessário que o desta para cumprir sua função essencial de modo satisfatório” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Revista brasileira de direito processual**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, jul./set. 2007. p. 111-118)

¹⁸⁴ “Entretanto, para que o juiz atinja uma convicção tão próxima da realidade dos fatos, mister se faz que ele, caso seja necessário, lance mão de mecanismos de prova capazes de esclarecer a eventual controvérsia. Essa atitude é muito bem assimilada quando estão em jogo direitos indisponíveis, em que há prevalência do interesse público e que justifica uma postura mais atuante do Estado. Mas, quando se trata de busca de prova em processo de direitos disponíveis, a situação muda de figura e causa inúmeras resistências por parte dos aplicadores do direito, das partes e dos próprios juristas especialistas na matéria” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O “ativismo” do juiz no tema de prova. **Revista de Processo**, vol. 159, Mai./2008, vol. 159-178)

¹⁸⁵ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil – Teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.p. 39.

magistrado, o que permite concluir que o legislador não quis atribuir ao juiz uma função meramente supletiva na produção das provas. Pelo contrário, “a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição às partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo”.¹⁸⁶

Porém, a doutrina alerta à existência de alguns limites mínimos aos poderes instrutórios do juiz. Tais limites tem como objetivo assegurar que a iniciativa probatória do magistrado não entre em conflito com direitos e garantias fundamentais das partes. Assim, no escólio do que leciona Joan Picó i Junoy, a iniciativa probatória do magistrado deve: a) limitar-se aos fatos controvertidos e discutidos pelas partes, em homenagem ao princípio dispositivo;¹⁸⁷ b) se ater às fontes de prova constantes no processo, sobre as quais terá lugar a posterior atividade probatória do juiz, evitando que o juiz traga novas fontes de provas aos autos; e, por fim, c) respeitar o princípio do contraditório em relação a todos os litigantes no desenvolvimento da prova.¹⁸⁸

Dessa forma, o que se vê é que os poderes instrutórios do juiz, ao menos no que concerne ao nosso ordenamento, são bem mais destacados na atualidade do que outrora. No entanto, isso não implica dizer que os magistrados possuam poderes ilimitados para buscar todo tipo de prova, sem que garantias mínimas das partes e do devido processo legal sejam observadas.¹⁸⁹ É evidente que o equilíbrio entre os direitos e garantias das partes e os poderes instrutórios do magistrado deve ser sempre buscado, sem que aqueles sejam violados ou que estes, os

¹⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 175.

¹⁸⁷ Destacando a importância de observar os limites objetivos da demanda, mesmo que ainda sob a égide do CPC/73, Arruda Alvim ensina que: “Em face do que dispõe o art. 130 do CPC, a única limitação à atividade do juiz com relação à atividade instrutória é a de que a ele não é dado ir além o tema probatório, ou seja, da lide ou do objeto litigioso, nem infringir o princípio do ônus (subjetivo) da prova” (ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil** - vol. 2, parte geral e processo de conhecimento. 9. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 392)

¹⁸⁸ JUNOY, Joan Picó i. **O juiz e a prova**. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 103.

¹⁸⁹ “O que se espera da atuação probatória do magistrado é o equilíbrio: se por um lado o juiz moderno não é mais um mero observador do processo, por outro lado não pode converter-se em investigador de fatos não alegados, suprimindo paternalmente a atividade da parte que possui todas as condições de produzir a prova” (SILVA, Bruno Freire e; FLORENTINO, Carlos Manoel Leite Gomes. Uma nova análise da tendência de aumento dos poderes do juiz no campo das provas e os seus necessários limites diante de princípios e regras. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Coord.) **Provas: Aspectos atuais do direito probatório**. Rio de Janeiro: Método, 2009. p. 80)

poderes do magistrado, sejam minorados, notadamente a depender da natureza do direito tutelado.¹⁹⁰

Como salienta Marcelo Bonizzi, em várias passagens, o CPC/15 dispõe a respeito da indisponibilidade dos direitos tutelados, impedindo, por exemplo, que ocorra revelia (art. 345, II) ou que exista confissão em relação a esses direitos (art. 392).¹⁹¹ Portanto, não se poderia imaginar que, a despeito do silêncio do legislador quanto à atividade probatória, o juiz deve-se agir com indiferença em razão do direito tutelado.

Assim, além das outras medidas que se impõem ao magistrado quando estiver diante de um direito indisponível, como ocorre em ações de família e em muitas ações coletivas, ele terá, com relação ao seu papel na instrução probatória, mais motivos para agir de maneira mais proativa, buscando assegurar a preservação do direito em jogo. De forma que, em ações coletivas que versem sobre questões ambientais, demandas nas quais seja parte incapaz, ou, como será tratado oportunamente, demandas eleitorais, o que se espera do magistrado é uma postura compatível com o fato de que não só às partes diretamente envolvidas interessa a solução daqueles conflitos.

É importante destacar que “rigorosamente, a amplitude dos poderes instrutórios não se altera em razão do direito matéria discutido no processo”.¹⁹² Uma vez que o art. 370 do CPC não faz qualquer distinção quanto ao direito material tutelado e, como afirmado anteriormente, em todo processo há um interesse público subjacente de que a prestação da tutela jurisdicional se dê da maneira mais justa possível.

No entanto, o que se ressaltou acima é que o equilíbrio entre a atuação das partes e do magistrado, quando se tratar de demandas que versem sobre direitos coletivos ou direitos indisponíveis, deverá ser reajustado, em razão dos evidentes

¹⁹⁰ “Na realidade, superada a *summa divisio* entre o privatismo e publicismo, deve ser buscado um processo efetivamente democrático, em que convivam os poderes do juiz e a autonomia das partes, sempre balizados pela conformação constitucional dos direitos fundamentais” (GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) **Novo CPC doutrina selecionada, Vol. 3: provas**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 344)

¹⁹¹ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil – Teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 44.

¹⁹² AMARAL, Paulo Osternack. **Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 43.

impactos que tal decisão poderá gerar sobre direitos indisponíveis ou perante terceiros que não integram a relação jurídica processual.

2. DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL

2.1. Justiça Eleitoral

O estudo adequado dos elementos principais do direito processual eleitoral exige que sejam tecidas considerações iniciais sobre a própria Justiça Eleitoral, seu papel no processo democrático brasileiro, as suas peculiaridades decorrentes da evolução histórica desse ramo do Poder Judiciário e uma breve análise comparativa com os modelos de controle das eleições em outros países.

Inicialmente, é importante deixar claro que o conceito de Justiça Eleitoral tal qual é adotado usualmente no Brasil, como referência a um ramo do Poder Judiciário competente por administrar e garantir a regularidade do processo eleitoral, não reflete a contento todos os modelos de controle das eleições existentes.

Considerando esse fato, é possível adotar o conceito elaborado por J. Jesus Orozco Henriquez que afirma que a justiça eleitoral deve ser entendida como

“os diversos meios técnico-jurídicos de impugnação ou controle (juízos, recursos ou reclamações) dos atos e procedimentos eleitorais, que são formulados perante um órgão de natureza administrativa, jurisdicional e/ou política, para garantir a regularidade das eleições e que estão em conformidade com a lei, isto é, com os princípios de constitucionalidade e/ou legalidade, corrigindo eventuais erros, ou infrações aos regulamentos eleitorais (aos anteriores seria possível agregar, em seu caso e por sua especificidade, os meios de controle da constitucionalidade das leis ou normas gerais de caráter eleitoral)”¹⁹³.

Dessa maneira, fica evidenciado que o modelo adotado pelo Brasil para controle das eleições não é o único existente. Havendo pelo menos quatro modelos distintos de controle das eleições, segundo o órgão ao qual se atribui o controle da regularidade dos atos e procedimentos eleitorais. São eles: político, jurisdicional, administrativo e misto.¹⁹⁴

Em uma breve explicação, entende-se como sistema político aquele no qual se atribui a uma assembleia política, ou parte dela, o mister de verificar a

¹⁹³ HENRIQUEZ, J. Jesús Orozco. Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado. In: HENRIQUEZ, J. Jesús Orozco. (Coord.) **Sistemas de Justicia Electoral: evaluación y perspectivas**. México: IDEA International, 2001. p. 45.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das Eleições – virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 29.

regularidade das eleições de seus membros.¹⁹⁵ Embora seja reconhecido como o sistema tradicional ou clássico, é possível afirmar que na atualidade não existam mais sistemas de controle eleitoral estritamente político. Na medida em que, mesmo naqueles em que há controle político, como é do caso dos Estados Unidos, da Itália e da Suíça, sempre há a coexistência com mecanismos de controle jurisdicional ou administrativo, de forma que mais se aproxima de um controle misto.¹⁹⁶

Enquanto se diz administrativo, aquele sistema no qual o controle das eleições é confiado a órgãos eleitorais executivos, encarregados da direção, organização, administração e vigilância dos procedimentos eleitorais. A título de exemplo, é possível apontar como sistema administrativo de controle das eleições o adotado na Nicarágua, onde ao *Consejo Supremo Electoral* é atribuída a função tanto administrativa, realização das eleições, quanto de solução de conflitos e controvérsias em matéria eleitoral.¹⁹⁷

Ao seu turno, o dito sistema jurisdicional é aquele no qual o conhecimento e decisão das controvérsias eleitorais é atribuído a tribunais ordinários ou a órgãos jurisdicionais especializados.¹⁹⁸ Trata-se de sistema que tem sido cada vez mais adotado nos últimos anos,¹⁹⁹ como uma forma de tentar atribuir à solução das controvérsias eleitorais um maior grau de imparcialidade, uma vez que o Poder Judiciário, ao menos em tese, se encontra afastado do jogo político.

Segundo, Rodolfo Viana Pereira o controle pelo legislativo gera distorções e, por sua vez, a necessidade de controle jurisdicional para substituir um controle discricionário por um controle técnico e juridicamente adequado.²⁰⁰ Por tal razão, esse modelo é amplamente adotado na América Latina (Costa Rica, Uruguai,

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das Eleições – virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 32.

¹⁹⁶ HENRIQUEZ, J. Jesús Orozco. Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado. In: HENRIQUEZ, J. Jesús Orozco. (Coord.) **Sistemas de Justicia Electoral: evaluación y perspectivas**. México: IDEA International, 2001. p. 48.

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das Eleições – virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 38.

¹⁹⁸ FIX-ZAMUDIO, Hector. Justicia constitucional y judicialización de la política. In: HENRIQUEZ, J. Jesús Orozco. (Coord.) **Sistemas de Justicia Electoral: evaluación y perspectivas**. México: IDEA International, 2001. p. 48.

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela Coletiva no Direito Eleitoral: controle social e fiscalização das eleições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.38.

Equador, Paraguai, Brasil, entre outros), havendo algumas variações na sua estruturação, o que não altera a essência de atribuição a um órgão jurisdicional do papel de solução dos conflitos eleitorais.

Por fim, há o chamado sistema misto, que se caracteriza pela existência de mais de um órgão responsável pelo controle das eleições, seja político-administrativo, político-jurisdicional ou administrativo-jurisdicional. Esses vários arranjos podem ser encontrados em países sul-americanos, como Colômbia, Peru e Chile, em seu modelo administrativo-jurisdicional, como na Argentina, em seu modelo político-administrativo, ou em seu modelo político-jurisdicional como é o caso dos Estados Unidos e da Alemanha.²⁰¹

A existência desses diversos modelos de controle das eleições se dá pelo fato de que a realização de eleições periódicas faz crescer a importância da tarefa de organização ou execução dos pleitos,²⁰² havendo a necessidade de desenvolvimento de mecanismos com “a finalidade de depurar o processo eleitoral, livrando-o de abusos de poder, fraudes e irregularidades que possam desnaturá-lo”.²⁰³ Seja através do controle prévio da regularidade do processo, seja através da adoção de medidas a *posteriori* para reprimir eventuais irregularidades que tenha sido praticadas.

No Brasil, o sistema eleitoral, até chegar ao modelo adotado atualmente o sistema eleitoral brasileiro passou por diversas modificações que acabaram definindo seus contornos atuais. Em essência, é possível afirmar que o sistema eleitoral evoluiu para chegar onde está hoje em busca de mecanismos capazes de afastar a influência indevida de interesses políticos e econômicos voltados a macular a livre manifestação da vontade popular.

Nesse sentido, adotou-se no Brasil um modelo jurisdicional, desde 1932, quando da edição do Código Eleitoral, em substituição ao sistema de verificação de poderes, a cargo do congresso.²⁰⁴ Essa opção, pelo controle das eleições por

²⁰¹ NOHLEN, Dieter. La calificación electoral em Alemania Federal. *In: El contencioso y la jurisprudência electorales em derecho comparado: un estudio sobre veintiún países de América y Europa*. México: Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 3-18.

²⁰² OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das Eleições – virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 23.

²⁰³ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 93.

²⁰⁴ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das Eleições – virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 46.

um órgão jurisdicional especializado, como dito acima, teve como finalidade atribuir a todo processo eleitoral um maior grau de imparcialidade e afastar as pressões de grupos de interesse que, historicamente, comprometiam a lisura do processo democrático.²⁰⁵

Embora uma análise histórica fuja do objeto do estudo, é importante ressaltar que durante esses quase 90 anos, desde a edição do Código Eleitoral de 1932, nosso sistema eleitoral passou por momentos históricos substancialmente distintos, que tiveram papel importante da definição dos moldes atuais.

Logo após a edição do Código Eleitoral de 1932, a estrutura da Justiça eleitoral foi incorporada no texto da Constituição de 1934,²⁰⁶ visando assegurar a efetiva prática do sistema representativo.²⁰⁷ No entanto, três anos depois, com o golpe de 10 de novembro de 1937, foi outorgada uma nova Constituição, que silenciou sobre a Justiça Eleitoral e deu início a um período de recesso eleitoral que duraria até 1945.²⁰⁸

A Constituição Federal de 1946 reintegrou a Justiça Eleitoral na estrutura do Poder Judiciário (art. 94), e deu sustentação à elaboração de um novo Código Eleitoral em 1950. Essa nova ordem eleitoral passou a disciplinar questões inéditas como o livre exercício da propaganda partidária, o sistema eleitoral misto e concedeu direito de voto aos analfabetos e aos relativamente incapazes.²⁰⁹

Novamente, em 1964, a democracia representativa brasileira sofreu um duro golpe, com a destituição do Presidente João Goulart e a suspensão das eleições diretas. Mas, apesar do contexto de supressão de direitos políticos, nesse período é que foi editado o Código Eleitoral que vige atualmente, através da Lei 4.737 de 15 de julho de 1965.

²⁰⁵ Nesse sentido, Jairo Nicolau ao dispor que o processo eleitoral “era absolutamente viciado pelas fraudes em larga escala e, salvo poucas exceções, as eleições não eram competitivas” (NICOLAU, Jairo. **História do voto no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 34)

²⁰⁶ Art. 82, Constituição Federal de 1934 – “A Justiça Eleitoral terá por órgãos: o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, na Capital da República; um Tribunal Regional na Capital de cada Estado, na do Território do Acre e no Distrito Federal; e Juízes singulares nas sedes e com as atribuições que a lei designar, além das Juntas especiais admitidas no art. 83, § 3º”.

²⁰⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Justiça eleitoral e representação democrática. In: **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 387.

²⁰⁸ TELLES, Olívia Raposo da Silva. **Direito Eleitoral Comparado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 114.

²⁰⁹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 34.

Durante os mais de 20 anos até a redemocratização a Justiça Eleitoral se manteve em atividade, sendo mantidas as eleições menos durante a fase mais repressiva do regime militar. E, sendo preservado também o calendário eleitoral como peça importante da estratégia de “normalização” institucional dos governos daquele período.²¹⁰

Com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Justiça Eleitoral volta a ter papel central no processo democrático e são editadas diversas legislações eleitorais esparsas, alterando o Código Eleitoral de 1965 e prevendo novos regramentos para reestabelecer os direitos políticos e regulamentar o processo eleitoral. Entre essas normas merecem destaque a Lei de Inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/90), a Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95), a Lei das Eleições (Lei 9.504/97) e a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/10), resultante de um projeto de iniciativa popular que cora a participação popular nesse processo de consolidação democrática.

Uma vez feitas essas breves considerações históricas, cumpre abordar um último ponto antes de concluirmos o presente tópico, qual seja, o acúmulo pela Justiça Eleitoral de funções outras que não só a função jurisdicional.²¹¹ Sob uma análise superficial é possível questionar o porquê do destaque para esse ponto, na medida em que na teoria tradicional da divisão dos Poderes é indiscutível que tanto o Judiciário, quanto o Executivo e também o Legislativo exercem, de maneira atípica, funções dos outros Poderes.

É evidente que o Poder Legislativo exerce função administrativa, típica do executivo, ao organizar questões relativas aos servidores a ele vinculados. Bem como, o Judiciário exercerá função legislativa ao editar seus Regimentos Internos que criam normas para regular sua atividade. No entanto, no âmbito da Justiça Eleitoral esse acúmulo de funções “atípicas”²¹² é muito mais acentuado e faz parte da própria essência da Justiça Eleitoral. De maneira que a sua abordagem é

²¹⁰ TELLES, Olívia Raposo da Silva. **Direito Eleitoral Comparado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 115.

²¹¹ ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. Funções da Justiça Eleitoral. In: ÁVALO, Alexandre. (et al.) **O novo direito eleitoral brasileiro – Manual de direito eleitoral**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 87.

²¹² A utilização da expressão funções atípicas se presta a estabelecer um paralelo com a teoria tradicional da separação dos Poderes. No entanto, não se trata, a rigor, de função atípica. Pois, como se verá adiante, está na essência da Justiça Eleitoral o exercício de funções legislativas e administrativas.

indispensável a qualquer trabalho que se preste a discorrer, mesmo que brevemente, sobre a Justiça Eleitoral.

Esse acúmulo acentuado de funções se deve, em boa parte, ao fato de que à Justiça Eleitoral, desde sua criação, foi confiada a execução de todas as etapas das eleições, de forma que, ao final, acaba por absorver as cores desse ramo jurídico multifacetado que aplica. De forma que, assim como diversas etapas do processo eleitoral são permeadas pela interação entre atividade administrativa e jurisdicional, por exemplo, as funções da Justiça Eleitoral também vão além do que tradicionalmente se reserva à jurisdição.²¹³

Pois bem. Como visto acima, no modelo jurisdicional adotado no Brasil, a Justiça Eleitoral é responsável pelo controle das eleições, na medida em que o Código Eleitoral Brasileiro dispõe²¹⁴, entre outras competências do Tribunal Superior Eleitoral, a elaboração de instruções relativas à execução da legislação eleitoral ordinária e, de maneira mais ampla, remetendo inclusive a atividades de cunho administrativo, tomar as providências convenientes à execução da legislação eleitoral.

Não por outra razão, é precisa a afirmação de Elaine Harzheim Macedo no sentido de que o papel da Justiça Eleitoral é “conduzir, assegurar, concretizar e conferir o processo eleitoral”.²¹⁵ Pois, no bojo dessa afirmação, é possível vislumbrar a diversidade das tarefas exercidas pela Justiça Eleitoral especialmente aquela que, nas palavras de Sepúlveda Pertence,²¹⁶ seria a atividade predominante da Justiça Eleitoral: a administrativa.

A Justiça Eleitoral, diferentemente dos outros ramos do Poder Judiciário que exercem atividade administrativa de forma atípica, por ser responsável pela

²¹³ DUARTE, Michelle Pimentel. **Processo Judicial Eleitoral – Jurisdição e Fundamentos para uma Teoria Geral do Processo Judicial Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 36.

²¹⁴ “Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, (...) IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; (...) XVIII - tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”.

²¹⁵ MACEDO, Elaine Harzheim. SOARES, Rafael Morgental. O Poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação de poderes: um paradigma democrático? In: VITA, Jonathan Barros; MALISKA, Marcos Augusto. (Coords.) **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 273.

²¹⁶ ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. Funções da Justiça Eleitoral. In: ÁVALO, Alexandre. (et al.) **O novo direito eleitoral brasileiro – Manual de direito eleitoral**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 54.

organização das eleições tem no exercício de atividades administrativas uma de suas funções típicas.²¹⁷ Isso se dá na medida em que a Justiça Eleitoral é competente para estruturar e promover todo o processo político-eleitoral.²¹⁸ E é de se esperar que em um país com dimensões continentais, no qual se realiza a 4ª maior eleição do mundo,²¹⁹ a organização e concretização desse processo não seja tarefa simples e demande a maior parte do tempo das atividades da Justiça Eleitoral.

O exercício da função administrativa pela Justiça Eleitoral se manifesta, por exemplo, na expedição dos títulos eleitorais, na inscrição de eleitores, na transferência de domicílio eleitoral e em uma outra infinidade de atividades relacionadas à organização de todos os aspectos necessários para permitir a concretização do processo democrático.

Nesse ponto, cabe destacar que o juiz eleitoral é obrigado a sair do seu leito natural,²²⁰ uma vez que, diferentemente da postura passiva que deve adotar na sua atuação jurisdicional, o juiz eleitoral na prática de tais atos administrativos deve agir independentemente de provocação, de forma a prover as condições materiais necessárias para a realização das eleições.

Ainda entre as atividades de cunho administrativo, está o exercício do poder de polícia pelo juiz eleitoral. Na medida em que, cabe ao juiz eleitoral fiscalizar a regularidade dos atos relacionados ao processo eleitoral, a fim de assegurar o cumprimento da lei eleitoral em todo o processo. Essa faceta da atuação do juiz

²¹⁷ Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence: “Ao passo que na Justiça ordinária, como nos demais ramos de Justiça especializada, a atividade-fim dos juízes e tribunais, por definição, é de natureza quase exclusivamente jurisdicional, reduzindo-se as suas atribuições administrativas ao desenvolvimento das atividades-meio de autogoverno da estrutura judiciária, diverso é o panorama da Justiça Eleitoral: nesta, como tenho tido a oportunidade de enfatizar, a sua própria atividade finalística primeira, a direção do processo eleitoral, é predominantemente de caráter administrativo, posto que sujeita – como toda a atividade administrativa em nosso sistema – ao controle jurisdicional suscitado pelos interessados” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Mandado de Segurança nº 12165, Relator Min. Américo Luiz, Brasília, DF, 06 de fevereiro de 1992)

²¹⁸ CAMPOS JÚNIOR, Waldir Sebastião de Nuevo. Organização da justiça eleitoral – estruturação a partir das justiças estaduais. In: DALLARI, Adilson Abreu. **Direito Eleitoral: estudos em homenagem ao desembargador Mathias Coltro**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 480.

²¹⁹ De acordo com a Revista Forbes, A eleição brasileira de 2018 ocupa a 4ª posição, com 147.306.275 eleitores registrados. Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2019/04/10-maiores-eleicoes-do-mundo/>. Acesso em: 08/10/2019.

²²⁰ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 97.

eleitoral resta bastante evidenciada com relação à fiscalização da propaganda eleitoral, que demanda intensa fiscalização a fim de evitar abusos.

Sob esse aspecto, o art. 41 da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições), ao tratar da fiscalização das propagandas eleitorais, dispõe que o exercício do “poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais”, vedando a censura prévia, disposição que dispensa qualquer discussão. No entanto, o exercício do poder de polícia se mostra interessante, na medida em que, a depender da situação, não sendo o exercício do poder de polícia suficiente para inibir a atividade ilegal, o próprio juiz que exerceu a fiscalização deverá também julgar a regularidade do ato praticado, levando a uma situação de contato entre duas funções distintas.

Esse mesmo contato entre as diversas funções exercidas pelo juiz eleitoral se dá em outros momentos, nos quais surge, inclusive, dificuldades para distinguir com precisão qual a natureza do ato praticado. Vejamos o caso da prestação de contas.

Durante muitos anos, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) se firmou no sentido de que a prestação de contas possuía natureza administrativa, o que gerava como consequência direta a impossibilidade de interposição do Recurso Especial Eleitoral.²²¹ Esse entendimento se baseava na ideia de que a prestação de contas eleitoral seria ato eminentemente administrativo, pois restrito à fiscalização da regularidade das contas dos órgãos partidários.

No entanto, em resposta a esse entendimento, que acabava por limitar a recorribilidade das decisões proferidas em sede de prestação de contas, foi aprovada a Lei nº 12.034/09 que incluiu no art. 37 da Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) os parágrafos 4º e 6º, prevendo expressamente a recorribilidade das decisões e dispondo, nesses exatos termos, que “o exame da prestação de contas dos órgãos partidários tem caráter jurisdicional”.

²²¹ Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 9168, Relator Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 16 de setembro de 2008.

Veja-se que, com a intenção de permitir o acesso ao TSE em sede de prestação de contas,²²² foi necessária expressa previsão legislativa a fim de esclarecer sobre a natureza de um ato da Justiça Eleitoral que aproxima as funções administrativa e jurisdicional. É importante destacar que, embora a introdução de tais normas no ordenamento jurídico possa encerrar as discussões quanto à recorribilidade das decisões, o simples fato de haver uma previsão legal apontando a natureza jurídica de um determinado ato, não tem o poder de alterar sua natureza, razão pela qual não parece ser esse o caminho mais adequado para esclarecer quanto ao caráter jurisdicional ou administrativo da prestação de contas.

Até mesmo porque, haverá outros momentos em que essa linha tênue que separa a função administrativa da jurisdicional²²³ se apresentará. Por essa razão é que Adriano Soares da Costa sugere um método para distinguir aquelas situações em que a atuação do juiz eleitoral será jurisdicional daquelas em que ele atua como verdadeiro administrador.²²⁴ Para o autor, faz-se necessário identificar a referibilidade do interesse tutelado à atuação do magistrado.

Nesse sentido, se a regra jurídica se referir ao magistrado, outorgando-lhe poderes para atuar no sentido de garantir o cumprimento da lei eleitoral, a sua atuação é administrativa. Ao passo que, sendo a atuação provocada por um interessado, com o objetivo de aplicar o direito subjetivo, o juiz estaria atuando em típica atividade jurisdicional.

José Jairo Gomes, corroborando com essa proposição, agrega a ela o elemento do conflito. Defendendo a ideia, tradicional quando se trata da delimitação da atividade jurisdicional,²²⁵ de que o conflito de interesses posto em juízo é elemento definidor da atividade jurisdicional eleitoral. A se adotar esse parâmetro de delimitação da natureza da atuação do juiz eleitoral, chegar-se-ia a uma conclusão diametralmente oposta àquela estabelecida pela legislação eleitoral. O

²²² LIBERATO, Ludgero. O alcance do conceito de processo jurisdicional eleitoral no direito brasileiro. In: FUX, Luiz. (Coord.) [et al.] **Direito Processual Eleitoral**. Tratado de Direito Eleitoral. Vol. 6. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 29.

²²³ CONEGLIAR, Olivar. A justiça eleitoral: o poder executivo das eleições, uma justiça diferente. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Direito Eleitoral contemporâneo: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 70.

²²⁴ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 9 ed. Belo Horizonte: Fòrum, 2013. v.1. p. 285.

²²⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Vol. I. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 143.

que demonstra a dificuldade existente na delimitação e no tratamento da questão, notadamente no âmbito da justiça eleitoral, no qual ambas atividades, administrativa e jurisdicional, possuem protagonismo.

Soma-se a isso, o fato de que no âmbito da Justiça Eleitoral, é possível ainda que a função jurisdicional tenha origem em procedimento administrativo que, pelo surgimento de conflito, se torna judicial.²²⁶ A transferência de domicílio eleitoral (art. 55 e seguintes do Código Eleitoral – Lei 4.737/65) se inicia como um procedimento indiscutivelmente administrativo. O eleitor, em caso de mudança de domicílio, deverá requerer ao juiz a sua transferência, que ficará condicionada ao mero preenchimento dos requisitos previstos em lei.

Nesse momento, ainda não há conflito instaurado e o magistrado está exercendo atos meramente administrativos. No entanto, se a transferência de domicílio for deferida, no prazo de 10 (dez) dias, qualquer delegado de partido político poderá recorrer da decisão, nos termos do art. 7º, §1º, da Lei 6.996/82, instaurando, assim, um contencioso eleitoral, que convola a atividade administrativa em jurisdicional.

Assim, a caracterização da atividade jurisdicional eleitoral se dá a partir da identificação de um conflito de interesse, que pode ou não ter se originado de um procedimento administrativo, e que tem como finalidade garantir a legitimidade democrática e a paridade de armas no pleito.²²⁷ Isso porque, como será analisado oportunamente,²²⁸ o processo eleitoral gira em torno da proteção de um bem jurídico comum ligado umbilicalmente com a legitimidade do processo democrático.

A terceira função que pode ser reconhecida na atuação da Justiça Eleitoral é a normativa. Assim como ocorre com a função administrativa, também os outros ramos da justiça a exercem em algum grau. No caso da função normativa, ela normalmente está ligada à elaboração dos regimentos internos dos tribunais, como previsto no art. 96, I da Constituição Federal. A chamada função regimental,²²⁹

²²⁶ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 99.

²²⁷ ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. Funções da Justiça Eleitoral. In: ÁVALO, Alexandre. (et al.) **O novo direito eleitoral brasileiro – Manual de direito eleitoral**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 96.

²²⁸ Vide item 2.5.1.

²²⁹ COSTA, Rafael Antônio. As funções da Justiça Eleitoral. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**. Belo Horizonte, ano 8, n. 15, p. 131-148, jul./dez. 2016. p. 137.

também encontra previsão na legislação eleitoral, pelos art. 23, I e 30, I do Código Eleitoral, que dispõe sobre os regimentos internos do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e dos Tribunais Regionais Eleitorais (TRE).

No entanto, na Justiça Eleitoral essa atividade normativa vai muito além da elaboração dos regimentos internos de suas Cortes. Não por outra razão, já em 1959 o então Presidente do TSE, Ministro Nelson Hungria, afirmou que a função normativa da Justiça Eleitoral tem como objetivo “garantir o exercício dos direitos políticos e a vitalidade do regime democrático”.²³⁰ Sob essa perspectiva é que a atividade normativa da Justiça Eleitoral se distingue e vai além da função normativa existente nos demais ramos do Poder Judiciário.

As demandas impostas pela cumulação de funções da Justiça Eleitoral, que tem dentre suas atribuições organizar uma das maiores eleições do mundo, tornam absolutamente indispensável a elaboração de atos normativos, para a execução das eleições com a dinâmica que o processo exige.²³¹ A previsão dessa função normativa está expressa no art. 1º, § único e art. 23, IX do Código Eleitoral, no art. 105 da Lei das Eleições e no art. 61 da Lei dos Partidos Políticos.

Referidos dispositivos deixam claro que a atividade normativa outorgada à Justiça Eleitoral se dá com a finalidade de assegurar a “fiel execução” das normas eleitorais – poder-se-ia falar, portanto, em atividade legislativa regulamentar²³². Essa referência aos limites de atividade, presente em todos os dispositivos destacadas têm como objetivo delimitar o âmbito da atuação do judiciário eleitoral. Visto que, muito embora se reconheça que uma maior autonomia normativa da Justiça Eleitoral é indispensável para o exercício de suas atribuições, não se pode perder de vista os limites impostos pela lei e pelo Estado Democrático de Direito.

Na hipótese de o exercício da função normativa extrapolar ditos limite, “haverá flagrante inconstitucionalidade ao se inovar contrariando o texto maior ou ilegalidade ao se inovar contrariando lei ordinária que deveria ser apenas

²³⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução TSE nº 6.390, Consulta nº 1745, Relator(a) Min. Ildelfonso Mascarenhas Da Silva, Brasília, DF, 13 de novembro de 1959.

²³¹ ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. A Função Administrativa da Justiça Eleitoral Brasileira. In: CAGGIANO, Mônica Herman S. (Coord.) **Direito Eleitoral em debate – estudos em homenagem a Cláudio Lembo**. p. 265.

²³² ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. Funções da Justiça Eleitoral. In: ÁVALO, Alexandre. (et al.) **O novo direito eleitoral brasileiro – Manual de direito eleitoral**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 96.

regulamentada”.²³³ No entanto, nem sempre essa linha entre a atividade meramente regulamentar e a inovação legislativa está claramente delimitada.

Como afirma Elaine Harzheim Macedo,²³⁴ a atividade normativa da Justiça eleitoral muitas vezes vai além do mero poder regulamentador. Por vezes, avança para uma atuação tipicamente legislativa, criando direito a partir do tratamento de novas situações que não haviam, ainda, sido tratadas pelo Poder Legislativo. Sem dúvida, sem que houvesse esse enfrentamento, a eleição como um todo ficaria prejudicada ou a vontade do povo manifesta nas urnas poderia vir a ser maculada. Mas, não se pode negar que em alguns casos essa “extrapolação” é constatada.

A Resolução TSE nº 22.610/2007 ilustra de maneira clara o acima descrito. A referida resolução foi editada com o fim de suprir a lacuna legislativa existente em relação à infidelidade partidária, que deliberadamente²³⁵ não era preenchida pelo Poder Legislativo.²³⁶

²³³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código eleitoral interpretado: normas eleitorais complementares (Constituição federal, lei de inelegibilidade, lei dos partidos políticos, lei das eleições e principais resoluções do Tribunal Superior Eleitoral)**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 02.

²³⁴ MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral Brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. v. 12, 2013, p. 13.871-13.884.

²³⁵ “No entanto, na prática, o que se observa é que, com fulcro num fisiologismo vergonhoso, o Congresso Nacional, se omite em fazer leis que possam contrariar seus interesses particulares, mantendo situações que violam a democracia. Nesses casos, de lacuna proposital do legislativo, tem o TSE ocupado um espaço de forma incorreta. É o que se vê, por exemplo, na Res. 22.610/07 do TSE, que cuida da perda do mandato político pela infidelidade partidária. Tem-se nesta resolução nítida *criação legislativa* pelo TSE, fato que não deveria acontecer, mas que por omissão intencional do Congresso Nacional acaba acontecendo” (JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 259)

²³⁶ Nesse sentido, Elaine Harzheim Macedo ilustra bem o contexto no qual a resolução foi editada: “Exemplo disso, a infidelidade partidária e o conseqüente enfraquecimento dos partidos. Os jornais, na semana passada, davam conta que quase 50 deputados federais trocaram de sigla partidária, por conta do calendário eleitoral das eleições que se avizinham para o ano de 2014. Esse quadro acusa que o eleitor certamente o maior destinatário do processo eleitoral não é protagonista, mas mero espectador de uma cena eleitoral que envolve interesses pessoais e de grupos, sem falar nos grandes investimentos nas campanhas eleitorais, ficando à deriva o bem maior, a república. No que diz respeito ao tema desta fala, o Legislativo está deslegitimado para a normatização do processo eleitoral, e os conflitos internos dos órgãos legislativos (corporativos, fidelidade aos grupos que sustentaram sua eleição, ajustes feitos entre os próprios parlamentares para aprovar projetos pessoais, comprometimentos com o Executivo, com a indicação de nomes a cargos na administração, preocupação com a reeleição) são de tal monta que qualquer matéria que se torne mais polêmica já é suficiente para que decisões (legislativas) não sejam tomadas, ou, ainda, tomadas com justificativas espúrias” (MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral Brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. v. 12, 2013, p. 13.871-13.884)

É importante destacar, como consta da própria resolução,²³⁷ que a sua edição se deu em razão de determinação do próprio STF. Isso porque, ao analisar Mandado de Segurança²³⁸ contra a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007, o Supremo Tribunal Federal entendeu necessária a regulamentação do processo de perda do mandato eletivo, de forma a assegurar a defesa do candidato supostamente infiel.²³⁹

Instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da aludida resolução o STF deixou claro que o seu surgimento se deu “em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar”. Assim, embora se admita que a Justiça Eleitoral, em certos casos, para salvaguardar a observância de deveres constitucionais,²⁴⁰ avance em para além de seu limite usual de regulamentação, não se trata de situação que deva ser banalizada, devendo a competência do Poder Legislativo ser preservada, como regra.

Finalmente, cumpre fazer um breve destaque ao fato de que parte da doutrina²⁴¹ reconhece também uma quarta função exercida pela Justiça Eleitoral, qual seja, a Função Consultiva. Tal função teria como objetivo garantir a celeridade do processo eleitoral, na medida em que reduziria os conflitos. Pois, as questões potencialmente conflituosas já teriam sido resolvidas pelo Tribunal Superior Eleitoral através das consultas.²⁴²

²³⁷ Nesse sentido: “O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes:” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007 – Brasília/DF)

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26603, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 04 de outubro de 2007.

²³⁹ MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral Brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. v. 12, 2013, p. 13.871-13.884

²⁴⁰ COSTA, Rafael Antônio. As funções da Justiça Eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte. Ano 8. nº 15. jul./dez. 2016. p. 138.

²⁴¹ Entre eles: GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 97; VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018; ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito Eleitoral Regulador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014; RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 180; MACHADO, Marcelo Passamani. A Justiça Eleitoral. In: CAGGIANO, Mônica Herman S. (Coord.) **Direito Eleitoral em debate – estudos em homenagem a Cláudio Lembo**. p. 281.

²⁴² VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 38.

Tais consultas consistem em um processo no qual o Tribunal Superior Eleitoral e os tribunais regionais eleitorais respondem a questionamentos formulados em tese por pessoas legitimadas sobre matéria eleitoral.²⁴³ Tais consultas não possuem natureza jurisdicional, na medida em que tratam das situações apenas em tese, não produzindo efeitos concretos. Por essa razão, o STF no julgamento do MS 26.604, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, afirmou categoricamente que a consulta eleitoral não possui natureza jurisdicional e não detém efeito vinculante.²⁴⁴

Há, contudo, vozes contrárias à própria existência da chamada função consultiva.²⁴⁵ Defendem, nesse sentido, que referida função se aproxima demasiadamente da atividade administrativa exercida pelo Justiça Eleitoral, devendo, portanto, com ela ser estudada e analisada. De forma que, na linha dos parâmetros adotados anteriormente,²⁴⁶ a ausência de aplicação do direito ao caso concreto, por se tratar de mero ato consultivo, altera o referencial da norma jurídica para a imposição ao magistrado de garantir o cumprimento da lei eleitoral.

2.2. Judicialização das eleições

Com o acúmulo de tantas funções no processo eleitoral, é razoável esperar que a Justiça Eleitoral detenha certo protagonismo no momento de consagração máxima de democracia representativa. No entanto, nos anos mais recentes há uma percepção de que essa atuação tem se acentuado,²⁴⁷ levando à comum afirmação de que a Justiça Eleitoral teria se tornado um verdadeiro “terceiro turno das eleições”,²⁴⁸ o que é reforçado pelo seu caráter, muitas vezes, contramajoritário.

²⁴³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Glossário Eleitoral Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos-iniciados-com-a-letra-c>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26604, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 04 de outubro de 2007.

²⁴⁵ COSTA, Rafael Antônio. As funções da Justiça Eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte. Ano 8. nº 15. jul./dez. 2016. p. 134.

²⁴⁶ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. v.1. p. 285.

²⁴⁷ NETO, João Andrade. Jurisdição eleitoral: Judicialização da política? **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, Vol. 12, n 96, fev./mai. 2010. p. 108-132.

²⁴⁸ DUARTE, Michelle Pimentel. **Processo Judicial Eleitoral – Jurisdição e Fundamentos para uma Teoria Geral do Processo Judicial Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 56.

Esse processo de crescimento da importância do Poder Judiciário em campos usualmente ligados a uma atuação política, tem sido designado, tanto na ciência política quanto no direito comparado, por meio da expressão “judicialização da política”, normalmente associada a um significado negativo.²⁴⁹

No Brasil, é possível dizer que o fenômeno foi potencializado pela história recente do país. Isso porque, a estrutura institucional que decorre da Constituição Federal de 1988 cria um vazio em relação às questões sobre as quais o Legislativo prefere se omitir, que acaba sendo ocupado pelo Poder Judiciário, este, não limitado às consequências eleitorais de suas decisões.²⁵⁰

Essa conjunção de fatores, portanto, cria um ambiente propício à judicialização da competição eleitoral. Na medida em que, o Judiciário estaria, por sua independência em relação a interesses político-partidários, apto²⁵¹ a moderar as forças majoritárias.²⁵²

Além disso, não seria demais dizer que a instabilidade da legislação eleitoral, associada ao casuísmo que domina, por vezes, o processo de tomada de decisão legislativa,²⁵³ também contribuem para que o Judiciário tenha, cada vez mais, uma atuação destacada. Sob a justificativa de dar unidade a todo o sistema eleitoral e conformidade às regras constitucionais e garantir a proteção à regularidade do processo democrático.

²⁴⁹ BRAVO, Gonzalo Farrera. La judicialización de la política. El caso de México em perspectiva comparada. **Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla**. Ano VI. N. 30. Jul./Dec.. 2012. p. 172-203.

²⁵⁰ HELPA, Caroline de Fátima; SILVA, Guilherme de Abreu e. **Justiça Eleitoral: uma história de intervencionismo judicial** (Palestra proferida por Torquato Jardim no V Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral). Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, jul./dez. 2017, p. 253-262.

²⁵¹ “Enquanto a política busca o destaque pessoal, o direito almeja a equalização das chances e a despersonalização da administração pública; enquanto a política busca a melhor estratégia de perpetuação, o direito tem compromisso com a transparência e a verdade” (RAMOS, André de Carvalho. A regulação do processo político e as restrições ao acesso à Justiça Eleitoral. In: WAGNER, Luiz Guilherme da Costa. **Direito Eleitoral – Estudos em homenagem ao Desembargador Mathias Coltro**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. p. 57)

²⁵² HELPA, Caroline de Fátima; SILVA, Guilherme de Abreu e. **Justiça Eleitoral: uma história de intervencionismo judicial** (Palestra proferida por Torquato Jardim no V Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral). Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, jul./dez. 2017, p. 253-262.

²⁵³ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral – Controle social e fiscalização das eleições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 104.

É importante, contudo, reconhecer que o fenômeno da judicialização da política não é uma peculiaridade do Brasil.²⁵⁴ E, nem tampouco, estaria restrito aos órgãos judiciais encarregados do controle das eleições. Ocorre, no entanto, que “em matéria eleitoral, o ativismo ganha contornos preocupantes, podendo alcançar indevidamente a própria vontade popular manifestada nas urnas”.²⁵⁵ Como será abordado oportunamente, o caráter eminentemente contramajoritário da jurisdição eleitoral, a torna ainda mais sujeita a críticas e questionamentos sobre a legitimidade de sua interferência no processo democrático.

Em caso amplamente conhecido na história mundial recente, *Bush v. Gore*, a Suprema Corte Americana foi alvo de severas críticas com relação à decisão proferida em matéria eleitoral, chegando-se a levantar suspeitas de que aquela Corte teria decidido com base em “um tipo particular de partidarismo”.²⁵⁶ Nesse ponto é que se chega a uma necessária reflexão sobre os limites da atuação do judiciário, notadamente em matéria eleitoral.

Os diversos casos de corrupção e tentativa de fraudes ao processo eleitoral – não só no Brasil, mas em diversos países ao redor do globo -, impõem a atuação do judiciário com objetivo de moralizar o processo eleitoral.²⁵⁷ Na estrutura constitucionalmente prevista, parece não haver dúvidas de que não se pode prescindir de um Poder Judiciário atuante para garantir o adequado funcionamento das engrenagens democráticas.²⁵⁸

No entanto, ao mesmo passo que se promove um grau saudável de ativismo na jurisdição eleitoral, há a necessidade de se observar, com acentuado rigor, a

²⁵⁴ Sobre esse ponto, Lêda Boechat destaca que: “Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a Suprema Corte decidiu, já na década de 60, que uma matéria até então reconhecida como tipicamente política, a ordenação dos distritos eleitorais, sujeitava-se à revisão judicial. Poucos anos depois, declarou o caráter normativo do princípio da igualdade de participação democrática, “um homem, um voto”. Então, por meio dele, operou a reforma de toda a estrutura política norteamericana” (RODRIGUES, Lêda Boechat. **A corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991)

²⁵⁵ MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral Brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. v. 12, 2013, p. 13.871-13.884

²⁵⁶ BALKIN, Jack M. **Bush v. Gore and the Boundary Between Law and Politics**. Yale Law School Faculty Scholarship Series. Paper 251. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/251. Acesso em: 05/04/2019.

²⁵⁷ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 406-407.

²⁵⁸ TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 26.

legalidade vigente.²⁵⁹ E, para além da legalidade, é importante que seja colocado na balança o fato de que, diversas vezes, as decisões proferidas por um juiz eleitoral, vão de encontro à decisão da maioria. Seja a decisão correta ou não, tenha havido ou não um processo fraudulento capaz de macular a vontade das urnas, não se deve ignorar o fato de que “é inegável que há perversão em uma democracia cujo eleito é o segundo colocado”.²⁶⁰

A percepção geral de que o destino do processo democrático de escolha dos representantes estaria nas mãos de membros do Poder Judiciário que, embora constitucionalmente legitimados para atuarem nesse sentido, não foram eleitos diretamente pela população, gera um questionamento sobre a ausência de legitimidade democrática para contrariar explicitamente a vontade do povo.²⁶¹

Além disso, a exploração deliberada dessa conjuntura que tem sido feita por agentes políticos torna ainda mais delicada a atuação da Justiça Eleitoral, para que não seja arrastada para disputas políticas infundadas e, como dito acima, transformada em verdadeiro terceiro turno das eleições.

Dessa forma, ciente de que suas decisões interferem diretamente no exercício da soberania popular, o judiciário deve ter máxima cautela para não ir de encontro com a vontade declarada nas urnas, quando não houver “provas robustas que justifiquem a alteração do resultado”.²⁶² E, para além disso, também é necessária atenção especial à necessidade de impor através da fundamentação de suas sentenças, a “moralidade jurídica” derivada do ordenamento constitucional e infraconstitucional,²⁶³ de modo a reforçar sua legitimidade como um agente garantidor de todo o processo eleitoral.

²⁵⁹ GONZÁLEZ, Luis Antonio Sobrado. La jurisprudencia electoral como fator de profundización democrática em América Latina. **Revista de Derecho Electoral – Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica**. n. 7. 2009.

²⁶⁰ COSTA, Adriano Soares da. **Democracia, judicialização das eleições e terceiro turno**. Disponível em: <http://adriano-soares-da-costa.blogspot.com/2009/02/democracia-judicializacao-das-eleicoes.html>. Acesso em: 05 out. 2018.

²⁶¹ SALGADO, Eneida Desiree. **Administración de las elecciones y jurisdicción electoral: un análisis del modelo mexicano y una crítica a la opción brasileira**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2016. p. 216.

²⁶² JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 407.

²⁶³ HELPA, Caroline de Fátima; SILVA, Guilherme de Abreu e. **Justiça Eleitoral: uma história de intervencionismo judicial** (Palestra proferida por Torquato Jardim no V Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral). *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, jul./dez. 2017, p. 253-262.

2.3. Processo Civil Eleitoral

Dada as características próprias da Justiça Eleitoral e o destaque dado à sua atuação, na medida em que, cada vez mais, as decisões das Cortes Eleitorais têm representado um importante elemento do cenário político e democrático nacional, faz-se necessário uma breve colocação sobre o que se entende por processo civil eleitoral e sua delimitação.

Como destaca Ludgero Liberato, o termo processo eleitoral é um dos mais controvertidos na seara eleitoral.²⁶⁴ Essa controvérsia se deve, em parte, ao fato de que, ainda hoje, o direito processual eleitoral está sujeito a questionamentos quanto à sua autonomia enquanto ramo próprio da ciência jurídica. Tais questionamentos possuem muita relação com o tratamento usualmente vinculado ao direito material, não se tendo superado completamente a fase metodológica do sincretismo.²⁶⁵

Além disso, há também o fato de que o termo possui duas acepções distintas amplamente utilizadas.²⁶⁶ Se prestando, em uma delas, a descrever “o veículo pelo qual se estabelece e se exercita a relação processual no âmbito do Direito Eleitoral”.²⁶⁷ Consistindo, portanto, no direito jurisdicional, que trata do controle jurídico-eleitoral.²⁶⁸ Enquanto, também carrega o significado de um complexo de atos relativos à realização das eleições, seja para representar a totalidade desse processo, seja para indicar uma de suas fases, como a votação em si.²⁶⁹

Essa pluralidade de significados não é exclusividade do direito nacional, sendo reportada em obras de direito comparado com a mesma preocupação pela

²⁶⁴ LIBERATO, Ludgero. O Alcance do conceito de processo jurisdicional eleitoral no direito brasileiro. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. (Coord.). **Direito Tratado de Direito Eleitoral - Processual Eleitoral**. Vol. VI. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 21.

²⁶⁵ PAIM, Gustavo Bohrer. Direito Processual Eleitoral e a Parte Geral do Novo CPC. In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 57.

²⁶⁶ TAVARES, André Ramos. Princípios Constitucionais do Processo Eleitoral. In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17.

²⁶⁷ COSTA, Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 29.

²⁶⁸ PAIM, Gustavo Bohrer. op. cit. p. 50; PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela Coletiva no Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 23.

²⁶⁹ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 263.

precisão terminológica. Em países falantes do espanhol, se reporta a polissemia do termo *contencioso electoral*, cuja dualidade de significações se compara à realidade brasileira.²⁷⁰ De mesma forma, como esperado, também em outros países da língua portuguesa a plurissignificação se mostra presente. Se reportando ao contencioso eleitoral em sentido estrito, para tratar da esfera jurisdicional e, no sentido lato, para tratar do “contencioso de apresentação de candidaturas bem como a campanha eleitoral”.²⁷¹

A fim de afastar a possibilidade de interpretações equivocadas, por força dessa plurissignificação é que há quem adote a expressão “processo jurisdicional eleitoral” para se referir à atividade judicante da Justiça Eleitoral.²⁷² Essa expressão abarcaria o exercício do controle jurídico-eleitoral tanto no que se refere às demandas de natureza cível quanto àquelas de natureza criminal, não se preocupando com essa distinção.

Na maior parte das vezes, a referência ao processo jurisdicional se mostra bastante. No entanto, a depender do corte que se pretende dar à análise, pode ser necessário ir além, é o que ocorre no caso do presente estudo. Pois, como apontado previamente o estudo em questão se limita a apreciar a questão probatória nas demandas civis eleitoral, de forma que não se mostra adequada a utilização de uma expressão ampla, sob o risco de dar margem a interpretações equivocadas.

²⁷⁰ “Es frecuente que en la literatura jurídico electoral y política por “contencioso electoral” se aluda —en um sentido amplio, que es su acepción más difundida—, a los diversos medios jurídico técnicos de control (impugnaciones, juicios, recursos o reclamaciones) de los actos y procedimientos electorales, ya sea que se sustancien ante un órgano de naturaleza administrativa, jurisdiccional o política, para garantizar la regularidad de las elecciones, a efecto de corregir eventuales errores o infracciones a la normativa electoral. (...) También existe una acepción de “contencioso electoral” más restringida, que es la que se vincula con la noción de “proceso”, la cual abarca sólo a los medios procesales de control de la regularidad de los actos y procedimientos electorales, esto es, hace referencia al conjunto de controles o impugnaciones estrictamente jurisdiccionales frente a los actos y procedimientos electorales (excluyendo, en consecuencia, a los controles jurídicos provenientes de órganos de naturaleza propiamente administrativa o política)” (HENRIQUEZ, J. Jesus Orozco. Los Sistemas Contenciosos Electorales en América Latina. **Revista del Tribunal Federal Electoral**. Vol. V. n. 07. 1996. p. 5)

²⁷¹ AMADO, Maria Elisa Padre Ataíde Ribeiro. **O Contencioso Eleitoral no Direito Constitucional Português**. Comissão Nacional de Eleições: Lisboa, 1994. p. 04.

²⁷² LIBERATO, Ludgero. O Alcance do conceito de processo jurisdicional eleitoral no direito brasileiro. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. (Coord.). **Direito Tratado de Direito Eleitoral - Processual Eleitoral**. Vol. VI. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 25.

Por essa razão é que se mostra possível, e necessária, a subdivisão do processo jurisdicional eleitoral em Processo Civil Eleitoral e Processo Penal Eleitoral. Primeiramente, em razão do fato de que há demandas eleitorais que se restringem à apuração de condutas criminalmente tipificadas, não se aplicando as conclusões aqui alcançadas.

Em segundo lugar, porque, isoladamente, a expressão processo civil remete ao processo jurisdicional, por excelência, não havendo necessidade de inclusão do termo “jurisdicional” na sua composição, sob pena de torná-la redundante e desnecessariamente extensa. Por isso é que, tal qual a expressão sugerida pela doutrina, no corte metodológico ora adotado, a expressão processo civil eleitoral se mostra bastante para identificar o controle levado a efeito pelo processo jurisdicional eleitoral,²⁷³ na sua esfera cível.

Superada a questão terminológica, é importante retomar uma questão referida acima, qual seja, a autonomia do processo civil eleitoral, seja em relação ao direito material, seja em relação ao processo civil convencional.

Isso porque, muito embora se reconheça a necessidade de aproximação do direito processual e o direito material, e não se discuta que o processo civil eleitoral deva ser compreendido como instrumento a serviço da regularidade e da lisura do processo eleitoral *lato sensu*, o estudo do processo eleitoral tal qual feito pela maior parte da doutrina, impede a adequada discussão de várias questões afetas exclusivamente ao processo civil eleitoral.

Além disso, como se verá adiante, a simples importação das regras processuais previstas no código de processo civil, sem um juízo crítico mais apurado sobre as consequências e o respeito aos princípios e valores que devem ser protegidos pelo processo civil eleitoral, são potencialmente perigosas. Pois, como afirmado em outras oportunidades, a ausência de consenso sobre aquilo que pode ser transportado do processo civil para o direito processual eleitoral pode gerar uma série de controvérsias nas quais o operador do direito, por diversas vezes, é colocado em situação de extrema insegurança jurídica.²⁷⁴

²⁷³ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 348.

²⁷⁴ LIBERATO, Ludgero. RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. A aplicação subsidiária do CPC ao contencioso eleitoral antes e depois do advento do CPC/2015. **Revista dos Tribunais**. vol. 993, jul./2018, p. 47-72.

2.4. Princípios do processo civil eleitoral

O processo civil eleitoral, enquanto ramo de direito processual, deve observar não só os princípios constitucionais incidentes sobre os demais, como também está sujeito à influência direta dos princípios previstos na legislação infraconstitucional, naquilo que comporte aplicação.

Dessa forma, é indispensável que a interpretação e aplicação das normas processuais eleitorais se dê com atenção ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), ao princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF/88), da vedação à prova ilícita (art. 5º, LVI, CF/88) e tantos outros que lhe são aplicáveis.²⁷⁵ Além disso, também aos princípios previstos no CPC/15 – como será tratado de maneira mais aprofundada oportunamente – deve se submeter o processo civil eleitoral, de maneira supletiva e subsidiariamente.

No entanto, a aplicação dos princípios em questão, não afasta a existência de enunciados principiológicos próprios do direito processual civil eleitoral, que devam ser observados como forma de assegurar a adequada prestação da tutela jurisdicional, em face das peculiaridades do processo civil eleitoral. Nas palavras de Paulo Henrique dos Santos Lucon, em razão das peculiaridades do direito processual eleitoral e pelo fato de possuir pilares de origem variada é que deve ser consagrado como categoria autônoma.²⁷⁶

Por essa razão, a seguir serão brevemente analisados alguns dos princípios processuais eleitorais que se mostram mais pertinentes ao objeto deste estudo, sem prejuízo da abordagem dos princípios gerais do processo ao longo do desenvolvimento de outros tópicos

²⁷⁵ COSTA, Daniel Castro Gomes da. **Curso de direito processual eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 88.

²⁷⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Direito Processual Eleitoral. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (Coord.) **Direito Eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 303-304.

2.4.1. Tipicidade eleitoral

O Princípio da tipicidade dos atos eleitorais, se aplica ao direito eleitoral em sua integralidade. De maneira que, não só para o processo civil eleitoral, é necessário que as regras de direito eleitoral sejam definidas exclusivamente pelo legislador, restringindo a liberdade de auto regulação das partes.²⁷⁷ Em virtude do histórico de tentativas de favorecimento ilegal por parte dos sujeitos do processo eleitoral, além da potencial influência de interesses políticos em decisões relevantes durante todo o processo, é feita a opção de restringir a autonomia das partes.

Como consequência disso, muito embora se reconheça sua relevância em diversos momentos, a adoção de conceitos jurídicos indeterminados na elaboração das normas de direito eleitoral deve se dar com bastante parcimônia. Até mesmo porque, tais conceitos podem gerar enorme insegurança jurídica e servir como mecanismo de incremento do processo de judicialização das eleições, anteriormente descrito.

Muito embora não se trate de um princípio exclusivo do processo civil eleitoral, como alertado, as suas consequências sobre esse ramo são tão relevantes que se justifica o tratamento individualizado. É possível apontar, ao menos duas consequências diretas, quais sejam: a tipicidade das ações eleitorais e a irrelevância do pedido face à tipicidade dos ilícitos eleitorais.²⁷⁸

Quanto à primeira consequência, o TSE²⁷⁹ tem se manifestado por diversas vezes no sentido de afirmar que o processo civil eleitoral seria permeado exclusivamente por ações típicas. De modo que, não havendo previsão legal do instrumento próprio para submeter determinada situação à análise do Poder Judiciário o acesso à jurisdição eleitoral estaria impedido.

No entanto, essa afirmação categórica, quanto à adoção de um sistema de ações típicas, deve ser feita com ressalvas. É inegável que há uma intrínseca

²⁷⁷ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 71.

²⁷⁸ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 428.

²⁷⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 194358, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 1995; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 18985, Relator Min. Fernando Neves, Brasília, DF, 09 de novembro de 2000.

relação entre os procedimentos previstos na legislação eleitoral e o direito material eleitoral. É o caso, por exemplo, a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC), que possui como finalidade “impedir que determinado registro seja deferido quer em razão da ausência de condição de elegibilidade, quer em virtude da incidência de uma ou mais causas de inelegibilidade, quer, finalmente, em consequência de não se ter cumprido uma formalidade legal”.²⁸⁰

No entanto, tal característica se deve às exigências que a natureza do próprio direito material eleitoral impõe aos instrumentos da tutela jurisdicional eleitoral. Não havendo restrições ao direito de ação, pelo fato de o sistema processual eleitoral ter adotado procedimentos específicos para cada tipo de crise jurídica potencialmente existente.

O fato de, após decorrido o prazo de 5 (cinco) dias previsto na Lei das Inelegibilidades (art. 3º, LC 64/90) não ser mais possível impugnação do registro de candidatura, não implica dizer que tal restrição ocorreu pela ausência de ação típica prevista na legislação. Pois, tal consequência, decorre do fato de que para cada ato há uma técnica específica, de forma que “exista uma correspondência entre a técnica e o respectivo ato, sempre de acordo (e em respeito) com o sistema de prazos e com o tempo de realização do próprio processo eleitoral”.²⁸¹

A noção de aquisição progressiva dos atos eleitorais,²⁸² que impõe a estrita necessidade de ultrapassar de determinadas etapas para que se possa avançar à próxima, somada à rigorosa calendarização do processo eleitoral como um todo, implica que o próprio direito material a ser tutelado se extinga quando ultrapassada determinada etapa do processo.

Quanto à segunda consequência, a tipicidade dos atos eleitorais também implica consequências em relação aos pedidos formulados nas ações eleitorais. Isso porque, havendo expressa previsão na legislação eleitoral sobre qual a sanção para a prática de determinado ilícito eleitoral ou qual a consequência jurídica para

²⁸⁰ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 431.

²⁸¹ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 422.

²⁸² AMADO, Maria Elisa Padre Ataíde Ribeiro. **O Contencioso Eleitoral no Direito Constitucional Português**. Comissão Nacional de Eleições: Lisboa, 1994. p. 44.

determinado tipo de conduta, não há margem para as partes inovarem em suas causas de pedir e em seus pedidos.²⁸³

Dados os fatos, a causa de pedir e o pedido já estão previstos na lei e caberá ao legitimado ativo subsumir o fato ao tipo previsto na lei. Essa tipicidade, que em muito se aproxima da seara penal, encontra atenuações na presença de alguns tipos abertos, que dão uma margem interpretativa para o enquadramento da conduta no tipo previsto. No entanto, uma vez feita a subsunção ao tipo previsto, não cabe ao legitimado ou ao magistrado inovar nas consequências jurídicas.

É importante destacar, que essa estrutura mais rígida, se deve ao premente interesse público subjacente às demandas eleitorais. De forma que, não se justifica conceder alargada autonomia aos legitimados para agir e delimitar a forma e as consequências das demandas eleitorais, quando o que se tutela, ao fim e ao cabo, não é o direito subjetivo individual de cada um dos legitimados, mas o a própria regularidade do processo eleitoral.

2.4.2. Adequação do processo ao calendário eleitoral

Outro princípio de imperiosa observância no processo civil eleitoral, e que certamente está entre os mais lembrados quando se refere ao contencioso eleitoral, é o da adequação do processo ao calendário eleitoral. É usual a qualificação do processo civil eleitoral como um processo célere, se afirmando com muita frequência, inclusive na doutrina, que a celeridade é exaltada no processo civil eleitoral.²⁸⁴

Caio Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra chegam a falar em “princípio da celeridade de forma maximizada”.²⁸⁵ Destacando o fato de que as demandas e os litígios eleitorais têm de ser decididos em tempo muito curto, para

²⁸³ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. op. cit. p. 428.

²⁸⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. CHALITA, Tony Ferreira de Carvalho Isaac. As normas fundamentais do novo código de processo civil e sua aplicação nos processos de competência da Justiça Eleitoral. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 162.

²⁸⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 468.

evitar prejuízo às campanhas políticas, aos partidos, às coligações e aos candidatos.

A invocação do princípio da celeridade se dá pelo fato de que, “o processo eleitoral se realiza em prazo certo, e os mandatos público-eletivos têm duração limitada no tempo. Nessa seara, a demora do processo pode significar a inutilidade do provimento jurisdicional”.²⁸⁶ Basta considerar o fato de que em outras esferas do Poder Judiciário não raro a tramitação dos feitos se prolonga por mais de 4 anos, sem uma solução definitiva no mérito.

Se tal cenário fosse transportado para o âmbito eleitoral, a eleição já teria ocorrido, o candidato teria cumprido seu mandato, para a maior parte dos cargos, e a decisão da Justiça Eleitoral seria absolutamente inócua. Mesmo que se restrinja a análise a outras fases do processo eleitoral, é evidente que a imposição do calendário eleitoral se faz presente.

Para o registro de candidatura, por exemplo, se justifica uma tramitação em curto prazo, mesmo que ainda tenha um longo período até a conclusão das eleições, na medida em que há a necessidade de estabilização e definição dos participantes do processo eleitoral, de forma a assegurar aos eleitores o conhecimento dos concorrentes²⁸⁷ para o exercício pleno do seu direito de escolha. Não é justificável que candidatos possam ser eleitos e exerçam seus mandatos sem que se tenha concluído o debate sobre a regularidade da sua candidatura e do processo eleitoral em que estiveram envolvidos.²⁸⁸

A mesma preocupação com a observância dos prazos do calendário eleitoral pelo contencioso eleitoral se mostra presentes em obras de direito estrangeiro. Nos ordenamentos latino-americanos, há uma prevalência dos prazos mais curtos para a manifestação das partes nos autos, variando de dois a quatro dias,²⁸⁹ tal qual

²⁸⁶ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 734.

²⁸⁷ DUARTE, Michelle Pimentel. **Processo Judicial Eleitoral – Jurisdição e Fundamentos para uma Teoria Geral do Processo Judicial Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 160.

²⁸⁸ REIS, Marlon. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. MATEUS, Laudo Natel. **Processo eleitoral e o novo CPC – aplicação imediata**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 29.

²⁸⁹ HENRÍQUEZ, Jesús Orozco. El contencioso electoral, la calificación electoral. In: NOHLEN, Dieter. et al. **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. 2ª ed. — México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007. p. 1210-1239.

ocorre no Brasil como regra geral para o prazo de interposição de recursos que será de três dias na ausência de prazo especial (art. 258 do CE).

A preocupação com a adequação ao calendário eleitoral é que justificou a introdução na Lei das Eleições (Lei 9.504/97) do art. 97-A que estabelece o prazo de 1 (um) ano como o razoável para a duração de um processo que possa resultar na perda de mandato eletivo. Prevendo, inclusive, a possibilidade de representação ao CNJ caso esse prazo não seja observado.

Também, pela mesma razão, os recursos, salvo raras exceções (art. 216 do Código Eleitoral e art. 41-A da Lei 9.504/97), não possuem efeito suspensivo.²⁹⁰ O que permite a execução imediata das decisões e compatibiliza o sistema com a necessidade de que os efeitos da tutela jurisdicional sejam observados ainda no curso do processo eleitoral.

Assim, é possível afirmar que o que há, em verdade, é a adequação do processo civil eleitoral às exigências do direito material, que por sua vez está vinculado ao calendário eleitoral.²⁹¹ Pois, como afirma Maria Elisa Amado, a tratar do processo eleitoral português, “as fases de apuramento e, por fim, a declaração dos eleitos deve ser um processo o mais rápido possível até para evitar processos de distorção dos resultados finais e inquietação social”.²⁹²

Inobstante tal fato e a usual referência à celeridade do processo civil eleitoral, faz-se importante a consideração feita por parcela da doutrina no sentido de que “não há, a rigor, celeridade na Justiça Eleitoral. Ela realiza, decide e julga os atos eleitorais dentro dos prazos que lhe são impostos”.²⁹³ É evidente que o processo civil eleitoral, em relação ao processo civil convencional, possui um trâmite mais célere.

²⁹⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Direito Processual Eleitoral. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (Coord.) **Direito Eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 304.

²⁹¹ “Art. 97-A. Nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral”.

²⁹² AMADO, Maria Elisa Padre Ataíde Ribeiro. **O Contencioso Eleitoral no Direito Constitucional Português**. Comissão Nacional de Eleições: Lisboa, 1994. p. 44.

²⁹³ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 71.

No entanto, se alterado o referencial para o calendário eleitoral imposto pela lei, as demandas eleitorais serão tão somente adequadas e não rápidas ou velozes. Não por outra razão o referido art. 97-A da Lei das Eleições estabelece o prazo de 1 (um) ano como o razoável para a solução de processos que possam resultar na perda do mandato eletivo. Note-se que a duração a que se refere o artigo abrange a tramitação em todas as instâncias da Justiça Eleitoral.

De forma que, para qualquer um que acompanhe a tramitação de feitos perante outras esferas do Poder Judiciário poderia apontar que se trata de uma tramitação célere. Mas, a legislação eleitoral prevê mecanismos de controle pelo CNJ, para o caso de o processo durar mais de um ano. Veja-se, portanto, que um processo célere para a Justiça comum será reputado demorado na Justiça Eleitoral, por sua inadequação às necessidades do direito material.

2.4.3. *In dubio pro suffragio*

Por fim, um último princípio que afeta de maneira determinante o processo civil eleitoral e, especialmente, a questão probatória nesse ramo do direito é o princípio do *in dubio pro suffragio*.

A soberania da vontade popular encontra seu ápice através do sufrágio eleitoral. É nesse momento que o povo, através do procedimento constitucionalmente assegurado, manifesta de forma direta a sua vontade e escolhe seus representantes pelos próximos anos. E, uma vez eleitos, esses representantes serão delegatários desse poder soberano e deverão em nome dos seus representados exercer seus mandatos.

Por essa razão, todo o aparato da Justiça Eleitoral tem como objetivo assegurar a preservação dessa manifestação de vontade popular em seu estado mais inalterado. O complexo de atos e mecanismos de verificação que envolve o processo eleitoral, somado à possibilidade da provocação de um controle direto pelos vários legitimados para as ações eleitorais, revestem de credibilidade o

processo eleitoral. Há, portanto, uma presunção de legitimidade social e jurídica²⁹⁴ na escolha dos candidatos.

Nesse sentido, seja a escolha boa ou ruim, a partir dos mais diversos critérios que possam ser adotados, ela representa a vontade soberana de um povo manifestada através das urnas. E, por tal razão, deve ser preservada até que haja um elevado grau de certeza sobre a existência de fatos que possam ter maculado essa escolha popular.

O princípio do *in dubio pro suffragio* se presta, portanto, a evidenciar a necessidade que o juiz eleitoral tem de adotar um rigor mais elevado²⁹⁵ na formação de sua convicção, para decidir de maneira contrária à vontade manifestada nas urnas. Em outras palavras, “só é possível cassar mandatos políticos outorgados pelo povo se e quando existirem provas robustas da ocorrência o fato justificador da cassação”.²⁹⁶

Trata-se de princípio já consagrado em diversas decisões do TSE,²⁹⁷ sendo devido o destaque à decisão proferida no REspe nº 0600098-47/TO, no qual se afirmou que “em caso de dúvida razoável da melhor interpretação do direito posto, vigora, na esfera peculiar do Direito Eleitoral, o princípio do *in dubio pro suffragio*, segundo o qual a expressão do voto popular e a máxima preservação da capacidade eleitoral passiva merecem ser prioritariamente tuteladas pelo Poder Judiciário”.²⁹⁸

Inclusive, em recente decisão o Min. Luiz Edson Fachin se referiu ao referido princípio para afastar a condenação imposta ao prefeito eleito de Planaltina-GO, sob o fundamento de que “na dúvida sobre a configuração do ilícito, não há que ser

²⁹⁴ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 77.

²⁹⁵ Como se verá adiante – item 3.5.

²⁹⁶ *Ibidem*. p. 77.

²⁹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 4297, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 05 de abril de 2019; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 86646, Relator Min. Tarcísio Vieira De Carvalho Neto, Brasília, DF, 18 de outubro de 2018.

²⁹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 060009847, Relator Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, Brasília, DF, 29 de maio de 2018.

aplicada cassação do mandato eletivo, mas sim deve ser referenda a vontade popular, que goza de uma presunção de legitimidade social e jurídica”.²⁹⁹

Além disso, também a legislação eleitoral manifesta os reflexos do princípio em questão. É o que ocorre com o Art. 368-A do CE, que dispõe que “a prova testemunhal singular, quando exclusiva, não será aceita nos processos que possam levar à perda do mandato”. A justificativa para a adoção dessa escolha, que também será oportunamente analisada,³⁰⁰ reside no fato de que o legislador entendeu a necessidade de provas mais robustas para sustentar decisões que venham a levar à perda do mandato.

Todo esse cuidado com a formação do convencimento do juiz eleitoral, por meio da exigência de provas robustas sobre os fatos narrados nas demandas eleitorais, tem como fim assegurar estabilidade e segurança às eleições e preservar a vontade manifesta do povo. Em tempos como os atuais, nos quais as disputas eleitorais se mostram cada vez mais acirradas e combativas, esse tipo de garantia é indispensável para afastar tentativas de manipulação do resultado das urnas.

No entanto, essa exigência de um conjunto probatório mais robusto, não pode ser vista como instrumento de proteção para aqueles que pretendam burlar o processo eleitoral. Os sujeitos envolvidos nas demandas eleitorais, sejam as partes, os juízes, o Ministério Público ou os demais legitimados, devem ser dotados de instrumentos aptos a assegurar a possibilidade de trazer ao processo o máximo de elementos de prova possível, a fim de garantir que a decisão proferida pela Justiça Eleitoral se preste a assegurar a manifestação do povo sem a influência de fatores espúrios e violadores da soberania popular.

2.5. Natureza coletiva do processo civil eleitoral

2.5.1. Bem jurídico de natureza coletiva tutelado

Dentre as diversas peculiaridades do processo civil eleitoral, um ponto essencial para compreender a sua natureza e proceder a uma adequada aplicação

²⁹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Mandado de Segurança nº 060107844, Relator Min. Luiz Edson Fachin, Brasília, DF, 19 de novembro de 2018.

³⁰⁰ Vide item 5.2.1 da Parte II.

das regras com ele compatíveis, é a identificação do bem jurídico tutelado pelas demandas eleitorais. Na medida em que tal constatação influenciará diretamente, inclusive, no regime processual e nas normas de aplicação subsidiária ao processo civil eleitoral.

Não são poucos os autores que se ocuparam do tema, mesmo que brevemente, sendo possível identificar diversas referências em obras de direito eleitoral sobre qual seria o bem jurídico tutelado por esse ramo do direito.

Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, afirmam que “o bem jurídico protegido no pleito eleitoral é a vontade da população”.³⁰¹ Nessa perspectiva tem-se a ênfase dada à preservação do conteúdo do sufrágio eleitoral, adotando como eixo central a garantia da preservação da qualidade da manifestação popular, de forma que seja concretizada de forma livre e sem vícios.

Esse mesmo reconhecimento, da necessidade de garantir um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada pessoa tenha a segurança da previsibilidade do futuro, também resta manifesto em obras de direito estrangeiro.³⁰² Evidenciando, portanto, que a preocupação com a garantia de preservação da qualidade da vontade popular manifesta é intrínseca aos modelos democráticos.

Ainda nessa mesma linha, outros autores afirmam que “revelar a verdade eleitoral, sufragada nas urnas, é o mais importante trabalho desenvolvido pela justiça eleitoral”.³⁰³ De forma que se poderia compreender que o bem jurídico tutelado seria a própria verdade eleitoral.³⁰⁴ Mantendo-se, portanto, como

³⁰¹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 455.

³⁰² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – Estrutura constitucional da democracia**. Tomo VII. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p. 59.

³⁰³ ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. The Brazilian electoral voting system. **Modern Democracy Magazine**. Vol. 1. p. 6-7, 2011. Manoel Carlos de Almeida Neto destaca, ainda, em outra oportunidade que: “Revelar a ‘verdade eleitoral’, sufragada nas urnas eletrônicas de forma segura, célere e transparente, é o maior e mais importante trabalho desenvolvido pela Justiça Eleitoral Brasileira, que, sem dúvida, tem cumprido com pleno êxito a sua missão constitucional de garantir que a soberania popular se expresse da forma mais livre e democrática possível”. (ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito Eleitoral Regulador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 60).

³⁰⁴ Também se referindo à “verdade eleitoral” como finalidade da Justiça Eleitoral: SADEK, Maria Teresa. **A Justiça Eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. p. 27.

referencial a qualidade da vontade popular manifesta. Na medida em que, ao se falar em verdade eleitoral, o que se pretende indicar como bem jurídico protegido é a coincidência da vontade manifesta nas urnas e aquela apurada ao fim do processo eleitoral.

No entanto, parte da doutrina altera a perspectiva de análise do bem jurídico do processo civil eleitoral, para dar ênfase não à vontade manifesta em si, mas à regularidade do processo que permite que a democracia seja exercida. De forma que, o bem jurídico tutelado seria a própria higidez do processo eleitoral³⁰⁵ em si, ou seja, a qualidade do procedimento de escolha dos mandatários.³⁰⁶

Tal análise encontra respaldo na própria Constituição Federal, que é expressa ao afirmar que a finalidade da Justiça Eleitoral é a proteção à "normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta" (art. 14, § 9º), reportam-se, portanto, ao princípio democrático.³⁰⁷

Assim, poder-se-ia afirmar que, como fazem Walter de Agra Júnior e Arthur Fialho, que cabe à Justiça Eleitoral zelar pela regularidade do processo eleitoral em seu sentido lato, seja através de suas atividades administrativas ou por meio da via jurisdicional.³⁰⁸ Tal afirmação dá ênfase à pluralidade da atuação da Justiça Eleitoral e reconhece que sua atuação jurisdicional é diretamente ligada à regularidade do processo eleitoral.³⁰⁹

A proteção à regularidade do processo de escolha dos representantes se justifica enquanto bem jurídico tutelado pelo processo eleitoral, na medida em que

³⁰⁵ DUARTE, Michelle Pimentel. **Processo Judicial Eleitoral – Jurisdição e Fundamentos para uma Teoria Geral do Processo Judicial Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 72.

³⁰⁶ *Ibidem*. p. 61.

³⁰⁷ *Ibidem*. p. 80.

³⁰⁸ AGRA JÚNIOR, Walter de. FIALHO, Arthur Monteiro Lins. Tutelas Específicas: aplicação de normas processuais no direito eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. (Coord.). **Direito Tratado de Direito Eleitoral - Processual Eleitoral**. Vol. VI. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.452

³⁰⁹ "O processo de definição de representantes não se desgarra de elementos éticos que preservem a liberdade de escolha do eleitor, a igualdade de concorrência entre os candidatos e a legitimidade do pálio como instrumento da mecânica democrática de conversão da vontade política coletiva em posições de poder" (DUARTE, Michelle Pimentel. **Processo Judicial Eleitoral – Jurisdição e Fundamentos para uma Teoria Geral do Processo Judicial Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 78)

a confiabilidade dos resultados compõe a base da democracia representativa.³¹⁰ Há, nesse ponto, em alguma medida, proximidade com a ideia de legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann³¹¹ aplicada às eleições políticas. Na medida em que, segundo o autor só é democrática uma eleição que respeite determinados princípios e de que só uma eleição democrática pode legitimar a soberania.

Assim, um o processo eleitoral juridicamente organizado contribui para a legitimação do sistema político, conferindo ao sistema social estabilidade.³¹² Basta verificar na história recente que, em situações de ruptura dessa organização, surgiram diversos movimentos de revolta contra governantes eleitos em razão da ausência de transparência e clareza no processo eleitoral adotado.

É importante destacar que não se trata de uma preocupação restrita ao ambiente teórico ou estritamente jurídico. Pois, não raras vezes, para além das manifestações mais agudas de insatisfação contra processos eleitorais carentes de transparência, questionamentos sobre a higidez do processo eleitoral são ventilados nos meios de comunicação e nas redes sociais, evidenciando o valor dado à qualidade e validade do procedimento.

Evidentemente, o processo eleitoral em si não possui qualquer valor se não se prestar a garantir o a preservação da vontade popular.³¹³ No entanto, há a necessidade de assegurar aos indivíduos a visibilidade da higidez do procedimento eleitoral, de forma a dar credibilidade ao processo e, conseqüentemente, ao resultado do sufrágio. Pois, não basta exclusivamente que a verdade eleitoral seja alcançada se a população diretamente influenciada pelo seu resultado não tiver confiança no processo de escolha, para transferir aos eleitos essa mesma credibilidade.

³¹⁰ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das Eleições – virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 23.

³¹¹ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

³¹² SOUZA, Alisson de Bom de. NASCIMENTO, Rafael do. Processo eleitoral em crise: em busca da legitimidade. **Estudos eleitorais**. Vol. 11. n. 02. Mai./ago. 2016. p. 108.

³¹³ “La finalidad esencial de la justicia electoral ha sido la protección auténtica o tutela eficaz del derecho a elegir o ser elegido para desempeñar un cargo público, mediante un conjunto de garantías a los participantes (partidos políticos e, incluso, funcionarios electorales, así como, según el caso en los distintos regímenes electorales, ciudadanos y candidatos) a efecto de impedir que pueda violarse la voluntad popular, (...)” (HENRIQUEZ, J. Jesús Orozco. Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado. In: HENRIQUEZ, J. Jesús Orozco. (Coord.) **Sistemas de Justicia Electoral: evaluación y perspectivas**. México: IDEA International, 2001. p. 45)

Feitas essas considerações, é adequado concluir que o objeto diretamente tutelado pela jurisdição eleitoral consiste no direito ao devido processo eleitoral. O direito a um processo eleitoral (em sua acepção mais ampla) revestido de todas as garantias e formalidades previstas na constituição e na legislação infraconstitucional, capaz de assegurar que o resultado final das eleições reflita com precisão a vontade manifesta nas urnas.

Dessa forma, os bens jurídicos tutelados pelo direito eleitoral, seja a chamada verdade eleitoral ou o devido processo eleitoral, têm natureza metaindividual, não são de titularidade de um só indivíduo.³¹⁴ Não é possível atribuir a sua titularidade a um só indivíduo, bem como não é possível reparti-lo entre os indivíduos que compõe essa titularidade.

Nesse sentido, se manifesta Rodolfo Viana Pereira, ao afirmar que a lisura do processo eleitoral, enquanto bem jurídico-constitucional, vai além do círculo de interesses dos atores diretamente envolvidos na disputa eleitoral. A integridade do resultado do processo de escolha para o exercício da função representativa é assunto que diz respeito, indistintamente, a todos os sujeitos constitucionais.³¹⁵

O bem visado é, nessa medida, “de caráter supra-individual e, por isso, extrapola os limites de uma concepção tradicional dos atores políticos e, conseqüentemente, de uma noção estreita da esfera de controle das eleições”.³¹⁶ Tem-se, portanto, o que se chama de um direito coletivo, pertencente à generalidade das pessoas.³¹⁷

³¹⁴ “Estamos certamente perante uma das situações em que o bem visado (o direito à verdade eleitoral, o direito à lisura do processo eleitoral, o direito à adequada formação do princípio representativo) é de caráter supra-individual e, por isso, extrapola os limites de uma concepção tradicional dos atores políticos e, conseqüentemente, de uma noção estreita da esfera de controle das eleições” (PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral – Controle social e fiscalização das eleições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 129)

³¹⁵ Ibidem. p. 161.

³¹⁶ Ibidem. p. 129.

³¹⁷ Paulo Henrique dos Santos Lucon e José Marcelo Menezes Vigliar reforçam essa característica supra-individual do processo eleitoral ao afirmarem que “O objeto do processo eleitoral é uma decisão sobre o interesse público. Note-se que o público aqui não é definido como uma contraposição ao privado, mas ao individual: no processo eleitoral o interesse pertence à generalidade das pessoas (o interesse público assume aqui aquela conotação tão conhecida no direito norte-americano e bem delineada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Access to justice – Promising institutions*, Milano, Giuffrè-Sijtoff, vol. III, p. 447-494. *Public interest law e public interest litigation*, nos Estados Unidos da América, designam aquelas situações em que o direito é relacionado com o interesse de uma coletividade em oposição àquelas normas de interesse

Avançando na identificação da natureza do direito ao devido processo eleitoral, é possível afirmar que se trata de direito essencialmente coletivo,³¹⁸ na medida em que, reputa-se coletivo um direito quando este “transcende os indivíduos isoladamente considerados”³¹⁹. O que ocorre com referido direito, tal qual ocorre com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal.

E, ainda observando o paralelo com o direito ao meio ambiente equilibrado, como não é possível determinar quais seriam os indivíduos que possuem o direito ao “devido processo eleitoral”, alternativa não resta que concluir que se estaria diante de um direito difuso.³²⁰ Os titulares de tal direito não são identificáveis, nem mesmo afirmar que somente cidadãos habilitados a participar do pleito, através da manifestação de sua vontade soberana, serão os únicos titulares. Visto que, mesmo aqueles aliados do processo eleitoral, por qualquer razão que seja, têm interesse direto no seu resultado e, portanto, à regularidade do pleito.

Nesse sentido, Luiz Fernando Casagrande Pereira, ao tratar das ações eleitorais de cassação, que o bem jurídico tutelado (verdade eleitoral; lisura do processo) possui caráter supraindividual (tutela da normalidade das eleições).³²¹ De forma que, não se pode rejeitar a relação entre Direito Eleitoral e o microsistema do processo coletivo.

individual. (...) Pois bem: no processo eleitoral, a atividade jurisdicional não está voltada a conflitos puramente individuais e impacta, em qualquer circunstância, o interesse de uma dada coletividade, que, diga-se de passagem, em determinados casos pode consistir na própria nação” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código eleitoral interpretado: normas eleitorais complementares (Constituição federal, lei de inelegibilidade, lei dos partidos políticos, lei das eleições e principais resoluções do Tribunal Superior Eleitoral)**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 794-795)

³¹⁸ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 411.

³¹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**. 6ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007. p. 19.

³²⁰ Nesse sentido, já se afirmou que a moralidade das candidaturas partilha características com os interesses difusos. DUARTE, Michelle Pimentel. **Processo Judicial Eleitoral – Jurisdição e Fundamentos para uma Teoria Geral do Processo Judicial Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 136.

³²¹ PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Ações Eleitorais. Atualidades sobre conexão, continência, litispendência e coisa julgada. **Ballot**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 251-279, set./dez. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot/article/view/22138>. Acesso em: 10/10/2019.

É interessante notar que, as vezes que há algum tempo vêm se manifestando a respeito da natureza coletiva do processo civil eleitoral,³²² começam a ecoar nas Cortes Eleitorais. Em decisão do ano de 2016 o TSE reconheceu a natureza coletiva do bem jurídico tutelado pelo processo civil eleitoral.³²³ No referido julgado, mesmo que de maneira breve o Min. Relator Gilmar Mendes asseverou que “no Direito Eleitoral, as regras de proteção aos direitos individuais do cidadão cedem espaço à atuação estatal, pois há que se avistar a natureza coletiva dos bens jurídicos tutelados pelas ações eleitorais”.

2.5.2. Mudança de paradigma com a Constituição Federal de 1988

Para além do fato de que o bem jurídico tutelado pelo processo civil eleitoral possui natureza eminentemente coletiva, é importante se reportar a recente mudança de paradigma operada com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O Direito Eleitoral é regido em grande parte por uma legislação bastante desatualizada, como é o caso mais evidente do Código Eleitoral que é de 1965. A referida legislação foi promulgada na vigência do Ato Institucional nº 1, em um contexto político e, do ponto de vista democrático, radicalmente distinto do atual cenário.

O Código Eleitoral de 1965 é marcadamente influenciado pelo modelo liberal de Estado então vigente. Basta notar que, em seu primeiro dispositivo prevê que o código “contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de *votar e ser votado*”. Assim, deixa claro qual será o direito tutelado pela legislação eleitoral, qual seja, o direito individual de votar e ser votado.³²⁴

Como destacado, a disposição do código eleitoral reflete uma perspectiva de proteção dos direitos políticos sob o viés individual, de guarida da liberdade de votar

³²² Entre os principais defensores dessa tese: JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017; PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral – Controle social e fiscalização das eleições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

³²³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 466997, Relator Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 03 de outubro de 2016.

³²⁴ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 390.

e de ser votado, quase como se isso fosse um fim em si mesmo.³²⁵ Ainda, em outras diplomas legais como a Lei Complementar nº 64 de 1990, essa característica pode ser identificada. Pois, referida lei, embora tenha sido publicada após a Constituição Federal de 1988, ainda carrega traços evidentes do modelo liberal adotado pela legislação eleitoral até então.

A influência desse viés liberal da legislação eleitoral, principalmente antes da Constituição Federal de 1988, acabou por refletir no direito processual eleitoral, através, por exemplo, do regime de preclusão adotado contra a arguição de inelegibilidade. O qual, se analisado sob o enfoque das considerações ora ventiladas, deixa evidente a intenção de proteger a capacidade eleitoral passiva do indivíduo em detrimento do interesse da coletividade.

Contudo, o paradigma sobre o qual se funda o Direito Eleitoral foi drasticamente alterado após 1988. A Constituição Federal, em razão do contexto em que foi promulgada, enfatiza a tutela dos direitos e interesses da coletividade, abandonando o modelo liberal até então adotado. Diversos novos direitos coletivos foram constitucionalizados, e a lógica do sistema constitucional passou a girar em torno da coletividade.

A Constituição passou a prever, já em seu primeiro dispositivo, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”.³²⁶ Tal previsão demonstra a força que se passa a dar à democracia, pois, diferentemente do que consta no art. 2º do Código Eleitoral o exercício do poder pelo povo não comporta ressalvas – senão aquelas previstas na própria Constituição -, sendo o eixo principal de sustentação do Estado Democrático de Direito e o centro em torno do qual gravita todo o ordenamento jurídico.

³²⁵ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 390.

³²⁶ “Eis aí a norma chave para entender todas as regras de direito eleitoral, sejam elas materiais, sejam elas normas processuais, pois é justamente para garantir e efetivar esta democracia por intermédio da soberania popular que existem as normas eleitorais, aí compreendendo aquelas relativas à organização da justiça eleitoral, ao sufrágio popular e aos partidos políticos”. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A subsidiariedade do CPC no processo eleitoral**. Disponível em: http://www.marceloabelha.com.br/publi/A%20subsidiariedade%20do%20CPC%20no%20processo%20eleitoral_1_.docx. Acesso em: 22/03/2018.

Tal qual ocorreu com outros ramos do direito, a Constituição também previu diretamente uma série de normas de direito eleitoral. Entre elas, cabe destacar as disposições dos artigos 14 a 17 que versam sobre os direitos e os partidos políticos, e os artigos 118 a 120 que tratam da Justiça Eleitoral. O constituinte também dedicou um espaço no texto constitucional para dispor expressamente sobre direito processual eleitoral. É que o que se verifica com os artigos 14 e 121, que versam sobre a AIME (Ação de Impugnação de Mandato Eletivo) e o cabimento de recursos eleitorais, respectivamente.

Assim, para além do que ocorre em outros ramos do direito, salta aos olhos o forte vínculo entre o Direito Eleitoral e o Direito Constitucional. O texto constitucional incorporou inegavelmente todo o conjunto de princípios e regras “definindo o corpo eleitoral, as condições de candidatura, o sistema eleitoral aplicável aos diferentes pleitos, os óbices ao exercício do sufrágio – tanto ativo quanto passivo – o estatuto partidário”.³²⁷ Além de, como dito acima, ter previsto expressamente regras de direito processual civil eleitoral, estreitando ainda mais o vínculo e a influência direta das normas constitucionais.

Isto posto, o Direito Eleitoral, e com ele o processo civil eleitoral, deve ser analisado sob o paradigma constitucional de tutela da democracia.³²⁸ Todos os institutos precisam ser revisitados a fim de que se adequem à tutela da democracia que passou a ser o eixo de proteção do direito eleitoral, ou como firmado acima, a tutela de devido processo eleitoral.

Assim, não há mais espaço no contexto legislativo atual para que se dê ênfase ao direito individual subjetivo de votar e ser votado em detrimento de uma tutela do devido processo eleitoral. A necessidade de uma abordagem do direito eleitoral do ponto de vista da tutela dos interesses da coletividade deve suplantar a visão restrita aos interesses individuais em disputa.

³²⁷ CAGGIANO, Mônica Herman S. Direito Eleitoral no Universo Jurídico. In: CAGGIANO, Mônica Herman S. (Coord.) **Direito Eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55.

³²⁸ Nesse sentido: “Por ser instrumento de realização do Estado Democrático de Direito, o Direito Eleitoral possui normas fundamentais na Constituição Federal, podendo se falar em um Direito Constitucional Eleitoral em que se traça o modelo eleitoral brasileiro que vai balizar a legislação eleitoral”. (MENDONÇA JR., Delosmar. **Manual de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 19)

No entanto, é importante frisar, que as alterações legislativas no sistema eleitoral são gradativas e, por razões que vão além dos estritos interesses da coletividade, por vezes até mais lenta que em outros ramos do direito.

De maneira que, cabe aos Tribunais Eleitorais e aos aplicadores do direito fazer a interpretação e a aplicação da legislação eleitoral de acordo com a Constituição vigente. Sem que isso implique, a toda evidência, uma extrapolação das atividades jurisdicionais e invasão do papel do legislativo no processo de elaboração das normas.

2.5.3. Legitimação extraordinária

A partir do que se expôs até aqui, o que se verifica é que o bem jurídico tutelado no processo civil eleitoral, qual seja, o devido processo eleitoral, possui natureza de direito difuso, visto que de titularidade de uma coletividade não individualizável. Bem como que, com o advento da Constituição Federal de 1988 o paradigma de proteção do direito eleitoral passou do direito individual de votar e ser votado para a tutela da democracia enquanto interesse de toda a coletividade.

Soma-se, ainda, a tais características o fato de que a legitimação processual para as demandas eleitorais, tal qual ocorre nas demais ações coletivas, se dá pela defesa em nome próprio de direito alheio, em função de uma autorização legislativa,³²⁹ portanto, legitimação extraordinária. Explica-se.

Como afirmado acima, o bem jurídico tutelado, devido processo eleitoral, possui natureza difusa, impondo, necessariamente a eleição de legitimados pela legislação, na medida em que nenhum dos integrantes da coletividade possui *per se* legitimidade para representar a integralidade do direito difuso em juízo. Por tal razão, o legislador atribuiu legitimidade ativa nas ações eleitorais ao Ministério Público, aos candidatos, aos partidos e às coligações.

Todos atuam enquanto legitimados extraordinários, bem como, independem dos demais colegitimados para ingressar em juízo, motivo pelo qual, dentro da classificação usualmente adotada, trata-se de legitimidade extraordinária

³²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 62.

disjuntiva³³⁰. Havendo, portanto, autonomia para cada um dos legitimados ajuizar a demandas eleitoral sem que dependa da vontade dos demais.

Além disso, a legitimidade para ingressar com as demandas eleitorais também é taxativa, visto que somente poderão ingressar em juízo como autores das demandas eleitorais aqueles que estiverem expressamente autorizados em lei. Para a maior parte das demandas eleitorais o rol de legitimados se limita ao listado acima. Mas, excepcionalmente, a lei eleitoral autoriza que o eleitor e o interessado ingressem com a demanda eleitoral, como se verá adiante.

Quanto à legitimidade do Ministério público, cabe destacar que lhe é atribuído um papel primário na defesa dos interesses difusos eleitorais, assim como ocorre nos demais diplomas do microsistema de processo coletivo. Isso porque, o Ministério público possui legitimidade para ingressar com demandas eleitorais³³¹, e quando não atuar como autor da demanda eleitoral, deve ser ouvido como *custos legis*, a fim de que auxilie na fiscalização do processo eleitoral e na tutela do interesse difuso discutido no feito.³³²

Como destaca Alexandre Lima Raslan, “o Ministério Público tem legitimidade ativa para promover as ações necessárias ‘a proteger a normalidade e a legitimidades das eleições’”.³³³ A afirmação encontra reforço no art. 72 da Lei Complementar nº 75/1993 (Estatuto do Ministério Público da União) que atribui

³³⁰ A utilização da expressão “disjuntiva” se dá pelo fato de ser a mais difundida na doutrina, embora renomados processualistas como adotem a expressão “exclusiva”, por entender como mais adequada para explicar o fenômeno. Nesse sentido: ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

³³¹ “(...) é absolutamente pacífico na doutrina e na jurisprudência que o Ministério Público deve atuar em todos os feitos de natureza eleitoral. E nesta sua atuação terá a mesma legitimidade garantida aos partidos políticos, coligações partidárias e candidatos. Assim é que nos processos eleitorais ora o Ministério Público atua como fiscal da lei, ora como legitimado extraordinário (substituição processual)” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código eleitoral interpretado: normas eleitorais complementares (Constituição federal, lei de inelegibilidade, lei dos partidos políticos, lei das eleições e principais resoluções do Tribunal Superior Eleitoral)**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 794)

³³² “Tratando-se a matéria eleitoral, toda ela de ordem pública, a manifestação do *Parquet* Eleitoral, em todos os procedimentos eleitorais, é indispensável, cumprindo o Ministério Público eleitoral o seu mister de representação da sociedade e de defensor da ordem pública” (MICHELS, Vera Maria Nunes. **Direito Eleitoral: Análise Panorâmica. De acordo com a Lei 9.504/97**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998)

³³³ RASLAN, Alexandre Lima. Infidelidade partidária (Resolução nº 22.610/2007 – TSE): legitimidade ativa do Ministério Público e temas relacionados. In: COSTA, Daniel Castro Gomes. (Org.) **Temas Atuais de Direito Eleitoral – Estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado**. São Paulo: Editora Pillares, 2009. p. 180.

competência genérica ao *parquet* para “exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral”.

Inclusive, em razão disso é que, na medida em que atuação do Ministério Público possui uma previsão ampla e genérica, deve-se entender como estendida tal amplitude à sua legitimidade mesmo para aqueles procedimentos que não possuem previsão expressa.³³⁴ Até mesmo porque, no processo civil eleitoral, dentre os legitimados, o Ministério Público é o único que não está diretamente envolvido no processo eleitoral, atuando, portanto, acima de quaisquer interesses partidários ou eleitorais.

Quanto aos demais legitimados, mesmo que possuam interesse direto e, por vezes, sejam diretamente beneficiados pela decisão final do processo, a sua atuação não se dá em nome próprio, mas como representantes da coletividade. É evidente que os interesses partidários e dos candidatos individualmente considerados serão os propulsores da iniciativa de tais legitimados. No entanto, mesmo que impelidos por interesses individuais em primeiro plano, ao fim e ao cabo atuarão como fiscais da regularidade do processo eleitoral, garantindo a preservação da vontade popular.

Merecem destaque, nesse ponto, a Ação eleitoral de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária (Art. 1º, §2º da Res. 22.610/2007 do TSE) e a Ação de exclusão do eleitor do eleitorado (art. 71, §1º do Código Eleitoral). Visto que, embora não sigam essa regra de legitimação, no tocante ao rol de legitimados, não deixam de representar hipóteses de legitimação extraordinária.

A ação eleitoral de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária, regida pela Resolução 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral atribui legitimidade ativa ao

³³⁴ No mesmo sentido: “A lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, ao dispor sobre a legitimidade do Ministério Público em matéria eleitoral, o fez de modo correto, deixando de elencar a gama de funções a ser exercida, o que sempre é numeração incompleta. É sabido, de há muito, que os fatos correm à dianteira das leis. Disciplinou, assim, a legitimidade de modo genérico, trazendo para o processo eleitoral o conjunto de funções que existe no Direito Comum, para as quais o Ministério Público é parte legítima” (CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 11 ed. Bauru: Edipro, 2004. p. 66)

partido político interessado, aquele do qual migrou o detentor do mandato eletivo, para que requeira a perda de cargo por infidelidade partidária.

Porém, decorridos trinta dias da desfiliação sem requerimento por parte do partido interessado, é atribuída legitimidade ativa ao Ministério Público e a “quem tenha interesse jurídico”. Nesse conceito, é evidente a possibilidade de enquadrar o Ministério Público como interessado, uma vez que é o legitimado tradicional para ações eleitorais, e poderia, inclusive, ser legitimado desde o início, o que optou o legislador por afastar.

No entanto, a resolução adota uma expressão aberta para definir quem teria interesse jurídico, que seria aquele que pode ser beneficiado pela procedência da decisão. Claramente esse benefício deve ser um benefício direto, uma vez que toda a coletividade é beneficiada indiretamente pela observância das normas eleitorais.

Assim, o legitimado com base no interesse jurídico seria o primeiro suplente, que na hipótese de perda do cargo eletivo tomaria posse no lugar do detentor do mandato eleitoral que perdeu o cargo. Ou seja, “o suplente tem legitimidade ordinária secundária caso o partido político não tenha tomado a iniciativa de reaver o cargo do mandatário que se desfilou sem apresentar fundamentos justos”.³³⁵ Nesse sentido dispôs a Res. TSE 22669, de 11 de janeiro de 2008,³³⁶ que reconhece a existência de interesse jurídico do suplente.

É evidente que o rol de legitimados da ação em comento é diferenciado dos demais, passando inclusive a atribuir somente ao suplente e ao partido “traído”,

³³⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código eleitoral interpretado: normas eleitorais complementares (Constituição federal, lei de inelegibilidade, lei dos partidos políticos, lei das eleições e principais resoluções do Tribunal Superior Eleitoral)**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 797.

³³⁶ CONSULTA. LEGITIMIDADE. SUPLENTE. AJUIZAMENTO. PROCESSO. PERDA. MANDATO ELETIVO. CARGO PROPORCIONAL. 1. Conforme dispõe o art. 1º, § 2º, da Res.-TSE nº 22.610/2007, caso o partido político não formule o pedido de decretação de perda de cargo eletivo no prazo de trinta dias contados da desfiliação, **pode fazê-lo, em nome próprio, nos próximos trinta dias subsequentes, quem tenha interesse jurídico, detendo essa condição o respectivo suplente**. 2. Conforme dispõe o art. 13 da Res.-TSE nº 22.610/2007, é esta aplicável às desfiliações consumadas após 27 de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, não sendo, portanto, possível o partido político requerer a perda de cargo eletivo de parlamentar que se desfilou antes dessa data. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1482, Resolução nº 22669 de 13/12/2007, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2008)

interessados diretos, a legitimidade para agir, além do Ministério Público. Porém, essa peculiaridade não retira o caráter de legitimação extraordinária.

O direito tutelado continua possuindo natureza coletiva, visto que a fidelidade partidária tem como fim respeitar a vontade do eleitor, que leva em consideração vários aspectos para a escolha de um candidato, e, certamente, um dos principais é o partido ao qual se encontra filiado no momento da candidatura.

A peculiaridade existente se sustenta em uma escolha feita pelo legislador de quais seriam os sujeitos mais aptos a tutelar o direito em questão. Tendo sido mantida a legitimidade do Ministério Público, mesmo que em um caráter subsidiário, e atribuída aos personagens políticos diretamente envolvidos na troca de partido, o partido político que perdeu o detentor do mandato e o seu suplente.

Situação ainda mais interessante, quanto à legitimidade, e ao nosso ver ainda mais consentânea com a tutela coletiva que deve ser assegurada ao direito eleitoral, é a da ação de exclusão do eleitor do eleitorado, que também possui um rol de legitimados distinto das demais ações eleitorais. Dispõe o §1º do art. 71 do Código eleitoral que poderá ser promovida a referida ação pelo delegado de partido, pelo juiz eleitoral *ex officio* ou por qualquer eleitor.

No que se refere aos eleitores e aos partidos políticos, na figura do delegado de partido, trata-se novamente de uma escolha do legislador que reputou adequados os referidos legitimados para atuar em juízo. E, aqui se destaca o fato de que embora ainda se trate de um rol taxativo, o número de legitimados individualmente resta ampliado sobremaneira, na medida em que a totalidade dos eleitores estaria legitimada para ajuizar referida demanda.

Quanto à possibilidade de o juiz atuar de ofício, há grande controvérsia, uma vez que ofenderia a imparcialidade exigida do órgão jurisdicional. Para solucionar a aparente violação aos devido processo legal, Cheim, Liberato e Abelha Rodrigues afirmam que o juiz eleitoral também pode ser inserido no rol de legitimados, mas, não poderá ser ao mesmo tempo juiz natural da demanda.³³⁷

³³⁷ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 631.

Motivo pelo qual, na hipótese de instauração do processo pelo juiz eleitoral deverá ser processado e julgado por outro juiz eleitoral.

2.5.4. Reforma eleitoral de 2015 e aproximação com o processo coletivo pela via legislativa

O processo civil eleitoral, também passou por mudanças legislativas recentes que, em certa medida, consolidaram o entendimento que vinha sendo consagrado pela doutrina e jurisprudência sobre a sua proximidade com o microssistema de processo coletivo.

Na chamada reforma eleitoral de 2015, além de diversas alterações relevantes para o direito eleitoral como um todo, com disposições sobre fidelidade partidária, criação de novos partidos, prestação de contas entre outras, houve mudanças importantes para o direito processual civil eleitoral, que contribuíram para o seu aperfeiçoamento.³³⁸ Entre elas é possível destacar a disposição sobre efeito suspensivo aos recursos ordinários (art. 257, §2º do Código Eleitoral), a prova testemunhal singular (art. 368-A do Código Eleitoral) e o tratamento processual diferenciado para ações fundadas no mesmo fato (art. 96-B da Lei nº 9.504/97).

No tocante ao último dispositivo referido é que se observa clara aproximação com o processo coletivo, na medida em que seu §3º dispõe que “Se proposta ação sobre o mesmo fato apreciado em outra cuja decisão já tenha transitado em julgado, não será ela conhecida pelo juiz, ressalvada a apresentação de outras ou novas provas”.

Referida disposição introduziu no regramento das ações eleitorais a hipótese de coisa julgada *secundum eventum probationes*, solução jurídica típica de ações coletivas³³⁹ que consiste em uma espécie de coisa julgada segundo evento da lide,

³³⁸ SEVERO, Gustavo; CHAVES, Humberto. A Reforma Eleitoral de 2015 – Breves comentários à Lei nº 13.165/2015. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**, ano 7, n. 13, jul./dez. 2015, p. 81-120.

³³⁹ PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Impactos do NCPC e da reforma eleitoral nas ações eleitorais. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1. p. 159.

ligado à eventual improcedência da demanda e ao surgimento de novas provas após o trânsito em julgado da demanda.

É importante notar que o regramento do direito eleitoral é ainda mais amplo que a coisa julgada *secundum eventum probationes* nas demais ações coletivas, cuja previsão se encontra no art. 103, I do CDC e no art. 18 da Lei de Ação Popular.³⁴⁰ Visto que, no presente caso basta que a demanda tenha sido julgada improcedente que a existência de novas provas permite o ajuizamento de nova demanda para discutir o mesmo fato.

Não há, portanto, a necessidade de que a improcedência tenha ocorrido por insuficiência de provas. Bastando que, haja “outras ou novas provas” não consideradas no julgamento da primeira demanda. O que se vê, portanto, é que embora a regra prevista para as demandas eleitorais possua características próprias, a razão para a sua introdução no rol de normas do processo civil eleitoral se deve pela mesma justificativa de fundo das demais ações coletivas: a relevância e a natureza coletiva do direito tutelado.

Como afirmado anteriormente, o processo civil eleitoral busca preservar a identidade da vontade livremente manifesta nas urnas com o resultado apurado ao final das eleições. Dessa maneira, a opção pela coisa julgada *secundum eventum probationes* se dá pela ponderação entre os valores em jogo e a compreensão de que não pode a coletividade sofrer sem a tutela adequada de seu direito a despeito de existirem provas aptas a alterarem o resultado de uma decisão anteriormente proferida.

Não se trata, aqui, de uma demanda entre particulares na qual a ausência de determinada prova nos autos (seja ela preexistente ou não) somente impacta no direito das partes integrantes da relação jurídica processual. Nas ações eleitorais, antes da aludida previsão toda a coletividade seria impactada pela ausência de

³⁴⁰ “No tocante aos direitos coletivos e difusos, a coisa julgada, na hipótese de julgamento de improcedência do pedido, tem uma especialidade que a diferencia da coisa julgada tradicional, prevista pelo Código de Processo Civil. Enquanto, no instituto tradicional, a imutabilidade e a indiscutibilidade geradas pela coisa julgada não dependem do fundamento da decisão, nos direitos difusos e coletivos, aso tenha a sentença como fundamento a ausência ou a insuficiência de provas, não se impedirá a propositura de novo processo com os mesmos elementos da ação – partes, causa de pedir e pedido -, de modo a possibilitar uma nova decisão, o que, naturalmente, afastará, ainda que de forma condicional, os efeitos da imutabilidade e indiscutibilidade da primeira decisão transitada em julgado” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014)

determinada prova nos autos, que não foi a ele carregada pelas mais diversas razões.

Importante consideração sobre o tema é feita por Luiz Fernando Casagrande Pereira, ao destacar que o TSE sempre entendeu que os mesmos fatos julgados em ações eleitorais distintas (AIJE, AIME e RCED) não autorizava a exceção de coisa julgada.³⁴¹ No entanto, com o advento da regra do art. 96-B, há a inclusão de norma de natureza distinta, que permite a revisão da sentença de improcedência, sempre que houver novas provas.

Portanto, o que se vislumbra é a clara aproximação do legislador aos regramentos do processo coletivo, pela compreensão de que o direito tutelado nas demandas eleitorais extrapola o interesse individual daqueles que figuram como partes no processo. De forma que, mesmo a coisa julgada deve ter a sua formação obstada ante a existência de prova não discutida e analisada no primeiro processo.

2.5.5. Processo Civil Eleitoral e microssistema do processo coletivo

Essa aproximação com o processo coletivo e a consolidação do entendimento segundo o qual os interesses tutelados pelo direito eleitoral possuem natureza de direitos difusos traz uma série de consequências diretas, especialmente, do direito processual civil eleitoral. Isso porque, na medida em que as normas processuais precisam ser adequadas à tutela do direito material e que “a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos”,³⁴² faz necessário uma mudança do foco na análise das normas de direito processual civil eleitoral.

As técnicas tradicionalmente adotadas pelo Código de Processo Civil, voltadas para a tutela de direitos individuais, não são bastantes para a proteção de direitos difusos, como já foi exaustivamente demonstrado pela doutrina afeita ao processo coletivo. Pelo mesmo motivo é insuficiente falar em aplicação subsidiária

³⁴¹ PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Impactos do NCPC e da reforma eleitoral nas ações eleitorais. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1. p. 159.

³⁴² GARTH, Brian. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Sergio A. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988. p. 49-50.

do Código de Processo Civil ao processo civil eleitoral, como principal fonte normativa supletiva.

Isso porque, dentre as consequências de se compreender o processo civil eleitoral enquanto integrante do microsistema de processo coletivo está “só aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil – norma geral e fundamental de processo – às lides eleitorais depois de se lhe aplicar os princípios e regras gerais do processo civil coletivo (leia-se Título III do CDC c/c Lei 7.347/85)”.³⁴³

É curial ressaltar que não se afirma, em momento algum, ser necessário afastar totalmente a aplicação subsidiária do CPC. O que se pretende é demonstrar que o processo eleitoral, pela natureza coletiva do direito tutelado, exige a utilização de normas processuais coletivas, mais adequadas à sua proteção. Pois, como leciona Marcelo Abelha Rodrigues, sendo o CPC uma norma fundamental de direito processual civil é claro que será aplicado subsidiariamente.³⁴⁴

Não obstante a necessária aplicação do CPC enquanto norma fundamental, o CPC/15 dispõe expressamente em seu art. 15 que na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as regras nele previstas deverão ser aplicadas supletiva e subsidiariamente. Contudo, da existência dessa previsão não se pode concluir pela inadequação do quanto afirmado acima. Pois, ao se compreender o processo civil eleitoral como integrante do microsistema de processo coletivo, inexistindo regras processuais na legislação eleitoral, caberá se socorrer às demais normas de processo coletivo e, então, após esgotadas essas normas, se socorrer do CPC de maneira subsidiária.

Uma das consequências da adoção do presente posicionamento seria, *v. g.*, a aplicação do princípio do ativismo judicial³⁴⁵ ou impulso oficial³⁴⁶, segundo o qual são concedidos mais poderes ao juiz na condução do processo, tendo em o forte

³⁴³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A subsidiariedade do CPC no processo eleitoral**. Disponível em:

http://www.marceloabelha.com.br/publi/A%20subsidiariedade%20do%20CPC%20no%20processo%20eleitoral_1_.docx. Acesso em: 22/03/2018.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012. P. 132.

³⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (Coord.) **Tutela Coletiva – 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos**. São Paulo: Atlas, 2006.

interesse público nessas demandas de natureza coletiva. Da mesma forma, a questão relativa ao ônus da prova, notadamente as possibilidades de inversão, devem ser analisadas sob a ótica do microsistema de processo coletivo.

Entretanto, apesar de se defender a compreensão do processo civil eleitoral como parte integrante do microsistema de processo coletivo, não é possível uma aplicação indiscriminada de todas as normas de processo coletivo, tendo em vista as peculiaridades do direito tutelado.

A mesma necessidade de adequação do modelo processual coletivo ao direito material tutelado ocorre nos diversos ramos do processo coletivo (ambiental, consumerista,...). Há peculiaridades que regem a aplicação das normas desse microsistema, bem como a importação de normas do próprio CPC em casos de insuficiência das normas integrantes do microsistema de processo coletivo. Portanto, é natural que direitos, embora ligados pelo elo da coletividade, que possuam peculiaridades demandem em alguns momentos regras específicas para a sua adequada tutela.

Não é aceitável imaginar que todas as regras previstas para a tutela do direito ambiental, por exemplo, possam ser indiscriminadamente importadas para a condução de uma Ação de Investigação Judicial Eleitoral, da mesma forma que o inverso também não procederá. Assim, exige-se do aplicador do direito o temperamento das diversas normas processuais às peculiaridades do processo civil eleitoral.

2.6. Processo eleitoral sancionador

A complexidade do processo civil eleitoral vai além dos procedimentos próprios previstos na legislação e da sua natureza de processo coletivo, como exposto acima. Visto que, não obstante tais características, o processo civil eleitoral ainda abarca demandas cujo provimento jurisdicional possui natureza eminentemente sancionatória.

O fato de que a sanção constitui elemento essencial da norma jurídica há muito é trabalhado na doutrina,³⁴⁷ sendo, inclusive, esse o elemento de distinção tradicionalmente adotado entre a norma moral e a norma legal.³⁴⁸ A previsão da sanção é a forma por meio da qual o ordenamento jurídico se impõe e reage ao descumprimento das suas normas impostas, não podendo ser diferente com o direito eleitoral. Assim, diante de ilegalidades violadoras de princípios e valores por elas protegidos, as normas eleitorais impõem sanções às condutas ou situações infratoras.³⁴⁹

No sentido que é tratado pela Teoria Geral do Direito, sanção é a consequência jurídica da norma.³⁵⁰ No entanto, para os fins ora pretendidos, tal qual adotado pela doutrina³⁵¹ ao tratar de processo civil sancionatório, o termo sanção será utilizado no sentido de pena. A partir da concepção de um castigo, punição, imposto pelo exercício do *ius puniendi* estatal, em consequência da prática de determinada conduta. Trata-se, nesse sentido da definição da sanção, a partir da função que ela desempenha no ordenamento.

Isto posto, cabe destacar que o sistema sancionatório eleitoral contém as mais diversas sanções, entre as quais se destacam a constituição de inelegibilidade, cassação de diploma, cassação de mandato, perda de registro de candidatura e a multa. Como se vê, portanto, a sanção no sistema eleitoral não se trata de um mero elemento incidental, mas, de uma parte crucial do controle da regularidade e legitimidade do processo eleitoral.

É importante destacar que as sanções eleitorais não se limitam aos procedimentos de natureza cível, tendo em vista que há também aquelas que decorrem da prática de crimes eleitorais, podendo ensejar a imposição de sanção de restrição de liberdade. Sendo possível, portanto, dividir as sanções eleitorais em dois grandes gêneros: a. sanções eleitorais penais, oriundas da prática de ilícitos eleitorais de caráter criminal; e b. sanções eleitorais cíveis, que podem ser políticas,

³⁴⁷ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 89.

³⁴⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 543.

³⁴⁹ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 983.

³⁵⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do direito: Lições preliminares de direito**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, p. 260.

³⁵¹ MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 50.

aquelas que afetam direitos políticos, ou administrativas, quando impliquem consequências de cunho extra político, concentrando-se sobre o patrimônio ou outros direitos de seus agentes provocadores.³⁵²

Sobre as sanções eleitorais penais, não cabe maior aprofundamento em razão do corte metodológico adotado. No entanto, cumpre destacar que de modo geral não há diferenciações substanciais quanto às sanções criminais comuns. Havendo, no entanto, a possibilidade de imposição de sanções próprias, para além da restritiva de liberdade próprias do processo penal eleitoral, como a suspensão das atividades eleitorais ilícitas, o cancelamento do registro de candidatura ou do diploma, na hipótese do art. 11, V, da Lei no 6.091/74 e a cassação do registro, na hipótese do art. 334 do Código Eleitoral, quando o responsável for candidato.³⁵³

Já no tocante às sanções cíveis, haverá a necessidade de maior aprofundamento. Na medida em que, a possibilidade de imposição de consequências graves de natureza punitiva pela prática de uma conduta ilícita atrai para as ações eleitorais sancionatórias a necessidade da observância de um arcabouço normativo e principiológico compatível com o caráter punitivo e sancionatório de tais demandas. De forma que se compatibilize o processamento de tais demandas com as normas constitucionais relativas à legítima defesa, ao contraditório e como se verá adiante, ao princípio penal constitucional do *in dubio pro reo*.

Nos chamados processos punitivos não penais,³⁵⁴ a imputação ao réu da prática de ilícitos de natureza grave, somada com a aplicação de sanções restritivas de direitos individuais, é incompatível com a base principiológica e normativa do processo civil convencional. A proximidade das características com o processo penal e o fato de consistir em um meio para o exercício do *ius puniendi* estatal, impõe a utilização de um mínimo de garantias originalmente dirigidas ao processo penal.³⁵⁵

³⁵² ALVIM, Frederico Franco. A Sanção Jurídica no Direito Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 8, n. 2, maio/agosto 2013. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2013. p. 46.

³⁵³ ALVIM, Frederico Franco. A Sanção Jurídica no Direito Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 8, n. 2, maio/agosto 2013. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2013. p. 47.

³⁵⁴ Terminologia empregada por Sarah Merçon-Vargas. MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

³⁵⁵ *Ibidem*. p. 119.

Em outros procedimentos cíveis de natureza sancionatória, como a ação de improbidade administrativa, essa interação com princípios do processo penal é consagrada na doutrina que trata do tema.³⁵⁶ Assim, havendo também o caráter sancionatório em diversas ações eleitorais, com características bastante assemelhadas à ação de improbidade administrativa é imperioso atentar-se a essa característica para uma adequada compreensão do processo civil eleitoral.

Esse paralelo se mostra plenamente adequado, na medida em que, nas ações de improbidade administrativa, há, à semelhança das ações eleitorais sancionatórias, a tutela de direitos difusos (patrimônio público e moralidade pública)³⁵⁷ e a possibilidade de imposições de sanções em decorrência das ilegalidades violadoras de tais direitos.

Essa proximidade não passou despercebida pela doutrina eleitoral, de modo que Paulo Henrique dos Santos Lucon ao estabelecer tal paralelo, afirma categoricamente que, dada a característica essencialmente punitiva de referida ação eleitoral, esta deve ser compreendida à luz do regime jurídico do direito administrativo sancionador. Pois, assim como o processo eleitoral sancionatório guarda um núcleo comum com as normas estruturantes do direito penal e processual penal, impondo a observância, quando do exercício do *ius puniendi* estatal, da tipicidade das condutas, da presunção de inocência, da culpabilidade e pessoalidade das sanções, bem como da sua respectiva individualização.³⁵⁸

A gravidade das sanções aplicáveis no processo civil eleitoral, como a perda do mandato eletivo e a inelegibilidade, não permite que se faça um juízo de relativização em relação à gravidade quando comparados com as sanções criminais. Visto que, as consequências nas primeiras podem ser, muitas vezes, mais graves do que aquelas previstas pela legislação criminal. Notadamente se considerado o fato de que há diversos mecanismos de abrandamento das sanções originalmente previstas no processo penal, que podem levar a consequências

³⁵⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 82.

³⁵⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³⁵⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Ações eleitorais e direito sancionador. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RIASP**. Ano 16. Vol. 32. Jul./Dez. 2013. p. 281-289.

substancialmente menos gravosas, como ocorre com a substituição por penas alternativas.

Além disso, mesmo naqueles processos penais cujas penas cominadas em abstrato são significativamente menos graves, são observadas as mesmas garantias processuais asseguradas para os crimes mais graves. Por tais motivos, também no processo civil sancionatório eleitoral, independentemente da gravidade da sanção, as garantias processuais penais devem ser garantidas ao réu em face de quem se imputa a prática ilícita.

2.6.1. Ações civis eleitorais sancionatórias e não-sancionatórias

As ações civis eleitorais sancionatórias são, portanto, aquelas em que se apure a prática de um ilícito eleitoral, de natureza não penal, e que imponha como consequência jurídica, em decorrência de previsão legal, uma sanção, que pode ir desde uma multa até a cassação do mandato.

Partindo dessa premissa é possível elencar como principais ações civis eleitorais sancionatórias a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME),³⁵⁹ a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE),³⁶⁰ a Representação por Ofensa à Lei 9.504/97,³⁶¹ a Representação pela Prática de Captação Ilícita de Sufrágio³⁶² e a Representação por Captação e Gastos Ilícitos de Campanha.³⁶³ Na medida em que

³⁵⁹ Art. 14, §10 da Constituição Federal de 1988: “O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”.

³⁶⁰ Art. 22 da Lei Complementar nº 64 de 1990: “Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: (...)”.

³⁶¹ Art. 96 da Lei nº 9.504 de 1997: “Salvo disposições específicas em contrário desta Lei, as reclamações ou representações relativas ao seu descumprimento podem ser feitas por qualquer partido político, coligação ou candidato, e devem dirigir-se: (...)”.

³⁶² Art. 41-A da Lei nº 9.504 de 1997: “Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990”.

³⁶³ Art. 30-A da Lei nº 9.504 de 1997: “Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos”.

todas podem partir de um ilícito eleitoral que, uma vez apurada sua ocorrência e autoria, pode ensejar a imposição de diversas sanções.

A AIME, por exemplo, tem como objetivo a repressão de atos de abuso de poder econômico, corrupção e fraude que, pela violação do devido processo eleitoral, deformem ou desnaturem o mandato popular.³⁶⁴ E terá como objeto a desconstituição do mandato do candidato eleito,³⁶⁵ sanção máxima no processo civil eleitoral, visto que interfere diretamente na vontade popular já manifesta nas urnas e impede o candidato eleito, com o auxílio de práticas ilícitas, de exercer o mandato eletivo.

Na mesma linha, a AIJE se volta à exclusão da disputa eleitoral, através da imposição da sanção de inelegibilidade, de candidatos ou pessoas que tenham contribuído ou beneficiado aqueles na prática de atos potencialmente lesivos ao devido processo eleitoral.³⁶⁶ E, uma vez comprovado o cometimento de um ilícito poderá ocorrer, a depender do momento do processo eleitoral, a denegação do registro da candidatura ou a perda do mandato político do candidato eleito, com a decretação da inelegibilidade.

Mas, como dito anteriormente, nem todas as ações eleitorais possuem natureza sancionatória, embora ela esteja presente na maior parte delas. Entre as ações eleitorais, há algumas que não possuem caráter sancionatório, como é o caso da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC). Isso porque, a ação fundada no art. 3º da Lei Complementar nº 64, tem como objeto a análise da regularidade do registro de candidatura, a partir das hipóteses que justificam sua propositura: a) ausência de causa de elegibilidade; b) presença de causa de inelegibilidade; e c) ausência de condição de procedibilidade do registro.³⁶⁷

Por essa razão, a AIRC se restringe a apurar a regularidade do registro de candidatura, não havendo em seu bojo a imputação de sanções. Já que, não se obtém nesta modalidade de demanda a decretação de inelegibilidade do pretendo

³⁶⁴ COSTA, Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 176.

³⁶⁵ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 928.

³⁶⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 500.

³⁶⁷ COSTA, Daniel Castro Gomes da. **Curso de Direito Processual Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 187.

candidato.³⁶⁸ A inelegibilidade é causa de pedir, antecedendo, portanto, a impugnação ao pedido de registro, que se limita a pedir o indeferimento do pedido de registro.

Mesmo que se reconheça que do julgamento tardio da demanda pode decorrer a nulidade do diploma concedido ao candidato eleito,³⁶⁹ não é possível caracterizar tal feito como sancionatório. Pois, não se discute em seu bojo a ocorrência do ilícito eleitoral e o reconhecimento de causa de inelegibilidade decorre de uma sanção aplicada em processo distinto que, esse sim, possuía natureza sancionatória.

É importante notar, no sentido do quanto afirmado, que em razão dos limites da causa de pedir da AIRC somente podem ser objeto de impugnação fatos que já tenham sido decididos por decisão anterior, seja ela administrativa ou jurisdicional.³⁷⁰ Cabendo à Justiça Eleitoral na AIRC, a aplicação do fato descrito às hipóteses de inelegibilidade e reconhecimento sobre a sua aplicabilidade, para fins de rejeitar o pedido de registro formulado.

Nesse sentido, não havendo apuração de conduta ilícita em sede de AIRC, não se mostra possível a sua caracterização enquanto ação sancionatória. A aplicação dos princípios e valores pertinente às demandas sancionatórias não se amoldam à AIRC, dada a limitação do objeto da demanda à regularidade do pedido de registro de candidatura por meio da ausência de hipóteses de inelegibilidade. O fato de, ao final, um pré-candidato ter seu pedido de registro indeferido não decorre a imposição de uma sanção por ato ilícito, mas da verificação de que, a partir das hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 1º da LC nº 64/90 o pré-candidato não reúne condições mínimas de elegibilidade.

Nesse sentido, para fins de AIRC o pré-candidato ter tido “suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa” (art. 1º, I, g), ser analfabeto (art. 1º, I, a) ou estar inelegível por qualquer outra das hipóteses

³⁶⁸ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 525.

³⁶⁹ COSTA, Daniel Castro Gomes da. op. cit. p. 186.

³⁷⁰ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 537.

previstas na lei, não possui diferenças em essência. Todas as hipóteses levarão ao indeferimento do pedido de registro, devendo ser analisadas e apuradas com o mesmo rigor.

Também na prestação de contas de campanha eleitoral (art. 28 da Lei das Eleições) não se faz presente o caráter sancionatório evidenciado nas demandas acima descritas. Visto que não há a apuração de ilícito civil com imposição de sanção ao final. Na ação de prestação de contas de campanha eleitoral, a desaprovação das contas ou a declaração de contas “não-prestadas” não tem o condão de impor sanção direta.³⁷¹

Quanto à primeira, porque a desaprovação das contas sequer impede o candidato eleito de assumir cargo eletivo, mas poderá dar ensejo a nova ação eleitoral, essa sancionatória. De forma que, ter contas rejeitadas não traz nenhum prejuízo para o candidato, em relação à possibilidade de assumir o cargo eletivo.³⁷² Já a declaração de não apresentação das contas, poderá ser suprida com nova prestação e, nesse caso, não há sequer a declaração do cometimento de ato ilícito, mas de que as contas prestadas não estão de acordo com a legislação de regência.

É necessário, portanto, analisar o objeto de cada ação eleitoral e as consequências potencialmente decorrentes da decisão judicial para verificar qual a sua natureza. Para identificar se há apuração de ato ilícito e a possibilidade de imposição direta de sanção. O que, por via de consequência, atrairá a influência das normas e princípios que regem o exercício do *ius puniendi* estatal.

2.6.2. Influência dos princípios do processo penal

O processo civil eleitoral, como qualquer ramo do direito, sofre influência de diversos princípios de ordem constitucional e infraconstitucional, que auxiliam na

³⁷¹ “Comprovando-se que houve captação de recursos ou gastos ilícitos na campanha por intermédio de ação judicial de investigação eleitoral, caracterizando abuso de poder econômico, há pena e o candidato terá a perda do registro de candidatura ou de seu diploma, se este já fora outorgado. Para tanto, exige-se impetração da Ação de Investigação Judicial Eleitoral e que ela se pronuncie pela ocorrência de abuso de poder econômico. Caso tal ação não seja impetrada, a simples rejeição de contas não deve provocar a cassação do diploma ou a perda de registro de candidatura” (AGRA, Walber de Moura. **Temas polêmicos do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 90)

³⁷² RODRIGUES, Marcelo Abelha. JORGE, Flávio Cheim. **Manual de Direito Eleitoral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 615.

compreensão e delimitação adequada do alcance das normas processuais eleitorais. Oportunamente³⁷³ foram destacados alguns princípios do processo civil eleitoral relevantes, quais sejam: princípio da tipicidade, princípio da adequação ao calendário e o princípio do *in dubio pro suffragio*.

Além desses princípios, enquanto processo voltado à tutela de valores consagrados na Constituição Federal, existe íntima relação entre os princípios processuais constitucionais consagrados e o processo civil eleitoral.³⁷⁴ De maneira que, não é possível a compreensão adequada do processo civil eleitoral sem que se leve em consideração os princípios do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, livre convencimento motivado, entre outros princípios consagrados constitucionalmente.

Como afirma Sarah Merçon-Vargas, a natureza do direito material, na perspectiva de seu potencial de restrição de direitos é um elemento fundamental para a aferição da gradação desejável de incidência das garantias constitucionais do processo.³⁷⁵ Portanto, a partir da análise dos valores em jogo no processo civil eleitoral e das consequências que dele podem advir, é que se identificará o grau de atenção que deverá ser atribuído aos princípios e às garantias constitucionais.

Mas, para além dessas constatações que a essa altura possam soar redundantes, é necessário compreender que, nas ações eleitorais sancionatórias, em que se está diante da manifestação do poder punitivo estatal - que abrange as sanções penais (direito penal), as sanções administrativas (direito administrativo sancionador) e as ações civis sancionatórias³⁷⁶ -, haverá também a influência dos princípios regentes do processo penal.

Nas palavras de Paulo Henrique dos Santos Lucon, diante da natureza essencialmente punitiva de referida ação eleitoral, esta deve ser compreendida à luz do regime jurídico do direito administrativo sancionador, que guarda um núcleo comum com as normas estruturantes do direito penal e processual penal, impondo

³⁷³ Vide item 2.5.

³⁷⁴ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 461.

³⁷⁵ MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 37.

³⁷⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 45.

a observância, pelo *ius puniendi* estatal, da tipicidade das condutas, da presunção de inocência, da culpabilidade e pessoalidade das sanções, bem como da sua respectiva individualização.³⁷⁷

Reforçando essa posição Sarah Merçon-Vargas, ao estabelecer o eixo central de sua “Teoria do processo judicial não penal” afirma que diante da gravidade das sanções cominadas pelo legislador em processos dessa natureza, é possível afirmar que o núcleo duro do devido processo legal, que lhe é essencial enquanto princípio, é composto pelas garantias previstas para o processo penal, com exclusão daquelas voltadas ao preso ou relacionadas à pena de prisão, em razão da inexistência dessa modalidade de sanção nos processos civis.³⁷⁸

A influência dos princípios do processo penal sobre os procedimentos sancionatórios em matéria eleitoral também foi objeto de análise em outros ordenamentos, como é o caso da análise feita por Orozco Henriquez e Maitret Hernandez ao analisar o sistema mexicano de contencioso eleitoral.³⁷⁹ Nessa oportunidade, os autores mexicanos destacaram que os princípios contidos e desenvolvidos pelo direito penal, em termos gerais, são aplicáveis ao direito sancionador eleitoral.

Entre as influências das regras e princípios pertinentes ao direito penal, os autores destacam a necessidade de atenção ao princípio de presunção de inocência a fim de evitar a imposição de sanções eleitorais através de procedimentos restritos a elementos simples e infundados sem um julgamento razoável sobre sua autoria ou participação nos fatos alegados.³⁸⁰

Trata-se de influência principiológica também verificável no ordenamento brasileiro. Visto que, diante da gravidade das sanções aplicáveis no processo civil

³⁷⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Ações eleitorais e direito sancionador. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RIASP**. Ano 16. Vol. 32. Jul./Dez. 2013. p. 281.

³⁷⁸ MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 119.

³⁷⁹ HENRÍQUEZ, J. Jesus Orozco. HERNÁNDEZ, Armando Maitret. El sistema mexicano contencioso electoral y criterios jurisprudenciales relevantes. In: MÉXICO. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. **El contencioso y la jurisprudencia electorales en derecho comparado: un estudio sobre veintiún países de América y Europa**. 2006 p. 325/378.

³⁸⁰ HENRÍQUEZ, J. Jesus Orozco. HERNÁNDEZ, Armando Maitret. El sistema mexicano contencioso electoral y criterios jurisprudenciales relevantes. In: MÉXICO. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. **El contencioso y la jurisprudencia electorales en derecho comparado: un estudio sobre veintiún países de América y Europa**. 2006 p. 325/378.

eleitoral sancionatório e da necessidade de compatibilização com o regime constitucional vigente, a presunção de inocência deve conduzir não só o processo jurisdicional como, também, a tomada de decisão pelo magistrado no momento de decidir pela condenação ou não do réu pela prática de um ilícito eleitoral.

Afirmar que o princípio da presunção de inocência também é aplicável ao processo civil eleitoral sancionatório, significa dizer que todo réu é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado, com dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Dessa maneira, o réu em uma AIME deve ser reputado inocente e tratado como tal até que, superado o *iter* processual, haja sentença transitada em julgado reconhecendo a sua culpabilidade.

Isso implica a constatação de que há, com relação ao réu em tais demandas, um dever de tratamento que atua em duas dimensões,³⁸¹ interna e externa ao processo civil eleitoral sancionatório.³⁸² Na sua dimensão interna tanto o juiz quanto os outros sujeitos do processo, devem tratar o réu efetivamente como inocente, seja pela correta distribuição da carga probatória, seja pela abstenção de adoção de medidas que venham, de alguma maneira, a antecipar a pena – como medidas antecipatórias da tutela -, a não ser que seja estritamente necessária à adequada prestação da tutela jurisdicional e à proteção do devido processo eleitoral.

Cumprе ressaltar, dada a relevância que terá para o desenvolvimento de alguns pontos que serão abordados adiante, que a presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova, inteiramente do acusador, diante da imposição do *in dubio pro reo*.³⁸³ O princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*) integra o princípio da presunção de inocência,³⁸⁴ garantido que em caso de dúvida, deva sempre prevalecer o estado de inocência e seja o réu absolvido.

³⁸¹ “Na qualidade de norma de tratamento, encerra o direito do acusado de ser tratado, durante o processo como inocente, o que impede que haja tratamento degradante em razão da pendência da ação. Além disso, a presunção de inocência impõe ao julgador que, em seu estado de ânimo, não parta da convicção ou da suposição de culpa. A presunção de inocência tem também eficácia externa ao processo por exigir proteção contra a publicidade abusiva e estigmatização precoce do acusado” (MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 184)

³⁸² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118.

³⁸³ *Ibidem*. p. 119.

³⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 54.

As consequências de se admitir a incidência do *in dubio pro reo* nas ações eleitorais civis sancionatórias vão desde a distribuição do ônus da prova até a imposição de standards probatórios mais adequados à efetivação do referido princípio. De forma que, como será abordado oportunamente, é princípio da maior relevância para o estudo e aplicação do direito probatório em matéria eleitoral.

Quanto à dimensão externa, a presunção de inocência impõe limites à exposição do réu e à sua estigmatização como culpado antes de um provimento jurisdicional definitivo. Devendo o réu, ser tratado como inocente em todo o curso do processo e preservados os seus direitos e sua imagem. É importante destacar que, notadamente em ações inseridas em uma disputa eleitoral, a possibilidade do ajuizamento de tais demanda com o intuito único de desmoralizar e manchar a imagem do adversário eleitoral, *shamming litigation*, não pode ser desconsiderado, devendo o juiz eleitoral e os demais envolvidos tratarem com toda a cautela necessária a condução do processo, para evitar qualquer antecipação da condenação do réu, presumidamente inocente.

É importante notar que, não por outra razão, a própria Constituição previu, no art. 14, §11, que a AIME tramitará em segredo de justiça. Trata-se de evidente preocupação com a compatibilização da tutela do direito eleitoral com o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que para o eleitorado leigo, não é clara a distinção entre um réu com julgamento pendente e aquele que foi condenado por decisão transitada em julgado, sob o ponto de vista da culpabilidade.

Nesse ponto, é importante notar que, a imposição do segredo de justiça à AIME traz à tona a necessidade de compatibilização com o interesse da coletividade na tramitação das ações eleitorais,³⁸⁵ notadamente se considerada a natureza coletiva da demanda. Por tal razão, o TSE em julgamento de relatoria do Min. Felix Fischer deliberou que o julgamento da AIME deve ser realizado em segredo de justiça, mas o seu julgamento deve ser público.³⁸⁶

³⁸⁵ COSTA, Daniel Castro Gomes da. **Curso de Direito Processual Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 183.

³⁸⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.210, Relator Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2010.

Além disso, quanto ao contraditório e ampla defesa,³⁸⁷ mesmo que possam ser extraídos diretamente da relação com o processo civil eleitoral, por se tratar de princípios processuais que permeiam toda a atuação jurisdicional do Estado-juiz, eventuais limitações ou restrições devem ser vistas sob a perspectiva do direito sancionatório. O que comporta especial atenção dada as necessidades do processo civil eleitoral, tais quais a necessária compatibilização com o calendário eleitoral.

³⁸⁷ “Dessa forma, sempre que uma demanda eleitoral tiver como sanção aplicável a causa de pedir por ela levada ao Poder Judiciário a cassação de direitos políticos ou a perda de mandato eletivo deve ser permitido o exercício pleno do contraditório para que a eventual incidência da sanção seja justa e adequada, dentro de um processo que atendeu aos ditames do devido processo legal” (JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 414)

3. PROVA CIVIL ELEITORAL

3.1. Tratamento legal da prova civil eleitoral

O conjunto de normas que rege o direito eleitoral – sejam as normas de direito material ou as de direito processual – padece da ausência de sistematização. Isso porque, como já destacado pela doutrina, as demandas eleitorais que existem hoje não foram criadas de forma sistemática para tutelar o processo eleitoral.³⁸⁸ Além disso, a coexistência de normas criadas em momentos históricos³⁸⁹ e em contextos completamente diversos contribui para esse cenário de desordem legislativa.

Em razão disso, se faz necessário uma análise detida das diversas normas que compõem o sistema legislativo eleitoral para que se identifique os dispositivos que regem cada matéria. Em especial se considerarmos que o direito processual eleitoral sofre o influxo de normas do microssistema de processo coletivo e, subsidiariamente, do código de processo civil. De maneira que, a adequada delimitação do que é expressamente previsto pelas normas eleitorais é essencial para compreender o alcance da influência de tais normas de aplicação subsidiária.

Para fins da análise ora perpetrada, essa verificação se mostra pertinente com relação às disposições processuais eleitorais em matéria probatória. De forma que, seja possível identificar como o direito eleitoral trata a matéria das provas em suas normas próprias, para que se possa delimitar quais normas poderão e deverão ser importadas do microssistema de processo coletivo e do código de processo civil.

Analisando as principais leis com disposições de natureza processual do direito eleitoral (Lei nº 9.504/97, Lei 9.096/95, Lei Complementar nº 64/90 e a Lei nº 4.737/65) o que se verifica é a presença de diversas normas tratando diretamente sobre a questão probatória, seja para atribuir o ônus da prova a uma das partes, destacando a necessidade de carrear elementos de prova aos autos,

³⁸⁸ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 389.

³⁸⁹ Nesse sentido, basta comparar o Código Eleitoral (Lei nº 4737/65), promulgado durante o regime militar, em um contexto de cerceamento de direitos individuais, e a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), que se originou de um projeto de lei de iniciativa popular e incluiu novas hipóteses de inelegibilidade voltadas a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

seja para dispor de especificidades do processo civil eleitoral como a coisa julgada *secundum eventum probationes*, nos moldes previstos na Lei Complementar 64/90.

Na Lei nº 9.504/97 encontram-se diversas disposições relativas à exigência de indicação de provas pelos autores das ações eleitorais nela previstas. Essa exigência expressa está presente no art. 30-A que trata da representação por gastos ilícitos de campanha e no art. 40-B que trata da representação por propaganda irregular. De maneira semelhante, o art. 96 que trata de maneira ampla sobre as reclamações e representações presentes na lei em comento, dispõe que “devem relatar fatos, indicando provas, indícios e circunstâncias”.

Por fim, referida lei ainda dispõe em seu art. 96-B sobre a, já analisada, coisa julgada *secundum eventum probationes*. Dispondo sobre a possibilidade de ajuizamento de demanda idêntica a outra julgada anteriormente, caso haja outras ou novas provas, se aproximando do processo coletivo - como exposto no item 2.5.4 supra.

Passando à Lei Complementar nº 64/90, também a mesma preocupação com a necessidade de indicação de provas na ação de impugnação de registro de candidatura (art. 3º) e no art. 22 que trata da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE). Ainda, nos artigos 4º a 6º o legislador dispôs sobre a manifestação do candidato, partido político ou coligação que contestará a ação especificando que deverá “juntar documentos, indicar rol de testemunhas e requerer a produção de outras provas, inclusive documentais, que se encontrarem em poder de terceiros, de repartições públicas ou em procedimentos judiciais, ou administrativos, salvo os processos em tramitação em segredo de justiça”. Tratando na sequência da fase instrutória, quando a prova não for meramente documental.

Na redação do artigo 7º há disposição análoga à disposição constante no revogado art. 131 do CPC/73, que dispunha sobre o livre convencimento motivado do juiz, atualmente constante do art. 371 do CPC/15 com pequenas alterações redacionais. Trata-se de norma que representa um dos cânones fundamentais do sistema processual³⁹⁰ e, embora não houvesse necessidade de ser reproduzida

³⁹⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código eleitoral interpretado: normas eleitorais complementares** (Constituição federal, lei de inelegibilidade, lei dos partidos políticos, lei das eleições e principais resoluções do Tribunal Superior Eleitoral). 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 516.

expressamente na legislação eleitoral, foi inserida pelo legislador como demonstração do apreço à importância da apreciação da prova de maneira fundamentada.

Por fim, o diploma legislativo sob análise ainda traz disposição, em seu vigésimo terceiro artigo,³⁹¹ relativa à formação do convencimento do magistrado a respeito de fatos públicos e notórios e, ainda, sobre indícios e presunções e provas produzidas. Dispondo, ainda, que o magistrado poderá formar a sua convicção “atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.

Como será analisado oportunamente, a redação dada ao art. 23, embora tenha tido sua constitucionalidade confirmada pelo STF,³⁹² é alvo de diversas críticas na doutrina³⁹³ - que serão oportunamente apreciadas. Notadamente pelo fato de atribuir ao magistrado a possibilidade de decidir com base em fatos que sequer foram discutidos pelas partes, o que violaria o devido processo legal e o contraditório amplo.

O Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), assim com os demais diplomas legais, concentra boa parte de suas disposições sobre provas em previsões relativas à necessidade de apresentação ou indicação de elementos de prova para subsidiar o quanto alegado nas ações eleitorais previstas. Nesse sentido é a disposição do art. 97, §3º que trata da impugnação ao pedido de registro de candidatura.

Interessante notar que, mesmo na previsão do art. 237, §2º do Código Eleitoral, que trata da possibilidade de qualquer eleitor ou partido político pedir a abertura de investigação para apurar uso indevido do poder econômico, há a exigência de indicação de provas. Essa exigência reforça a cautela que o legislador

³⁹¹ “Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1082/DF, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 22 de maio de 2014.

³⁹³ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral – Lei de Inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 131 ss.; STRECK, Lenio Luiz. **O que é a livre convicção dos indícios e presunções?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes>.

Acesso em: 08/03/2019; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Rápida anotação sobre o julgamento por presunção da LC 64 e o Novo Código de Processo Civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 55-73.

adotou quanto às iniciativas relativas ao processo eleitoral e a necessidade de que estejam calcadas em provas ou ao menos haja uma indicação de sua existência, para que tais mecanismos não sejam banalizados e utilizados como instrumento da disputa eleitoral.

Ainda no Código Eleitoral, o art. 270 dispõe sobre as provas admissíveis pelos Tribunais Regionais Eleitorais e regulamenta o procedimento para a produção de provas requeridas pelas partes quando o julgamento de questões relevantes delas depender. Abordando questão relevante, já discutida em outras oportunidades fora do âmbito do processo civil eleitoral,³⁹⁴ sobre a produção de provas em grau de recurso.

Por fim, o art. 368-A do Código Eleitoral trata da prova testemunhal singular exclusiva, vedando a possibilidade de admissão em processos que possa levar à perda de mandato. Referida previsão, como se verá adiante, estabelece uma valoração prévia sobre a prova testemunhal singular e afasta a possibilidade de condenação a perda de mandato quando for a única prova disponível no processo. Note-se, que ao dispor nesse sentido o próprio legislador reconheceu a necessidade da fixação de parâmetros relativos à formação da convicção do magistrado próprios para ações de caráter sancionatório, no caso, especificamente naquelas demandas que possam ensejar perda de mandato.

Como se pode constatar, os principais diplomas processuais eleitorais tratam da questão probatória de maneira bastante tímida. Havendo poucas normas voltadas ao tratamento da questão probatória e, mesmo essas poucas normas, são alvo de questionamentos por parte da parca doutrina que se dedica à questão probatória em matéria eleitoral.

3.2. Obstáculos da prova eleitoral

Não obstante o relevante papel que a prova exerce no processo civil eleitoral, dada a necessária tutela do devido processo eleitoral e a relevância de uma atuação adequada do Poder Judiciário, respeitando os limites da sua atuação e a

³⁹⁴ RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. Limites da atividade instrutória em grau recursal. **Revista Forense**, v. 428, 2019, p. 221-244.

necessidade de provas robustas para a intervenção judicial no resultado das urnas, há peculiaridades do processo eleitoral que representam verdadeiros obstáculos à atividade probatória no processo civil eleitoral.

Dentre as características do processo civil eleitoral que mais impõem dificuldades ao pleno exercício e desenvolvimento da fase produção probatória estão o aspecto temporal e a imposição de observância do calendário eleitoral, o contexto de disputa eleitoral que resta subjacente a todas as demandas eleitorais e a dificuldade de apuração de atos de corrupção e fraude do processo eleitoral usualmente praticados sem deixar qualquer vestígio.

Tais características, simultaneamente presentes no processo civil eleitoral, se mostram obstáculos relevantes que se contrapõem a necessidade de uma adequada e suficiente apuração dos fatos ocorridos para a tomada de decisão do juiz eleitoral nos casos a ele submetidos.

3.2.1. Fator tempo

O processo eleitoral, como tratado no item 2.5.2, em razão da sua natureza deve se atentar aos prazos impostos pelo calendário eleitoral, sob pena de o provimento jurisdicional prestada ao final restar inutilizado. Além de haver a indispensável necessidade de estabilização e definição dos participantes do processo eleitoral, de forma a assegurar aos eleitores o conhecimento dos concorrentes³⁹⁵ para o exercício pleno do seu direito de escolha.

Essa limitação cronológica possui um peso substancial na formação do contencioso judicial eleitoral. De forma que, todas as fases do processo eleitoral, bem como a importação de institutos de outras normas do microsistema de processo coletivo ou do Código de Processo Civil, devem observar a necessidade de adequação do procedimento ao exíguo calendário.

Nesse sentido, é possível afirmar que a aplicação das regras relativas à cooperação e contraditório previstas no CPC/15, por exemplo, cuja relevância ganhou destaque com o advento do novo código, deve se dar com atenção à

³⁹⁵ DUARTE, Michelle Pimentel. **Processo Judicial Eleitoral – Jurisdição e Fundamentos para uma Teoria Geral do Processo Judicial Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 160.

celeridade própria do ambiente no qual se insere o processo civil eleitoral.³⁹⁶ Sendo necessário, nesse caso, a sua adequação à realidade do contencioso eleitoral e aos prazos aos quais ele está sujeito.

Da mesma forma, não pode ser diferente com outras questões de ordem processual que não se esgotem na previsão expressa das normas eleitorais, como é o caso das normas relativas às provas. Visto que, estas também deverão ser aplicadas a partir da compatibilização com as particularidades do processo eleitoral e a necessidade de adequação à celeridade dos ritos.³⁹⁷

Cabe notar que o fator tempo ganha ênfase quando se trata da produção de provas. Pois, sabidamente, a instrução probatória demanda tempo para que sejam observadas todas as garantias processuais das partes e possam ser colhidas todas as provas necessárias ao adequado deslinde do feito. A produção de prova pericial, a oitiva das partes ou a requisição de documentos a terceiros que os detenham podem demandar um tempo que, por muitas vezes, não é compatível com o calendário imposto pelo prosseguimento das fases da eleição.

Da mesma forma, é possível imaginar que um entendimento mais permissivo sobre a possibilidade de produção de provas no curso das demandas eleitorais possa ser utilizado como mecanismo para postergar o julgamento através de pedidos de produção de provas meramente protelatórios. Referido expediente, presente em alguns procedimentos do processo civil comum, acarretaria consequências ainda mais drásticas no processo civil eleitoral. Por outro lado, a limitação probatória nas demandas eleitorais deve ser vista *cum grano salis*, na medida em que os direitos difusos em jogo e a possibilidade de imposição de sanções ao final fazem pender a balança em favor de uma maior amplitude probatória.

Assim, se na oração aos moços, Rui Barbosa afirmou que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”³⁹⁸ certamente teria dado

³⁹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 128.

³⁹⁷ BORBA, Adriano Meireles. O novo CPC e o direito eleitoral: impacto, prazos e provas no processo eleitoral. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 30.

³⁹⁸ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p. 40.

ainda mais ênfase se se trata-se da prestação jurisdicional em matéria eleitoral. No entanto, não se pode afastar também o fato de que uma decisão amparada em provas superficiais também consiste em injustiça qualificada e manifesta, de forma que a adequada tutela jurisdicional deve compatibilizar esses dois fatores, que se mostram especialmente conflitantes no processo civil eleitoral.

3.2.2. Produção da prova no contexto da disputa eleitoral

Além disso, não bastasse o pouco tempo disponível para a produção das provas necessárias para o julgamento adequado das demandas eleitorais, ainda há outro fator que não pode ser ignorado e impõe dificuldades ao exercício da judicatura eleitoral: o contexto de disputa eleitoral subjacente ao processo civil eleitoral.

Considerando a relevância dos cargos em jogo e os diversos interesses, inclusive de ordem financeira, que dependem da solução da disputa eleitoral, é sabido que o derrotado inconformado com o resultado das urnas tende a encontrar justificativas para seu insucesso que não sua própria incapacidade de angariar os votos necessários para a vitória.³⁹⁹ O que leva à tentativa da instauração do chamado terceiro turno das eleições,⁴⁰⁰ expressão que restou consagrada nos últimos pleitos eleitorais, em razão do notável destaque dado ao contencioso pós-eleitoral pelos candidatos que não se sagraram vencedores na corrida eleitoral.

Por isso mesmo, a análise das alegações e das provas trazidas aos autos deve sopesar cuidadosamente as circunstâncias da disputa, sabido também que quanto mais acirrada for a disputa maior a tendência ao inconformismo.⁴⁰¹ E, por via de consequência, maiores as chances de que os derrotados se lancem em aventuras judiciais como última cartada para tentar, através da interferência do Poder Judiciário, alterar o resultado das urnas.

³⁹⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 126-127.

⁴⁰⁰ DUARTE, Michelle Pimentel. **Processo Judicial Eleitoral – Jurisdição e Fundamentos para uma Teoria Geral do Processo Judicial Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 56.

⁴⁰¹ YARSHELL, Flávio Luiz. op. cit. p. 126-127.

Nesse contexto, os juízes eleitorais devem estar muito atentos a possíveis pretensões espúrias e pautar suas decisões em bases sólidas, exigindo elementos concretos para a tomada de decisões capazes de alterar o destino das eleições. Até mesmo a valoração das provas produzidas deve levar em contas o contexto descrito. Por exemplo, a vedação do art. 368-A do Código Eleitoral à prova testemunhal singular exclusiva se deve, em grande medida, à possibilidade de tal prova ser facilmente manipulada para corroborar a versão dos fatos narrados pelo autor ou por terceiros interessados no provimento de uma demanda apta a impor a perda de mandato eletivo.⁴⁰²

Também nesse sentido, a doutrina destaca até mesmo a cautela que se deve adotar em relação à ata notarial. Pois, o meio de produção de provas que foi consagrado no CPC/15 e tem ganhado cada vez mais adeptos no dia a dia dos Tribunais, deveria ser visto com cautela, dada a necessidade de apurar até que ponto as condições da formação da ata notarial, quem solicitou a sua elaboração, que arcou com os seus custos, entre outras informações, não depõem contra a credibilidade do respectivo conteúdo.⁴⁰³

Portanto, a instrução probatória e a valoração das provas no processo eleitoral deve ter em conta o contexto no qual as demandas eleitorais estão inseridas, de disputa por cargos eletivos. E, como consequência, deve haver um maior rigor na valoração das provas produzidas, a exigência de elementos de prova mais robustos e até mesmo, como dito, considerar as disposições legais existentes que afastam a possibilidade de julgamento com base em prova testemunhal singular, cujo contexto da disputa eleitoral é indiscutível fundamento para opção legislativa adotada.

⁴⁰² Nesse sentido, o TSE em julgamento paradigmático, ao reputar insuficientes as provas dos autos para a cassação de mandato, visto que se limitavam a provas testemunhais sem amparo em outros elementos robustos de prova, afirmou: “Assim, diante da diminuta consistência do suporte probatório, não cabe aqui outra providência judicial que não seja proclamar a ausência de prova consistente quanto ao alegado abuso do poder político e/ou econômico, além da arrecadação e gastos ilícitos de recursos apontados como perpetrados pelos representados na eleição presidencial de 2014. **Atitude em sentido diverso importaria em maximizar e autonomizar os efeitos das provas testemunhais, nem sempre depuradas de intuítos subjetivos ou apreciações tendenciosas e, portanto, imerecedoras de crédito judicial pleno e imediato**”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358, Relator Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 12 de setembro de 2018)

⁴⁰³ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 132.

3.2.3. Dificuldade de apuração dos atos de corrupção

Por fim, não obstante o tempo exíguo para a produção das provas e a possibilidade de tentativa de interferência nas eleições em benefício de interesses espúrios, há ainda a dificuldade existente na apuração de boa parte dos atos envolvidas nas tentativas de influir no resultado das eleições. Visto que a prova, no contexto dos ilícitos eleitorais, surge frequentemente encoberta por uma nuvem de fumaça que dificulta a formação do convencimento.⁴⁰⁴ Pois, os ilícitos são cometidos de forma a não deixar vestígios e dificultar ao máximo a apuração da verdade dos fatos.

Como afirma Juan José Lopez Ortega,⁴⁰⁵ ao tratar de atos de corrupção, em raciocínio que se amolda perfeitamente aos ilícitos eleitorais, atos dessa natureza se desenvolvem através de um processo de tomada de decisão complexo, com a participação de diversas pessoas, o que dificulta a apuração da participação individual de cada um deles.

Ainda, há a questão de que tais ilícitos não são perceptíveis sensorialmente, como no caso de um homicídio ou outros ilícitos cíveis como danos materiais causados à propriedade alheia. De forma que, até mesmo a produção de provas para comprovar a ocorrência do fato se mostra dificultada pela natureza das condutas ilícitas praticadas.

O problema descrito fica evidenciado nos casos de abuso de poder econômico. Pois, além de todas as operações financeiras serem praticadas de forma a deixarem o mínimo de vestígios, muito raramente serão praticadas pelo próprio candidato que busca o benefício através da interferência econômica no pleito. A utilização dos chamados “laranjas”, terceiros que praticam as operações financeiras irregulares a fim de proteger o verdadeiro praticante do ato ilícito, que

⁴⁰⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 127.

⁴⁰⁵ ORTEGA, Juan José Lopez. Derecho penal y corrupción: las garantías em los instrumentos penales de investigación e enjuiciamiento. In: LEAL, Ángeles Jareño. PAIS, Antonio Doval. **Corrupción pública, prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2015. p. 182.

tem tomado os noticiários nos últimos anos, é apenas um desses mecanismos para dificultar a apuração das irregularidades.

Além disso, quando se trata de condutas relativas ao uso da máquina pública em prol de algum dos candidatos, também há a mesma dificuldade na apuração dos fatos. Visto que, na maior parte das vezes os atos praticados não são documentados e, por vezes, a tentativa de influir no pleito se dá através de condutas indiretas, sendo difícil, até mesmo, a demonstração do dolo do agente de influir no resultado das eleições através da prática vedada.

Ainda, na captação ilícita de sufrágio, a legislação eleitoral (art. 41-A da Lei das Eleições) exige para a configuração da captação ilícita de sufrágio, a prática de uma conduta (doar, oferecer, prometer, entregar) que tenha um objeto certo (bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública), seja dirigida a um eleitor determinado e tenha finalidade eleitoral (com o fim de obter voto).⁴⁰⁶

Portanto, trata-se de um ilícito que normalmente ocorrerá em um momento da campanha em que esteja somente o candidato e o eleitor que se pretende captar o voto, por promessa expressa verbalmente e que a única prova, na maioria das vezes será a testemunhal do eleitor abordado. E, como já mencionado, a prova testemunhal singular não é admitida para a cassação de mandato. De forma que, em tais situações, a não ser que haja outros elementos de prova, será impossível a imputação da sanção diante de condutas de tão difícil apuração.

A dificuldade na apuração das condutas eleitorais ilícitas é tão relevante na atividade do magistrado eleitoral que em julgamento de um dos casos mais emblemáticos dos últimos anos,⁴⁰⁷ no qual estava em pauta o mandato da então presidente eleita e seu vice-presidente, o Min. Relator Napoleão Nunes Maia fez constar na ementa a dificuldade na produção da prova de atos ilícitos e a necessidade de alinhamento dessa circunstância com o caráter sancionador do processo civil eleitoral e com as duríssimas sanções jurídicas:

⁴⁰⁶ ZILIO, Rodrigo López. Do terceiro não-candidato e da aplicação das sanções pela captação ilícita de sufrágio. **Resenha Eleitoral – Nova Série**, v. 11, n. 1, jan./jun. 2004.

⁴⁰⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358, Relator Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 12 de setembro de 2018.

“Sabe-se que a prova dos atos ilícitos é sempre tormentosa e difícil e que a aspereza de sua produção às vezes sugere que o juízo de condenação se contente com uma espécie de convicção íntima de culpa do imputado que o Julgador aninha ou acolhe na sua mente. Mas se impõe refletir que, neste caso, tal convicção resulta em impor aos representados duríssimas sanções jurídicas, pela só qualidade de agentes do cenário político nacional, sem que se ajunte evidência bastante o suficiente acerca de atos imputados e puníveis, o que não se coaduna com as premissas do sistema jurídico sancionador brasileiro”.

Conclui-se, a partir do trecho destacado e dos outros elementos expostos, que a natureza dos ilícitos que a legislação eleitoral busca reprimir torna a apuração e a produção de provas demasiadamente complexa e dificultosa. O que impõe, ao julgador o desafio de tomar a sua decisão com base, muitas vezes em provas escassas, resultando no julgamento por ausência de provas, que embora preserve as garantias constitucionais do réu, não satisfaz a contento a demanda pela apuração dos fatos e julgamento aproximado da verdade dos fatos.

Entre as consequências de tal contexto tem-se, por exemplo, que o juiz deverá adotar uma postura mais ativa quanto à produção das provas, como será melhor trabalhado oportunamente. Além de compreender que qualquer elemento de prova a mais que possa ser carreado aos autos lícitamente poderá ser crucial para a formação do convencimento judicial sobre os fatos imputados na inicial e para o atendimento do escopo social da jurisdição.⁴⁰⁸

3.3. Direito à prova no processo eleitoral

Na configuração de um regramento probatório coeso no processo civil eleitoral é importante que a análise da questão seja permeada pela verificação dos contornos do direito à prova no processo eleitoral. Isso porque, diante das peculiaridades aqui expostas, faz-se necessário verificar como a noção de direito à prova, consagrada no CPC/15, pode ser utilizada no processo civil eleitoral.

A ideia de um direito à prova está, em sua origem, ligada ao direito de ação. Nesse sentido, Michele Taruffo afirma que o direito à prova é uma manifestação essencial da garantia da ação e da defesa, cuja implementação concreta se

⁴⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. Malheiros: São Paulo, 2009.

enquadra na possibilidade de as partes fornecerem em evidência a prova das reivindicações respectivas.⁴⁰⁹

Entretanto, a vinculação do direito à prova ao direito de ação está amparada na ideia de o juiz como destinatário único da prova. Embora essa ideia componha o discurso jurídico predominante, referido entendimento acarreta uma limitação do papel da prova que não condiz com os objetivos do processo civil moderno. A noção contemporânea de processo não se conforma exclusivamente com uma decisão adjudicada, e busca, inclusive por meio da adoção de meios alternativos, a solução da controvérsia existente entre as partes.

Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell desenvolveu em sua obra “Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova”⁴¹⁰ a concepção de um direito autônomo à prova, desvinculado da “tradicional e limitada ligação que se faz entre a prova e julgamento estatal, para se valorizar o relevante nexos que existe entre a obtenção da prova e a avaliação das partes quanto às chances em juízo”.⁴¹¹

A partir desse entendimento, passa-se a reconhecer, por exemplo, a possibilidade de a parte ir a juízo buscando exclusivamente a atividade instrutória, sem que esteja necessariamente vinculada ao ajuizamento de uma demanda futura. Como dispõe o art. 381, II e III, ao prever a possibilidade da produção da prova quando esta for passível de viabilizar um acordo ou até mesmo evitar o ajuizamento de uma demanda.

Ocorre, que ao se importar essa concepção para o processo civil eleitoral o direito à prova toma outras feições, em especial no que se refere ao princípio do *in dubio pro suffragio* e ao caráter sancionatório de algumas demandas eleitorais.

Isso porque, o réu nas demandas eleitorais de cunho sancionatório está abarcado pelo véu da presunção de inocência do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal. Diante de tais motivos – presunção de inocência e *in dubio pro suffragio* – fica evidente que recai sobre o autor da demanda eleitoral um ônus

⁴⁰⁹ TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, Janeiro-Março/1984.

⁴¹⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴¹¹ *Ibidem*. p. 292.

“qualificado” do qual deverá se desincumbir.⁴¹²

Como afirma Rodrigo Lopes Zilio, nas ações cíveis eleitorais cujas decisões possam ensejar cassação do registro, diploma ou mandato, pode-se verificar que os legitimados possuem um ônus probatório bastante peculiar e específico, a depender da demanda ajuizada.⁴¹³ Por tal razão, é indispensável que à parte autora sejam concedidos e oportunizados todos os meios possíveis para se desvencilhar

⁴¹² Julgado recente proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral exemplifica de maneira bastante elucidativa o papel das presunções abordadas no ônus probatório do autor. Vejamos: “ELEIÇÕES 2012. REPRESENTAÇÃO COM BASE NO ART. 30-A DA LEI Nº 9.504/1997. PREFEITO E VICE-PREFEITO CASSADOS. CONDENAÇÃO POR PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A atuação da Justiça Eleitoral deve ocorrer de forma minimalista, tendo em vista a possibilidade de se verificar uma judicialização extremada do processo político eleitoral, levando-se, mediante vias tecnocráticas ou advocatícias, à subversão do processo democrático de escolha de detentores de mandatos eletivos, desrespeitando-se, portanto, a soberania popular, traduzida nos votos obtidos por aquele que foi escolhido pelo povo. 2. A posição restritiva não exclui a possibilidade de a Justiça Eleitoral analisar condutas à margem da legislação eleitoral. Contudo, para afastar legalmente determinado mandato eletivo obtido nas urnas, compete a esta Justiça especializada, com base na compreensão da reserva legal proporcional e em provas lícitas e robustas, verificar a existência de grave violação ao art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, suficiente para ensejar a severa sanção da cassação de diploma. Essa compreensão jurídica, com a edição da LC nº 135/2010, merece maior atenção e reflexão por todos os órgãos da Justiça Eleitoral, pois o reconhecimento desse ilícito, além de ensejar a sanção de cassação de diploma, afasta o político das disputas eleitorais pelo longo prazo de oito anos (art. 1º, inciso I, alínea j, da LC nº 64/1990), o que pode representar sua exclusão de disputas eleitorais. (...) 5. Conquanto competisse ao candidato comprovar valores arrecadados e gastos na respectiva prestação de contas de campanha eleitoral, o fato de o Tribunal Regional não aceitar a origem de determinados recursos (provenientes de vendas de sacas de café), no bojo do processo de contas, não conduz, necessariamente, à conclusão de que se trata de recursos provenientes de fontes consideradas vedadas pela legislação eleitoral, fontes ilícitas. Podem ser lícitas ou ilícitas, competindo ao representante comprovar a origem ilícita dos recursos, não se admitindo a intolerável condenação por presunção, em flagrante desrespeito ao devido processo legal e à soberania popular. 6. A desaprovação de contas de campanha decorrente da não comprovação pelo candidato da origem de determinado recurso inclusive ratificada pelo TSE, não autoriza, por si só, a cassação de diploma com fundamento no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, pois a representação fundada nesse dispositivo legal exige não apenas ilegalidade na forma da doação, devidamente identificada no âmbito da prestação de contas, mas a ilegalidade qualificada, marcada pela má-fé do candidato, suficiente para macular a necessária lisura do pleito, o que não ficou demonstrado pelo representante nem pelo Tribunal Regional. 7. Segundo entendimento do TSE, a declaração de bens apresentada à Justiça Eleitoral não precisa corresponder fielmente à declaração apresentada à Receita Federal, razão pela qual competia ao representante requerer a produção de outras provas admitidas em direito, inclusive para comprovar eventual falsidade da nota fiscal apresentada, mormente quando o Regional, acolhendo manifestação ministerial, concluiu que a atividade do vice-prefeito ficou comprovada e que existia patrimônio compatível. 8. O Tribunal Regional Eleitoral incorreu em verdadeira inversão do ônus da prova, exigindo do candidato, no âmbito da representação fundada no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, a comprovação da origem lícita dos recursos doados pelo vice-prefeito, quando competia ao autor da representação provar que decorreram de fontes vedadas pela legislação eleitoral, provenientes de “caixa 2”, ou a má-fé do candidato, marcada pela tentativa de embaraçar, induzir a erro ou evitar a fiscalização pelos órgãos de controle da Justiça Eleitoral, conforme tem exigido a reiterada jurisprudência do TSE. 9. Recursos providos para julgar improcedente o pedido formulado na representação. Cautelar prejudicada”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 181, Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 29 de abril de 2015)

⁴¹³ ZÍLIO, Rodrigo López. Breves observações sobre o art. 96-B da Lei nº 9.504/97. In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 201.

do seu ônus de provar a alegada ofensa ao devido processo eleitoral.

Já sob a perspectiva do réu, notadamente em demandas de caráter sancionatório, a possibilidade de que sob ele recaiam graves sanções, como a cassação do mandato eletivo, impõe a observância do direito à prova com especial ênfase. Até mesmo porque, muito embora o ônus de provar os fatos alegados na inicial seja da parte autora, ao réu deve ser garantido o direito de provas os fatos extintivos e impeditivos em relação ao pedido formulado.⁴¹⁴

Trata-se de preservar a ampla defesa e do contraditório do réu, constitucionalmente garantidos. Pois, o direito à prova, na perspectiva do réu em processo sancionatório, abrange tanto o direito de produzir provas no interesse da defesa, como também de participar, em contraditório, das provas produzidas pela acusação.⁴¹⁵

É importante notar que não só as partes, mas também o Juiz, deverão ter uma posição diferenciada frente à prova. Sendo o processo civil eleitoral marcado pela natureza coletiva do bem jurídico tutelado é exigível ao magistrado que adote postura mais ativa em relação às partes, não se conformando com a resolução do conflito com base na aplicação da regra de ônus da prova ou em razão das presunções legais existentes.

Ora, trata-se de processo que tem como finalidade tutelar a lisura das eleições, bem jurídico de sua maior relevância. Isto posto, é primordial que o juiz tente, na medida do possível, e respeitando o devido processo legal e o seu dever de imparcialidade, se aproximar da verdade dos fatos. O STF, no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade já destacou a influência do direito material tutelado em matéria probatória. Afirmando que “revela-se inegável a influência exercida pelo objeto da causa no próprio transcorrer do processo. Em direitos de ordem pública, quando a possibilidade de transação, disponibilidade e decretação da revelia é eliminada ou reduzida, apenas para exemplificar, mostra-se evidente o

⁴¹⁴ “É importante perceber que o direito à prova, no processo penal, subsiste apesar da garantia da presunção de inocência, regra que afasta o ônus probatório do acusado, de modo que cabe à acusação a produção de provas que demonstrem o crime e sua autoria. Isso porque a prova para o acusado, embora não seja um ônus, no sentido de que a não produção não lhe traz prejuízos (o ônus é todo da acusação), é um direito que lhe deve ser assegurado” (MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 206)

⁴¹⁵ MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 205.

maior interesse do Estado na reconstituição dos fatos”.⁴¹⁶

Contudo, os tribunais eleitorais não têm se comportado, em sua maioria, nesse sentido. Como destaca Flávio Luiz Yarshell “o princípio dispositivo é exacerbado para impor às partes rígidos ônus de alegação e de prova”.⁴¹⁷ É importante notar que o ônus probatório das partes, seja ele mais ou menos exacerbado, não exclui o dever do juiz de buscar as provas que reputar necessárias para a solução da controvérsia.⁴¹⁸

Feitas tais ponderações sobre o direito à prova no processo civil eleitoral, fica evidente que, em razão da relevância do bem jurídico tutelado, o regime das provas no processo eleitoral sofre alterações que impõem, seja às partes, seja ao juiz, um maior empenho na instrução probatória das demandas.

Se no processo civil, em que os interesses em jogo são, em tese, menos relevantes, já é indispensável a preservação do direito à prova, sob pena de violação de garantias constitucionais como o direito de ação, ao contraditório e à ampla defesa, com muito mais razão no processo civil eleitoral, seja ele de natureza sancionatória ou não, é indispensável que seja preservada a possibilidade de as partes produzirem as provas necessárias para sua defesa ou para buscar a tutela do interesse difuso tutelado.

Até mesmo porque, qualquer interferência no processo eleitoral, seja para preservar seja para cassar o mandato de um candidato eleito, ou impedir a sua participação no pleito, deve se dar de forma que a coletividade representada pelos legitimados extraordinários possa identificar a presença de elementos robustos na formação do convencimento do juiz eleitoral.

Além disso, qualquer limitação que seja imposta ao direito à prova das partes, deverá estar amparada em outro direito ou garantia de mesma grandeza. E, no caso de a limitação decorrer de uma decisão judicial, a mesma deverá ser suficientemente fundamentada a fim de permitir o controle sobre a limitação de

⁴¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.082/DF, Brasília, DF, Tribunal Pleno, 30 de outubro de 2014.

⁴¹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Ação rescisória no âmbito eleitoral. In: GUILHERME, Walter de Almeida. KIM, Richard Pae. SILVEIRA, Vladmir Oliveira. (Coord.) **Direito Eleitoral e processual eleitoral: temas fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 406.

⁴¹⁸ “Il diritto alla prova implica la libertà delle parti di dedurre prove senza subire limitazioni ingiustificate, ma da ciò sembra del tutto impossibile dedurre che di conseguenza il giudice non debba o non possa disporre d’ufficio l’acquisizione de prove non dedotte dalle parti” (TARUFFO, Michelle. Il diritto alla prova nel proceso civile. Rivista di Diritto Processuale. Ano XXXIX. gen./mar, 1984. p. 74-120)

garantias constitucionais.

Por todo o exposto, fica claro que a noção de um direito à prova e a retirada do foco sobre o magistrado como único destinatário da prova, se mostra um importante avanço para o processo civil eleitoral. No entanto, deverá ser compatibilizada com os obstáculos à produção probatória narrados anteriormente, para garantir o pleno respeito às garantias processuais constitucionais sem prejudicar a busca pela preservação adequada do bem jurídico tutelado.

3.4. Standard probatório eleitoral

O último aspecto cuja análise se impõe, a fim de delimitar os contornos principais das provas no processo civil eleitoral, está ligado à definição dos standards probatórios aplicáveis ao processo civil eleitoral e a exposição das razões que justificaram as opções adotadas pelo legislador e pela jurisprudência dos tribunais eleitorais brasileiros.⁴¹⁹

Como exposto anteriormente, é imperioso admitir que a verdade deve servir de norte para a atuação do juiz durante todo o processo. No entanto, nem sempre as circunstâncias permitem que se reconstrua os fatos tal qual ocorreram, notadamente considerando as limitações que a produção de provas enfrenta no processo civil eleitoral.

Os exíguos prazos, a dificuldade de reconstrução dos ilícitos eleitorais e o ambiente de disputa que acompanha o contencioso eleitoral pode levar a uma situação na qual o magistrado não tenha elementos para reconstruir os fatos controvertidos na demanda. Dessa maneira, muito embora não seja o cenário ideal, é preciso instrumentalizar o magistrado com ferramentas às quais poderá recorrer na hipótese de a instrução probatória se mostrar insuficiente.

Além disso, também se mostra relevante, como apontado anteriormente, indicar parâmetros para auxiliar o magistrado a identificar a partir de que momento poderá dar por provada uma hipótese.⁴²⁰ Esses patamares de suficiência

⁴¹⁹ PAIM, Gustavo Bohrer. Direito Processual Eleitoral e a parte geral do novo CPC. In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 60.

⁴²⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 139.

probatória, devem se adequar aos diversos tipos de litígio, considerando os interesses em jogo e, especialmente, o impacto negativo de uma possível decisão injusta naquele caso submetido à apreciação do judiciário.⁴²¹

Portanto, a definição de standards probatórios tem entre seus principais objetivos evitar certos tipos de erros que viriam a comprometer valores demasiadamente relevantes. No caso do processo civil eleitoral tais erros são representados, em sua máxima consequência, pela cassação de mandato eletivo de candidato eleito sem que a conduta ilícita reportada na inicial tenha de fato ocorrido. Hipótese em que a vontade manifesta das urnas, já consolidada pela diplomação do candidato eleito e iniciado o exercício do mandato popular concedido, é desrespeitada sem que haja elementos para tanto.

Diante de tais características, cabe ao operador do direito identificar quais foram os parâmetros adotados pela legislação eleitoral a título de standard probatório. Na medida em que, não há um parâmetro que se aplique a toda e qualquer demanda, de forma que é possível, como será demonstrado a seguir, a presença de standards distintos entre os diversos sistemas existentes e, até mesmo, dentro de um mesmo conjunto de normas a depender dos direitos tutelados em cada caso.

Mas, antes de avançar à identificação propriamente dita dos standards eleitorais, é importante reiterar um aspecto essencial. Qual seja, o fato de que a epistemologia pode ajudar a delinear um *standard*, de acordo com o que foi decidido legislativamente, mas não pode dizer sobre o nível propriamente. Essa é uma decisão política,⁴²² com relação à qual cabe somente a sua identificação e delineamento.

3.4.1. Elementos do direito eleitoral e a formação dos standards probatórios

A formação de um standard probatório se dá a partir a ponderação entre o impacto negativo de uma possível decisão injusta e a relevância dos interesses em

⁴²¹ RECENA COSTA, Guilherme. Livre Convencimento e Standards de Prova. In: Flávio Luiz Yarshell; Camilo Zufelato. (Org.). **40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro**. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁴²² BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 83.

jogo.⁴²³ Nessa medida, o processo de formação dos standards probatórios aplicáveis ao processo civil eleitoral também se deu através da ponderação de tais elementos.

É possível afirmar, portanto, que a definição dos parâmetros de suficiência probatória civil eleitoral se deu a partir da ponderação entre o bem jurídico tutelado (devido processo eleitoral) e as consequências de uma decisão contrária à manifestação da vontade popular via sufrágio. Sendo que, para parte das demandas eleitorais, o caráter sancionatório e a possibilidade de equívocos na imposição de sanções graves ainda foi incluído nessa análise.

Quanto ao bem jurídico tutelado, qual seja, o devido processo eleitoral, não parece haver dúvidas de que se trata de um valor da maior grandeza em um Estado democrático de direito. Não por outra razão a Constituição Federal prevê no parágrafo único do seu art. 1º que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Além de consignar expressamente no §9º do art. 14, como valores a serem protegidos, “a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Assim, a se considerar que a confiabilidade dos resultados compõe a base da democracia representativa e que o Estado democrático de direito tem na democracia um pilar de sustentação, fica fácil de visualizar que as consequências de uma decisão equivocada em relação a esse processo, macula um dos fundamentos básicos da conformação do Estado brasileiro, devendo ser refutada ao máximo essa possibilidade.

Além disso, como já destacado anteriormente, o devido processo eleitoral consiste em direito difuso, que impõe a conclusão de que a violação desse direito atinge uma coletividade indeterminada de sujeitos. Sujeitos que não participam diretamente do contraditório, embora representado pelos legitimados extraordinários. Sendo indispensável considerar, para fins de suficiência probatória,

⁴²³ RECENA COSTA, Guilherme. Livre Convencimento e Standards de Prova. In: Flávio Luiz Yarshell; Camilo Zufelato. (Org.). **40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 367.

que inúmeros indivíduos serão diretamente afetados pela decisão emanada sem ao menos poderem atuar diretamente em defesa de seus interesses.

Ocorre, no entanto, que ao mesmo passo que uma decisão equivocada pela inelegibilidade de um determinado candidato violenta a vontade popular manifesta nas urnas, a manutenção de uma situação decorrente da prática de ilícitos eleitorais também viola a livre manifestação da vontade popular. Isso porque, a disputa eleitoral maculada pelo ilícito não se deu com base em parâmetros justos e adequados de maneira a permitir a livre escolha dos representantes.

Nesse aspecto, quanto à relevância do direito tutelado e as consequências de um possível equívoco na decisão, há indicativos de que o processo civil eleitoral não pode se contentar com parâmetros baixos de certeza no processo de tomada de decisão. A existência de um princípio fundamental de primeira grandeza em jogo, associado às graves consequências que podem advir de uma decisão equivocada impõem ao legislador a adoção de um grau de certeza mais elevado na tomada de decisão.

Contudo, como restou consignado alhures, quanto maior o grau de certeza exigido, maior será a incidência de erros. Em outras palavras, se adotado um standard probatório muito elevado, o percentual de ilícitos eleitorais que foram praticados, mas não serão reprimidos pelo processo civil eleitoral tende a aumentar. Pelo fato de que, necessitando de um acervo probatório muito robusto para a condenação dos réus, muitos casos tendem a ser julgados improcedentes.

Somando-se a essa equação os diversos obstáculos enfrentados pela produção das provas no processo civil eleitoral, como a necessidade de adequação ao calendário eleitoral e a dificuldade de apuração dos ilícitos eleitorais, esse cenário de elevada incidência de erros se intensifica. De forma que, a pretensão inicial de aumento da proteção do direito tutelado dada sua relevância, acaba promovendo um incremento no número de improcedências por falta de provas, tornando ineficaz o processo cujo objetivo seria a proteção de lisura na escolha dos representantes eleitos.

Quando se trata de ações eleitorais sancionatórias, por sua vez, outro elemento bastante importante precisa ser adicionado à essa equação, qual seja, a

presunção de inocência.⁴²⁴ A necessidade de compatibilização da preservação da regularidade do devido processo eleitoral com os direitos individuais do réu faz com que, nessas demandas, a definição do standard probatório tenda a um incremento no rigor. Isso porque, em tais situações a decisão equivocada pela imposição da sanção e, eventualmente, pela alteração no resultado das urnas, não ofende apenas o devido processo eleitoral, mas também o direito individual do réu.

Corroborando o quanto exposto, a disposição do art. 368-A do Código Eleitoral, ao estabelecer a vedação da utilização da prova testemunhal como elemento exclusivo de convicção nos processos que possam levar à perda do mandato. Note-se que, a previsão legal em referência adota um parâmetro mais rigoroso na formação do convencimento, exclusivamente para demandas que possam levar à perda do mandato. De forma que, é inequívoco que o caráter sancionatório da demanda justificou, na visão do legislador, maior rigor na apuração dos fatos, a fim de evitar a imposição de sanções com base em elementos de provas pouco conclusivos.

3.4.2. Standards probatórios eleitorais

Uma vez destacados os elementos do processo civil eleitoral responsáveis pela conformação dos standards probatórios, fica evidenciada a necessidade de adoção de parâmetros próprios, não coincidentes com aquele adotado em litígios cíveis de natureza meramente patrimonial: qual seja o da preponderância da prova.

Nesse ponto, cabe reforçar que os standards usualmente referidos pela doutrina são o da preponderância da prova (*preponderance of the evidence*), prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*) e prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), muito embora haja vários outros que também são citados pela doutrina, com maior detalhamento dos graus de

⁴²⁴ “Outro desdobramento importante da presunção de inocência, enquanto norma de juízo, nos processos judiciais punitivos não penais é a consagração da fórmula *in dubio pro reo*, para o momento do julgamento. Somente pode ser proferida sentença de condenação se estiver provada a culpa do acusado além de qualquer dúvida razoável. Se houver dúvida sobre os fatos imputados ou sobre a autoria, a demanda deve ser julgada improcedente” (MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 202)

convencimento.⁴²⁵ Pois, como esclarecido alhures, a opção mais frequente pela referência a somente esses três *standards* se baseia em estudos de psicologia cognitiva que afirmam que essa divisão seria mais compatível com o processo natural de processamento de informações do ser humano.⁴²⁶

Pois bem. Se atendo aos standards usualmente mais referidos, e adotados também pela doutrina nacional,⁴²⁷ as demandas cíveis eleitorais devem ser divididas entre dois parâmetros aplicáveis: a) prova clara e convincente: para as demandas que não possuem caráter sancionatório; b) prova além da dúvida razoável: para as demandas que possuam caráter sancionatório.

A atribuição de standards probatórios distintos, em razão da presença ou não do elemento sancionatório nas demandas, se dá pelo incremento nos prejuízos advindos de uma condenação equivocada, quando da presença da sanção. Em demandas sem o caráter sancionatório, como a AIRC ou a ação de prestação de contas, a adoção de um standard tão elevado como o da prova além da dúvida razoável levaria a uma elevada incidência de erros, em desfavor do devido processo eleitoral, sem que para tanto houvesse elementos suficientes a justificar essa opção.

Para exemplificar, a apuração de falhas nas prestações de contas e a rejeição delas dependeriam da existência de prova além da dúvida razoável, o que dificultaria sobremaneira o controle pelo judiciário e permitiria a utilização de expedientes ilícitos e a desvirtuação do processo eleitoral sem que houvesse a adequada repressão pela Justiça eleitoral. Além disso, a própria conformação das normas processuais e disposição dos procedimentos relativos à prestação de

⁴²⁵ A título de exemplo, é possível citar: “Here we have the familiar standards so often cited in connection with burden of persuasion: scintilla of evidence represents a weak standard, preponderance of evidence a stronger one, clear and convincing evidence still a stronger one and proving something beyond a reasonable doubt represents the highest standard” (WALTON, Douglas. **Burden of Proof, Presumption and Argumentation**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 57)

⁴²⁶ CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law**. Durham: Carolina Academic Press, 2013. p. 6.

⁴²⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**. Vol. 282. p. 113-139. Ago./2018; KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007; RECENA COSTA, Guilherme. Livre Convencimento e Standards de Prova. In: Flávio Luiz Yarshell; Camilo Zufelato. (Org.). **40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2013; LIMA, Matheus. **Standards de Prova no Direito Brasileiro**. 2018. 129 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

contas indica que o aprofundamento nos ilícitos apurados deverá ocorrer em ações posteriores, como a Ação de Investigação Judicial eleitoral, que comporta uma maior dilação probatória⁴²⁸ compatível com a possibilidade de imposição de sanção ao final.

Na ação de prestação de contas, a aferição das contas prestadas é eminentemente técnica, realizada por técnicos do setor contábil dos tribunais ou, caso necessário, por técnicos dos tribunais de contas (art. 30, §3º da Lei 9.504/97). No entanto, o art. 30, §2º-A da Lei nº 9.504/97 prevê expressamente que “erros formais ou materiais irrelevantes no conjunto da prestação de contas, que não comprometam o seu resultado, não acarretarão a rejeição das contas”.

Assim, segundo entendimento adotado pelo TSE,⁴²⁹ erros que apresentem conteúdo ínfimo, em relação ao total dos valores da prestação de contas, não justificam a rejeição das contas. De forma que, se admite a aprovação de contas mesmo que haja pequenas irregularidades, a partir de um juízo de proporcionalidade entre os valores em jogo e os vícios presentes nas contas prestadas.

Trata-se, na hipótese de uma decisão do legislador no sentido de reconhecer a regularidade das contas prestadas, apesar de haver elementos, mesmo que pequenos, que poderiam indicar a prática de alguma irregularidade. E, na medida em que, inclusive na prestação de contas, o que se busca é a tutela do devido processo eleitoral, o que se verifica é a admissão pela legislação da aprovação de contas mesmo que haja a possibilidade de irregularidades passíveis de macular o processo eleitoral.

Em grande medida, essa opção legislativa pode ser atribuída ao fato de que existem outros mecanismos como a AIJE e a AIME capazes de apurar e sancionar eventuais práticas ilícitas. De forma que a regularidade do processo eleitoral poderá

⁴²⁸ AGRA, Walber de Moura. **Temas polêmicos do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 89.

⁴²⁹ AGRAVO REGIMENTAL - PRESTAÇÃO DE CONTAS - ERRO MATERIAL - INSIGNIFICÂNCIA - APROVAÇÃO COM RESSALVA. 1. Erros formais ou materiais irrelevantes no conjunto da prestação de contas, que não comprometam o seu resultado, não acarretam a rejeição das contas. 2. Ocorrendo erro insignificante na prestação de contas de campanha eleitoral, elas devem ser aprovadas com ressalvas, na forma do art. 30, II da Lei nº 9.504/97. 3. Agravo Regimental provido. Recurso Especial provido para aprovar as contas do recorrente com ressalva. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 3920415/SP, Brasília, DF, Relator Min. Gilson Langaro Dipp, 03 de maio de 2012)

ser tutelada, mesmo na hipótese de alguma irregularidade nas contas tenha sido relevada.

É importante destacar que, apesar das considerações ora expostas, não se deve esquecer que o standard da prova clara e convincente demanda a presença de elementos capazes de afastar ambiguidades, de fácil compreensão, e bastantes para fazer o julgador se convencer de que os fatos narrados retratam o evento ocorrido. Assim, o que se espera em uma prestação de contas é que as contas apresentadas sejam devidamente analisadas pelo corpo técnico que auxilia os tribunais, e fique demonstrada a sua regularidade. Bem como que, questionado algum elemento da prestação de contas, o candidato apresente elementos suficientes para afastar a dúvida e convencer o magistrado da regularidade dos dados apresentados.

Veja-se, portanto, que não se trata de um parâmetro reduzido de convencimento. De forma que deve haver uma apuração adequada da regularidade das contas de campanha. Não por outra razão a própria lei prevê a participação de técnicos para a apuração das contas (art. 30, §3º) e a possibilidade de o juiz requisitar do candidato as informações adicionais necessárias, bem como determinar diligências para a complementação dos dados ou o saneamento das falhas (art. 30, §4º).

O que não se admite, em razão da necessidade de um justo equilíbrio entre a apuração dos fatos e a interferência inadequada do judiciário no processo eleitoral, é a imposição de um grau de exigência demasiadamente elevado, como o da prova além da dúvida razoável, a ponto de inviabilizar a verificação de irregularidades nas contas de campanha, sem que haja uma razão justa para essa elevação do standard de prova.

No mesmo sentido, a ação de impugnação de registro de candidatura, também possui características que demonstram a adequação do standard intermediário aos objetivos aos quais se destina. Isso porque, como apontado anteriormente, a AIRC não se volta à verificação da ocorrência de ilícitos eleitorais. A impugnação dos registros de candidatura com base nessas hipóteses será a

partir de decisão judicial proferida reconhecido a apuração de tais condutas e imputado a sanção de inelegibilidade.⁴³⁰

A verificação da ausência de condição de elegibilidade ou da incidência de uma ou mais causas de inelegibilidade, deverá ocorrer dentro dos limites dispostos pela lei. Não sendo a AIRC o procedimento adequado para a formação de convencimento sobre os ilícitos praticados, visto que as hipóteses de inelegibilidade baseadas em condutas como abuso de poder econômico, prática de condutas criminosas, ou outros atos ilícitos, pressupõem decisões jurisdicionais ou administrativas definitivas, reconhecendo a prática ilícita.

Por tal razão, o standard mais elevado de constatação já foi adotado quando dos procedimentos de natureza sancionatória que ensejaram a cominação da inelegibilidade. Não havendo qualquer razão para sua adoção em procedimento que se restringe a verificar ou não a regularidade do pedido de registro de candidatura diante de uma impugnação apresentada por um dos legitimados.

Ao seu turno, quando se trata de ações eleitorais sancionatórias a necessidade de adoção de um standard mais elevado de constatação resta evidenciada. E, nesse sentido, embora não disponha diretamente, na maior parte das vezes, a doutrina chega a expor em alguns momentos a necessidade elementos robustos de prova para condenação nas ações sancionatórias. Por exemplo, ao tratar da apuração da captação ilícita de sufrágio, Gustavo Paim afirma que se consolidou o entendimento de que a prova deveria ser estreme de dúvidas, o que dá azo a entender tratar-se da *evidence beyond a reasonable doubt*.⁴³¹

⁴³⁰ ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO. ALEGAÇÃO DE ABUSO DE PODER. AIRC. MEIO INADEQUADO. 1. Não houve impugnação específica do fundamento da decisão agravada atinente à aplicação da jurisprudência desta Corte no sentido da impossibilidade de apuração do alegado abuso de poder em sede de impugnação ao registro de candidatura. Inviabilidade do agravo regimental, a teor da Súmula 26 do Tribunal Superior Eleitoral. 2. **A impugnação ao registro de candidatura não é meio adequado para a apuração de conduta supostamente caracterizadora de abuso de poder**, uma vez que a Lei Complementar 64/90 prevê, em seu art. 22, a ação de investigação judicial para esse fim. Precedentes: RO 5-93, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, PSESS em 3.9.2002; AgR-RESpe 181-33, rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 22.6.2001. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 12882, Brasília, DF, Relator Min. Henrique Neves da Silva, 21 de fevereiro de 2017)

⁴³¹ PAIM, Gustavo Bohrer. Direito Processual Eleitoral e a Parte Geral do Novo CPC. In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 60.

No mesmo sentido, é a posição defendida pelo Prof. Paulo Henrique dos Santos Lucon,⁴³² ao afirmar em artigo que trata da compra de votos e direito sancionador, que em geral, o modelo de constatação adotado deve ser o da prova além da dúvida razoável, aproximado ao processo penal. E, Margarete de Castro Coelho, também aderindo à posição ora defendida, afirma que a prova dos ilícitos eleitorais deveria ser robusta e incontroversa, a fim de desestimular o aventureirismo jurídico.⁴³³

Isso porque, para além do direito material tutelado, a presunção de inocência exerce papel importante na elevação do standard de suficiência probatória. Que, além de impor o ônus da prova à acusação, exige um elevado grau de certeza para o rompimento do estado jurídico de não-culpabilidade, o que se concretiza através da adoção do standard da prova além da dúvida razoável.⁴³⁴

A jurisprudência, por sua vez, é mais profícua na apreciação da questão relativa aos standards de prova. Como se verifica da decisão proferida pelo Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, que afirma que “a aplicação da penalidade por captação ilícita de sufrágio, dada sua gravidade, deve assentar-se em provas robustas”.⁴³⁵ No mesmo sentido o Min. Aldir Passarinho, ao exigir “prova robusta de pelo menos uma das condutas previstas no art. 41-A da Lei 9.504/97”.⁴³⁶

⁴³² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Compra de votos, direito sancionador e ônus da prova. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1, p. 307-316.

⁴³³ COELHO, Margarete de Castro. **A democracia na encruzilhada: reflexões acerca da legitimidade democrática da Justiça Eleitoral brasileira para cassação de mandatos eletivos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 156.

⁴³⁴ MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 37.

⁴³⁵ RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. ELEIÇÕES 2008. PREFEITO E VICE-PREFEITO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. PROVA ROBUSTA. AUSÊNCIA. APREENSÃO DO MATERIAL INDICATIVO DA PRÁTICA ILÍCITA. CONSUMAÇÃO DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSOS PROVIDOS.1. A potencialidade lesiva da conduta, necessária em sede de AIME, não foi aferida pelo Tribunal de origem, não obstante a oposição de embargos de declaração.2. Nos termos do art. 249, § 2º, do CPC, a nulidade não será pronunciada nem o ato processual repetido se possível o julgamento do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade.3. A aplicação da penalidade por captação ilícita de sufrágio, dada sua gravidade, deve assentar-se em provas robustas. Precedentes.4. Interrompidos os atos preparatórios de uma possível captação de votos, não há falar em efetiva consumação da conduta.5. Recursos especiais providos. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 958285418, Brasília, DF, Relator Min. Marcelo Ribeiro, 04 de outubro de 2011)

⁴³⁶ RECURSOS ESPECIAIS ELEITORAIS. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. PROVA ROBUSTA. INEXISTÊNCIA. PROVIMENTO. 1. Para caracterizar a captação ilícita de sufrágio, exige-se prova robusta de pelo menos uma das condutas previstas no art. 41-A

Precedente importante se formou quando do julgamento da chapa Dilma-Temer,⁴³⁷ no qual se expressou, por diversas vezes, a necessidade de um arcabouço probatório mais robusto para impor sanções de natureza tão grave como a cassação do mandato eletivo. Em uma dessas passagens, consta do acórdão que “de acordo com o entendimento deste Tribunal Superior, entretanto, faz-se necessária a existência de provas robustas e inequívocas dos fatos narrados na inicial e da demonstração de sua gravidade, a fim de embasar a condenação pela prática abusiva”.

Ainda no mesmo julgado, o relator declara que “não há nos presentes autos prova segura e cabal de que as doações para a campanha presidencial de 2014 da chapa vencedora tenham decorrido do esquema ilícito de propinas que ocorreu no âmbito dos contratos com a Petrobrás”. Portanto, em umas das ações eleitorais de maior repercussão nos últimos anos, o TSE deixou claro por diversas oportunidades que em ações que possam resultar na imposição de sanção, como era o caso do julgamento em questão, o nível de exigência probatória é mais elevado.

O TSE adotou expressões como “prova segura e cabal” e “provas robustas e inequívocas”, que se aproximam bastante em seu sentido do standard mais elevado da prova além da dúvida razoável. Evidenciando, dessa maneira, a necessidade de que para a aplicação de sanções a exigência do magistrado com as provas a serem produzidas deve estar além do padrão exigido para as outras demandas.

Não obstante a doutrina e a jurisprudência darem indicativos de que para os processos eleitorais sancionatórios deve ser adotado um standard mais elevado, também a legislação eleitoral indica um tratamento diferenciado para as ações sancionatórias. É o que se extrai a partir da disposição constante do art. 368-A do Código Eleitoral, que veda a possibilidade de condenação à perda do mandato com base em prova testemunhal singular.

da Lei nº 9.504/97, da finalidade de obter o voto do eleitor e da participação ou anuência do candidato beneficiado, o que não se verifica na espécie. 2. Recursos especiais eleitorais providos. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 36335, Brasília, DF, Relator Min. Aldir Passarinho Junior, 15 de fevereiro de 2011)

⁴³⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358, Relator Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 12 de setembro de 2018.

A imposição dessa exigência, exclusivamente para processos que possam ensejar a perda do mandato é uma demonstração inequívoca de que o legislador entende necessária a presença de elementos de prova mais robustos para aquelas ações que possam culminar na imposição de sanções graves. Pois, não houvesse uma gradação quanto ao standard de prova entre as ações eleitorais (sancionatórias e não-sancionatórias), não haveria razão para o legislador dispor que a prova testemunhal singular não poderia fundamentar condenação a perda do mandato eletivo.

A opção do legislador por rejeitar a condenação com base em prova testemunhal produzida a partir de um único depoimento, tem como plano de fundo o contexto de disputa eleitoral narrado anteriormente e uma maior facilidade de fraude nesse meio de prova. De forma que, pelo risco de uma condenação à perda de mandato eletivo se basear em prova reputada frágil, a opção foi expressamente adotada.

Assim, por todo o exposto, é possível concluir que, muito embora não tenha havido um tratamento sistematizado e individualizado anteriormente, a adoção dos standards da prova clara e convincente para demandas eleitorais não-sancionatórias e da prova além da dúvida razoável para demandas eleitorais sancionatórias, encontra apoio em diversos elementos constantes na doutrina, na jurisprudência do TSE e na própria legislação.

A necessidade de assegurar a maior efetividade à tutela do bem jurídico eleitoral, compatibilizando com a preservação dos direitos e garantias individuais nas demandas sancionatórias, exige que o magistrado tenha um rigor mais elevado que processos de natureza meramente patrimonial, para qualquer ação eleitoral e incrementa essa necessidade a partir da introdução de princípios do processo penal às demandas sancionatórias.

4. CONCLUSÕES PARCIAIS

Encerrada a primeira parte deste trabalho, algumas conclusões foram alcançadas e premissas foram estabelecidas, as quais serão essenciais para o desenvolvimento e aplicação das ideias aqui defendidas à segunda parte. Na medida em que na segunda parte, o que se buscará é identificar de que forma essas premissas e conclusões alcançadas interferem em alguns aspectos essenciais do direito probatório.

A primeira delas diz respeito ao fato de que o processo eleitoral deve ser analisado enquanto um ramo próprio da ciência do direito, destacado do direito eleitoral material e do processo civil. Na medida em que suas especificidades impedem a aplicação direta e automática das normas e princípios do processo civil ou mesmo do microssistema de processo coletivo. Isso restou demonstrado a partir da exposição da natureza jurídica do bem jurídico tutelado (devido processo eleitoral) e das especificidades do processo eleitoral, como a necessidade de observância do calendário eleitoral.

Ainda nesse sentido, também foi abordado o fato de que o processo civil eleitoral, apesar de possuir especificidades que o tornam um sistema único de normas, deve ser compreendido como pertencente do microssistema de processo coletivo. Pois, seja pelo direito tutelado que possui natureza coletiva, seja pela legitimação extraordinária dos possíveis autores das demandas eleitorais, a aplicação de normas e princípios do processo coletivo se mostram mais adequados à tutela do devido processo eleitoral, direito difuso tutelado pelas demandas eleitorais.

Outra característica essencial, e parte significativa do processo civil eleitoral, que foi destaca é a presença de demandas de caráter sancionatório, com aptidão para a imposição de sanções que variam desde multas até a perda do mandato eletivo. De forma que, para tais ações, por consistirem em manifestação do *ius puniendi* estatal, deve-se observar a aplicação de alguns princípios do processo penal, com destaque para o *in dubio pro reo*.

Nesse contexto, em especial, mas se aplicando também aos demais ramos do processo civil eleitoral, é que se demonstrou também a existência de um direito à prova no processo civil eleitoral, com a sua necessária e complexa adequação às

peculiaridades de um sistema normativo marcado por prazos exíguos, uma disputa pela ocupação de cargos político e a dificuldade na apuração dos ilícitos eleitorais.

Todos esses elementos, demonstraram a necessidade de um regime probatório próprio do processo civil eleitoral, capaz de compatibilizar os prazos exíguos do calendário, com a efetiva proteção do devido processo eleitoral e a preservação das garantias constitucionais dos réus. Além de permitir um ambiente propício para que as partes da relação jurídica processual e o magistrado possam adotar as providências necessárias de forma a atender os elevados standards de prova aplicáveis a esse ramo do direito.

Ao final da primeira parte, demonstrou-se que o processo civil eleitoral convive com dois standards probatórios aplicáveis, a depender da natureza do processo em questão. Sendo aplicável o standard da prova clara e convincente para aquelas demandas que não possuem caráter sancionatório, na medida em que o bem jurídico tutelado, por si só, já impõe a exigência de provas capazes de demonstrar de forma clara e aptas a convencer o magistrado da ocorrência de determinada conduta.

Já para as ações de caráter sancionatório, o influxo de direitos e garantias constitucionais em favor do réu potencialmente sujeito à sanção, impõem uma elevação do standard probatório aplicável. De forma a evitar a imposição de sanções e influência direta na escolha manifesta através do voto, sem que haja uma certeza além da dúvida razoável dando suporte à essa grave intervenção do judiciário no processo eleitoral e nos direitos subjetivos individuais do réu.

PARTE II – REFLEXOS DO TRATAMENTO ADEQUADO DA PROVA CIVIL ELEITORAL

1. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ ELEITORAL

1.1. Considerações preliminares e o CPC/15

A discussão relativa à iniciativa probatória do juiz é objeto de calorosos debates nos diversos ramos do processo. E isso se deve, em parte, ao fato de que o estudo dos poderes instrutórios do juiz possui inafastável relação com a premissa ideológica sobre a qual está fundamentado o direito posto. Pois, como afirma José Roberto do Santos Bedaque, em clássica obra sobre o tema, restringir a atividade probatória do magistrado ou conceder-lhe maiores poderes de investigação constituem alternativas fundadas em premissas ideológicas diversas.⁴³⁸

Partindo de uma percepção privatista do processo civil, - insuficiente por limitar demasiadamente a atuação do magistrado⁴³⁹ - haveria que se admitir um juiz passivo, cuja atividade probatória limitar-se-ia ao controle da admissibilidade das provas produzidas, e eventualmente, em casos excepcionais, à complementação das provas insuficientemente produzidas.

Em momentos anteriores do desenvolvimento da ciência processual, havia quem defende-se, como Moacyr Amaral Santos, o entendimento de que a atividade probatória do juiz é meramente supletiva.⁴⁴⁰ Cabendo ao juiz, tão somente complementar a prova, quando aquelas produzidas pelas partes gerasse dúvida relevante, capaz de impor a necessidade de complementação da prova já realizada.

Por outro lado, ao se admitir o notável caráter publicístico do processo, é imperioso atribuir ao magistrado um papel mais ativo na instrução probatória. E, nesse sentido, vem indicando a legislação processual brasileira, conforme previa o art. 130 do CPC/73 e prevê, atualmente, o art. 370 do CPC/15, que atribuem,

⁴³⁸ BEDAQUE, José Roberto do Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 10.

⁴³⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista Ajuris**. n. 90, jun. 2003, p. 55–84.

⁴⁴⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 309.

expressamente, ao juiz o poder-dever de determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, a requerimento das partes ou por iniciativa própria.⁴⁴¹

Além disso, ao dispor sobre os poderes e deveres do juiz na condução do processo, o art. 139 do código de processo civil prevê que o juiz poderá, além de alterar a ordem de produção dos meios de prova, determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa.

Portanto, o que se vislumbra é um ordenamento que busca assegurar o respeito ao contraditório e a cooperação ente todos os sujeitos do processo como normas fundamentais. Além de tutelar, de forma cada vez mais ampla, o direito à prova.⁴⁴² De forma que, é componente inafastável⁴⁴³ desse processo de evolução do sistema processual a consolidação do juiz como figura ativa na instrução probatória, mais participativa e consciente do seu papel na aproximação do resultado do processo com a verdade dos fatos.

Até mesmo porque, a ideia de cooperação, consagrada pelo código de processo civil em seu art. 6º, implica um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia,⁴⁴⁴ e atuando juntamente com as partes em busca da solução mais justa para o caso posto. Assim, cabe invocar a importante lição de José Roberto dos Santos Bedaque ao ressaltar que a iniciativa probatória do juiz é elemento indissociável da efetividade do processo.⁴⁴⁵

Além do quanto exposto até agora, a compreensão dos limites dos poderes instrutórios do juiz possui íntima relação com a natureza do direito tutelado em cada

⁴⁴¹ Representando visão moderada sobre o tema, João Batista Lopes (LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.) adota posição mais cautelosa, dispondo que não se deve superestimar os poderes instrutórios do juiz sob pena de torná-lo verdadeiro investigador dos fatos. No entanto, em obra bem mais recente e sem os mesmos pudores, Paulo Osternack Amaral é categórico ao afirmar que “o julgador possui amplos poderes instrutórios, o que lhe permite não apenas controlar a pertinência e admissibilidade das provas pretendidas pelas partes, mas também determinar de ofício a produção das provas que repute necessárias à formação de seu convencimento” (AMARAL, Paulo Osternack. **Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 40-41)

⁴⁴² “Diritto, questo, che si traduce nella possibilità della parte di impiegare tute le prove di cui dispone al fine di dimostrare la verità dei fatti che fondano la propria pretesa e che investe la prova in tutte le sue proiezioni dinamiche, tanto in fase di ammissione, di assunzione e, in relazione all’onere di motivazione, anche in sede decisoria” (VANZ, Maria Cristina. **La circolazione della prova nei processi civili**. Milano: Giuffrè Editore, 2008. p. 43/44)

⁴⁴³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 26.

⁴⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista Ajuris**. n. 90, jun. 2003, p. 55–84.

⁴⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. p. 27.

processo. Essa afirmação não se baseia na posição, já rejeitada em momento anterior no presente trabalho,⁴⁴⁶ de que haveria uma distinção entre as “verdades” buscadas em cada tipo de ação a depender do direito material tutelado. Pelo contrário, em todo e qualquer processo, a condução deve se pautar com a busca da verdade como norte.

No entanto, a publicização do processo fez com que o juiz devesse adotar uma postura mais ativa em toda e qualquer demanda, a fim de assegurar um resultado o mais próximo possível da verdade dos fatos. Visto que, o processo deve cumprir seu papel na realização do direito material, mas também passa a ter a finalidade de servir à Constituição, inserindo no procedimento toda carga de valores ideológicos previstos como garantias fundamentais.⁴⁴⁷

De forma que o aumento dos poderes instrutórios do juiz, e a valorização da sua atuação como sujeito da relação processual, se deu de maneira ampla, como um processo de evolução da ciência processual. Porém, a depender do direito material tutelado o papel do juiz nesse processo poderá ser maior ou menor, de acordo, especialmente, com a disponibilidade ou indisponibilidade do direito material em jogo.

É natural que a indisponibilidade da relação material interfira na atuação do magistrado, de forma a tornar mais intensa a sua participação direta no processo de colheita de provas. Pois, mesmo do ponto de vista subjetivo, o magistrado se vê impulsionado a atuar de maneira mais ativa na produção e colheita de provas quando estiver diante de direitos dos quais as partes não podem dispor.

Não é razoável esperar que o magistrado tenha o mesmo empenho na produção de provas em uma ação de cobrança entre particulares que ele teria em um processo que trate de direitos indisponíveis, sejam eles individuais ou coletivos, como é o caso das demandas eleitorais. Portanto, é nítido que certas

⁴⁴⁶ Vide item 1.2. da Parte I.

⁴⁴⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O “ativismo” do juiz no tema de prova. **Revista de Processo**, vol. 159, Mai./2008, vol. 159-178.

peculiaridades da relação de direito material interferem na iniciativa probatória do magistrado e, portanto, no grau de intervenção estatal.⁴⁴⁸⁻⁴⁴⁹

É importante notar, ainda, que em se tratando de direitos indisponíveis o ordenamento jurídico se comporta no sentido de reforçar a sua proteção. Um dos pontos onde é perceptível esse reforço é na disposição do art. 345, II do CPC⁴⁵⁰ impedindo a incidência dos efeitos da revelia em alguns casos. Bem como a disposição do art. 392⁴⁵¹ que afirma não valer como confissão a admissão de fatos relativos a direitos indisponíveis. Ainda no mesmo sentido, o art. 176⁴⁵² estabelece como papel do Ministério Público a defesa dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis, demonstrando a sua preocupação com a preservação de tais direitos.

Dessas expressas disposições legislativas decorre que o legislador optou por, nessas demandas, manter para o autor o ônus de provar os fatos que alegou, apesar da inexistência de oposição da parte contrária, dada a relevância do direito material tutelado. Além de impedir, até mesmo, o julgamento com base na confissão de uma das partes quando se tratar de direitos indisponíveis. Veja-se, portanto, que o legislador claramente pretendeu reduzir ao máximo a possibilidade de julgar essas demandas segundo elementos que podem não encontrar correspondência na realidade fática.

Portanto, se o ordenamento possui diversos mecanismos para viabilizar um julgamento aderente à realidade, é imperioso concluir que, para além da

⁴⁴⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 120.

⁴⁴⁹ Adotando uma posição crítica quanto a esse entendimento, José Roberto dos Santos Bedaque: “Não importa, pois, a natureza da relação jurídica controvertida. O processo, como instrumento da atividade jurisdicional do Estado, é um só, sendo irrelevante se a matéria discutida é civil, penal, disponível ou indisponível”. No entanto, é interessante notar que, mais à frente o autor destaca que: “É óbvio que o juiz se sentirá condicionado psicologicamente a atuar com maior intensidade se indisponível o objeto do processo. Essa influência subjetiva não pode ser negada. Apenas se insiste na inexistência de óbice legal à atividade instrutória, ainda que disponível o direito material em litígio, mesmo porque pode o julgador entender necessária essa intervenção, não apenas para a formação de seu convencimento, mas também para manter o equilíbrio do contraditório” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 140/150)

⁴⁵⁰ Art. 345, II do CPC/15: “A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: (...) II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis”.

⁴⁵¹ “Art. 392. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis”.

⁴⁵² “Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis”.

manutenção do ônus de provar a cargo do autor, é interesse do Estado adotar, ele próprio, medidas de investigação dos fatos, não confiando apenas na atividade do interessado.⁴⁵³ De forma que, a análise sistemática do regramento processual evidencia que, a despeito de inexistir previsão expressa no sentido de impor uma maior iniciativa probatória ao juiz, diante de direitos indisponíveis, a opção por afastar os efeitos da revelia e requerer a participação do *parquet*, deve vir associada de uma postura compatível do magistrado.

Uma atuação diligente do juiz com a correta utilização dos poderes instrutórios a ele concedidos, inegavelmente se presta a melhorar a qualidade da prestação jurisdicional e aproximar a sua decisão da verdade dos fatos. Na medida em que potencialmente ilumina aspectos fáticos até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante. Contribuindo, também, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes.⁴⁵⁴

No entanto, muito embora o magistrado tenha ampla liberdade para produção de provas que julgue relevantes à busca da verdade e à elucidação do fato probando,⁴⁵⁵ não se trata de poder discricionário do juiz.⁴⁵⁶ De forma que, ao determinar de ofício a produção de uma prova, deverá fundamentar suficientemente as razões que o levaram a decidir dessa maneira, a fim de que seja possível exercer eventual controle sobre a atividade por ele realizada, como ocorre com toda e qualquer decisão proferida no curso de um processo.

É crucial, portanto, que o exercício dos poderes instrutórios do magistrado venha acompanhado da ampla possibilidade de participação e manifestação das partes, sob pena de restarem violadas garantias processuais dos sujeitos do processo, o que não se admite. Ao determinar a produção de uma prova, com relação à qual não tenha havido requerimento das partes, o magistrado deve

⁴⁵³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 120.

⁴⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**. Vol. 37. Jan. 1985. p. 140-148.

⁴⁵⁵ MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da prova e sua sistematização**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 98.

⁴⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 164.

fundamentar as razões pelas quais entende necessária a sua produção e assegurar o contraditório às partes.

Embora fundamentação adequada e contraditório devam ser observados em toda a atuação do magistrado, ao exercer de ofício poderes instrutórios esse cuidado deve ser redobrado. Na medida em que, o juiz deixa sua posição inerte e passa a interferir ativamente no desenvolvimento do processo e, potencialmente, no seu resultado final. Assim, para demonstrar a sua isenção na condução do feito, deverá expor de maneira clara e fundamentada as razões pelas quais entende necessária a colheita de elementos de prova além daqueles carreados aos autos pelas partes.

1.2. Preservação da imparcialidade do juiz eleitoral

A iniciativa probatória do magistrado é, como visto, objeto de controvérsias em razão do suposto prejuízo à imparcialidade do magistrado em todos os ramos do processo civil. No processo civil eleitoral, dado o seu desenvolvimento em um contexto de disputa eleitoral, as possibilidades de questionamentos e controvérsias se tornam ainda mais presentes. Bem como os danos potenciais da manutenção de incertezas quanto à imparcialidade do magistrado são ainda mais destacados, dada a necessidade de preservação da regularidade e da não interferência indevida do judiciário no processo democrático.

Acusações e ilações sobre o eventual favorecimento de uma das partes, ou de um dos sujeitos da disputa eleitoral, pela adoção de medidas de ofício pelo juiz eleitoral com a finalidade de produzir provas para a apuração dos fatos ocorridos podem ser ainda mais presentes. De maneira que o juiz eleitoral deve adotar especial cautela ao determinar a produção de provas de ofício, se atentando para a preservação do equilíbrio entre as partes de uma demanda e para a tutela efetiva do bem jurídico eleitoral.

Inicialmente, é necessário reiterar que um juiz eleitoral proativo é elemento essencial para assegurar tal equilíbrio entre os sujeitos processuais. Fatores externos como a influência de setores políticos e econômicos podem dar ensejo a um desequilíbrio na relação entre as partes em um determinado processo. A

utilização da máquina pública ou de outros expedientes para dificultar a colheita de provas, devem ser observados e a atuação de ofício do magistrado na colheita de provas, quando a situação demandar, é um poderoso instrumento de reequilíbrio da relação jurídica processual.

Nesse ponto, é importante ressaltar que o princípio da imparcialidade do juiz não é obstáculo para a participação ativa do julgador na instrução.⁴⁵⁷ Ao contrário, supõe-se que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, se queda inerte.⁴⁵⁸ Tal afirmação ganha especial ênfase no processo eleitoral. Um juiz inerte e passivo, que ciente dos obstáculos existentes na produção da prova no processo eleitoral, deixa de atuar com zelo e se omite diante da possibilidade de requisitar a produção de prova, estará compactuando com uma possível mácula ao processo democrático.

A imparcialidade do magistrado não se define pela sua atuação o momento da determinação da produção de provas de ofício. Pois, como bem destacado por Trícia Navarro Xavier Cabral, se o juiz decide atuar de forma parcial, isso se dá num momento anterior à produção das provas e se estende até o julgamento, quando as provas produzidas serão valoradas para compor a fundamentação da decisão. E continua, ressaltando que seria incoerente imaginar que um juiz iria beneficiar ou prejudicar uma parte apenas no momento da produção das provas, para atender a um capricho seu ou de um dos litigantes, sem estar vinculado ao resultado do processo.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Nesse ponto, Michele Taruffo faz importante consideração sobre a atribuição de poderes instrutórios para o magistrado em todos os ordenamentos jurídicos europeus, mesmo que de maneira diferente. De forma que, a predominância desse modelo afastaria a possibilidade de todos os legisladores estarem simultaneamente ignorando tal impacto na imparcialidade do magistrado. Vejamos: “A esse respeito, pode-se observar, antes de tudo - além da confiabilidade duvidosa das noções psicológicas ingênuas nas quais esse argumento se baseia - que, se fosse válido, deveríamos concluir que todos os legisladores processuais europeus - cada um a seu modo - foram arrebatados por um vento de loucura o que os levou a atribuir um papel ativo ao juiz na aquisição de provas, sem perceber que, ao fazê-lo, colocariam em risco o valor fundamental da imparcialidade e independência do julgamento do próprio juiz. Como - no entanto - não há evidência credível dessa loucura coletiva, devemos concluir que a experiência comparativa mostra a falta de fundamento do medo de que o juiz, ao exercer um papel ativo, se torne assim parcial e incapaz de avaliar corretamente o material probatório que também foi adquirido com base em sua iniciativa” (Tradução livre) (TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice in europa*. **Revista de Processo**. vol. 133. Mar. 2006. p. 133-160)

⁴⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. Vol.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 415.

⁴⁵⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O “ativismo” do juiz em tema de prova. **Revista de Processo**. vol. 159. Mai. 2008. p. 172-189.

A parcialidade do juiz, estaria, portanto, presente desde o momento em que, na condução do processo o magistrado optou por favorecer uma das partes. De forma que, não será a sua iniciativa probatória a responsável pela mácula à imparcialidade exigida. Até mesmo porque, como é reiteradamente apontado pela doutrina,⁴⁶⁰ o juiz quando ordena a produção de certo meio de prova não sabe qual será o resultado. Embora haja a correta ponderação de que, ele saberia, contudo, a quem a falta daquela prova poderá beneficiar,⁴⁶¹ no processo civil eleitoral essa questão resta superada pela natureza do direito material tutelado. Pois, a apuração correta dos fatos, ao fim e ao cabo, beneficia toda a coletividade representada pela parte autora.

Portanto, não há por que se admitir que um juiz eleitoral que participe ativamente da produção de provas teria sua imparcialidade maculada. Pelo contrário, a postura puramente liberal do órgão público é que pode levar à consagração do mais forte sobre o mais fraco.⁴⁶² Favorecendo assim aqueles que pretendam interferir no processo democrático em busca de benefícios pessoais.

Considerando esse cenário, mostra-se absolutamente indispensável uma atuação mais proativa do magistrado na produção das provas, pautada por alguns limites capazes de assegurar a sua imparcialidade.⁴⁶³ Nesse momento é que o dever de motivação e o contraditório amplo exercem relevante papel, como mecanismos legitimadores da atuação *ex officio* do juiz em matéria probatória.

⁴⁶⁰ Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara afirma "(...) não vejo, na atividade probatória desenvolvida por determinação *ex officio*, algo capaz de romper com a necessária imparcialidade do juiz. Afinal, quando o juiz determina de ofício a produção de uma prova, não tem ele conhecimento de a qual parte tal prova beneficiará. Ademais, se o juiz que determina a produção de uma prova fosse parcial (em favor daquele a quem a prova beneficiará), o juiz que permanecesse passivo e não determinasse a produção da prova também seria parcial (em favor daquele a quem a prova prejudicaria). Isto mostra o equívoco do entendimento oposto" (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático**. Revista de Processo. Vol. 153. p. 33. Nov./2007) Adotando a mesma posição: JUNOY, JOAN PICÓ I. **El derecho a la prueba en el proceso civil**. Barcelona: Bosch, 1986. p. 242.

⁴⁶¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 133.

⁴⁶² *Ibidem*. p. 134.

⁴⁶³ Sobre esses limites a Prof^a. Ada Pellegrini Grinover enunciou: "Mas, a atuação do juiz na atividade instrutória não é ilimitada. Existem balizas intransponíveis a iniciativa oficial, que se desdobram em três parâmetros: a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela ilicitude (material) e legitimidade (processual) das provas" (GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**. v. 95, n. 347, jul./set.1999, p. 3–10)

Isso porque, o fato de a prova ser produzida de ofício não autoriza o juiz a alijar as partes do processo de colheita e da possibilidade de manifestação a *posteriori* sobre as provas produzidas nos autos. De forma que, sempre que for determinar a produção de uma prova que não tenha sido requerida pelas partes o juiz deve oportunizar o contraditório.

Quando possível, o contraditório prévio sempre se mostra uma alternativa mais adequada. No entanto, considerado o momento processual e a natureza do procedimento, com ocorre em muitos dos procedimentos eleitorais, o contraditório postecipado será bastante para assegurar que as partes possam controverter a prova produzida e assegurar a legitimidade da atuação estatal.

No mesmo sentido, a motivação quando da tomada de decisão pela produção da prova é indispensável e deve se dar de maneira suficiente a expor as razões que levaram o juiz a determinar de ofício a produção da prova, a despeito da inexistência de requerimento das partes. Isso porque, a necessidade de produção de determinada prova surge a partir de particularidades do caso concreto. De forma que, em cada caso haverá uma motivação distinta a justificar a adoção da medida.

É possível, por exemplo, que o magistrado esteja em dúvida quanto à prática de um determinado ato, que pode ser verificado a partir da expedição de requerimento a um órgão público. Nessa situação, inexistindo pedido das partes, deverá o juiz demonstrar em suas razões o porquê de entender pertinente a expedição do ofício àquele órgão específico e submeter essa decisão, com suas razões expostas de maneira clara, ao contraditório das partes.

Por outro lado, pode também ocorrer de o juiz identificar a existência de uma situação de desigualdade real a ponto de justificar a intervenção no equilíbrio da relação jurídica processual que, vista em si mesma, dispensa aos litigantes tratamento igualitário.⁴⁶⁴ Situação que poderá ser vista no processo eleitoral, quando umas das partes envolvidas esteja lançando mão do aparato estatal para dificultar a apuração das provas. Com ainda mais razão, nesse caso, deverá o magistrado expor detalhadamente os motivos pelos quais entende necessária a

⁴⁶⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 134.

sua atuação de ofício e submeter sua decisão ao contraditório, a fim de restaurar o equilíbrio na relação jurídica processual.

Questão delicada quanto à imparcialidade do magistrado eleitoral, é o exercício do poder de polícia, inserido nas funções administrativas da Justiça Eleitoral. Visto que a atuação administrativa do juiz eleitoral pode resultar na identificação de condutas ilícitas que, posteriormente, serão submetidas à sua análise na esfera jurisdicional. Muito embora o exercício da função administrativa eleitoral não se confunda com a função jurisdicional, a situação de o mesmo agente público apurar a ocorrência de um ilícito eleitoral e, no momento seguinte, aplicar a sanção a ele relacionada, é capaz de gerar questionamentos.

No entanto, os questionamentos sobre a imparcialidade do magistrado nessa situação se dissipam quando se verifica que, embora o magistrado tenha o poder de polícia para atuação de ofício na fiscalização das eleições, ele não poderá agir de ofício para dar início ao processo judicial. Assim, na hipótese de porventura ser instaurado processo jurisdicional em decorrência do exercício daquele poder, isso não terá ocorrido em razão da atuação oficiosa do juiz eleitoral.

Nesse caso, caberá aos partidos, candidatos ou ao Ministério Público Eleitoral propor a ação correspondente e, assim, ter-se-á a atuação do juiz eleitoral, desta feita no exercício da função jurisdicional.⁴⁶⁵ De forma que, a provocação da atividade jurisdicional passará por um filtro de conveniência e necessidade dos legitimados para representar a coletividade, afastando eventuais questionamentos que possam existir quanto à intenção do magistrado.

Além disso, há que ressaltar que em casos como esse, a proximidade do juiz com a prova da ocorrência do ilícito eleitoral, na hipótese de o processo vir a ser ajuizado, tenderá a tornar ainda melhor a prestação jurisdicional. Pois, no momento da prática da conduta imputada ao agente o juiz teve contato com os fatos, o que permite uma melhor compreensão do quanto ocorrido e, por via de consequência, um julgamento mais próximo da verdade dos fatos. O que, associado ao dever de

⁴⁶⁵ COSTA, Hyldon Masters Cavalcante. A imparcialidade do juiz eleitoral em processo judicial para apuração de fatos perante os quais exerceu seu poder de polícia. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, v.4. n.6, jan./jun. 2008. p. 24.

fundamentação das decisões e o amplo exercício do contraditório tornará inconteste a sua atuação.

1.3. Iniciativa probatória no processo eleitoral

Demonstrada a especial pertinência da iniciativa probatória do magistrado em se tratando de processos que versem sobre direitos indisponíveis e apontadas as razões pelas quais não há que se falar em violação da imparcialidade exigida do magistrado na condução das demandas, cumpre avançar à identificação dos contornos da iniciativa probatória do juiz no processo eleitoral.

É comum a afirmação de que no processo eleitoral há reduzida margem de exercício de poder instrutório de ofício.⁴⁶⁶ Essa colocação se dá, em grande parte, em razão dos prazos exíguos para a condução das demandas que devem se adequar ao calendário eleitoral. No entanto, essa preconcepção quanto ao processo eleitoral, pode ensejar uma limitação do papel do magistrado, prejudicial à prestação adequada da tutela jurisdicional e, por via de consequência, ao devido processo eleitoral.

A condução adequada da instrução probatória de uma demanda eleitoral, pelo contrário, terá como resultado uma maior coincidência entre a real vontade da população e o resultado das urnas.⁴⁶⁷ E, como visto, o processo civil eleitoral pode estar sujeito a elementos externos tendentes a prejudicar seu adequado desenvolvimento, de forma que a atuação proativa do magistrado é essencial para reequilibrar a relação jurídica processual.

Além do mais, como visto, nem mesmo em demandas de caráter eminentemente privado admite-se, atualmente, a limitação da atividade instrutória

⁴⁶⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 126.

⁴⁶⁷ Reforçando o aqui exposto, José Nuss Ferreira Filho: “Deste modo, o juiz, no sistema de provas do processo eleitoral, deve guiar-se com extrema cautela, buscando sempre resguardar a lisura do pleito e evitar que o indeferimento de algum meio de prova possa beneficiar o candidato que atue em descompasso com as regras do jogo eleitoral” (FERREIRA FILHO, José Nuss. O papel do juiz no Sistema de provas do direito eleitoral. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**. Disponível em:

<http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12_009/joseferreirafilho.html>. Acesso em: 10/11/2019)

ao princípio dispositivo nos moldes tradicionais.⁴⁶⁸ Com muito mais razão, portanto, deverá o juiz atuar ativamente na instrução probatória de demandas de natureza coletiva, como é o caso das demandas eleitorais.

Soma-se a todo esse contexto, a exigência de standards probatórios mais elevados (prova clara e convincente e prova além da dúvida razoável), que demandam um acervo probatório mais robusto para que o juiz possa proferir uma decisão em favor da parte autora. Assim, sem que seja permitido ao magistrado contribuir com as partes para a instrução probatória, a incidência de decisões em desacordo com a verdade dos fatos tende a aumentar além do razoável.

Esse aspecto é destacado pelos estudiosos do assunto, na medida em que standards muito elevados podem se prestar como “uma rocha para que o juiz se esconda atrás”⁴⁶⁹. Visto que, a ausência de provas e o elevado grau de exigência facilitarão a atuação do magistrado que queira se omitir em casos mais complexos. Dessa forma, e com o intuito de instrumentalizar a magistratura eleitoral, deve ser reconhecida e destacada a iniciativa probatória dos juízes eleitorais de forma a permitir a adequada consecução dos objetivos da justiça eleitoral.

A própria legislação eleitoral prevê a possibilidade de o juiz adotar medidas de ofício para a colheita de provas. É o caso do que dispõe o art. 22, VI da LC 64/90 ao autorizar expressamente que o magistrado proceda, no prazo de 3 (três) dias “todas as diligências que determinar, *ex officio* ou a requerimento das partes”. E esclarece na alínea subsequente que no prazo indicado poderá ouvir terceiros, referidos pelas partes, ou testemunhas, como conhecedores dos fatos e circunstâncias que possam influir na decisão do feito.

Além de prever de maneira expressa que o juiz poderá requisitar a produção de provas de ofício, o artigo em comento também se presta a demonstrar que é possível conciliar a iniciativa probatória do magistrado com as exigências do processo eleitoral. Na medida em que prevê que todas as diligências deverão ser determinadas no prazo de 3 (três) dias. De forma que não haverá prejuízo ao

⁴⁶⁸ “l'imparzialità del giudice è il bene prezioso che deve essere preservato in ogni caso, anche col sacrificio dei poteri d'iniziativa istruttoria del giudice (sebbene possano talvolta, da altri punti di vista, apparire utili e convenienti), con la conseguenza che dove il principio dispositivo non si adatti al tipo di processo o alla materia controversa, quei poteri debbano essere piuttosto conferiti a un apposito e distinto organo pubblico requirente ed inquirente” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Milão: Morano Editore, 1962. p. 17.)

⁴⁶⁹ CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. **Vermont Law Review**, v. 33, 2009. p. 473.

desenvolvimento tempestivo do feito, e será possibilitado ao magistrado que, caso entenda necessário, requisite provas para auxiliar na formação do seu convencimento.

Não se espera que a fase instrutória se desenvolva no bojo das ações eleitorais com o mesmo vagar e aprofundamento que se permite o CPC/15. No entanto, há mecanismos, como a fixação de prazos adequados aos interesses de celeridade e apuração da verdade, que podem ser utilizados para assegurar que o juiz possa auxiliar na condução do processo em direção à verdade dos fatos.

Inclusive, o próprio TSE em julgamento mencionado anteriormente,⁴⁷⁰ reconheceu que “na Justiça Eleitoral, os poderes instrutórios do Juiz são amplos, com base nos interesses públicos indisponíveis e relevantes que tutela, na lisura eleitoral e no poder dever de buscar a verdade real”. E que, “não viola os poderes instrutórios do Juiz a coleta de provas *ex officio* pelo Juízo Eleitoral na Ação de Investigação Judicial Eleitoral, na Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e na Representação pelo art. 30-A, considerando-se o bem jurídico dessas ações”.

O que se pode extrair do precedente invocado é que não há uma limitação ínsita ao processo civil eleitoral na iniciativa probatória do magistrado. O que há é uma limitação procedimental, em razão dos prazos exíguos, que pode restringir a amplitude da dilação probatória. No entanto, há diversos mecanismos, alguns dos quais serão tratados mais adiante, que podem auxiliar na produção probatória e na condução do processo pelo magistrado, como a prova técnica simplificada, o inquérito civil eleitoral, a produção antecipada de provas e a alteração na ordem de produção de provas.

A coexistência de um procedimento vinculado a prazos curtos, se comparados com o procedimento comum do CPC, e um bem jurídico que impõe a elevação do standard probatório exige de todos os envolvidos um esforço para assegurar que o devido processo eleitoral seja tutelado da maneira adequada dentro do prazo que o processo eleitoral impõe. Trata-se de uma tarefa que demanda atenção e compromisso com o contraditório e a ampla defesa, mas não impede que se conduza o processo como o direito material demanda.

Por fim, é importante destacar que nem mesmo a existência do caráter sancionatório em parte das demandas eleitorais é obstáculo à iniciativa probatória

⁴⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358, Relator Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 12 de setembro de 2018.

do magistrado. Isso porque, inclusive no processo penal se admite a iniciativa probatória do magistrado, sem que haja qualquer prejuízo à sua imparcialidade ou às garantias individuais do réu.⁴⁷¹

Ao se tratar desse tema, usualmente é feita uma relação inadequada entre o princípio da presunção da inocência e a iniciativa probatória do magistrado, no sentido de que haveria uma incompatibilidade. A justificativa para tal raciocínio estaria na compreensão equivocada de que o princípio da presunção de inocência imporia como única alternativa à carência de provas o julgamento em favor do réu, impedindo a produção de provas de ofício.⁴⁷²

No entanto, a presunção de inocência se presta a aduzir que o *non liquet* na questão da prova deve ser valorado a favor do réu.⁴⁷³ De forma que, não sendo possível a produção de provas bastantes à satisfação do standard probatório exigido, deverá o juiz julgar pela improcedência do pedido condenatório. Não sendo compatível com a adequada tutela dos bens jurídicos em jogo a adoção de um papel de mero expectador pelo juiz.

Nos processos eleitorais de caráter sancionatório, embora haja a necessidade de preservar garantias processuais ao réu, não se pode esquecer que há na hipótese a tutela do devido processo eleitoral, que se faz presente em todas as demandas eleitorais. Portanto, não só em razão de uma visão publicística do processo, mas também por força da necessidade de prestar uma tutela adequada ao processo eleitoral que se impõe como plano de fundo, deve o juiz adotar uma postura proativa e, dentro dos limites impostos pelos procedimentos, buscar contribuir para a produção de provas.

No direito comparado, também é possível encontrar a atribuição de um papel instrutório mais ativo ao juiz eleitoral. No contencioso eleitoral português, por exemplo, o papel do juiz na produção da prova é ainda mais destacado do que o defendido acima. Na medida em que, estabelecendo um paralelo com o processo constitucional lusitano, Maria Elisa Amado afirma que o juiz é que seria a figura central na investigação tendente à apuração da verdade material, cabendo às

⁴⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**. v. 95, n. 347, jul./set.1999, p. 3–10.

⁴⁷² Expondo essa controvérsia: SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. **Revista dos Tribunais**. vol. 868, Fev. 2008, p. 429-452.

⁴⁷³ SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. **Revista dos Tribunais**. vol. 868, Fev. 2008, p. 442.

partes o auxiliarem nessa busca.⁴⁷⁴

A autora portuguesa ainda afirma que o fato de se tratar de um processo que versa sobre interesse público não permite que se deixe na livre disponibilidade das partes a matéria probatória. Pois, a decisão dele decorrente pode influir no caminho a seguir pelo “Estado Constitucional Representativo Moderno”. Concluindo que não se violaria nenhum princípio constitucional referente à intervenção e participação das partes no processo, por atribuir ao juiz tal iniciativa.

1.4. A adequada interpretação do art. 23 da LC 64/90

A iniciativa probatória do juiz eleitoral, conforme delineada acima, está intimamente ligada à busca pela tutela efetiva do devido processo eleitoral. E, ao mesmo tempo, condicionada a preservação do contraditório e do dever de fundamentação. No entanto, a disposição constante do art. 23 da Lei das Inelegibilidades, suscita um vigoroso debate doutrinário, tendo sido inclusive objeto de uma ADI perante o STF⁴⁷⁵ questionando a sua constitucionalidade.

O artigo em questão dispõe que “o Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”. O dispositivo possui inegável proximidade com a redação do art. 131 do CPC/73,⁴⁷⁶ ao adotar a noção de livre convencimento. Mas vai além e, com fundamento no interesse público de lisura eleitoral, autoriza que o juiz decida com base em circunstâncias ou fatos, não indicados ou alegados pelas partes.

Quanto à apreciação dos fatos públicos e notórios, bem como dos indícios, presunções e provas produzidas o dispositivo não produziu substancial inovação quando da sua introdução no ordenamento jurídico. Pois como apontado, quanto à primeira parte em muito se aproximava do art. 131, adotando inclusive a mesma

⁴⁷⁴ AMADO, Maria Elisa Padre Ataíde Ribeiro. **O Contencioso Eleitoral no Direito Constitucional Português**. Comissão Nacional de Eleições: Lisboa, 1994. p. 50.

⁴⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1082/DF, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 22 de maio de 2014.

⁴⁷⁶ “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

terminologia então vigente ao se referir a livre apreciação da prova. A ideia de livre convencimento do magistrado sempre foi objeto de controvérsias, no entanto, ao menos quanto ao CPC/15 esta discussão restou superada pela sua supressão na redação do art. 371.⁴⁷⁷⁻⁴⁷⁸

Além disso, não há nada de novo em relação à possibilidade de o magistrado conhecer dos indícios, presunções e prova produzida, sendo a regra vigente no CPC.⁴⁷⁹ Quanto à essa afirmação, é importante destacar que, ao contrário de parte das críticas direcionadas ao dispositivo,⁴⁸⁰ não há qualquer referência em relação à possibilidade de o juiz decidir exclusivamente com base em indícios ou presunções. E como se verá a diante, é necessária a interpretação sistemática do dispositivo de forma a compatibilizá-lo com as demais normas processuais.

No entanto, houve relevante inovação no que se refere à segunda parte, na qual dispõe que o juiz deverá formar a sua convicção atentando “para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”. Sobre esse trecho, a doutrina trava importante debate, pondo em xeque, inclusive, a constitucionalidade do dispositivo.

⁴⁷⁷ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

⁴⁷⁸ Sobre a eliminação do “livre convencimento” afirmam Hermes Zanetti e Carlos Frederico Bastos Pereira: “Desta maneira, o Código de Processo Civil não mais transige com interpretações arbitrárias, solipsistas e descontextualizadas da ordem jurídica, compromete-se, ao contrário, com a solução realista-moderada e responsável da interpretação,⁷⁵ como revelam os dispositivos que dão conta da eliminação do “livre” convencimento judicial (art. 371), da fundamentação adequada (art. 489, § 1.º), da justificação interna e externa, fática e jurídica, com exigências para utilização da ponderação como método de solução da colisão entre normas (art. 489, § 2.º) e dos deveres de estabilidade, coerência e integridade (art. 926, caput)” (ZANETTI JR., Hermes. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no código de processo civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? **Revista de Processo**. vol. 259, set. 2016, p. 21-53)

⁴⁷⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. JORGE, Flávio Cheim. LIBERATO, Ludgero. **Manual de Direito Eleitoral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 455.

⁴⁸⁰ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral – Lei de Inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 131 ss.; STRECK, Lenio Luiz. **O que é a livre convicção dos indícios e presunções?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes>.

Acesso em: 08/03/2019; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Rápida anotação sobre o julgamento por presunção da LC 64 e o Novo Código de Processo Civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 55-73; NETO, João Andrade. O art. 23 da LC nº 64/90 em face do dever de fundamentação no direito eleitoral. In: FUX, Luiz. (Coord.) [et al.] **Direito Processual Eleitoral**. Tratado de Direito Eleitoral. Vol. 6. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 393-416; ANDRADE, Luiz Felipe da Silva. A inaplicabilidade/revogação do ‘supertrunfo’ do livre convencimento em matéria eleitoral, ante a vigência do novo código de processo civil. In: FUX, Luiz. (Coord.) [et al.] **Direito Processual Eleitoral**. Tratado de Direito Eleitoral. Vol. 6. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 417-427.

Os autores que adotam uma visão mais crítica com relação à norma, afirmam que a inconstitucionalidade do art. 23 é “inegável, posto que opera na contramão da Constituição Federal que impõe um sistema acusatório e não inquisitório, e exige do juiz imparcialidade”. E que se trata “de uma produção de prova mais do que incoerente ou ilegal, posto que é desprovida de contraditório, vindo, tais ‘fatos notórios’, à tona somente no momento da sentença, como fundamento da decisão judicial”.⁴⁸¹

Ainda na mesma linha, afirmam que o dispositivo tem sido utilizado para fundamentar decisões que negam pedidos de produção de provas, argumentando a impossibilidade da produção probatória com base na necessária celeridade do processo eleitoral.⁴⁸²

A outra parcela, cujas críticas ao dispositivo são menos incisivas, aponta para a necessidade de compatibilização do dispositivo com o dever de fundamentação das decisões judiciais e o exercício do contraditório. Mas, destaca o fato de que ao permitir que o juiz tome para seu convencimento circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados pelas partes, o legislador indica que o *direito probatório nas demandas eleitorais* se submete a um claríssimo regime publicista em função do bem jurídico tutelado pelas ações eleitorais que é a lisura do processo eleitoral.⁴⁸³

Além disso, é enfatizada a necessidade de que a formação do convencimento do magistrado se dê adstrita ao formalismo processual e às provas presentes nos autos e produzidas em contraditório.⁴⁸⁴ E que, o dispositivo deve ser interpretado como uma exortação ao órgão judicial, para decidir levando em consideração também o ambiente sociopolítico em que a decisão produzirá efeito,

⁴⁸¹ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral – Lei de Inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 137.

⁴⁸² SALGADO, Eneida Desiree. VALIATI, Thiago Priess. BERNARDELLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral *versus* a fundamentação analítica exigida pelo novo código de processo civil. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1, p. 335-358.

⁴⁸³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. JORGE, Flávio Cheim. LIBERATO, Ludgero. **Manual de Direito Eleitoral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 455.

⁴⁸⁴ “A aplicação do art. 23 da Lei Complementar nº 64/90 em nenhum momento se conflita com o NCPD, na medida em que se exige a observância do contraditório, com a garantia da não surpresa para as partes” (FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Breves apontamentos sobre a ação de impugnação de mandato eletivo e o novo código de processo civil. In: FUX, Luiz. (Coord.) [et al.] **Direito Processual Eleitoral**. Tratado de Direito Eleitoral. Vol. 6. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 168)

sem, inovar no quadro fático e probatório que se apresenta nos autos.⁴⁸⁵

Há, portanto, uma disputa de narrativas que extrapolam a simples leitura do texto da norma. Pois, de um lado há quem interprete que o dispositivo daria carta branca ao juiz eleitoral para decidir com base em elementos não submetidos ao contraditório e sem a devida fundamentação. Por outro, aqueles que entendem a necessidade de compatibilização da norma posta, com base no texto constitucional e nas disposições presentes no sistema processual no qual o dispositivo se insere.

Instado a se manifestar, através da ADI nº 1082/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio, o STF decidiu pela constitucionalidade do dispositivo. Entre os principais argumentos adotados está o de que “o dever-poder conferido ao magistrado para apreciar os fatos públicos e notórios, os indícios e presunções por ocasião do julgamento da causa não contraria as demais disposições constitucionais apontadas como violadas. A possibilidade de o juiz formular presunções mediante raciocínios indutivos feitos a partir da prova indiciária, de fatos publicamente conhecidos ou das regras da experiência não afronta o devido processo legal, porquanto as premissas da decisão devem vir estampadas no pronunciamento, o qual está sujeito aos recursos inerentes à legislação processual”.⁴⁸⁶

A decisão, que é alvo de severas críticas,⁴⁸⁷ compatibiliza de maneira adequada o art. 23 com o restante do ordenamento. Enfatizando o papel do juiz eleitoral na instrução probatória, dada a relevância do direito material em jogo, sem violar os direitos e garantias processuais, que devem ser preservados em tais demandas. E, embora a decisão tenha sido proferida antes da vigência do CPC/15, não parece haver qualquer incompatibilidade com a interpretação adotada pelo STF em relação ao código de processo civil atual.

⁴⁸⁵ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 739.

⁴⁸⁶ “PROCESSO – ELEITORAL – ARTIGO 23 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 – JUIZ – ATUAÇÃO. Surgem constitucionais as previsões, contidas nos artigos 7º, parágrafo único, e 23 da Lei Complementar nº 64/90, sobre a atuação do juiz no que é autorizado a formar convicção atendendo a fatos e circunstâncias constantes do processo, ainda que não arguidos pelas partes, e a considerar fatos públicos e notórios, indícios e presunções, mesmo que não indicados ou alegados pelos envolvidos no conflito de interesses”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.082/DF, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 30 de outubro de 2014).

⁴⁸⁷ Por todos: “Tal julgamento do STF é a prova da prevalência do protagonismo da subjetividade na mais alta Corte da Justiça do Brasil e da falta de critérios aqui denunciadas, que já se inicia com a aparente pouca importância que os membros daquela corte dão aos casos postos em análise, como fizeram no caso da ADI 1082/DF” (NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral – Lei de Inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 134)

Como apontado anteriormente, o processo civil eleitoral, embora integrante do microsistema de processo coletivo, e detentor de normas processuais próprias, sofre a influência e é regido em diversos aspectos por dispositivos do CPC, por expressa disposição do art. 15 deste *codex*. Assim, é também necessário que haja a compatibilização entre os dispositivos que integram o sistema processual vigente e uma interpretação das suas normas adequadas a tal desiderato. Nesse sentido, a correta interpretação do art. 23 deve levar em conta as normas fundamentais do processo civil, insculpidas na parte geral do CPC/15, em especial o quanto dispõem os artigos 9º e 10.

A vedação à decisão surpresa e a imposição da observância do contraditório prévio, são regras que observadas quando da interpretação do art. 23 auxiliam o aplicador do direito a evitar que a ampliação dos poderes do juiz eleitoral entre em conflito com as normas fundamentais do processo civil. Na medida em que, o juiz poderá sim considerar circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, até mesmo porque não poderá se omitir diante do conhecimento ou da suspeita da ocorrência de eventos aptos a afetar o resultado da lide. No entanto, deverá assegurar o direito de as partes se manifestarem sobre tais fatos, antes de proferir uma decisão em caráter definitivo.⁴⁸⁸

Ainda sob essa perspectiva, a aplicação do art. 23 deverá se dar por decisão suficientemente fundamentada (art. 11), justificando as razões pela qual o magistrado submete ao contraditório das partes determinado fato ou circunstância, expondo de que maneira tais elementos chegaram ao seu conhecimento e qual a sua relevância para a solução da controvérsia. Além de, é claro, ao proferir decisão de mérito observar as exigências impostas pelo §1º do art. 489 do CPC, de forma a assegurar que a fundamentação da decisão, especialmente com relação aos fatos trazidos de ofício aos autos, seja suficiente para atender os ditames do devido

⁴⁸⁸ “(...) Se ao juiz é dado fundar sua decisão em fatos não alegados pelas partes, caberá a elas o direito ao contraditório, ou seja, ao conhecimento prévio dos fatos apurados contra qualquer delas, para que possa ser exercido seu direito de defesa plenamente. Não poderia o juiz, após as alegações finais, sem que em nenhum momento determinado fato fosse agitado no processo, se valer dele para, sem que a parte prejudicada pudesse falar e deduzir prova em contrário, julgar o processo, decretando a inelegibilidade. Isso seria um rematado absurdo, a ferir a consciência jurídica de nosso País” (COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 338)

processo legal.⁴⁸⁹

Assim, a possibilidade de o juiz trazer fatos relativos à controvérsia que não foram alegados pelas partes⁴⁹⁰ não o autoriza a violar o direito das partes ao devido processo legal, devendo, portanto, observar atentamente o contraditório e a ampla defesa. A inclusão de fatos novos na demanda deve ser seguida da possibilidade de manifestação das partes, inclusive com a possibilidade de produção de contraprova, se se fizer necessário e for compatível com o procedimento adotado.

Além disso, é importante afirmar que a iniciativa probatória do magistrado deve ocorrer dentro dos limites predefinidos pelo autor da ação. Essa foi, inclusive, uma das balizas definidas pelo STF, quando do julgamento da ADI. Visto que constou expressamente do acórdão, em manifestação do Min. Luiz Fux que consideração pelo juiz eleitoral de circunstâncias e fatos não indicados pelas partes, não consiste na “indicação de uma causa petendi diversa, porque nós sabemos que a regra é a de que o juiz não pode proferir uma decisão fora do pedido ou da causa petendi; são fatos relativos ao pedido e a causa petendi que o juiz pode conhecer”.

Trata-se observação indispensável, pois o caminho da compatibilização do art. 23 com o princípio dispositivo e as garantias processuais implica, necessariamente, que os fatos e circunstâncias sejam relativos ao pedido e à causa de pedir. Não podendo o juiz ampliar de ofício o objeto da demanda. Inclusive, em oportunidade recente, o TSE reforçou o entendimento adotado na ADI nº 1082/DF, reconhecendo⁴⁹¹ que a ampliação dos poderes instrutórios do juiz eleitoral deve

⁴⁸⁹ “O interesse público na lisura eleitoral deve ser lido por meio da Constituição e dos outros valores ali inseridos. Daí porque se pode afirmar que esse dispositivo (art. 23), por óbvio, não reina mais só e deve ser lido também com a mitigação decorrente do art. 489, §1º, do NCPC exigente que a decisão, com fundamentação adequada, não se limite à indicação de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, ou seu emprego sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso ou mesmo a invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. MEZZAROBBA, Orides. Conceitos Jurídicos indeterminados no direito eleitoral: um olhar a partir da necessidade de fundamentação. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1, p. 381-398)

⁴⁹⁰ “O que o art. 23 da LC 64/90 determina, em benefício da lisura e normalidade dos prélios eleitorais, é que o magistrado não despreze, ao formar seu convencimento, nenhum fato secundário que possa ser indicativo da prática (ou da não prática) dos atos ilícitos narrados na petição inicial” (ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. **Ação de impugnação de mandato eletivo**. Barueri, SP: Manole, 2013. p. 213.)

⁴⁹¹ “A ampliação dos poderes instrutórios do Juiz pelo art. 23 da LC 64/90 e pelo Código Fux deve ocorrer nos limites do que predefinido como pedido e causa de pedir pelo autor da ação, uma vez

ocorrer nos limites do que predefinido como pedido e causa de pedir pelo autor da ação.

Assim, resta demonstrado que as críticas referentes à ausência de contraditório e à utilização do artigo para indeferir a produção de provas, com base na celeridade imposta ao processo civil eleitoral, não dizem respeito à norma em si, mas a interpretações inadequadas do dispositivo. Visto que, o art. 23 não autoriza que sejam consideradas circunstâncias e fatos sem a observância do contraditório. Pois, como visto, embora não preveja expressamente, deve ser interpretado a partir das normas integrantes do sistema jurídico no qual está inserido.

E, quanto ao indeferimento de provas com fundamento na possibilidade de um livre convencimento do magistrado, é evidente que decisões dessa natureza são incompatíveis com o ordenamento jurídico. A adoção da expressão “livre apreciação” se deu em função dos termos empregados pelo CPC/73, vigente à época. E, mesmo naquele contexto, antes da supressão da expressão pelo CPC atual, não se admitia a interpretação de que o livre convencimento motivado autorizaria o juiz a decidir sem levar em consideração as provas trazidas pelas partes e sem expor os fundamentos que o levaram a decidir.

Dessa forma, o que se verifica é a importância do art. 23, enquanto disposição necessária para reforçar o papel proativo do juiz eleitoral na condução do processo em busca da aproximação com a verdade dos fatos. A existência de questionamentos quanto à sua constitucionalidade, já superados pelo STF, devem ser contornadas a partir da interpretação sistemática do dispositivo, e sua compatibilização com as normas fundamentais insculpidas no CPC/15 e na Constituição Federal.

que cabe às partes descrever os elementos essenciais à instrução do feito, e não ao Juiz, que não é autor da ação. Ao declarar a constitucionalidade do referido art. 23 da LC 64/90, o Supremo Tribunal Federal assentou que a atenuação do princípio dispositivo no Direito Processual moderno não serve a tornar o Magistrado o protagonista da instrução processual. A iniciativa probatória estatal, se levada a extremos, cria, inegavelmente, fatores propícios à parcialidade, pois transforma o Juiz em assistente de um litigante em detrimento do outro. As partes continuam a ter a função precípua de propor os elementos indispensáveis à instrução do processo, mesmo porque não se extinguem as normas atinentes à isonomia e ao ônus da prova (ADI 1.082/DE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 30.10.2014)”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358, Relator Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 12 de setembro de 2018)

Além disso, as premissas anteriormente delimitadas quanto à natureza e à relevância do bem jurídico tutelado e os standards probatórios exigidos para a formação do convencimento do juiz eleitoral, devem ser considerados no momento de valorar a adequação do dispositivo à realidade e aos valores ínsitos ao processo civil eleitoral.

No processo moderno, não se pode admitir uma visão restritiva do papel do magistrado,⁴⁹² que diante das dificuldades impostas pelo contexto da disputa eleitoral deixariam o bem jurídico sem uma efetiva proteção pelo Poder Judiciário. É indispensável a observância do contraditório e do dever de fundamentação, mas esta deve se dar de forma a assegurar efetividade do processo eleitoral e garantir a proteção ao devido processo eleitoral.⁴⁹³

⁴⁹² FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Breves apontamentos sobre a ação de impugnação de mandato eletivo e o novo código de processo civil. In: FUX, Luiz. (Coord.) [et al.] **Direito Processual Eleitoral**. Tratado de Direito Eleitoral. Vol. 6. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 167.

⁴⁹³ “Mas, será preciso cuidado para que a observância do contraditório não retarde o processo indevidamente. Necessário, portanto, adequar a incidência de tais dispositivos à celeridade própria desse ambiente, determinando-se que o exercício do efetivo contraditório ocorra em lapso de tempo proporcional e adequado aos objetivos perseguidos, tal como já exposto” (YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 128-129)

2. ÔNUS DA PROVA

2.1. Distribuição do ônus da prova no processo eleitoral

A distribuição do ônus da prova, objeto de vasta produção acadêmica, em especial após entrada em vigor do CPC/15, também sobre influência direta das especificidades, dos princípios e dos valores que vigoram no processo civil eleitoral. No entanto, apesar disso e de se tratar de tema da maior relevância no âmbito probatório,⁴⁹⁴ a legislação eleitoral é omissa quanto a esse ponto.

Dessa forma, as decisões que abordam diretamente a questão do ônus da prova aplicam a regra insculpida no art. 333 do CPC/73, atualmente 373 do CPC/15.⁴⁹⁵ Segundo referida regra que, nesse ponto, não sofreu alterações, ao autor cabe o ônus de produzir provas quanto ao fato constitutivo de seu direito. E, ao réu, cabe o ônus de provar quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Esse modelo, que atribui o ônus da prova à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado,⁴⁹⁶ é a regra geral do código de processo civil e, a princípio, aplicável aos demais ramos do processo civil. Essa forma de distribuição do ônus, adota a premissa de que a parte é a maior interessada na comprovação dos fatos por ela alegados.⁴⁹⁷ Assim, atuaria como mola propulsora

⁴⁹⁴ Ao tratar do ônus da prova, Echandia destaca sua relevância par ao ordenamento jurídico como um todo, afirmando que: “A segurança jurídica, a harmonia social, o interesse geral em que se realizem os fins próprios do processo e da jurisdição reclamam a sua existência” (tradução livre) (ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la prueba judicial**. 5 ed. Buenos Aires: V. P. Zavalía Editor, 1981. p. 451)

⁴⁹⁵ CROSARA, Dyogo. A dinamização do ônus da prova no direito eleitoral. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1, p. 381-398.

⁴⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 7 ed. São Paulo; Malheiros, 2017. p. 79.

⁴⁹⁷ “Parte-se da premissa, explícita ou implícita, de que o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico favorável a esse litigante, ou a negação de um efeito jurídico a ele desfavorável. Semelhante interesse naturalmente estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o órgão judicial de que o fato deveras ocorreu – numa palavra: de prová-lo. Todo ordenamento processual, sejam quais forem as diretrizes filosóficas ou políticas que o inspirem, conta em larga extensão com a eficácia desse estímulo. O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo, Saraiva, 2º Série, 1980)

para a efetiva participação dos litigantes, segundo o empenho de cada um para sair vitorioso na demanda.⁴⁹⁸

Trata-se do chamado aspecto subjetivo do ônus da prova. Que consistiria, portanto, na análise do ônus da prova sob a perspectiva do interesse da parte. Pois, na medida em que a lei define previamente sobre quem recairá a consequência pela ausência de produção das provas do fato alegado, cada uma das partes do processo passará a agir de acordo com essa disposição e com seu interesse no resultado do processo.

É importante destacar que, enquanto ônus, deve ser compreendido não como um dever, em razão do qual incidiria uma sanção no caso de descumprimento. Na verdade, o ônus é uma espécie de poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de uma norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada.⁴⁹⁹

Dessa forma, em se tratando do ônus da prova, cada parte se sujeita ao risco de um resultado desfavorável, não havendo a certeza desse resultado, mas tão somente um incremento no risco de um julgamento contrário. Assim, a parte se orientará a partir dessa análise de risco, para trazer aos autos as provas que lhe convenham. Por essa razão é que se afirma tratar-se, sob essa perspectiva, de regra de procedimento, pois serve como um norte para a atuação das partes.

Outro aspecto de análise do ônus da prova é o objetivo, a partir do qual se compreende o ônus da prova como regra de julgamento. O aspecto objetivo do ônus da prova, analisado sob a perspectiva do juiz, atua no sentido de orientar a forma como deverá decidir caso as provas produzidas não sejam suficientes para demonstrar a ocorrência ou não dos fatos controvertidos.

Portanto, se um fato alegado por uma das partes não foi devidamente comprovado, por meio das provas acostadas aos autos, a consequência da sua não produção deverá recair sobre aquele a quem cabia o ônus da prova. Nessa perspectiva é que se afirma tratar-se de uma regra de julgamento, a partir da qual

⁴⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 7 ed. São Paulo; Malheiros, 2017. p. 79.

⁴⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 203.

o juiz poderá decidir mesmo que possua dúvidas sobre o caso e os elementos dos autos não tenham atingido o padrão de suficiência probatória demandado para uma decisão baseada na convicção do magistrado.

Essa regra se presta, em certa perspectiva como um mecanismo de proteção para as partes. Pois, evita que o juiz decida de maneira arbitrária, ao se deparar com um cenário de insuficiência probatória e a vedação ao *non liquet*.⁵⁰⁰ Além de, por outro lado, atribuir um ferramental para que o magistrado possa proferir decisões mesmo quando esteja desprovido de elementos de prova suficientes e não possua meios para complementar o acervo probatório carregado aos autos.

Como afirmado acima, também no processo civil eleitoral, diante da ausência de regras próprias, aplica-se, a princípio, esse modelo de distribuição do ônus da prova. Cabendo, portanto, ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. O que deve ser analisado, no entanto, é de que forma as características próprias do processo eleitoral influenciam nessa distribuição e se são suficientes para, em algum aspecto, alterá-la.

2.2. Ônus da prova e princípio do *in dubio pro suffragio*

O primeiro dos fatores que deve ser investigado é a interação da distribuição do ônus da prova prevista no CPC e o princípio do *in dubio pro suffragio*. Conforme esclarecido anteriormente, referido princípio tem como objetivo preservar o resultado das urnas e orientar a atuação do magistrado no sentido de adotar um rigor mais elevado na formação de sua convicção, caso haja elementos para decidir de maneira contrária à vontade manifestada nas urnas.

Dessa forma, o que se impõe é uma regra segundo a qual, havendo dúvida deverá o juiz decidir em favor da não interferência no resultado das urnas. Há, portanto, uma presunção de legitimidade social e jurídica que recai sobre a escolha

⁵⁰⁰ “Tais regras levam, de certa forma, a um retorno ao formalismo na apreciação probatória, mas que se afigura necessário, sob pena de ser chancelado o arbítrio, configurado caso fosse permitido ao magistrado uma decisão por equidade em caso de ausência de provas” (MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. Salvador: Juspodivm, 2014)

feita por meio do sufrágio eleitoral que eleva o grau de exigência probatória em se tratando de processos eleitorais.

Já foi abordado, quando da definição do standard probatório eleitoral, a influência desse princípio sobre a elevação do grau de suficiência probatória, demonstrando através da análise conjunta com outros elementos que, quando menos, o processo civil eleitoral demanda prova clara e convincente para que se possa julgar procedente uma demanda.

No entanto, há outra conclusão que também se pode extrair de tal princípio, a de que recai sobre a parte autora o ônus de demonstrar a presença de elementos suficientes para interferir no resultado do processo democrático de escolha de representantes. Explica-se.

Nas demandas eleitorais, aos menos aquelas com o potencial de interferir diretamente no resultado das eleições, a parte que atua pela sua modificação é sempre a parte autora. Seja, na AIJE, AIRC, AIME ou qualquer outra demanda que possua natureza semelhante, o pedido de reconhecimento da inelegibilidade, da cassação do mandato eletivo, por exemplo, será defendido pela parte autora, e é dele que pode decorrer a alteração ou influência no resultado das urnas.

Dessa forma, há uma coincidência entre o princípio *in dubio pro suffragio* e a regra geral da distribuição do ônus da prova aplicável ao processo civil eleitoral. Pois, ambas impõem à parte autora o ônus de demonstrar a prova dos fatos constitutivos das alegações por ela invocadas. Assim, por exemplo, caso o autor de uma AIME pretenda a cassação do mandato de determinado candidato, com base no abuso de poder econômico, deverá trazer aos autos as provas capazes de demonstrar a prática da conduta ilícita.

Assim, não há do ponto de vista da distribuição do ônus entre as partes, qualquer alteração que possa advir da relação com o princípio em questão. Visto que seja pela regra geral do CPC, seja pela aplicação do *in dubio pro suffragio* recairá sobre a parte autora a responsabilidade de se desincumbir do seu ônus probatório para que haja a procedência da demanda apta a interferir no resultado das urnas.

A consequência da sua aplicação está no grau de exigência de suficiência probatória que se impõe às ações eleitorais. Pois, em nome da estabilidade e segurança do processo democrático, a parte autora deverá carrear aos autos elementos de prova robustos o suficiente para atender o standard probatório atribuído às demandas eleitorais.

2.3. Ônus da prova nos processos eleitorais de caráter sancionatório

Além do princípio do *in dubio pro suffragio*, também a presença do elemento sancionatório em parte das demandas eleitorais, tem a aptidão de influir na distribuição do ônus da prova. Isso porque, o caráter sancionatório dessas demandas atrai a aplicação de princípios do processo penal, dentre os quais se destaca o da presunção de inocência.⁵⁰¹

Assim, uma vez que há a presunção de inocência em tais demandas o ônus da prova será inteiramente do acusador, diante da imposição do *in dubio pro reo*.⁵⁰² O princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*) integra o princípio da presunção de inocência, garantido que em caso de dúvida, deva sempre prevalecer o estado de inocência e seja o réu absolvido.

É evidente que o réu, diante da possibilidade da imposição de uma sanção grave, e possuindo elementos para demonstrar a sua inocência tomará a iniciativa na produção das provas necessárias para tanto. Ocorre, no entanto, que em razão da presunção de inocência o ônus que recai sobre o réu seria um ônus imperfeito ou relativo. Há quem afirme, inclusive, que o réu não teria nem mesmo o ônus de

⁵⁰¹ No mesmo sentido, ao tratar da ação de improbidade administrativa: “A nosso sentir, a aplicação do art. 333 do CPC/73, no que diz respeito às esferas subjetiva e objetiva do ônus da prova, tem o potencial de gerar situações de injustiça aos réus, o que, em grande monta, se deve à severidade das sanções previstas em improbidade administrativa, dado que já fora enfatizado no tópico anterior. Se a dúvida pode gerar a condenação do réu, pela inobservância do ônus, não seria incoerente pensar que à improbidade administrativa se aceita o *in dubio pro societate* para condenar o réu. Por essa razão, não nos causaria estranheza suscitar a aplicação das regras de ônus da prova previstas no processo penal para prestigiar o texto constante do art. 5º, inc. LVII, da CF/88, e, com isso, nos alinharmos com a doutrina que suscita as normas da esfera penal como de aplicação subsidiária para as improbidades administrativas. Logo, o que aqui se cogita é que a presunção de inocência seja a regra geral de ônus da prova nos casos em que há a invocação da aplicação das sanções previstas em improbidade administrativa” (PINTO, Marcos Vinicius. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista.; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 387)

⁵⁰² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

gerar uma dúvida razoável no juiz em relação aos fatos narrados pelo autor,⁵⁰³ dada a incidência da presunção de inocência.

Dessa forma, também nos processos civis sancionatórios, por força da presunção de inocência, o réu não teria que fazer prova dos fatos capazes de demonstrar sua inocência.⁵⁰⁴ Bastando, para que seja julgado inocente, que recaia sobre os fatos que embasam o pedido do autor, dúvida além da razoável.

Veja, portanto, que se trata de um “ônus” reduzido em relação àquele que recai sobre o autor. Por essa razão, pela disparidade entre os ônus dos envolvidos, é que se destaca a inexistência de um ônus de provas para o réu, nos exatos termos daquele que pende sobre a parte autora.

Além disso, à semelhança do indicado quando do tratamento do *in dubio pro suffragio*, a presença do elemento sancionatório interfere no standard de suficiência probatória, exigindo que os fatos sejam comprovados além da dúvida razoável para que o juiz imponha qualquer das sanções previstas na lei eleitoral.⁵⁰⁵ Até mesmo porque, como dito anteriormente, a coexistência desses dois elementos impõe que não se profira decisão capaz de sancionar gravemente o réu e ainda interferir no resultado das urnas, sem que haja elementos de prova robustos, aptos a afastar qualquer dúvida razoável que possa pairar sobre a prática ilícita.

A despeito do ora exposto, será abordada adiante a questão relativa à dinamização do ônus da prova, na qual a presença do caráter sancionatório e da presunção de inocência irão interferir de maneira substancial na própria admissibilidade desse instrumento processual, já admitido em algumas situações, mas consolidado pelo CPC/15, através da disposição constante no art. 373, §1º.

2.4. Decisão com base em ônus da prova e ideal da justiça eleitoral

⁵⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 233.

⁵⁰⁴ MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 192.

⁵⁰⁵ “Sob a ótica técnico-jurídica, o rompimento da presunção de inocência, enquanto garantia, está atrelado ao emprego de um standard probatório mais rigoroso, em que a condenação decorre da comprovação da culpa, além de qualquer dúvida razoável” (Ibidem. p. 193)

A invocação do ônus da prova, enquanto regra de julgamento, somente se justifica quando houver uma insuficiência probatória sobre os fatos narrados pelas partes.⁵⁰⁶ Assim, o que se tem é uma regra de aplicação subsidiária que terá lugar quando, após o esgotamento dos meios instrutórios, restar no processo um vazio probatório em relação a fato essencial para o deslinde do feito, não havendo prova suficiente nos autos a seu respeito.⁵⁰⁷

A existência do ônus da prova, enquanto regra de julgamento, se dá, como visto, pela vedação ao *non liquet*. De forma que, estando o juiz obrigado a decidir, a despeito de os fatos narrados terem restado provados ou não, e sendo possível que não haja mais mecanismos para o juiz colher as provas necessárias ao seu convencimento, ele deverá decidir com base no ônus de cada uma das partes, a fim de garantir a pacificação social.

No entanto, como afirma Jorge W. Peyrano,⁵⁰⁸ a decisão proferida com base no ônus da prova deixa um sabor amargo em razão da permanência da dúvida sobre os fatos postos em juízo. Assim, sob o ponto de vista da legitimidade da decisão⁵⁰⁹ perante a sociedade, embora seja inegável que esse tipo de decisão é

⁵⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 195.

⁵⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 7 ed. São Paulo; Malheiros, 2017. p. 93.

⁵⁰⁸ "Esteja correta (ou não) a má consciência acima mencionada, que ainda pode gerar a solução de uma disputa através da invocação da regra do ônus da prova: "você perdeu porque não tentou, deve provar", o que é indubitável é que representa um fracasso na tarefa judicial de "dar a cada um o seu" verdadeiramente e não graças a ficções que favorecem a paz social, mas deixa o sabor amargo que consiste na permanência da dúvida sobre se o caso foi apenas resolvido. E essa incerteza justifica amplamente que a solução obtida com a alegação da regra do ônus da prova deve ser estimada como residual, *in extremis* e quase, diríamos, mesmo governada pela máxima de que, na dúvida, sua aplicação não prosseguiria; portanto, o tribunal deve avaliar com mais cuidado as evidências produzidas para verificar se, de fato, o que deve ser demonstrado não foi demonstrado" (Tradução livre) (PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. **Revista de Processo**. Vol. 185. Jul. 2010. p. 107-112)

⁵⁰⁹ "Mesmo adotando uma premissa epistemológica que aceita um conceito de verdade como correspondência, é preciso ter a plena consciência de que uma identidade absoluta é inatingível. Mas, ainda que não possamos saber, com absoluta certeza, quando um enunciado fático é verdadeiro, podemos saber quando, com base em uma probabilidade lógica prevalecte, um enunciado é preferível ao outro. E, assim sendo, não se concebe um modelo justo de processo, em especial de natureza punitiva ou sancionatória, que não trabalhe com a verdade – ainda que inatingível – como fator de legitimação de seu resultado e critério de justiça" (BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito à prova e os limites de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 220)

necessária, ela não soluciona a demanda a partir do convencimento do magistrado sobre os fatos ocorridos.

E, em se tratando de demandas que tratam da regularidade e da lisura do processo de manifestação da vontade popular, esse sabor amargo descrito por Peyrano fica ainda mais evidente. Pois, mesmo que não haja o reconhecimento da inelegibilidade ou a cassação do mandato, a decisão proferida pela Justiça Eleitoral não põe um fim na questão.

A decisão baseada na insuficiência probatória, ao contrário daquela que atesta a ocorrência ou não dos fatos narrados, transmite uma mensagem frágil quanto ao caso posto em juízo, deixando margem para conjecturas e insatisfações, a partir da incapacidade do Poder Judiciário de solucionar a questão a partir dos fatos verdadeiramente ocorridos.

Note-se, não se afirma que haja decisão capaz de reproduzir uma verdade absoluta, a dita verdade real, ou que, não seja necessário solucionar o processo judicial eleitoral, dentro do prazo imposto pelo calendário eleitoral. Inclusive, nesse sentido, Flávio Yarshell chega a afirmar que no processo eleitoral é prevalente o escopo social da jurisdição,⁵¹⁰ dado os prazos exíguos e necessidade de dar uma resposta à sociedade de maneira tempestiva.

No entanto, é inegável que do ponto de vista da legitimidade do processo eleitoral como um todo, a prolação de decisões pautadas no convencimento do juiz eleitoral sobre os fatos descritos é muito mais próximo do que se espera da atuação do Poder Judiciário. Pois, mesmo que a decisão preserve o resultado consolidado nas urnas, não há uma declaração do órgão responsável pela fiscalização da regularidade do pleito que inexistiu mácula, mas que, se houve, não foi comprovada.

Há, contudo, um conflito que precisa ser destacado. Na medida em que, a incidência do *in dubio pro suffragio* e do *in dubio pro reo*, e a conseqüente elevação do standard probatório para prova clara e convincente ou prova além da dúvida razoável, implica no aumento da probabilidade de decisões pautadas no ônus da

⁵¹⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 125.

prova. Pois, quanto maior o conjunto probatório que precisa ser produzido para alcançar o grau de convencimento exigido, maior é a chance de que as partes não consigam se desincumbir do seu ônus e o juiz tenha que julgar com base no ônus da prova.

Por essa razão, o mesmo conjunto de normas e princípios que busca assegurar que eventuais intervenções no processo eleitoral somente ocorram a partir de um grau elevado de convencimento do magistrado, também implica o aumento de decisões inconclusivas quanto aos fatos, afastadas do ideal que se busca na atuação do judiciário, em especial, o eleitoral.

Essa consequência, que não passa despercebida no momento de se ponderar sobre a adequação da adoção de standards elevados de suficiência probatória, deve ser compensada pela adoção de procedimentos capazes de facilitar a produção de provas pelas partes no decorrer do processo. Além de atribuir ao juiz um papel mais ativo, como demonstrado anteriormente, para reduzir, dentro do possível a incidência de decisões inclusivas sobre os fatos narrados.

A existência de standards de prova elevados não pode se prestar a justificar decisões de improcedência, especialmente em procedimentos de natureza pública, quando o juiz se mantiver inerte diante da possibilidade de contribuir com a demonstração da verdade dos fatos.

2.5. Dinamização do ônus da prova

O último aspecto a ser tratado sobre o ônus da prova no processo civil eleitoral é talvez o mais controvertido de todos e aquele que suscitou mais discussões após a promulgação do CPC/15: a dinamização do ônus da prova⁵¹¹ no processo civil eleitoral, nos termos do §1º art. 373.

⁵¹¹ Nesse ponto, cumpre fazer breve esclarecimento a respeito da distinção feita pela doutrina entre dinamização e inversão do ônus da prova. Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto afirmam “a dinamização se diferencia da inversão pela sua potencialidade, com o perdão do pleonismo, de dinamicidade. É que, enquanto a primeira é uma via de mão-dupla, dependente da análise criteriosa das condições fáticas das partes, a segunda, muito embora dependa do caso concreto, é uma via de mão única, é dizer, a inversão só pode ser feita uma única vez e em um único sentido” (MACÊDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 166) Arthur Thompsen Carpes afirma que: “Embora a lei se utilize da expressão

De acordo com o referido dispositivo, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir com o ônus da prova ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A possibilidade da modificação da distribuição estática do ônus da prova, já existente em outros diplomas – como a previsão do art. 6º do CDC -, e adotada pela doutrina e jurisprudência mesmo antes do CPC/15, foi definitivamente incorporada em nosso ordenamento através do art. 373, §1º, com contornos ainda mais amplos. Como se verifica a partir da disposição acima descrita, a norma exige justificativa da dinamização do ônus da prova, deixando claro que a decisão deve dar à parte gravada com a alteração, oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.⁵¹²

Portanto, caso as especificidades da situação de direito material demonstrar que não é razoável exigir daquela parte sobre a qual, via de regra, recai o ônus de provar determinado fato, e havendo elementos que indiquem que a parte contrária terá condições de se desincumbir desse ônus caso a ela seja atribuído, o juiz poderá, por decisão fundamentada, determinar a inversão do ônus da prova. A dinamização poderá, inclusive, ocorrer somente quanto a determinado fato, não havendo a obrigatoriedade de se dar com relação a todos os fatos narrados por uma das partes.

Essa possibilidade de dinamização possui papel relevante em diversos procedimentos, e atribui mais um instrumento à disposição do magistrado para a

“inversão para denominar a modificação do regime de distribuição ordinário, o certo é que, rigorosamente, inversão não ocorre: o réu não passa a ser onerado da prova das alegações fáticas do autor e vice-versa. Ao contrário do que a expressão também faz supor, o autor nem sempre fica sem qualquer ônus probatório. Nada obstante a expressão ‘inversão’ esteja presente no texto da lei, o termo dinamização parece mais adequado a denominar o fenômeno por melhor expressar tal sorte de excepcional fluidez do regime do ônus da prova à luz das peculiaridades concretas do caso” (CARPES, Arthur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil. In: SANTOS, William Ferreira. JOBIM, Marco Félix. **Direito Probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 203) Por essa razão, embora não se vislumbre prejuízo na menção à inversão ao se referir à consequência da aplicação do dispositivo, a expressão dinamização se mostra mais adequada a tratar do mecanismo como um todo.

⁵¹² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 230.

condução de um processo *truth-oriented*. A regra geral de distribuição estática prevista no art. 373 não é suficiente para abarcar todas as situações que podem se impor à apreciação do magistrado, de forma que, respeitadas as garantias e direitos processuais das partes, mostra-se como elemento que poderá contribuir sobremaneira para a consecução dos objetivos do processo.

No entanto, se no processo civil “comum” esse tipo de expediente encontra espaço, desde que observadas as disposições legais, a sua importação para sistemas processuais próprios, como é o caso do processo civil eleitoral, deve ser tratada *cum grano salis*, na medida em que a ausência de critério na aplicação dessa norma, pode vir a violar valores essenciais defendidos em cada um desses sistemas. Portanto, dentro da excepcionalidade que autoriza a dinamização da prova – dada a exigência de diversos requisitos simultâneos - deve ser ainda mais excepcional a inversão na seara eleitoral, uma situação excepcional ao quadrado.⁵¹³

Para o seu tratamento no processo civil eleitoral, é necessária uma abordagem diferenciada no tocante aos procedimentos de natureza sancionatória e naqueles de natureza não sancionatória. Pois, se para os processos de natureza sancionatória – como será analisando mais a frente – a aplicação desse instrumento encontra óbices insuperáveis, para os processos não sancionatórios a sua importação desde que observe as peculiaridades do processo civil eleitoral se mostra plenamente viável.⁵¹⁴

Em primeiro lugar, é importante destacar que desde a promulgação do CDC, com a previsão do art. 6, VIII⁵¹⁵ a possibilidade de inversão do ônus da prova no

⁵¹³ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. Dinamização do ônus da prova no direito eleitoral. In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 290.

⁵¹⁴ Nesse sentido, sem fazer ressalvas quanto à natureza sancionatória do procedimento: REIS, Marlon. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. MATEUS, Laudo Natel. Processo eleitoral e o novo CPC – aplicação imediata. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 126; BORBA, Adriano Meireles. O novo CPC e o direito eleitoral: impacto, prazos e provas no processo eleitoral. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 28; DUARTE, Michelle Pimentel. **Processo Judicial Eleitoral – Jurisdição e Fundamentos para uma Teoria Geral do Processo Judicial Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 144.

⁵¹⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

microsistema de processo coletivo é defendida pela doutrina.⁵¹⁶ E, sendo o processo eleitoral, integrante desse microsistema, seria defensável, inclusive a possibilidade de inversão do ônus da prova para processos não sancionatórios, antes da vigência do CPC/15.

A natureza pública das ações coletivas, nas quais se inserem as ações cíveis eleitorais, atrai a necessidade da adoção de mecanismos tendentes a evitar o julgamento de improcedência por insuficiência de provas.⁵¹⁷ De forma que a possibilidade de dinamização consiste importante instrumento para a consecução dos objetivos do processo civil eleitoral, dado seu caráter coletivo. No entanto, diante da previsão do art. 373, aplicável a despeito da natureza coletiva das ações, fica ainda mais clara a possibilidade de aplicação ao processo civil eleitoral.

Exemplo dado pela doutrina referente à aplicação da dinamização do ônus da prova é a prestação de contas, quando não foi possível ao autor demonstrar à sociedade os argumentos apontados na peça inicial. Nesse caso, caberia a dinamização do ônus da prova para que o candidato demonstre justa causa para a não observância da forma legal de suas contas eleitorais. Justamente porque detém consigo todas as fontes de informações necessárias para demonstrar o valor, o destino e a finalidade de seus recursos e despesas de campanha eleitoral.⁵¹⁸

Alguns óbices que poderiam ser invocados como a necessidade de observar o calendário eleitoral, são superadas pelo incremento da efetividade do processo que pode advir da determinação da inversão do ônus da prova. A distribuição do ônus processual a partir das peculiaridades da demanda, e atenta a qual das partes teria mais condições de contribuir com a busca pela reconstrução dos fatos narrados na inicial, põe em contraposição a efetiva defesa dos interesses coletivos tutelados pelo processo eleitoral e a efetividade que, poderá ser contornada pela mera adequação do mecanismo às exigências do processo eleitoral.

⁵¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003. p. 285-288.

⁵¹⁷ LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da prova no novo CPC**. São Paulo: Método, 2015. p. 133.

⁵¹⁸ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Inovações no direito eleitoral: novos temas de direito eleitoral e as reformas eleitorais**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2018. p. 29.

O art. 373 não estabelece um procedimento elaborado para a dinamização do ônus da prova ou mesmo prazos para a manifestação das partes. De maneira que, quando da sua implementação em um processo eleitoral, bastará que o magistrado adote como referência os prazos utilizados pelas normas processuais. Por exemplo, o prazo de 4 (quatro) dias previsto no art. 5º da LC 64/90 para que ocorra a inquirição das testemunhas do impugnante e do impugnado.

Quanto ao momento adequado para a dinamização do ônus da prova, por força do que dispõe o art. 357, III do CPC, seria na decisão de saneamento. Embora não tenha previsão de saneador nos procedimentos previstos, nada impede que o magistrado profira uma decisão, fixando os pontos controvertidos e justificando os motivos que levaram à dinamização do ônus da prova. Concedendo, na sequência, e prazo compatível com o calendário eleitoral, a oportunidade de a parte sobre a qual incidirá o ônus da não produção da prova produzir a prova que lhe couber.

Isso não impede, contudo, que a dinamização ocorra em outros momentos do curso do processo, desde que o juiz oportunize às partes a possibilidade de produzir a prova e de exercer o contraditório sobre ela. Pois, surpreender a parte com uma alteração da regra estática do ônus da prova realizada somente no ato de sentenciar seria uma infração à garantia constitucional do contraditório ao disposto nos artigos 9º e 10 do próprio CPC.⁵¹⁹

Além disso, há vozes contrárias à possibilidade de dinamização do ônus da prova por força da presunção de legitimidade do resultado das urnas (*in dubio pro suffragio*). Nesse sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma que “A presunção de legitimidade do resultado das urnas reforça a necessidade de distribuir o ônus da prova de acordo com a regra tradicional do art. 333 do CPC, sob pena de violação da confiança depositada pelos eleitores, não havendo qualquer justificativa para uma inversão do encargo de provar”.⁵²⁰

Com a devida vênia ao entendimento adotado, o óbice apontado se mostra contornável a partir da identificação do papel da presunção de legitimidade do resultado das urnas que decorre do *in dubio pro suffragio*. Pois, em um processo

⁵¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume III**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 89.

⁵²⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Ações eleitorais e direito sancionador. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RIASP**. Ano 16. Vol. 32. Jul./Dez. 2013. p. 287.

civil eleitoral centrado na busca da verdade, a fim de preservar a vontade livremente manifesta dos eleitores, o recurso à presunção de legitimidade se dá quando não há elementos de prova suficientes. Assim, havendo dúvidas deverá prevalecer o resultado das urnas.

No entanto, se for possível a utilização de instrumentos processuais capazes de auxiliar na verificação dos fatos narrados na inicial, o juiz deverá poder lançar mão deles, desde que não conflitem com outros valores fundamentais, assegurando o cumprimento da finalidade do processo civil eleitoral que é a preservação e a tutela do devido processo eleitoral.

De forma que, diante de exposto acima, a inversão do ônus da prova nas demandas eleitorais não sancionatórias se mostra um instrumento importante para a consecução do papel constitucional da Justiça Eleitoral e proteção do devido processo eleitoral.

Outro ponto de questionamento a respeito da admissibilidade da dinamização do ônus da prova no processo civil eleitoral é a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias.⁵²¹⁻⁵²² Pois, o art. 1.015, XI do CPC prevê expressamente o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que versar sobre redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º. No entanto, parece se tratar de falsa controvérsia, na medida em que não há nada de distinto entre a hipótese de cabimento de agravo prevista no inciso XI e nos demais incisos do art. 1.105, e não há questionamentos quanto à irrecorribilidade da admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros.

Dessa maneira, à decisão que determina a dinamização do ônus da prova deve se aplicar a regra geral do processo civil eleitoral, segundo a qual as partes não dispõem de recursos próprios para a impugnação de decisões interlocutórias,

⁵²¹ CROSARA, Dyogo. A dinamização do ônus da prova no direito eleitoral. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1, p. 381-398.

⁵²² Nesse sentido dispõe a Resolução TSE nº 23.478/16, que trata da aplicação do novo CPC ao processo eleitoral: “Art. 19. As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.478/2016, Relator Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 15 de junho de 2016)

devendo se insurgir contra tais decisões quando do recurso em face da sentença.⁵²³ A justificativa da irrecorribilidade em separado, evitar interferências no trâmite processual, se mantém presente em relação à dinamização do ônus da prova, e na ponderação dos interesses em jogo deverá prevalecer.

Sendo proferida decisão que verse sobre a dinamização do ônus da prova, até a extinção do processo, com ou sem julgamento de mérito, não estará sujeita a preclusão.⁵²⁴ Devendo ser impugnada no bojo do recurso interposto em face da sentença proferida. Essa é, inclusive, a disposição constante no art. 1.009, §1º do CPC/15, ao dispor que as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. De forma que não é adequado apontar a irrecorribilidade como óbice para a sua adoção no processo civil eleitoral.

Por fim, antes de avançar ao tratamento das ações de caráter sancionatório, cumpre destacar, embora não pareça haver muita controvérsia quanto a esse ponto, que a inversão do ônus da prova convencional, por iniciativa das partes, não encontra espaço no processo civil eleitoral em razão da indisponibilidade do bem jurídico tutelado.⁵²⁵ Visto que a possibilidade de as partes convencionares sobre o ônus da prova está intimamente ligada à possibilidade de disporem do direito sobre o qual versa o processo.⁵²⁶ Assim, diante da indisponibilidade do bem jurídico sobre

⁵²³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. JORGE, Flávio Cheim. LIBERATO, Ludgero. **Manual de Direito Eleitoral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 659.

⁵²⁴ GOMES, José Jairo. **Recursos eleitorais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 127

⁵²⁵ REIS, Marlon. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. MATEUS, Laudo Natel. Processo eleitoral e o novo CPC – aplicação imediata. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 125; PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. O direito probatório eleitoral à luz do CPC 2015: algumas considerações. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. (Coord.). **Tratado de Direito Eleitoral – Direito Processual Eleitoral**. Vol. VI. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 163

⁵²⁶ “É proibida a convenção que recaia sobre direito indisponível, disposição normativa que visa proteger efetivamente este grupo de direitos, já que, como cediço, a atividade probatória é, muitas vezes, determinante para a sorte do litigante no processo. A razão de ser da norma decorre do fato de que eventual convenção sobre o ônus da prova que torne difícil a tutela do direito indisponível permitiria, ainda que de forma indireta, a disponibilidade do direito que se visa proteger” (MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. **Revista de Processo**. vol. 241, Mar./2018, p. 463-487)

o qual versam as demandas eleitorais, a convenção sobre o ônus da prova fica afastada.⁵²⁷

Além disso, como afirma Adriano Soares da Costa, se há algo que não se deve esperar entre partidos políticos e candidatos em disputas eleitorais é colaboração.⁵²⁸ Portanto, não obstante a impossibilidade por se tratarem de direitos indisponíveis, tais negócios jurídicos seriam apenas teoricamente possíveis, não se vislumbrando um cenário propício para a sua aplicação prática.

Com relação ao processo civil eleitoral sancionatório, por sua vez, a aplicação da inversão do ônus da prova esbarra em valores e princípios essenciais que a tornam absolutamente incompatível com o procedimento.⁵²⁹ Isso porque, nos processos judiciais punitivos não penais, não pode haver dinamização do ônus da prova em prejuízo do réu. Seja em razão do art. 373, §1º, do CPC ou do art. 6, VIII do CDC. A inversão em desfavor do réu implicaria lhe atribuir o ônus de comprovar que não praticou o ilícito que lhe é imputado, invertendo a estrutura do processo punitivo,⁵³⁰ em violações a garantias constitucionais elementares do réu em processo sancionador.⁵³¹

⁵²⁷ “Por esse ângulo, o Direito Eleitoral está sob o manto da indisponibilidade, haja vista transitar no âmbito do direito público, de modo que não há viabilidade para aplicar as cláusulas gerais negociais compreendidas no novo código de processo civil” (BANDEIRA, Maria Paula Pessoa Lopes. SANTOS, Maria Stephany dos. A inaplicabilidade das cláusulas negociais no âmbito eleitoral. In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 216)

⁵²⁸ COSTA, Adriano Soares da. Brevíssimas notas sobre os negócios jurídicos processuais eleitorais. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 35.

⁵²⁹ Nesse sentido: FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Breves apontamentos sobre a ação de impugnação de mandato eletivo e o novo código de processo civil. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. (Coord.). **Tratado de Direito Eleitoral – Direito Processual Eleitoral**. Vol. VI. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 163; PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. Dinamização do ônus da prova no direito eleitoral. In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 290.

⁵³⁰ “Assim, ‘inverter o ônus da prova significaria adotar a regra oposita: in dubio pro societate, ou, expresso em outros termos, in dubio contra reum’. Invertido o ônus, o réu poderia ter de fazer prova acerca de fato negativo (ex. que não cometeu o dano ou que para ele não concorreu), o que constituiria, em hipótese, verdadeira *probatio diabolica* e denotaria desigualdade probatória entre as partes. Esse também seria o fundamento para impedir a aplicação de eventual distribuição dinâmica do ônus da prova ou qualquer outra técnica que atribua ao réu esse pesadoso encargo” (PINTO, Marcos Vinícius. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCP. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista.; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 389)

⁵³¹ MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 214.

Nesse sentido, também defende Flávio Luiz Yarshell, ao dispor que a dinamização do ônus da prova não se aplica aos processos de cunho sancionador, como os de improbidade administrativa e os processos eleitorais com tais características. Pois, nesses casos, por força da presunção constitucional de inocência, a atribuição do ônus da prova já foi feita pelo Constituinte, de tal sorte que é inviável que a lei ordinária frustrasse, direta ou indiretamente, tal postulado.⁵³²⁻⁵³³

A ponderação feita por Flávio Yarshell evidencia, nesse ponto, a magnitude das normas em conflito diante da aplicação da inversão do ônus da prova ao processo civil eleitoral sancionador. Pois, de um lado há o nobre objetivo, acima defendido para os processos não sancionatórios, de impingir efetividade ao processo eleitoral e buscar a reconstrução da verdade dos fatos. No entanto, do outro lado, está a garantia constitucional da presunção de inocência.

Atribuir ao réu o ônus de provar sua inocência viola fatalmente essa garantia constitucional, que deve ser preservada mesmo que, em razão disso se tenha que admitir a improcedência de uma demanda em face de réu potencialmente culpado, pela falta de provas suficientes para o atingimento do standard probatório exigido. Há certas garantias e direitos fundamentais que não podem ser relativizados em nome da efetividade da tutela jurisdicional.

⁵³² YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 129.

⁵³³ No mesmo sentido, ao tratar da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, Rodrigo Nóbrega Farias: “Ao autor da demanda cabe o ônus de provar os fatos constitutivos de sua pretensão, juntando à inicial as provas existentes à época de sua propositura, indicando, desde logo, a natureza das demais provas a serem produzidas, para comprovar o fato constitutivo do seu direito, sendo, também, incabível a inversão do Ônus da prova, pelas mesmas razões expostas no parágrafo anterior, bem como por estarmos diante de um direito sancionador, vigendo o princípio de inocência” (FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Breves apontamentos sobre a ação de impugnação de mandato eletivo e o novo código de processo civil. In: FUX, Luiz. (Coord.) [et al.] **Direito Processual Eleitoral**. Tratado de Direito Eleitoral. Vol. 6. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 164)

3. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA

3.1. Relevância da prova pré-constituída no processo civil eleitoral

O processo de colheita de provas, usualmente, compõe uma das fases mais trabalhosas e demoradas em um processo de conhecimento. A necessidade, por vezes, de ouvir diversas testemunhas, realizar uma prova pericial complexa ou solicitar documentos que estejam sob posse de terceiros pode estender a litispendência por diversos meses, até mesmo anos. E, como repetido à exaustão, o processo eleitoral não comporta dilações muito extensas de tempo, sob pena de se tornar inútil, dada extemporaneidade, ou gerar excessiva instabilidade no pleito eleitoral.

Diante desse contexto, e considerando a importância, também já apontada, da prolação de decisões baseadas na demonstração da ocorrência dos fatos narrados, é que o tema da prova pré-constituída se mostra relevante para o processo civil eleitoral. Na medida em que, se apresenta, como se verá a seguir, como uma opção para a produção de arcabouço probatório mais robusto, sem que ocorram dilações incompatíveis com o processo civil eleitoral.

Por prova pré-constituída entende-se toda a prova formada fora do processo cujo objeto é a declaração do direito, podendo ela ser produzida pelas próprias partes, extrajudicialmente, ou no âmbito do poder judiciário, por iniciativa dos interessados.⁵³⁴⁻⁵³⁵ Assim, a produção da prova por meio do procedimento previsto nos artigos 381 e 383 do CPC/15, a ata notarial consagrada no art. 384 do CPC ou o inquérito civil produzido pelo Ministério Público Eleitoral, além dos outros meios de produção de provas que antecedam o processo, são instrumentos necessários ao equilíbrio entre os prazos exíguos do processo civil eleitoral e os elevados standards probatórios exigidos para a formação do convencimento do juiz eleitoral.

⁵³⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 44.

⁵³⁵ “Por la razón de que los documentos son pruebas preconstituídas, suele identificarse aquellos com estas: sin embargo, las últimas son el género y los primeros una de sus especies, porque existen pruebas preconstituídas no documentales, practicadas antes del proceso como testimonios, posiciones, inspecciones judiciales y dictámenes de peritos. Además, las pruebas tomadas en un proceso resultan preconstituídas para otro proceso” (ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. Tomo II. 5 ed. Buenos Aires: Zavalia, 1981. p. 510)

Não por outra razão, é que se admite que a pré-constituição da prova pode ser uma ferramenta relevante a serviço da celeridade do processo eleitoral, desde que seja observado o contraditório e as garantias processuais dos sujeitos da relação jurídica processual.⁵³⁶

A utilidade da pré-constituição das provas vai além da aceleração do procedimento que poderá vir a ser ajuizado posteriormente. Ela exerce, também, o importante papel de auxiliar na formação do convencimento dos legitimados para o ajuizamento da demanda a respeito do cabimento e da necessidade de se dirigir ao judiciário para solucionar a crise instaurada. As partes, ao produzirem as provas a respeito do fato potencialmente justificador da ação judicial, podem identificar a ausência de fundamentos para a demanda pretendida, ou mesmo se convencer da sua impertinência.

Em processos de natureza sancionatória, esse aspecto ganha ainda mais relevância. Pois, como afirmado por Marcelo Bonizzi, ao tratar da improbidade administrativa, o conhecimento do conteúdo dessas provas pode evitar que inocentes sejam injustamente acusados e tenham que se defender durante anos. Além de permitir ao Ministério Público, detectar com mais precisão qual a dimensão dos atos praticados, permitindo uma atuação mais eficiente.⁵³⁷

Especificamente no processo civil eleitoral, a pré-constituição das provas pode evitar o ajuizamento de inúmeras ações eleitorais, cuja mera existência e eventual conhecimento do público pode interferir no processo eleitoral. Além de auxiliar os legitimados para as ações eleitorais no pesado ônus de demonstrar de forma clara e convincente e, por vezes, além da dúvida razoável, a existência dos fatos narrados na inicial.

Além disso, é interessante notar que diversos procedimentos eleitorais preveem a necessidade de indicação e até mesmo juntada das provas já na petição inicial. É o que se verifica das disposições constantes no art. 3º, §3º da Lei de

⁵³⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo eleitoral? In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 271.

⁵³⁷ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil – Teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Inelegibilidades, art. 40-B da Lei das Eleições e art. 3º da Resolução TSE nº 22.610/07.⁵³⁸

A disposição do art. 3º, §3º da Lei de Inelegibilidades, dispondo sobre os requisitos da petição inicial da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, determina que a parte autora especifique, desde logo, os meios de prova com que pretende demonstrar a veracidade do alegado. Embora não haja previsão no sentido de que a prova deverá ser pré-constituída, tal qual ocorre em outras demandas eleitorais, não se admite o requerimento genérico pela produção de provas. De forma que o impugnante deverá ter exata noção das provas que pretende produzir no curso do processo, o que é facilitado pela pré-constituição de ao menos parte das provas que pretende carrear aos autos.

Indo mais além, o art. 40-B da Lei das Eleições, versando sobre a representação relativa à propaganda irregular, dispõe que ela deverá ser instruída com prova da autoria ou do prévio conhecimento do beneficiário, caso este não seja por ela responsável. Nesse caso, em razão da brevidade do procedimento, as provas deverão ser trazidas aos autos já no ajuizamento da representação. É evidente que, por se tratar de um ato ostensivo, a propaganda irregular será, na maior parte das vezes, facilmente comprovada pela juntada de fotos – o que, embora de execução simples, configura pré-constituição de provas.⁵³⁹

No entanto, é importante notar que o art. 40-B exige a prova da autoria ou do prévio conhecimento do beneficiário. Nesse ponto é que instrumentos mais elaborados de pré-constituição da prova, como, por exemplo, ata notarial, podem auxiliar e se mostrar uma ferramenta relevante para a demonstração da conduta ilícita na campanha eleitoral.

⁵³⁸ Disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária.

⁵³⁹ Cabe aqui menção ao sistema “PARDAL – Denúncias eleitorais”, desenvolvido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE-ES), para o recebimento de denúncias à Justiça Eleitoral de irregularidades praticadas por candidatos e partidos durante a campanha eleitoral. E que, durante o período de campanha, é vastamente utilizado para denunciar propagandas irregulares, o que auxilia sobremaneira a atuação do Ministério Público Eleitoral.

Há, ainda, a disposição constante do art. 3º da Resolução TSE nº 22.610/07,⁵⁴⁰ referente à ação de perda de mandato por infidelidade partidária, que demanda a prova documental da desfiliação e a indicação, justificada, das outras provas que pretenda produzir. Novamente, a relevância de ter elementos de prova previamente constituídos, de modo a permitir uma adequada compreensão sobre o contexto da demanda eleitoral e, assim, justificar de maneira clara e precisa a necessidade de produção de cada uma das provas requeridas.

Diante de todo o exposto, o que se vê, portanto, é que a pré-constituição de provas no processo civil eleitoral se mostra como uma ferramenta bastante útil para o incremento da efetividade da tutela jurisdicional, sem incremento do tempo na tramitação das demandas. Além de evitar que sejam ajuizadas demandas infundadas, caso o legitimado tenha conhecimento de fatos que o levem a desistir do ajuizamento da ação pretendida.

3.2. Produção antecipada de provas

A produção antecipada de provas, enquanto expressão apta a designar o procedimento previsto nos artigos 381 a 383 do CPC, consiste em um procedimento jurisdicional de pré-constituição de prova. Isso porque, por meio dele a parte interessada busca judicialmente a obtenção da prova sobre determinado fato. Trata-se de procedimento existente no ordenamento jurídico, a despeito das alterações quanto às hipóteses de cabimento, desde o Regulamento 737 de 1850.⁵⁴¹

No entanto, até a redação que constava do CPC/73, o procedimento era associado ao requisito da urgência pelo risco de perecimento ou impossibilidade de produção da prova quando da instauração do processo de conhecimento. Essa vinculação era tão relevante que a produção antecipada de provas era um dos procedimentos cautelares específicos, prevista nos artigos 846 a 851. De forma que

⁵⁴⁰ “Art. 3º - Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas”.

⁵⁴¹ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova – estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 89.

a ela se aplicava a disposição constante do art. 806, sendo imposto à parte a propositura da ação principal, no prazo de trinta dias.

A vinculação à urgência para a produção antecipada de provas restou superada a partir do reconhecimento de um direito autônomo à prova, desvinculado da existência de qualquer processo, que permite que as partes se dirijam ao Poder Judiciário requerendo a produção de determinada prova, sem estarem condicionadas ao ajuizamento demanda futura.

Em verdade, o CPC/15, na esteira de posição há muito defendida por Flávio Yarshell,⁵⁴² passou a admitir a produção antecipada da prova quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, ou quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.⁵⁴³ Além, de manter a hipótese relativa ao fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação.

Essa mudança legislativa consagra o entendimento de que a produção antecipada de prova, além de contribuir para a não ocorrência do litígio, pode, nos casos em que isso não se mostrar possível, contribuir para que a solução do conflito seja mais eficiente.⁵⁴⁴ Além de passar a admitir de maneira inequívoca que as partes e não só o juiz são também destinatárias da prova.⁵⁴⁵

Assim, a princípio, considerando o quanto exposto no item anterior, a produção antecipada de provas além de ser importante ferramenta para a consecução da finalidade da Justiça Eleitoral seria também cabível dentro da estrutura do processo civil eleitoral. No entanto, embora essa afirmação esteja correta, é necessário analisar quais das hipóteses de cabimento do art. 381 poderiam ser adotadas no processo civil eleitoral.

⁵⁴² YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁵⁴³ BERIZONCE, Roberto Omar. Prueba anticipada y procedimientos preliminares como medios para la decisión temprana de los conflictos. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) [et al.] **Direito probatório**. 2 ed. São Paulo: Juspodivm, 2016. p. 650

⁵⁴⁴ ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova – estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 36.

⁵⁴⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. op. cit. p. 137.

A primeira delas, quando haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é perfeitamente cabível no contexto do processo eleitoral. Visto que, o risco de o objeto da prova se extinguir no âmbito da campanha eleitoral (como uma propaganda irregular) ou no curso da consecução de ilícitos eleitorais, cujas provas poderão ser destruídas pelos agentes infratores, é bastante presente. De forma que, não há óbice à sua utilização no processo civil eleitoral.

Da mesma forma, também a hipótese relativa ao prévio conhecimento dos fatos, que possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação encontra abrigo no contexto das demandas eleitorais. Especialmente em se tratando da atuação do Ministério Público, que se dá sem interesses próprios nas ações eleitorais - o que não pode ser presumido em se tratando dos demais legitimados -, a possibilidade de conhecer de antemão de elementos de prova sobre determinados fatos, tem o potencial de inibir o ajuizamento de demandas que, futuramente, seriam identificadas como infundadas.⁵⁴⁶

Para o ajuizamento de uma AIJE, por exemplo, basta que sejam apresentados indícios ou circunstâncias (art. 22 da Lei das Inelegibilidades) para justificar o seu ajuizamento. No entanto, para que seja julgada procedente há a necessidade de provas robustas, além da dúvida razoável, quanto ao ilícito narrado na inicial. Esse imenso degrau deverá ser superado pela curta fase de colheita de provas, o que evidencia a dificuldade e a grande possibilidade de que, ao final, a demanda seja julgada improcedente.

Em um caso como o acima narrado, a colheita de provas com fundamento no prévio conhecimento dos fatos será de grande valia não só para o estudo mais adequado de estratégias adotáveis pelas partes,⁵⁴⁷ como também para a formação

⁵⁴⁶ “Mas, se a dilação probatória seria admissível e necessária no decorrer do processo cujo objeto seja o reconhecimento do ilícito e imposição de sanção, então sua realização antes daquele não acrescentará tempo, mas apenas inverterá a ordem das coisas. Até pelo contrário, a prova antecipada poderá, como resulta do espírito da lei, levar a que nem mesmo se chegue a instaurar o processo sancionador” (YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 133)

⁵⁴⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 2. ed. Torino: UTET, 2004. p. 142.

de um acervo probatório mais robusto capaz de auxiliar o papel das partes de se desincumbir do seu ônus probatório nos processos civis eleitorais.

Já quanto à hipótese relativa à autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, no âmbito do processo civil eleitoral ela se mostra incabível. Isso porque, em se tratando de direitos indisponíveis, como os que estão em jogo nas demandas eleitorais, não há espaço para a autocomposição ou adoção de outros mecanismos de solução de conflito como arbitragem ou mediação. Por tal razão, não é possível requerer a produção antecipada da prova com base no inciso II, que prevê essa hipótese de cabimento.

A impossibilidade de recorrer à hipótese do inciso II não torna menos relevante o procedimento da produção antecipada de provas para o processo civil eleitoral. Visto que, as outras duas hipóteses, possuem vasta aplicabilidade e preservam a utilidade do procedimento para as demandas eleitorais.

O que se deve notar, no entanto, é que nem sempre haverá tempo hábil para recorrer ao procedimento de produção antecipada de provas. Ou, caso haja, ele deverá se dar em um prazo extremamente curto o que pode reduzir a sua utilidade para tais casos. É o que ocorre, por exemplo, com a AIRC.

O prazo para a impugnação do registro de candidatura é de 5 (cinco) dias (art. 3º da Lei das Inelegibilidades), prazo bastante reduzido mesmo para o ajuizamento da ação principal. Assim, na prática forense é possível que, para essa hipótese, a utilização do procedimento de antecipação da prova reste esvaziada.

No entanto, mesmo nessa hipótese, é possível que haja situações em que a urgência e o risco de impossibilidade de verificação dos fatos, mesmo nesse curto prazo, tornem o ajuizamento imediato da ação de produção antecipada de provas a medida mais efetiva para evitar o perecimento da prova.

O fato de a petição para esse procedimento prévio não demandar o desenvolvimento de teses jurídicas mais elaboradas, bastando justificar a necessidade de antecipação da prova e mencionar com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair, pode garantir ao impugnante precioso tempo no tocante à resposta do Judiciário Eleitoral.

Por fim, cumpre destacar que, embora não haja previsão expressa nesse sentido, a competência para a produção antecipada de prova será do juízo eleitoral do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu. Isso porque, ao tratar da prova produzida em face da União o art. 381, §4º dispõe que será, como regra, competente a Vara Federal.

Assim, adotando raciocínio equivalente, é imperioso concluir que o juiz competente para o julgamento da produção antecipada de prova eleitoral será o juiz eleitoral do foro onde a prova será produzida ou do foro de domicílio do réu. Inclusive porque, diante das especificidades do direito probatório eleitoral, que vem sendo expostas ao longo do presente estudo, o ideal é que mesmo na produção da prova antecipada, seja o juiz eleitoral o responsável pela condução do processo.

3.3. Ata Notarial

A Ata Notarial está prevista no art. 384 do CPC,⁵⁴⁸ a partir do qual se admite a sua lavratura por tabelião, a fim de atestar e documentar a existência e o modo de existir de um dado fato. Constando, ainda, do parágrafo único que dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

Trata-se, portanto, a rigor, de uma prova documental,⁵⁴⁹ pré-constituída extrajudicialmente cuja finalidade é documentar a existência de determinado fato, com a participação de um tabelião de notas, que, originalmente, não seria demonstrado pela via documental. Em outras palavras, consiste em uma maneira peculiar de criação de documento público, cuja finalidade é, especificamente, servir de meio de prova.⁵⁵⁰

A ata notarial, no entanto, não é novidade criada pelo CPC/15, visto que desde 1994 encontrava previsão no art. 7º, III da Lei nº 8.935/94.⁵⁵¹ No entanto, a

⁵⁴⁸ “Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial”.

⁵⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 429.

⁵⁵⁰ Ibidem. p. 430.

⁵⁵¹ “Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: (...) III - lavrar atas notariais”.

referida disposição se limitava a prever a competência dos tabeliães de notas para lavrar atas notariais sem especificar o seu conteúdo. De forma que, a previsão do código de processo civil a respeito do conteúdo possível da ata notarial, ajuda a evidenciar o importante papel que ela pode exercer.

Após a sua previsão no CPC/15 a ata notarial vem ganhando cada vez mais relevância e encontrando espaço na prática forense, por se mostrar um mecanismo bastante efetivo de pré-constituição de provas, especialmente sobre fatos ocorridos em meio digital. E, dentro de um contexto de aumento do emprego de meios eletrônicos de comunicação é nítido o ganho de relevância que essa ferramenta passa a ter, especialmente para a comprovação de atos praticados pela internet.⁵⁵²

Nesse ponto é que se dá o destaque para a sua utilidade no processo civil eleitoral. A cada ano que passa as campanhas eleitorais avançam mais para o meio digital. Redes sociais como o Twitter, Instagram, Facebook e Whatsapp passaram e se tornar o palco de boa parte dos atos de campanha, sendo indiscutível a mudança que perpetraram na forma de condução da disputa eleitoral.⁵⁵³

Assim, em um cenário cada vez mais digital, com milhares de manifestações sendo publicadas e outros milhares de atos sendo praticados a cada hora, a documentação desses fatos, quando ultrapassarem a barreira da legalidade, se torna uma tarefa árdua, especialmente diante do tempo de resposta exigido pelo Poder Judiciário. Por essa razão, a ata notarial surge como instrumento relevante na pré-constituição de provas, especialmente quando se referirem a ilícitos praticados por meio eletrônico.

Outro aspecto relevante da ata notarial, diz respeito ao fato de que, além de documentar os atos presenciados pelo tabelião, os quais podem não mais existir quando do ajuizamento da demanda judicial, ela também carrega a presunção de legitimidade em razão do agente que a lava. E, essa presunção não recairá somente sobre o documento, mas também sobre os fatos narrados pelo tabelião.

⁵⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 429.

⁵⁵³ Sobre a influência da internet nas campanhas eleitorais: LILLEKER, Darren G. VEDEL, Thierry. The Internet in campaigns and elections. In: **The oxford handbook of internet studies**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

O que evidencia a razão pela qual esse instrumento se mostra tão relevante, especialmente para o processo civil eleitoral.

Esse fato já foi notado pela doutrina eleitoralista, que destacou constituir-se em um instrumento de atribuição de celeridade para a constituição das provas nas ações eleitorais.⁵⁵⁴ E, considerando a fugacidade de alguns atos praticados no contexto eleitoral, notadamente aqueles perpetrados por meios eletrônicos, a rapidez na colheita dessa prova pode ser determinante na apuração das condutas eventualmente submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

Não obstante a ênfase dada à utilidade da ferramenta, a necessidade de cautela, especialmente com a preservação do contraditório precisa ser considerada. Pois, essa forma de pré-constituição de provas somente pode ser admitida se observado o contraditório, entendido não apenas como a possibilidade de manifestação sobre a formação e o conteúdo do documento, mas também com a possibilidade de produção de contraprova.⁵⁵⁵

Cabe, ainda destacar, a ressalva feita por Flávio Yarshell no tocante à credibilidade da ata notarial no contexto da disputa eleitoral. Pois, considerando a realidade enfrentada nas eleições e a possibilidade de manipulação do conteúdo das atas notariais, para fins de favorecer um ou outro candidato, o processualista ressalva a importância do meio de produção de provas, em relação às condições de formação da ata não deponham contra a credibilidade do respectivo documento.⁵⁵⁶

Em uma análise meramente hipotética não é possível refutar ou confirmar as suspeitas levantadas quanto a eventual ata notarial lavrada em desconformidade com a veracidade dos fatos. No entanto, em razão da presunção que paira sobre o documento público, deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos e, caso seja demonstrado algum elemento capaz de ilidir essa

⁵⁵⁴ FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Breves apontamentos sobre a ação de impugnação de mandato eletivo e o novo código de processo civil. In: FUX, Luiz. (Coord.) [et al.] **Direito Processual Eleitoral**. Tratado de Direito Eleitoral. Vol. 6. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 165.

⁵⁵⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 132.

⁵⁵⁶ _____. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo eleitoral? In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 271.

presunção, caberá ao juiz verificar o ocorrido no caso concreto e valorar a prova conforme os elementos à sua disposição.

3.4. Inquérito Civil Eleitoral

Além da produção antecipada de provas e da ata notarial, outro instrumento que se mostra relevante para a pré-constituição de provas no âmbito do processo civil eleitoral é o inquérito civil eleitoral. Trata-se de procedimento administrativo previsto no art. 8º, §1º da Lei 7.347/85, que embora tenha sido criado para a sua utilização na Ação Civil Pública, se mostra apto a ser utilizado para lastrear outros procedimentos do microssistema de processos coletivos, entre eles os procedimentos eleitorais.

Isso porque, o inquérito civil se mostrou um instrumento tão importante para a tutela de direitos supraindividuais que o constituinte de 1988 inseriu o inquérito civil no corpo da constituição, por meio do art. 129, III, consagrando a sua existência no ordenamento jurídico brasileiro e lhe atribuindo status constitucional. O dispositivo constitucional inclui nas atribuições do Ministério Público promover o inquérito civil para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Por força da disposição constitucional, fica evidente que em se tratando da proteção de interesses difusos e coletivos, sejam eles quais forem, caberá a utilização do Inquérito civil pelo Ministério Público.⁵⁵⁷ Sendo possível, portanto, extrair seu cabimento na esfera eleitoral pela aplicação direta do dispositivo constitucional, dada a natureza coletiva do direito tutelado.

A relevância da defesa do cabimento do inquérito civil nos processos eleitorais se deve ao fato de que, o processo de colheita de provas pelo Ministério Público através do inquérito civil atribui maior transparência à investigação.⁵⁵⁸ O Inquérito como regra é público, de forma que todos eventuais interessados,

⁵⁵⁷ “Permite-se agora, às expensas, que o MP promova a defesa judicial de qualquer interesse coletivo ou difuso; por via de consequência, torna-se admissível o inquérito civil para investigar qualquer lesão a interesse coletivo ou difuso” (MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o enriquecimento ilícito de administradores públicos. **Revista dos Tribunais**. vol. 676, fev. 1992, p. 60-62)

⁵⁵⁸ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **A proibição de procedimentos de ação civil pública no Direito Eleitoral**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2650, 3 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17545>>. Acesso em: 09/10/2019.

inclusive o próprio investigado poderão acompanhar a sua condução. E, a não ser que da sua publicidade possa decorrer prejuízo à investigação ou os dados coletados devam ser mantidos em sigilo por imposição legal, ele será sempre público.⁵⁵⁹

A publicidade permite o controle da regularidade dos atos pelos jurisdicionados e limita a prática de atos contrários à legalidade. E, em um contexto de disputa eleitoral, onde a imparcialidade na atuação do Ministério Público deve ser evidenciada a todo momento, a publicidade do processo de colheita de provas se apresenta como elemento relevante para a preservação da garantia dos envolvidos.

Além disso, como destacado anteriormente, o ajuizamento de uma ação judicial contra candidato ou representante eleito acarreta uma série de efeitos negativos à sua imagem e ao seu capital político. De forma que a possibilidade de pré-constituição de provas para pautar a conduta do Ministério Público é indispensável para que não haja interferência indevida no processo eleitoral em curso.

Uma vez que tenha colhido elementos de prova que indiquem a ocorrência de mácula ao processo eleitoral o representante do MP terá elementos seguros para ajuizar a ação eleitoral, inclusive com mais provas aptas a fundamentar a procedência de seu pedido. Por outro lado, caso identifique, no curso do inquérito, que não há elementos que justifiquem o ajuizamento da demanda, deverá o *parquet* arquivar o inquérito civil, evitando, assim, uma demanda eleitoral infundada.

Apesar das características acima descritas, do status constitucional da sua previsão e da relevância que o inquérito civil pode ter para o processo civil eleitoral, em 2009 o art. 105-A foi inserido na Lei das Eleições, por meio da Lei 12.034 de 2009, como uma tentativa de, entre outras medidas, barrar a utilização do inquérito civil no âmbito do processo civil eleitoral.

Segundo o referido dispositivo, em matéria eleitoral não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública). Trata-se de alteração legislativa na qual se tentou afastar do direito

⁵⁵⁹ MAZZILI, Hugo Nigro. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. In: MILARÉ, Édis. (Coord.) **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

eleitoral as técnicas processuais coletivas previstas na Lei da Ação Civil Pública, entre as quais se insere a utilização do Inquérito Civil Público.

O referido dispositivo foi introduzido no PL 5498/2009, que deu origem à Lei 12.034/09, por meio da Emenda nº 57, de autoria do Deputado Bonifácio Andrada, em 08 de julho de 2009. Segundo a justificativa apresentada pelo referido parlamentar, “o processo eleitoral é específico e precisa ser devidamente regulamentado e não pode ser alterado na prática do dia a dia, quer por parte do juiz eleitoral, quer por parte do Membro do Ministério Público”.⁵⁶⁰

A premissa adotada pelo autor da emenda, de que a utilização de disposições da Lei 7.347/85 levaria a uma alteração da prática do dia a dia do processo eleitoral é desprovida de qualquer fundamento empírico e estatístico. Bem como, não encontra reflexos no que se observa em outros procedimentos que utilizam subsidiariamente a referida lei, como ocorre com as Ações de Improbidade Administrativa.

Quanto à ação de improbidade administrativa é interessante destacar que, diferentemente do que ocorre no processo civil eleitoral, na Lei de Improbidade Administrativa há previsão de procedimento administrativo voltado para a investigação (art. 22 da Lei 8.429/92). De forma que seria possível até mesmo alegar que já haveria instrumento capaz de suprir a necessidade de utilizar o inquérito previsto na constituição federal.

No entanto, nem mesmo essa previsão “tem o condão de afastar uma prerrogativa concedida ao Ministério Público pelo texto constitucional”,⁵⁶¹ devendo prevalecer a proteção ao bem jurídico tutelado e a maior amplitude de ferramentas à disposição do Ministério Público. Inexistindo qualquer óbice à coexistência de ambos instrumentos de investigação.

⁵⁶⁰ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Emenda ao PL 5.498/2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=671318&filename=EM P+57/2009+%3D%3E+PL+5498/2009>. Acesso em: 25/11/19.

⁵⁶¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa - Direito Material e Processual**. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2014. p. 236.

Nesse sentido, também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 695.396/RS, de relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima,⁵⁶² e no AgRg no Ag 1.338.058/MG, de relatoria do Min. Benedito Gonçalves.⁵⁶³ Não há, portanto, dúvida da possibilidade da utilização do Inquérito Civil Público nas ações de improbidade⁵⁶⁴, e, em momento algum, a referida utilização levou à insegurança jurídica ou instabilidade na prática adotada no dia a dia.

O destaque à utilização do Inquérito Civil Público é de suma relevância, especialmente se levado em consideração a proximidade das demandas eleitorais de caráter sancionatório e a ação de improbidade, ambas pertencente ao conjunto das ações civis sancionatórias. E, portanto, o compartilhamento de algumas características que demonstram se tratar de um parâmetro de comparação importante.

Além disso, o fundamento exposto pelo parlamentar quanto à conduta do Ministério Público não se presta a justificar o afastamento da utilização de instrumento constitucionalmente previsto para a tutela de direitos difusos e coletivos. E, se o inquérito civil tem sido utilizado com finalidade política pelo Ministério Público, tal prática deve ser punida e rejeitada veementemente. Mas, jamais se pode cogitar a limitação de um instituto de índole constitucional quando a própria constituição não fez dita restrição.⁵⁶⁵

Assim, fica evidente que além de absolutamente irrazoável tal limitação, pelo fato de o processo eleitoral possuir natureza coletiva, também há uma patente violação à Constituição Federal, no que se refere à limitação da abrangência do inquérito civil, que possui previsão e abrangência definida pelo Art. 129, III, cabendo

⁵⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 695.396/RS, Primeira Turma, Brasília, DF, 12 de abril de 2011.

⁵⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 1338058/MG, Primeira Turma, Brasília, DF, 05 de abril de 2011.

⁵⁶⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa - Direito Material e Processual**. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

⁵⁶⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. JORGE, Flávio Cheim. **Manual de direito eleitoral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 285.

à lei infraconstitucional tão somente regulamentá-lo, e não restringir o seu alcance.

566

Ante a evidente inconstitucionalidade, o Partido Democrático Trabalhista (PDT), utilizando de sua prerrogativa constitucional, ajuizou a ADI 4.352 em face de diversos dispositivos das Leis 12.034/2009 e 11.300/2006, entre os quais está o art. 105-A da Lei das Eleições.

O fundamento utilizado para o questionamento do dispositivo em comento foi o de que, uma vez que “matérias eleitorais, processo eleitoral, eleições livres da influência do poder político e econômico são de interesse difuso e coletivo”⁵⁶⁷, limitar a aplicação dos procedimentos pertinentes à Lei de Ação Civil Pública, seria ofender a disposição constitucional que prevê a ação civil pública como instrumento de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O fato de o constituinte utilizar a expressão “outros interesses difusos e coletivos” deixa evidente a pretensão de ampliação da abrangência do cabimento da Ação Civil Pública e do Inquérito Civil para a tutela de todos direitos essencialmente coletivos, para os quais não há um rol taxativo.

É interessante notar que a Advocacia Geral da União se manifestou na ADI 4.352 contrariamente ao posicionamento ora defendido, sob o argumento de que restariam diversos procedimentos no ordenamento que permitiriam a atuação do

⁵⁶⁶ “Ora, se é verdade que o bem tutelado é metaindividual e se o legitimado para postular a sua tutela é um ente coletivo, como poderia a Lei das Eleições vedar a utilização do inquérito civil público para subsidiar essas ações coletivas eleitorais? Onde o legislador constitucional não fez restrições (antes o contrário, porque o art. 129, III, da CF/1988 contém uma norma de encerramento), jamais poderia fazê-las o legislador infraconstitucional, sobretudo de forma fisiológica e protetiva de interesses particulares.

Dessa forma, por vedar a utilização da técnica do inquérito civil em material eleitoral, a regra do art. 105-A da Lei de Eleições se revela flagrantemente violadora do art. 129, III, da CF/1988. Por outro lado, essa regra, reflexo de fisiologismo do legislador ao prever uma restrição oportunista ao uso de instrumento que tem assento constitucional, afronta também a garantia esculpida no art. 5.º, XXXV, da CF/1988, que assegura amplo acesso à Justiça”. JORGE, Flavio Cheim. RODRIGUES, Marcelo Abelha. A limitação à utilização do inquérito civil no direito eleitoral: a inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997. **Revista de processo**. vol. 235, set. 2014, p. 13-18.

⁵⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.352, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3806925>>. Acesso em: 13/09/2019.

Ministério Público. No entanto, trata-se de argumento insuficiente e incapaz de justificar a afronta à constituição federal.

Em primeiro lugar, a existência de outros procedimentos, como demonstrado acima em relação à Ação de Improbidade, não elimina o fato de que se trata de uma restrição a uma disposição constitucional, visto que mais do que limitar a atuação do *parquet*, o dispositivo questionado vai de encontro à previsão constitucional do art. 139, III.

A despeito da existência de ferramentas na legislação eleitoral, como a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), que viabilizaria a apuração de infrações eleitorais, como ventilado no Recurso Ordinário nº 4746-42.2010.6.04.0000, de relatoria do Min. Dias Toffoli, o objeto tutelado pelo direito eleitoral demanda ampliação dos meios de proteção.

Além disso, não se pode confundir o papel dos dois instrumentos, AIJE e Inquérito Civil, tratando-se de um grave equívoco. Embora pareça óbvia tal afirmação, a existência da AIJE foi utilizada como argumento para o afastamento do Inquérito Civil Público, em discussão travada quando do julgamento do Recurso Ordinário acima referido.

A impossibilidade de equiparar o papel da AIJE com o do inquérito civil, foi destacada pelo Min. Dias Toffoli que afirmou em seu voto que “a AIJE não possui natureza meramente investigativa, constituindo verdadeira ação de natureza condenatória, razão pela qual não se incompatibiliza com o inquérito civil público, procedimento de cunho administrativo destinado ao convencimento do próprio órgão ministerial para que ajuíze ações ou adote outras medidas que lhes são atribuídas pela Constituição da República”.

Como dito alhures, não há qualquer justificativa válida para a limitação dos meios de atuação dos sujeitos legitimados à tutela eleitoral. A coexistência entre diversas ferramentas para a melhora da tutela jurisdicional não prejudica de maneira alguma a proteção ao bem jurídico, tampouco, a segurança jurídica.

Em segundo lugar, vai também de encontro à proteção do devido processo eleitoral, motivo pelo qual não haveria qualquer justificativa constitucional para a referida limitação. De forma que, por consistir em uma limitação de disposição

constitucional, sem fundamento em valores e princípios equivalentes, ela se mostra, portanto, flagrantemente inconstitucional.

Infelizmente, o Tribunal Superior Eleitoral, nos poucos julgados que têm como objeto o referido dispositivo, se mantém alheio aos efeitos prejudiciais que a alteração legislativa impôs, e, com amparo na disposição legal, afasta do processo civil eleitoral a possibilidade de utilização do inquérito civil como meio de prova.⁵⁶⁸

Ademais, mesmo que não se discuta eventual inconstitucionalidade do Art. 105-A, a vedação à utilização de um instrumento de colheita de provas, vai de encontro ao escopo do direito eleitoral. Como visto, o ônus do qual devem se desincumbir os autores das demandas eleitorais, em especial aquelas de caráter sancionador, é “qualificado” e exige a demonstração de prova além da dúvida razoável da existência dos fatos narrados.

Portanto, é necessário disponibilizar o máximo de instrumentos de prova possíveis para tal desiderato. Até mesmo porque, o direito à prova não se limita a formação do convencimento exclusivo do juiz, mas, também à análise da conveniência e utilidade da propositura de eventual demanda, o que permite uma atuação mais consciente dos autores das demandas eleitorais.

Por fim, faz-se necessário rechaçar a incompatibilidade do Inquérito Civil

⁵⁶⁸ Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÃO 2010. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. ART. 47 DO CPC. PROVA. ILICITUDE. DESPROVIMENTO. 1. A reiteração de teses recursais atrai a incidência da Súmula nº 182/STJ. 2. Na representação para apuração de condutas vedadas, há litisconsórcio passivo necessário entre o candidato beneficiado e o agente público tido como responsável pelas práticas ilícitas (precedente: RO nº 169677/RR, DJe de 6.2.2012, rel. Min. Arnaldo Versiani). 3. Conforme decidido por esta Corte no julgamento do RO nº 4746-42/AM, o Ministério Público Eleitoral não pode se valer do inquérito civil público no âmbito eleitoral, consoante a limitação imposta pelo art. 105-A da Lei das Eleições. Ressalva do entendimento do relator. 4. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 488846, Acórdão de 20/03/2014, Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 70, Data 11/4/2014, Página 96); ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). ABUSO DE PODER ECONÔMICO, POLÍTICO/AUTORIDADE E CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO. PREFEITO. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. PROVA ILÍCITA. ART. 105-A DA LEI Nº 9.504/97. DEMAIS PROVAS. ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS. 1. O art. 105-A da Lei nº 9.504/97 estabelece que, para a instrução de ações eleitorais, o Ministério Público não pode lançar mão, exclusivamente, de meios probantes obtidos no bojo de inquérito civil público. 2. Ilícitas as provas obtidas no inquérito civil público e sendo essas o alicerce inicial para ambas as AIJEs, inarredável o reconhecimento da ilicitude por derivação quanto aos demais meios probantes, ante a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. 3. Agravos regimentais desprovidos. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 89842, Relatora Min. Laurita Vaz, Brasília, DF, 28 de agosto de 2014)

com a celeridade adotada pelo Direito Eleitoral, em razão da premência do processo eleitoral⁵⁶⁹, que tem que ser todo ultimado para que o eleito tome posse no começo do ano vindouro.⁵⁷⁰ Pois, como esclarecido anteriormente, caso não se observe a calendarização rigorosa, o processo acabaria por ser subvertido em razão de decisões extemporâneas.⁵⁷¹

No entanto, em momento algum, referida celeridade deve ser entendida como limitação ao direito de ação ou à cognição exercida em juízo. A celeridade exigida pela Justiça Eleitoral não impede a produção de provas em juízo ou limita a atividade do juiz, mas, evidentemente, demanda uma adequação dos atos praticados ao tempo disponível.

De forma que não poderia ser diferente em relação ao inquérito civil. Não há que se falar na incompatibilidade com a celeridade exigida na Justiça Eleitoral, bastando que seja observado pelo *parquet* que conduz o inquérito os prazos legais para o ajuizamento de cada uma das ações eleitorais e analisada a pertinência da sua utilização caso a caso.

A AIME, por exemplo, deve observar o prazo de quinze dias contados da diplomação para o seu ajuizamento. Contudo, nada impede que um inquérito civil, iniciado durante o período eleitoral, que apurou fatos capazes de demonstrar abuso de poder econômico, atos de corrupção ou fraude, seja utilizado para instruir a petição inicial.

Da mesma forma a ação por captação ilícita de sufrágio, prevista no Art. 41-A da Lei das Eleições, pode ser ajuizada até a data da diplomação (art. 41-A, §3º da Lei 9.504/97) com fundamento em inquérito civil realizado durante o curso das eleições para apurar suposta conduta de captação ilícita de sufrágio. Trata-se, portanto, exclusivamente, de adequação do inquérito civil às necessidades do processo eleitoral, com observância dos prazos exíguos fixados pela lei.

Pois, não sendo o inquérito civil um requisito para o ajuizamento da demanda, mas tão somente uma ferramenta à disposição do representante do Ministério Público para a colheita de provas, não há qualquer prejuízo que possa

⁵⁶⁹ “E se há processo que não pode demorar-se, se há processo que tem de chegar rapidamente ao final, é o processo das eleições” (ARAGÃO, Egas Moniz Dirceu de. O sistema de preclusões e o procedimento eleitoral. **Revista paraná eleitoral**, Vol. 1, out. 1986)

⁵⁷⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 252.

⁵⁷¹ MIRANDA, Jorge. **O contencioso eleitoral português**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/31.pdf>>. Acesso em: 12/11/2019.

ser alegado em decorrência da sua utilização. Pelo contrário, somente podem advir benefícios a partir sua utilização, com o incremento da efetividade da prestação da tutela jurisdicional eleitoral, quando possível dentro do prazo previsto para o ajuizamento das demandas.

4. PROVA EMPRESTADA

4.1. Considerações preliminares

Ainda na linha dos instrumentos à disposição dos sujeitos da relação jurídica processual relativos à atividade probatória, o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de utilização de prova produzida em outro processo, de forma e evitar a necessidade de repetição da prova.

A esse processo de aproveitamento de provas produzidas anteriormente em outro processo, ou, como afirma, Eduardo Talamini, ao transporte de produção probatória de um processo para o outro,⁵⁷² dá-se o nome de prova emprestada. Assim, uma prova não formada originariamente pelo juízo que a recebeu de forma emprestada, servirá à formação do seu convencimento quanto aos fatos do processo.⁵⁷³

Trata-se, em certa medida, de um instrumento a serviço da economia processual. Pois, a produção de provas sempre terá um custo, o qual poderá ser reduzido na hipótese de utilização da prova anteriormente produzida em outro processo. Bem como, a demora na produção de algumas provas poderá inviabilizar a sua utilização em procedimentos que não comportem uma dilação probatória mais extensa.⁵⁷⁴

Além disso, a prova emprestada poderá auxiliar naquelas situações em que a prova não pode mais ser realizada, seja pelo perecimento do objeto de prova, seja por outras razões que impeçam ou tornem demasiadamente onerosa a sua

⁵⁷² TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de processo**. São Paulo. Vol. 91. 1998. p. 93.

⁵⁷³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 82.

⁵⁷⁴ “Basta imaginar a produção de uma prova pericial, complexa por natureza e, invariavelmente, o meio de prova mais demorado e custoso do processo. Após meses de espera pelo resultado da prova, adiantados os honorários periciais e as custas com a realização da prova, será extremamente ilógica, do ponto de vista do princípio da economia processual, a repetição dessa prova. Outro exemplo, que ressalta a valoração da economia processual é a oitiva da testemunha que se mudou para o exterior, hipótese em que uma nova oitiva redundaria na expedição da complicada, cara e complexa carta rogatória. Percebe-se, dos exemplos mencionados – e muitos outros poderiam ser dados –, o ganho em qualidade e eficácia da prestação jurisdicional com a utilização da prova emprestada” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 93)

reprodução. Nesses casos, a prova emprestada poderá suprir a lacuna que seria deixada por força da impossibilidade de produção da prova em um novo processo.

A princípio, a prova emprestada era tratada como prova atípica, na medida em que não era prevista no CPC/73.⁵⁷⁵ No entanto, isso não impedia que fosse amplamente utilizada e admitida pelos tribunais brasileiros, com base no art. 332 do CPC/73, que previa a possibilidade de utilização de todos os meios legais de prova, bem como os moralmente legítimos, ainda que nele não especificados.

Com o advento do CPC/15 a prova emprestada passou a ser admitida expressamente, por previsão do art. 372, que dispõe que o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, desde que observado o contraditório. Trata-se, nessa medida, de consolidação do entendimento consolidado antes da sua vigência, com a indicação dos requisitos para e a forma da realização do seu empréstimo.

Em primeiro lugar, é importante destacar que, como afirma o dispositivo legal, só é considerada prova emprestada quando a sua produção tiver ocorrido em processo jurisdicional. De forma que a prova produzida em inquérito civil ou mesmo em procedimento administrativo de outra natureza não será considerada prova emprestada e, portanto, não se submete aos requisitos desta, visto que não tem origem em processo jurisdicional.

Essa exigência se deve ao fato de que, embora a prova ingresse no processo de destino sob a forma de documento, mesmo que em sua origem se trate de prova oral ou pericial,⁵⁷⁶ esse fato, não infirma a natureza originária da prova emprestada. De forma que, mesmo que ingresse no processo na forma documental, a prova testemunhal continuará devendo ser analisada enquanto prova testemunhal e a prova pericial, deverá ser analisada enquanto prova pericial.

É evidente que, no caso da prova testemunhal haverá a perda da imediação da colheita da prova pelo juiz do processo destinatário. No entanto, isso não é suficiente para desnaturar a sua essência de prova testemunhal. Assim, para que se possa atribuir o valor probatório da prova em sua origem, é necessário que

⁵⁷⁵ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/2015. In: DIDIER JR. (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 461.

⁵⁷⁶ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 99.

desde aquele momento ela tenha sido produzida perante uma autoridade jurisdicional e tenha sido garantido o contraditório às partes.

Portanto, além da sua formação perante órgão jurisdicional, deverá ser assegurado o contraditório às partes. A garantia do contraditório, segundo entendimento predominante, deve ser observada tanto no processo de origem quando no processo para o qual a prova será emprestada. De forma que, todas as disposições a respeito do contraditório quando da formação da prova no processo de origem deverão ser observadas, sob pena de nulidade da prova, também no processo de destino. E, ao ser juntada nos autos de destino, deverá ser oportunizado às partes a possibilidade de exercer o contraditório pleno, compreendido não só como a manifestação sobre o conteúdo da prova, mas, também, conforme o caso, a de produzir contraprova sobre os fatos relacionados ao material probatório emprestado.

Além disso, apesar da obviedade é necessário destacar que o contraditório deverá ser exercido pelas partes em relação as quais a prova será produzida. De forma que, há que se considerar outra consequência relevante, a de que para que possa haver o empréstimo da prova, ela deverá ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes.⁵⁷⁷

Caso contrário, a parte que não pôde exercer o contraditório no processo de origem estará submetida à força probatória de uma prova pericial, por exemplo, sem que lhe tenha sido oportunizado acompanhar a perícia ou indicar assistente técnico para contraditá-la. Nesse sentido, o Enunciado nº 52 do Fórum Permanente de Processualistas Civis,⁵⁷⁸ que reforça a necessidade da observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino.

Quanto ao contraditório no processo de destino da prova emprestada, cabe ressaltar que a sua efetivação deverá se dar nos moldes das disposições relativas

⁵⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Doutrinas essenciais de processo civil**. Vol. 04. out./2011. p. 1071-1080.

⁵⁷⁸ "Enunciado 52. (art. 372) Para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, neste último, a prova mantenha a sua natureza originária. (Grupo: Direito Probatório)". Disponível em: https://www.academia.edu/38626407/Carta_de_Bras%C3%ADlia_FPPC_2019_-_Enunciados. Acesso em: 27/11/2019.

à prova documental.⁵⁷⁹ Na medida em que, caso se admitisse a repetição de todo o contraditório exercido no processo de origem, boa parte da economia advinda do empréstimo da prova e do ganho em celeridade seriam perdidos pela repetição de um contraditório já exercido.

Assim, o que exige é que sejam observadas as disposições relativas à prova documental,⁵⁸⁰ como se extrai do art. 437, §1º do CPC/15, que determina a oitiva da parte contrária quando da juntada de prova documental, podendo impugnar sua admissibilidade e autenticidade, suscitar sua falsidade e manifestar sobre seu conteúdo.

Por fim, é importante destacar que o juiz ao qual se destina a prova emprestada não está condicionado pela convicção formada pelo juiz do processo de origem. De forma que, mesmo que em razão de determinada prova o juiz do processo de origem julgue comprovado um fato, no processo que irá receber a prova emprestada a conclusão poderá ser totalmente distinta.⁵⁸¹ O juiz poderá inclusive, dentro dos seus poderes instrutórios, determinar a reprodução daquela prova no processo de destino, caso entenda que, tal qual lhe fora apresentada, não é suficiente para demonstrar os fatos sobre os quais recaiu.

4.2. A compatibilização da prova emprestada com o processo civil eleitoral

De acordo com o quanto exposto acima, é fácil identificar a pertinência da prova emprestada para o processo civil eleitoral. Pois, em função dos curtos prazos impostos à tramitação dos processos, é de grande valia a possibilidade de importar de outros processos provas que tenham sido produzidas mediante o contraditório

⁵⁷⁹ “Outros requisitos existem, no campo da legalidade da prova. São eles: a) a observância dos princípios que regem a prova, vista em sua natureza jurídica original (prova testemunhal, depoimentos pessoais, etc.), tanto no processo primitivo como no segundo processo; b) a observância dos princípios que regem a prova documental, no processo em que a prova foi transportada” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Doutrinas essenciais de processo civil**. Vol. 04. out./2011. p. 1071-1080)

⁵⁸⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 117.

⁵⁸¹ “Parece natural o juiz que recebe o traslado da prova não estar obrigado a convencer-se tal qual o juiz que a formou, até porque, nesse caso, a prova emprestada que tivesse convencido o juiz no primeiro processo funcionaria, no segundo, como prova plena, instituto rejeitado na processualística moderna” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 130)

dos sujeitos da relação jurídica processual eleitoral. Dispensando, assim, a repetição de todo o procedimento de colheita de provas no processo eleitoral.

No entanto, algumas considerações precisam ser feitas, a fim de assegurar que as regras e os princípios do processo civil eleitoral sejam observados nesse processo de empréstimo de provas produzidas em outros processos.

O primeiro aspecto a ser considerado é o tempo do processo eleitoral.⁵⁸² Pois, a utilização da prova emprestada somente será possível se ocorrer dentro do prazo admitido para a produção de provas em cada procedimento eleitoral. Nada impede, por exemplo, que a prova emprestada seja trazida aos autos junto da petição inicial. Pelo contrário, já tendo a prova sido produzida quando do ajuizamento da demanda, a boa-fé processual impõe que as partes tragam a prova aos autos na primeira oportunidade de se manifestar, caso pretendam utilizá-la como prova emprestada.⁵⁸³ E, dessa forma, será possível o exercício do contraditório pela parte contrária sem qualquer prejuízo ao andamento do processo eleitoral.

Inclusive, caso haja a necessidade de produção de contraprova o requerido poderá utilizar da sua manifestação em resposta à inicial e da fase de instrução probatória, caso seja necessária, para trazer aos autos as provas que entende relevantes quanto aos fatos provados pela prova emprestada. E, mesmo que a admissão da prova emprestada seja requerida após esse momento, desde que respeitados os prazos do processo eleitoral, não há razão para sua inadmissão.

Além disso, também é necessário indagar se é admissível a prova emprestada oriunda de outros processos que não de competência da justiça eleitoral. Pois, quanto a processos que tenham tramitado perante a Justiça eleitoral, portanto, regidos pelo mesmo conjunto de regras e princípios não parece haver dúvida. Basta analisar a possibilidade de utilização de prova produzida em uma AIJE pelas mesmas partes em uma AIME. Tendo sido observado o contraditório e

⁵⁸² YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 128.

⁵⁸³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 118-119.

sendo as mesmas partes em ambas as demandas, deve ser admitida a prova emprestada.⁵⁸⁴

No entanto, quanto a processos de outra natureza, que tramitem perante juízos cíveis, trabalhistas ou criminais, por exemplo, é possível que surja esse questionamento. Porém, o que se tem admitido é que a prova emprestada pode ser originária de qualquer processo, desde que nele tenha sido oportunizado o efetivo contraditório contra quem se produz a prova tomada em empréstimo.⁵⁸⁵

Isso porque, ao receber a prova emprestada o juiz do processo de destino apreciará a prova atribuindo-lhe concretamente o valor que reputar adequado, considerando o contexto fático e probatório existente nos autos de origem.⁵⁸⁶ De forma que, eventuais limitações procedimentais ou questões relativas ao direito material, deverão ser consideradas pelo juiz que aprecia a prova no segundo processo.

A discussão sobre a admissibilidade resta ainda mais controversa quando se trata da utilização de provas emprestadas oriundas do processo penal, notadamente aquelas que somente sejam admitidas em tais procedimentos, como a interceptação telefônica. Isso porque, as características e os princípios que regem o processo penal admitem a produção de certas provas, com a relativização de certas garantias individuais em prol dos bens jurídicos que estão em jogo naqueles processos.

É o que ocorre com a interceptação de comunicações que é admitida pelo art. 5º, XII da CF/88⁵⁸⁷ exclusivamente para fins de investigação criminal ou instrução penal processual. Assim, se a mesma prova fosse produzida com o objetivo de instruir causas cíveis, haveria violação da norma constitucional e

⁵⁸⁴ FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Breves apontamentos sobre a ação de impugnação de mandato eletivo e o novo código de processo civil. In: FUX, Luiz. (Coord.) [et al.] **Direito Processual Eleitoral**. Tratado de Direito Eleitoral. Vol. 6. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 166.

⁵⁸⁵ REIS, Marlon. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. MATEUS, Laudo Natel. **Processo eleitoral e o novo CPC – aplicação imediata**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 123.

⁵⁸⁶ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 100.

⁵⁸⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

consequente nulidade da prova produzida. Porém, como proceder quando a prova já foi produzida, o sigilo das comunicações telefônicas já foi violado, e existe a possibilidade de a prova auxiliar na solução de um processo não penal?

A princípio não haveria fundamento para a relativização da norma constitucional em processos de natureza puramente cível. Pois, os valores e bens jurídicos em jogo não autorizariam a ampliação da violação ao sigilo das comunicações telefônicas. No entanto, há certos casos em que os valores protegidos pelas regras que justificam o sigilo das comunicações telefônicas devem ceder, em caráter excepcional, para a proteção de outros valores protegidos em processos de natureza não penal.⁵⁸⁸

Nessa hipótese se enquadrariam os processos civis de natureza sancionatória. Pois, dentro do escopo da norma constitucional, a sua utilização em processos que constituam o exercício do *ius puniendi* estatal, nos quais também se objetiva a aplicação de graves sanções restritivas de direitos fundamentais,⁵⁸⁹ deve ser admitida com a finalidade de preservar as garantias processuais que abrangem todo o exercício da atividade punitiva estatal.

Inclusive, nesse sentido o TSE tem admitido a possibilidade de transposição para o processo eleitoral de prova produzida na seara penal, quando lícitamente obtida por meio de interceptação telefônica realizada com autorização judicial para instruir investigação criminal.⁵⁹⁰ O mesmo entendimento vem sendo adotado

⁵⁸⁸ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 112.

⁵⁸⁹ MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 220-221.

⁵⁹⁰ ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. VEREADOR. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DO PODER ECONÔMICO E POLÍTICO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO (ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97). AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. CONFIGURAÇÃO DA CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. VERBO "PROMETER". DESNECESSIDADE DE RESULTADO NATURALÍSTICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. LICITUDE. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. DESPROVIMENTO. (...) 3. É assente na jurisprudência deste Tribunal e na do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de transposição para o processo eleitoral de prova produzida na seara penal, quando lícitamente obtida por meio de interceptação telefônica realizada com autorização judicial para instruir investigação criminal. (...) 5. Agravo regimental desprovido. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 45331, Relator Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 14 de março de 2016)

também pelo STJ⁵⁹¹ para as ações de improbidade administrativa, nas quais se admite a utilização como prova emprestada da degravação de diálogos interceptados em sede de ação penal.

Dessa forma, abre-se a possibilidade de utilização da prova emprestada quando se tratar de interceptação de comunicações realizada em processos criminais, desde que na origem tenham sido preservadas as garantias processuais e sejam as mesmas partes em ambos os processos. A equivalência entre valores que devem ser protegidos pelo processo civil sancionatório eleitoral e aqueles que estão em jogo no processo penal é que justifica a utilização das provas decorrentes de interceptação de comunicações.

É importante notar que, a vedação de utilização da prova emprestada para o processo civil tem como origem a proteção do caráter estrito da norma excepcional constitucional de eventuais desvirtuações. No entanto, ao se tratar de processo no qual se tem o exercício do *ius puniendi* estatal e estão em jogos valores tão ou mais relevantes que aqueles versados no processo criminal,⁵⁹² a razão de ser da exceção constitucional permanece intacta, o que torna possível a posição ora defendida.

Até mesmo porque, a necessária observância de princípios processuais penais essenciais reveste o réu do mesmo conjunto de garantias que sobre ele

⁵⁹¹ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROVA EMPRESTADA. REGULARIDADE AFIRMADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. INVIABILIDADE DE REVISÃO NA VIA RECURSAL ELEITA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. O objeto do presente agravo interno corresponde à irrisignação da parte ora Agravante de que não teria havido autorização judicial do juiz criminal para a interceptação telefônica. Assim, tais diligências não poderiam ter sido utilizadas no âmbito da ação civil pública por improbidade administrativa. 2. A jurisprudência dessa Corte Superior admite a utilização como prova emprestada, em demandas de improbidade administrativa, da degravação de diálogos interceptados em sede de ação penal. No entanto, na via recursal eleita, a análise das alegações deduzidas nas razões do recurso especial é inviável, tendo em vista a necessidade de revolvimento de provas contidas no presente feito, bem como na referida Ação Penal nº 2005.31.00.000359-1. Incide, assim, a Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1645255/AP, Segunda Turma, Brasília, DF, 17 de agosto de 2017)

⁵⁹² “A ilicitude somente estaria caracterizada se a prova excepcional fosse produzida em hipótese que não se amoldasse à exceção constitucional. Todavia, tendo sido produzida de forma lícita, não viola a garantia constitucional a sua utilização, como prova emprestada, em processos que também constituem exercício de *ius puniendi* estatal, nos quais também se objetiva a aplicação de graves sanções restritivas de direitos fundamentais e que também deve ser aplicado o catálogo de garantias processuais do processo penal” (MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 221)

recairiam no processo penal. De forma que, inclusive sob essa perspectiva, o contexto no qual serão utilizadas essas interceptações de comunicações será o mesmo considerado pelo constituinte quando da previsão da exceção à garantia constitucional do sigilo das correspondências e comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Por fim, é importante destacar a relevância desse tipo de prova. Pois, como afirmado anteriormente, há vasta utilização de redes sociais e outros meios de comunicação por mensagens na sociedade e, em especial, no contexto da campanha eleitoral. Logo, a possibilidade, mesmo que restrita, de acesso ao conteúdo dessas conversas é importante instrumento em prol da tutela do devido processo eleitoral.

5. PROVAS EM ESPÉCIE

Como demonstrado nos capítulos anteriores, as características próprias do processo civil eleitoral, sancionatório ou não-sancionatório, implicam consequências diretas e relevantes sobre diversos aspectos do regime probatório. Desde a atuação do juiz e seus poderes e limites instrutórios, passando pelo ônus probatório que recai sobre as partes e chegando à prova pré-constituída e à prova emprestada, o regime probatório eleitoral demanda um tratamento específico para que haja compatibilização com seus princípios regentes e com o bem jurídico tutelado.

Assim, é necessário investigar, também, de que forma tais elementos interferem no tratamento individualizado das provas. Por essa razão, no presente capítulo serão tratadas de maneira destacada as provas documental, oral, pericial e a inspeção judicial, indicando, em cada caso, os aspectos mais relevantes da interação das normas que regem cada espécie no CPC/15 e o direito processual civil eleitoral.

5.1. Prova documental

Entre todas as espécies de prova, a prova documental é certamente a mais amplamente utilizada nos processos judiciais.⁵⁹³ Em grande medida, é possível atribuir esse fato ao valor que nossa sociedade atribuiu à documentação dos fatos da vida ao longo de todo o processo evolutivo, criando mecanismos cada vez mais eficientes e seguros para o registro de fatos passado. Além disso, a complexidade das relações jurídicas e o grande volume de dados que precisam ser armazenados de alguma forma faz que nossa sociedade, baseie parte significativa das relações interpessoais em documentos.

Também o processo eleitoral é conduzido através da documentação de todas as etapas e atos praticados pelos envolvidos. Desde o pedido de registro de candidatura até a diplomação do candidato eleito, a documentação dos atos é parte essencial desse processo. E isso não se limita aos atos oficiais praticados pela

⁵⁹³ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil – Teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 140.

Justiça Eleitoral, a exigência de prestação de contas acompanhadas dos extratos das contas bancárias referentes à movimentação dos recursos financeiros usados na campanha e da relação dos cheques recebidos, com a indicação dos respectivos números, valores e emitentes,⁵⁹⁴ demonstra o papel central que os documentos ocupam no processo eleitoral.

No entanto, é importante deixar claro que essa documentação não se limita a documentos escritos, o conceito de prova documental vai muito além disso. Todos os meios capazes de representar um fato ocorrido no passado, é considerado documento, seja esse armazenamento através de imagens, sons, símbolos, mapas, números, gráficos ou na forma escrita. Nas palavras de Comoglio, Ferri e Taruffo, seriam documentos todas as coisas que aparecem idôneas a documentar um fato, ou seja, a narrá-lo, a representá-lo ou a reproduzi-lo.⁵⁹⁵ No mesmo sentido, Moacyr dos Santos Amaral afirma que pode conceituar-se documento como toda e qualquer representação material destinada a reproduzir duradouramente uma representação do pensamento.⁵⁹⁶

Essas definições se mostram relevantes, na medida em que o surgimento de meios tecnológicos cada vez mais avançados e seguros, faz com que a utilização no dia-a-dia de documentos eletrônicos se torna mais comum e a relação de documentos com a existência de um meio físico de apresentação se torne obsoleta, como será oportunamente visto adiante. Inclusive com a implementação da urna eletrônica, também parte dos atos passaram a ser digitalizados, e armazenados, por exemplo, nos *flash cards* das urnas eleitorais. Muito embora ainda sejam gerados relatórios impressos referentes aos atos praticados, como os que são gerados antes e após a votação, a partir da urna eletrônica.⁵⁹⁷

A importância da prova documental para nosso sistema processual fica evidente ao se verificar que o CPC/15 dedica trinta e seis artigos para o tratamento da prova documental, do art. 405 ao 441. E, diante da ausência de disposição nesse sentido no processo civil eleitoral, devem ser utilizados aplicadas as normas

⁵⁹⁴ Vide art. 28, §1º da Lei 9.504/97.

⁵⁹⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 657.

⁵⁹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**, Vol. I, 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1961. p. 77.

⁵⁹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.611/19. Relator Min. Luis Roberto Barroso, Brasília, DF. 19 de dezembro de 2019.

expressas no CPC/15, observada a necessária compatibilização com o processo civil eleitoral.

No processo civil eleitoral, são invocáveis, por exemplo, as regras relativas aos documentos eletrônicos (art. 439 a 441),⁵⁹⁸ além das normas que dispõem sobre a força probante dos documentos. Essas últimas com relevante papel no processo civil eleitoral, se considerado o fato acima exposto de que todo o processo se dá através da documentação dos atos e, grande parte deles, praticados por agentes investidos de função pública. De forma que, sobre tais documentos incidirão as regras relativas à força probante dos documentos públicos.⁵⁹⁹

5.1.1. Documentos eletrônicos

Dentre os temas que merecem um tratamento individualizado no regramento da prova documental está a questão relativa aos documentos eletrônicos, dada a sua vasta utilização⁶⁰⁰ e frequente evolução tecnológica. O primeiro ponto a destacar se refere ao fato de que, a partir da conceituação de documento acima exposta, não resta dúvida de que os documentos eletrônicos se amoldam com perfeição à definição clássica de documento o que faz com que a eles sejam aplicadas as mesmas disposições contidas no CPC acerca da prova e, especificamente, acerca da prova documental.⁶⁰¹

Além da possibilidade de aplicação das normas gerais em matéria probatória, o CPC também trata de maneira específica dos documentos eletrônicos, nas disposições constantes nos artigos 439 a 441. Há um avanço em relação à legislação anterior, por haver o reconhecimento específico da necessidade de um tratamento individualizado de tais provas. No entanto, em relação ao conteúdo dessas normas, pouco foi feito pelo legislador.

⁵⁹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo eleitoral? In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 271.

⁵⁹⁹ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 160.

⁶⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 606.

⁶⁰¹ CABRAL, Antônio do Passo. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas. **Revista de Processo**. vol. 135. Mai. 2006. p. 97-131.

Um dos pontos objeto de crítica é a regra constante do art. 439, que dispõe sobre a necessidade de conversão do documento eletrônico no processo convencional à sua forma impressa. Tal disposição, na visão de parte da doutrina, amplia o preconceito com relação aos documentos eletrônicos, ao preferir o emprego de uma cópia do documento (o chamado documento convertido) ao invés do original em sua versão eletrônica.⁶⁰²

Esse tratamento lacônico dado aos documentos eletrônicos no CPC/15 e a disposição constante no art. 441 de os documentos eletrônicos serão produzidos e conservados com a observância da legislação específica, deixam clara a intenção do legislador de relegar o tratamento do tema para legislação própria. No entanto, enquanto inexistente legislação suficientemente abrangente sobre o tema, questões relativas à valoração da prova documental eletrônica deverão ser enfrentadas pelos aplicadores do direito com recurso aos dispositivos que já existem no ordenamento jurídico nacional.

Entre eles, e com impacto relevante para o processo civil eleitoral, está o art. 11, caput, da Lei 11.419/2006 (Dispõe sobre a informatização do processo judicial), que determina que os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais. De forma que, com o avanço gradativo da informatização dos tribunais brasileiros, o problema relativo à conversão dos documentos para a sua versão impressa tende a se extinguir.

Tal processo já ocorre na Justiça Eleitoral, que a partir da Resolução nº 23.417/14 iniciou a implementação do Processo Judicial Eletrônico (PJe) a ser concretizada em etapas de acordo com cronograma a ser definido. Atualmente, além do Tribunal Superior Eleitoral diversas Zonas Eleitorais contam com o PJe, conforme Portaria TSE nº 344 de 08 de maio de 2019, que estabeleceu o cronograma de implantação até dezembro de 2019.⁶⁰³

⁶⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 625.

⁶⁰³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Portaria TSE nº 344. Brasília, DF. 08 de maio de 2019.

Dessa forma, é possível afirmar que nas Zonas Eleitorais nas quais o PJe já tiver sido implementado, é perfeitamente aplicável a disposição constante do art. 11, caput, da Lei 11.419/2006. Cumpre notar que tal regra não é só compatível como também desejável a sua observância no âmbito eleitoral. Visto que além de poupar etapas na juntada do documento ao processo em trâmite, também permite um contato direto do magistrado com o documento eletrônico e, portanto, um controle mais adequado dos mecanismos de proteção e segurança que o revestem.

Nesse ponto, portanto, outro ponto crucial a ser considerado quando da apreciação e utilização de documentos eletrônicos: a existência de diversos métodos de certificação de autoria e segurança na transferência dos dados, capazes de tornar o documento eletrônico algo no mínimo tão seguro quanto os documentos tradicionais.⁶⁰⁴ A segurança quanto à autenticidade de tais documentos é reconhecida, inclusive, pelo CPC/15 ao dispor no art. 411, inciso II, que considera-se autêntico o documento quando a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei.

Isso se dá, pelo fato de que métodos como a criptografia (simétrica e assimétrica), assinatura digital, biometria, firewalls, entre outros, permitem, quando combinados, assegurar uma certeza quase absoluta acerca da integridade e autenticidade dos documentos eletrônicos.⁶⁰⁵ O que leva à conclusão de que produzido em suporte eletrônico merece tratamento idêntico àquele atribuído ao documento impresso. Razão pela qual, se faz necessário que sejam tomados os mesmos cuidados em uma situação da verificação da autenticidade como se presta a um documento em papel.⁶⁰⁶

Diante da existência de meios tecnológicos para aferição da autenticidade e integridade do documento, é incabível a discussão relativa à possibilidade condenações baseadas exclusivamente em documento eletrônico. Isso porque, a legislação não restringe a força probatória do documento eletrônico e diante dos

⁶⁰⁴ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O documento eletrônico como meio de prova. **Revista de Direito Imobiliário**. Vol. 47, jul./dez.1999, p. 70–102.

⁶⁰⁵ CABRAL, Antônio do Passo. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas. **Revista de Processo**. vol. 135. Mai. 2006. p. 97-131.

⁶⁰⁶ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. RAMOS, Rafaella Cardoso. Prova documental eletrônica como objeto probatório no contexto do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 282. Ago. 2018. p. 179-199.

avanços tecnológicos inexistem razão para reputar um documento eletrônico menos confiável que um documento impresso.

É evidente que a eficácia probatória dos documentos eletrônicos será progressivamente maior na medida em que a combinação de métodos de segurança, no ciclo de formação da convicção do juiz, aproximar a probabilidade da certeza.⁶⁰⁷ Mas, é seguro afirmar que, no estágio atual de evolução dos mecanismos de segurança dos documentos eletrônicos há elementos suficientes para justificar a possibilidade de condenação pautada em tais documentos, mesmo em se tratando de processo civil sancionatório.

Além disso, a desconfiança com meios eletrônicos de armazenamento de informação tem origem na resistência com processos de evolução tecnológica, o que é incompatível com o ambiente de modernidade e efetividade das eleições inaugurado com a adoção das urnas eletrônicas no Brasil, tecnologia exportada para diversos países ao redor do mundo.

A dinâmica do processo eleitoral, com suas contínuas mudanças e necessidade de aprimoramento dos instrumentos de controle, torna os documentos eletrônicos um meio de prova extremamente eficiente e adequado à sua realidade.⁶⁰⁸ O que, somado à implementação do processo eletrônico no âmbito da Justiça Eleitoral, tende a acrescentar celeridade e confiabilidade aos documentos juntados pelas partes, auxiliando o juiz e as partes na tutela do devido processo eleitoral.

5.1.2. Arguição de falsidade

No contexto da ampla utilização da prova documental e todas as suas formas, não raro haverá controvérsia sobre a autenticidade ou a falsidade de um documento juntado aos autos. Esse questionamento deverá ser feito nos termos dos artigos 430 a 433 que regulamentam a arguição de falsidade documental. A finalidade da arguição é a declaração quanto à falsidade ou autenticidade do

⁶⁰⁷ CABRAL, Antônio do Passo. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas. **Revista de Processo**. vol. 135. Mai. 2006. p. 97-131.

⁶⁰⁸ FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Breves apontamentos sobre a ação de impugnação de mandato eletivo e o novo código de processo civil. In: FUX, Luiz. (Coord.) [et al.] **Direito Processual Eleitoral**. Tratado de Direito Eleitoral. Vol. 6. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 167.

documento questionado, sustando ou não, a depender do seu resultado, sua eficácia probatória.⁶⁰⁹

O procedimento previsto no CPC/15 trouxe simplificação ao procedimento, seguindo a linha do quanto adotado em relação a demais incidentes processuais. De forma que, o procedimento que deveria ser instaurado por petição autônoma e daria origem a procedimento que tramitaria apensado aos autos principais, na regra atual será feito no bojo da contestação ou da réplica, de acordo com o momento da juntada do documento, ou por petição simples caso ocorra após a fase postulatória.

A simplificação do procedimento reforça a sua compatibilidade com o processo civil eleitoral,⁶¹⁰ a qual já era admitida pela jurisprudência do TSE.⁶¹¹ Na sua forma atual, a arguição se dará em sede de réplica ou contestação, devendo ser aberto à parte contrária para o exercício do contraditório e após será realizada prova pericial para aferir a autenticidade ou a falsidade do documento. O ponto sensível, em razão dos prazos exíguos do processo eleitoral, está na realização da perícia. Mas, como se verá adiante, a utilização da prova técnica simplificada, caso possível, será de grande valia para evitar dilações incompatíveis com o calendário eleitoral.

Por fim, cumpre destacar que a regra especial relativa ao ônus da prova na arguição de falsidade, prevista no art. 429 do CPC/15, também se aplica ao processo civil eleitoral, mesmo em se tratando de processo sancionatório. Isso

⁶⁰⁹ MARINHO, Rodrigo Saraiva. ROMÃO, Pablo Freire. A Arguição de falsidade documental no código de processo civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) **Novo CPC doutrina selecionada, Vol. 3: provas**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 711-739.

⁶¹⁰ Dispondo no sentido de não haver restrição para o cabimento da arguição de falsidade em processos de conhecimento: “Em se tratando de processo de conhecimento, porém, não haverá limitação alguma. Qualquer tipo de procedimento especial poderá conter uma demanda incidental de falsidade, por mais diverso que o rito se mostre – mesmo porque não pode haver interesse, no processo de conhecimento, em induzir o magistrado a apoiar seu convencimento em prova falsa. Até mesmo o mandado de segurança, cuja celeridade é dada pela estreiteza da fase probatória, admite a arguição incidental de falsidade documental. Neste procedimento, o oferecimento do incidente causará a alteração do rito, que não mais seguirá para imediata sentença, mas, suspendendo o curso normal do feito, aguardará a decisão sobre a falsidade ou autenticidade do documento questionado” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 760-761)

⁶¹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 267892. Relatora Min. Luciana Lóssio, Brasília, DF. 07 de novembro de 2013; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Ordinário nº 67662. Relator Min. Hamilton Carvalhido, Brasília, DF. 23 de novembro de 2010; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo em Recurso Especial Eleitoral nº 26.176. Relator Min. José Delgado, Brasília, DF. 29 de maio de 2007.

porque, na arguição de falsidade a distribuição o que está em jogo não é a apuração do ilícito eleitoral, mas, apenas, a averiguação do valor probatório que possa merecer determinado documento que se encontra nos autos.⁶¹² De forma que não haveria violação ao princípio do *in dubio pro reo*, nem às demais garantias relacionadas aos processos civis sancionatórios.

5.1.3. Exibição de documentos

A exibição de documentos é instrumento de extrema utilidade para a elucidação dos fatos discutidos em juízo.⁶¹³ Regulado pelas disposições dos artigos 396 a 404 do CPC/15, o incidente consiste na determinação pelo juiz, de ofício ou a pedido de uma das partes, que a parte ou terceiro exibam documento ou coisa que se encontre em seu poder.

O procedimento da exibição de documentos possui tratamento distinto quando se tratar de parte ou de terceiro. Na medida em que, para aquela primeira o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se o requerido não efetuar a exibição ou a sua recusa for havida por ilegítima. Havendo, ainda, a autorização para adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.

Ao passo que, em relação ao terceiro, o procedimento não possui o condão de reputar verdadeiros os fatos, pela evidente incompatibilidade lógica da medida, visto que o terceiro não é parte do processo. No entanto, caso o terceiro sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenará o depósito do documento no prazo de cinco dias. E, caso haja descumprimento da ordem, o juiz poderá expedir mandado de apreensão, além da imposição de outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.

⁶¹² HAMILTON, Sergio Demoro. O incidente de falsidade. **Revista da EMERJ**. v. 9, nº 33, 2006. p. 198-212.

⁶¹³ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil – Teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 130.

Nesse ponto, a própria lei eleitoral prevê também a possibilidade de o juiz determinar a exibição de documentos por terceiros, conforme consta do art. 5º, §§ 4º e 5º e no art. 22, VIII e IX, ambos da LC nº 64/90. Nos dispositivos em questão, há a previsão expressa de que se o terceiro, sem justa causa, não exhibir o documento, ou não comparecer a juízo, poderá o Juiz contra ele expedir mandado de prisão e instaurar processo por crime de desobediência.

Nas duas hipóteses a preocupação do legislador fica evidente quanto à possibilidade de tais medidas implicarem dilação incompatível com o processo eleitoral. De forma que estabelecem que a medida deverá ser adotada no prazo de três dias após a inquirição das testemunhas. Além de prever rigorosas medidas coercitivas para assegurar que a ordem do juiz eleitoral será cumprida.

O problema, no entanto, surge quando a determinação da exibição de documento ou coisa recair sobre o réu em processo de natureza sancionatória. Nessas hipóteses, o juiz não poderá impor ao réu as consequências previstas no regramento processual, na medida que a imposição do ônus processual de exhibir documentos é incompatível com a garantia da não-incriminação.⁶¹⁴

Em processos de natureza civil sancionatória, não há que se falar em um dever de colaboração do réu com a demonstração da verdade dos fatos. Em face da gravosa sanção que sobre ele pode recair, há verdadeira mitigação de tais deveres, para dar lugar à possibilidade ampla de se defender e não produzir provas capazes de justificar sua condenação. Assim, como afirma Flavio Yarshell, ao tratar dos processos civis que versam direitos indisponíveis, a superação da falta de lealdade ou colaboração das partes não pode se dar mediante o recurso à confissão ficta.⁶¹⁵

Portanto, da mesma forma que a incidência dos princípios e garantias processuais penais aos processos civis sancionatórios afasta a possibilidade da inversão do ônus da prova e exigem a imposição de um standard probatório mais elevado, também quando do regramento da exibição de documento ou coisa haverá a impossibilidade de admitir como verdadeiros os fatos que a parte pretendia provar

⁶¹⁴ MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 181.

⁶¹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 153.

ou de adotar medidas indutivas ou coercitivas para a apresentação dos documentos requeridos.

5.2. Prova Oral

Ao lado da prova documental, está a prova oral, na qual estão compreendidas o depoimento da parte e a prova testemunhal. O primeiro, regido no CPC/15 pelos artigos 385 a 388, consiste na declaração de conhecimento de uma das partes na qual se declara que certo fato aconteceu de dado modo.⁶¹⁶ Trata-se de prova tradicionalmente relevante, até mesmo porque na clássica lição de Capelletti, não há pessoa mais bem informada sobre os fatos da causa do que a parte.⁶¹⁷ Muito embora, o autor italiano também evidencie que, ao mesmo tempo, a parte depoente possui interesses pessoais quanto ao deslinde do feito, o que torna necessária a consideração desse aspecto na valoração dos fatos por ela narrados.

Ao seu turno, a prova testemunhal consiste na declaração de alguém estranho à relação processual, portanto, terceiro, sobre a forma como se passaram certos fatos ligados à controvérsia judicial.⁶¹⁸ Caberá à testemunha relatar os fatos que presenciou, sem ter que se ocupar da valoração de tais fatos, sendo essa atribuição do magistrado do proceder o julgamento da causa. Esse meio de prova, é regido no CPC/15 pelos artigos 442 a 463, os quais se aplicam ao processo civil eleitoral,⁶¹⁹ assim como os relativos ao depoimento das partes, na medida da sua compatibilidade com as previsões específicas que existem espalhadas pela lei eleitoral.

Em boa parte dos procedimentos eleitorais há previsão expressa relativa à produção de prova testemunhal, do que se extrai duas conclusões relevantes. A primeira dela diz respeito à importância da prova testemunhal para o processo civil

⁶¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 440.

⁶¹⁷ CAPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 03.

⁶¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit. p. 788.

⁶¹⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo eleitoral? In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 271.

eleitoral. Na medida em que, como dito anteriormente, em boa parte deles os atos praticados pelas partes não deixam vestígios nem provas documentais, de forma que a prova testemunhal será de grande valia para auxiliar na composição do arcabouço probatório.

A segunda conclusão que se pode extrair, como se verá a partir da análise breve das principais previsões, é a de que há grande preocupação com a demora na produção da prova testemunhal e eventual incompatibilidade com o processo civil eleitoral. De forma que, em todas as previsões são dispostos procedimentos instrutórios bem suscintos e com prazos objetivamente previstos, para evitar demora injustificada e incompatível com a celeridade exigida.

No procedimento da AIRC, previsto no art. 5º, §1º da LC nº 64/90, que se aplica à AIME, por força da Resolução TSE nº 21.634/04, após o prazo da contestação, havendo protesto pela produção de provas e o juiz entendendo pela relevância da dilação probatória, serão designados os quatro dias seguintes para inquirição das testemunhas do impugnante e do impugnado, as quais comparecerão por iniciativa das partes que as tiverem arrolado, com notificação judicial.

Note-se que o prazo para a produção da prova testemunhal é de quatro dias, e as testemunhas deverão comparecer por iniciativa da parte que a tiver arrolado. Além disso, também o número máximo de testemunhas é inferior ao admitido pelo CPC, no art. 357, §6º, que prevê um número máximo de dez testemunhas. Importante destacar que, embora o número máximo de testemunha do CPC não possa ser aplicado por existência de previsão diversa na legislação eleitoral, é lícito ao juiz eleitoral restringir a três o número de depoimentos para cada fato,⁶²⁰ o que se coaduna à perfeição com os valores do processo civil eleitoral e não encontra disposição contrária na lei específica.

Outros procedimentos preveem também fases instrutórias breves, mas com pequenas distinções em relação ao procedimento previsto para a AIRC. É o caso do procedimento para a AIJE, cujos parâmetros se estendem em parte à RCED,

⁶²⁰ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 939.

conforme reconhecido em decisão do TSE,⁶²¹ e a representação por captação ilícita de sufrágio, por força do art. 41-A da Lei das Eleições, que dispõe um prazo de cinco dias para a inquirição das testemunhas, também limitando a seis o número máximo de testemunhas por parte.

Por fim, também a Resolução TSE nº 22.610/07 que disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, prevê um número máximo de três testemunhas por parte. E que, havendo necessidade de provas, deferi-las-á o relator, designando o 5º (quinto) dia útil subsequente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas

É importante mencionar que, somente a Resolução TSE nº 22.610/07 trata expressamente do depoimento da parte, e sobre o seu cabimento no processo contencioso eleitoral há intensa controvérsia. Isso porque, do julgamento no STF do Habeas Corpus nº 85.029, impetrado pelo então Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva, contra decisão determinando o seu comparecimento para prestar depoimento pessoal, constou a ausência de relevo no processo eleitoral do depoimento pessoal, dada a incompatibilidade da pena de confissão.⁶²²

⁶²¹ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. PEDIDO PARTICULARIZADAMENTE INDICADO NA INICIAL. PROVA TESTEMUNHAL. LIMITAÇÃO. POSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado. 2. Intenção de rediscutir matéria já regularmente decidida. 3. O Tribunal Superior Eleitoral - para os processos atinentes ao pleito de 2004 - já admitia a produção de provas no corpo do recurso contra expedição de diploma, desde que expressamente indicadas na petição inicial, assegurando ao recorrido a contraprova pertinente. Precedentes. 4. Possibilidade de produção de prova testemunhal, limitada ao número máximo de 6 para cada parte, independentemente da quantidade de fatos e do número de recorrentes ou de recorridos (inciso V do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90). 5. A limitação do número de testemunhas - 6 (seis) testemunhas para cada parte, independentemente da quantidade de fatos e do número de recorrentes ou de recorridos - se mostra mais adequada para harmonizar o princípio da celeridade processual com o princípio do devido processo legal. 6. Aos recorrentes incumbe provar suas alegações com as 6 (seis) testemunhas expressamente indicadas na inicial. Mesmo número, em harmonia com o princípio da paridade de armas, franqueado aos recorridos para sustentar sua versão dos fatos. 7. Embargos rejeitados. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Contra a Expedição de Diploma nº 671, Relator Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2007)

⁶²² EMENTA: I. Presidente da República: depoimento pessoal: prerrogativa de função (C. Pr. Civil, art. 344, comb. com o art. 411 e parágrafo único). 1. As inspirações teleológicas da prerrogativa de função não são elididas pela circunstância de a autoridade não figurar no processo como testemunha, mas como parte. 2. A prerrogativa de os dignitários referidos no art. 411 C.Pr.Civ. poderem designar o local e o tempo de sua inquirição, para não se reduzir a mero privilégio, há de ser vista sob a perspectiva dos percalços que, sem ela, poderiam advir ao exercício de suas altas funções, em relação às quais pouco importa que a audiência se faça na qualidade de testemunha ou de parte. II. Investigação judicial eleitoral: defesa escrita (LC 64/90, art. 22; L. 9.504/97, art. 96). 1. Nem a disciplina legal da investigação judicial - objeto do art. 22 da LC 64/90, nem a da

O Ministro relator do habeas corpus, afirmou em suas razões de decidir que o silêncio da lei eleitoral a respeito do depoimento pessoal não seria casual, mas eloquente. Na medida em que, o depoimento pessoal, no processo civil, é primacialmente um ensaio de obter-se a confissão da parte, a qual, de regra, não tem relevo no processo eleitoral, dada a indisponibilidade dos interesses de que nele se cuidam.

Ainda, no julgamento do habeas corpus, o Min. Marco Aurélio afirmou que a lei complementar eleitoral foi sábia ao afastar o depoimento do representante e do representado, para que a área judiciária não se torne um palanque, visando a influência na própria eleição. Acompanhando o precedente formado pelo STF, o Min. Arnaldo Versiani, relatou acórdão no TSE, em sede de habeas corpus, no qual reiterou o entendimento firmado pelo STF, afirmando que não seria cabível o depoimento pessoal no processo civil eleitoral.⁶²³

O entendimento adotado nos precedentes acima encontra eco na doutrina processual eleitoral. Pois, ao discutir a admissibilidade do depoimento pessoal em sede eleitoral, Antônio Veloso Peleja Júnior⁶²⁴ afirma que o depoimento pessoal seria inadmissível no processo civil eleitoral, em razão da incompatibilidade com a

representação por infringência à L. 9.504/97 - objeto do seu art.96 e, a rigor, a adequada à espécie - contém previsão de depoimento pessoal do investigado ou representado; limitam-se ambas a facultar-lhe o oferecimento de defesa escrita. 2.O silêncio da lei eleitoral a respeito não é casual, mas eloquente: o depoimento pessoal, no processo civil, é primacialmente um ensaio de obter-se a confissão da parte, a qual, de regra, não tem relevo no processo eleitoral, dada a indisponibilidade dos interesses de que nele se cuidam. 3.Entre as diligências determináveis de ofício previstas no art. 22, VI, da LC 64/90 não está a de compelir o representado - ainda mais, sob a pena de confissão, de manifesta incompatibilidade com o Processo Eleitoral - à prestação de depoimento pessoal, ônus que a lei não lhe impõe. 4.A circunstância de que no Processo Eleitoral não estivesse compelido a fazê-lo, reforça, porém, que, se dispondo a depor, não seja o paciente privado da prerrogativa que teria se arrolado como testemunha em qualquer processo de escolher o local, dia e hora do depoimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85029, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 09 de dezembro de 2004)

⁶²³ “Recurso em habeas corpus. Depoimento pessoal. Investigação judicial. 1. O procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90 não contempla a possibilidade de colheita de depoimento pessoal. 2. Conforme entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 85.029, o silêncio da lei eleitoral, quanto à questão, não é casual, já que o depoimento pessoal não tem relevo no processo eleitoral, dada a indisponibilidade dos interesses de que nele se cuidam. [...]” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso em Habeas Corpus nº 131. Relator Min. Arnaldo Versiani, Brasília, DF. 04 de junho de 2009)

⁶²⁴ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. O direito probatório eleitoral à luz do CPC 2015: algumas considerações. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. (Coord.). **Tratado de Direito Eleitoral – Direito Processual Eleitoral**. Vol. VI. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 514-515.

pena de confesso. Indicando, como alternativa, a oitiva das partes na forma do interrogatório do art. 139, VIII do CPC/15.

Algumas considerações, no entanto, precisam ser feitas em relação ao entendimento acima referido. A primeira delas diz respeito ao fato de que o precedente do STF, sobre o qual se baseia toda essa discussão, não afirma de maneira categórica a incompatibilidade do depoimento pessoal, mas a sua impertinência. Visto que o depoimento pessoal seria “primacialmente um ensaio de obter-se a confissão da parte”. No entanto, como referido pelo próprio STF, não se trata do único objetivo do depoimento pessoal, que também possui o relevante papel de auxiliar o juiz no esclarecimento de alguns fatos relevantes sobre a *res in iudicio deducta*.

Além disso, se há época dos dois julgados não havia no sistema processual eleitoral a previsão de depoimento pessoal das partes, com o advento da TSE nº 22.610/07 esse cenário se alterou. Visto que, o art. 7º da referida resolução dispõe claramente que “Havendo necessidade de provas, deferi-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subsequente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou”.

De forma que, em momento posterior aos precedentes anteriormente invocados, o TSE admitiu o depoimento pessoal das partes para o procedimento de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária. Portanto, o fundamento da ausência de previsão do depoimento nas normas eleitorais, deixa de se prestar a justificar a inadmissibilidade do depoimento pessoal.

É importante destacar que não parece haver discussão quanto à incompatibilidade da confissão em sede eleitoral, dada a indisponibilidade do bem jurídico tutelado e, quando for o caso, do caráter sancionatório de algumas demandas. Contudo, isso não se apresenta como razão bastante para afastar integralmente o depoimento pessoal. Pois, como dito, não tem como única finalidade provocar a confissão da parte contrária. Sendo o juiz, também, um dos destinatários da prova é clara a utilidade do depoimento pessoal para auxiliar na formação do seu convencimento sobre os fatos.

Por essa razão, e diante das alterações recentes no processo eleitoral, é que não deve prevalecer o entendimento no sentido de que está afastada a possibilidade de depoimento pessoal. A utilidade do depoimento pessoal poderá ficar parcialmente prejudicada, mas não há razão para afastar o depoimento completamente. Nada impedindo, portanto, que, havendo pertinência no caso submetido à sua análise, o juiz determine de ofício ou a requerimento das partes o depoimento a fim de ampliar o seu conhecimento a respeito dos fatos ocorridos, nos demais procedimentos.

No entanto, na hipótese de determinar o depoimento da parte, o juiz deverá se atentar quanto à ordem das inquirições no curso da audiência de instrução, quando se tratar de processo eleitoral sancionatório. Isso porque, o CPC/15 prevê que o depoimento da parte deverá ocorrer antes da inquirição das testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu (art. 361) e, sobre essa ordem, a legislação eleitoral nada dispõe.

Ocorre que, o depoimento do réu, nos processos de natureza sancionatória, deve ocorrer somente ao final da instrução, na medida em que se está diante de situação análoga ao processo penal, a possibilidade de imposição de sanção grave e a necessidade de que o réu tenha conhecimento de todos os elementos que podem ser empregados em seu desfavor para que possa rechaçá-los⁶²⁵ e exercer o contraditório em sua inteireza.

A colheita do depoimento do réu, ao final do processo, vai ao encontro dos princípios que regem o processo civil sancionatório e não gera prejuízos à instrução processual ou à tutela da regularidade das eleições. De forma que, a sua implementação nas ações eleitorais sancionatórias se mostra necessária para a compatibilização com os valores e garantias em jogo.

Ainda sobre a oitiva de testemunhas, a Resolução 23.478/16, que estabelece diretrizes gerais para a aplicação do CPC/15 no âmbito da Justiça Eleitoral, trata expressamente da admissibilidade da oitiva de testemunhas e a sustentação oral

⁶²⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 134.

por meio de videoconferência, previstas no CPC/15 e dispõe que serão implementadas de acordo com a disponibilidade técnica de cada tribunal.⁶²⁶

A consagração dessa ferramenta nos procedimentos eleitorais e a sua regulamentação pelo CPC/15 são de grande importância para o processo civil eleitoral. Na medida em que tal procedimento tem o viés de possibilitar a participação de testemunhas que não poderiam comparecer em juízo a tempo, dados os curtos prazos entre a decisão pela realização da audiência de instrução e a sua efetiva realização.

5.2.1. Prova testemunhal singular

Por fim, o último aspecto que cumpre mencionar no tocante à prova oral, diz respeito à inadmissão da prova testemunhal exclusiva nos procedimentos que possam levar à perda do mandato. Como mencionado anteriormente, o Art. 368-A do Código Eleitoral dispõe que “a prova testemunhal singular, quando exclusiva, não será aceita nos processos que possam levar à perda do mandato”.

A criação da regra em questão, como evidenciado pela doutrina,⁶²⁷ encontra justificativa na preocupação do legislador com a utilização da Justiça Eleitoral como um terceiro tempo da disputa eleitoral. A desconfiança gerada através do ambiente de disputa enseja a preocupação com a fabricação de atos de corrupção eleitoral através de provas testemunhais forjadas, a fim de obter a cassação do mandato eletivo de um adversário político.

Por esse motivo, o legislador entendeu a necessidade de provas mais robustas para sustentar decisões que venham a levar à perda do mandato. Sob pena de se permitir que o processo judicial eleitoral fosse utilizado com finalidades contrárias aos seus objetivos primários de proteção e tutela do devido processo eleitoral.

⁶²⁶ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Inovações no direito eleitoral: novos temas de direito eleitoral e as reformas eleitorais**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2018. p. 88; ZILIO, Rodrigo López. O novo CPC e a proteção do direito eleitoral. In: FUX, Luiz. (Coord.) [et al.] **Direito Processual Eleitoral**. Tratado de Direito Eleitoral. Vol. 6. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 235-258.

⁶²⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. JORGE, Flávio Cheim. **Manual de Direito Eleitoral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 453.

Além disso, a adoção da regra possui íntima relação com o elevado standard probatório necessário para o julgamento nos processos eleitorais sancionatórios. Essa relação foi destacada pelo TSE em precedente já citado em outros momentos, ao dispor que “no Direito Eleitoral vigora o princípio do *in dubio pro libertate*, adotado expressamente, segundo a doutrina sancionadora, no art. 368-A do Código Eleitoral, ao considerar que a prova testemunhal singular, quando exclusiva, não será aceita nos processos que possam levar à perda do mandato”.⁶²⁸

Assim, a relação entre os riscos de manipulação do resultado das eleições por meio de expedientes escusos através da justiça eleitoral e a adoção de um standard probatório mais elevado para as ações eleitorais sancionatórias, fez com que o legislador entendesse necessário dispor expressamente no sentido de inadmitir a perda de mandato com base em prova testemunhal singular.

É importante mencionar que, de acordo com todos os argumentos expostos neste estudo, fica evidenciado ser muito remota, quase impossível, a possibilidade de uma prova testemunhal singular se mostrar bastante para suprir o padrão de exigência probatória vigente nas ações sancionatórias. De forma que, mesmo sem a disposição do art. 368-A, já seria possível concluir nesse sentido.

No entanto, a opção legislativa não está livre de duras críticas da doutrina. Havendo, até mesmo quem afirme que a norma disposta no art. 368-A “transforma a testemunha em ‘prostituta’ das provas”.⁶²⁹ Apesar da crítica exaltada, a preocupação com a norma decorrente do artigo em questão se dá pelo fato de que haverá, certamente, muitos casos em que a prova será exclusivamente testemunhal e o alijamento da sua força probante poderia ter como consequência a proteção daqueles que praticaram os atos ilícitos na campanha eleitoral.

Contudo, há dois aspectos que devem ser ressaltados diante das críticas aventadas. O primeiro deles está relacionado ao fato de que a vedação diz respeito à prova testemunhal singular, como único elemento de prova. Veja que, a legislação não veda a condenação com base em prova testemunhal, o que dificultaria sobremaneira a apuração dos ilícitos eleitorais, dada a importância da prova

⁶²⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358, Relator Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 12 de setembro de 2018.

⁶²⁹ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Inovações no direito eleitoral: novos temas de direito eleitoral e as reformas eleitorais**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2018. p. 288.

testemunhal, como referido anteriormente. O que é vedado pelo art. 368-A é a condenação à perda do mandato baseada e única prova testemunhal, dado o elevado risco e a facilidade de manipulação dessa prova.

Além disso, a vedação à prova testemunhal como único meio de prova não é exclusividade do art. 368-A. O art. 444 do CPC/15 não admite a prova exclusivamente testemunhal, sem que haja ao menos começo de prova escrita, nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação. No caso do artigo 444 a vedação é mais ampla, pois não restringe à prova testemunhal singular, sendo vedada mesmo que haja pluralidade de testemunhas. No mesmo sentido, a Súmula 149 do STJ, dispõe que a prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário.

Portanto, não merecem prosperar as críticas direcionadas à regra do art. 368-A. A necessidade da adoção de um standard mais elevado de provas nos processos eleitorais sancionatórios e o risco da manipulação do processo eleitoral em favor de interesses individuais espúrios, justificam a adoção da regra. E, como dito, mesmo que não houvesse tal disposição, é possível afirmar que seria quase impossível que a prova testemunha singular fosse capaz de justificar a imposição de sanção, sem que houvesse a inobservância dos standards probatórios exigidos.

5.3. Prova Pericial

No curso de um processo judicial, é possível que ao juiz seja imposta a análise de fatos que demandam um conhecimento técnico específico. É bastante comum, portanto, que a solução de demandas judiciais seja permeada por conhecimentos de engenharia, medicina, contabilidade, entre diversas outras áreas do conhecimento humano. E, nesses casos, o juiz deverá se socorrer de peritos na área para auxiliá-lo no julgamento da causa.

Assim, é correto afirmar que o juiz defere a prova pericial por um só motivo: não dispõe dos conhecimentos exigidos para resolver a questão de fato.⁶³⁰ Por tal

⁶³⁰ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. Vol. III. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.101.

razão é que se tem a prova pericial, toda vez que o juiz para o fim de acerto dos fatos a serem provados, recorra a conhecimento de natureza técnico-científica, que transcendem a experiência comum e vão além do patrimônio cultural do homem médio.⁶³¹

A prova pericial está prevista no CPC/15 nos artigos 464 a 480, seguindo trilha semelhante à adotada no sistema anterior.⁶³² E, logo no primeiro dispositivo há relevante previsão quanto à sua admissibilidade. Pois, de acordo com o art. 464, § 1º, do Código de Processo Civil, a prova pericial não será admitida se a prova do fato não depender de conhecimento técnico, se for desnecessária em vista de outras provas ou se a verificação a ser desenvolvida pelo perito for impraticável.⁶³³ Assim, a contrário senso, é possível concluir que a prova pericial será admissível quanto o julgamento da causa demandar o conhecimento de uma questão técnica estranha ao conhecimento comum do juízo.

Essa situação, em se tratando de demandas eleitorais, se mostra na prática muito rara de ocorrer. Visto que, poucas vezes haverá questões de natureza técnica que ultrapassem o conhecimento do homem médio e que devam ser objeto de apreciação para o julgamento de demandas eleitorais. No entanto, o fato de se tratar de hipóteses raras não impede que se reconheça a admissibilidade da prova pericial no âmbito do processo civil eleitoral.

Dentre as regras previstas no CPC/15, é importante destacar uma que, de plano encontra óbice na sua importação para o processo civil eleitoral, qual seja, a disposição constante no art. 471 do CPC referente à indicação do perito pelas partes de comum acordo.⁶³⁴ Tal qual defendido em outras situações semelhantes, que dispunham sobre autocomposição das partes, não se admite a realização de negócios jurídicos processuais dessa natureza em processos que versem sobre direitos indisponíveis.

⁶³¹ LOMBARDO, Luigi. Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**. n. 4/2002, p. 1.090.

⁶³² KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 38.

⁶³³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova Pericial no CPC/2015. **Revista de Processo**. vol. 267. Ano 42. p. 211-223.

⁶³⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo eleitoral? In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 271.

Cumpra ressaltar que, nesse caso, o legislador foi cauteloso e dispôs já no inciso II do art. 471 que só poderá ser definido o perito pelas partes se a causa possa ser resolvida por autocomposição. De forma que fica evidente a incompatibilidade do expediente com o processo civil eleitoral.⁶³⁵ É evidente, no entanto, que as partes poderão indicar e, caso o juiz entenda adequada a indicação, ele poderá nomear o perito.⁶³⁶ A diferença para os casos que versem sobre direitos que comportem autocomposição é a inexistência de vinculação do magistrado à indicação das partes.

5.3.2. Prova técnica simplificada

Muito embora, como dito acima, a prova pericial seja pouco empregada no processo civil eleitoral, há possibilidade de aplicação de regras como a prova técnica simplificada,⁶³⁷ capazes, inclusive, de incrementar a utilização de provas dessa natureza. Isso porque, embora também se trate de uma prova pericial, consiste no depoimento oral do *expert* sobre o ponto controvertido, em vez do laudo escrito.⁶³⁸

A prova simplificada se mostra cabível quando o ponto controvertido for de menor complexidade. De modo que o juiz poderá optar pela sua utilização em detrimento da prova pericial, mais complexa e mais demorada. A prova pericial simplificada, aproxima da *expert witness* do sistema da *common law*, pode ter a aptidão de tornar dispensável a prova pericial propriamente dita, mais detalhada, demorada e custosa.⁶³⁹ De forma que, pela sua natureza simplificada, se insere no quadro de técnicas destinadas à agilização do resultado do processo,⁶⁴⁰ logo, alinhada com as características do processo civil eleitoral.

⁶³⁵ Em sentido contrário: YARSHELL, Flávio Luiz. op. cit. p. 271.

⁶³⁶ REIS, Marlon. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. MATEUS, Laudo Natel. Processo eleitoral e o novo CPC – aplicação imediata. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 128.

⁶³⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. op. cit. p. 271.

⁶³⁸ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**. vol. 244. Jun./201, p. 33-57.

⁶³⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova Pericial no CPC/2015. **Revista de Processo**. vol. 267. Ano 42. p. 211-223.

⁶⁴⁰ *Ibidem*.

Nesse sentido, inclusive, José Jairo Gomes destaca a possibilidade da utilização da prova técnica simplificada em sede de AIRC.⁶⁴¹ Sendo evidente que, dentro das peculiaridades de cada caso, a prova técnica simplificada poderá ser adotada também nos outros procedimentos eleitorais.⁶⁴²

Há inclusive, outro elemento que favorece a sua utilização no processo civil eleitoral: a facilidade de adequação aos procedimentos eleitorais existentes. Isso porque, como visto acima, em todos os procedimentos, mesmo naqueles poucos em que não há previsão expressa, há a previsão de realização de audiência para oitiva das testemunhas arroladas pelas partes.

Dessa forma, caso o juiz entenda pela necessidade de realização da prova técnica simplificada, bastaria nomear o especialista que será ouvido e incluir a sua inquirição na audiência em que seria ouvidas também as testemunhas arroladas pelas partes. Inexistindo qualquer atraso no curso do processo eleitoral e permitindo que o juiz tenha os esclarecimentos de ordem técnica necessários à formação do seu convencimento sobre os fatos.

5.4. Inspeção Judicial

Por fim, cabem apenas breves apontamentos sobre a inspeção judicial, na medida em que o seu regramento, previsto nos artigos 481 a 484 do CPC/15, aplica-se integralmente ao processo civil eleitoral.

A inspeção judicial tem lugar naquelas situações em que é necessário que o juiz tenha contato imediato com a situação fática a ser esclarecida.⁶⁴³ De acordo com o art. 483 do CPC/15, o juiz irá ao lugar onde se encontre a coisa ou a pessoa quando julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar, a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades, determinar a reconstituição dos fatos.

⁶⁴¹ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 435.

⁶⁴² Admitindo, também, a utilização da prova técnica simplificada: YARSHELL, Flávio Luiz. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo eleitoral? In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 271.

⁶⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 885.

Além disso, o código também assegura às partes o direito de assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa. Devendo, ao final da inspeção judicial ser lavrado auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa. Trata-se, portanto, de um procedimento cercado de formalidades voltadas a assegurar a observância do contraditório às partes.

Apesar das formalidades, a inspeção judicial se enquadra perfeitamente no momento concedido ao juiz eleitoral para a determinação de diligências complementares, previstos nos procedimentos da AIRC e da AIJE admitem, por exemplo. De forma que, para a apuração de uma série de irregularidades e ilícitos eleitorais a inspeção judicial pode se mostrar uma ferramenta bastante útil para a adequada compreensão dos fatos narrados pelas partes.

No entanto, é preciso cuidado para que não haja confusão entre o dever de fiscalização do magistrado eleitoral, e a inspeção judicial realizada no contexto de um processo judicial em curso e com a necessidade de garantia do contraditório e da ampla defesa. Pois, o fato de o juiz eleitoral ter comparecido a um local de votação, por exemplo, e identificado propaganda irregular, está inserido no seu dever de fiscalização, decorrente do exercício de poder de polícia. Não há nessa hipótese, a realização da inspeção judicial, nos termos acima delimitados.

Como apontado anteriormente, a distinção entre a atividade administrativa e a atividade jurisdicional do juiz eleitoral deve ser mantida bem clara, a fim de que não haja violações a garantias mínimas como o da inércia do judiciário, do contraditório e da ampla defesa. Dessa maneira, ao se deparar com um ilícito eleitoral, como a propaganda eleitoral, o juiz deverá comunicar ao Ministério Público eleitoral que adotará as medidas cabíveis. Não se confundido, tal prática, com a inspeção judicial, deverá observar todos os requisitos e formalidades previstos nos artigos 481 a 484 do CPC.

6. CONCLUSÕES FINAIS

A Justiça Eleitoral foi alçada a um status de destaque nos últimos anos, em razão de uma sequência de questões relevantes e de repercussão nacional submetidas à sua apreciação. Essa crescente judicialização das eleições tem origem em um cenário de acirramento da disputa política e impõe ao Poder Judiciário a difícil tarefa de assegurar a regularidade do devido processo eleitoral e proteger o sistema democrático sobre o qual se funda o Estado brasileiro.

Assim, enquanto órgão diretamente responsável pela tutela da regularidade do processo democrático, a Justiça Eleitoral possui a delicada tarefa de assegurar a integridade da vontade livremente manifesta pela população nas urnas, sem que a sua intervenção desvirtue o quanto decidido pela população. Isso porque, o cenário ideal no processo democrático é formado pela livre manifestação da população, sem a interferências de interesses espúrios e sem a necessidade de atuação direta da Justiça Eleitoral, para além da organização do pleito eleitoral.

No entanto, esse cenário ideal é meramente utópico, sendo recorrente a necessidade de a Justiça Eleitoral adotar decisões contrárias ao interesse manifesto nas urnas, dada a identificação de práticas ilícitas capazes de macular a manifestação popular e, portanto, todo o processo de escolha dos representantes do povo. Em razão disso, a atuação eleitoral contramajoritária deve estar cercada de cuidados para assegurar a pacificação social por meio de uma decisão suficientemente motivada e, idealmente, baseada em elementos robustos capazes de legitimá-la perante os titulares dos direitos em jogo nessas ações coletivas.

Nesse processo de legitimação das decisões da Justiça Eleitoral, a presença de elementos probatórios robustos capazes de evidenciar os fatos narrados na inicial e justificar a eventual alteração do resultado das eleições é essencial. Decisões baseadas na incapacidade das partes de se desvencilhar de seu ônus probatório, não possuem o mesmo efeito pacificador que uma decisão amparada em elementos robustos de prova, com vasta fundamentação e capazes de justificar a todos os interessados que a interferência da Justiça Eleitoral era devida e não apenas o resultado da insatisfação de grupos de interesse derrotados que buscam no judiciário a possibilidade da abertura de um “3º Turno” das eleições.

Todo esse contexto, evidencia a importância das provas e a necessidade de que esse tema seja estudado pela doutrina com o destaque e a relevância necessários. Por essa razão é que se debruçou sobre a prova no processo civil eleitoral, para identificar as suas características próprias e enfrentar as principais questões relativas ao direito probatório eleitoral, na busca de um tratamento coerente e previsível da prova eleitoral.

Para além do contexto de disputas acirradas por cargos políticos e da judicialização das eleições, outros elementos próprios do processo eleitoral afetam o estudo do direito probatório nesse ramo. O juiz eleitoral precisa conviver com prazos curtos para a solução dos processos, se comparados com o processo civil comum. A necessidade de adequação ao calendário eleitoral e de tomada de decisões em um curto prazo, para minorar as graves consequências que podem advir da retirada de um candidato eleito após anos de exercício do cargo ilegítimamente ocupado, deixam pouco espaço para a instrução probatória nos processos civis eleitorais.

Soma-se a isso o fato de que os ilícitos eleitorais tratados em boa parte dessas demandas, são de difícil apuração em função da forma como são praticados e os meios adotados para esconder e suprimir quaisquer vestígios que pudessem auxiliar o juiz na formação do convencimento sobre os fatos narrados. Bem como o princípio do *in dubio pro suffragio*, que ao buscar, corretamente, preservar a vontade manifesta nas urnas em caso de dúvida do juiz eleitoral, torna mais complexa a formação de um arcabouço probatório suficiente à procedência das ações eleitorais.

Por fim, além desses diversos fatores, há no processo civil eleitoral a existência de ações com naturezas distintas capazes de atrair para si um conjunto próprio de valores e princípios relacionados à presença ou não do caráter sancionatório. Assim, para aquelas ações em que haja a apuração da prática de condutas ilícitas e a imposição de sanções através do exercício do *ius puniendi* estatal, somar-se-ão aos princípios e regras constitucionais e processuais as garantias próprias do processo criminal, como meio de preservar as garantias mínimas concedidas pela constituição aos réus imputados da prática de atos ilícitos gravemente sancionados.

Resultado dessa somatória de fatores é a existência no processo civil eleitoral de dois standards probatórios distintos, identificáveis a partir da análise conjunta da legislação eleitoral e dos princípios que regem esse ramo do processo civil. O primeiro deles, aplicável aos processos que não possuam natureza sancionatória, e alinhado com princípios como o *in dubio pro suffragio*, é o standard da prova clara e convincente. Ao passo que, para os processos eleitorais sancionatórios, a incidência da presunção de inocência eleva a exigência probatória para além da dúvida razoável, parâmetro equiparável ao aplicado aos processos criminais.

Essa soma de elementos, próprios do processo civil eleitoral, deixa evidente a necessidade de que lhe seja dado um tratamento diferenciado e destacado do regime probatório previsto no CPC/15. E, nesse sentido, é que a segunda parte do trabalho se debruçou sobre a análise das principais consequências das características identificadas e como compatibilizar as previsões da legislação eleitoral própria com aquelas existentes nos outros diplomas do microsistema de processo coletivo e no CPC/15.

A primeira delas, diz respeito à iniciativa probatória do juiz eleitoral, que deve se mostrar adequada à necessidade de preservação do devido processo eleitoral em contraposição às dificuldades de apuração dos fatos e a formação do convencimento do magistrado. O reconhecimento de um papel mais ativo do juiz eleitoral vem ao encontro da publicização do processo, presente mesmo nas demandas que versam sobre direitos privados, e da proteção do interesse coletivo tutelado.

Além disso, em diversas oportunidades o legislador eleitoral evidenciou a sua vontade de permitir que o juiz eleitoral atue de ofício na busca por elementos de prova para auxiliar na formação do seu convencimento, como ocorre com a previsão constante no art. 23-A da LC nº 64/90. Esses poderes, no entanto, precisam ser compatibilizados com o contraditório pleno e a fundamentação adequada das decisões judiciais, e observar os limites da causa de pedir e do pedido delimitado pelas partes do processo.

O ônus da prova no processo civil eleitoral também é afetado significativamente em função da presunção de inocência nos processos de

natureza sancionatória. De forma que, em tais casos a dinamização do ônus da prova não encontra espaço, já que a inversão do ônus seria equivalente a imputar ao réu acusado da prática de um ilícito o dever de provar a sua própria inocência, violando a garantia constitucional. Ao passo que, nos processos não sancionatórios há um reforço da distribuição do ônus da prova prevista no CPC pela incidência do *in dubio pro sufragio*, impondo ao autor o ônus de afastar eventuais dúvidas que parem sobre a regularidade do ato combatido.

Outro ponto de destaque é a utilidade da prova pré-constituída, nos processos eleitorais e a inconstitucional vedação à utilização dos procedimentos previstos na Lei de Ação Civil Pública e, por consequência, do inquérito civil, prevista no art. 105-A da Lei 9.504/97. Pois, como abordado em capítulo próprio, a pré-constituição da prova em um processo com standards probatórios elevados e oportunidade de produção de provas restrita pelo tempo é de grande utilidade e importância.

Porém, em contrapartida a todo o escopo de atuação da Justiça Eleitoral, o artigo referido busca limitar as possibilidades de investigação do Ministério Público eleitoral o que, além de ser inconstitucional, por restringir o alcance de norma constitucional, conflita com a tutela do devido processo eleitoral e, por tal razão, deve ser combatido e rejeitado, enquanto não há decisão do STF na ADI que pende de julgamento naquela Corte.

Assim como a prova pré-constituída, a utilização da prova emprestada também mereceu destaque em razão da possibilidade de aceleração no processo de apuração dos fatos, pelo aproveitamento de prova produzida em outro processo cujas partes coincidam com a demanda eleitoral para a qual se pretende a importação da prova. Sendo, inclusive, possível o empréstimo da prova decorrente de interceptação de comunicações em processos criminais quando o destino da prova for um processo civil sancionatório, como reconhecido pelo TSE, dada a identidade dos princípios e valores em jogo em ambas demandas.

No capítulo final, também foi feita a análise do tratamento das provas em espécie. Oportunidade em que a necessidade de compatibilização com a presunção de inocência e a impossibilidade de exigir do réu a colaboração com a persecução sancionatória se mostraram incompatíveis com a determinação de

exibição de documentos e a imposição das consequências previstas no CPC/15 para a sua não apresentação.

Além disso, no âmbito da prova testemunhal, cuja importância dada pela legislação eleitoral em diversos momentos ficou patente, a inadmissão da imposição da sanção de perda de mandato eletivo com base na prova testemunhal singular reforça a exigência de um parâmetro de suficiência probatória mais elevado para o processo eleitoral sancionatório e homenageia o princípio do *in dubio pro suffragio*.

Por fim, embora pouco explorada, em razão dos fatos normalmente controvertidos no processo civil eleitoral, também foi destacado o papel da prova pericial e as possibilidades de ampliação da sua utilização no processo eleitoral com a introdução no CPC/15 da prova técnica simplificada, plenamente compatível com os procedimentos eleitorais existentes. Ressaltando, por derradeiro, a possibilidade da inspeção judicial e a evidente distinção desta com os atos de fiscalização decorrentes do exercício de poder de polícia do juiz eleitoral.

A identificação dos elementos centrais de um regime probatório eleitoral se mostrou capaz de dar coesão ao tratamento da prova nesse ramo do direito, apesar do tratamento distinto que a presença do elemento sancionatório impõe. Pois, normas que podem a princípio parecer caminhar em sentido contrário, se apresentam como instrumentos de um sistema voltado à proteção do devido processo eleitoral.

Como ocorre com a inadmissão da condenação à perda de mandato pela prova testemunhal singular e a atribuição de poderes instrutórios de ofício ao juiz eleitoral. As quais, cada uma a sua maneira, atuam no sentido de aproximar a decisão proferida pelo juiz eleitoral da realidade dos fatos narrados na inicial. Seja por meio da elevação do standard probatório para as ações eleitorais sancionatórias, seja pelo reconhecimento dos poderes instrutórios do juiz eleitoral que poderá atuar juntamente com as partes na produção das provas que reputar pertinentes ao adequado julgamento da causa.

Assim, apesar da ausência de unidade legislativa, o processo civil eleitoral caminha – salvo exceções pontuais e inconstitucionais - na direção da construção de um processo orientado pela busca da verdade e proteção ampliada do devido

processo eleitoral, bem jurídico comum às demandas eleitorais. O que se mostra indispensável para a prestação adequada da tutela jurisdicional eleitoral. Pois, a aplicação pouco criteriosa das normas previstas no CPC/15 às lacunas existentes na normativa eleitoral, sem atenção aos princípios e valores relacionados, impõe efetivo prejuízo à proteção do devido processo eleitoral.

Desde a valoração da prova, passando pelos standards probatórios adotados, até o papel do juiz na instrução processual, há um conjunto de valores e características próprias que mostram a insuficiência do processo civil aplicável aos litígios comuns para tutelar do direito eleitoral. De forma que, diante de standards probatórios mais elevados, da natureza coletiva do processo civil eleitoral e de um ambiente pouco propício à apuração dos fatos narrados pelas partes, a postura do juiz diante da prova e as garantias concedidas às partes envolvidas devem ser próprias do processo civil eleitoral.

Há, portanto, um regime probatório próprio do processo eleitoral, que embora receba influência do microsistema de processo coletivo, do código de processo civil e, para os processos de natureza sancionatória, do código de processo penal, possui elementos distintos o suficiente para justificar um tratamento individualizado e destacado dos demais ramos com os quais se comunica, a fim de atender as necessidades do direito material tutelado.

REFERÊNCIAS

AGRA JÚNIOR, Walter de. FIALHO, Arthur Monteiro Lins. Tutelas Específicas: aplicação de normas processuais no direito eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. (Coord.). **Direito Tratado de Direito Eleitoral - Processual Eleitoral**. Vol. VI. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. **Temas polêmicos do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ALLEN, Ronald J. Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica**. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. A Função Administrativa da Justiça Eleitoral Brasileira. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (Coord.) **Direito Eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito Eleitoral Regulador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Funções da Justiça Eleitoral. In: ÁVALO, Alexandre. (et al.) **O novo direito eleitoral brasileiro – Manual de direito eleitoral**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. The Brazilian electoral voting system. **Modern Democracy Magazine**. Vol. 1. p. 6-7, 2011.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil** - vol. 2, parte geral e processo de conhecimento. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. Notas sobre o projeto de novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo; Vol. 191, jan. 2011, p. 299-311.

_____. Prova Emprestada. **Revista de Processo**. Vol. 202. Ano 36. p. 403-415, dez. 2011.

ALVIM, Frederico Franco. A Sanção Jurídica no Direito Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 8, n. 2, p. 41-54, mai./ago. 2013.

AMADO, Maria Elisa Padre Ataíde Ribeiro. **O Contencioso Eleitoral no Direito Constitucional Português**. Comissão Nacional de Eleições: Lisboa, 1994.

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ANDRADE, Luiz Felipe da Silva. A inaplicabilidade/revogação do ‘supertrunfo’ do livre convencimento em matéria eleitoral, ante a vigência do novo código de processo civil. In: FUX, Luiz. (Coord.) [et al.] **Direito Processual Eleitoral**. Tratado de Direito Eleitoral. Vol. 6. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 417-427.

ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. **Ação de impugnação de mandato eletivo**. Barueri, SP: Manole, 2013.

ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar a experiência inglesa. **Revista de Processo**. vol. 192. p. 99-118. Fev./2011.

ARAGÃO, Egas Moniz Dirceu de. O sistema de preclusões e o procedimento eleitoral. **Revista paraná eleitoral**, Vol. 1, out. 1986.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova – estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. Vol. III. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**. Vol. 282, Ago./2018, p. 113-139.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito à prova e os limites de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BALKIN, Jack M. **Bush v. Gore and the Boundary Between Law and Politics**. Yale Law School Faculty Scholarship Series. Paper 251. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/251. Acesso em: 05/04/2019.

BANDEIRA, Maria Paula Pessoa Lopes. SANTOS, Maria Stephany dos. A inaplicabilidade das cláusulas negociais no âmbito eleitoral. In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Tradução Vitor de Paula Ramos. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BERIZONCE, Roberto Omar. Prueba anticipada y procedimientos preliminares como médios para la decisión temprana de los conflictos. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) [et al.] **Direito probatório**. 2 ed. São Paulo: Juspodivm, 2016.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Ensaio sobre a prova pericial no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**. vol. 244. Jun./201, p. 33-57.

BONATTO, Giovanni. Il sistema probatorio nel processo civile italiano. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, jul./dez. 2017, p. 165-188.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil – Teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BORBA, Adriano Meireles. O novo CPC e o direito eleitoral: impacto, prazos e provas no processo eleitoral. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO,

Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Emenda ao PL 5.498/2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=671318&filename=EMP+57/2009+%3D%3E+PL+5498/2009>. Acesso em: 25/11/19.

BRASIL. Congresso. Comissão Especial - PL 6025/10. Transcrição literal das notas taquigráficas do parecer do Relator Geral Sr. Deputado Sérgio Barradas Carneiro. Reunião Ordinária nº: 1296/12. Brasília, DF, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1645255/AP, Segunda Turma, Brasília, DF, 17 de agosto de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 301952/CE, Primeira Turma, Brasília, DF, 07 de agosto de 2014;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 1338058/MG, Primeira Turma, Brasília, DF, 05 de abril de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 617.428/SP, Corte Especial, Brasília, DF, 04 de junho de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso em Habeas Corpus nº 131. Relator Min. Arnaldo Versiani, Brasília, DF. 04 de junho de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1230168/PR, Segunda Turma, Brasília, DF, 04 de novembro de 2014;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 695.396/RS, Primeira Turma, Brasília, DF, 12 de abril de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.082/DF, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 30 de outubro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85029, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 09 de dezembro de 2004).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26603, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 04 de outubro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26604, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 04 de outubro de 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358, Relator Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 12 de setembro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo em Recurso Especial Eleitoral nº 26.176. Relator Min. José Delgado, Brasília, DF. 29 de maio de 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 89842, Relatora Min. Laurita Vaz, Brasília, DF, 28 de agosto de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 9168, Relator Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 16 de setembro de 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 3920415/SP, Brasília, DF, Relator Min. Gilson Langaro Dipp, 03 de maio de 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Ordinário nº 67662. Relator Min. Hamilton Carvalhido, Brasília, DF. 23 de novembro de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1482, Resolução nº 22669 de 13/12/2007, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 267892. Relatora Min. Luciana Lóssio, Brasília, DF. 07 de novembro de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Glossário Eleitoral Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos-iniciados-com-a-letra-c>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Mandado de Segurança nº 060107844, Relator Min. Luiz Edson Fachin, Brasília, DF, 19 de novembro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Mandado de Segurança nº 12165, Relator Min. Américo Luiz, Brasília, DF, 06 de fevereiro de 1992.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 194358, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 1995.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Portaria TSE nº 344. Brasília, DF. 08 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Contra a Expedição de Diploma nº 671, Relator Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 18985, Relator Min. Fernando Neves, Brasília, DF, 09 de novembro de 2000.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 4297, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 05 de abril de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 86646, Relator Min. Tarcísio Vieira De Carvalho Neto, Brasília, DF, 18 de outubro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 060009847, Relator Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, Brasília, DF, 29 de maio de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 45331, Relator Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 14 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 12882, Brasília, DF, Relator Min. Henrique Neves da Silva, 21 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 181, Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 29 de abril de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 36335, Brasília, DF, Relator Min. Aldir Passarinho Junior, 15 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 958285418, Brasília, DF, Relator Min. Marcelo Ribeiro, 04 de outubro de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 466997, Relator Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 03 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007 – Brasília/DF.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.210, Relator Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.478/2016, Relator Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 15 de junho de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.611/19. Relator Min. Luis Roberto Barroso, Brasília, DF. 19 de dezembro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 6.390, Consulta nº 1745, Relator Min. Ildelfonso Mascarenhas Da Silva, Brasília, DF, 13 de novembro de 1959.

BRAVO, Gonzalo Farrera. La judicializacion de la política. El caso de México em perspectiva comparada. **Revista del instituto de ciências jurídicas de Puebla**. Ano VI. n. 30. jul./dec. 2012. p. 172-203.

BUSTAMANTE, Evanilda. **A valoração racional das provas no processo judicial: uma aproximação ao tema**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=531d29a813ef9471>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas. **Revista de Processo**. vol. 135. Mai. 2006. p. 97-131.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O “ativismo” do juiz em tema de prova. **Revista de Processo**. vol. 159. Mai. 2008. p. 172-189.

CAGGIANO, Mônica Herman S. Direito Eleitoral no Universo Jurídico. In: CAGGIANO, Mônica Herman S. (Coord.) **Direito Eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Revista de Processo**. vol. 153. Nov. 2007. p. 33-43.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil – Admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. Coleção Temas Atuais do Direito Processual Civil. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CAMPOS JÚNIOR, Waldir Sebastião de Nuevo. Organização da justiça eleitoral – estruturação a partir das justiças estaduais. In: DALLARI, Adilson Abreu. **Direito Eleitoral: estudos em homenagem ao desembargador Mathias Coltro**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 11 ed. Bauru: Edipro, 2004.

CAPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè, 1962.

CAPELLETTI, Mauro. VIGORITI, Vincenzo. I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano. **Rivista di diritto processuale**. 1971.

CARLOS, Manuel. Prova Emprestada. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. Vol. 4. out. 2011. p. 1065-1068.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Vol. I. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARPES, Arthur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil. In: SANTOS, William Ferreira. JOBIM, Marco Félix. **Direito Probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARPES, Artur Thompsen. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nos processos envolvendo as ações de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade Administrativa: Aspectos processuais da Lei nº 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2015.

CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law**. Durham: Carolina Academic Press, 2013.

COELHO, Margarete de Castro. **A democracia na encruzilhada: reflexões acerca da legitimidade democrática da Justiça Eleitoral brasileira para cassação de mandatos eletivos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

COLESANTI, Vittorio. Principio de contraddittorio e procedimenti speciali. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 4, 1975. p. 577-619.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Rápida anotação sobre o julgamento por presunção da LC 64 e o Novo Código de Processo Civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016.

COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1995.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile**. Padova: Cedam, 1970.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili**. 2. ed. Torino: UTET, 2004.

CONEGLIAR, Olivar. A justiça eleitoral: o poder executivo das eleições, uma justiça diferente. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Direito Eleitoral contemporâneo: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSTA, Rafael Antônio. As funções da Justiça Eleitoral. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**. Belo Horizonte. Ano 8. nº 15. jul./dez. 2016. p. 131-146.

COSTA, Adriano Soares da. Brevíssimas notas sobre os negócios jurídicos processuais eleitorais. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016.

COSTA, Adriano Soares da. **Democracia, judicialização das eleições e terceiro turno**. Disponível em: <http://adriano-soares-dacosta.blogspot.com/2009/02/democracia-judicializacao-das-eleicoes.html>. Acesso em: 05 out. 2018.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 9 ed. Belo Horizonte: Fòrum, 2013. v.1.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

COSTA, Daniel Castro Gomes da. **Curso de direito processual eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

COSTA, Hyldon Masters Cavalcante. A imparcialidade do juiz eleitoral em processo judicial para apuração de fatos perante os quais exerceu seu poder de polícia. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, v.4. n.6, jan./jun. 2008. p. 16-40

COSTA, Rafael Antônio. As funções da Justiça Eleitoral. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**. Belo Horizonte, ano 8, n. 15, jul./dez. 2016, p. 131-148.

COSTA, Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CROSARA, Dyogo. A dinamização do ônus da prova no direito eleitoral. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DAMASKA, Mirjan. **El derecho probatorio a la deriva**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

DAMASKA, Mirjan. Epistemology and legal regulation of proof. **Law, probability and Risk**. Vol. 2. Oxford University Press. 2003.

DEHO, Eugenia Ariano. **Problemas del proceso civil**. Lima: Juristas editores, 2003.

DI DONATO, Flora. SCAMARDELLA, Francesca. Una aproximación epistemológica-contextual al conocimiento de los hechos em el proceso. El modelo de Michele Taruffo, entre perspectivas analíticas y aperturas interdisciplinarias. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer. VÁZQUEZ, Carmen. (Coeds.) **Debatiendo com Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. Malheiros: São Paulo, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Vol. I. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume III**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DUARTE, Michelle Pimentel. **Processo Judicial Eleitoral – Jurisdição e Fundamentos para uma Teoria Geral do Processo Judicial Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2016.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la prueba judicial**. 5 ed. Buenos Aires: V. P. Zavalia Editor, 1981.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Breves apontamentos sobre a ação de impugnação de mandato eletivo e o novo código de processo civil. In: FUX, Luiz. (Coord.) [et al.] **Direito Processual Eleitoral**. Tratado de Direito Eleitoral. Vol. 6. Belo Horizonte: Forum, 2018.

FERREIRA FILHO, José Nuss. O papel do juiz no Sistema de provas do direito eleitoral. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_s_12009/joseferreirafilho.html>. Acesso em: 10/11/2019.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. MEZZARROBA, Orides. Conceitos Jurídicos indeterminados no direito eleitoral: um olhar a partir da necessidade de fundamentação. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FIX-ZAMUDIO, Hector. Justicia constitucional y judicialización de la política. In: HENRIQUEZ, J. Jesús Orozco. (Coord.) **Sistemas de Justicia Electoral: evaluación y perspectivas**. México: IDEA International, 2001.

FLACH, Daisson. Motivação dos juízos fático-probatórios no novo CPC brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie. et al. **Direito probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. RAMOS, Rafaella Cardoso. Prova documental eletrônica como objeto probatório no contexto do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 282. Ago. 2018. p. 179-199.

GARTH, Brian. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Sergio A. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) **Novo CPC doutrina selecionada, Vol. 3: provas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOLDMAN, Alvin. I. **Knowledge in A Social World**. Oxford: Claredon Press, 1999.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz. (org.) et al. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GOMES, José Jairo. **Recursos eleitorais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GONZÁLEZ, Luis Antonio Sobrado. La jurisprudencia electoral como fator de profundización democrática em América Latina. **Revista de Derecho Electoral – Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica**. n. 7. 2009.

GRECO, Leonardo. Conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.) **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual – de acordo com a constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Doutrinas essenciais de processo civil**. Vol. 04. out./2011. p. 1071-1080.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**. v. 95, n. 347, jul./set.1999, p. 3–10.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. p. 15-16.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito à prova no âmbito administrativo. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Coord.) **Provas: Aspectos atuais do direito probatório**. Rio de Janeiro: Método, 2009. p. 1-10.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (Coord.) **Tutela Coletiva – 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos**. São Paulo: Atlas, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências sobre provas ilícitas. Provas ilícitas, interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

HAACK, Susan. **Evidence Matters – Science, proof and truth in the Law**. New York: Cambridge University Press, 2014.

HAACK, Susan. The expert witness: Lessons from the U.S. Experience. **Humana.Mente Journal of Philosophical Studies**, Vol. 28, 2015, p. 39-70.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, entre facticidade e validade – Vol. I**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Sergio Demoro. O incidente de falsidade. **Revista da EMERJ**. v. 9, nº 33, 2006. p. 198-212.

HELPA, Caroline de Fátima; SILVA, Guilherme de Abreu e. **Justiça Eleitoral: uma história de intervencionismo judicial** (Palestra proferida por Torquato Jardim no V Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral). *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, jul./dez. 2017, p. 253-262.

HENRÍQUEZ, J. Jesus Orozco. HERNÁNDEZ, Armando Maitret. El sistema mexicano contencioso electoral y criterios jurisprudenciales relevantes. In: MÉXICO. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. *El contencioso y la jurisprudencia electorales en derecho comparado: un estudio sobre veintiún países de América y Europa*. 2006.

HENRIQUEZ, J. Jesus Orozco. Los Sistemas Contenciosos Electorales en América Latina. **Revista del Tribunal Federal Electoral**. Vol. V. n. 07. 1996.

HENRIQUEZ, J. Jesús Orozco. Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado. In: HENRIQUEZ, J. Jesús Orozco. (Coord.) **Sistemas de Justicia Electoral: evaluación y perspectivas**. México: IDEA International, 2001. p. 45.

HENRÍQUEZ, Jesús Orozco. El contencioso electoral, la calificación electoral. In: NOHLEN, Dieter. et al. **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. 2ª ed. — México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007.

JORGE, Flavio Cheim. RODRIGUES, Marcelo Abelha. A limitação à utilização do inquérito civil no direito eleitoral: a inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997. **Revista de processo**. vol. 235, set. 2014, p. 13-18.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

JUNOY, JOAN PICÓ I. **El derecho a la prueba en el proceso civil**. Barcelona: Bosch, 1986.

JUNOY, Joan Picó i. **O juiz e a prova**. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

KEANE, Adrian. MCKEOWN, Paul. **The modern law of evidence**. ed.12. Oxford: Oxford University Press, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 353, jan.-fev. 2001. p. 15-52.

KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

KODANI, Gisele. Âmbito de aplicação da prova emprestada. **Revista de Processo**. Ano 29. n. 113. jan./fev. 2004, p. 268-279.

LAUDAN, Larry. Por qué las reglas procesales asimétricas hacen imposible calcular um estándar de prueba racionalmente justificado. In: VÁZQUEZ, Carmen.

Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

LAUX, Francisco de Mesquita. RODRIGUES, Daniel Colnago. Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie. (Coord.) [Et al.] **Direito Probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LEUBSDORF, John. The Surprising History of the Preponderance Standard of Civil Proof, 67 **Florida Law Review**. 1569 (2016). Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol67/iss5/2>>. Acessado em: 18 jul. 2018.

LIBERATO, Ludgero. O Alcance do conceito de processo jurisdicional eleitoral no direito brasileiro. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. (Coord.). **Direito Tratado de Direito Eleitoral - Processual Eleitoral**. Vol. VI. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LIBERATO, Ludgero. RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. A aplicação subsidiária do CPC ao contencioso eleitoral antes e depois do advento do CPC/2015. **Revista dos Tribunais**. vol. 993, jul./2018, p. 47-72.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Milão: Morano Editore, 1962.

LILLEKER, Darren G. VEDEL, Thierry. The Internet in campaigns and elections. In: **The oxford handbook of internet studies**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

LIMA, Matheus. **Standards de Prova no Direito Brasileiro**. 2018. 129 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

LOMBARDO, Luigi. Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**. n. 4/2002, p. 464-515.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER JR., Fredie. et al. **Direito Probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da prova no novo CPC**. São Paulo: Método, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A prova na Ação de Improbidade Administrativa. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. LOPES, Ricardo Augusto de Castro. **A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Ações eleitorais e direito sancionador. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RIASP**. Ano 16. Vol. 32. Jul./Dez. 2013. p. 281-289.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Direito Eleitoral. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Compra de votos, direito sancionador e ônus da prova. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Direito Processual Eleitoral. In: CAGGIANO, Monica Herman S. (Coord.) **Direito Eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Il principio del contraddittorio e il dovere di motivazione nel c.p.c. brasiliano del 2015. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Fasc. II. Milano: Giuffrè, 2018. p. 667-688.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Prova Pericial no CPC/2015. **Revista de Processo**. vol. 267. Ano 42. p. 211-223.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código eleitoral interpretado: normas eleitorais complementares (Constituição**

federal, lei de inelegibilidade, lei dos partidos políticos, lei das eleições e principais resoluções do Tribunal Superior Eleitoral). 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. A prova e a responsabilidade de terceiros contratantes com o Poder Público na ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. (Org.). **Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral Brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro.** v. 12, 2013, p. 13.871-13.884.

MACEDO, Elaine Harzheim. SOARES, Rafael Morgental. O Poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação de poderes: um paradigma democrático? In: VITA, Jonathan Barros; MALISKA, Marcos Augusto. (Coords.) **Direitos fundamentais e democracia II.** Florianópolis: CONPEDI, 2014.

MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. **Revista de Processo.** vol. 241, Mar./2018, p. 463-487.

MACÊDO, Lucas Buriel de. PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização.** 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MACHADO, Marcelo Passamani. A Justiça Eleitoral. In: CAGGIANO, Mônica Herman S. (Coord.) **Direito Eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O documento eletrônico como meio de prova. **Revista de Direito Imobiliário.** Vol. 47, jul./dez.1999, p. 70–102.

MARINHO, Rodrigo Saraiva. ROMÃO, Pablo Freire. A Arguição de falsidade documental no código de processo civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) **Novo CPC doutrina selecionada, Vol. 3: provas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. Vol.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, André Chateaubriand. A prova pericial no NCPC. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) **Novo CPC doutrina selecionada, Vol. 3: provas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAZZILI, Hugo Nigro. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. In: MILARÉ, Édis. (Coord.) **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o enriquecimento ilícito de administradores públicos. **Revista dos Tribunais**. vol. 676, fev. 1992, p. 60-62.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**. 6ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDONÇA JR., Delosmar. **Manual de Direito Eleitoral**. Salvador: Juspodivm, 2006.

MERÇON-VARGAS, Sarah. **Teoria do processo judicial punitivo não-penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

MÉXICO. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. **El contencioso y la jurisprudencia electorales en derecho comparado: un estudio sobre veintiún países de América y Europa**. México: TEPJF, 2006.

MICHELS, Vera Maria Nunes. **Direito Eleitoral: Análise Panorâmica. De acordo com a Lei 9.504/97**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – Estrutura constitucional da democracia**. Tomo VII. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

MIRANDA, Jorge. **O contencioso eleitoral português**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/31.pdf>>. Acesso em: 12/11/2019.

MITIDIERO, Daniel. Comentário ao art. 300. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al.) **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. Trad. Alberto Antônio Soares. **Tratado da prova em matéria criminal**. 1 ed. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1871.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas obtidas ilicitamente. **Temas de Direito Processual**. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**. Vol. 37. Jan. 1985. p. 140-148.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: _____. **Temas de Direito Processual Civil: 2ª Série**. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo, Saraiva, 2º Série, 1980.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de processo**. vol. 35. jul. 1984, p. 178-183.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Revista brasileira de direito processual**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, jul./set. 2007. p. 111-118.

NETO, João Andrade. Jurisdição eleitoral: Judicialização da política? **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, Vol. 12, n 96, fev./mai. 2010. p. 108-132.

NETO, João Andrade. O art. 23 da LC nº 64/90 em face do dever de fundamentação no direito eleitoral. In: FUX, Luiz. (Coord.) [et al.] **Direito Processual Eleitoral**. Tratado de Direito Eleitoral. Vol. 6. Belo Horizonte: Forum, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NICOLAU, Jairo. **História do voto no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral – Lei de Inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015.

NOHLEN, Dieter. La calificación electoral em Alemania Federal. In: **El contencioso y la jurisprudência electorales em derecho comparado: un estudio sobre veintiún países de América y Europa**. México: Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista Ajuris**. n. 90, jun. 2003, p. 55–84.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das Eleições – virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ORTEGA, Juan José Lopez. Derecho penal y corrupción: las garantías em los instrumentos penales de investigación e enjuiciamiento. In: LEAL, Ángeles Jareño. PAIS, Antonio Doval. **Corrupción pública, prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

OVIEDO, Álvaro Bertel. **Derecho probatório - Partes general y especial**. Bogotá: Ibañez, 2009.

PAIM, Gustavo Bohrer. Direito Processual Eleitoral e a Parte Geral do Novo CPC. In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PARDO, Michael S. Estándares de prueba y teoría de la prueba. In: VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica**. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **A proibição de procedimentos de ação civil pública no Direito Eleitoral**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2650, 3 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17545>>. Acesso em: 09/11/2018.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. Dinamização do ônus da prova no direito eleitoral. In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Inovações no direito eleitoral: novos temas de direito eleitoral e as reformas eleitorais**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2018.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. O direito probatório eleitoral à luz do CPC 2015: algumas considerações. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. (Coord.). **Tratado de Direito Eleitoral – Direito Processual Eleitoral**. Vol. VI. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Ações Eleitorais. Atualidades sobre conexão, continência, litispendência e coisa julgada. **Ballot**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 251-279, set./dez. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot/article/view/22138>. Acesso em: 10/10/2019.

PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Impactos do NCPC e da reforma eleitoral nas ações eleitorais. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral – Controle social e fiscalização das eleições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. **Revista de Processo**. Vol. 185. Jul. 2010. p. 107-112.

PINTO, Marcos Vinícius. Reflexões sobre improbidade administrativa, ônus da prova, modelos de constatação e nota sobre o NCPC. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista.; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processual civile**. Napoli: Jovene, 1994.

PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova no NCPC. In: DIDIER JR., Fredie. et al. **Direito probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. A regulação do processo político e as restrições ao acesso à Justiça Eleitoral. In: WAGNER, Luiz Guilherme da Costa. **Direito Eleitoral – Estudos em homenagem ao Desembargador Mathias Coltro**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**. Vol. 224, Out. 2013, p. 41-56.

RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) **Novo CPC doutrina selecionada, Vol. 3: provas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. Limites da atividade instrutória em grau recursal. **Revista Forense**, v. 428, 2019, p. 221-244.

RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. MENEZES, Pedro Henrique da Silva. Da Produção Antecipada de Provas no Projeto do Novo CPC. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. XII, 2013, p. 562-580.

RASLAN, Alexandre Lima. Infidelidade partidária (Resolução nº 22.610/2007 – TSE): legitimidade ativa do Ministério Público e temas relacionados. In: COSTA, Daniel Castro Gomes. (Org.) **Temas Atuais de Direito Eleitoral – Estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado**. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito: Lições preliminares de direito**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RECENA COSTA, Guilherme. Livre Convencimento e Standards de Prova. In: Flávio Luiz Yarshell; Camilo Zufelato. (Org.). **40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

REIS, Marlon. SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. MATEUS, Laudo Natel. **Processo eleitoral e o novo CPC – aplicação imediata**. Salvador: Juspodivm, 2016.

RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Justiça eleitoral e representação democrática. In: **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A subsidiariedade do CPC no processo eleitoral**. Disponível em: http://www.marceloabelha.com.br/publi/A%20subsidiariedade%20do%20CPC%20no%20processo%20eleitoral_1_.docx. Acesso em: 22/03/2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

SADEK, Maria Teresa. **A Justiça Eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree. **Administración de las elecciones y jurisdicción electoral: um análisis del modelo mexicano y uma crítica a la opción brasilera**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2016.

SALGADO, Eneida Desiree. VALIATI, Thiago Priess. BERNARDELLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral *versus* a fundamentação analítica exigida pelo novo código de processo civil. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**, Vol. I, 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1961.

SCHWARTZ, David L.; SEAMAN, Christopher B. Standards of proof in civil litigation: an experiment from patent law. **Harvard Journal of Law & Technology**. Vol. 26, n. 2, 2013, p. 430-479.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Os poderes instrutórios do juiz no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.) **Novo CPC doutrina selecionada, Vol. 3: provas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SEVERO, Gustavo; CHAVES, Humberto. A Reforma Eleitoral de 2015 – Breves comentários à Lei nº 13.165/2015. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE**, ano 7, n. 13, jul./dez. 2015, p. 81-120.

SILVA, Bruno Freire e; FLORENTINO, Carlos Manoel Leite Gomes. Uma nova análise da tendência de aumento dos poderes do juiz no campo das provas e os seus necessários limites diante de princípios e regras. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Coord.) **Provas: Aspectos atuais do direito probatório**. Rio de Janeiro: Método, 2009.

SOUZA, Alisson de Bom de. NASCIMENTO, Rafael do. Processo eleitoral em crise: em busca da legitimidade. **Estudos eleitorais**. Vol. 11. n. 02. Mai./ago. 2016. p. 97-121.

SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. **Revista dos Tribunais**. vol. 868, Fev. 2008, p. 429-452.

STOCO, Rui. STOCO, Leandro de Oliveira. Legislação eleitoral interpretada – Doutrina e Jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é a livre convicção dos indícios e presunções?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes>. Acesso em: 08/03/2019.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de processo**. São Paulo. Vol. 91. 1998. p. 93–110.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **Revista de Processo**. vol. 151. Set. 2007, p. 229-240.

TARUFFO, Michele. Il concetto di 'prova' nel diritto processuale. **Revista de processo**. vol. 229, mar. 2014, p. 75-87.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Trota, 2005.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in europa. **Revista de Processo**. vol. 133. Mar. 2006. p. 133-160.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michelle. Il diritto alla prova nel proceso civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Ano XXXIX. gen./mar, 1984. p. 74-120.

TARUFFO, Michelle. **La motivazione dela sentenza civile**. Pádua: Cedam, 1975.

TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TAVARES, André Ramos. Princípios Constitucionais do Processo Eleitoral. In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Org.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A prova emprestada no CPC/2015. In: DIDIER JR. (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

TELLES, Olívia Raposo da Silva. **Direito Eleitoral Comparado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TESHEINER, José Maria. Direitos fundamentais, verdade e processo. In: DIDIER JR., Fredie. et al. **Direito probatório**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I.** 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. **Revista de Processo.** Vol. 56, out./1989, p. 223-233.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC – Análise e proposta. **Revista de processo.** Vol. 190, dez./2010, p. 257-269.

VAN RHEE, Cornelis Hendrik. UZELAC, Alan. The pursuit of truth in contemporary civil procedure: revival of accuracy or a new balance in favour of effectiveness? In: VAN RHEE, Cornelis Hendrik. UZELAC, Alan. (Coord.) **Truth and Efficiency in Civil Litigation Fundamental Aspects of Fact-finding and Evidence-taking in a Comparative Context.** Cambridge: Intersentia, 2012.

VANZ, Maria Cristina. **La circolazione della prova nei processi civili.** Milano: Giuffrè Editore, 2008.

VARS, Frederick E. Toward a General Theory of Standards of Proof. **Catholic University Law Review.** Vol. 60, Fall 2010. Disponível em: <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol60/iss1/3>. Acesso em: 18/07/2018.

VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de Prueba y Prueba Científica – Ensayos de epistemología jurídica.** Barcelona: Marcial Pons, 2013.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral.** 6 ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. CHALITA, Tony Ferreira de Carvalho Isaac. As normas fundamentais do novo código de processo civil e sua aplicação nos processos de competência da Justiça Eleitoral. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral.** Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016.

WALTON, Douglas. **Burden of Proof, Presumption and Argumentation.** New York: Cambridge University Press, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**. vol. 168. Fev./2009. p. 53-65.

WILDE, Oscar. **The Importance of Being Earnest**. Devon: Moorside Press, 2013.

XAVIER, Trícia Navarro. O “ativismo” do juiz no tema de prova. **Revista de Processo**, vol. 159, Mai./2008, vol. 159-178.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ação rescisória no âmbito eleitoral. In: GUILHERME, Walter de Almeida. KIM, Richard Pae. SILVEIRA, Vladimir Oliveira. (Coord.) **Direito Eleitoral e processual eleitoral: temas fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito Eleitoral**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 12. Salvador: Juspodivm, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo eleitoral? In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ZANETTI JR., Hermes. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no código de processo civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? **Revista de Processo**. vol. 259, set. 2016, p. 21-53.

ZILIO, Rodrigo López. Breves observações sobre o art. 96-B da Lei nº 9.504/97. In: TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ZILIO, Rodrigo López. Do terceiro não-candidato e da aplicação das sanções pela captação ilícita de sufrágio. **Resenha Eleitoral – Nova Série**, v. 11, n. 1, jan./jun. 2004.

ZILIO, Rodrigo López. O novo CPC e a proteção do direito eleitoral. In: FUX, Luiz. (Coord.) [et al.] **Direito Processual Eleitoral**. Tratado de Direito Eleitoral. Vol. 6. Belo Horizonte: Fórum, 2018.