

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

LIVIA MAYER TOTOLA BRITTO

***STANDARDS* PROBATÓRIOS NOS PROCESSOS ELEITORAIS QUE
ACARRETAM A PERDA DO MANDATO ELETIVO**

VITÓRIA
2020

LIVIA MAYER TOTOLA BRITTO

***STANDARDS* PROBATÓRIOS NOS PROCESSOS ELEITORAIS QUE
ACARRETAM A PERDA DO MANDATO ELETIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo
Coorientador: Prof. Dr. Augusto Passamani
Bufulin

VITÓRIA
2020

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

B862s Britto, Livia Mayer Totola, 1980-
Standards probatórios nos processos eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo / Livia Mayer Totola Britto. - 2020.
129 f.

Orientador: Manoel Alves Rabelo.

Coorientador: Augusto Passamani Bufulin.

Tese (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Direito Eleitoral. 2. Perda do mandato eletivo por ação judicial. 3. Valoração da prova. 4. Standards da Prova. 5. Prova além da dúvida razoável. I. Rabelo, Manoel Alves. II. Bufulin, Augusto Passamani. III. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. IV. Título.

CDU: 340

LIVIA MAYER TOTOLA BRITTO

**STANDARDS PROBATÓRIOS NOS PROCESSOS ELEITORAIS QUE
ACARRETAM A PERDA DO MANDATO ELETIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Augusto Passamani Bufulin
Universidade Federal do Espírito Santo
Coorientador

Prof.^a Dr.^a Trícia Navarro Xavier Cabral
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro interno

Prof. Dr. Rodrigo Cardoso Freitas
Faculdade de Direito de Vitória
Membro convidado

Prof. Dr. Marcelo Pacheco Machado
Universidade de São Paulo
Membro externo

Ao meu marido Frederico e às minhas filhas Rafaela e Gabriela, razões da minha vida e incentivos diários para que eu nunca desista de seguir em frente, por mais difíceis que sejam as adversidades.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sempre ter guiado e ter iluminado meus caminhos para a realização deste desafio.

Em especial ao meu marido, Frederico Britto, por todo amor, paciência e compreensão, principalmente nos momentos de ausência em razão de minha dedicação aos estudos.

Às minhas amadas filhas, Rafaela e Gabriela, por, mesmo tão pequenas, serem fortes o suficiente para suportarem a minha tumultuada rotina e o meu afastamento em momentos importantes de suas vidinhas.

Aos meus pais, Fátima e José Nilson, pelo apoio incondicional.

Ao meu estimado orientador, Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo, que me deu a oportunidade de concretização deste sonho e acreditou na minha pesquisa, contribuindo com valiosos ensinamentos.

Ao meu coorientador, Prof. Dr. Augusto Passamani Bufulin, por também me acolher neste curso de pós-graduação, trazendo importantes contribuições para o presente trabalho.

À querida professora Dr. Trícia Navarro Xavier Cabral, por toda gentileza durante esta jornada, sempre solícita no empréstimo de seus livros e nas indicações de bibliografias.

Aos professores Dr. Marcelo Pacheco Machado e Dr. Rodrigo Cardoso Freitas, por aceitarem o convite para compor a banca de defesa.

Ao professor Dr. Marcelo Abelha Rodrigues, pelas enriquecedoras considerações acerca do meu trabalho.

Às queridas colegas Lorena Lacerda e Tatiana Mascarenhas, que tive o imensurável prazer de conhecer nesta jornada.

Aos meus colegas servidores do Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo, pelo incentivo diário.

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes”. (Martin Luther King)

“Maior que a tristeza de não ter vencido é a vergonha de não ter tentado.” (Rui Barbosa)

RESUMO

Esta dissertação possui como objeto o estudo da valoração da prova e a aplicação dos *Standards* probatórios nas ações eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo, levando-se em consideração o princípio *in dubio pro suffragii*. Adequa-se à área de concentração de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais, visto que transita entre os temas da soberania popular – fundamento da república – dos direitos políticos, e do devido processo legal constitucional como direito fundamental. Partiu-se do problema acerca de qual seria o *standard* de prova aplicado nessas ações, visto que elas não representam demandas de caráter puramente cível, porém carregam consigo efeitos sancionatórios. Ou seja, indaga-se: qual seria o nível de exigência para a formação do convencimento judicial quanto à ocorrência de determinada situação fática capaz de cassar um mandato eletivo? Para tanto, aborda, em um primeiro momento, o tema da valoração da prova, analisando desde as teorias sobre a verdade, até os sistemas e modelos probatórios, bem como a prova como direito fundamental. Em seguida, considerando a persuasão racional como sendo indispensável aos requisitos do devido processo constitucional, aborda a teoria dos *Standards* probatórios, bem como suas aplicações no direito nacional. Após, realiza uma análise sobre a valoração da prova nos processos eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo. Neste tópico, aborda o tema do sufrágio universal, dos mandatos eletivos como direitos políticos, bem como a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 2015 no direito eleitoral. Aborda, ainda, os requisitos atualmente exigidos para decretação da perda do mandato eletivo dentre as ações eleitorais que possuem essa sanção, e qual o grau de certeza que o sistema atualmente vigente impõe para a decretação da referida medida. Conclui, considerando as características do direito eleitoral, em especial o princípio do *in dubio pro suffragii*, que se deve aplicar, nas ações que podem acarretar a perda do mandato eletivo, o *standard da dúvida além do razoável*. Por fim, analisa julgamentos realizados pelo Tribunal Superior Eleitoral em relação ao tema ora posto, a fim de serem identificadas as atuais tendências jurisprudenciais sobre a aplicação dos *standards* probatórios nos processos que acarretam a perda do mandato eletivo.

Palavras-chave: Direito Eleitoral. Perda do mandato eletivo por ação judicial. Valoração da prova. *Standards* da Prova. Prova além da dúvida razoável.

ABSTRACT

This dissertation aims to study the valuing of the evidence and the application of the probative standards in the electoral actions that cause the loss of the elective term, taking into account the principle *in dubio pro suffragii*. It is suitable for the area of research concentration Process, Constitutionality and Protection of Existential and Property Rights, since it transits between the themes of popular sovereignty - the foundation of the republic - of political rights, and of due constitutional legal process as fundamental right. It started from the problem about what would be the standard of proof applied in these actions, since they do not represent demands of a purely civil character, but carry with them sanctioning effects. In other words, it is asked: what would be the level of requirement for the formation of judicial conviction regarding the occurrence of a certain factual situation capable of revoking an elective term? To this end, it addresses, in a first moment, the theme of the valuing of evidence, analyzing from theories about the truth, to the systems and evidence models, as well as proof as fundamental right. Then, considering rational persuasion as being indispensable to the requirements of due constitutional process, it addresses the theory of probative standards, as well as their applications in national law. Afterwards, it performs an analysis on the valuing of the evidence in the electoral processes that cause the loss of the elective term. In this topic, it addresses the theme of universal suffrage of elective mandates as political rights, as well as the subsidiary application of the 2015 Code of Civil Procedure in electoral law. It also addresses the requirements currently required for the decree of the loss of the elective mandate among the electoral actions that have this sanction, and the degree of certainty that the system currently in force imposes for the decree of that measure. In conclusion, considering the characteristics of electoral law, more precisely the principle of *in dubio pro suffragii*, which should apply, in actions that may result in the loss of the elective term, the standard of doubt beyond reason. Finally, it analyzes judgments made by the Superior Electoral Court in relation to the topic now discussed, in order to identify the current jurisprudential trends on the application of the evidential standards in the processes that result in the loss of the elective term.

Keywords: Electoral Law. Loss of elective term due to legal action. Valuing of the evidence. Probative Standards. Proof beyond reasonable doubt.

LISTA DE SIGLAS

AC - Acórdão

AIJE - Ação de Investigação Judicial Eleitoral

AIRC - Ação de Impugnação de Registro de Candidatura

AI - Agravo de Instrumento

AgRg no Resp - Agravo Regimental no Recurso Especial

AgR-RO - Agravo Regimental em Recurso Ordinário

AIME - Ação de Impugnação de Mandato Eletivo

ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

CPC/73 - Código de Processo Civil de 1973

CPC/15 - Código de Processo Civil de 2015

CF/88 - Constituição Federal de 1988

CE - Código Eleitoral

DJE - Diário de Justiça Eletrônico

LC - Lei Complementar

Min. - Ministro (a)

RESP - Recurso Especial

RCED - Recurso Contra Expedição de Diploma

Rel. - Relator (a)

RO - Recurso Ordinário

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

TCE - Tribunal de Contas Eleitoral

TSE: Tribunal Superior Eleitoral

TRE-AM - Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas

TRE-SE - Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe

TRE-SP - Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo

ZPO - Zivilprozessordnung

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 VALORAÇÃO DA PROVA: REFLEXÕES ENTRE VERDADE E PROVA, MODELOS E SISTEMAS PROBATÓRIOS	17
2.1 TEORIAS DA VERDADE	18
2.1.1 Verdade absoluta e verdade relativa	18
2.1.2 Verdade como coerência	19
2.1.3 Verdade por correspondência	20
2.1.4 Verdade por consenso	21
2.1.5 Verdade no procedimento: dicotomia entre verdade formal e material	22
2.2 MODELOS E SISTEMAS PROBATÓRIOS	23
2.2.1 Modelos probatórios: clássico, moderno e constitucional	23
2.2.2 Sistemas probatórios	24
2.2.2.1 <i>Íntima convicção (livre convencimento imotivado)</i>	25
2.2.2.2 <i>Prova Tarifada: prova legal</i>	27
2.2.2.3 <i>Persuasão racional: Do CPC/73 ao CPC/2015</i>	29
3 STANDARDS PROBATÓRIOS	36
3.1 FUNÇÕES DOS <i>STANDARDS</i> DA PROVA	38
3.2 ASPECTOS DOS <i>STANDARDS</i> DA PROVA	39
3.3 A VISÃO NORTE AMERICANA SOBRE O ESTUDO DOS <i>STANDARDS</i> DE PROVA: O PRIMEIRO CONJUNTO DE MODELOS PROBATÓRIOS	41
3.4 A INFLUÊNCIA ESPANHOLA NA TEORIA DOS <i>STANDARDS DA PROVA</i> : O SEGUNDO CONJUNTO DE MODELOS PROBATÓRIOS	47
3.5 A EXPERIÊNCIA ALEMÃ SOBRE OS <i>STANDARDS</i> DA PROVA	49
3.6 <i>STANDARDS</i> DE PROVA NO DIREITO BRASILEIRO	52
4 STANDARDS PROBATÓRIOS NOS PROCESSOS ELEITORAIS QUE ACARRETAM A PERDA DO MANDATO ELETIVO	56
4.1 DAS PARTICULARIDADES DO DIREITO ELEITORAL	56

4.2 DA ESPECIAL CAUTELA QUANTO À VALORAÇÃO DAS PROVAS NOS PROCESSOS JUDICIAIS ELEITORIAS _____	61
4.3 AS AÇÕES JUDICIAIS ELEITORAIS QUE ACARRETAM A PERDA DO MANDATO ELETIVO _____	64
4.3.1 Do Recurso contra expedição de diploma (RCED) _____	67
4.3.2 Da ação de impugnação do mandato eletivo (AIME) _____	72
4.3.3 Da ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) _____	78
4.3.4 Das representações específicas decorrentes da lei nº 9.504/97 – Lei das Eleições _	83
<i>4.3.4.1 Da representação por captação e gastos ilícitos com fins eleitorais (art. 30-A) _____</i>	<i>83</i>
<i>4.3.4.2 Da representação por captação ilícita de sufrágio (art. 41-A) _____</i>	<i>87</i>
<i>4.3.4.3 Da representação por condutas vedadas - Art. 73 _____</i>	<i>89</i>
4.4 DO STANDARD DE PROVA APLICÁVEL NAS AÇÕES JUDICIAIS ELEITORAIS QUE ACARRETAM A PERDA DO MANDATO ELETIVO _____	92
5 APLICAÇÃO DO STARNDARD DA DÚVIDA ALÉM DO RAZOÁVEL PELO TSE _____	99
5.1 RECURSO ORDINÁRIO Nº 2246-61 _____	99
5.2 RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 461-69 _____	105
5.3 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 0600096-77.2018.6.27.0000 _____	109
5.4 RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 33056 _____	112
6 CONCLUSÃO _____	115
REFERÊNCIAS _____	121

1 INTRODUÇÃO

O direito eleitoral é o ramo do direito público que tem por objetivo estudar as normas e os procedimentos que regulamentam o direito de votar, de ser votado e a realização das eleições. Possui como norte fundamental o Direito Constitucional, as premissas e garantias fundamentais referentes à soberania popular, à democracia, ao sufrágio universal, ao mandato político, aos partidos políticos e aos direitos políticos em geral.

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988), em seu art. 1º, parágrafo único, aduz que: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. Isso quer dizer, em outras palavras, que aquelas pessoas individualmente consideradas como integrantes do povo – que no sentido técnico-constitucional são os *cidadãos* – possuem prerrogativas e deveres que são inerentes à soberania popular, a qual se concretiza por meio do sufrágio universal, do voto direto e secreto, do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular. A soberania popular é, portanto, o que legitima a ocupação dos cargos públicos.

Ao acolher a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 10 de dezembro de 1948, o ordenamento jurídico brasileiro aderiu ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, especialmente no que diz respeito à participação popular direta e representativa da população nos assuntos afetos à *res pública*. Uma das formas de efetivação desse direito fundamental manifesta-se por meio do sufrágio, que, para o direito pátrio, representa a manifestação da vontade popular na escolha de seus representantes políticos.

Todavia, para que esses representantes escolhidos possam exercer o mandato que lhes foi conferido em sua plenitude, faz-se necessário que ajam dentro dos padrões da moralidade, da isonomia e da probidade durante a disputa. Do contrário, ou seja, caso a vontade manifestada nas urnas seja maculada por atos fraudulentos ou corruptivos, cabe ao Poder Judiciário intervir na vontade popular, destituindo o mandatário eleito pelo sufrágio universal do seu respectivo cargo eletivo.

Em razão da natureza dos direitos tutelados pelo direito eleitoral, da prevalência do escopo social da jurisdição e, ainda, da celeridade inerente à solução das demandas eleitorais – em

razão de data pré-fixada para a realização das eleições –, é imperativo que a atividade probatória nos processos eleitorais seja desenvolvida de forma eficaz, ágil com a completude suficiente para proteger a soberania popular, sem, contudo, representar uma forma de ativismo judicial que se sobressai à vontade popular.

Desse modo, em razão do crescente número de ajuizamento de demandas eleitorais questionando a lisura do processo eleitoral, o presente trabalho busca analisar os parâmetros dos *standards* da prova aplicáveis às ações eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo, adotando como norte o princípio *in dubio pro suffragii* consubstanciado na vontade sufragada nas urnas.

Analisa, para tanto, que a carência de uma codificação do direito processual eleitoral que vise atender aos objetivos das demandas eleitorais pertinentes à busca e à comprovação da verdade, acarreta uma difícil compreensão jurídica e social deste ramo do direito. Isso porque, no que concerne ao direito probatório, não são raras as ocasiões em que a mesma prova é valorada de forma diversa, de acordo com os direitos materiais tutelados nas demandas eleitorais.

Ademais, não se pode esquecer que a composição da Justiça Eleitoral é constantemente alterada em razão do término dos biênios dos membros que a compõem. Isso, por consequência, acarreta mudança de entendimento na jurisprudência dos Tribunais Regionais Eleitorais do país sobre determinada prova, bem como a alteração de entendimento dos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral.

Assim, parte-se do seguinte problema de pesquisa: considerando as particularidades do direito eleitoral, o modelo probatório constitucional atualmente vigente, bem como o sistema da persuasão racional no que se referente à valoração da prova, qual seria o parâmetro de exigência para formação do convencimento judicial quanto à ocorrência de determinada situação fática capaz de cassar um mandato eletivo? Qual seria o *standard* probatório aplicado nesses tipos de ações?

Portanto, o objeto da presente pesquisa é analisar os parâmetros probatórios no seio dos processos eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo sob a perspectiva constitucional, levando em consideração a conservação do resultado das urnas e da

representatividade democrática. O objeto adequa-se à área de concentração de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais, visto que transita entre os temas da soberania popular – fundamento da república –, dos direitos políticos e do devido processo legal constitucional como direito fundamental.

Quanto às formas de classificação, esta pesquisa se dará por meio bibliográfico, documental e aplicado. A primeira forma, pesquisa bibliográfica, “[...] permite obter conhecimentos já catalogados em bibliotecas, artigos publicados e videotecas. A pesquisa bibliográfica se realiza comumente em três fases: identificação, localização e reunião sistemática dos materiais ou dos fatos” (BARROS; LEHFELD, 2014, p. 34).

A segunda forma, pesquisa documental, será realizada através de análise jurisprudencial para a compreensão dos diferentes tipos de valoração das provas no sistema eleitoral brasileiro, investigando como o Tribunal Superior Eleitoral tem decidido a respeito do tema, a partir de julgados das últimas eleições municipais e gerais.

A pesquisa aplicada, por sua vez, visa obter resultados práticos. É aquela na qual o pesquisador é “[...] movido pela necessidade de conhecer, para a aplicação imediata de seus resultados. Contribui para fins práticos” (BARROS; LEHFELD, 2014, p. 34).

Para percorrer o objetivo do presente trabalho e, ao fim, buscar identificar a resposta do problema ora posto, este estudo irá abordar, em um primeiro momento, o tema da valoração da prova, analisando desde as teorias sobre a verdade até os sistemas e modelos probatórios.

Em seguida, considerando a persuasão racional como indispensável aos requisitos do devido processo constitucional, abordar-se-á o tema *standards* probatórios, cuidando de apreciar o que são, seus aspectos e funções, onde se desenvolveram, os modelos até então conhecidos, bem como suas aplicações no direito nacional.

Posteriormente, será realizada uma análise sobre os *standards* probatórios no Direito Eleitoral, abordando as peculiaridades desse ramo do direito e a especial cautela quanto à valoração da prova nos processos eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo. Neste tópico, o presente estudo irá abordar o tema do sufrágio universal, dos mandatos eletivos como direitos políticos, de acordo com o que prevê a Convenção Interamericana de Direitos

Humanos, bem como a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 2015 no direito eleitoral. Serão apreciados, ainda, os requisitos atualmente exigidos para decretação da perda do mandato eletivo dentre as ações eleitorais que possuem essa sanção, e qual o grau de certeza que o sistema atualmente vigente impõe para a decretação da referida medida.

Por fim, serão analisados alguns julgamentos realizados pelo Tribunal Superior Eleitoral em relação ao tema ora posto, a fim de serem identificadas as atuais tendências jurisprudenciais sobre a valoração da prova, ou seja, quais os *standards* de prova são aplicados nos processos que acarretam a perda do mandato eletivo.

2 VALORAÇÃO DA PROVA: REFLEXÕES ENTRE VERDADE E PROVA, MODELOS E SISTEMAS PROBATÓRIOS

Dentre os direitos fundamentais processuais disciplinados na Constituição Federal do Brasil de 1988, encontra-se o direito fundamental à prova. É por meio dela que se busca conhecer e investigar os fatos alegados, através dos quais o juiz formará a sua convicção acerca da situação posta em juízo.

Por outra ótica, a definição terminológica da palavra prova não é encontrada exclusivamente no campo do direito. Por se tratar de uma ideia ligada à constatação de um fato, o referido conceito é uma noção comum a todos os ramos da ciência que se destinam a validar processos empíricos. Além disso, é elemento apto a respaldar os resultados decorrentes das atividades lógicas do conhecimento (MARINONI; ARENHART, 2018, p. 69).

No que se refere à prova dentro da ciência do direito, ao longo dos anos e da evolução das teorias sobre o tema, o que se observou foi uma forte vinculação da ideia de prova à reconstrução de um fato pretérito como forma de garantir ao juiz a convicção sobre a verdade dos fatos. A busca pela verdade, portanto, sempre representou algo indispensável para um processo, prestando-se a respaldar o juízo de subsunção exercido pelo julgador que, diante do caso concreto, precisa aplicar a norma abstrata correspondente.

Entretanto, atualmente, é pacífica a compreensão de que a verdade absoluta, enquanto alocada no passado, jamais poderá ser plenamente conhecida. Inclusive, especificamente em relação à ciência do direito, sua busca encontra vários limites no que se refere aos meios de obtenção e da sua respectiva validade. Nesse sentido, para Taruffo (1992, p. 421), “[...] *a prova assume a função de fundamento para a escolha racional da hipótese destinada a constituir o conteúdo da decisão final sobre o fato*”.

Em relação à verdade e sua aplicação dentro do contexto de um processo judicial, Marinoni e Arenhart (2018, p. 62), esclarecem que, embora em outras ciências seja possível conhecer a “verdade” de modo autônomo e isolado, no âmbito do processo judicial, em razão de diversos valores e interesses, o que se pode alcançar é uma “verdade possível”, haja vista a impossibilidade de o processo oferecer verdade absoluta em seu trabalho de aferição dos

fatos. Nesse sentido, acrescentam:

Daí a importância – negada por Taruffo - da noção de *procedural justice*, como elemento controlador da legitimidade do procedimento e da justiça da decisão. Inviabilizado o controle dessa atividade a partir da noção de “reconstrução da verdade dos fatos”, resta como forma de legitimação da atividade judicial a necessária observância do processo adequado, como já acentuado anteriormente. É, enfim, a atenção à justificação da decisão judicial e ao procedimento que a antecede, que hão de legitimar a atividade estatal (TARUFFO, 2016, p. 95 - 104).

Considerando, portanto, a relação entre verdade e prova, para o completo estudo da teoria da prova, é imprescindível que, anteriormente, sejam analisadas, sem a pretensão de esgotar o tema, algumas das principais teorias da verdade e dos modelos e sistemas probatórios.

2.1 TEORIAS DA VERDADE

Afirma René Descartes (1978, p. 24) “*Eu sempre tive um imenso desejo de aprender a distinguir o verdadeiro do falso, para ver claramente minhas ações e caminhar com segurança nesta vida*”. Diante de tal afirmação, é possível que se indague: *o que é a verdade?* Para compreender a aludida provocação, nos tópicos a seguir, traçar-se-á uma breve análise acerca das principais teorias sobre a verdade, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, e fazendo um recorte preciso das teorias que mais se coadunam ao deslinde deste estudo.

2.1.1 Verdade absoluta e verdade relativa

Antes de abordar o tema da verdade absoluta e da verdade relativa, é imperioso que se faça a distinção entre verdade e certeza.

Nesse sentido, enquanto a verdade é objetiva e determinada pela realidade dos fatos de que se fala, a certeza é um *status* subjetivo, e corresponde a um grau elevado de intensidade – certeza – do convencimento de um sujeito em relação a uma questão (TARUFFO, 2016, p. 108). Assim, na sequência, exemplifica o autor:

Por um lado, a afirmação é verdadeira independentemente da certeza do convencimento de alguém: a terra tinha forma quase esférica mesmo quando ninguém estava certo disso (aliás, mesmo quando muitos estavam certos de que ela era plana). Por outro lado, um sujeito pode estar certo de uma afirmação verdadeira; a verdade dessa, todavia, não deriva da certeza subjetiva daquele indivíduo, mas sim da correspondência daquela afirmação com a realidade do que se fala. Sobretudo, porém, pode-se estar certo – talvez absolutamente certo – de afirmações falsas: para

seguir o mesmo exemplo, o Cardeal Bellarmino estava absolutamente certo de que o sol girava ao redor da Terra, mas a intensidade de seu convencimento não tornava verdadeira a teoria de que estava convencido.

Desse modo, enquanto a certeza está ligada ao grau de convencimento íntimo do sujeito (da incerteza à certeza) e não depende, necessariamente, de qualquer comprovação empírica, a verdade liga-se a critérios objetivos de aferição. Diante disso, considerando a distância entre os conceitos de verdade e certeza, o que se pode concluir é que nenhuma verdade absoluta poderá ser racionalmente sustentada, tendo em vista que o absolutismo de uma ideia não encontra respaldo em qualquer conhecimento humano, tampouco no contexto judicial.

A grande crítica em relação ao absolutismo reside no fato de que sequer as ciências rígidas, como as físicas e matemáticas, são capazes de alcançar verdades absolutas, de modo que tais postulados se encontram somente nos domínios da religião e da metafísica, e encontram resguardo na intolerância.

Nesse sentido, a ideia de verdade relativa surge, justamente, do desejo de transpor o singularismo da verdade absoluta. Parte-se do princípio que, de acordo com cada esquema conceitual, cultural ou histórico, haverá fatores “relativizantes” que possibilitarão diversas concepções a respeito de determinado fato. Desse modo, é possível afirmar que em todo contexto do conhecimento empírico, incluindo os processos judiciais, a verdade será relativa (TARUFFO, 2014, p. 26).

2.1.2 Verdade como coerência

Na teoria da *verdade como coerência*, a verdade se dá sempre no interior de um sistema, sendo dependente da existência de uma coerência entre os acontecimentos de fato com um conjunto de crenças. Nesse sentido, um enunciado de fato existirá somente em função da coerência com um enunciado específico, criado em um contexto social de vários enunciados. Desse modo, considerando que a veracidade ou a falsidade somente pode ser prevista a partir dos enunciados, o único nível possível para a verdade é o dos enunciados, ou seja, da linguagem e dos relatos (TARUFFO, 2014, p. 26).

Aplicando a referida teoria na ciência do direito, impende registrar que, no bojo de um processo judicial, os relatos das partes, seja no interrogatório em juízo, seja por meio das

petições apresentadas pelos advogados, bem como os depoimentos das testemunhas, representam os discursos judiciais. Sob o enfoque da teoria da coerência, essas são as únicas fontes de parâmetro para o convencimento do juiz.

Desse modo, para alcançarem a persuasão, é imprescindível que as partes se preocupem com a coerência dos enunciados apresentados, a fim de transmitir credibilidade no contexto geral das falas no processo. Nesse sentido, acrescenta Taruffo (2014, p. 27):

De qualquer forma, uma concepção coerente ou persuasiva da verdade e da prova pode ser importante desde a perspectiva do advogado, da mesma forma que na dimensão linguística e narrativa, bem como em um enfoque psicológico das decisões judiciais, na qual o mundo dos fenômenos empíricos reais supõe-se fora da perspectiva adotada para examinar o contexto judicial. Todavia, cumpre ressaltar que narrativas coerentes e persuasivas podem ser falsas ou – como acontece com os romances – podem não pretender ser verdadeiras.

Atentando-se, portanto, à ressalva feita por Taruffo, no sentido de que as afirmações deduzidas em juízo podem ser falsas, é que se chega ao principal argumento para rejeitar a *teoria da verdade como coerência* no contexto judicial, razão pela qual não pode ser aplicada de forma pura.

2.1.3 Verdade por correspondência

A *verdade por correspondência* refere-se à mais clássica das ideias sobre a verdade, construída sob a égide realista dos pensamentos de Platão e Aristóteles. Afirma, em linhas gerais, que a verdade é o resultado da relação entre o mundo exterior e pensamento humano.

No que tange à teoria da *verdade por correspondência* em relação à ciência do direito, tem-se a ideia de que, para aplicação da norma jurídica justa, os fatos deverão ser estabelecidos com base nos meios de prova relevantes e admissíveis. Ou seja, a decisão deverá corresponder aos eventos que realmente ocorreram na situação empírica discutida nos autos. Desse modo, a função da prova será a de oferecer ao julgador conhecimento fundado empírico e racional acerca dos fatos (TARUFFO, 2014, p. 27).

Nota-se, portanto, que a decisão do julgador não analisará somente as narrativas das partes – como estabelece a teoria da *verdade por coerência* –, mas também considerará todos os elementos externos ao discurso, se válidos, arrolados como prova.

Sendo assim, o que se afirma, atualmente, é que as duas teorias não colidem, e que a teoria da *verdade por coerência*, na realidade, é um conceito básico, que captura somente alguns aspectos significativos do problema judicial, enquanto a *teoria da correspondência*, por ser mais abrangente, se adapta muito melhor à concepção da decisão baseada na justiça e na verdade (TARUFFO, 2014, p. 27).

2.1.4 Verdade por consenso

Enquanto a teoria da *verdade por correspondência* sustenta uma visão realista do mundo, vinculada à ideia de que a verdade é fruto da adequação entre o pensamento humano e o mundo exterior, a *verdade por coerência* é evidenciada no contexto do interior de um sistema, e fruto da relação interna dos fatos ocorridos com um conjunto de crenças e ideais.

Jürgen Habermas, por sua vez, partindo de uma crítica da *teoria da coerência* – fruto do positivismo –, desenvolveu a ideia de *verdade por consenso*. Nessa ideia, para além da verificação do sistema no qual se analisam os fatos – o processo, por exemplo –, considera-se que a verdade deve ser compreendida a partir da visão dos participantes socializados e inseridos em determinado período histórico e cultural. Nesse sentido, Habermas (1982, p. 297), afirma:

O objetivo é de fundamentação racional das prescrições culturais, portanto, uma organização das relações sociais de acordo com o princípio de que a validade de toda e qualquer norma, com consequência de ordem política, venha a depender de um consenso obtido por meio de uma comunicação isenta de dominação.

Em outros termos, trata-se de uma ideia que transpassa o objetivismo e considera as convenções sociais acerca dos parâmetros do que se pode considerar verdadeiro ou falso de acordo com o período histórico e cultural em que se vive.

Desse modo, qualquer pretensão sobre o que é “real” envolve mais elementos compartilhados pela comunidade de falantes do que uma mera adequação simples e direta entre os fatos e os postulados. De igual forma, para além de uma simples correspondência entre os discursos deduzidos no interior de um processo, para que se encontre a “verdade”, é imperioso que sejam considerados os elementos externos, frutos da construção histórico-social do período em que se encontram.

A teoria da verdade de Habermas (1982) – *verdade por consenso* – serve para justificar a sua proposta de ética discursiva. O filósofo procura fundamentar a ética através da comunicação e, sob essa perspectiva de consenso e dissenso, estabelece a sua teoria do agir comunicativo, pautada em bases democráticas que em muito influenciaram no estudo da democracia e do direito pós-moderno.

2.1.5 Verdade no procedimento: dicotomia entre verdade formal e material

A doutrina processual, por muito tempo, sustentou a diferença existente entre verdade formal e verdade material.

Enquanto a *verdade formal* referia-se àquela decorrente de um processo judicial no qual o juiz não possuía poderes de imiscuir-se na produção de provas, devendo concluir pela resolução da demanda de acordo com as informações extraídas do conjunto probatório apresentado nos autos, a *verdade substancial* seria o resultado de uma análise muito mais profunda, quase inquisitorial, que autorizava o julgador a ordenar provar e determinar diligências a fim de que se obtivesse uma “verdade concreta” sobre os fatos ocorridos.

Em razão dos referidos aspectos, por alguns anos sustentou-se a ideia de que a verdade substancial se encontrava relacionada ao processo penal, ao passo que a verdade formal seria extraída no bojo dos processos de natureza civil. Ocorre, todavia, que a referida dicotomia não mais prevalece no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido lecionam Marinoni e Arenhart (2018, p. 36):

Atualmente, a distinção ente verdade formal e substancial perdeu seu brilho. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses objetos da relação jurídica processual penal não tem particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar esse método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como a família a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos meta individuais -, pelo que totalmente despropositada a distinção entre cognição entre as áreas. [...] a ideia de verdade formal é, portanto, absolutamente inconsistente e, por essa mesma razão, foi (e tende a ser cada vez mais), paulatinamente perdendo seu prestígio no seio do processo civil. A doutrina mais moderna nenhuma referência mais faz a esse conceito, que não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição de inercia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática.

Desse modo, modernamente, o que se sustenta é a ideia de uma visão dialética da verdade, correspondente ao fato probabilisticamente afirmado através de modelos cognitivos de confirmação (ZANETI JR, 2014, p. 73 - 74). Fixadas brevemente as premissas sobre as principais teorias da verdade relacionadas ao presente estudo, passa-se, neste momento, à análise dos modelos e sistemas probatórios.

2.2 MODELOS E SISTEMAS PROBATÓRIOS

Para uma abordagem eficiente sobre o tema do presente estudo – a saber, o sistema probatório aplicado no direito processual eleitoral e a exigência da prova robusta necessária à comprovação dos ilícitos eleitorais –, é indispensável traçar um breve panorama acerca da teoria geral da prova, especificamente em relação aos principais modelos e sistemas probatórios. Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, primeiramente serão abordados os principais modelos probatórios para, em seguida, analisar os principais sistemas probatórios.

2.2.1 Modelos probatórios: clássico, moderno e constitucional

Com a evolução dos estudos sobre direito probatório até que se alcançasse o modelo vigente até então, qual seja, o *modelo constitucional*, outros importantes arquétipos foram experimentados, sendo os principais deles o *modelo clássico* e o *modelo científico*.

Em relação ao *modelo probatório clássico*, impera registrar que sua principal característica se relaciona ao fato de que a prova constitui um argumento persuasivo, sendo extraída através do diálogo entre as partes – que são os protagonistas do processo– diante de um juiz neutro e imparcial. Foi o modelo amplamente utilizado nos séculos XII e XV e, ainda nos dias de hoje, encontra-se presente nos países signatários do *common law* como *adversary system* (ZANETI JR, 2014, p. 84 - 94).

O *modelo moderno ou científico*, por sua vez, caracteriza-se por considerar a prova como um elemento demonstrativo da verdade, utilizada em um processo onde o julgador, protagonista e aplicador da norma, ocupa posição hierarquicamente superior aos demais participantes da demanda. Trata-se de um modelo originário da tradição greco-romana (ZANETI JR, 2014, p. 84 - 94).

O *modelo probatório constitucional*, por sua vez, encontra-se umbilicalmente ligado à ideia de racionalidade prática procedimental. Através do referido modelo, o que se sustenta é que as decisões somente serão consideradas legítimas se partirem da observância de um processo orientado por regras e princípios constitucionais, que assegure a ampla defesa e o contraditório no objetivo de influenciar as decisões, bem como na obrigatoriedade, pelo magistrado, de fundamentar suas decisões. (ZANETI JR, 2014, p. 84 - 94).

2.2.2 Sistemas probatórios

Fixados brevemente os conceitos sobre os modelos probatórios, passa-se à análise dos sistemas probatórios. Piero Calamandrei, em clássica passagem sobre tema, assevera que (1999, p. 270 - 271):

Todo o sistema probatório civil está preordenado, não só a consentir, senão diretamente a impor ao juiz que se contente, ao julgar a respeito dos fatos, com o sub-rogado da verdade que é a verossimilitude. Ao juiz não lhe é permitido, como se lhe permite ao historiador, que permaneça incerto a respeito dos fatos que tem que decidir; deve de qualquer jeito (essa é a sua função) resolver a controvérsia numa certeza jurídica [...] Até nos casos muito raros, em que o juiz pode “conhecer do fato da causa” mediante inspeção [...], a percepção direta do fato, que lhe dá o grau máximo de certeza subjetiva, não basta para excluir a verdade seja distinta do que, por um erro dos sentidos, pode lhe haver parecido.

Conforme ensina Hernano Devis Enchandia (1981, p. 09), a noção de prova está presente em todas as manifestações da vida humana e transcende o campo do Direito. Especificamente na seara da prestação jurisdicional, cujo objetivo é a resolução de controvérsias mediante a determinação de um resultado prático favorável a quem tenha razão, é imprescindível que a decisão do julgador tome como referência os elementos elencados no processo.

Importante destacar que são diversos os meios e as fontes de prova. Ao passo que os primeiros variam de acordo com a natureza do ato, as segundas serão as coisas, as pessoas e os fenômenos (MOREIRA, 1996, p. 115). Para Barbosa Moreira (2016, p. 212), os meios de prova são “[...] *pontes através das quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz*”.

Desse modo, o que se percebe é que a prova está diretamente relacionada ao direito

fundamental do contraditório, o qual, por sua vez, é corolário do direito ao devido processo legal. Conclui-se, portanto, que a prova também é considerada um direito fundamental.¹

Ainda quanto ao tema, Fredie Didier (2018, p. 51), ensina que a prova é matéria de conteúdo complexo, composta das seguintes situações jurídicas: a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção de provas; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.

Interessa ao presente trabalho, todavia, apenas o quinto item supramencionado, qual seja, o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida e, nesse sentido, os sistemas históricos de valoração da prova pelo juiz, quais sejam: *a íntima convicção*, *a prova tarifada* (prova legal) e *a persuasão racional*.

2.2.2.1 *Íntima convicção (livre convencimento imotivado)*

O primeiro sistema a ser abordado guarda relação com a convicção íntima do magistrado, desprendida de respaldo pela motivação. Nessas circunstâncias, a ideia é que o julgador se utilizará da sua própria experiência – e não necessariamente dos elementos probatórios contidos nos autos – para proferir sua decisão, sem que se possa duvidar do juízo emitido pelo juiz.

Desse modo, a íntima convicção se caracteriza pela ausência de critérios normativos fixados, de modo que a dinâmica axiológica fica a cargo do próprio julgador. Além disso, o momento

¹ A prova, enquanto direito fundamental, inclusive, encontra-se prevista em tratados de direitos fundamentais incorporados ao ordenamento jurídico como emendas constitucionais em razão do disposto no §3º do art. 5º da CF/88. São eles: A convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), em seu artigo 8º, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14.1, alínea “e”.

² Para Danilo Knijnik, esta é a lógica insculpida no brocardo *si paret – si non paret*, por meio do qual o juiz poderia condenar “se lhe parecesse, e absolver “se não lhe parecesse (2001, p. 22).

³ Demais exemplos de resquícios da tarifação no ordenamento jurídico brasileiro: a) art. 55, §3º, da Lei nº 8.213/91; b) arts. 5º, p. ú, inciso I, 109, 1.417, 1.438; 1.448 do Código Civil; c) art. 368-A do Código Eleitoral

⁴ 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.

⁵ “Essencial que se faça menção a efetiva satisfação, pois, a partir da dita terceira fase metodológica do direito processual civil, o processo passou a ser visto como instrumento, que deve ser idôneo para o reconhecimento e a

da valoração também se dá em cada caso concreto, visto ser fruto da criação daquele que julga (BORGES, 2017, p. 159).

Conclui-se, portanto, que, no sistema da íntima convicção, a valoração da prova não consiste em um exercício de razão, mas sim em uma declaração de vontade, a qual, inclusive, não necessita ser motivada, e sequer pode ser contestada. Trata-se, nesse ínterim, de uma lógica deveras distanciada dos postulados do Estado Democrático de Direito e das regras inerentes ao devido processo legal constitucional, a qual, todavia, foi massivamente utilizada em tempos mais remotos. Assim, nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 75):

Em tempos remotos, essas regras gerais de valoração da prova tiveram muito peso no processo civil, sendo fruto da superstição dos povos e, em alguma medida, da experiência do legislador. Foram de fundo supersticioso ou místico as ordálias ou juízos de Deus, vigorantes especialmente entre os antigos germânicos. Contava-se com a resposta divina, realizavam-se provas de destreza ou de força (duelos, prova per pugnam) e praticava-se o juramento, na crença, sincera ou não, de que esses fossem caminhos legítimos e confiáveis para a descoberta da verdade. A prova do fogo, a leitura do voo dos pássaros ou o exame das vísceras de animais eram expedientes que revelariam os desígnios da divindade em favor de uma ou de outra parte do litígio. Segundo jocosamente se relata, a mulher acusada de bruxaria pelos Tribunais da Inquisição seria lançada a um poço com uma pesada pedra atada ao pescoço. Se se salvasse, isso seria prova de suas relações com o Demônio e ela iria para a fogueira. Se fosse ao fundo e morresse por afogamento, é porque seria inocente.

Foi um modelo largamente utilizado no Direito Romano, onde o juiz-cidadão era completamente livre e sua atuação tendia à arbitrariedade.² É o que se conhece, portanto, como o conceito clássico de prova, dominante na Idade média e fruto de uma perspectiva problemática, tópica, argumentativa, conforme assevera Danilo Knijnik (2001, p. 22).

Importante pontuar que não se pretende subestimar a visão medieval acerca do direito probatório. Foram os juízes medievais, influenciados pelo direito canônico, os responsáveis por importantes escritos sobre a *probatio plena*, *probatio nesverae*, *probatio nesfictae* etc. (KNIJNIK, 2001, p. 23).

Contudo, a evolução dos tempos e a fortificação da cultura e da experiência, levaram à edição de normas valorativas de fundo racional (DINAMARCO, 2001, p. 75). O advento da era

² Para Danilo Knijnik, esta é a lógica insculpida no brocado *si paret – si non paret*, por meio do qual o juiz poderia condenar “se lhe parecesse, e absolver “se não lhe parecesse (2001, p. 22).

iluminista e, posteriormente, da positivista, trouxe o conceito moderno de prova, cujo sentido se aproxima do objetivismo e da ciência (KNIJNIK, 2001, p. 22).

Assim, a avaliação da prova deixou de ser realizada por eventos quaisquer e passou a ser previamente prevista pelo próprio legislador, o que lhe atribuiu maior relevo científico, caracterizado pela existência de hierarquia dos meios probatórios. Nasce, nesse contexto, a ideia da tarifação das provas.

Entretanto, a título de exemplo, cumpre pontuar que ainda hoje no ordenamento jurídico brasileiro remanesce um resquício do referido modelo, qual seja, a forma de julgamento utilizada pelos jurados no Tribunal do Júri que, como leigos, não se vinculam a elementos legais e sequer precisam motivar seus veredictos.

2.2.2.2 Prova Tarifada: prova legal

Conforme anteriormente anotado, em razão das ideias do positivismo, com predomínio do pensamento racional, o estudo do direito probatório alterou-se radicalmente, ao passo que o raciocínio cedeu espaço ao pensamento apodítico, firmado em premissas necessárias e absolutas (KNIJNIK, 2001, p. 24).

Além disso, o juiz-cidadão foi suplantado pelo juiz-funcionário “[...] inserido na burocracia escalonada da República, o direito romano, abandonando aquela liberdade absoluta, começa a fixar inúmeras provas tarifadas” (KNIJNIK, 2001, p. 22).

Danilo Knijnik, em passagem sobre o tema e levando em consideração alguns comentários do processualista italiano Alessandro Giuliani, assevera que (2001, p. 25):

À vista da evolução teórica conducente à superação do positivismo jurídico e, particularmente, ao reenquadramento do fato no contexto da decisão judicial, considerando-se, também, a substituição do conceito clássico de prova pelo conceito moderno, torna-se visível a sintonia entre as concepções de teoria geral do direito e as concepções a respeito da prova. No seio do positivismo e a partir de uma visão axiomática co-dedutiva, foi possível, haja vista conceber uma separação absoluta entre a questão de fato e a questão de direito, a partir da ideia de que seriam mundos “heterogêneos” e independentes. A esse “pensamento jurídico moderno” correspondeu o conceito moderno de prova em que, assinala Giuliani ‘a) a questão de fato é absolutamente separada da questão de direito (que só o juiz conhece); b) deve existir uma relação de necessidade entre o fato e a consequência jurídica’. Se anuncia a concepção de fato como um dado objetivo externo ao trabalho de

interpretação. Em síntese, a transição do conceito clássico para o conceito moderno de prova é, também ela, a transição da concepção lógica escolástica para a concepção lógico-gnosiológica.

Nesse contexto, na ideia de prova legal, era vedado ao juiz a valoração da prova, porque todo o seu valor estava pré-fixado pelo ordenamento jurídico. Desse modo, o julgador seria apenas o sujeito que exercia a subsunção da prova. A sua valoração era previamente estabelecida pelo legislador que, antecipando-se, estabelecia juízo valorativo ao impor normas para graduar, exaltar, limitar ou excluir a eficácia das variadas fontes de prova, mediante verdadeiras tabelas de valores a serem observadas pelos juízes em geral. Elas constituíam vínculos normativos à formação do convencimento pessoal do juiz, caracterizando-se por reduzir ou mesmo chegar próximo a aniquilar o espaço da valoração a ser feita por este em casos concretos (DINAMARCO, 2001, p. 74 - 75).

A grande crítica a esta modalidade reside no fato de que a hierarquia valorativa das provas conduz o processo ao alcance de uma verdade real que, em grande parte dos casos, não guarda vínculo com a realidade externa dos autos (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 459). Isso porque, a atividade jurídica é extremamente dinâmica, e exige desenvoltura do operador no trato do espiral hermenêutico de acordo com as particularidades de cada caso concreto. Por essa razão, uma atividade engessada a tarifas previamente fixadas, não se coaduna à complexidade do processo fático.

Trata-se de um modelo no qual o jurista voltava-se exclusivamente para as questões legais, de modo que o máximo que se atingiu foi a regulamentação da forma probatória. Ou seja, regulamentou-se o processo legal de aquisição da prova, mas não se estabeleceram modelos jurídicos de constatação e análise do próprio conteúdo do raciocínio judicial, levando em consideração a reciprocidade necessária entre fato e norma (KNIJNIK, 2001, p. 21).

Entretanto, é imperioso destacar que ainda existem alguns resquícios do referido método no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso da súmula 149 STJ que, *in verbis*, determina que “[...] a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”. Em outras palavras, é dizer que, para fins de comprovação do tempo de serviço em atividade rural, seja para concessão de

benefício previdenciário, seja para averbação de tempo de serviço, o interessado deve apresentar provas materiais, não bastando somente a prova testemunhal.³

Ao longo dos estudos sobre a teoria da prova e, diante da verificação das suas respectivas limitações, o que se verificou foi a necessidade de se estabelecer um paralelismo entre as concepções da teoria geral do direito e o conceito de prova, a fim de que se constituísse um modelo que, ao mesmo tempo, considerasse as questões de fato e se filiasse a um juízo legalmente instituído.

2.2.2.3 Persuasão racional: Do CPC/73 ao CPC/2015

Embora o objetivo dos juristas medievais, ao substituir a íntima convicção pela prova tarifada, tenha sido o de garantir maior racionalidade ao procedimento de julgamento, o que se constatou foi uma tendência a reduzir a atividade cognoscível do juiz a um mero exercício de subsunção. Surge, nesse contexto, a ideia do livre convencimento. Quanto ao tema, afirma Knijnik (2001, p. 31):

De um lado, já em sua origem, o princípio do livre convencimento encarnou uma reação contra o julgamento por íntima convicção, portanto, uma reação ao subjetivismo, a arbitrariedade e a violência, nunca o contrário! De outro lado, também se combateu a rigidez da prova legal, donde se pode constatar uma considerável ambiguidade: ao mesmo tempo em que se repelia a tarifação e se prestigiava a liberdade do juiz – o que poderia conduzir ao subjetivismo – combatia-se, também, o psicologismo, a arbitrariedade das convicções imotivadas e injustificadas!

Entretanto, a liberdade do convencimento judicial deve ser compreendida não como consectário da subjetividade ou da emotividade, mas sim como a “arte do bem pensar”, de modo que não se trata de “convencimento livre”, mas sim de uma objetivação lógica dos discursos. Trata-se, pois, de um modelo probatório umbilicalmente ligado à teoria da argumentação (KNIJNIK, 2001, p. 32 - 33).

Desse modo, considerando a teoria da argumentação como ponto de partida, o livre convencimento é um modelo que considera imperiosa a motivação das decisões, a fim de que o julgador, afastado de todo e qualquer espírito arbitrário, justifique as razões pelas quais

³ Demais exemplos de resquícios da tarifação no ordenamento jurídico brasileiro: a) art. 55, §3º, da Lei nº 8.213/91; b) arts. 5º, p. ú, inciso I, 109, 1.417, 1.438; 1.448 do Código Civil; c) art. 368-A do Código Eleitoral

decidiu, sem que, para tanto, esteja aprisionado em padrões valorativos previamente definidos.

O Código de Processo Civil de 1973 afirmava que o juiz deveria “*apreciar livremente a prova*”, entretanto, como dito, a convicção não pode ser livre como um todo. Surge, portanto, a limitação da *teoria do livre convencimento*, ao passo que, embora tenha nascido para garantir a objetivação do pensamento, “falhou” quando não estabeleceu parâmetros que pudessem orientar a análise do conjunto probatório por parte do julgador.

Nesse contexto, nasce a ideia de uma necessária persuasão racional, pautada em critérios que, longe do engessamento da tarifação da prova, proporcionem ao julgador instrumentos para o exercício da análise hermenêutica dos elementos submetidos ao contraditório.

O CPC/2015, por sua vez, não mais utiliza o termo “*apreciar livremente a prova*”, haja vista que a valoração da prova pelo juiz, como dita, não é livre, existindo, para tanto, diversas limitações. Desse modo, o que se afirma é que o convencimento do julgador deve ser racionalmente motivado (DIDIER, 2018, p. 121). Nesse sentido, acrescenta Fredie Didier (2018, p. 122):

A motivação deve ser racional: deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e lugar em que atua o órgão julgador. Não se confunde com uma ciência exata ou com a lógica absoluta da matemática pura. O que se espera é que atenda às regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico. O seu principal objetivo é justificar racionalmente a decisão, de modo que seja possível também controlar a racionalidade dessa justificativa.

A referida técnica se destaca, seja por seus eminentes valores democráticos, seja pelas legítimas conexões do processo com o ordenamento jurídico-constitucional. Para Danilo Knijnik, sua caracterização se estabelece com as seguintes notas (2001, p. 16):

[...] a) embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos; b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (arts. 335 e 336, bem como das presunções legais); c) o juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas; d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários da prova dos autos.

Nesse sentido, no Código de Processo Civil de 2015 não vigora, em regra, o modelo da prova

tarifada, no qual cabia ao legislador atribuir o valor de cada prova e, ao juiz, a constatação de que a mesma foi produzida em determinado caso, reconhecendo-lhe apenas o valor que a lei lhe atribuiu.

Não existe, também, a possibilidade de livre apreciação da prova pelo juiz, tal como era disciplinado no art. 131, do CPC/73⁴, que conferia ao julgador a possibilidade de resolução dos litígios sem enfrentar todas as razões deduzidas pelas partes, mas apenas aquelas que se demonstrassem suficientes para a formação do se convencimento.

Embora, no atual cenário, consagre-se um sistema que permite ao órgão julgador atribuir às provas o valor que entender que elas mereçam, diante das circunstâncias do caso concreto, a sua valoração deve ser realizada mediante um sistema de persuasão racional. Ao juiz é incumbida a tarefa de apresentar fundamentadamente as razões pelas quais atribuiu determinado valor a uma prova, evitando decisões baseadas em juízos discricionários e subjetivos, desconectados da realidade dos autos.

Observa-se que o Código de Processo Civil de 2015 sedimentou uma nova ordem processual no direito brasileiro. Muito embora já se falasse, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre a imperiosa necessidade de constitucionalização do processo – visto que o *códex* anterior era datado de 1973, logo, pretérito à CF/88 –, essa matriz ganhou forma de norma cogente quando o novo diploma processualista, em seu artigo 1º, previu expressamente que o processo civil brasileiro seria “[...] ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Nesse sentido, a própria exposição de motivos do referido *códex* aduz:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização⁵ dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado

⁴ 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.

⁵“Essencial que se faça menção a efetiva satisfação, pois, a partir da dita terceira fase metodológica do direito processual civil, o processo passou a ser visto como instrumento, que deve ser idôneo para o reconhecimento e a adequada concretização de direitos.”.

Democrático de Direito.⁶ Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.⁷ [...] Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais.⁸

Nesse contexto, o CPC/15 dedicou o seu primeiro capítulo ao estabelecimento das normas fundamentais do processo civil, à guisa do que prevê a Constituição Federal, e instituiu uma série de regras que, até então, existiam apenas em sede de construção doutrinária e jurisprudencial. Exemplo da referida codificação é, como se vê no artigo 4º,⁹ a presença de uma norma imperiosa no que se refere à duração razoável do processo e à primazia do julgamento de mérito. Outro exemplo notável do que ora se aborda é a instituição, como meio preferencial da resolução de conflitos, dos métodos consensuais e não adjudicatórios, como exposto no art. 3º do CPC.¹⁰

Outra importante instituição sacramentada pelo CPC/15 guarda relação com o contraditório efetivo e substancial. Embora o contraditório e a ampla defesa já existissem no cenário processual civil antes da publicação do atual código, tais institutos não eram expressamente contemplados no CPC/73, e suas existências apenas eram notadas quando da leitura do art. 5º,

⁶“Isto é, aquelas que regem, eminentemente, as relações das partes entre si, entre elas e o juiz e, também, entre elas e terceiros, de que são exemplos a imparcialidade do juiz, o contraditório, a demanda”, como ensinam CAPPELLETTI; VIGORITI. *Il diritti costituzionali dele parti nel processo civile italiano*. In: **Rivista di diritto processuale**, II série, v. 26, p. 604-650, Padova: Cedam, 1971, p. 605.

⁷“Os princípios e garantias processuais inseridos no ordenamento constitucional, por conta desse movimento de ‘constitucionalização do processo’, não se limitam, no dizer de LUIGI PAOLO COMOGLIO, a reforçar do exterior uma mera ‘reserva legislativa’ para a regulamentação desse método [em referência ao processo como método institucional de resolução de conflitos sociais], mas impõem a esse último, e à sua disciplina, algumas condições mínimas de legalidade e retidão, cuja eficácia é potencialmente operante em qualquer fase (ou momento nevrálgico) do processo” *Giurisprudizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. 1997, p. 92.

⁸ Sálvio de Figueiredo Teixeira (1993, p. 80), em texto emblemático sobre a nova ordem trazida pela Constituição Federal de 1988, disse, acertadamente, que, apesar de suas vicissitudes, ‘nenhum texto constitucional valorizou tanto a ‘Justiça’, tomada aqui a palavra não no seu conceito clássico de ‘vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu’, mas como conjunto de instituições voltadas para a realização da paz social.

⁹ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

¹⁰ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

LV da CF/88¹¹ e do manuseio das doutrinas de teoria geral do processo.

Entretanto, a regra constitucional, embora já representasse um significativo avanço no que se refere ao contraditório como direito fundamental, não se prestou a delimitar parâmetros de aferição do que seria um efetivo contraditório e uma plena ampla defesa. Tal tarefa, como dito brevemente, ficou a cargo do CPC/15 que, de forma claramente compromissada com os ditames constitucionais, instituiu o que a doutrina logrou chamar de “*contraditório substancial*”.

A substancialidade do contraditório no processo civil pode ser contemplada com a leitura de diversos dispositivos espalhados ao longo do Código de Processo Civil de 2015. Todavia, de forma cirúrgica e precisa, o legislador preocupou-se em inserir, no capítulo atinente às normas fundamentais do novo processo civil, regras que esboçam com clareza o espírito constitucional do novo *códex*.

Primeiramente, o legislador aduziu, no artigo 6º,¹² ser dever de todos que integram o feito a atuação conforme a boa-fé. Posteriormente, já no artigo 7º,¹³ assegurou às partes a paridade de tratamento em relação aos direitos e às faculdades processuais, bem como aos meios de defesa, determinando ao juiz a obrigatoriedade de zelar pelo efetivo contraditório.

Por efetivo contraditório, por sua vez, o código determina que, para assegurá-lo, o juiz deve atender “[...] *aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência*”, conforme expressamente previsto no art. 8º.

Na sequência, o legislador preocupou-se em delimitar as hipóteses em que seria possibilitado

¹¹Art. 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: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹² Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

¹³Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

ao juiz decidir sem ouvir previamente a parte contrária¹⁴ e, ainda, determinou que, exceto naquelas hipóteses, seria vedado ao juiz decidir “[...] em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”, como expressamente consta no art. 10.

Nesse sentido, o que se pode concluir é que o Código de Processo Civil de 2015, dentre outras mudanças paradigmáticas, ao prever uma série de artigos destinados aos princípios processuais e, especificamente, ao controle do contraditório, preencheu o contorno dado pela CF/88 no que se refere aos institutos do contraditório e da ampla defesa, e sacramentou a elevação do direito à prova ao *status* de direito fundamental.¹⁵

A norma prevista no art. 371 do CPC/2015,¹⁶ além de determinar que o convencimento do magistrado na apreciação da prova deva ser motivado, impôs ao julgador o dever de ser claro em sua fundamentação, a fim de que as justificativas de suas decisões possam ser passíveis de critérios de controle de natureza endoprocessual, consistente na apresentação de recursos pelas partes, e de natureza extraprocessual, consistente no controle das decisões judiciais pela sociedade, ou seja, da própria jurisdição (RAMOS, 2013, p. 147). O dever de fundamentação, portanto, atribui a característica da racionalidade na fundamentação dos julgamentos.

Dentro desta perspectiva, observa-se que o processo civil constitucional deve estar preocupado com a busca da verdade jurídica, mediante o desenvolvimento de procedimentos que promovam maior completude possível do material probatório, tendo como pilar a observância do contraditório substancial das partes, pois, somente assim, torna-se possível a produção de decisões judiciais justas e efetivas (RAMOS, 2013, p. 148).

¹⁴ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

¹⁵ Considerando, portanto, os conceitos até então ventilados, é possível concluir que a finalidade da prova nada mais é do que promover o convencimento jurisdicional, a finalidade da prova é formar a convicção do juiz, que é o seu destinatário, permitindo-lhe, por meio do convencimento, compor a lide, ou seja, a função da prova é a apuração da verdade para convencê-lo de quem tem razão (SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: RT, 2002, p. 62).

¹⁶ 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.

Desse modo, o que se percebe é a emissão de decisões pautadas em uma racionalidade prática procedimental, legitimadas pela observância de regras e princípios constitucionais, com base no debate, no exercício do contraditório amplo e no dever de fundamentação, proporcionando, nesse sentido, a obtenção de decisões justas e efetivas (ZANETI JR., 2014, p. 84-94).

Aos critérios que pautam a persuasão racional dá-se o nome de *standards* jurídicos, sendo eles os responsáveis: *i*) pela vinculação das decisões às alegações e às provas; *ii*) pelas relações estabelecidas entre provas e presunções e, ainda; *iii*) pelo uso das máximas de experiência face à ausência de normas legais sobre o conjunto probatório em análise (KNIJNIK, 2001, p. 16).

Os *standards* jurídicos se qualificam por proporcionar a ampliação do diálogo sobre os fatos, superando a ideia pretérita de uma mera subsunção do fato à norma (KNIJNIK, 2001, p. 22). Por outro lado, por representarem um complexo de regras lógicas não aplicáveis por mera subsunção, podem ensejar um certo formalismo exacerbado.

Todavia, frise-se que os *Standards* jurídicos possuem como escopo máximo a criação de um solo fértil para a frutificação do debate crítico, a fim de que o julgador possa formar sua convicção e construir a sua decisão a partir da ampla exploração dos elementos colhidos no contraditório. Trata-se, portanto, de um tipo ideal aberto, que não necessariamente controla a formação da convicção, mas, por outra via, estabelece modelos para o exercício hermenêutico.

Nesse sentido, o presente estudo abordará, no capítulo seguinte, o surgimento dos *standards* probatórios como forma de resolver os critérios do convencimento judicial motivado (modelos de controle), para justificar determinados padrões de acertamento dos fatos, fazendo-se uma análise comparativa entre este instituto nas searas processuais civil, penal e eleitoral.

3 STANDARDS PROBATÓRIOS

O filósofo alemão Hans-Georg Gadamer dedicou grande parte dos seus estudos à construção de uma linha hermenêutica que fosse capaz de ir além de um procedimento de compreensão. Buscou, por meio de seus estudos, desenvolver uma ciência que pudesse “[...] *esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão*” (GADAMER, 1997, p. 442).

O autor afirma que a função interpretativa se aproxima muito mais de questões filosóficas, relacionadas ao modo de ser do próprio intérprete, do que às questões metodológicas que correspondem ao meio de conhecimento das questões postas.

Mesmo enxergando a ciência interpretativa de tal forma, Gadamer assevera que, em relação ao Direito e à necessidade intrínseca de se desempenhar a atividade interpretativa, há de se reconhecer a existência de limites ao intérprete como modo de evitar arbitrariedades. Nesse sentido, esclarece (GADAMER, 1997, p. 489):

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do Direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este se encontra por sua vez, sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto.

A respeito da “*ponderação justa do conjunto*”, cabe pontuar que, na atividade jurisdicional, por razões práticas e em razão da necessidade de solução dos conflitos – que é a sua própria finalidade –, a busca pela verdade é uma constante. Além disso, é também uma verdade que, no contexto do sistema probatório vigente – o da persuasão racional –, a referida busca deve ser balizada em critérios que proporcionem coerência entre o conjunto dos elementos de prova veiculados e a decisão proferida.

É justamente a existência dessas balizas que diferenciam o sistema da persuasão racional do sistema da íntima convicção. Ou seja, a exigência de clareza sobre a motivação das decisões é o que assegura a justeza dos julgamentos e os faz serem racionais.

Desse modo, no sistema da persuasão racional, para que se considere um fato como provado, é imprescindível que existam elementos que corroborem a afirmação posta em juízo e que,

além disso, o magistrado consiga estabelecer uma conexão clara entre as alegações, as provas e a sua decisão.

Não restam dúvidas, portanto, de que a existência de provas e a motivação das decisões são elementares no sistema probatório vigente. A atividade probatória, desse modo, revela-se como o instrumento capaz de promover a reconstrução empírica dos fatos ocorridos. Consubstancia-se, assim, como o conjunto de informações de que o juiz necessita para declarar se os enunciados sobre os fatos se fundam em bases cognitivas suscetíveis e adequadas para serem consideradas verdadeiras (TARUFFO, 2003, p. 33).

Entretanto, é preciso se atentar ao fato de que toda prova pode ser capaz de levar o julgador a um juízo de probabilidade, em maior ou menor escala, sobre um determinado fato.

Desse modo, para que seja possível lidar com a miríade de incertezas, os sistemas jurídicos desenvolveram parâmetros para a avaliação da suficiência das provas produzidas acerca de uma questão de fato (LIMA, 2018, p. 37). Os referidos parâmetros são os *standards* de prova que, em termos mais simples, referem-se ao “*quanto de prova*” é exigido para que dada hipótese seja considerada verdadeira, ocorrida ou provada (KIRCHER, 2017).

Para Kevin M. Clermont, além de os *standards* abrangerem vários parâmetros dos níveis de convencimento acerca de um fato controvertido, eles possuem, ainda, a função de minimizar as consequências negativas dos erros judiciais (CLERMONT, 2013, p. 11 - 12).

Evanilda Bustamante (2013, p. 18), ainda quanto ao tema, assevera que os *standards* podem ser compreendidos como critérios que indicam duas situações: quando se conseguiu alcançar a prova de um fato e quando se está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que o descreve. Afirma, ainda, que são eles – os *standards* da prova – que estabelecem graus ou critérios objetivos – em maior ou menor escala – de aceitabilidade das hipóteses em função dos quais se considera lícito afirmar que um fato tenha sido provado.

Em suma, *standards* de prova podem ser definidos como critérios quantitativos, com graus distintos de rigidez, relacionados à atividade probatória e ao convencimento do julgador que se destinam a subsidiar as decisões no que tange à aceitação, ou não, de uma hipótese fática como verdadeira.

Impende registrar, por fim, que, embora o sistema de modelos de constatação tenha sua origem nos países de tradição *commom law*, nada impede a sua utilização em países orientados pela *civil law*, ao revés, visto que o exame quanto aos critérios segundo os quais o juiz baseia suas decisões constitui uma das questões fundamentais do devido processo constitucional.

3.1 FUNÇÕES DOS *STANDARDS* DA PROVA

Os *standards* da prova – também chamados pela doutrina de modelos de constatação – possuem sua origem nos países orientados pelo *commom law*. Justamente por essa razão, e pela própria lógica do sistema em questão – que funda seus julgamentos na percepção casuística de cada caso, e com suporte nos precedentes – é que os *standards* da prova foram instituídos para atuarem como instrumentos de orientação que reduzem a interferência do subjetivismo na formação do juízo de fato. Nesse sentido (CARPES, 2016, p. 134):

Se a formação do juízo de fato sempre constituiu o capítulo menos seguro na decisão judicial – o juízo de direito sempre contou com mais eficientes critérios hermenêuticos, veja-se o caso da nova teoria das normas e a categoria dos postulados normativos -, a adoção prévia e expressa do standard probatório, visa agregar objetividade ao raciocínio do juiz, mediante elenco de pauta destinada a determinar o grau de prova necessário área a certificação das alegações fática e, assim, à aplicação do direito à espécie concreta.

Duas funções primordiais, portanto, podem ser atribuídas aos *standards*. À primeira função dá-se o nome de *função heurística*. De acordo com o Dicionário da Língua Portuguesa, de autoria da Academia Brasileira de Letras, a palavra *heurística* significa: “[...] a ciência da investigação e descoberta dos fatos através da pesquisa de fontes e documentos” (2008, p. 664).

Desse modo, é possível concluir que a *função heurística* dos *standards* da prova nada mais é do que garantir o maior grau de objetividade possível às decisões pela introdução de critérios minimamente controláveis do ponto de vista racional – que são os próprios modelos de constatação. Esses critérios devem ser colocados em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes sejam conhecidas, debatidas e, até mesmo, corrigidas (KNIJNIK, 2007, p. 18).

A segunda função denomina-se *função justificadora* dos *Standards* e aproxima-se da ideia de

que o discurso acerca da análise das provas e, conseqüentemente, a motivação das decisões, devem guardar coerência com o *standard* aplicável ao caso, sob pena de anulação ou reforma da decisão (LIMA, 2018, p. 39). Ou seja, uma vez estabelecido um modelo de constatação prévio, torna-se coerente utilizá-lo para justificar as razões pelas quais o julgador chegou a determinado veredito.

Registre-se, por derradeiro, que a definição do que são os *Standards* da prova, bem como as funções que desempenham, vão ao encontro do significado filosófico da palavra “critério”, que são (MORA, 2000, p. 619):

Em geral, entende-se por critério o sinal, a marca, a característica ou nota por meio da qual algo é reconhecido como verdadeiro. Portanto, critério é, nesse sentido, o critério de verdade. [...] o problema do critério foi examinado, por um lado, em estreita relação com o problema da verdade (sobretudo para as orientações que pressupuseram que somente a verdade pode ser o critério para o verdadeiro) e, por outro lado, em relação com as questões suscitadas pelo grau de veracidade das diferentes fontes do conhecimento, em particular os chamados sentidos externos.

Posto isso, cumpre, ainda, assinalar os aspectos inerentes aos *standards* da prova, o que se fará no próximo tópico.

3.2 ASPECTOS DOS *STANDARDS* DA PROVA

É certo que o ordenamento jurídico, composto pelo conjunto de normas e princípios, é que delimita tanto os bens jurídicos dignos da proteção do Estado, quanto as regras procedimentais aplicáveis ao tratamento dos conflitos. No que tange às regras procedimentais, incluem-se as regras de julgamento, tais como as hipóteses de reconhecimento dos pedidos, as hipóteses de não conhecimento do pedido – seja por questões relacionadas ao mérito, seja por questões de cunho processual –, dentre outras.

Tal característica, qual seja, a existência de regramento que verse tanto sobre direito material, quanto sobre direito procedimental, privilegia a ideia de normatividade. Para Norberto Bobbio, “*a nossa vida se desenvolve em um mundo de normas*” (1995, p. 145).¹⁷

¹⁷Embora não seja o objetivo do presente estudo abordar especificamente a teoria da norma jurídica, é importante rememorar, neste ponto, os importantes ensinamentos de Norberto Bobbio quanto ao tema e asseverar que a norma, embora legalmente instituída com fundamentos nos critérios legislativos legais, deve, ainda, preencher os critérios de justiça e eficácia. Quanto aos critérios de justiça, considera-se justa a norma que se compromete a

Desse modo, quando se fala em *standards* da prova como critérios preestabelecidos e pelos quais os juízos de fato serão formalizados, tem-se o *aspecto normativo* dos modelos de constatação, ao passo que possuem condão de apresentar uma contraposição à ideia apenas descritiva dos parâmetros de decisão largamente existentes no ordenamento (LIMA, 2018, p. 69).

Ocorre que o *aspecto normativo* pode, ainda, gerar resultados diferentes de acordo com o objetivo que se busca. Os objetivos, todavia, consubstanciam-se nos interesses individuais de cada Estado, de modo que os aspectos normativos, indissociavelmente, deverão estar atrelados aos *aspectos políticos dos standards*.

Para Danilo Knijnik (2007, p. 33), os *standards* possuem uma *função política* na medida que, em nome da segurança jurídica, é insuficiente que o resultado do convencimento judicial seja aquele que o julgador o reputa devido. Importa, em uma escala maior, que o julgamento seja devido para um juiz que sequer interveio na causa. Isso porque, a bem da verdade, os juízes não atuam por si próprios, mas sim por representação da justiça e pelo pacto político-jurídico como um todo. Neste ponto, acrescenta:

Então, por atuar em nome de toda a Administração da Justiça, não se pode admitir que o modelo de constatação utilizado para formar o juízo de fato radique numa pauta individual e não revelada. Somente com a identificação, na decisão judicial, desse modelo, ‘se impedirá que o indivíduo fique livre do acidente ou da causalidade da subjetividade do juiz’.

Knijnik (2007, p. 33) defende, ainda, que os *standards* de prova – ou *modelos de constatação*, como o referido autor prefere intitular – devem ser tratados como uma questão prévia, de modo que a decisão judicial deve anunciar o modelo de constatação pelo qual formará o juízo de fato como uma forma de submetê-lo ao contraditório e à discussão das partes.

realizar os valores supremos de um determinado ordenamento jurídico. No que tange à eficácia, trata-se de avaliar se a norma cumpre efetivamente o direito estabelecido através do contrato social do qual todos os indivíduos inseridos em uma sociedade politicamente organizada se tornaram signatários.

3.3 A VISÃO NORTE AMERICANA SOBRE O ESTUDO DOS *STANDARDS* DE PROVA: O PRIMEIRO CONJUNTO DE MODELOS PROBATÓRIOS

O direito norte americano é regido pelo sistema denominado *Common Law*, que possui seu fundamento na percepção casuística de cada caso e tem origem no direito costumeiro vigente na Inglaterra a partir do Século XIII. Posteriormente, o referido sistema foi difundido dentro das principais colônias Inglesas, como é o caso dos Estados Unidos. Patricia Perrone Campos Mello (2008, p. 12) registra que:

Segundo entendimento convencional, o common law, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei papel secundário. Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que associações e distinções entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes.

Quanto às suas características, pode-se afirmar que, nos países do *Common Law*, a atividade jurisdicional funda-se no problema apresentado pelas partes ao juiz. O magistrado, por sua vez, levando em consideração os direitos que emolduram o fato, imprime um julgamento, que impera como regra geral. A essa regra geral dá-se o nome de precedentes.

As decisões judiciais, portanto, possuem natureza dúplice, na medida em que, além de encerrar o litígio posto no caso concreto, atuam com força vinculante em relação a casos futuros. Trata-se do que a doutrina anglo-americana denominou de *Doctrine of Binding Precedent* – teoria do precedente vinculante.

A força vinculante das decisões, inclusive, surgiu como uma forma de controlar a liberdade exacerbada que os juízes possuíam para decidir. Assim, cresce a importância do uso do precedente vinculante que, além de buscar minorar a atividade criativa exacerbada dos magistrados, surgiu como resposta à preocupação de julgamentos contraditórios para casos semelhantes.

Logo, pela teoria do precedente com força vinculante, passou a ser tarefa do magistrado verbalizar, por meio de uma construção teórica logicamente coerente, a regra de direito já

utilizada. A partir disso, a regra passa a ser utilizada pelos juízes dos casos seguintes, e assim sucessivamente.

Em relação ao sistema *Common Law* nos Estados Unidos, cumpre registrar que o sistema dos precedentes obrigatórios é aplicado de forma um pouco diferente em relação à antiga colonizadora. Isso porque, em razão da existência de uma Constituição – instituída pela Convenção Constitucional da Filadélfia de 1787 e vigente até os dias de hoje – é imperioso que as decisões judiciais a tomem como diretriz e fundamento.

Além disso, os Estados Unidos optaram pela forma federativa de Estado, de modo que, além da Constituição, tem-se o uso das leis ordinárias federais. Por fim, aplicam-se as regras decorrentes do *Common Law*, como o caso da aplicação da teoria da vinculação dos precedentes, que deve ser aplicada em razão das jurisprudências firmadas em cada Estado. Marinoni afirma que “[...] considerando que o desenvolvimento da *Common Law* americana fica predominantemente a cargo dos tribunais dos Estados, a uniformidade do direito americano depende da aproximação da jurisprudência dos Estados” (2013, p. 19).

Diante das características do *common law*, notadamente a ampla liberdade interpretativa conferida ao julgador, a doutrina americana debruçou-se na criação de métodos balizadores para se chegar à verdade no processo, ou seja, modelos de constatação ou, simplesmente, *standards*. Estes nada mais são do que critérios orientativos da análise da prova, que efetivamente submetem as partes ao contraditório e que instruem opções valorativas e objetivas ao juiz (KNIJNIK, 2001, p. 33).

Em que pese a existência de características em comum sobre a lógica dos *standards*, alguns modelos foram desenvolvidos ao longo dos anos, conforme será analisado a seguir.

O primeiro modelo compreende a existência de dois *standards* que operam de forma polarizada. De um lado está a “*evidence beyond a reasonable doubt*”, ou seja, a prova acima de toda dúvida razoável,¹⁸ aplicável nos casos criminais, de acordo com a Suprema Corte dos Estados Unidos (1958, p. 525 - 526):

¹⁸ Na doutrina americana as expressões “além de uma dúvida razoável” e “além de qualquer dúvida razoável” são consideradas sinônimos (LIMA, Matheus Carneiro. *Standards de prova no direito brasileiro*. Dissertação

Onde uma das partes tem em jogo um interesse de valor transcendental – como a liberdade de um réu em ação penal – a margem de erro quanto a este é reduzida pelo processo de impor à outra parte o ônus de convencer o julgador ao fim de sua culpa além da dúvida razoável.¹⁹

Trata-se de um *standard* que concretiza a presunção de inocência e aumenta a exigência de convencimento, através da prova, que seja digno de ensejar a condenação em casos criminais. Aplicando a metáfora da gangorra de Douglas Walton no critério da prova além da dúvida razoável, um dos lados da gangorra está quase totalmente inclinado para baixo, em favor de quem pode receber uma sanção restritiva de liberdade física, cabendo ao acusador inverter a posição inicial mediante a eliminação de qualquer dúvida a respeito da autoria (ÁVILA, 2018, p. 118).

Ressalte-se, todavia, não haver uma previsão legal expressa a respeito do referido *standard*, embora ele tenha alcançado o seu reconhecimento de caráter constitucional como consequência da aplicação do *due process* (LIMA, 2018, p. 52) no julgamento, pela Suprema Corte, do caso *In re Winship* (1970, 358).²⁰

Ainda quanto ao *standard da prova acima da dúvida razoável*, importa registrar que existe uma lacuna acerca do que seria, especificamente, uma dúvida razoável. O autor americano Henry Diamond, por exemplo, defende que o conceito não é evidente, como demonstram pesquisas empíricas realizadas em júris simulados, onde cada jurado dá a sua própria interpretação acerca do que é dúvida razoável. Diamond (1990, p. 1719) afirma, ainda, que, nesse caso, quando não se estabelece o que é a dúvida razoável, o próprio *standard* deixa de existir.

(Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 52).

¹⁹ “There is always in litigation a margin of error, representing error in fact-finding, which both parties must take into account. Where one party has as stake as interest of transcending value – as a criminal defendant his liberty – this margin of error is reduced as to him by the process of placing on the other party the burden of producing a sufficiency of proof in the first instance, and of persuading the factfinder at the conclusion of the trial of his guilt beyond a reasonable doubt”.

²⁰ Syllabus: Relying on a preponderance of the evidence, the standard of proof required by § 744(b) of the New York Family Court Act, a New York Family Court judge found that appellant, then a 12-year-old boy, had committed an act that “if done by an adult, would constitute the crime [...] of Larceny.” The New York Court of Appeals affirmed, sustaining the constitutionality of § 744(b). Held: Proof beyond a reasonable doubt, which is required by the Due Process Clause in criminal trials, is among the “essentials of due process and fair treatment” required during the adjudicatory stage when a juvenile is charged with an act that would constitute a crime if committed by an adult. 397 U. S. 361-368.2 N.Y.2d 196, 247 N.E.2d 253, reversed.

Alguns parâmetros importantes a respeito do que seria a dúvida razoável encontram-se, atualmente, descritos nas instruções para Júri Federal que citadas por Baltazar Junior, asseveram (2008, p. 132):

Dúvida razoável é uma dúvida baseada na razão e no senso comum, é uma dúvida que uma pessoa razoável possui após cuidadosamente sopesar todas as provas. É uma dúvida que leva uma pessoa razoável a hesitar em tomar uma decisão em uma questão de importância para sua vida pessoal. [...] uma dúvida razoável não é uma fantasia ou capricho; não é uma especulação ou suspeita. Não é uma desculpa para evitar o cumprimento de um dever desagradável. E não é compaixão.

Já as instruções ao júri utilizadas pelas cortes do estado de Nova York em casos criminais, citadas por Matheus Carneiro de Lima, registram que (2018, p. 55):

O que nosso direito quer dizer quando requer prova da culpa “além de uma dúvida razoável”? O direito usa o termo “prova além de uma dúvida razoável” para lhe dizer o quão convincente os elementos de prova de culpa devem ser para permitir um verdadeiro culpado. O direito reconhece que, em se tratando de assuntos humanos, há muito pouco nesse mundo que se sabe com certeza absoluta. Então, o direito não requer que o povo (no sentido do acusador em ações penais públicas) prove a culpa do acusado além de toda a dúvida possível. Por outro lado, não é suficiente provar que o acusado é provavelmente culpado. Em um caso criminal, a prova da culpa deve ser mais forte que isso. Deve ser além de uma dúvida razoável.

De todo modo, o que importa destacar sobre o *standard* em comento é que, para além da definição concreta acerca do que é “dúvida razoável”, o que o modelo em questão deseja é que a análise dos elementos de prova seja pautada em critérios objetivos de convencimento.

No outro extremo do primeiro modelo está a “*preponderance of evidence*” – “a preponderância da prova” ou “balanço de possibilidades” -, utilizado no direito norte americano como *standard* geral nos casos cíveis envolvendo bens patrimoniais disponíveis.

Rememorando a metáfora da gangorra de Walton, *apud*, Ávila, seria a hipótese em que os dois lados da gangorra estão ombreados, no mesmo nível. Desse modo, o que precisa se verificar é qual dos lados apresenta uma hipótese mais plausível e verdadeira de acordo com o conjunto probatório existente nos autos. Por isso, também é chamado de “balanço de probabilidades”, visto que ganha o caso que conseguir produzir provas com maior peso, mesmo que no *quantum* de 51% (2018, p. 119).

Para Kevin Clermont (2013, p. 16 a 17), a preponderância da prova se divide em três principais formas, quais sejam: *(i)* a preponderância que se verifica através da comparação dos elementos de prova apresentados por ambos os lados; *(ii)* a preponderância com um sentido de probabilidade, no sentido de uma hipótese que é, por probabilidade, mais negativa; *(iii)* a preponderância como forma de exigir que o julgador se convença sobre o fato, e não sobre a sua probabilidade.

Considerando, portanto, a ideia trazida pela metáfora da balança, a segunda acepção apresentada por Clermont é a mais difundida e aceita pela doutrina norte americana como o conceito do *standard da preponderância da prova*. Isso porque a ideia que ela apresenta é, justamente, a de que o julgador, ao analisar a questão de fato, decida em favor da hipótese cujo convencimento tenha sido superior.

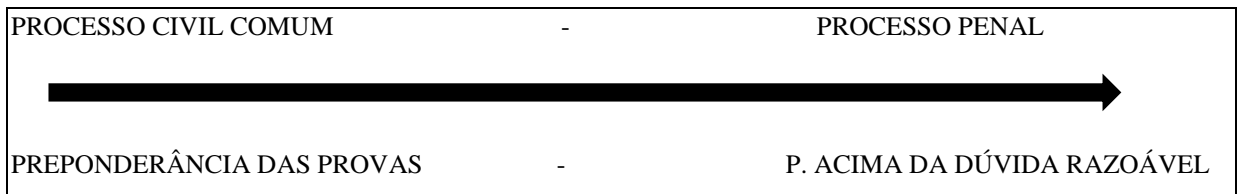
De acordo com o modelo de instruções das cortes do estado da Califórnia, inclusive, é possível perceber que essa vertente – a segunda acepção de Clermont (2013, p. 118) – foi adotada pelos tribunais estadunidenses. *Verbis*:

A parte deve convencê-lo, através dos elementos de prova apresentados perante a corte, que o que ele ou ela deve provar é mais provavelmente verdadeiro do que não verdadeiro. Isso é denominado “ônus da prova”. Após considerar todos os elementos de prova, se você não puder decidir que algo é mais provavelmente verdadeiro do que não verdadeiro, você deve concluir que a parte não o provou. Você deve considerar todos os elementos de prova, não importando qual parte os produziu. Em julgamentos criminais a acusação deve provar que o réu é culpado além de uma dúvida razoável. Mas, em casos cíveis, como o presente, a parte que necessitar provar algo, deve provar *apenas que tal fato é mais provavelmente verdadeiro que não verdadeiro*.

Não obstante a existência do referido *standard*, a sua aplicação gera uma série de críticas. A primeira delas é a de que os julgadores não são normalmente habilitados a analisar questões a partir de uma análise matemática de probabilidades, o que em nada quer dizer sobre a incapacidade técnica dos julgadores, mas sim sobre a diferença entre analisar probabilidades e analisar numericamente as probabilidades. Além disso, a própria forma com que os sistemas processuais tratam a produção de provas não permite que sejam realizadas tais análises, uma vez que as leis, e tampouco as jurisprudências, tratam de forma específica sobre a probabilidade de ocorrência de fatos (LIMA, 2018, p. 62).

Além disso, pensando em nível de paridade das armas e a consequente necessidade de entregar ao jurisdicionado uma igualdade material, é inadmissível conceber que aquele que produziu mais provas, no aspecto da quantidade, seja considerado vencedor. Desse modo, uma terceira crítica reside no fato de que a análise da preponderância das provas deve ser realizada sob seu aspecto qualitativo, e não quantitativo, de modo que o *quantum* de prova produzido é idêntico para autor e réu (KNIJNIK, 2007, p. 38).

Nesse sentido, de forma esquematizada, pode-se compreender os dois *standards* até então analisados da seguinte maneira (KNIJNIK, 2007, p. 37):



Em que pese as críticas, o *standard da preponderância da prova* funciona amplamente nos processos cíveis, nos quais são discutidas questões meramente civis. Danilo Knijnik (2007, p. 38) atenta para as hipóteses em que, mesmo em processos não penais, os valores discutidos transcendem a dimensão meramente patrimonial. Como exemplo, as ações de improbidade administrativa, as que envolvam anulação de testamento por fraude, dentre outras. Nesses casos, a mera preponderância se revelaria inadequada, sendo necessária a fixação de um parâmetro mais elevado do que o da *preponderância*, mas inferior ao da *prova além da dúvida razoável*.

Esse parâmetro consiste em um *terceiro standard*, intermediário, denominado “*prova clara e convincente*”, por meio do qual a exigência é que a proposição considerada vencedora da disputa judicial seja aquela que se afigure como altamente provável, e não simplesmente mais provável do que a outra (KNIJNIK, 2007, p. 38).

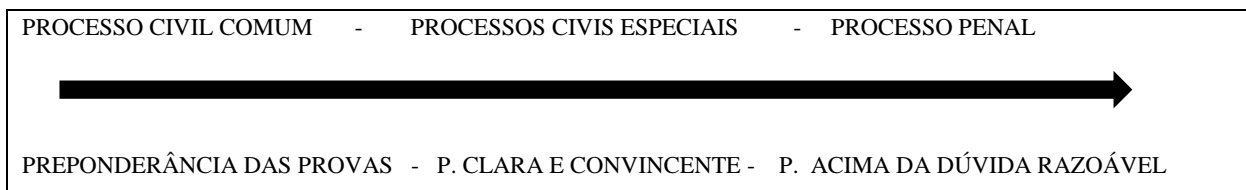
Retomando a analogia da gangorra, na *prova clara e convincente* um dos lados da gangorra está bastante inclinado para baixo, em favor de quem pode sofrer uma sanção restritiva de direitos fundamentais de liberdade e de propriedade. Nesse contexto, caberá ao acusador o ônus de alterar a posição inicial, mediante uma prova que seja clara e convincente a favor da

acusação. Em relação à defesa, sua função será a de demonstrar que os meios de prova não foram suficientemente robustos e qualificados para tanto (AVILA, 2018, p. 118).

É importante registrar que o conceito sobre a prova “*clara e convincente*” não é uniforme dentro da doutrina e da jurisprudência. Entretanto, possui a classificação de *standard* intermediário entre os casos cíveis comuns e os casos criminais (LIMA, 2018, p. 58). Nesse sentido, o modelo de instruções adotado pelo nono circuito das cortes federais assevera que (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2017):

Quando uma parte tem o ônus de estabelecer uma alegação ou defesa de forma clara e convincente, isso significa que a parte deve apresentar elementos de prova que lhe deixem com uma convicção ou crença firme de que é altamente provável que as questões de fato daquela defesa ou alegação são verdadeiras. Este é um *standard* da prova mais elevado do que a prova por uma evidência, mas não requer prova além de uma dúvida razoável.

Por fim, importa registrar que *standard* intermediário - prova *clara e convincente*- não é reconhecido pelo direito britânico, que prefere adotar a *preponderância da evidência* em todos os casos de natureza cível (LIMA, 2018, p. 58). Nesse sentido, considerando os três *standards* probatórios que compõem o primeiro modelo norte americano, tem-se, esquematicamente, a seguinte lógica (KNIJNIK, 2007, p. 39):



3.4 A INFLUÊNCIA ESPANHOLA NA TEORIA DOS *STANDARDS DA PROVA*: O SEGUNDO CONJUNTO DE MODELOS PROBATÓRIOS

O *segundo modelo de controle* das decisões judiciais compreende, além dos três já apreciados até então, um *quarto standard*, idealizado, a princípio, para ser aplicado no processo penal cujos fatos estejam baseados em indícios. De origem espanhola e totalmente voltado para o convencimento judicial sob uma perspectiva jurídico-objetiva, é denominado *standard da mínima atividade probatória – ou razoável excludente de qualquer hipótese de inocência*.

Funda-se na exigibilidade da suficiência probatória, ou seja, na ideia de que tenham sido eliminadas quaisquer dúvidas racionais sobre a culpabilidade do acusado. Knijnik ensina se tratar de uma valoração racional e lógica da prova, fundada em critérios de cientificidade que possibilitem a verificação da consistência lógica do raciocínio judicial (2001, p. 35).

Quanto aos aspectos básicos do *standard da mínima atividade probatória*, Jose Paulo Baltazar Junior (2008, p. 132) afirma serem os seguintes:

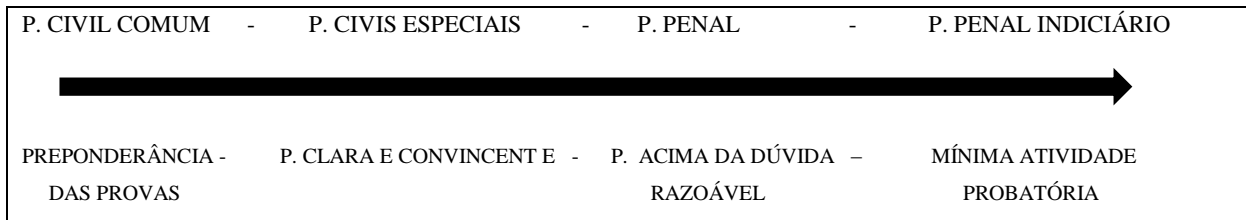
A eliminação do convencimento judicial baseado em meras suspeitas, pressentimentos, intuições, convicções pessoais do julgador, conjecturas ou impressões; b) procura-se exigir uma prova que elimine a existência de dúvidas racionais, segundo um critério qualitativo.

Novamente, a crítica que cabe ser feita sobre o referido *standard* consiste na ausência de uma definição a respeito do que seria considerado suficiência da prova. Alguns autores, inclusive, em razão da inexistência do que seria a suficiência de prova propriamente dita, afirmam que a *mínima atividade probatória* sequer deveria ser considerada um *standard*.²¹

Embora a classificação do referido *standard* ainda seja controvertida, existem precedentes do Superior Tribunal de Justiça que fazem remissão ao acórdão de Cuthbert, quando o Tribunal anulou uma condenação em razão da utilização de provas meramente indiciárias. *Verbis*: “[...] a prova não havia eliminado as hipóteses de inocência do réu e, portanto, sendo substancialmente indiciárias, a condenação não se sustentava, porque baseada num errado modelo de constatação” (STJ, RESP 184.156/SP).

Outrossim, em que pesem as críticas existentes em relação ao *standard* em análise, de acordo com as suas características, pode-se esquematizar o segundo conjunto de modelos probatórios da seguinte forma (KNIJNIK, 2007, p. 43):

²¹ Referendam esse sentido José Paulo Baltazar Junior (BALTAZAR JR., José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. In: **Revista jurídica**. Porto Alegre: Notadez, 2008, Ano 56. n. 363) e Perfecto Andrés Ibañes (IBAÑES, Andrés Perfecto. **Valoração da prova e sentença penal**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 64). Danilo Knijnik não deixa de considerá-lo como um *standard*, mas afirma categoricamente que “a doutrina da mínima atividade probatória deixa inúmeras questões irrespondidas” (KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37).



3.5 A EXPERIÊNCIA ALEMÃ SOBRE OS *STANDARDS* DA PROVA

Assim como feito no item relacionado ao estudo dos *standards* a partir da doutrina anglo-americana, é imperiosa a contextualização do sistema do *civil law* para uma completa compreensão dos *standards* de prova no contexto do direito alemão.

Em que pese a origem do sistema *Civil Law* ser atribuída ao Direito Romano,²² cujo grande objetivo, à época, era o de unificar todo o direito existente, somente a partir da Revolução Francesa – com o *Código de Napoleão* – é possível se falar em um direito codificado. Isso porque, embora já existissem regramentos esparsos, o *Code Civil des Français* foi a primeira grande compilação de normas, em códigos, como hoje se conhece.

Partindo da França, atingindo a Alemanha, o movimento codificador alcançou grande parte do continente europeu, de modo que países como Itália, Espanha, Portugal, bem como a América Latina – em razão da predominância da colonização espanhola e portuguesa –, também são adeptos ao sistema que privilegia a codificação das regras jurídicas. A esse sistema de protagonismo da norma dá-se o nome de *Civil Law*, que, nas palavras de Mello, pode ser definido nos seguintes termos (2008, p. 15):

Já nos ordenamentos de origem românica, caberia à lei a função de protagonizar a manifestação do direito, incumbindo-se às decisões judiciais papel meramente acessório e mediato, como fonte explicitadora e declaradora do significado do ordenamento positivo. Assim, a determinação da solução aplicável a uma demanda específica dar-se-ia pelo mecanismo da subsunção das situações de fato na regra geral legislada, cujo significado seria revelado através da atividade interpretativa.

No sistema de *Civil Law*, portanto, o critério primordial das decisões judiciais é a própria lei, não restando ao magistrado uma ampla liberdade criativa do direito. O juiz se torna um

²²A história do Direito Romano processa-se entre duas codificações: a Lei das XII Tábuas e o Corpus Juris de Justiniano.

aplicador de leis - "*bouche de la loi*" -, e suas decisões devem privilegiar a legalidade. Neste sentido, Guilherme Fortes Castro (2012, p. 08) explica que se trata de “um sistema jurídico fundamentado em leis escritas e codificadas, que englobam de forma geral e genérica, os casos particulares”.

Trata-se, nesse contexto, de um sistema que almeja a uniformização de decisões, cabendo aos tribunais superiores a revisão dos julgamentos de primeiro grau.

Novamente recorrendo aos ensinamentos de Castro (2012, p. 10):

O Sistema Jurídico do *Civil Law* caracteriza-se pelo fato de as leis serem a pedra primal da igualdade e da liberdade, posto que objetivava proibir o juiz de lançar interpretação sobre a letra da lei, fornecendo, para tanto, o que se considerava como sendo uma legislação clara e completa; onde, ao magistrado, caberia apenas proceder à subsunção da norma.

Conclui-se, portanto, que a fonte imediata do *Civil Law* é a lei, ou seja, trata-se de um sistema fundado em um conjunto de comandos normativos gerais e abstratos que visam abranger uma pluralidade de casos futuros. Contudo, além da lei, verifica-se que existem outras fontes de interpretação, tais como os princípios gerais do direito, a doutrina e a jurisprudência. Entretanto, a lei ainda deve ser considerada como a fonte imediata e principal.

Em razão das características desse sistema, a literatura alemã acerca dos *Standards* da prova é escassa. Embora escassa, existem alguns ensaios sobre o suposto vácuo deixado pelo ZPO (*Zivilprozessordnung*) – o equivalente ao código de processo civil alemão – no que se referente à “livre apreciação da prova”, conforme institui o seu § 286.²³

Para Taruffo (2003, p. 380), a ausência de definição, pelo ZPO, do que seria a livre apreciação da prova foi preenchida pelas construções jurisprudenciais e doutrinárias a partir da análise de

²³ *Zivilprozessordnung* - § 286 *Freie Beweiswürdigung* (1) *Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.* (2) *An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.* Tradução: Processo Civil - §286 Livre apreciação da prova (1) tendo em conta todo o conteúdo das negociações e o resultado de uma possível obtenção de provas, o tribunal terá liberdade para decidir se uma alegação efetiva é verdadeira ou falsa. A sentença deverá indicar as razões que serviram de base para a condenação judicial. (2) o tribunal só estará obrigado pelas regras estatutárias de prova nos casos especificados por esta lei.

graus de convencimento necessários ao juiz. Othmar Jauernig, por sua vez, afirma existir no ZPO uma distinção entre “prova plena” e “princípio de prova”.

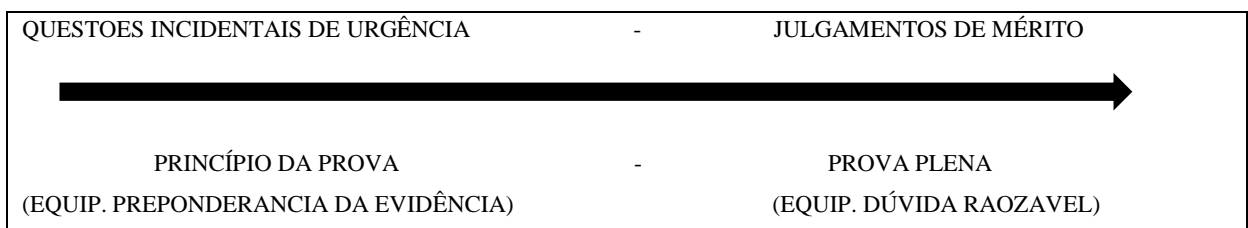
Por *prova plena*, com base em julgados do Tribunal Federal Alemão, afirma ser aquela que faz com que o julgador seja plenamente convencido e que, portanto, exige “tão alto grau de verossimilhança que não surja dúvida razoável” (JAUERNIG, 2002, p. 265). O aludido autor defende, ainda, que a lógica da prova plena seria aplicável em casos gerais, pois está implícita na regra do livre convencimento (2002, p. 263).

Ainda segundo Othmar Jauernig (2002, p. 264), o *princípio de prova* encontra-se previsto no § 294 do ZPO, e exige um grau de verossimilhança menor ou, ainda, “[...] apenas verossimilhança preponderante, a ‘boa possibilidade’ de a alegação ser verdadeira ou falsa”.

Representa um modelo de prova menos rígido do que o comum, e que será utilizado apenas para casos previstos em lei, tais como requerimento de justiça gratuita (§ 118, II), prorrogação de prazos (§§ 224 e 227) ou concessão de medidas assecuratórias da execução (§ 920) (LIMA, 2018, p. 66).

Desse modo, o que se conclui é que, na doutrina Alemã, embora pouco fale sobre o tema, existem dois *standards* de prova: (i) a *prova plena*, utilizada para julgamentos de mérito em geral, que é considerada pela doutrina como mais elevada e que, por essa razão, pode ser comparada à *dúvida razoável americana*; e o (ii) *princípio da prova*, aplicado em questões incidentais e de urgência, menos rígido e, portanto, passível de comparação com a *preponderância da evidência americana* (LIMA, 2018, p. 66).

De forma esquematizada, portanto, pode-se compreender os *standards* de prova existentes na doutrina alemã da seguinte forma:



Analisada, portanto, a teoria dos *Standards* da prova tanto no contexto do direito anglo-americano, como no direito alemão, cumpre ao presente estudo a verificação da aplicação dos modelos de prova no direito brasileiro: sua aplicação, em quais níveis e hipóteses. É do que tratará o próximo tópico.

3.6 STANDARDS DE PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

Como visto anteriormente, os *standards* da prova, quando observados pela ótica dos países de cultura *commom law*, foram pensados e estabelecidos de acordo com a matéria a ser analisada. Nesse sentido, nos Estados Unidos, por exemplo, em processos cíveis comuns, utiliza-se o *standard* da preponderância das provas, ao passo em que nos processos cíveis especiais, aplica-se a ideia da prova clara e convincente. No processo penal, por sua vez, por razões já explicitadas anteriormente, o *standard* aplicado é o da prova acima da dúvida razoável.

A experiência espanhola, por seu turno, acrescentou um quarto *standard*, aplicável aos processos penais indiciários, sob o quais recairia a ideia da mínima atividade probatória.

Já na Alemanha, país exemplo da cultura *civil law*, os *standards* da prova foram pensados e instituídos tomando como plano de fundo o aspecto processual em voga. Nesse sentido, para questões incidentais e de urgência, aplica-se o princípio da prova, que, por equiparação, aproxima-se da ideia de preponderância de provas. Nos julgamentos de mérito, todavia, aplica-se a ideia da prova plena, que, para fins de comparação, assemelha-se à ideia da dúvida razoável.

O Direito brasileiro, por grande influência das escolas alemãs, é signatário da lógica do *civil law*. Desse modo, embora os princípios, a doutrina e a jurisprudência sejam considerados fontes do direito pátrio, o critério primordial para fundamentar as decisões judiciais segue sendo a própria lei.

Por essas razões, em que pese a existência de estudos importantes acerca do convencimento judicial e da análise probatória, muito pouco se fala, na literatura nacional, sobre a existência de *Standards* de prova no Brasil (KNIJNIK, 2007).

Além disso, como já ponderado no capítulo anterior, o Código de Processo Civil de 2015, além de determinar que o convencimento do magistrado na apreciação da prova deva ser motivado, impôs ao julgador o dever de ser claro em sua fundamentação, em razão do que dispõe a regra prevista no art. 371 do CPC/2015. Devido a isso, é possível afirmar que impera no ordenamento jurídico pátrio a regra do convencimento motivado.

Todavia, considerando os conceitos e elementos essenciais dos *Standards* da prova, bem como os seus fundamentos de ordem política e psicológica, entende-se serem aplicáveis, em tese, ao direito brasileiro.

Ademais, como ressalva Matheus Carneiro de Lima (2018, p. 87), acredita-se, inclusive, que alguns parâmetros de decisão com características muito próximas ao que se denomina *standards* de prova já se encontram dispostos em nosso ordenamento, mesmo que intitulados de outras formas.

Adotando como critério de diferenciação aquele utilizado pelo direito alemão, qual seja, de natureza processual da decisão a ser proferida, o primeiro instituto do direito brasileiro envolvendo prova, cognição e convencimento passível de ser analisado sob o prisma da teoria dos *standards* da prova é o da Tutela Provisória de Urgência.

Isso porque, de acordo com o que dispõe o art. 300 do CPC/15, ela será concedida “quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Tem-se, nesse sentido, a ideia de que, para a concessão de uma tutela provisória de urgência, o julgador, em sede de cognição sumária, deve-se ater à constatação da existência dos famigerados *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

De acordo com o que nos ensina Liebman (2005, p. 278), ao primeiro aplica-se a ideia da “[...] a provável existência de um direito cuja tutela se pede no processo principal”. O segundo elemento, por sua vez, representa a ideia da “verossimilhança de um perigo que possa vir a tornar impossível ou mais difícil a tutela do direito”.

Assim, ainda para o catedrático autor, a ideia de conjugar os elementos em questão – *periculum in mora e fumus boni iuris* – para o fim de conceder uma tutela, mesmo que provisória e passível de ser revogada ou modificada a qualquer tempo, pauta-se na ideia de probabilidade. Contrapõem-se ao escopo do processo de conhecimento, qual seja, “[...] descobrir a verdade relativamente às circunstâncias de fato relevantes para a causa” (LIEBMAN, 2005, p. 279).

Ou seja, enquanto os processos de conhecimento exigem do julgador uma cognição exauriente acerca das questões de fato, o *fumus boni iuris*, como requisito para concessão das tutelas provisórias de urgência, caracteriza-se por representar um juízo de mera verossimilhança – foi justamente esta a palavra escolhida pelo legislador no CPC/15.

O *periculum in mora*, por seu turno, representa justamente a razão pela qual se limita a cognição, cuja finalidade é a concessão fundada em um direito meramente provável (LIMA, 2018, p. 89).

Desse modo, considerando que uma das principais características dos *Standards* de prova é a existência de um parâmetro de convencimento judicial acerca das questões de prova, é possível afirmar que o binômio “probabilidade do direito e perigo de dano”, insculpidos no art. 300 do CPC, representam, por sua natureza, um *standard* probatório. Este, inclusive, é menos rigoroso do que aquele utilizado para as decisões de mérito, proferidas em sede de cognição exauriente.

Além da possível aplicação da teoria dos *standards* de prova no direito brasileiro em relação às tutelas provisórias de urgência, cujo caráter é eminentemente processual, existe parcela da doutrina²⁴ que discute a adoção da noção de *standards* em função do direito material – assim como estabeleceu a doutrina norte americana.

Isso é notado quando se faz necessário pensar sobre os processos que, embora não sejam umbilicalmente ligados ao direito penal, carregam consigo natureza sancionatória, como as

²⁴ Nessa direção lecionam: Danilo Knijnik (KNIJNIK, **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, 2007), Arthur Carpes (CARPES, Arthur Thompsen. **A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016), Matheus Carneiro de Lima (LIMA. **Standards de prova no direito brasileiro**. 2018)

hipóteses de ação civil pública por improbidade administrativa e algumas ações judiciais eleitorais, especialmente as que podem provocar a perda do mandato eletivo.

Nesse sentido, tomando como plano de fundo a lógica norte americana de estudar a teoria dos critérios de prova a partir do aspecto material do direito em questão, e diante do caráter sancionador das referidas ações, indaga-se: Qual seria o *standard* de prova a elas aplicadas, visto que, ao mesmo tempo em que não representam demandas de caráter puramente cível, também carregam consigo efeitos sancionatórios e, por assim dizer, são sancionatórias?

É justamente este o ponto que se pretende enfrentar no próximo capítulo, especialmente no que se refere às ações judiciais eleitorais passíveis de acarretar a perda do mandato eletivo.²⁵

²⁵ A análise da teoria dos standards de prova em relação aos feitos de improbidade administrativa, sem sombra de dúvidas é uma temática importante. Todavia, por não configurar o objeto de análise do presente estudo, deixa-se apenas registrado que não há na doutrina uma unanimidade sobre o tema. Autores importantes, tais como Arthur Carpes e Danilo Knijnik entendem que, nas ações civis públicas por improbidade administrativa, o convencimento do juiz deveria se pautar no modelo da “prova clara e convincente” (CARPES. **A prova do nexó de causalidade na responsabilidade civil**. 2016, p. 56) e (KNIJNIK, **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, 2007, p. 39 - 40). Em posição diversa, Marcos Vinicius Pinto, que defende ser a ação civil pública de improbidade um processo de natureza cível no qual, todavia, preza-se pelo princípio da presunção de inocência, razão pela qual o standard aplicável seria o da “dúvida razoável” (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 (Org.). **Garantismo processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 361 - 363). No mesmo sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon e Guilherme Recena (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 do Santos; COSTA, Eduardo José Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 371 - 372).

4 STANDARDS PROBATÓRIOS NOS PROCESSOS ELEITORAIS QUE ACARRETAM A PERDA DO MANDATO ELETIVO

Antes de adentrar especificamente nas tutelas jurisdicionais eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo e, conseqüentemente, nos procedimentos a elas aplicáveis, cumpre pontuar as particularidades que envolvem o trato do direito eleitoral e a conseqüente necessidade de uma especial cautela quanto à valoração da prova nos processos jurisdicionais que envolvem a temática, bem como os parâmetros de um possível controle das decisões judiciais.

4.1 DAS PARTICULARIDADES DO DIREITO ELEITORAL

O Direito Eleitoral é ramo do direito público que se destina a regular os direitos políticos, bem como todos os acontecimentos decorrentes do exercício da cidadania, que representa um dos fundamentos da República (art. 1º, II, CF/88). Os direitos políticos, por sua vez, encontram-se previstos no Capítulo IV, do Título II, da Constituição Federal, e referem-se aos meios pelos quais as pessoas – individual ou coletivamente consideradas – irão intervir no governo. Importante destacar que os aludidos direitos não são concedidos indiscriminadamente a toda e qualquer pessoa, mas somente àqueles que preenchem determinados requisitos constitucionais, ou seja, aqueles que compõem o “povo” (GOMES, 2019, p. 05).

Ainda de acordo com o que leciona José Jairo Gomes, do ponto de vista técnico-constitucional, *povo* constitui um conceito operativo, designado como um conjunto de indivíduos a que se reconhece o direito de participar na formação da vontade estatal, elegendo ou sendo eleitos, ou seja, votando ou sendo votado. À pessoa individualmente reconhecida como integrante do conjunto *povo*, atribui-se o nome de *cidadão*. Portanto, a cidadania nada mais é do que um atributo jurídico-político de quem é cidadão, o qual se adquire a partir do alistamento eleitoral (GOMES, 2019, p. 07).

Na sequência do que foi dito, impende registrar que a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), em seu art. 1º, parágrafo único, aduz que: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. Isso quer dizer, em outras palavras, que aquelas pessoas individualmente

consideradas como integrantes do povo – ou seja, os cidadãos – possuem prerrogativas e deveres que são inerentes à soberania popular, a qual se concretiza por meio do sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, pelo plebiscito, pelo referendo e pela iniciativa popular. A soberania popular, portanto, é o que legitima a ocupação dos cargos públicos.

O Direito Eleitoral, além de regulamentar os acontecimentos decorrentes do exercício da cidadania e de preservar a soberania popular, é responsável, ainda, por resguardar um dos bens jurídico-políticos mais caros ao Estado Brasileiro, que é a democracia. Flávio Cheim, Ludgero Liberato e Marcelo Abelha afirmam, inclusive, que a democracia é o que dá norte ao Direito Eleitoral. Chamam-na de “*mola mestra*”, em torno da qual giram todos os demais princípios, fundamentos, regras de conduta e técnicas processuais que lhes são afetas (2017, p. 34).²⁶

Em relação aos elementos que compõem a soberania popular, destaca-se o sufrágio, que se afigura como a manifestação da vontade de um povo – *conjunto de cidadãos* – na escolha de seus representantes políticos. É por meio do sufrágio que os cidadãos participam da vida política, o que significa dizer que o aludido conceito, ao revés do que usualmente se denomina, não representa tão somente o direito de votar – *jus suffragii* –, mas também o direito de ser votado – *jus honorum*. Para Gomes, trata-se de um poder de decisão sobre o destino da coletividade, sobre a condução da administração pública, seja por meio do exercício da capacidade eleitoral ativa – votando – ou passiva – sendo votado (2019, p. 72).

A própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 14, proclama que “*a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos*”, deixando muito claro aos seus intérpretes que, no Brasil, sufrágio é gênero, do qual o voto é uma espécie.

²⁶ Acrescentam, ainda, que “[...]democracia é o governo do povo e possui duas vertentes interpretativas. Em sua vertente teleológica, democracia é o resultado do exercício deste poder. Todavia, além disso, o tempo é emprestado para significar o conjunto de meios e técnicas existentes para se exercer o poder. Diante deste quadro, e para completar a equação de meios e fins, isto é, uma vez compreendida a noção de que existe um poder (que é do povo) e que existem meios ou instrumentos disponíveis no ordenamento constitucional para que o povo exerça, existem então os direitos fundamentais, subjetivos e públicos, denominados de direitos políticos, que nada mais são do que o direito de manusear os instrumentos e meios para o exercício do poder” (2017, p. 34).

Nesse sentido, impera na ordem democrática o princípio do *in dubio pro suffragii*, que orienta a preservação do mandato eletivo em caso de dúvida acerca da ocorrência do ilícito, somente sendo possível a sua cassação diante da existência de provas robustas e incontestes.

De acordo com Flávio Cheim, Ludgero Liberato e Marcelo Abelha (2017, p. 76/77):

Se por um lado é absolutamente legítimo que o Poder Judiciário eleitoral possa exercer o controle jurisdicional dos atos eleitorais, por outro lado é importante se ter em mente que não pode e não deve o Poder Judiciário se transformar de fato, num terceiro turno das eleições, tirando do voto das urnas o verdadeiro sentido da democracia representativa, até porque, bem se sabe, os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo.

[...]

É preciso que a prova seja indubitável e inconteste, de forma que ao final da demanda o magistrado tenha absoluta convicção de que o processo eleitoral foi maculado e que a democracia representativa foi vilipendiada.

Por meio do princípio em comento, portanto, traz-se estabilidade e segurança para o processo eleitoral e para a democracia representativa exercida, fazendo com que a cassação de mandatos políticos aconteça apenas quando a prova dos ilícitos for cabal e indubitável.

Nesse ponto, merece destaque a redação do art. 368-A do Código Eleitoral, que inibe a decretação da perda do mandato eletivo apenas com base em provas exclusivamente testemunhais.

Em relação aos demais princípios eleitorais, são eles, em apertada síntese: *i) princípio democrático*: fundado na ideia de participação popular nas deliberações de formação da vontade do Estado. Ideia do governo “do povo”, “pelo povo” e “para o povo”; *ii) princípio da soberania popular*: é o que dispõe o parágrafo único do artigo 1º da CF/88, e significa que a manifestação do povo, na realização do pleito, é plena e converte-se em mandatos políticos representativos; *iii) princípio da representatividade*: uma vez eleitos, os escolhidos pelo voto popular recebem a outorga de um mandato político e representam os interesses da coletividade; *iv) princípio republicano*: forma de governo adotada pelo Brasil, na qual os chefes de Estado trabalham com as ideias de temporariedade, eletividade e responsabilidade; *v) princípio da celeridade*: decorre da temporariedade dos mandatos eletivos, razão pela qual, em Direito Eleitoral, é de extrema relevância; *vi) princípio da verdade eleitoral/sinceridade do escrutínio*: a função da justiça eleitoral é assegurar que o voto apostado nas urnas corresponda à verdadeira intenção do eleitor, sem qualquer interferência ilegal – de ordem econômica ou de poder; *vii) princípio da normalidade e legitimidade das eleições*: previsto expressamente no art. 14, §9º da CF/88, constitui-se como regra de preservação da

regularidade dos mandatos, que só se justificam quando a formação de convicção o eleitor não sofrer interferências indevidas (ZÍLIO, 2018, p. 34-37); *viii) princípio da anterioridade eleitoral*: previsto no artigo 16, CF/88, determina que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

Acerca dos diplomas normativos que regulam o direito eleitoral, registre-se serem diversos. Partindo da Constituição Federal, passando pelo Código Eleitoral, diversas leis esparsas²⁷ e seguindo até as Resoluções emitidas pelo Tribunal Superior Eleitoral,²⁸ o microsistema eleitoral, embora heterogêneo em suas fontes, apresenta-se homogêneo quanto à natureza de suas regras. Essas necessariamente serão de natureza pública e cogente, haja vista serem destinadas à proteção de bens jurídicos indisponíveis, quais sejam, cidadania e democracia – que são fundamentos da República.

É certo que o processo eleitoral se destina, precipuamente, a promover o preenchimento dos cargos existentes no Poder Executivo e no Poder Legislativo. O Brasil, todavia, pautado nos ideais dos Estados Nacionais e no monopólio do Poder Estatal, com fundamento nas teorias da tripartição do Poder, concedeu ao Poder Judiciário o dever e a função de, em substituição à vontade dos indivíduos, impor uma decisão sobre os conflitos. Tem-se nesse sentido a ideia de jurisdição.

O exercício da jurisdição, além de ser uma função, comporta-se, ainda, como poder e dever estatal. Função, por apresentar-se como uma atividade exercida pelo Estado diante do seu *status* soberano. Poder, por representar, justamente, um desdobramento da soberania estatal ante a sociedade. Por fim, como dever, pela ideia de que, uma vez vedada a autotutela e a vingança privada, o Estado atraiu para si a obrigação de prestar a tutela jurisdicional através do processo judicial. Entretanto, para garantir a proteção dos bens jurídicos materialmente

²⁷ São as principais delas: LC nº64/90 (inelegibilidade), Lei nº 9.099/95 (partidos políticos); Lei nº 9.504/97 (eleições).

²⁸ Nesse sentido, afirma o TSE: “[...] força legal impositiva têm as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, tanto que a ofensa ao que nelas dispõe é fundamento para recurso ou mandado de segurança ‘quando dela surgirem efeitos concretos contra os impetrantes causando-lhes prejuízo.’” (TSE, Ac. 10.859, rel. Min. Sanches, DJU 13 out 89). De igual modo o STF, na ADI 3.365/DF (Rel. Min. Celso de Mello, 25.08.2005).

tutelados, é imperioso que a jurisdição opere, necessariamente, em observância de *regras processuais*.

Nesse sentido, embora os conflitos de fundo eleitoral digam respeito ao preenchimento de cargos dos poderes executivo e legislativo, em razão da ideia de “*freios e contrapesos*”, caberá à jurisdição eleitoral, exercida pela Justiça Eleitoral, garantir que as eleições ocorram de forma livre, justa e equilibrada.²⁹

O processo eleitoral – compreendido desde a gestão do cadastro eleitoral, da filiação partidária, do registro das candidaturas, da votação, da apuração, da proclamação dos resultados e da diplomação dos eleitos – revela-se, portanto, como uma sucessão de atos preordenados que desencadeiam no exercício do sufrágio (TOFFOLI e FERNANDES, 2018, p. 27).

Nesse sentido, a jurisdição opera, por meio de processos judiciais específicos, para solucionar os conflitos existentes, tanto na fase pré-processual eleitoral, quanto pós-processual eleitoral, a fim de que sejam tutelados os princípios fundamentais do direito eleitoral.

Ocorre, todavia, que não existe no Brasil um regramento específico para o direito processual judicial eleitoral.³⁰ Embora algumas leis esparsas prevejam certos procedimentos – como é o caso da ação de investigação judicial eleitoral, a AIJE, no artigo 22 e seguintes da nº64/90 –, não se pode falar na existência de um direito processual eleitoral sistêmico. É certo que o código de processo civil de 2015 trouxe, de forma expressa,³¹ a afirmação que seria o

²⁹ Marcelo Abelha, Ludgero Liberato e Flávio Cheim esclarecem que a interferência do poder judiciário no processo eleitoral aconteceu de forma lenta e gradativa, considerando ter havido um tempo em que o Estado não fazia qualquer interferência no processo eleitoral. Nesse sentido, o código eleitoral de 1932 previa um único mecanismo de interferência no pleito eleitoral, e que somente ocorria no cenário pós-eleitoral. Trata-se do recurso contra expedição de diploma – mecanismo vigente até os dias de hoje. O código eleitoral de 1965, por sua vez, trouxe a previsão de mecanismos para investigação de abusos de poder econômico e de autoridade durante o período eleitoral. Entretanto, foi apenas com o advento da LC 64/90 que a AIJE passou a ter caráter judicial – até então possuía natureza administrativa. Já as reclamações eleitorais, que objetivam a tutela de todo e qualquer descumprimento aos preceitos eleitorais, foram previstas apenas com o advento da lei 9.504/97 (lei das eleições). Nesse sentido, o que se percebe é que o ordenamento se redesenhou ao longo do tempo, no sentido da criação de tutelas jurisdicionais preventivas que, de um modo geral, objetivam garantir a lisura em todo o processo de formação da vontade do eleitor. A este movimento, os autores atribuem o nome de “judicialização das eleições” (2017, p. 389-405).

³⁰ Embora exista, em tramitação na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei (PL 1.978/19) que visa instituir um Código de Processo Eleitoral.

³¹ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as

instrumento hábil a operar de forma supletiva e subsidiária ao processo eleitoral. Entretanto, ainda assim, o processo judicial eleitoral carece de minúcias que, em geral, acabam por desencadear cenários de insegurança jurídica, sobretudo para se determinar o que pode ser, ou não, transportado do CPC para essa área (CHEIM; LIBERATO; RODRIGUES, 2017, p. 53-54).

Nesse sentido, indaga-se: se sequer sobre as normas processuais há uma unanimidade sobre o que pode, ou não, ser utilizado das regras do processo civil em relação ao processo judicial eleitoral, como seria a aplicação, no processo judicial eleitoral, da teoria dos *standards* da prova, que, em tese, não é expressamente reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro? É o que se pretende debater no presente tópico, partindo-se, para tanto, das definições das principais ações judiciais eleitorais que podem acarretar a perda do mandato eletivo, notadamente por ser a sanção mais grave e sensível, visto que sua utilização, quando correta, presta-se a reestabelecer a isonomia eleitoral, enquanto, se equivocada, pode desconstituir a soberania do voto popular.

4.2 DA ESPECIAL CAUTELA QUANTO À VALORAÇÃO DAS PROVAS NOS PROCESSOS JUDICIAIS ELEITORIAS

Como exposto alhures, o direito eleitoral é permeado por uma série de princípios específicos que, ao lado daqueles de natureza eminentemente constitucional e – ou – processual, dão a este ramo do direito contornos particulares que levam a uma série de ponderações, notadamente quando da análise do conjunto probatório em sede jurisdicional.

Rememorando brevemente os ensinamentos Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ao estudar o tema da prestação jurisdicional, e da consequente instrumentalidade do processo, é imperiosa a conclusão de que não há como desvincular o processo do mundo social moderno e, nesse sentido, concluem pela existência de três objetivos almejados pelo Estado por meio dele e da jurisdição (CINTRA; GRINOVER E DINAMARCO, 2003, p. 41). Desse modo, surge a ideia dos escopos do processo, quais sejam, *os sociais, os políticos e o jurídico*.

No que se refere ao *escopo social do processo*, é preciso compreender, primeiramente, o objetivo para o qual o Estado foi criado e instituído, qual seja, organizar a vida em sociedade e preservar a paz social por meio da manutenção dos direitos e garantias individuais, fundamentais. Nesse contexto, instituiu-se que, ocorrendo conflito de interesses no interior do corpo social, cabe ao Estado, como detentor do poder-dever de agir e solucionar as controvérsias, pôr fim às insatisfações, buscar a reparação dos danos sofridos e, com isso, proporcionar a existência de um espaço coletivo pacífico.

Desse modo, as decisões estatais, derivadas do exercício da jurisdição, que é desenvolvida por meio do processo, servem, em tese, para eliminar os conflitos, bem como para “educar” os indivíduos acerca dos seus direitos e deveres.

Quanto aos *escopos políticos do processo*, Cândido Rangel Dinamarco (1998, p. 168) aborda três fatores como essenciais à ligação entre processo e política. São eles:

- (i) A necessidade do Estado em firmar seu poder de forma imperativa, forçosa, como forma de sustentar e cumprir a finalidade pela qual ele se legitima;
- (ii) O imperativo de restringir a liberdade, ressalvando “os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos as quais ele se exerce”;
- (iii) O dever de garantir a presença da sociedade, de forma pessoal ou por meio de associações, nas decisões políticas do Estado, pois, segundo o autor, é por meio da jurisdição que o Estado busca integrar o elemento poder (no sentido de autoridade), com o elemento liberdade, tendo a participação da sociedade como valor democrático apto a conferir validade ao processo político.

Em conclusão acerca do tema, o ilustre processualista afirma que, sob o prisma político, “[...] a função jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na democracia, para a estabilidade das instituições” (DINAMARCO, 1998, p. 168).

Por fim, pensar no *escopo jurídico do processo* é pensar no processo meramente como um meio de instrumentalizar o direito material previamente posto. Isso não quer dizer, todavia, que seu estudo seja desmerecido de atenção, haja vista que o aprimoramento de suas técnicas é indispensável para a produção de resultados práticos no mundo jurídico.

Ainda quanto ao tema do estudo da jurisdição, imperioso rememorar que, no Brasil, em razão do fenômeno da constitucionalização de direitos a partir de 1988, o Estado, dotado do monopólio da força, possui a obrigação de oferecer tutelas normativas adequadas e voltadas à

efetivação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (DUARTE, 2018, p. 97). Trata-se, portanto, da ideia de Estado Democrático de Direito.

Para Flávio Luiz Yarshell (2016, p. 126), no processo eleitoral o *escopo social* da jurisdição é o que mais se destaca, atrelado, especialmente, à ideia de celeridade.³² Isso porque, considerando que desde o registro dos candidatos até a diplomação dos eleitos existe um período determinado, a necessidade de encerramento do certame impõe especial celeridade à tramitação dos feitos eleitorais. Essa especial celeridade para o encerramento dos feitos eleitorais se traduz, por exemplo, na ênfase do princípio da demanda,³³ bem como na exiguidade dos prazos para manifestação das partes e do próprio julgador.

Outro aspecto importante a se pontuar a respeito das particularidades do direito eleitoral diz respeito à necessidade de preservar a legitimidade do pleito, bem como a verdade eleitoral – ou sinceridade do escrutínio. Nesse sentido, a jurisdição eleitoral deve atuar de forma contundente e tempestiva em relação ao combate de todas as formas de abuso político que colocam em risco a democracia. Assim, “[...] *a mensagem a ser transmitida pelo judiciário, em sua função pedagógica ligada (mais uma vez) ao escopo social da jurisdição, é de que a prática de ilícitos que coloquem em risco a legitimidade do pleito não pode ser aceita*” (YARSHELL, 2016, p. 126).

Todavia, em que pese a necessária atuação do Judiciário no combate às ações que deslegitimam a lisura do processo eleitoral, as decisões advindas devem se fundar em quadros probatórios contundentes. Isso porque tolerar a ocorrência de ilícitos eleitorais é tão grave quanto reconhecer a prática de ilícitos com ausência de fundamentos concretos, visto que, nesse caso, “[...] *o Judiciário não apenas faria injustiça no caso concreto, como ainda acabaria exposto a manipulações próprias dos ambientes políticos partidários*”. (YARSHELL, 2016, p. 126).

³² Embora o termo “celeridade”, utilizado pelo autor, transpasse uma ideia de cognição sumária, no processo eleitoral o que ocorre é uma cognição exauriente que, todavia, se realiza em um curto espaço de tempo.

³³ O ônus do interessado de romper a inércia da jurisdição e o de alegar e provar os fatos constitutivos de sua pretensão; o ônus do réu de alegar e provar fatos extintivos, impeditivos ou modificativos da pretensão do autor (YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: DIDIER JR. Fredie; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (org.). **Repercussões do Novo CPC: Direito Eleitoral**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 126).

Assim, a valoração da prova nos feitos de natureza eleitoral deve obedecer a uma equação complexa que exige, ao mesmo tempo, uma elevada contundência probatória em espaço curto de tempo, sob pena de o próprio Poder Judiciário, seja por uma atuação morosa, seja por uma atuação que não se atente à graduação da valoração da prova, validar cenários de desrespeito à soberania popular.³⁴

4.3 AS AÇÕES JUDICIAIS ELEITORAIS QUE ACARRETAM A PERDA DO MANDATO ELETIVO

Antes de declinar individualmente acerca de cada uma das ações judiciais que podem acarretar a perda do mandato eletivo³⁵ por causas eleitorais³⁶, cumpre esclarecer que ilícitos eleitorais³⁷ se consubstanciam em todo e qualquer ato que, por ofensa aos princípios do direito eleitoral e, desde que previamente previsto em lei, seja capaz de subsidiar a obtenção irregular de um mandato eletivo.

O contencioso eleitoral, portanto, presta-se ao tratamento das demandas decorrentes dos ilícitos eleitorais. Os ilícitos eleitorais, por sua vez, subdividem-se em um aspecto criminal e em um aspecto não-criminal. Os de natureza criminal são aqueles previstos especificamente como crimes eleitorais, aos quais será destinado tratamento de natureza penal. Interessa, aqui, a abordagem das ações decorrentes dos ilícitos não-criminais.

³⁴ Nesse sentido, cumpre rememorar as lições de Rodrigo Lopez Zílio, no sentido de que (ZÍLIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 605): “[...] a análise da regularidade do registro de candidatura e do exercício de mandato eletivo sempre receberão influxos de interesse meta individual, já que a proteção do regime democrático é exigência de toda coletividade. Mesmo que o candidato a mandato eletivo detenha a intenção individual de ascender ao poder representativo, a expectativa dessa aquisição é pautada pela ideia de igualdade de oportunidades com os demais concorrentes, bem como de um processo seletivo imune a interferências indevidas. Em resumo, pois, os direitos de acesso e exercício ao mandato eletivo ostentam uma condição de direitos transindividuais ou, mais especificamente, direitos difusos”.

³⁵ Por mandato eletivo compreende-se o instituto que enfeixa o poder – ou o conjunto de poderes – conferido pelos ‘eleitores’ soberanos, habilitando o mandatário a representá-los politicamente. O exercício do mandato político compreende a fruição de todos os direitos e prerrogativas a ele inerentes, destacando-se a tomada de decisões legítimas e juridicamente vinculantes” (GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 961).

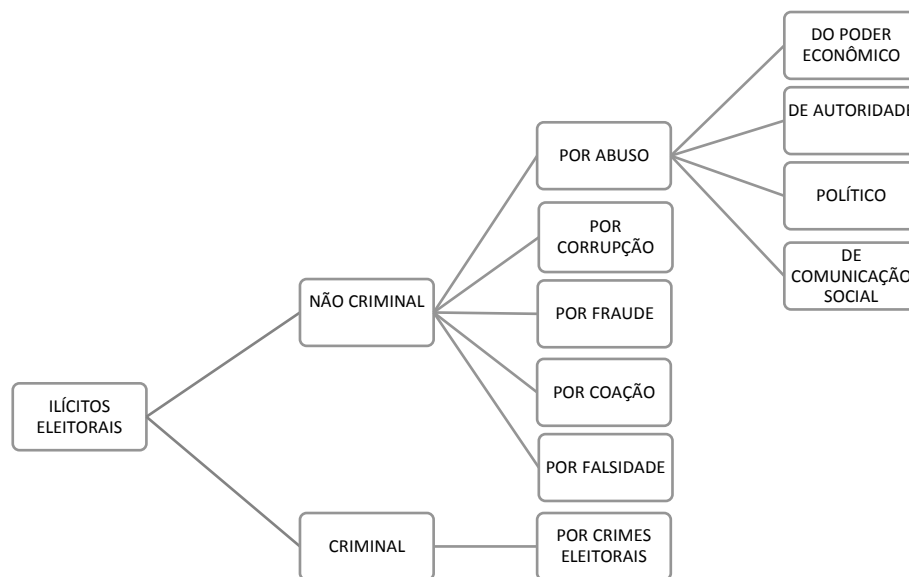
³⁶ O mandato eletivo pode se desfazer por duas naturezas causais: i) causas não eleitorais: que podem carregar natureza sancionatória, ou não, mas que não guardam relação com o processo eleitoral em si. Ex: encerramento do tempo do mandato, morte, renúncia, impeachment, pela suspensão de direitos políticos, etc.; ii) causas eleitorais: ilícitos praticados no curso do processo eleitoral com o objetivo de favorecimento ilegítimo: Ex: abusos de poder, captação ilícita de sufrágio, etc.

³⁷ Para Rodrigo López Zílio (ZÍLIO. **Direito eleitoral**. 2018, p. 592), o termo “ilício eleitoral”, *latu sensu*, deve ser compreendido como a inobservância das regras insculpidas pelo legislador na esfera especializada.

Para Rodrigo Lopez Zílio, as ações judiciais decorrentes do ilícitos não-criminais podem decorrer de abuso, corrupção, fraude, coação e falsidade. E esclarece (2018, p. 592):

O abuso – que se subdivide em abuso de poder econômico, de autoridade, político e o uso indevido dos meios de comunicação social – se caracteriza pela inobservância das regras de legalidade e ocorre tanto pela inadequação do ato praticado como o princípio da legalidade quanto no exercício do ato em desconformidade com o previsto pela norma. A corrupção pressupõe o oferecimento ou promessa de qualquer vantagem para a prática de qualquer ato vedado em lei (concepção genérica), inclusive pedido de voto ou abstenção (concepção restrita). A fraude consiste no ato voluntário que induz outrem em erro, mediante a utilização de artifício ardil e pressupõe, na esfera eleitoral, o prejuízo ou benefício à candidato, partido ou coligação. A coação abarca tanto a violência que elimina a vontade de outrem (*vis absoluta*) como a violência de cunho moral que vicia a manifestação da vontade (*vis compulsiva*). Por fim, a falsidade importa na alteração material da verdade.

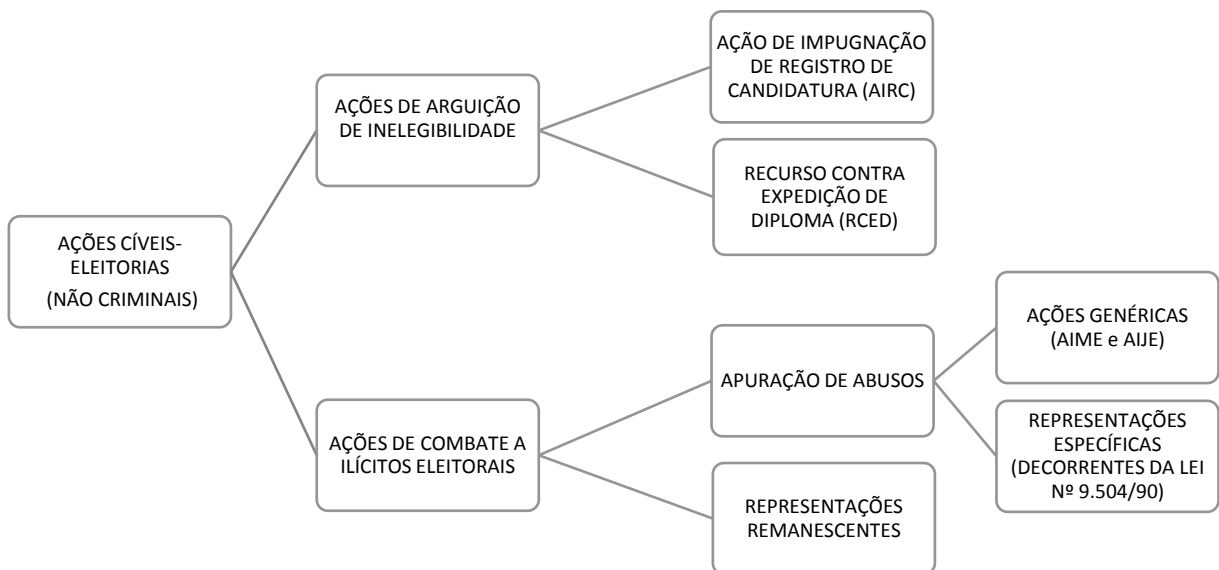
De forma a organizar o que foi dito até então, apresenta-se o seguinte fluxograma:



As ações não criminais, por decorrência lógica, promoverão sanções de natureza político-eleitorais, ou seja, irão interferir no exercício pleno dos direitos políticos. Desse modo, o que se afirma é que o sistema punitivo eleitoral – diferentemente dos sistemas penal e civil – trará como consequências a desconstituição da condição de candidato ou de eleito, além de impor restrições à capacidade eleitoral plena, seja de forma direta ou reflexa. Nesse mister, “[...] do acolhimento das ações eleitorais decorrem sanções de cassação de registro ou diploma, inelegibilidade e desconstituição do mandato eletivo” (ZÍLIO, 2018, p. 594). Ressalve-se que

a aplicação de multa também é prevista como forma de sanção eleitoral, figurando-se como a única delas cuja natureza é puramente cível.

As ações cíveis-eleitorais (ou de natureza não criminal), representam um gênero, do qual decorrem duas espécies: as ações de arguição de inelegibilidade e as ações decorrentes de ilícitos eleitorais. Das ações de arguição de inelegibilidade (espécie), decorrem duas subespécies: a ação de impugnação de registro de candidatura (AIRC – art. 3º da LC nº64/90, cuja natureza é pré-processual eleitoral), e o recurso contra expedição de diploma (RCED – art. 2º do Código Eleitoral, cuja natureza é pós-processual eleitoral). Já das ações decorrentes de ilícitos eleitorais decorrem as seguintes subespécies: as ações de apuração de abusos e as representações remanescentes.³⁸ Dentro das ações de apuração de abusos tem-se, ainda, uma divisão entre “ações genéricas” (ação de impugnação de mandato eletivo – AIME – prevista no art. 14, §10, CF – e a ação de investigação judicial eleitoral – AIJE – art. 22 da LC nº 64/90) e “representações específicas” (todas decorrentes das vedações instituídas na Lei nº 9.504/97 – lei das eleições).³⁹ De forma sistematizada:



³⁸ Nomenclatura instituída por Rodrigo Lopez Zílio (ZÍLIO. **Direito eleitoral**. 2018, p. 596) para tentar abarcar todo o espectro de ações que, por exclusão, não tenham por objetivo a arguição de inelegibilidade ou a exclusão do candidato do pleito. Por tanto, o critério utilizado para a elaboração da aludida classificação foi o tipo de sanção utilizada

³⁹ Tais como representação por captação ilícita de sufrágio (art. 41-A), representação por condutas vedadas (art. 73, 74, 75 e 77) e representação por captação e gastos ilícitos (30-A).

Das ações ora apontadas, apenas a ação de impugnação de registro de candidatura (AIRC) possui caráter pré-processual, ou seja, seu resultado é capaz de proibir que determinado candidato sequer ingresse na corrida eleitoral. Dessa forma, todas as demais partem de situações de elegibilidade constituídas, de modo que possuirão o condão de promover, se for o caso, a cassação de registro ou do diploma, ou a desconstituição do mandato eletivo, a depender do momento em que se dê a decisão. Dito isso, passa-se, a seguir, à análise individualizada de cada uma das ações judiciais eleitorais.

4.3.1 Do Recurso contra expedição de diploma (RCED)

Previsto no ordenamento jurídico desde o Código Eleitoral de 1932, o Recurso contra expedição de diploma – que inicialmente carregava o nome de “contestação de diploma” – representa o mais antigo método de interferência no processo eleitoral existente. Apesar disso, a exigência de registros de candidatura somente foi prevista no Decreto nº 22.364/33, que elencou as causas de inelegibilidade para a assembleia nacional constituinte que deu origem à CF/34. Desse modo, embora existente, a lei não cuidou de elencar suas hipóteses de cabimento, fato ocorrido apenas no ano de 1950, por força da Lei nº 1.164/50.

De todo modo, o recurso contra expedição de diploma – RCED – representa um importante marco na história do direito processual eleitoral e, em que pese ostentar a nomenclatura de “recurso”, não deve ser reconhecido como um mecanismo de modificação de decisões judiciais, mas sim como uma ação autônoma, um novo processo, cujo objetivo é a invalidação do diploma expedido em favor do candidato eleito ou suplente.

As hipóteses de cabimento do referido remédio eleitoral, a princípio, encontravam-se dispostas nos incisos do art. 262 do Código Eleitoral e consistiam em: I) inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato; II) errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional; III) erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato ou a sua contemplação sob determinada legenda; IV) concessão ou denegação do diploma, em manifesta contradição com a prova dos autos, na hipótese do art. 222 desta Lei e do art. 41-A da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997.

Ocorre, todavia, que, por força da Lei nº 12.891/13, os incisos II, III e IV⁴⁰ do art. 262 do Código Eleitoral foram revogados, de modo que o referido dispositivo passou a conter a seguinte redação: “Art. 262. *O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade*”.

Portanto, atualmente, três são os fundamentos possíveis para o cabimento de RCED, quais sejam: I) inelegibilidade superveniente; II) inelegibilidade constitucional; III) falta de condição de elegibilidade. Trata-se de rol taxativo, que não admite ampliação (GOMES, 2019, p. 917).

O objetivo do RCED é a desconstituição do diploma do candidato eleito que incorra em uma das hipóteses de inelegibilidade, afastando o eleito do exercício do mandato eletivo. Conforme anota Rodrigo Zílio (2018, p. 630), “[...] a desconstituição do diploma é a sua invalidação, é a insubsistência desse documento. Através da invalidação do diploma se desconstitui a situação jurídica do eleito ou suplente; trata-se, pois, de ação constitutiva negativa.

A primeira das hipóteses de cabimento do RCED referente à inelegibilidade infraconstitucional superveniente, ou seja, aquela que surgir em momento posterior ao do registro da candidatura.⁴¹

Além disso, não se qualifica como superveniente a inelegibilidade cujos elementos constitutivos se perfaçam após o dia das eleições. Para José Jairo Gomes, nessa hipótese, ela só gera efeitos em eleições futuras, revelando-se impróprio cogitar a sua retroatividade com vistas a alcançar pleito já realizado, haja vista que, no dia do exercício do sufrágio, o candidato era elegível (GOMES, 2019, p. 944).

⁴⁰ Antes da vigência da Lei nº 12.891/13, muito se discutiu sobre a constitucionalidade do inciso IV do art. 262 do CE, que tratava sobre a hipótese de RCED em caso de abuso de poder e corrupção. O TSE chegou a proclamar a não recepção da referida norma (RCED nº 884- Rel. Min. Dias Toffoli – j. 17.09.2013).

⁴¹ De acordo com a jurisprudência pátria, as inelegibilidades que forem de natureza infraconstitucional e anteriores ao prazo decadencial para impugnação do registro de candidatura decaem no tempo, e não mais poderão ser alegadas. Nesse sentido: TSE - AI: 00021708520146130000, Rel. Min Luiz Fux, DJE 05/05/2016.

Desse modo, a inelegibilidade infraconstitucional superveniente que autoriza a interposição do RCED deve ocorrer, necessariamente, entre o registro da candidatura e a data do pleito. Nesse sentido é a súmula nº 47 do TSE, *in verbis*:

A inelegibilidade superveniente que autoriza a interposição de recurso contra expedição de diploma, fundado no art. 262 do Código Eleitoral, é aquela de índole constitucional ou, se infraconstitucional, superveniente ao registro de candidatura, e que surge até a data do pleito.

A segunda hipótese de cabimento de RCED refere-se às hipóteses de inelegibilidade constitucional, notadamente aquelas previstas no art. 14, §§4º a 7º da CF/88 e as quais, pela redação da súmula nº 47 do TSE e do próprio art. 237 do CE, podem se referir até mesmo àquelas já conhecidas à época do registro de candidatura, mas não impugnadas. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral:

Eleições 2016. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso contra expedição de diploma. Vereador. Cassação. Condenação criminal transitada em julgado antes da diplomação. Suspensão dos direitos políticos. Art. 15 da Constituição Federal. Autoaplicabilidade. [...] 2. A condenação criminal transitada em julgado após o pleito e antes da diplomação pode embasar recurso contra expedição de diploma, cabível nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade (art. 262 do Código Eleitoral). [...]. (Ac. de 21.2.2019 no AI nº 70447, rel. Min. Admar Gonzaga.)

A terceira hipótese de cabimento de RCED diz respeito à falta de condição de elegibilidade, as quais encontram-se previstas no art. 14 da CF/88. Quanto a este tópico, embora existisse controvérsia sobre essa possibilidade de cabimento, visto que o Tribunal Superior Eleitoral, ainda sob a égide da redação primária do art. 237 do CE, possuía entendimento firmado no sentido de que não era cabível RCED em casos de ausência de condição de elegibilidade,⁴² com o advento da Lei nº 12.891/13 essa discussão deu-se por encerrada. Isso porque, em razão da natureza constitucional das condições de elegibilidade, estas não ficam sujeitas à preclusão temporal prevista no art. 259 do CE. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2016. VEREADOR. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA (RCED). CONDENAÇÃO CRIMINAL. TRÂNSITO EM JULGADO. 1. No decisum monocrático, manteve-se aresto do TRE/MG em que se proveu Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED) para cassar Nelson Adriano Pereira, Vereador de Nacip Raydan/MG eleito em 2016, por falta de pleno exercício dos direitos políticos

⁴² Vide: TSE, AgRg no Resp nº35845/SC. Rel. Min. Nancy Andriahi. DJE 24/08/2011.

(condição de elegibilidade prevista no art. 14, § 3º, II, da CF/88), haja vista condenação superveniente ao registro de candidatura, com trânsito em julgado, pela prática do crime do art. 290 do Código Eleitoral - induzimento à inscrição fraudulenta de eleitor. 2. O agravante limita-se a apontar que: a) as condições de elegibilidade são verificadas apenas em registro de candidatura; b) sentença penal condenatória não acarreta, de modo automático, a suspensão de direitos políticos; c) houve prequestionamento dos arts. 55, § 2º, da CF/88 e 92 do CP. CABIMENTO. RCED. PREVISÃO EXPRESSA. ART. 262 DO CÓDIGO ELEITORAL. ART. 15, III, DA CF/88. EFEITO AUTOMÁTICO. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 72/TSE. 3. O art. 262 do Código Eleitoral prevê, de modo expresso, que "o recurso contra expedição de diploma caberá [...] nos casos de [...] falta de condição de elegibilidade", tal como na espécie. 4. A suspensão de direitos políticos, prevista no art. 15, III, da CF/88, é efeito automático do trânsito em julgado do decreto condenatório criminal. Precedentes. 5. Inequivoca falta de prequestionamento dos arts. 55, § 2º, da CF/88 e 92 do CP, pois o TRE/MG não fez referência direta ou implícita a tais dispositivos. Incidência da Súmula 72/TSE. CONCLUSÃO. DESPROVIMENTO. 6. Agravo regimental desprovido. (Recurso Especial Eleitoral nº 133487, Acórdão, Relator(a) Min. Jorge Mussi, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 115, Data 13/06/2018, Página 29-30).

Do ponto de vista procedimental, o RCED, nos termos do art. 258 do CE, deve ser interposto no prazo de três dias, contados da data da diplomação. Além disso, deve seguir rito idêntico ao do recurso inominado, pelo que deve ser julgado por órgão imediatamente superior àquele que promoveu a diplomação do candidato. Nesse sentido, por exemplo, em se tratando de eleições para prefeitos e vereadores, o RCED deve ser interposto no juízo eleitoral de primeiro grau – que emite o diploma –, acompanhado das suas devidas razões, bem como das provas documentais e, após apresentadas contrarrazões – também no prazo de três dias –, o feito deverá ser remetido ao Tribunal Regional Eleitoral, que emitirá julgamento.⁴³

Pontue-se que, apesar da notória supressão de um grau de jurisdição, o Tribunal Superior Eleitoral possui entendimento no sentido de que o RCED, ao seguir o rito idêntico ao do recurso inominado, não afronta o princípio do duplo grau de jurisdição.⁴⁴

Em relação ao pedido feito na inicial, este será sempre a cassação do diploma do candidato eleito ou suplente. Nesse ínterim, a petição inicial também deverá apontar, de forma pormenorizada, todos os meios de prova que pretende produzir, sob pena de preclusão temporal. A prova testemunhal pode ser limitada ao máximo de seis – art. 3º, §3º, LC 64/90 –,

⁴³ Nas eleições presidenciais, o Tribunal Superior Eleitoral é quem expede os diplomas, e é também o órgão competente para julgar as RCED, nos termos do que dispõe o art. 22, I, g, CE.

⁴⁴ADPF 167/DF, REL MIN LUIZ FUX, 7.3.2018

enquanto a prova documental deve vir acompanhando a petição inicial desde a propositura da demanda.

Importante ressaltar que o TSE vem admitindo há tempo a dilação probatória em RCED, desde que sobre meios de prova previamente descritos na inicial. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. RCED. PREFEITO E VICE-PREFEITO. PROVA PRODUZIDA EM AIJE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FUNDAMENTO SUFICIENTE INATACADO. SÚMULA 283/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. INEXIGÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. PRESCINDIBILIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA AIJE. POTENCIALIDADE. INEXISTÊNCIA. FALTA DE GRAVIDADE DA CONDUTA. DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO DE CASSAÇÃO DO DIPLOMA. [...] 3. A prova pré-constituída não é exigida para o ajuizamento de RCED, no qual, aliás, a ampla dilação probatória é admitida, desde que as provas já estejam indicadas na inicial. Precedentes. [...] (Recurso Especial Eleitoral nº 114, Acórdão, Relator(a) Min. Nancy Andrighi, Publicação: RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 24, Tomo 1, Data 02/05/2012, Página 114).

Além disso, o TSE possui entendimento firmado no sentido de que também são admissíveis como meio de prova aquelas advindas de outras demandas eleitorais, ou seja, provas emprestadas, bem como que a pré-constituída necessária à interposição de recurso contra a expedição de diploma não precisa ter sido produzida em processo no qual tenha havido decisão definitiva⁴⁵. Isto é, existe a possibilidade de aproveitamento de provas advindas de outros feitos, mesmo que estas ainda não tenham sido valoradas judicialmente.⁴⁶ Todavia, é imprescindível que a prova a ser aproveitada tenha sido expressamente requisitada na petição inicial, sob pena de indeferimento.⁴⁷

Quanto aos efeitos decorrentes da referida ação, registre-se que o reconhecimento do pedido formulado em RCED acarreta a cassação do diploma do eleito, e provoca a consequente perda do mandato eletivo, caso o diplomado já esteja em gozo do seu exercício. Entretanto, nos termos do art. 216 do CE, “[...] enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso

⁴⁵ Ac. de 8.8.2006 no AgRgREspe nº 25.790, rel. Min. Caputo Bastos.

⁴⁶ Ac. de 22.8.2006 no REspe nº 26.016, rel. Min. José Delgado.

⁴⁷ “Não tendo sido arroladas testemunhas na peça de ingresso do RCED, não é possível aceitar, como prova emprestada, depoimentos colhidos em outro processo”. RCED- Agravo Regimental em Recurso Contra Expedição de Diploma nº 805459 - SALVADOR – BA. Acórdão de 10/11/2011.

*interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda sua plenitude”.*⁴⁸

4.3.2 Da ação de impugnação do mandato eletivo (AIME)

Dos remédios judiciais colocados à disposição dos atores do processo eleitoral, a ação de impugnação de mandato eletivo – AIME – é a única que possui caráter constitucional-eleitoral.⁴⁹ Embora possua suas raízes na Lei nº 7.493/86, que estabeleceu que a diplomação não mais impediria a perda do mandato quando obtido com abuso de poder, tal regra foi repetida no ordenamento jurídico e elevada ao *status* constitucional, visto que previsto no art. 14, §10 da CF/88, que dispõe, *in verbis*, que: “*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*”.

Conforme afirma José Jairo Gomes (2019, p. 889), “[...] seu objetivo é tutelar a cidadania, a lisura e o equilíbrio do pleito, a legitimidade da representação política, enfim, o direito difuso de que os mandatos eletivos apenas sejam exercidos por quem os tenha alcançado de forma lícita”. A causa de pedir da AIME, nesse ínterim, reside na concretização de condutas que apontem o abuso de poder econômico, corrupção ou fraude. Desse modo, objeto da AIME é a desconstituição do mandato de candidato eleito por meios que tenham afetado a normalidade, a higidez ou a legitimidade das eleições.

Em que pese o seu *status* constitucional, além de ser um instrumento jurisdicional existente no ordenamento jurídico brasileiro há mais de vinte anos, a AIME não possui regulamentação legal (CHEIM; LIBERATO; RODRIGUES, 2017, p. 595). Em razão disso, muitas polêmicas permeiam a AIME, notadamente sob seu aspecto procedimental, em que pese ser inconteste tratar-se de norma de eficácia imediata (GOMES, 2019, p. 915).

⁴⁸ A comunicação da publicação do acórdão que cassa diploma deve ser imediata e não está vinculada ao julgamento dos embargos de declaração. Nesse sentido: AC- TSE de 17.12.2014 no Agr-Pet nº 185265

⁴⁹ Para Rodrigo Nóbrega Farias, a AIME, dentro dos instrumentos jurídicos-processuais eleitorais, ostenta uma posição destacada e preferencial, visto se tratar da única ação eleitoral disposta na CF, como também pelo fato de o legislador constituinte ter expressamente optado por detalhar seus traços fundamentais, tais como prazo decadencial sua causa patendi e a tramitação em segredo de justiça (2018, p. 159)

Aspecto não controvertido a respeito da AIME diz respeito ao prazo para ajuizamento, cuja previsão é expressa na CF/88, em seu art. 14, §10º, como sendo de quinze dias, contados da diplomação do eleito. A diplomação dos eleitos, por sua vez, representa um segundo aspecto indiscutível a respeito da AIME. Isso porque, considerando que o bem jurídico protegido pela referida ação é a manutenção da legitimidade e da higidez do pleito, e que tal remédio se destina à desconstituição de uma situação jurídica ilegítima, para que o eleito seja desconstituído do mandato obtido por meios ilícitos, é imprescindível que este já esteja em seu gozo, fato que somente ocorre a partir da diplomação. Trata-se, portanto, de uma “[...] ação constitutiva negativa, que se destina a tornar insubsistente o mandato eletivo” (ZÍLIO, 2018, p. 664).

Parte da doutrina discute se o advento do CPC/2015 haveria dado novo rito para AIME. Todavia, coadunando com as lições de Farias (2018, p. 163), rogando vênias às posições contrárias, o que se entende, neste estudo, é que o CPC/2015 somente será utilizado, em seio eleitoral, de forma subsidiária, ou seja, à título de complemento. Desse modo, imperioso que se persista na utilização dos ditames da LC nº 64/90, como firmado pelo TSE em 2004, com as devidas adaptações decorrentes da utilização subsidiária do CPC/15. Este posicionamento se confirma pela leitura da Resolução nº 23.478/16, editada em 10 de maio de 2016 pelo TSE, que regula a aplicação do CPC/15 nas ações eleitorais e dispõe, *in verbis*:

Art. 1º A presente resolução dispõe sobre a aplicabilidade, no âmbito da Justiça Eleitoral, do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 –, que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016.

Parágrafo único. As disposições contidas nesta resolução não impedem que outras sejam estipuladas a partir da verificação de sua necessidade.

Art. 2º Em razão da especialidade da matéria, as ações, os procedimentos e os recursos eleitorais permanecem regidos pelas normas específicas previstas na legislação eleitoral e nas instruções do Tribunal Superior Eleitoral.

Parágrafo único. A aplicação das regras do Novo Código de Processo Civil tem caráter supletivo e subsidiário em relação aos feitos que tramitam na Justiça Eleitoral, desde que haja compatibilidade sistêmica.

Em relação à causa de pedir da AIME, tem-se, pela literalidade do art. 14, §10 da CF, serem três as hipóteses de cabimento, quais sejam, casos de *abuso do poder econômico*, *corrupção* ou *fraude*.

No tocante ao abuso do poder econômico, de acordo com definição dada pelo TSE, trata-se de utilização excessiva, antes ou durante a campanha eleitoral, de recursos materiais ou humanos que representem valor econômico, buscando beneficiar candidato, partido ou coligação,

afetando assim a normalidade das eleições.⁵⁰ Atualmente, a legislação eleitoral pátria estipula limites de gastos nas eleições por candidato (Lei 13.488/2017 e Resolução TSE nº 25.553/2017). Todavia, o que se exige, em sede de AIME, é que se comprove a efetiva aptidão ou potencialidade lesiva. Nesse sentido, José Jairo Gomes (2019, p. 892):

Frise-se que tanto o abuso de poder econômico quanto a corrupção e a fraude devem ter por desiderato a indevida influência nas eleições, no processo eleitoral e em seus resultados, de sorte a macular a sinceridade do pleito e a soberania da vontade popular expressa nas urnas. Por isso, tem-se exigido que os eventos considerados apresentem aptidão ou potencialidade lesiva, isto é, sejam de tal magnitude ou gravidade que possam ferir a normalidade ou a legitimidade das eleições. Não há mister seja demonstrado o real desequilíbrio do pleito, isto é, que os eleitores efetivamente votaram ou deixaram de votar em determinado candidato em virtude dos fatos alegados. Mesmo porque o estabelecimento dessa relação causal seria impossível tendo em vista o segredo do voto. A aptidão lesiva não se encontra necessariamente vinculada ao resultado quantitativo das eleições, mas à sua qualidade.

O TSE possui posicionamento firmado no sentido de que também é possível o manejo de AIME na hipótese de abuso do poder político, desde que revestido de aspecto de abuso do poder econômico ou corrupção.⁵¹ Certo é que, em todo caso, há que se comprovar a gravidade da conduta em desequilibrar a higidez do processo eleitoral para fins de decretação da perda do mandato eletivo. Nesse sentido:

ELEIÇÕES 2010. RECURSO ORDINÁRIO. IMPROCEDÊNCIA. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECLUSÃO. ABUSO DO PODER ECONÔMICO E CORRUPÇÃO ELEITORAL. MANUTENÇÃO DE PROGRAMA SOCIAL NO PERÍODO ELEITORAL. PEDIDO DE VOTOS. FRAGILIDADE DA PROVA. MATÉRIAS JORNALÍSTICAS FAVORÁVEIS AOS CANDIDATOS. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Houve a preclusão da matéria relativa à não apreciação do pedido de oitiva de testemunha, uma vez que a parte, mesmo tendo sido intimada da inclusão do feito em pauta para julgamento, nada suscitou a respeito do tema. 2. Ademais, ausente o necessário prejuízo, uma vez que os depoimentos das testemunhas, prestados em juízo no bojo de AIJE na qual se discutiram os mesmos fatos, foram considerados pela Corte Regional no presente feito. **3. A procedência da AIME exige a demonstração de que os fatos foram potencialmente graves a ponto de ensejar o desequilíbrio no pleito, o que não se observou na espécie. Precedentes.** 4. A manutenção, no período eleitoral, de programa social criado por lei e em execução orçamentária no exercício anterior encontra amparo no disposto no § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/97. 5. A divulgação pela imprensa escrita de matérias jornalísticas favoráveis ao Governo Estadual, então chefiado pelos candidatos à reeleição, não configura, diante das peculiaridades do caso, abuso do poder econômico apto a ensejar a cassação dos mandatos, uma vez ausente o potencial lesivo da conduta. 6. Também inviável a procedência da AIME por corrupção eleitoral, tendo em vista a

⁵⁰ Definição dada pelo “Glossário do TSE”.

⁵¹ Resp nº 19650. Min. Luiz Fux. Dje 13.12.2016

fragilidade dos dois depoimentos testemunhais e da falta de potencialidade lesiva. 7. Recurso ordinário a que se nega provimento. (Recurso Ordinário nº 621334, Acórdão, Relator(a) Min. Dias Toffoli, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 56, Data 24/03/2014, Página 74). (Grifo nosso).

Dessa forma, como visto, a grande característica necessária para configuração do abuso de poder econômico seria a gravidade/potencialidade da conduta de influenciar no equilíbrio eleitoral. Entretanto, a grande dificuldade reside em se comprovar tais abusos, visto que o sistema de prestação de constas eleitorais atualmente vigente no país, como ressalta José Herval Sampaio Júnior (2016, p. 226), apresenta-se como uma simples análise formal, o que permite que ocorram “verdadeiros absurdos, mascarando o jogando para debaixo do tapete o nefasto abuso de poder econômico, sobretudo nas cidades de pequeno porte, em que, infelizmente, a política é tratada como negócio”.

Em relação à hipótese de *corrupção*, entende-se como “[...] o desvirtuamento das atividades desenvolvidas por agente estatal, o qual mercadeja, negocia ou trafica sua atuação da Administração Pública; em troca aceita promessa ou efetivamente recebe vantagem” (GOMES, 2019, p. 916). Rodrigo Lopez Zílio (2018, p. 666), ensina que existem duas espécies de corrupção na esfera eleitoral. A primeira delas, em sentido lato, pressupõe o oferecimento ou promessa de qualquer vantagem para a prática de ato vedado em lei, enquanto a segunda, em sentido estrito, exige o pedido de voto ou abstenção, e acrescenta:

Ao passo que a captação ilícita de sufrágio (Art. 41-A da LE) e o crime do art. 299 do CE tratam da corrupção em sentido estrito, é cabível o ajuizamento de AIME e AIJE com base na corrupção em sentido lato. No entanto, ‘a demonstração de procedência da AIME com fundamento na captação ilícita de sufrágio requer a demonstração da potencialidade lesiva’ (TSE – Recurso Especial Eleitoral nº 28.459 – Rel. Min. Marcelo Ribeiro – j.02.09.2008), na medida que, in casu, o ilícito praticado deve malferir o bem jurídico tutelado pela ação constitucional (normalidade e legitimidade do pleito) para haver a procedência do pedido.

Assim como na hipótese de abuso de poder, o TSE entende que, em sede de AIME, a prática de corrupção deve representar conduta gravemente suficiente a afetar a legitimidade do pleito.

Vejamos:

DIREITO ELEITORAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS ELEITORAIS. AGRAVO INTERNO EM AÇÃO CAUTELAR. ELEIÇÕES 2016. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. PREFEITO E VICE-PREFEITO. VEREADOR. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO E ABUSO DO PODER ECONÔMICO. DESPROVIMENTO. [...] 7. A jurisprudência desta Corte admite o exame, em AIME, da prática de captação ilícita de sufrágio, sob a ótica de corrupção, desde que demonstrada a capacidade da conduta de afetar a legitimidade

e normalidade das eleições. Precedentes. 8. A configuração da captação ilícita de sufrágio depende, além do requisito temporal (ato praticado em período compreendido entre o registro de candidatura e a data da eleição), de três elementos: (i) a prática de qualquer das condutas de doar, ofertar, prometer, ou entregar bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza ao eleitor; (ii) a finalidade eleitoral da conduta; e (iii) a participação, direta ou indireta, do candidato, ou, ao menos, o consentimento, a anuência, o conhecimento ou mesmo a ciência dos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral. Precedente. 9. Esta Corte também já decidiu que "a doação de combustível, quando realizada indiscriminadamente a eleitores, evidencia, ainda que implicitamente, o fim de captar-lhes o voto, caracterizando o ilícito eleitoral descrito no art. 41-A da Lei nº 9.504/97" (REspe nº 355-73/MS, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 06.09.2016). [...] (Recurso Especial Eleitoral nº 167, Acórdão, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 175, Data 10/09/2019, Página 14-15).

Terceira hipótese de manuseio de AIME reside nos casos de *fraude*. Trata-se de situações nas quais um sujeito político, por meios astuciosos ou ardis, induz alguém a erro ou altera determinado cenário com o fim de frustrar a finalidade da norma eleitoral.⁵² Nesse ínterim, convém registrar que o TSE, por força de entendimento sedimentado, entende que o conceito de fraude, para fins cabimento de AIME, é aberto, de modo a englobar “[...] todas as situações em que a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato eletivo são afetadas por ações fraudulentas, inclusive nos casos de fraude à lei” (TSE, REspe nº 1-49/PI, rel. Min. Henrique Neves). Nesse sentido:

Eleições 2012. Agravo regimental. Recurso especial. Ação de impugnação de mandato eletivo. Vereador. Dupla identidade. Ocultação de histórico criminal. Finalidade clara de ludibriar o eleitor e burlar a legislação eleitoral. Fraude. Configuração. Agravo provido. 1. O TSE, no julgamento do REspe no 1-49/PI, rel. Min. Henrique Neves, assentou que ‘o conceito da fraude, para fins de cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10, da Constituição Federal), é aberto e pode englobar todas as situações em que a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato eletivo são afetadas por ações fraudulentas, inclusive nos casos de fraude à lei’.[...] 3. O candidato, em que pese tenha utilizado na campanha eleitoral o apelido pelo qual era conhecido e apresentado todos os documentos exigidos por lei no momento do registro de candidatura referentes ao seu nome verdadeiro, ao ocultar seu histórico criminal, agiu de forma fraudulenta, com a finalidade clara de ludibriar o eleitor e burlar a legislação eleitoral. 4. A conduta analisada nos autos, e reconhecida pelo Tribunal a *quo* como caracterizadora da fraude apregoada pelo art. 14, § 10, da Constituição Federal, afetou a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato eletivo outorgado ao agravado. (Ac de 3.5.2016 no AgR-REspe 137, rel. Min. Gilmar Mendes).

⁵² Nesse sentido é o entendimento mais recente do TSE, permitindo que qualquer situação que altera a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato eletivo são afetadas por ação fraudulenta e podem subsidiar o manejo de AIJE: “O TSE, no julgamento do REspe nº 1-49/PI, rel. Min. Henrique Neves, assentou que ‘o conceito da fraude, para fins de cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10, da Constituição Federal), é aberto e pode englobar todas as situações em que a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato eletivo são afetadas por ações fraudulentas, inclusive nos casos de fraude à lei.’. (Recurso Especial Eleitoral nº 137, Acórdão, Relator (a) Min. Gilmar Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 100, Data 25/05/2016, Página 46/47.

No que se refere ao rito processual adotado pela AIME, como pontuado anteriormente, não obstante ser a única ação eleitoral com status constitucional, não existem, na legislação, regras que especificamente a regulamentem. Desse modo, o que se assentou no seio do entendimento do TSE⁵³ foi que o procedimento a ser observado na AIME é aquele previsto nos arts. 3º a 16 da LC nº 64/90 para a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC).⁵⁴ Já em relação às questões procedimentais, tais como número de testemunha, preclusão, revelia etc., aplicam-se à AIME as normas previstas para a AIJE (ZÍLIO, 2018, p. 675).

A competência para o julgamento da AIME possui caráter absoluto, tanto em razão da matéria, que é especializada, quanto em razão da função, que será escalonada. Desse modo, os juízes eleitorais serão competentes para julgar as ações que envolvam mandatos municipais, o Tribunal Regional Estadual será competente para julgar as ações que digam respeito a mandatos estaduais, e o Tribunal Superior Eleitoral será competente para julgar as AIMEs que se refiram a mandatos federais.

Em relação à produção de provas, ensina Rodrigo Nóbrega Farias (2018, p. 165):

A Constituição Federal, em seu art. 14, §10§, estabeleceu que a ação de impugnação de mandato eletivo fosse instruída com prova do abuso de poder econômico, fraude ou corrupção, o que ocasionou, no início, dúvidas acerca da extensão da prova que deveria instruir a ação impugnatória; tendo sido defendido, por bastante tempo, no âmbito do direito eleitoral brasileiro, que a ação deveria ser proposta com prova pré-constituída do abuso do poder econômico, fraude, ou corrupção. Porém, tratava-se de posicionamento equivocado, posto que a Constituição Federal, em nenhum momento impôs que a inicial fosse acompanhada de toda a prova dos atos ilícitos, não se admitindo tal interpretação. Assim, a prova pode e deve ser produzida na instrução processual, não havendo a necessidade de que toda a sua apresentação seja feita junto à petição inicial.

Quanto à valoração da prova em AIME, preceitua o art. 23 da LC nº64/90⁵⁵ que o julgador goza de liberdade na apreciação dos fatos, dos indícios, das presunções e das provas, atentando-se para as circunstâncias ou para os fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que sejam úteis ao interesse público e à lisura do pleito eleitoral. Importante pontuar, contudo, que a apreciação das circunstâncias ou dos fatos que não tenham sido

⁵³ Resolução nº 21.634. Dj, v. I, 9 mar 2004.

⁵⁴ TSE – Res nº 23.456/2015, art. 173, §1º.

⁵⁵ 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.

alegadas pelas partes deve, necessariamente, ser submetida ao crivo do contraditório, sob pena de nulidade.

Pela literalidade do dispositivo exposto alhures, tem-se que a caracterização dos ilícitos abrangidos pela AIME deverá ser decretada de acordo com o livre convencimento do juiz eleitoral. Todavia, com o advento do CPC/2015, aplicado subsidiariamente aos feitos eleitorais, tornou-se imperiosa a motivação das decisões judiciais, em atendimento aos preceitos do devido processo constitucional, pelo que se deve considerar o necessário convencimento motivado, notadamente porque efeitos da procedência da AIME possuem o condão de anular todos os votos dados ao candidato, provocando a conseqüente perda do mandato eletivo. Além disso, impende registrar que não se admite a utilização de provas de caráter ilícito, ao passo que são admitidas as emprestadas.⁵⁶

4.3.3 Da ação de investigação judicial eleitoral (AIJE)

Assim como a AIME, explicitada alhures, a Ação de Investigação Judicial (AIJE) também representa um instrumento jurisdicional que se presta à proteção da normalidade, da hígidez e da legitimidade do processo eleitoral. Tendo por base o art. 14, §9º da CF/88,⁵⁷ foi através da LC nº 64/90 que a referida ação ganhou previsão material e processual, conforme se verifica pela redação dos arts. 19 e 22 da referida lei complementar. *In verbis*:

Art. 19. As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais.

Art. 22. 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 [...].

⁵⁶ Ac. de 25.3.2010 no RO nº 2.364, rel. Min. Marcelo Ribeiro.

⁵⁷ § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e 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.

Desse modo, enquanto a AIME parte do pressuposto que já existe um mandato em exercício, a AIJE considera o deferimento de uma candidatura ou um processo de deferimento e procura desconstituí-la por arguição da prática de ato revestido de abuso por parte de quem pleiteia o cargo eletivo, tenha este ocorrido antes ou depois do pedido do registro (JORGE, LIBERATO; RODRIGUES, 2017, p. 551).

Quanto às hipóteses de cabimento, pode-se ajuizar AIJE quando se objetivar apurar a ocorrência do *uso indevido*, *desvio* ou *abuso do poder econômico*, bem como a *utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social*. Trata-se, portanto, de uma medida judicial com causas de pedir mais abrangente do que as demais. Nesse sentido, a AIJE pode “agasalhar” quaisquer condutas descritas nos arts. 73 a 77, 30-A e 41-A, mas não o inverso (GOLAMBIUK, 2018, p. 184).

Assim como na AIME, o objeto da AIJE também é a cassação do registro ou diploma, bem como a inelegibilidade por até oito anos.⁵⁸ O bem jurídico aqui tutelado, de mesmo modo, é a legitimidade, a normalidade e a sinceridade das eleições.

Em relação à primeira das hipóteses de cabimento da AIJE, qual seja, o *uso indevido*, *desvio* ou *abuso do poder econômico*, como dito anteriormente, *abuso do poder econômico* consiste na utilização excessiva, antes ou durante a campanha eleitoral, de recursos materiais ou humanos que representem valor econômico, buscando beneficiar candidato, partido ou coligação, afetando, assim, a normalidade das eleições.

Já o *uso indevido* consiste na ideia de contrariedade dos preceitos legais quanto ao manejo de recursos financeiros, ao passo que o *desvio* se relaciona com a ideia de dar aos recursos destinação distinta daquela determinada em lei.

⁵⁸ XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

Assim como na AIME, o Tribunal Superior Eleitoral também possui entendimento sedimentado no sentido de ser necessário comprovar, em sede de AIJE, a gravidade da conduta. Nesse sentido:

DIREITO ELEITORAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2016. AIJE. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. LITISCONSÓRCIO. TEORIA DA ASSERÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA. RECURSO PROVIDO [...] 10. **No mérito, não há, no acórdão regional, comprovação da gravidade das condutas reputadas ilegais para a configuração do abuso do poder econômico. A utilização de camisetas e de bandeirinhas nas cores da campanha dos candidatos e a quantidade de pessoas no evento não são aptas a comprometer a legitimidade do pleito e a paridade de armas, em um contexto em que não houve qualquer pedido de voto nem a presença dos candidatos.** 11. Diante da gravidade das sanções impostas em AIJE por abuso de poder, exige-se prova robusta e incontestada para que haja condenação. Precedentes. 12. Recurso especial eleitoral provido. (Recurso Especial Eleitoral nº 50120, Acórdão, Relator(a) Min. Admar Gonzaga, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 26/06/2019, Página 25). (Grifo nosso).

Quanto à gravidade da conduta, em AIJE, deve-se atentar o julgador, em primeiro lugar, que os fatos apurados devem denotar fatos juridicamente qualificados, quais sejam, abuso de poder econômico ou político ou dos meios de comunicação social. Além disso, praticados tais atos, considerando que o bem jurídico protegido é lisura, normalidade e legitimidade das eleições, pouco importa se necessariamente houve alteração nos resultados das eleições. O que se verifica, portanto, é a capacidade de os atos praticados ostentarem aptidão para desestabilizar a higidez do pleito.

Em relação à *utilização indevida dos veículos ou meios de comunicação*, tem-se a hipótese de manipulação da vontade real do eleitor por força da divulgação, pelos veículos de comunicação social, de ideias ou informações que se encontrem em desconformidade com a legislação eleitoral, provocando benefício ou prejuízo a determinado candidato. Nesse sentido, qualquer informação que veicular em meios como a internet, televisão, rádio e jornal, constatada sua ilegalidade, é capaz de subsidiar AIJE. A seguir, uma hipótese de julgamento do TSE sobre a utilização indevida dos meios de comunicação:

ELEIÇÕES 2012. RECURSOS ESPECIAIS. PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). ABUSO DO PODER ECONÔMICO E POLÍTICO. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. PROPAGANDA EXTEMPORÂNEA. DESVIRTUAMENTO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO CONFERIDA À IMPRENSA ESCRITA. MATÉRIAS FAVORÁVEIS APENAS À CANDIDATA À REELEIÇÃO E CONTRÁRIAS AO PRINCIPAL ADVERSÁRIO POLÍTICO. PROMOÇÃO PESSOAL. GRAVIDADE DOS FATOS. [...] 15. A liberdade de manifestação

conferida à imprensa escrita (art. 220, caput e § 6º, da CF) não é absoluta na esfera eleitoral, cujo transbordamento - de modo a privilegiar-se em excesso determinado candidato - deve ser rigorosamente punido. Precedentes. 16. Veiculado o Jornal Reação Popular - semanário gratuito disponível na forma impressa e via internet - no decorrer de 2012 unicamente para promover a candidata à reeleição, noticiar obras, serviços e programas da Prefeitura, bem assim para divulgar matérias desfavoráveis ao candidato adversário, segundo colocado. 17. Ignoradas técnicas elementares de jornalismo para a realização de campanha em favor da candidata à reeleição, Márcia Rosa, aos seguintes fundamentos: a) fotografias da candidata em 23 das 28 edições entre janeiro e setembro de 2012; b) linguagem que associa benfeitorias à "Prefeita Márcia Rosa", e não ao Poder Executivo; c) notório destaque à gestão, como em "mil dias de qualidade e bom preço no transporte urbano" e "nos últimos quatro anos, foram muitos os avanços nessa área [de sustentabilidade]"; d) intensificação no período eleitoral, divulgado que a "Prefeita Márcia Rosa" "já encaminhou à Câmara proposta que oferecerá melhorias para todo funcionalismo", "criou Bolsa Família Municipal e implantou políticas sociais que fizeram a diferença" e que "moradores reconhecem melhorias no bairro e apoiam reeleição da Prefeita"; e) ampla e irrestrita cobertura de campanha, fazendo as vezes de assessoria de imprensa, evidenciada nas matérias "Prefeita recebe mais adesões a cada dia em sua jornada para a reeleição", "Prefeita aparece como favorita em todos os cenários", "Márcia Rosa visita bairro e recebe carinho da população", "Prefeita recebe carinho dos moradores do Caminho 2" e "Pesquisa Ibope dá Márcia Rosa disparada na liderança". 18. Evidenciado o estreito vínculo político e funcional entre os candidatos e os proprietários do Jornal Reação Popular, todos filiados ao mesmo partido. 19. Admitida por Márcia Rosa a utilização, pelo periódico, da assessoria de imprensa da Prefeitura para prestar contas do governo Municipal e para homenagear a candidata, a qual, logo após as edições, divulgava conteúdo semelhante em seu sítio de campanha. 20. Demonstrada a expressiva quantidade de jornais distribuída gratuitamente no primeiro semestre de 2012 e, notadamente, no período eleitoral - 28 edições, com tiragem de 5.000 exemplares, totalizando 140.000 exemplares, em colégio de quase 95.000 eleitores -, encontrados jornais até em hospitais públicos (certificado nos autos), a multiplicar o seu alcance, bem como veiculado na forma impressa apenas em ano eleitoral, após o qual divulgado apenas via internet. 21. Entendimento diverso demandaria o reexame do conjunto probatório, o que esbarra no óbice da Súmula nº 24/TSE. [...] (Recurso Especial Eleitoral nº 41395, Acórdão, Relator(a) Min. Herman Benjamin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 121, Data 27/06/2019, Página 44/47).

A respeito da responsabilidade eleitoral, José Jairo Gomes (2019, p; 753) ensina que, por estar essencialmente ligada à proteção dos bens constitucionalmente tutelados, quais sejam, a legitimidade, a lisura e a normalidade do pleito, independe, para tanto, perquirir os aspectos psicológicos dos infratores os beneficiários das condutas ilícitas. Acrescenta, ainda, não ser necessário “provar o real, efetivo, ferimento aos bens e interesses protegidos, pois esse resultado é presumido [...] relevante, portanto, é demonstrar a existência objetiva dos fatos denotadores de abuso de poder”.

Quanto aos procedimentos a serem seguidos, estes encontram-se descritos nos incisos do próprio art. 22 da LC nº 64/90, com a consequente utilização supletiva do CPC/2015, assim como nas AIME, e pelas mesmas razões já expostas neste estudo, quando da abordagem do referido instrumento processual.

No que diz respeito à valoração da prova em AIJE, tem-se que a caracterização dos ilícitos por ela abrangidos deverão ser decretados, assim como na AIME e em razão da clara literalidade do que dispõe o art. 23 da LC nº 64/90, de acordo com o livre convencimento do juiz eleitoral a partir da apreciação dos fatos, dos indícios, das presunções e das provas, atentando-se para as circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que sejam úteis ao interesse público e à lisura do pleito eleitoral. Importante pontuar, contudo, que a apreciação das circunstâncias ou dos fatos que não tenham sido alegados pelas partes deve, necessariamente, ser submetida ao crivo do contraditório, sob pena de nulidade.

Vale pontuar, ainda, que, com o advento do CPC/2015, aplicado subsidiariamente aos feitos eleitorais, tornou-se imperiosa a motivação das decisões judiciais, em atendimento aos preceitos do devido processo constitucional, pelo que se deve considerar o necessário convencimento motivado, notadamente porque efeitos da procedência da AIME possuem o condão de anular todos os votos dados ao candidato, provocando a consequente perda do mandato eletivo. Além disso, impende registrar que não se admite a utilização de provas de caráter ilícito, ao passo que são admitidas as emprestadas.⁵⁹

Quanto aos efeitos do reconhecimento do pedido, preconiza o art. 22, XIV, da LC 64/90 que caberá ao Tribunal declarar “[...] a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou”. Àquele que possua registro de candidatura deferida ou diploma expedido e que tenha se beneficiado diretamente com a ilicitude praticada caberá, além da inelegibilidade, “[...] a cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico *ou* pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação”.

Desse modo, a AIJE pode acarretar a inelegibilidade, bem como a cassação do registro ou do diploma – e, nesse caso, a perda do mandato –, desde que, no segundo caso, reste comprovado o benefício direto pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação.

⁵⁹ Ac. de 25.3.2010 no RO nº 2.364, rel. Min. Marcelo Ribeiro.

4.3.4 Das representações específicas decorrentes da lei n° 9.504/97 – Lei das Eleições

A lei n° 9.504/97 foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de criar normas gerais sobre as eleições e representou considerável progresso no que se refere à seguridade do processo eleitoral, visto que, anteriormente à edição da referida lei, a cada eleição redigia-se uma lei própria e temporária, destinada a regular aquele processo eleitoral específico.

O referido diploma conta com normas de natureza material e processual, de modo que três delas, em especial, merecem a atenção do presente estudo, visto que passíveis de acarretar a perda do mandato eletivo. São eles: (i) o art. 30-A, que prevê a possibilidade de apuração de condutas que representem captação e gasto ilícito de recursos com fins eleitorais; (ii) o art. 41-A, que prevê a possibilidade de apuração de captação ilícita de sufrágio; (iii) e o art. 73 a 78 que prevê um rol taxativo de condutas vedadas aos atores políticos e que, se praticadas, podem acarretar a cassação do registro ou do diploma.

4.3.4.1 Da representação por captação e gastos ilícitos com fins eleitorais (art. 30-A)

Trata-se de prática que consiste, em princípio, em captar ou gastar ilicitamente recursos durante a campanha eleitoral, com ofensa à lei e às instruções da Justiça Eleitoral, objetivando prejudicar a isonomia jurídica (igualdade de chances) dos partidos e candidatos, afetando assim a hígidez da campanha, não sendo necessária para sua caracterização a existência de potencialidade para desequilibrar as eleições. Nesse sentido é o dispositivo legal:

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.

O doutrinador José Jairo Gomes, no mesmo sentido, leciona que pelo fato de o bem jurídico protegido ser a regularidade da campanha, “na caracterização da hipótese legal em apreço não requer que o fato tenha potencialidade para desequilibrar as eleições ou o resultado delas”. (2019, p. 840). Desse modo, pode-se afirmar tratar-se de conduta de caráter formal, que se perfectibiliza com a prática dos verbos imperativos “arrecadar” e – ou – “gastar”.

Por arrecadação, compreende-se toda conduta que se assemelhe a captar, atrair, conquistar, obter recursos. Para Zílio (2018, p. 748), a conduta pressupõe o ingresso efetivo dos recursos no âmbito da campanha, de modo que o mero pedido ou oferecimento por outrem não pode ser considerado como hipótese de configuração da aludida ilegalidade.

Em relação aos gastos ilícitos para fins eleitorais, compreende-se toda conduta que represente efetivo dispêndio dos recursos eleitorais, ou seja, a efetiva e indevida saída financeira do acervo do candidato, partido ou coligação (ZÍLIO, 2018, p. 751).

Indiscutível, portanto, que o bem jurídico ora tutelado é higidez da própria campanha política, razão pela qual não se exige que o fato tenha potencialmente desequilibrado as eleições ou alterado o seu resultado para que a conduta se tipifique como vedada, bastando apenas a gravidade do evento. Quanto ao tema, Zílio (2018, p. 841) esclarece:

A configuração de uma hipótese legal sob o aspecto formal ou abstrato não significa que sua caracterização também se dê material ou substancialmente, pois, para que isso ocorra, há mister haja efetiva lesão ao bem tutelado. Assim, se não se exige que o evento seja hábil para desequilibrar as eleições (embora isso possa ocorrer), também não se afasta a incidência do princípio da razoabilidade e a proporcionalidade, que informam todo o sistema jurídico. Por eles, a sanção deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão perpetrada ao bem jurídico protegido. É intuitivo que irregularidade de pequena monta, sem maior repercussão no contexto da campanha do candidato, nem na dos demais concorrentes, que não agrida seriamente o bem jurídico tutelado, embora reprovável, não seria suficientemente robusta para caracterizar o ilícito em apreço, de sorte a acarretar as sanções de não expedição do diploma e mesmo sua cassação. Mas isso só é aceitável em caráter excepcional, relativamente a irregularidades irrelevantes ou que não sejam graves.

Acerca do procedimento a ser adotado, o §1º do referido artigo descreve que, para apuração de captação ou gastos ilícitos com fins eleitorais, adotar-se-á o rito previsto no art. 22 da LC 64/90, qual seja, aquele instituído para a AIJE. Desse modo, em que pese a literalidade do caput do art. 30-A deixar certa dúvida quanto à natureza do procedimento, eis que grafou o termo “representação”, tem-se, no caso, uma ação autônoma de natureza jurisdicional.

Quanto às provas na Representação por captação e gastos ilícitos com fins eleitorais, cumpre colacionar o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral pela necessidade da existência de provas robustas admitidas em direito, a existência de grave ilícito eleitoral suficiente para ensejar as severas e excepcionais sanções de cassação de diploma e de declaração de inelegibilidade. Vejamos:

Eleições 2014. Recurso ordinário. Deputado estadual. Abuso de poder. Art. 30-a da lei nº 9.504/1997. Inocorrência. Conduta vedada. Majoração da multa. 1. Para afastar legalmente determinado mandato eletivo obtido nas urnas, compete à Justiça Eleitoral, com base na compreensão da reserva legal proporcional, verificar, com fundamento em provas robustas admitidas em direito, a existência de grave ilícito eleitoral suficiente para ensejar as severas e excepcionais sanções de cassação de diploma e de declaração de inelegibilidade [...] 3. Art. 30-A da Lei nº 9.504/1997. 3.1. Além de inexistir prova contundente e cabal de que todos ou alguns (e quais) convites foram adquiridos mediante grave coação, não há nos autos a tentativa de impedir a fiscalização da Justiça Eleitoral, a má-fé portanto, requisito indispensável para a incidência do art. 30-A da Lei das Eleições. 3.2. Ainda que se considere que um ou outro convite foi adquirido mediante grave coação (apenas como argumentação, reitere-se), a incidência da referida norma exige um juízo de proporcionalidade entre o ilícito praticado e a sanção a ser imposta, o que, no caso concreto, afastaria a incidência de cassação de diploma, considerando o pequeno valor do convite no contexto de uma campanha para deputado estadual (cf. o REspenº 28.448/AM, redatora para o acórdão Min. Nancy Andrighi, julgado em 22.3.2012) [...]”. (Ac de 5.4.2017 no RO 265041, rel. Min. Gilmar Mendes).

Nas ementas a seguir, exemplos de julgamento no qual foi verificada hipótese de grave comprometimento da igualdade do certame:

Agravo regimental. Recurso especial. Eleições 2016. Vereador. Representação. Art. 30-A Lei 9.504/97. Arrecadação e captação ilícita de recursos. 1. No decisum monocrático, mantiveram-se sentença e acórdão unânime do TRE/RJ no sentido da perda do diploma de vereador do agravante por arrecadação e gastos ilícitos de recursos de campanha nas Eleições 2016 (art. 30-A da Lei 9.504/97). Preliminar. Omissão pela corte regional. Inversão do ônus da prova. Rejeição. 2. ‘O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor’ (art. 373, II, do CPC/2015). 3. Na espécie, o TRE/RJ sopesou devidamente a prova testemunhal, inexistindo inversão do ônus probatório. Os doadores, apesar de afirmarem que as doações seriam fruto de seu trabalho, não atenderam à determinação judicial para apresentarem as respectivas declarações de imposto de renda. tema de fundo. doações fraudulentas. uso de ‘laranjas’. totalidade de recursos arrecadados. reexame. impossibilidade. súmula 24/TSE. 4. O uso de ‘laranjas’ para encobrir os verdadeiros doadores de campanha configura inequívoca arrecadação de recursos de origem não identificada a ensejar a perda do diploma (art. 30-A da Lei 9.504/97). Precedentes. 5. In casu, o TRE/RJ, por unanimidade, assentou que as diversas doações feitas em período crítico (setembro e outubro de 2016) para a campanha do agravante foram simuladas, visto que se empregou engenhosa sistemática em que pessoas físicas, após receberem depósitos não identificados em suas contas-correntes, repassaram esses valores para o candidato. 6. O ilícito encontra-se sobejamente comprovado ante as conclusões postas no aresto a quo: a) os recursos depositados nas contas dos 11 doadores e as transferências realizadas quase sempre na mesma data ou em datas muito próximas são de idêntico valor; b) as doações não refletem a capacidade econômica dos cedentes; c) foi oportunizado ao agravante e às testemunhas apresentarem provas documentais da origem dos recursos, o que não foi feito. 7. Os valores envolvidos não são módicos. A teor do decisum regional, 100% dos recursos obtidos pelo agravante (R\$ 59.400,00) advêm de doações ilícitas, reconhecendo-se a prática de "caixa dois". Esse também foi o montante exato declarado como gastos de campanha, o que se revela grave e compromete a igualdade e a legitimidade do certame [...]”. (Ac. de 11.4.2019 no AgR-REspe nº 44565, rel. Min. Jorge Mussi.).

ELEIÇÕES 2016. AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PRESIDENTE DO TRE. SUPERVENIENTE EXERCÍCIO NEGATIVO. AGRAVO.

INTERPOSIÇÃO. COMPETÊNCIA DO TSE. INAUGURAÇÃO. SUPERACÃO DO ÓBICE POR ESTE FUNDAMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. ÊXITO DO APELO. PROBABILIDADE NÃO DEMONSTRADA. RISCO DE DANO DE DIFÍCIL OU IMPROVÁVEL REPARAÇÃO. ANÁLISE PREJUDICADA. PLEITO ACAUTELATÓRIO. INDEFERIMENTO. I - PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DA CAUTELAR I.1. Nos termos das Súmulas nº 634 e 635, ambas do STF, na pendência do juízo de admissibilidade do apelo nobre, competem ao presidente do Tribunal a quo o exame de pedido acautelatório visando à suspensão dos efeitos de acórdão condenatório. I.2. Essa diretriz foi, por legítima opção do legislador, positivada no art. 1.029, § 5º, I e III, do CPC (Lei nº 13.256, de 4.2.2016). I.3. Desse modo, não se cuida, tal como antes, de exclusiva superação de enunciado sumular, construído ainda na vigência do CPC de 1973 e aplicável, por analogia, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, mas de suplantar diploma legal no qual inserida regra expressa de competência sobre o juízo da cautelar. I.4. Daí por que essa providência exige redobrado rigor, devendo ser circunscrita, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição de natureza efetiva - assim compreendida como aquela capaz de evitar o perecimento irreparável do direito vindicado -, às situações em que: (i) formulado o pedido acautelatório ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, não se tenha, em tempo razoável, deliberação daquele órgão; e (ii) indeferido o pedido de liminar, permaneça pendente, na origem, o exercício do juízo de admissibilidade do recurso especial. I.5. O que não se pode conceber é que fique ao exclusivo talante da parte a escolha entre formular o pedido acautelatório perante o presidente do Tribunal Regional ou aviá-lo diretamente, de forma dissociada do texto legal, ao Tribunal Superior Eleitoral per saltum. I.6. Em casos tais, impõe-se a negativa de trânsito ao pedido ou, ao menos, a declinação da competência ao Juízo em a quo. I.7. Na espécie, deixa-se de adotar essa providência apenas porque, no ínterim havido entre a autuação do feito e a resolução de dúvida quanto à sua distribuição, sobreveio juízo negativo de admissibilidade do apelo nobre pelo presidente do TRE, tendo sido interposto agravo, o que inaugura a competência do TSE. II - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA (NÃO CONFIGURAÇÃO) II.1. Relativamente aos fatos caracterizadores do ilícito descrito no art. 30-A da Lei nº 9.504/97, a Corte de origem assentou que: a) Ao efetuar depósito diretamente no caixa, sem identificação do doador, torna-se impossível se aferir de onde provém o recurso. Não se trata de mera irregularidade contábil, considerando indícios de ocultação da verdadeira fonte dos recursos, trata-se de irregularidade grave que atingiu 54% do total arrecadado na campanha; b) A utilização de material de propaganda impresso com CNPJ de candidato diverso não se tratou de mero equívoco material, mas de irregularidade realizada de forma consciente, capaz de macular a transparência quanto à origem dos recursos utilizados na campanha e de comprometer a moralidade e a legitimidade da eleição; c) O valor informado para pagamento à empresa de marketing - nota fiscal de R\$ 4.000,00 - não encontra correspondência na prestação de contas (cheques e extratos bancários). Depoimentos uníssonos comprovam que o gasto com a publicidade girou em torno de R\$ 100.000,00. Existência de provas contundentes aptas a demonstrar a prática de "caixa dois" na campanha. II.2. A alteração das conclusões perfilhadas no acórdão regional demandaria, em princípio, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providência inviável nos limites do recurso especial, consoante o disposto na Súmula nº 24/TSE. II.3. O Tribunal a quo considerou que os fatos analisados foram dotados de gravidade suficiente - "mais de 50% do total de recursos de campanha não tiveram identificação de suas origens, além da constatação de 'caixa dois' - para comprometer a moralidade e legitimidade do pleito. Tal conclusão, também em princípio, não pode ser revista em razão da Súmula nº 24/TSE. II.4. A caracterização da prática cognominada de 'caixa dois' interdita de per si a incidência dos postulados fundamentais da proporcionalidade e da razoabilidade como parâmetro normativo para aferir a relevância jurídica do ilícito, em processos de captação ou gasto ilícito de recursos em campanhas eleitorais (art. 30-A da Lei das Eleições), porquanto presente a fraude escritural consistente na omissão de valores gastos, com o propósito de mascarar a realidade, restando inviabilizada a fiscalização dos fluxos monetários pelos órgãos de controle"

(AgR-REspe nº 235-54/RN, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 15.10.2015). II.5. Não se vislumbra, in casu, a plausibilidade das teses jurídicas suscitadas pelo autor, razão pela qual se mostra incabível a concessão da tutela de urgência ora pretendida. III - RISCO DE DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO (PREJUDICIALIDADE DO EXAME DESSE REQUISITO) Formada a convicção de que não há a presença da fumaça do bom direito, fica prejudicado o exame quanto ao requisito seguinte, qual seja, o risco de dano de difícil reparação. IV – CONCLUSÃO. Pedido acautelatório indeferido. (Ação Cautelar nº 060034226, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 127, Data 29/06/2018).

Nesse ínterim, considerando que o objeto jurídico do pedido será a negação do diploma ou a sua cassação, do acolhimento do pedido declinado em representação para apuração de arrecadação ou gasto ilícito com fins eleitorais, pode decorrer a negativa da expedição do diploma, ou a sua cassação, na hipótese de já ter sido outorgado, conforme a literalidade do §2º do art. 30-A,⁶⁰ não obstante a imperiosa observância do princípio da proporcionalidade.⁶¹

4.3.4.2 Da representação por captação ilícita de sufrágio (art. 41-A)

O art. 41-A da Lei 9.504/97, representa norma que proíbe o candidato a doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor, com o fim de obter voto, bem ou vantagem pessoal. Trata-se, portanto, de regra cujo objetivo é a preservação da lisura do processo eleitoral. Veja-se:

Art. 41-A. 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.

§ 1º Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir.

Importante pontuar que, para a configuração do delito de captação ilícita de sufrágio, devem estar presentes três fatores indissociáveis, quais sejam: (I) a doação, o oferecimento, a

⁶⁰ § 2º Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado.

⁶¹ “[...] 1. Consoante a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, deve-se observar o critério da proporcionalidade na aplicação da penalidade prevista no art. 30-A, § 2º, da Lei 9.504/97, ainda que se trate de recebimento de recursos oriundos de fonte vedada. Ou seja, deve-se perquirir se a sanção de cassação do diploma é proporcional às irregularidades praticadas pelo candidato, considerando o contexto de sua campanha eleitoral. 2. As irregularidades constatadas equivaleram a somente 3,88% do total de recursos financeiros utilizados na campanha do agravado, de modo que a sanção de cassação do diploma revela-se desproporcional [...]” (Ac. de 24.6.2014 no AgR-RO nº 340, rel. Min. João Otávio de Noronha).

promessa ou entrega de vantagem pessoal ao eleitor, seja pelo próprio candidato ou por terceira pessoa; (II) o objetivo especial da ação, qual seja, a obtenção de votos; (III) e a ocorrência do fato durante o período eleitoral.

De um modo geral, captação ilícita de sufrágio, consiste no oferecimento de promessa ou vantagem ao eleitor, com o fim de obter voto. Importante pontuar que a referida “vantagem ou promessa” pode adotar uma quantidade inimaginável de formas como, por exemplo, oferecimento de valor em espécie, oferecimento de produto (saco de cimento, cesta básica, botija de gás), um futuro cargo comissionado, arranjos para favorecimentos pessoais do particular frente à administração pública etc. A título de exemplo, as ementas que seguem:

[...]. Configurada a captação ilícita de votos, decorrente da prática de assistencialismo, impõe-se a aplicação de multa.” NE: Concessão de benefícios do Detran e promessas de assistência ginecológica em troca de votos. “Ao contrário do que alega o recorrente, a caracterização do ilícito previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não ocorre apenas quando há expresse pedido de voto por parte do beneficiário, sendo suficiente que este consinta com as condutas abusivas [...]. (Ac. nº 885, de 28.6.2005, rel. Min. Humberto Gomes de Barros.)

[...]. Ação de investigação judicial. Distribuição de combustível para participação em comício [...]. I – Para a caracterização da conduta do art. 41-A da Lei das Eleições, necessário que o candidato direta ou indiretamente tenha ofertado a benesse em troca de voto, o que não restou provado nos autos. [...]. (Ac. nº 25.335, de 1º.12.2005, rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

Portanto, indiscutível que o bem jurídico tutelado a partir do referido dispositivo se consubstancia liberdade individual de votar. Impende registrar, entretanto, que o TSE possui entendimento firmado no sentido de que “promessas genéricas, sem objetivo de satisfazer interesses individuais e privados, não são capazes de atrair a incidência do art. 41-A da Lei nº 9.504/97”.⁶²

Quanto ao conjunto probatório, cumpre registrar que, nos casos referentes à captação ilícita de sufrágio, o TSE possui entendimento no sentido de que, para a caracterização da captação ilícita de sufrágio, é irrelevante aferir a potencialidade da conduta a partir do número de votos efetivamente cooptados,⁶³ restando suficiente, para a configuração da prática abusiva, a gravidade das circunstâncias que a caracterizam, conforme a nova redação do art. 22, XVI, da LC nº 64/1990.

⁶² Ac de 14.03.2019 no Respe nº 4744, Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.

⁶³ Ac de 25.2.2016 no AgR-REspe nº 49956, rel. Min. Henrique Neves

De forma similar ao que acontece com o art. 30-A, em relação ao procedimento a ser adotado, em que pese o §3º do art. 41-A descrever que, para apuração de captação ilícita de sufrágio se fará “representação até a data da diplomação”, o próprio *caput* determina a adoção do rito previsto no art. 22 da LC 64/90 para o seu processamento, de modo que se trata, igualmente, de uma ação autônoma de natureza jurisdicional.

Considerando, portanto, que o objeto jurídico do pedido será a negação do diploma ou a sua cassação, do acolhimento do pedido declinado em representação por captação ilícita de sufrágio pode decorrer, por inteligência do próprio *caput* do art. 41-A, a cassação do registro ou do diploma, pelo que se conclui que haverá, no segundo caso, a perda do mandato eletivo.

Todavia, “a grave sanção do art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 exige a presença de provas lícitas e seguras que indiquem todos os requisitos previstos nessa norma, e a ausência de qualquer deles deve, obrigatoriamente, levar à improcedência do pedido” (TSE, Ac de 15.9.2016 no RO nº 1662, Rel. Min. Gilmar Mendes).⁶⁴

4.3.4.3 Da representação por condutas vedadas - Art. 73

O art. 73 da Lei 9.504/97 traça um rol exemplificativo de condutas vedadas aos agentes públicos durante a campanha eleitoral. *In verbis*:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

II - usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram;

III - ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado;

⁶⁴ “Entendimento que se reforça com a edição da Lei Complementar nº 135/2010, pois o reconhecimento do ilícito em questão, além de ensejar a grave 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)” (TSE, AC de 15.9.2016 no RO nº 1662, Rel. Min. Gilmar Mendes).

IV - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público;

V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:

a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;

b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;

c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;

d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;

e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários;

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;

c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo;

VII - realizar, no primeiro semestre do ano de eleição, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito;

VIII - fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos.

A norma em comento visa proteger o princípio da igualdade entre os candidatos, coibindo o efetivo – e intencional – uso e cessão de bens públicos móveis ou imóveis em benefício de candidato, partido ou coligação, assegurando a lisura, normalidade e legitimidade do certame. (ZÍLIO, 2018, p. 702). Desse modo, o bem juridicamente tutelado é a igualdade de chances na disputa, bem como a moralidade administrativa.

Novamente, em relação ao procedimento a ser adotado, pela literalidade do §12 do referido dispositivo, o rito a ser seguido no seu processamento será aquele disposto no art. 22 da LC 64/90, de modo que se trata, igualmente, de uma ação autônoma de natureza jurisdicional.

Do acolhimento do pedido declinado em representação por captação ilícita de sufrágio pode decorrer, por inteligência dos §§ 4º e 5º do referido dispositivo, da eventual prática, pelo candidato, de alguma das condutas vedadas, a incidência da cassação do registro da candidatura e – ou – multa, a qual poderá ser aplicada tanto ao candidato quanto àqueles que se beneficiaram do ato.⁶⁵

Todavia, considerando a gravidade das penalidades previstas, imperiosa é a adoção dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme jurisprudência do TSE:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2016. VEREADOR. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). CONDUTA VEDADA. ART. 73, II, DA LEI 9.504/97. CONFIGURAÇÃO. MULTA. INCIDÊNCIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. A incidência das sanções de multa e cassação de diploma por prática de conduta vedada (§§ 4º e 5º do art. 73 da Lei 9.504/97) deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. [...] 4. Agravo regimental desprovido. (Recurso Especial Eleitoral nº 46134, Acórdão, Relator (a) Min. Jorge Mussi, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 09/10/2018).

Desse modo, o que se conclui é que, embora a ocorrência do fato lesivo, por si só, seja capaz de subsidiar a procedência do pedido, a fixação da pena, seja a de multa, seja a de cassação do registro ou do diploma, deve-se pautar na análise da gravidade do fato.⁶⁶

Não é possível, todavia, para fins de pena de multa, se falar no princípio da insignificância (ZÍLIO, 2018, p. 696), dado o caráter indisponível do direito material tutelado nessas ações eleitorais, qual seja, a estabilização do sufrágio.

⁶⁵Ac. de 11.9.2008 no REspe nº 28.534, rel. Min. Eros Grau.

⁶⁶ Nesse sentido leciona José Jairo Gomes (GOMES. **Direito eleitoral**. 2019, p. 878 e 879): “[...] quanto à aplicação das sanções incide o princípio da proporcionalidade. Por esse princípio, a sanção deve ser condizente com a gravidade da conduta e, pois, a magnitude da lesão. De maneira que a irregularidade pouco expressiva para lesar o bem jurídico tutelado - isto é, a igualdade de oportunidades no pleito – pode ensejar a aplicação de sanção demasiado severa, como é a cassação do diploma e, conseqüentemente, do próprio mandato. Pior: a cassação do diploma leva à inelegibilidade por oito anos. Em determinadas situação, esse resultado não se afigura justo nem razoável, dada a ínfima lesão ao bem salvaguardado. [...] A proporcionalidade opera concretamente na fixação da sanção, seja no aspecto qualitativo, seja no aspecto quantitativo. Conseqüentemente, em certos casos, em vez de cassar o registro ou o diploma, bem se pode optar pela multa. E mesmo na dosagem desta, deve haver moderação. [...]”.

4.4 DO *STANDARD* DE PROVA APLICÁVEL NAS AÇÕES JUDICIAIS ELEITORAIS QUE ACARRETAM A PERDA DO MANDATO ELETIVO

Deduzidas as particularidades do Direito Eleitoral, bem como as razões pelas quais torna-se necessária uma especial cautela quanto à valoração das provas no processo judicial que tomem como plano de fundo as corridas eleitorais, viram-se, brevemente, as características elementares de cada uma das ações judiciais que podem acarretar a perda do mandato eletivo, passando-se uma a uma, e apontando-se suas características elementares.

Cumprе rememorar que o Direito Eleitoral é ramo do direito público que se presta a regular os direitos políticos e o exercício da cidadania, possuindo como objetivo precípua a manutenção da democracia, a qual se funda na soberania popular. Dentre os princípios inerentes ao Direito Eleitoral destacam-se: i) princípio democrático; ii) princípio da soberania popular; iii) princípio da representatividade; iv) princípio republicano; v) princípio da celeridade; vi) princípio da verdade eleitoral/sinceridade do escrutínio; vii) princípio da normalidade e legitimidade das eleições; viii) princípio da anterioridade eleitoral.

Nesse contexto, surgindo conflitos inerentes ao processo eleitoral – *este compreendido desde o cadastro eleitoral até a diplomação dos eleitos* –, é imperioso que a jurisdição eleitoral norteie sua atuação nos princípios de direito público – *notadamente a soberania do interesse público* – e, especificamente, nos princípios do direito eleitoral, como meio de assegurar a soberania popular e a higidez do pleito. Assim, a jurisdição eleitoral deve atuar de forma contundente e tempestiva em relação ao combate de todas as formas de abuso político que colocam em risco a democracia.

Todavia, em que pese a necessária atuação do Judiciário no combate às ações que deslegitimam a lisura do processo eleitoral, as decisões advindas devem se fundar em quadros probatórios contundentes, visto que tolerar a ocorrência de ilícitos eleitorais é tão grave quanto reconhecer a prática de ilícitos com ausência de fundamentos concretos, pois, nesse caso, “[...] o Judiciário não apenas faria injustiça no caso concreto, como ainda acabaria exposto a manipulações próprias dos ambientes políticos partidários” (YARSHELL, 2016, p. 126).

As manipulações próprias dos ambientes políticos partidários, assinalada por Yarshell, denunciam um sistema eleitoral altamente corruptível, vivenciado no Brasil desde a fundação da república, e que se moderniza na mesma velocidade em que se modernizam os meios de comunicação e a tecnologia. É certo, portanto, que deve haver controle estatal no sentido de estancar os vícios morais e éticos.

No entanto, este controle deve se ater a fatos verdadeiramente lesivos, e previstos em lei como tais, além de robustamente comprovados, em especial pelo cenário de descontentamento corroborado com as capacidades financeiras e de articulação daqueles que eventualmente se virem derrotados.

Necessário se faz, portanto, que haja uma definição acerca de um adequado sistema de valoração de prova aplicável nas ações eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo.

De início, é preciso retomar as ideias decorrentes das teorias pela busca da verdade. Como posto anteriormente, por muito tempo a doutrina buscou estabelecer uma distinção entre verdade formal e verdade material. Enquanto a *verdade formal* referia-se àquela decorrente de um processo judicial no qual o juiz não possuía poderes de imiscuir-se na produção de provas, devendo concluir pela resolução da demanda de acordo com as informações extraídas do conjunto probatório apresentado nos autos, a *verdade substancial* seria o resultado de uma análise muito mais profunda, quase inquisitorial, que autorizava o julgador a ordenar provas e determinar diligências a fim de que se obtivesse uma “verdade concreta” sobre os fatos ocorridos.

Todavia, a verdade absoluta no processo jamais poderá ser alcançada, sendo ela – a verdade absoluta – uma utopia.⁶⁷ Para Hermes Zanetti Jr. (2005, p. 124), o que se pode obter, no máximo, é um juízo de probabilidade, de verdade provável, que será alçado ao status “certeza jurídica” com o advento do trânsito em julgado. Portanto, modernamente, o que se sustenta é uma visão *dialética* da verdade, correspondente ao fato probabilisticamente afirmado através de modelos cognitivos de confirmação (ZANETTI JR, 2014, p. 73 e 74), fundada em um

⁶⁷ Nesse sentido: Hermes Zanetti Jr, in: A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático de direito. 2005, p. 124. Cândido Rangel Dinamarco, in: Instituições de direito processual civil, v. I, p. 142.

modelo probatório constitucional, o qual se encontra umbilicalmente ligado à ideia da racionalidade prática procedimental.

Partindo para os sistemas probatórios, ao longo da história dos estudos do processo, três padrões foram experimentados até que se chegasse no que atualmente impera.

O *sistema da íntima convicção* – ou livre convencimento imotivado – se fundava na ideia que o julgador deveria se utilizar de sua própria experiência, e não necessariamente nos elementos probatórios existentes nos autos, para proferir sua decisão. Marcada pela ausência de critérios normativos fixados, tratava-se de uma declaração de vontade do julgador, a qual, inclusive, não dependia de motivação.

Posteriormente, chegou-se ao que se denominou *sistema da prova tarifada* – ou prova legal – no qual era vedado ao juiz a valoração da prova, porque todo o seu valor estava pré-fixado pelo ordenamento jurídico. Desse modo, o julgador seria apenas o sujeito que exercia a subsunção da prova à sua valoração previamente estabelecida pelo legislador que, antecipando-se, estabelecia juízo valorativo ao impor normas que graduavam, exaltavam, limitavam ou excluía a eficácia das variadas fontes de prova, mediante verdadeiras tabelas de valores a serem observadas pelos juízes em geral. Foi no contexto do sistema da prova tarifada que se instituiu a busca pela verdade real que, como dito anteriormente, na maioria dos casos não representa a realidade externa dos autos.

Na tentativa de ampliar a atividade cognoscível do juiz – reduzida a um mero juízo de subsunção na lógica da prova tarifada, surge o *sistema do livre convencimento*, fundado na liberdade do convencimento judicial, o qual, todavia, não deve ser compreendido como consectário da subjetividade, ou da emotividade, mas sim como a “arte do bem pensar” de modo que não se trata de “convencimento livre”, mas sim de uma objetivação lógica dos discursos (KNIJNIK, 2001, p. 32 a 33).

Nesse cenário, o código de processo civil de 1973 afirmava categoricamente que o juiz deveria “apreciar livremente a prova”. O artigo 23 da LC nº 64/90, no mesmo sentido, instituiu que “[...] o Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida”. Nota-se, portanto, uma falha fulcral na referida teoria quando vista pela ótica do processo civil brasileiro, ao passo que se

desvirtuou da origem da sua criação, ou seja, da necessidade de objetivação lógica do pensamento.

O CPC/15, por sua vez, fundado nas ideias de um processo civil constitucional, instituiu a obrigatoriedade do contraditório substancial e da fundamentação das decisões, determinando que o juiz aprecie a prova constante nos autos e indique na decisão as razões do seu convencimento. Além disso, o atual *códex* fincou critérios expressos no que tange à adequada fundamentação judicial, tal como se observa no §1º do art. 489.⁶⁸ Desse modo, o que se percebe é a emissão de decisões pautadas em uma racionalidade prática procedimental, legitimadas pela observância de regras e princípios constitucionais, pautadas no debate, no exercício do contraditório amplo e no dever de fundamentação, proporcionando, nesse sentido, a obtenção de decisões justas e efetivas (ZANETI JR., 2014, p. 84-94).

Desse modo, conclui-se que a verdade jurídica dependerá não dá impressão, mas do raciocínio do julgador, que deve decidir conforme regras lógicas de reconstrução dos fatos e tirando suas conclusões conforme a racionalidade das provas dos autos, devendo ponderar acerca da qualidade e da força probante destas (MELLO, 2008, p. 69). Nesse cenário, urge rememorar a ideia dos *Standards* da prova, os quais podem ser definidos como critérios quantitativos, com graus distintos de rigidez, relacionados à atividade probatória e ao convencimento do julgador que se destinam a subsidiar as decisões no que tange à aceitação, ou não, de uma hipótese fática como verdadeira.

A referida teoria possui suas raízes em países adeptos ao sistema *commom law*, todavia, conforme já esboçado alhures, não existem óbices à utilização dessa ideia no Brasil, notadamente porque se afigura como mais uma forma de controle das decisões judiciais e de manutenção do devido processo legal constitucional. Pela teoria norte americana, portanto,

⁶⁸ § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

três são os *standards* da prova, os quais operam a partir da matéria discutida em juízo, e que, de forma gradativa, representam níveis de rigidez no que tange à valoração da prova.

Portanto, para processos cíveis comuns envolvendo bens patrimoniais disponíveis, utiliza-se o *standard da preponderância das provas*, no qual será declarado vencedor aquele que apresenta uma hipótese mais plausível de acordo com o conjunto probatório contido nos autos. Também chamado de “balanço de probabilidades”, será considerado vencedor aquele que produzir provas com maior peso, mesmo que em uma proporção minimamente superior.

De forma intermediária, considera-se o modelo denominado *standard de prova clara e convincente*, aplicável aos casos cíveis especiais, nos quais se discutem direitos indisponíveis e para os quais a exigência é que a proposição considerada vencedora da disputa judicial seja aquela que se afigure como altamente provável, e não mais simplesmente mais provável do que a outra (KNIJNIK, 2007, p. 38).

Classificado como o modelo de prova mais rigoroso, que deve ser aplicado aos casos penais, encontra-se o *standard da prova acima da dúvida razoável*, o qual concretiza a presunção de inocência e aumenta a exigência de convencimento, através da prova, que seja digno de ensejar a condenação em casos criminais.

Portanto, indaga-se: qual seria o *standard* de prova aplicável aos processos eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo?

Para definir a resposta do questionamento exposto, importa fixar algumas premissas. Primeiramente, ressalte-se que não existe um regramento codificado para instrução dos feitos de natureza eleitoral, pelo que se devem utilizar as leis esparsas e, subsidiariamente, o código de processo civil. Em segundo plano, em que pese a utilização subsidiária do código de processo civil, não se pode olvidar que os direitos que permeiam as demandas eleitorais possuem natureza pública, pelo que, por eliminação, em nenhuma hipótese o modelo de prova aplicável poderia ser o da preponderância das provas.

Nesse sentido, reside definir se o *standard* aplicável aos processos eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo seria aquele utilizado, nos países de matriz *commom law*, para os

casos de natureza cível especial – prova clara e convincente – ou para os casos de natureza penal – prova acima da dúvida razoável.

Posto isso, parte-se para a análise da força motriz que norteia a instrução probatória nos processos cíveis especiais e nos processos de natureza criminal. Enquanto nos processos cíveis – mesmo especiais e com as ressalvas da nova lógica de distribuição do ônus da prova –, impera a regra do *actori in cumbit onus probandi*, no processo criminal impera a lógica do *in dubio pro reo*. Conjugando os brocados com a lógica dos *standards*, tem-se que, nos processos cíveis especiais, cabe ao autor provar o seu direito, devendo o julgador decidir ao seu favor quando houver provas claras e convincentes. Já nos processos penais, parte-se da lógica da presunção de inocência, somente podendo sobrevir condenação na hipótese da existência de provas além da dúvida razoável.⁶⁹

A dúvida razoável é, pois, o grau de incerteza acima do normal – superior a uma simples dúvida –, decorrente das provas produzidas nos autos, das máximas de experiência e, até mesmo, de fatos ocorridos após o início do julgamento (art. 493, CPC/15). É ela – a dúvida razoável – que não permite ao Magistrado realizar um juízo mínimo de certeza quanto ao fato e, conseqüentemente, quanto ao direito subjacente a esse fato. É, portanto, uma dúvida qualificada, capaz de incutir no julgador tamanha incerteza quanto aos fatos analisados a ponto de impedir que seja proferida decisão em desfavor do réu.

Além disso, a verificação do *standard* de acordo com a dificuldade probatória deve obedecer algumas condições, quais sejam: i) ser o fato de difícil prova; ii) haver dificuldade ou lacuna probatória em razão da ineficiência da investigação; iii) ter a acusação demonstrado que empregou todos os meios de prova possíveis para a elucidação dos fatos; iv) necessidade de maior grau de motivação judicial na valoração das provas (MELLO, 2008, p. 72).

Nesse contexto, considerando os princípios do direito eleitoral – notadamente o *in dubio pro suffragii* –, bem como o conturbado cenário que envolve o processo eleitoral – que tornam as

⁶⁹ Para a Ministra Rosa Weber, na relatoria da ação penal nº 676, o conceito de “dúvida razoável” deve ser compreendido como “uma dúvida baseada na razão e no senso comum [...] é uma dúvida que uma pessoa razoável possui após cuidadosamente sopesar todas as provas [...] uma dúvida que leva uma pessoa razoável a hesitar em tomar uma decisão em uma questão de importância para sua vida pessoal” AP. 676. Rel. Min. Rosa Weber, Dje 06.02.2018.

apurações dos fatos mais complexas e tortuosas – há que se concluir que o melhor padrão para ser adotado nos processos eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo é o da *dúvida acima do razoável*.

Isso porque, se o convencimento que enseja uma sanção de privação da liberdade individual – como é o caso da pena privativa de liberdade – depende, para ser legítimo, de um conjunto probatório racionalmente seguro e para além da dúvida razoável, não há porque considerar que a destituição de um mandato eletivo – que nada mais é o do que a representação da soberania popular manifestada pelo voto – que atingirá não só o candidato, mas também todos aqueles que nele depositaram o seu voto e, ainda, todo o sistema democrático, tenha um critério inferior àquele utilizado nas hipóteses de privação das liberdades individualmente consideradas.

Dessa forma, considerando os bens jurídicos tutelados pelo direito eleitoral, bem como os efeitos decorrentes das ações judiciais que podem acarretar a perda do mandato eletivo, a adoção do *standard da dúvida além do razoável*, pelos tribunais eleitorais, em casos tais, é o que se revela mais adequado à doutrina pátria e à lógica do devido processo constitucional, ao revés do *standard da prova clara e convincente*, conforme se apreciará nos julgados que serão a seguir analisados no próximo capítulo.

5 APLICAÇÃO DO STANDARD DA DÚVIDA ALÉM DO RAZOÁVEL PELO TSE

Após analisar as teorias da verdade, os modelos e sistemas probatórios e a teoria dos *standards* da prova dentro do contexto da valoração da prova nas ações eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo, concluiu-se, em razão dos princípios que norteiam o direito eleitoral – especialmente em razão da soberania popular e do princípio do *in dubio pro suffragii* – pela adoção, nas ações judiciais que podem acarretar a perda do mandato eletivo, do *standard da prova da dúvida além do razoável*.

Desse modo, no presente capítulo este trabalho se preocupará em identificar de que modo, e a partir de quais parâmetros, o Tribunal Superior Eleitoral, nas últimas eleições, vem abordando a temática da valoração da prova nos processos judiciais submetidos à apreciação da referida Corte.

5.1 RECURSO ORDINÁRIO Nº 2246-61

O caso em análise refere-se ao julgamento conjunto de quatro Recursos Ordinários e três Recursos Especiais interpostos em face de Acórdão proferido pelo TRE-AM que, por maioria de votos, julgou procedente pedido formulado nos autos de AIJE, para cassar o mandato de José Melo de Oliveira e José Henrique de Oliveira, eleitos aos cargos de governador e vice-governador, cominando-lhes, de forma solidária, ao pagamento de multa no valor de 80 mil UFIRs em razão da prática dos ilícitos previsto no art. 41-A (captação ilícita de sufrágio) e art. 73, I, §§4º e 5º (conduta vedada), ambos da Lei nº 9.504/97.

Além disso, a corte estadual condenou, individualmente, Nair Queiroz Blair, Paulo Roberto Vital de Menezes, Raimundo Ribeiro de Oliveira Filho e Raimundo Rodrigues da Silva ao pagamento de multa de 5 mil UFIRs, em razão do disposto no art. 73, I, §4º da Lei das Eleições.

Breve resumo dos fatos (2017, p. 104 a 107):

Os ilícitos eleitorais teriam sido verificados a partir de investigação preliminar levada a efeito pela Polícia Federal em duas diligências, efetivadas em razão de denúncia anônima da prática de compra de votos pelo candidato à reeleição ao Governo do Estado, José Melo. A primeira diligência foi realizada, no dia

21.10.2014, na Convenção das Igrejas Evangélicas de Manaus/AM, evento ocorrido na sede da empresa Ducila Festas. Na ocasião, foi constatado que o pastor que conduzia a Convenção das Igrejas, o pastor Moisés Barros, exortou as qualidades políticas do candidato a governador, com o explícito pedido de votos, na presença de Evandro Melo, irmão do candidato. Não se verificou, porém, qualquer indício de compra de votos na reunião. 3. Já a segunda diligência, em 24.10.2014, ocorreu no interior do comitê eleitoral dos representados JOSÉ MELO DE OLIVEIRA e JOSÉ HENRIQUE OLIVEIRA (governador e vice eleitos), em outra reunião política de apoio aos candidatos com pastores evangélicos, também com a presença e coordenação do pastor Moisés Barros. Nela, os policiais relataram que o pastor Moisés Barros apresentou a Sra. NAIR QUEIROZ BLAIR aos presentes como uma pessoa milionária, assessora do governador e ligada intimamente a ele, dizendo, inclusive, que "falar com ela era o mesmo que falar com Melo". Observaram, ainda, que a Sra. NAIR tinha acesso a uma sala reservada do comitê de campanha, que apresentava movimentação intensa e suspeita de entrada e saída de pessoas, inclusive de uma moça portando roupa de estampa de onça, que destoava do público do evento. A moça, chamada KARINE CRISTIANA DA COSTA BRITO, foi, então, abordada pelos policiais ao sair do comitê e presa em flagrante, por portar R\$ 4,4 mil em notas de R\$ 50, sem ser capaz de explicar a origem do dinheiro. Na sequência, a polícia ingressou na sala reservada do comitê de campanha e prendeu em flagrante a representada NAIR, ao encontrar a quantia de R\$ 7,7 mil em espécie em sua posse, bem como diversos documentos, recibos, planilhas (com prestação de contas com valores supostamente entregues a igrejas, políticos e seus parentes, dados de eleitores), cartas com pedidos ao candidato e materiais de propaganda da campanha para governador no interior do seu veículo. [...]. Ademais, foram apreendidos com NAIR documentos referentes à contratação de empresa denominada Agência Nacional de Segurança e Defesa (ANS&D) pelo governo do Amazonas, pelo valor de R\$ 1 milhão, para supostamente prestar serviços de segurança digital ("monitoramento móvel") ao estado durante a Copa do Mundo de 2014, por meio da Secretaria de Estado de Segurança Pública. A partir dos documentos e das demais provas nos autos, identificou-se que: (i) NAIR QUEIROZ BLAIR era responsável pela pessoa jurídica; (ii) a conta da ANS&D estava zerada até receber os recursos do estado, e a empresa somente emitiu 4 notas fiscais desde sua constituição; (iii) a empresa não possuía quadro permanente de funcionários, nem desenvolvia atividades na sede indicada em seus documentos constitutivos; (iv) o contrato firmado pela ANS&D com o governo não foi precedido de licitação ou de processo de dispensa, e sequer foi formalizado (há apenas uma carta proposta enviada pela empresa); (v) o contrato se destinava à "implantação tecnológica de monitoramento em tempo real móvel" para a segurança dos jogos da Copa do Mundo de 2014 em Manaus, mas a carta proposta contendo o preço do contrato foi apresentada pela empresa à Secretaria de Segurança Pública em 20.6.2014, quando 2 dos 4 jogos já haviam sido realizados (os jogos em Manaus foram realizados nos dias 14, 18, 22 e 25 de junho); (vi) em 13.8.2014, os representados CEL. PM RAIMUNDO RIBEIRO DE OLIVEIRA FILHO e CEL. QOBM RAIMUNDO RODRIGUES DA SILVA atestaram a execução de serviço pela empresa de 12.6.2014 a 13.7.2014, e, logo, antes do envio da carta proposta pela empresa e em período que superou o fim dos jogos da Copa na cidade; o valor contratual de R\$ 1 milhão foi pago à ANS&D em 9.9.2014, depois da realização dos jogos em Manaus, durante o período eleitoral e quando faltava menos de 1 mês para o pleito, por autorização do representado PAULO ROBERTO VITAL (ex-Secretário de Segurança Pública do Amazonas); e logo após o pagamento do preço pelo governo estadual, houve saque de R\$ 400 mil em espécie da conta da empresa e foram feitos outros saques em espécie, transferências e compensações de cheque, a maioria de pequenos valores. Com base nesses fatos, na representação, alegou-se que o contrato teria servido, em verdade, para desviar recursos do governo estadual para custear despesas de campanha dos representados e captar ilegalmente sufrágio, mediante fornecimento de ajuda de custo para transporte de eleitores, confecção de óculos, construção de túmulo, compra de passagens, compra de combustível, custeio de transporte de eleitores para parada gay, aluguel de ônibus, compra de cestas básicas, doações para comissões de formaturas, entre outros.

Nos recursos interpostos à Corte Superior foram arguidas sete preliminares, as quais foram refutadas por unanimidade. A saber: (i) violação do art. 275 do Código Eleitoral, em razão da não apreciação de matérias de defesa; (ii) cerceamento de defesa, por indeferimento de produção de provas (perícia grafotécnica) e ausência de oitiva de testemunhas; (iii) nulidade de busca e apreensão e ilicitude da operação policial por ausência de prévia autorização judicial; (iv) nulidade do inquérito policial, por ter sido formado a partir de denúncia anônima; (v) ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário; (vi) ilegitimidade para figurar no polo passivo; (vii) violação ao juiz natural, pela redistribuição do processo.

Antes de adentrar ao julgamento do mérito, o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, fez importantes ponderações acerca das particularidades do processo judicial eleitoral, que ora se transcreve (2017, p. 113 a 115):

Antes de ingressar no mérito, é preciso considerar duas premissas fundamentais para o julgamento do presente processo. Em primeiro lugar, e de modo geral, a necessidade de preservar a soberania popular legitimamente manifestada nas urnas, o que recomenda que o afastamento de candidato eleito somente se dê em casos de violações graves e suficientemente comprovadas à legislação eleitoral. Portanto, a regra nos processos que envolvam a possibilidade de cassação de mandato deve ser o respeito ao resultado eleitoral, de modo que, somente em casos excepcionais, a Justiça Eleitoral deverá substituir a vontade do eleitorado. Em segundo lugar, a necessidade de coibir, com máximo rigor, a compra de votos. Embora a Justiça Eleitoral tenha avançado enormemente no combate às fraudes e na garantia da verdade eleitoral, infelizmente, a compra de votos ainda é uma prática difundida nas campanhas políticas brasileiras. Pesquisa encomendada por este TSE constatou que, pelo menos, 28% dos entrevistados revelaram ter conhecimento ou testemunhado a compra de votos no país¹². Essa prática é capaz de comprometer não apenas a liberdade de voto do eleitor - bem jurídico tutelado pelo art. 41-A da Lei 9.504/1997 -, mas também a igualdade de chances entre os candidatos e a legitimidade do processo eleitoral. Nesse sentido, o objetivo de preservação da soberania popular também está em jogo quando se discute a captação ilícita de sufrágio, já que ela igualmente vicia o processo de manifestação das preferências eleitorais, bem como compromete a autonomia dos votantes e o resultado das urnas. [...] Aqui, cabe fazer uma importante observação quanto ao grau de certeza probatória exigido no Direito Eleitoral em comparação com o Direito Penal. Não há, no ordenamento jurídico pátrio, nenhum fundamento que autorize exigir-se um conjunto probatório mais robusto para condenações em ilícitos eleitorais do que o exigido nos casos de ilícitos penais. Afinal, o Direito Penal constitui a forma mais drástica de intervenção estatal, por ser capaz de afetar a liberdade dos indivíduos, bem jurídico dotado de máxima fundamentalidade material. No âmbito eleitoral, pode-se até admitir um standard probatório elevado no limite igual ao do Direito Penal, em situações que envolvam violações diretas à soberania popular, princípio também de elevada hierarquia axiológica no sistema constitucional. Tal standard, porém, jamais pode ser superior. [...] 27. Como resultado, no Direito Eleitoral, os indícios devem ser igualmente admitidos como meio de prova suficiente para a condenação, vedada apenas a motivação baseada em presunções sem nenhum liame com os fatos narrados nos autos. Aliás, conforme expressa disposição do art. 41-A da Lei 9.504/1997 e precedentes desta Corte (ED-RO 2.098, Rei. Mm. Arnaldo Versiani, j. 3.11.2009; AgR-REspe 399.403.104, Rei. Mm. Dias Toffoi, j. 14.11.2013), aplica-se à captação ilícita de sufrágio o procedimento estabelecido no art. 22 e seguintes da LC

64/1990 (a Lei de inelegibilidades), que prevê expressamente 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” (art.23).

Na sequência, quanto à captação ilícita de sufrágio, a Corte Superior Eleitoral reconheceu, assim como o Tribunal Amazonense, que o conjunto probatório existente nos autos era “robusto e insofismável” para indicar a prática de ilícito eleitoral por parte da representada Nair Queiroz Blair, restando verificar, todavia, se os elementos probatórios nos autos seriam suficientes para imputar a conduta praticada por terceiros aos representados eleitos aos cargos de governador e vice-governador do estado do Amazonas.

Nesse sentido, o eminente Ministro Luis Roberto Barroso (2017, p. 122) entendeu que, embora não houvesse nos autos prova direta da anuência dos candidatos à reeleição do governo do Amazonas acerca dos ilícitos, havia indícios suficientemente densos para concluir pela anuência dos candidatos beneficiários quanto à prática do ilícito eleitoral, quais sejam:

- (1) Condutas caracterizadoras da captação ilícita de sufrágio, previstas no art. 41-A, foram praticadas por NAIR QUEIROZ BLAIR dentro do comitê de campanha de José Melo;
- (2) NAIR atuava em conjunto com EVANDRO MELO, irmão do governador e coordenador da campanha, conforme comprovado pelos vários recibos que documentam as condutas ilícitas (e.g., ajuda de custo para formandos, passagens para votar) apreendidos com NAIR, que eram emitidos em nome dos dois, bem como pelas planilhas com as prestações de contas dos "atendimentos" em nome de EVANDRO, de NAIR e do comitê de campanha;
- (3) NAIR era apresentada e reconhecida por terceiros como "assessora" do governador e pessoa intimamente ligada a ele, conforme comprovado pelas provas testemunhais. As testemunhas Loyanne Larissa Rufino Lima e Jairo de Almeida declararam que, em reunião no comitê de campanha, o pastor Moisés afirmou aos presentes que "falar com ela é o mesmo que falar com Melo". Já Manoel Dalison da Costa, condutor do veículo que levou Nair Blair ao comitê de campanha na noite da apreensão, confirmou que Nair afirmava trabalhar na campanha de José MeIo; NAIR era sócia-gerente de empresa que recebeu R\$ 1 milhão do governo estadual no período de campanhas para prestar serviço para a Copa do Mundo em contratação com fortes indícios de irregularidade, considerando-se que: a) a empresa não tinha atividades substanciais até receber os recursos do estado; b) o contrato firmado com o governo não foi precedido de licitação ou de processo de dispensa, e foi formalizado apenas pelo envio de carta proposta pela empresa; c) o contrato se destinava a garantir a segurança dos jogos da Copa do Mundo de 2014 em Manaus, mas a carta proposta foi apresentada quando 2 dos 4 jogos já haviam sido realizados; d) o valor contratual de R\$ 1 milhão foi pago depois da realização dos jogos e quando faltava menos de 1 mês para o pleito; e) logo após o pagamento do preço pelo estado, houve um saque de R\$ 400 mil em espécie da conta da empresa e foram feitos outros saques, transferências e compensações de cheques de pequenos valores.

Na esteia do que foi dito, conclui-se que os fatos supracitados formavam “conjunto probatório robusto, capaz de demonstrar além de dúvida razoável que os candidatos a governador e vice-governador tinham, ao menos, ciência das condutas perpetradas em benefício deles” (2017, p. 123).

Quanto à configuração da prática de conduta vedada aos agentes públicos, notadamente aquela prevista no art. 73, I, da lei nº 9.504/97,⁷⁰ afirmou o Min. Barroso que não havia dúvidas que:

[...] sobre o contrato celebrado entre o Estado do Amazonas e a empresa Agência Nacional de Segurança e Defesa (ANS&D) paira densa nuvem de questionamentos, muitos dos quais de viés formal, ante a inobservância de regras elementares de Direito Administrativo, notadamente relacionadas ao certame licitatório.

Não obstante, afirmou que:

Diante do acervo probatório produzido nos autos, afigura-se temerário ter por pressuposto que o objeto do contrato celebrado - monitoramento móvel - deixou de ser cumprido em sua integralidade, revertendo-se assim a totalidade do montante pago, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), para a campanha eleitoral de reeleição do representado.

Na sequência, aduziu que:

Efetivamente, os elementos contidos nos autos permitem discutir a higidez da contratação da Agência Nacional de Segurança e Defesa (ANS&D), empresa de que Nair era sócia-gerente, pelo Estado do Amazonas, dos pontos de vista eleitoral, administrativo e criminal. Primeiro, a contratação da ANS&D pelo governo do Amazonas se deu sem licitação ou processo prévio de dispensa, e o contrato não foi formalizado, havendo apenas uma carta proposta enviada pela empresa no valor de R\$1 milhão. Segundo, o objeto da contratação consistiu na obscura "implantação tecnológica de monitoramento em tempo real móvel" para garantir segurança durante a Copa do Mundo de 2014, mas a carta proposta contendo o preço do contrato foi apresentada pela empresa quando 2 dos 4 jogos já haviam sido realizados. Terceiro, não há elementos que indiquem a expertise e a efetiva capacidade da empresa para prestar os serviços. Ao contrário, a empresa somente tinha emitido 4 notas fiscais desde sua constituição, sua conta estava zerada, a empresa não possuía quadro permanente de funcionários, e nenhuma atividade era desenvolvida na sede indicada em seus documentos constitutivos. Quarto, o pagamento do preço pelo governo estadual se deu depois da realização dos jogos em Manaus, durante o período eleitoral e quando faltava menos de 1 mês para o pleito, e

⁷⁰ Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

logo após houve um saque de R\$ 400 mil em espécie da conta da empresa e diversos outros saques em espécie, transferências e compensações de cheque, a maioria de pequenos valores. Tais elementos criam a suspeita de que o contrato celebrado serviu, em verdade, para desviar recursos da administração pública estadual para a campanha eleitoral do governador, candidato à reeleição, em infração ao disposto no art. 73, 1, da Lei 9.504/1997, que proíbe "aos agentes públicos, servidores ou não as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: 1- ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária". Todavia, não há prova suficiente de que os recursos contratuais oriundos dos cofres públicos tenham sido desviados para a compra de votos ou para finalidades eleitorais em geral em benefício do então candidato à reeleição. De um lado, a execução contratual foi atestada por servidores públicos (os representados RAIMUNDO RIBEIRO DE OLIVEIRA FILHO e RAIMUNDO RODRIGUES DA SILVA) em relatório de acompanhamento de serviços. De outro, embora alguns saques constantes do extrato bancário da empresa tivessem valores coincidentes com aqueles declarados nos recibos e nas planilhas que documentaram a compra de votos, não foi possível relacionar, de forma exata, os valores e as datas. Ademais, os recibos e documentos apreendidos com Nair não alcançam valor próximo ao do contrato administrativo: segundo o Ministro Relator, mesmo somados, os montantes não chegam a 10% do valor contratual. Pelo exposto, dou provimento aos recursos ordinários dos recorrentes JOSÉ MELO DE OLIVEIRA, JOSÉ HENRIQUE DE OLIVEIRA, NAIR QUEIROZ BLAIR, PAULO ROBERTO VITAL, RAIMUNDO RIBEIRO DE OLIVEIRA FILHO e RAIMUNDO RODRIGUES DA SILVA para fins de afastar a caracterização da conduta vedada prevista no art. 73, 1, da Lei 9.504/1997.

Nesse sentido, concluiu pela cassação dos diplomas e pela realização de novas eleições:

Em suma, dou parcial provimento aos recursos ordinários de JOSÉ MELO DE OLIVEIRA e JOSÉ HENRIQUE DE OLIVEIRA apenas para fins de afastar a caracterização da conduta vedada prevista no art. 73, 1, da Lei 9.504/1997, mantendo-se o acórdão regional no ponto em que determinou a cassação dos diplomas dos candidatos eleitos, bem como a aplicação de multa no montante de 50.000 Ufirs, de forma solidária entre eles, em razão da prática de captação ilícita de sufrágio prevista no art. 41-A da Lei 9.504/1997. Ademais, dou provimento aos recursos ordinários dos recorrentes NAIR QUEIROZ BLAIR, PAULO ROBERTO VITAL, RAIMUNDO RIBEIRO DE OLIVEIRA FILHO E RAIMUNDO RODRIGUES DA SILVA, para afastar a caracterização da conduta vedada prevista no art. 73, 1, da Lei 9.504/1997. Por fim, nego provimento ao recurso do Partido Solidariedade - Estadual.

Desse modo, o que se verifica é que o Tribunal Superior Eleitoral, quando da análise da ocorrência de captação ilícita de sufrágio, considerou que a existência de um conjunto probatório denso era suficiente para caracterizar a anuência dos candidatos beneficiários quanto à prática do ilícito eleitoral. Nesse sentido, afirmou que o conjunto probatório era capaz de demonstrar, *além de dúvida razoável*, que os candidatos a governador e vice-governador tinham, ao menos, ciência das condutas perpetradas em benefício deles.

Por outro lado, em relação ao ilícito previsto como conduta vedada, o Tribunal Superior Eleitoral afirmou ser temerário e, portanto, *aquém da dúvida razoável*, afirmar que o objeto do contrato celebrado deixou de ser cumprido em sua integralidade, revertendo-se assim a totalidade do montante pago para a campanha eleitoral de reeleição do representado.

5.2 RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 461-69

O caso em análise refere-se ao julgamento de um agravo de instrumento interposto contra decisão que deu provimento aos recursos que julgaram improcedente a Ação de Investigação Judicial Eleitoral ante a ausência de provas robustas aptas a comprovar a captação ilícita de sufrágio.

De acordo com o breve resumo dos fatos, a questão controvertida nos autos consiste na configuração de captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei nº 9.504/97), em razão da oferta de dinheiro, por José Freire dos Santos – tio do então candidato a prefeito, Alan Andreino – ao eleitor Vagner Santos Reis. Da análise do voto, verifica-se que o conjunto probatório está amparado nos depoimentos colhidos em juízo e em vídeo e imagens captadas de uma câmera de segurança instalada na rua, por meio da qual foi registrado o tio do candidato entregando dinheiro ao eleitor. Quanto aos fatos, o TRE-SE assim se manifestou:

'Sustenta o insurgente que o recorrido JOSÉ FREIRE DOS SANTOS, no dia da eleição, captou ilicitamente o voto do eleitor conhecido como "QUINHO" - identificado posteriormente como VAGNER SANTOS DOS REIS -, entregando-lhe dinheiro para que votasse no sobrinho ALAN NDRELINO, então candidato ao cargo de prefeito de Areia Branca/SE.

Para subsidiar suas alegações, o representante, ora recorrente, colacionou aos autos um vídeo (às imagens foram captadas de uma câmera de segurança instalada na rua - fl. 20), cuja gravação, datada de 02/10/2016, mostra o recorrido JOSE FREIRE DOS SANTOS ("Zezinho") parado em sua motocicleta próximo à Escola Municipal José Romão' do Nascimento, por volta das 06:08min:365seg, conversando com Vagner Santos dos Reis ('Quinho') que trafegava pela rua onde se localiza o estabelecimento de ensino. Na sequência, precisamente às 06h:08min:54seg, Zezinho puxa algo do bolso dianteiro esquerdo e o entrega a Quinho, que olha e coloca no bolso. Às 06h:09min:23seg, Zezinho pega novamente algo no bolso de trás, conta e entrega a Quinho no exato momento em que um carro na cor vinho chega, voltando Zezinho a guardar (certamente o Teste do dinheiro) no bolso de trás. Após, Zezinho e Quinho seguem em direções opostas.

Nas suas contrarrazões, afirmam os recorridos que o vídeo flagrou o momento em que Zezinho entregou dinheiro (R\$ 2,00) a Vagner Santos dos Reis (Quinho'), para que este comprasse bebida, porquanto se tratava de pessoa assumidamente alcoólatra e que pede dinheiro às pessoas para beber diariamente. No entanto, as provas carreadas aos autos não corroboram a tese da defesa. Com efeito, na mídia avistada na fl. 20, percebe-se, que Zezinho puxa realmente algo do bolso dinheiro da bermuda e o entrega a Quinho, que olha e guarda o que lhe foi entregue no bolso.

Na sequência, Zezinho pega novamente algo no bolso de trás da bermuda, conta, entrega a Quinho que guarda (certamente o resto do dinheiro) no bolso de trás. É possível identificar, ainda que ao menos em uma oportunidade Zezinho conta cédulas, sendo evidente que de em ambos os contatos não pode ter entregado apenas R\$ 2,00. Da filmagem, portanto já surge forte indicio de que ocorreu a compra do voto do eleitor Vagner Santos dos Reis.

Por seu turno, Vagner Santos dos Réis, em declarações prestadas em juízo, mídia de fl. 84, disse que pediu R\$2,00 ao parente de Alan de Agripino (Zezinho) para tomar uma cachaça e que filmaram esse pedido. Afirmou, ainda, que só os R\$ 2,00 e que a entrega do valor não foi condicionada ao pedido de voto. Alegou que bebe muito e que no dia da audiência começou às 5h da manhã e só parou às 12h. Esclareceu que é acostumado a pedir dinheiro às pessoas para beber.

Informou que votou nas eleições de 2016. Quando perguntado pelo advogado do representante falou que foi verdade que Zezinho perguntou quando a testemunha queria para votar em Alan, mas ele respondeu que nada porque já tinha seu candidato. Asseverou que o encontro entre a testemunha e Zezinho foi no sábado anterior às eleições. Reafirmou que Zezinho só deu dinheiro à testemunha nesse dia antes das eleições, e que este pediu para votar em Alan e em Bel da Mercedinha. Ressaltou que disse a Zezinho que não votava no candidato a vereador porque já tinha candidato. Mencionou que às vezes bebe junto com Zezinho, mas depois dessa data não encontrou com ele mais não.

Atestou que está no vício de álcool há muitos anos, bebendo todos os dias, e que já tentou deixar, mas não conseguiu, e que vezes se lembra e outras não do que ocorreu quando bebia. Descreveu que pede dinheiro para manter o vício e que 'sua vida hoje é beber'.

Com relação à captação ilícita de sufrágio, esclarece, também, as declarações da testemunha Jaime Bias (que estava conversando com o motorista do veículo da cor vinho, constante da mídia de fl. 20), no sentido de que disse no dia da eleição (02/10/2016), por volta de 6 horas da manhã, que viu Zezinho conversando com um rapaz na frente da escola e percebeu que realmente Zezinho entregou-lhe um dinheiro, não sabendo informar o valor. Esclareceu que não conseguiu escutar o que falaram e, portanto, não sabe se houve pedido de voto. Afirmou que Vagner Santos dos Reis (Quinho) não apresentava sinais de embriaguez.

E, ainda, em juízo, Vagner Santos dos Reis afirmou que foi verdade que Zezinho perguntou quanto a testemunha queria para votar em Alan, mas ele respondeu que nada, porque já tinha seu candidato. Informou que Zezinho só deu dinheiro à testemunha nesse dia antes das eleições e que pediu uma ajuda para votar em Alan e em Bel da Mercedinha.

As declarações acima mostram que a conduta de Zezinho, ao indagar quanto o eleitor Vagner Santo dos Reis (Quinho) queria para votar no candidato Alan, configura compra de votos, independentemente da negativa do citado eleitor em receber a benesse ofertada, uma vez que, nos exatos termos - do art 41-A da Lei nº 9.504/197 constitui captação de sufrágio, dentre outras, a promessa de 'entregar a: eleitor, com o obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza'.

[...].

Assim, a captação ilícita do voto do eleitor Vagner Silva, está comprovada na mídia juntada com a inicial. fi. 20, além das declarações do eleitor cooptado testemunha Jaime Dias ,dos ouvidos em juízo sob o crivo do contraditório, de modo que do fático-probatório observado nos autos, sobressaem de forma robusta e consistente os elementos que demonstram a ocorrência da narrada captação ilícita de sufrágio perpetrada por José Freire dos Santos (Zezinho) em benefício de seu sobrinho e então candidato Alan AndreolinoNunes Santos.'

(Grifo nosso).

No agravo impetrado junto ao TSE, em face do Recurso ordinário que já havia modificado o entendimento da corte estadual, o recorrente alega que a moldura fático-probatória do acórdão do TRE/SE foi contundente no sentido de que os agravados, nas eleições de 2016,

promoveram compra de votos no Município de Areia Branca/SE, por meio da distribuição de dinheiro feita pelo tio do candidato Alan de Andreino ao eleitor Vagner Santos dos Reis.

Todavia, o TSE entendeu que o conjunto probatório dos autos não encerra comprovação segura acerca da captação ilícita de sufrágio, revelando-se “*incontroverso e evasivo*”, e prossegue:

A condenação dos recorridos ocorreu em razão do depoimento contraditório e confuso de suposto eleitor cooptado, Vagner Santos dos Reis (“Quinho”). A testemunha ora afirma que pediu R\$ 2,00(dois reais) José Freire dos Santos (“Zezinho”) para comprar bebida alcoólica, ora afirma que este lhe perguntou quanto queria para votar no candidato Alan Agripino. Além disso, conforme consta no acordão, o suposto eleitor cooptado afirmou em seu depoimento que “é acostumado a pedir dinheiro às pessoas para beber que está no vício do álcool a [sic] vários anos, bebendo todos dias”, que “bebe muito e que no dia da audiência começou as 5h da manhã só parou as 12h” e que “as vezes se lembra e outras não do que ocorreu quando bebia” (fl. 333). Embasou-se a condenação, ainda, em depoimento de uma segunda testemunha e em imagens de uma câmera de vídeo - localizada na rua em que conversavam José Freire dos Santos e Vagner Santos dos Reis -, que são incapazes de demonstrar a entrega de bem em troca de voto.

Por fim, consignou que o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, no que se refere à configuração da captação ilícita de sufrágio, exige prova robusta da finalidade de se obter votos.

Afirmou, ainda, que a prova testemunhal, para ser considerada apta a fim de fundamentar a condenação, necessita que seja corroborada por outros elementos probantes que afastem dúvida razoável da prática do referido ilícito, o que não se verificou no caso em apreço.

Desse modo, o que se verifica é que o Tribunal Superior Eleitoral, quando da análise da ocorrência de captação ilícita de sufrágio, considerou que a existência de um conjunto probatório, embora apontasse indícios, não era suficiente para a prática do ilícito eleitoral e, portanto, *aquém da dúvida razoável*. O julgamento restou ementado como segue:

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. NECESSIDADE DE ROBUSTEZ PROBATÓRIA. PROVAS INÁBEIS PARA COMPROVAR A PRÁTICA DO ILÍCITO. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

A Jurisprudência deste Tribunal Superior é no sentido de que a captação ilícita de sufrágio exige prova robusta da finalidade de se obter votos. Além disso, a prova testemunhal, para ser considerada apta a fim de fundamentar a condenação, necessita que seja corroborada por outros elementos probantes que afastem dúvida razoável da prática do referido ilícito, o que na espécie não

se observa. (Grifo nosso) 2. O Regional concluiu configurada a prática de captação ilícita de sufrágio, consubstanciada na oferta de dinheiro por José Freire dos Santos ("Zezinho") tio do candidato a prefeito, Alan Andreilino ao eleitor Vagner Santos dos Reis ("Quinho"). 3. Todavia, depreende-se que o conjunto probatório dos autos, emoldurado no acórdão regional, não encerra comprovação segura da captação ilícita de sufrágio, revelando-se controverso e evasivo, mostrando-se inábeis a demonstrar a efetiva entrega de bem em troca de voto. 4. Agravo a que se nega provimento. (Recurso Especial Eleitoral nº 46169, Acórdão, Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 73, Data 16/04/2019, Página 38). (Grifo nosso).

No mesmo sentido, o Recurso Especial Eleitoral nº 253:

ELEIÇÕES 2012. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. OFENSA AO ART. 275 DO CÓDIGO ELEITORAL. ALEGAÇÃO GENÉRICA. IMPROCEDÊNCIA. AIME. PRAZO DECADENCIAL. APLICAÇÃO DO ART. 184, §1º, DO CPC. PRECEDENTES. ROL DE TESTEMUNHAS. ADITAMENTO DA PETIÇÃO INICIAL ANTES DA CITAÇÃO DO RÉU. POSSIBILIDADE. PAS DE NULLITÉ SAN GRIEF. GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE DA PROVA. PROVA TESTEMUNHAL ÚNICA. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS. INSUFICIÊNCIA PARA SUSTENTAR CONDENAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Ao apontar ofensa ao art. 275 do Código Eleitoral, assim como ocorre em relação ao art. 535 do Código de Processo Civil, cabe à parte identificar precisamente qual vício não teria sido sanado e a sua relevância para o deslinde da causa, não sendo suficientes alegações genéricas. 2. O prazo para a propositura da ação de impugnação de mandato eletivo, mesmo tendo natureza decadencial, submete-se à regra do art. 184, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, segundo a qual se prorroga para o primeiro dia útil seguinte se o termo final cair em feriado ou dia em que não haja expediente normal no Tribunal. 3. Apesar de a regra do art. 3º, § 3º, da Lei Complementar nº 64/90 exigir a indicação do rol de testemunhas no corpo da petição inicial, não é possível declarar a nulidade no caso, ante a não demonstração do efetivo prejuízo. 4. A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral para as Eleições de 2012 se consolidou no sentido de ser ilícita a gravação ambiental realizada de forma clandestina, sem autorização judicial, em ambiente fechado ou sujeito à expectativa de privacidade. Entendimento que deve ser preservado em feitos relativos à mesma eleição, ainda que existam ressalvas e possibilidade de rediscussão futura da matéria. 5. Para que a prova testemunhal possa ser considerada robusta e apta para fundamentar sentença condenatória, é necessário que ela seja corroborada por outros elementos de prova - testemunhais ou documentais - que afastem qualquer dúvida razoável sobre a caracterização da captação ilícita de sufrágio. (Grifo nosso). Recursos especiais interpostos por Rafael Mesquita Brasil e por Raimundo Nonato Mendes Cardoso providos. Recurso especial interposto por Lourinaldo Batista Silva julgado prejudicado. Ação cautelar julgada procedente, ficando prejudicado o agravo regimental interposto contra decisão liminar. (Recurso Especial Eleitoral nº 253, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 26/10/2016, Página 32).

Mais uma vez, o que se verifica é o Tribunal Superior Eleitoral utilizando-se do *standard da dúvida além do razoável* para decidir em casos que pode levar à desconstituição do mandato eletivo.

5.3 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 0600096-77.2018.6.27.0000

O próximo julgado a ser analisado refere-se a agravo regimental interposto pelo Ministério Público Eleitoral em face da decisão que negou seguimento ao recurso especial interposto pela Coligação “A Verdadeira Mudança” e por Carlos Henrique Franco Amastha contra acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins (TRE/TO), mediante o qual foi julgada improcedente a impugnação ao registro de candidatura de Wanderlei Barbosa Castro ao cargo de vice-governador do Estado do Tocantins nas eleições suplementares de 2018.

A decisão proferida pela Corte Eleitoral Tocantinense restou assim ementada:

REGISTRO DE CANDIDATURA. CANDIDATO. REQUERIMENTO DE REGISTRO DE CANDIDATURA – RRC. ELEIÇÕES SUPLEMENTARES 2018. VICE-GOVERNADOR. IMPUGNAÇÃO. IMPROCEDENTE. REQUISITOS PREENCHIDOS. REGULARIDADE. DEFERIMENTO. 1. As Eleições Suplementares 2018 para os cargos de Governador e Vice-Governador do Estado do Tocantins encontram-se disciplinadas na Lei 9.504/97 e na Resolução TRE-TO nº 405/2018. 2. Não há que se falar em descumprimento do art. 7º, da Resolução TRE-TO nº 405/2018, quando os representantes da Coligação já estavam, antes das 19h, do dia 23.4.2018, no recinto do TRE-TO, com documentos suficientes para o protocolo dos registros de candidaturas. 3. Constatada qualquer falha, omissão ou ausência de documentos necessários à instrução do pedido de registro de candidatura, o partido político, a coligação ou o candidato será intimado pela Secretaria Judiciária, para que o vício seja sanado (art. 11, § 3º, da Lei 9.504/97 e art. 37, da Resolução TSE nº 23.548/2017). 4. Não se pode indeferir o registro de candidato que preenche as condições de elegibilidade e não incide em hipótese de inelegibilidade quando as assinaturas do representante da Coligação e dos candidatos aposta no DRAP e no RRC foi prontamente regularizada [sic] após a providência prevista na legislação eleitoral. 5. A legislação eleitoral estabelece no art. 11, § 4º, da Lei 9.504/97, a possibilidade do candidato requerer o seu próprio registro na hipótese do partido ou coligação não fazê-lo. Tal norma bem demonstra a finalidade da lei em preservar o candidato da atitude do representante partidário que se omite da responsabilidade de requerer o registro por erro o dolo. 6. Em se tratando de eleição suplementar, é possível a mitigação do prazo de filiação partidária, considerando que sua fixação é estabelecida em norma infraconstitucional e em razão de tratar de situação excepcional, marcada especialmente pela urgência e imprevisibilidade, conforme jurisprudência do TSE. 7. Preenchidos os requisitos constitucionais, legais e regulamentares e estando o pedido instruído com os documentos exigidos pela Lei 9.504/97 e Resolução TRE-TO nº 405/2018, há que se deferir o registro de candidatura. 8. Restaram demonstradas as condições de elegibilidade previstas no ordenamento jurídico, não havendo impugnação ou notícia de qualquer causa de inelegibilidade. 9. Improcedência da impugnação. 10. Regularidade do RRC. Pedido deferido.

Em sede de recurso especial ao TSE, os recorrentes aduziram, em síntese: (i) afronta ao art. 14, § 3º, V, da Constituição Federal c. c. o art. 9º, caput, da Lei nº 9.504/97 e à Res.-TRE/TO nº 405/2018, porquanto o candidato não logrou comprovar estar filiado a partido político, pelo

menos, 6 (seis) meses antes do pleito; (ii) o recorrido era filiado ao Partido Solidariedade (SD), porém, no dia 6 de abril de 2018, teria se filiado ao Partido Humanista da Solidariedade (PHS), conforme se verifica da certidão de filiação obtida no sistema do Tribunal Superior Eleitoral e, uma vez que o pleito suplementar no Estado do Tocantins ocorreria em 3 de junho de 2018, houve descumprimento ao requisito legal de filiação partidária no prazo mínimo; (iii) inexistente previsão, no ordenamento jurídico pátrio, de se lançar candidatura avulsa, de modo que, para concorrer a cargo eletivo, deve o eleitor estar regularmente filiado a partido político no prazo mínimo estabelecido no art. 9º da Lei nº 9.504/97; (iv) incabível na espécie vertente o permissivo da janela partidária, ante o fato de o recorrido exercer mandato eletivo até o ano de 2022; (v) divergência jurisprudencial entre o acórdão regional e julgados do TSE no tocante à “[...] *necessidade de cumprimento das condições de elegibilidade para se efetivar o registro de candidatura, principalmente no que tange à necessidade de filiação partidária dentro do prazo mínimo de 6 (seis) meses para se concorrer ao pleito, mesmo tratando de eleição suplementar*”.

A Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo provimento do recurso especial e afirmou, em suma, que: (i) eventual incompatibilidade de determinado indivíduo ao regramento constitucional – por mais injusta que lhe possa parecer, diante da surpresa das eleições suplementares – não deve conduzir ao abrandamento daquilo que a Constituição e a legislação infraconstitucional estabeleceram com rigor; (ii) não é possível qualificar as eleições suplementares como evento absolutamente imprevisível e desprovido de regulamentação própria; (iii) questão relativa ao tempo de filiação partidária já foi objeto de apreciação por esta Corte Superior, que decidiu não ser possível a sua relativização nas eleições suplementares; (iv) não se desconhece a ausência de diferenciação ontológica entre normas legais e normas constitucionais, mas não cuidam os presentes autos de debater a ontologia dos fatos positivados; (v) não merece prosperar a invocação do princípio do *in dubio pro suffragio* – que sequer encontra positivação – como fundamento para a solução do caso; (vi) na presente hipótese, o que se busca é a adequada compreensão a respeito da incidência de dispositivo constitucional.

E, havendo duas razoáveis interpretações a respeito do direito a ser aplicado ao caso, nada mais justo do que a adoção daquela que prestigia o texto constitucional, em homenagem à força normativa da Constituição; (vii) no caso, o exercício de ponderação já se encontra positivado desde a Constituição, por meio de comando normativo destinado a proteger “a

proibidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e 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” (art. 14, § 9º, da Constituição da República); (viii) a escolha de não relativizar o art. 14, § 3º, V, já foi objeto de autêntica atuação do constituinte, não cabendo ao Poder Judiciário desfazer essa opção, eminentemente política; (ix) o ora agravado, por não ter reunido, tempestivamente, todas as condições de elegibilidade, não deveria ter seu requerimento de registro de candidatura deferido.

Desse modo, ao iniciar o seu voto, o relator rememorou tratar-se de questão relativa a eleição suplementar e, nesse sentido, afirmou ter o TSE firmado entendimento acerca da extraordinária mitigação do prazo mínimo de 6 (seis) meses de filiação partidária, no caso de eleição suplementar, dadas as características da incerteza e da imprevisibilidade que as permeiam.⁷¹

Em seguida, abordou a temática da incidência da decisão do Supremo (art. 14, § 7º, da CF/88) no RE nº 843.455/DF e a primazia do princípio do *in dubio pro suffragio*, e afirmou que a aplicação das hipóteses de inelegibilidade previstas do § 7º do art. 14 da Carta Magna às eleições suplementares, afirmada, em sede de repercussão geral, pelo STF, no Recurso Extraordinário nº 843.455/DF, restringe-se aos casos de inelegibilidade reflexa, e não alcança outras temáticas relativas ao processo de registro, como as condições de elegibilidade ou as demais causas de inelegibilidade, e concluiu (2018, p. 8):

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

⁷¹ ELEIÇÕES SUPLEMENTARES 2018. RECURSO ORDINÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. GOVERNADOR. AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. FILIAÇÃO PARTIDÁRIA. REQUISITOS EM FORMAÇÃO NA ÉPOCA EM QUE PRODUZIDOS OS EFEITOS DA CONDENAÇÃO. POSTULADOS DA CONFIANÇA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. PRECEDENTE DO STF. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE. PRIMAZIA DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SUFFRAGIO. FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRAZOS DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO E DE FILIAÇÃO PARTIDÁRIA. EXCEPCIONALIDADE DA ELEIÇÃO SUPLEMENTAR. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. 1. Na origem, foram julgadas improcedentes as impugnações com base no descumprimento do prazo de desincompatibilização art. 1º, III, a c.c. o art. 1º, II, g, da Lei Complementar nº 64/90 e no não preenchimento da condição de elegibilidade relativa à filiação partidária pelo prazo mínimo de seis meses anteriores ao pleito, deferindo-se, por conseguinte, o requerimento de registro de candidatura de Kátia Regina de Abreu ao cargo de governador do Estado do Tocantins, no pleito suplementar de 2018. RO - Recurso Ordinário nº 060008378. Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto. Publicado em Sessão, Data 29/05/2018.

qual a expressão do voto popular e a máxima preservação da capacidade eleitoral passiva merecem ser prioritariamente tuteladas pelo Poder Judiciário. (Grifo nosso).

Abordou-se, ainda, a inexistência de diferença ontológica na natureza jurídica dos prazos constitucionais e infraconstitucionais, bem como a possibilidade, para fins de eleições suplementares, de flexibilização do prazo de domicílio eleitoral para, nessas razões, desprover o Agravo Regimental interposto.

Desse modo, o que se verifica é que o Tribunal Superior Eleitoral decidiu pela manutenção do registro da candidatura do agravado considerando que, conforme determinado pelo próprio STF, em caso de *dúvida razoável* da melhor interpretação do direito posto, tal como verificado na espécie, 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.

5.4 RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 33056

O julgado em apreço refere-se a agravos regimentais interpostos contra decisão do TSE que negou seguimento ao recurso especial interposto contra acórdão do TRE/SP, que manteve a sentença e julgou improcedente o pedido de impugnação ao registro de candidatura de Fábio Francisco Zuza ao cargo de prefeito do município de Iracemápolis/SP, ante a não incidência das hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 1º, I, g e l da LC nº64/90.

A agravante menciona a existência de irregularidades graves no julgamento das contas do agravado pela Câmara Municipal, referente aos exercícios de 2011 e 2012, quando ainda era chefe do executivo municipal de Iracemápolis/SP, e descreve os vícios a fim de demonstrar a caracterização da inelegibilidade prevista no art. 10, 1, g, da LC no 64/90.

Todavia, TCE emitiu parecer pela aprovação das contas, relativas aos exercícios financeiros de 2011 e 2012, sem nenhuma ressalva, e indicou apenas recomendações ao agravado. Ocorre que, com embasamento em tais recomendações, a comissão especial da Câmara Municipal de Iracemápolis/SP lavrou parecer pela rejeição das contas, o qual acabou acolhido pelo órgão legislativo municipal.

Desse modo, o TRE/SP concluiu:

Verifica-se, nestes autos, que a Câmara Municipal de Iracemápolis, ao rejeitar as contas de governo referentes ao exercício de 2011 (Decreto Legislativo nº 179/2013 - fi. 61) e de 2012 (Decreto legislativo nº 228/2016 - fi. 91), o fez com base em pareceres de Comissão Especial (fis. 62/71 e 92/101) que, por seu turno, analisaram os pareceres favoráveis do e. Tribunal de Contas (TC 000948/026/11 - fi. 72/88; e TC 001 537/026/12 - fis. 103/1 36). Mister se faz observar que os acórdãos proferidos pela e. Corte de Contas são opinativos e serve para que o poder Legislativo analise o caso e verifique a situação para julgar de fato as contas do Prefeito, conforme, no caso, se fez. Observa-se, no entanto, que o Poder Legislativo não acolheu o parecer proferido pela aprovação das contas sem ressalvas, o qual continha apenas recomendações ao administrador (Fl. 712).

[...]

Com efeito, tais apontamentos, quando muito, demonstram ingerência no trato da coisa pública, mas não identificam, com a clareza necessária, a insanabilidade das irregularidades que impliquem ato doloso de improbidade administrativa. O seguinte trecho do parecer da Comissão Especial, à fi. 67, corrobora essa circunstância, nos seguintes termos: *"O que podemos ver neste apontamento é a falta de zelo e gestão do Prefeito da Administração em questão com o dinheiro público, utilizando de verba pública não se atentando às normas que indicam Usuras para a contratação de serviços ou compras de materiais"*.

Conclui-se, então, que as rejeições das contas de governo, referentes aos exercícios de 2011 e de 2012, não ensejam o reconhecimento da inelegibilidade nos termos previsto no artigo 1, inciso 1, alínea "g" da LC nº 64/90. (Fl. 713). (Grifo do autor).

Nesse ínterim, o TSE entendeu que não seria possível extrair da moldura fática estabelecida no acórdão regional os motivos que levaram o ora agravado, enquanto gestor público, a dispensar licitação, a fim de avaliar se realmente foi indevida, capaz de configurar ato doloso de improbidade administrativa e, com isso, violar os valores assegurados no art. 14, § 90, da Constituição Federal, e assinalou, ainda, que a restrição do *jus honorum* apenas pode ser restrito nos casos comprovadamente graves, *"[...] que denotem má-fé, dano ao Erário e vulneração dos bens jurídicos tutelados pelo ad. 14, § 90, da CF, quais sejam, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada vida pregressa do candidato"* (2017, p. 23).

No tocante à inelegibilidade prevista no art. 1º. I, 1, da LC nº 64/90, extrai-se do acórdão regional que o agravado não sofreu condenação expressa de suspensão dos direitos políticos no processo em que foi réu por improbidade administrativa perante a Justiça Comum, o que afasta, de plano, a incidência da norma. Nesse sentido, a decisão restou assim ementada:

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREFEITO. REGISTRO DE CANDIDATURA. IMPUGNAÇÃO. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, G e L. NÃO CARACTERIZAÇÃO. REGISTRO DEFERIDO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO À SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. REJEIÇÃO DAS CONTAS PELA

CÂMARA MUNICIPAL. IRREGULARIDADE INSANÁVEL. ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 24/TSE. CONTAS DE CONVÊNIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE REPASSES DE VERBAS ORIUNDAS DOS COFRES ESTADUAIS OU FEDERAIS. COMPETÊNCIA DA CÂMARA DE VEREADORES. DESPROVIMENTO.1. In casu, o TCE emitiu parecer pela aprovação das contas, relativas aos exercícios financeiros de 2011 e 2012, sem nenhuma ressalva, e indicou apenas recomendações ao agravado. Ocorre que, com embasamento em tais recomendações, a comissão especial da Câmara Municipal de Iracemápolis/SP lavrou parecer pela rejeição das contas, o qual acabou sendo acolhido pelo órgão legislativo municipal.2. Conforme orientação adotada em recentes julgados deste Tribunal Superior, "[...] as Cortes de Contas, ao contrário da Câmara municipal, possuem um quadro técnico, com auditores qualificados e know-how em contabilidade e finanças públicas, economia e estatística, que poderão auxiliar o trabalho dos Conselheiros, em especial examinando com acuidade as informações apresentadas, de maneira a potencializar as irregularidades e ilegalidades nas contas prestadas" (Respe nº 125-35/SP, PSESS de 15.12.2016. No mesmo sentido: Respe nº 39-14/AM, sessão jurisdicional de 27.6.2017, ambos da relatoria do e. Min. Rel. Min. Luiz Fux). Tais ponderações devem ser consideradas por esta Justiça Especializada, sobretudo quando o órgão legislativo profere decisão contrária ao exame realizado pela Corte de Contas, de forma a se restringir o jus honorum apenas nos casos graves, que denotem má-fé, dano ao Erário e vulneração dos bens jurídicos tutelados pelo art. 14, § 9º, da CF, quais sejam, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada vida pregressa do candidato. **3. Como consignado na decisão agravada, apesar de o TRE/SP apontar fragmentos dos pareceres emitidos pela comissão especial, os quais auxiliaram a fundamentação da rejeição das contas do agravado pelo legislativo municipal, concluiu que os vícios indicados não caracterizam, além de qualquer dúvida razoável, irregularidades de natureza insanável, aptas a tipificar a inelegibilidade em apreço.** 4. Chegar à conclusão diversa da Corte Regional, e entender pela incidência da hipótese de inelegibilidade prevista na alínea g, demandaria proceder ao reexame das provas para buscar no julgamento das contas eventuais detalhes não constatados do decisum do TRE/SP (Súmula nº 24/TSE).5. No tocante à inelegibilidade prevista no art. 1º, I, da LC nº 64/90, extrai-se do acórdão regional que o agravado não sofreu condenação expressa de suspensão dos direitos políticos no processo em que foi réu por improbidade administrativa perante a Justiça Comum, o que afasta, de plano, a incidência da norma em questão. Por fim, no que diz à rejeição das contas referentes ao convênio firmado entre o poder executivo municipal e a ONG "Pra Frente Brasil", não há como incidir a inelegibilidade da alínea g, porquanto inexistente decisão definitiva do órgão competente, qual seja, a Câmara de Vereadores. A demonstração do dissídio jurisprudencial não se contenta com meras transcrições de ementas, sendo absolutamente indispensável o cotejo analítico de sorte a demonstrar a devida similitude fática entre os julgados (AgR-AI nº 3760-02/GO, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 11.2.2014). As razões postas nos agravos regimentais não afastam os fundamentos lançados na decisão agravada, motivo pelo qual esta deve ser mantida integralmente. Agravos regimentais aos quais se nega provimento.(Recurso Especial Eleitoral nº 33056, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 07/08/2017). (Grifo nosso).

Desse modo, o que se verifica é que o Tribunal Superior Eleitoral, quando da análise da ocorrência suposta causa de inelegibilidade, considerou que a existência de um conjunto probatório, embora apontasse indícios, não era suficiente para a desconstituir a capacidade eleitoral passiva, portanto, *aquém da dúvida razoável*.

6 CONCLUSÃO

Este trabalho pretendeu analisar os parâmetros probatórios no seio dos processos eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo sob a perspectiva constitucional, levando em consideração a conservação do resultado das urnas e da representatividade democrática.

Fixou, para tanto, as premissas de que no direito processual constitucional vigente, o processo justo é aquele que tem por escopo a busca da verdade quanto à ocorrência dos fatos alegados em juízo, mediante o desenvolvimento de procedimentos que promovam maior completude de conhecimento possível, por parte do julgador, sobre o material probatório, tendo como pilar a observância do contraditório substancial das partes, da ampla defesa e da motivação das decisões judiciais.

Afirmou ser o direito eleitoral o ramo do direito público que tem por objetivo estudar as normas e os procedimentos que regulamentam o direito de votar, de ser votado e a realização das eleições, tendo como norte fundamental o Direito Constitucional, as premissas e garantias fundamentais referentes à soberania popular, à democracia, ao sufrágio universal, ao mandato político, aos partidos políticos e aos direitos políticos em geral.

Além disso, demonstrou que aquelas pessoas individualmente consideradas como integrantes do povo – que no sentido técnico-constitucional são os *cidadãos* – possuem prerrogativas e deveres que são inerentes à soberania popular, a qual se concretiza por meio do sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, pelo plebiscito, pelo referendo e pela iniciativa popular. A soberania popular, portanto, é o que legitima a ocupação dos cargos públicos.

Firmou que, em razão da natureza dos direitos tutelados pelo direito eleitoral, da prevalência do escopo social da jurisdição e, ainda, da celeridade inerente à solução das demandas eleitorais – em razão de data pré-fixada para a realização das eleições –, é imperativo que a atividade probatória nos processos eleitorais seja desenvolvida de forma eficaz, ágil e com a completude suficiente para proteger a soberania popular, sem, contudo, representar uma forma de ativismo judicial que se sobressai à vontade popular.

Para percorrer o objetivo do trabalho, o estudo traçou, em um primeiro momento, o tema da valoração da prova, analisando desde as teorias sobre a verdade até os sistemas e modelos probatórios.

Quanto às teorias da verdade, foram abordadas as temáticas da *verdade absoluta x verdade relativa*, da *verdade como coerência*, *verdade como correspondência*, *verdade por consenso* e a antiga dicotomia entre *verdade formal e verdade material*, ressaltando-se, quanto ao último ponto, que atualmente o que se sustenta é a ideia de uma visão dialética da verdade, correspondente ao fato probabilisticamente afirmado através de modelos cognitivos de confirmação.

Em relação aos modelos probatórios, este estudo abordou desde o *modelo clássico* – cuja principal característica se relaciona ao fato de que a prova constitui um argumento persuasivo, sendo a mesma extraída através do diálogo entre as partes, que são os protagonistas do processo, diante de um juiz neutro e imparcial –, passando *pelo modelo moderno ou científico* – que se caracteriza por considerar a prova como um elemento demonstrativo da verdade, utilizada em um processo onde o julgador, protagonista e aplicador da norma, ocupa posição hierarquicamente superior aos demais participantes da demanda (ZANETI JR, 2014, p. 84 - 94) –, até chegar no que atualmente se contempla, qual seja, *modelo probatório constitucional* que, por sua vez, encontra-se umbilicalmente ligado à ideia de racionalidade prática procedimental.

Acerca dos sistemas probatórios, foram abordados os temas da *íntima convicção* – que se caracteriza pela ausência de critérios normativos fixados, de modo que a dinâmica axiológica fica a cargo do próprio julgador –, da *prova tarifada* ou *prova legal* – fundada nas ideias do positivismo, determinava que era vedado ao juiz a valoração da prova porque todo o seu valor estava pré-fixado pelo ordenamento jurídico –, chegando, por fim, ao estudo da persuasão racional, tópico no qual a abordagem traçou parâmetros perceptíveis desde o CPC/73 até o CPC/15. A ideia de uma necessária persuasão racional, pautada em critérios que, longe do engessamento da tarifação da prova, proporcionem ao julgador instrumentos para o exercício da análise hermenêutica dos elementos submetidos ao contraditório.

Estabelecido o contexto epistemológico atualmente vivenciado pelo processo civil no Brasil, abordou-se a temática da prova como um direito fundamental, notadamente em razão do

fenômeno do neoprocessualismo – movimento corolário da constitucionalização do direito promovida pela promulgação da CF/88 – e reforçado pela entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Especificamente em relação à importância do CPC/15, apontou que o referido *códex* dedicou o seu primeiro capítulo ao estabelecimento das normas fundamentais do processo civil, à guisa do que prevê a Constituição Federal, e instituiu uma série de regras que, até então, existiam apenas em sede de construção doutrinária e jurisprudencial. Exemplo da referida codificação é, como se vê no artigo 4º, a presença de uma norma imperiosa no que se refere à duração razoável do processo e à primazia do julgamento de mérito. Outro exemplo notável do que ora se aborda é a instituição, como meio preferencial da resolução de conflitos, dos métodos consensuais e não adjudicatórios.

Outra importante instituição sacramentada pelo CPC/15 guarda relação com o contraditório efetivo e substancial. Embora o contraditório e a ampla defesa já existissem no cenário processual civil antes da publicação do atual código, tais institutos não eram expressamente contemplados no CPC/73, e suas existências apenas eram notadas quando da leitura do art. 5º, LV da CF/88 e do manuseio das doutrinas de teoria geral do processo.

Por efetivo contraditório, por sua vez, o código determina que, para assegurá-lo, o juiz deve atender “[...] *aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência*”, conforme expressamente previsto no art. 8º.

Nesse sentido, o que se pode concluir é que o Código de Processo Civil de 2015, dentre outras mudanças paradigmáticas, ao prever uma série de artigos destinados aos princípios processuais e, especificamente, ao controle do contraditório, preencheu o contorno dado pela CF/88 no que se refere aos institutos do contraditório e da ampla defesa, e sacramentou a elevação do direito à prova ao *status* de direito fundamental.

Em seguida, considerando a persuasão racional como sendo indispensável aos requisitos do devido processo constitucional, abordou-se o tema dos *standards* probatórios. Como conceito de *standards* probatórios identificou-se como sendo critérios objetivos – em maior ou menor escala – de aceitabilidade das hipóteses em função dos quais se considera lícito afirmar que

um fato tenha sido provado (BUSTAMENTE, 2013, p. 18). Verificou-se se tratar de um sistema de modelos de constatação com origem nos países de tradição *commom law*, mas que essa razão, por si só, não impede a sua utilização em países orientados pela *civil law*, visto que o exame quanto aos critérios segundo os quais o juiz baseia suas decisões constitui uma das questões fundamentais do devido processo constitucional.

Foram identificadas, como *funções dos standards* de prova, a *heurística* – que nada mais é do que garantir o maior grau de objetividade possível às decisões pela introdução de critérios minimamente controláveis do ponto de vista racional – e a *justificadora* – que se aproxima da ideia de que o discurso acerca da análise das provas e, conseqüentemente, a motivação das decisões, devem guardar coerência com o *standard* aplicável ao caso, sob pena de anulação ou reforma da decisão.

Ainda sobre o tema dos *standards* da prova, abordou-se a visão norte americana sobre o tema, que identifica a existência de três *standars de prova*, relacionados diretamente com a natureza material do caso julgado, quais sejam, a preponderância das provas, utilizado no processo civil comum; a prova clara e convincente, utilizado no processo civil especial; e a prova acima da dúvida razoável, utilizado nos processos penais.

A doutrina espanhola inseriu um quarto *standard* na linha do que já havia sido produzido nos EUA, e incluiu o *standard* da mínima atividade probatória, aplicável nos casos de processo penal indiciário.

Já no Direito Alemão, os *standards* se relacionam com o momento processual, ou seja, para questões incidentais de urgência, utiliza-se o princípio da prova (que se compara à preponderância da evidência), e a prova plena, nos casos de julgamento de mérito.

No processo civil brasileiro, concluiu-se pela existência de alguns *standards* de prova presentes na legislação, embora não chamados especificamente por esse nome. São eles: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Todavia, considerando os conceitos e elementos essenciais dos *standards* da prova, bem como os seus fundamentos de ordem política e psicológica, entende-se serem aplicáveis, em tese, ao direito brasileiro para além das hipóteses previstas nas tutelas de urgência, mas ainda a adoção da noção de *standards* em função do direito material – assim como estabeleceu a doutrina norte americana. Isso é notado quando se

faz necessário pensar sobre os processos que, embora não sejam umbilicalmente ligados ao direito penal, carregam consigo natureza sancionatória, como as hipóteses de ação civil pública por improbidade administrativa e algumas ações judiciais eleitorais, especialmente as que podem provocar a perda do mandato eletivo.

Em razão da possibilidade de aplicação da teoria dos *standards* probatórios no direito brasileiro, notadamente pela sua matriz norte-americana e, em relação aos processos que, embora não penais, ostentam natureza sancionatória, passou-se à análise sobre a valoração da prova nos processos eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo.

Nesse contexto, o estudo abordou o tema do sufrágio universal, dos mandatos eletivos como direitos políticos, bem como as demais particularidades do direito eleitoral, tal como a sua relação umbilical com o escopo social do processo, a necessidade de manutenção da democracia, da legitimidade do pleito e dos princípios eleitorais, notadamente o do *in dubio pro suffragio* e o da celeridade.

Na sequência, foram analisadas as ações eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo, suas particularidades, hipóteses de cabimento, modo de instrução e, ainda, a valoração das provas. Importante concluir que, nas ações eleitorais, o magistrado, ao valorar a prova, sempre precisará fazer uma equação complexa que exige, ao mesmo tempo, celeridade e um elevado grau de certeza, sob pena de o próprio Poder Judiciário, seja por uma atuação morosa, seja por uma atuação que não se atente à graduação da valoração da prova, validar cenários de desrespeito à soberania popular.

Valendo-se das características do direito eleitoral, das ações que podem acarretar a perda do mandato eletivo, bem como da especial valoração da prova em sede de processo judicial eleitoral, partiu-se para a análise do possível *standard* de prova aplicável nas ações judiciais eleitorais que acarretam a perda do mandato eletivo.

Nesse contexto, considerando, especialmente, i) o princípio democrático, ii) o princípio da soberania popular, iii) o princípio da representatividade, iv) o princípio republicano, v) o princípio da celeridade, vi) o princípio da verdade eleitoral/sinceridade do escrutínio, vii) o princípio da normalidade e legitimidade das eleições, viii) o princípio da anterioridade eleitoral, bem como os bens jurídicos tutelados pelo direito eleitoral, e os efeitos decorrentes

das ações judiciais que podem acarretar a perda do mandato eletivo, imperiosa a conclusão de que os tribunais eleitorais devem adotar analogicamente aos países oriundos do *comon law* o *standard da prova da dúvida além do razoável* quando do julgamento de ações que possam acarretar a perda do mandato eletivo. Isso é devido à exigência do grau de certeza e fundamentação necessários à decretação de tal medida e à observância do princípio *in dubio pro suffragio*, como limitador de uma atuação judicial ativista.

Por fim, foram analisados alguns julgados do próprio Tribunal Superior Eleitoral que, claramente, vem adotando tal *standard* de prova, por todas as razões deduzidas no presente estudo.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 2008.

ÁVILA, HUMBERTO. Teoria da prova: *Standards* de prova e os critérios de solidez da interferência probatória. **Revista de processo**. São Paulo: RT. 2018, Ano 43. v 1.

BALTAZAR JR., José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. In: **Revista jurídica**. Porto Alegre: Notadez, 2008, Ano 56. n. 363.

BARROS, Aildil J. P.; LEHFELD, Neide A. D. S. **Projeto de Pesquisa**: propostas metodológicas. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva. 2018.

_____. Lei nº 1.060 de 05 de fevereiro de 1950. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13.02.1950.

_____. Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17.01.1973.

_____. Lei nº 7.493/86, de 17 de junho de 1986. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 18.06.1986.

_____. Lei Complementar nº 64/90, de 18 de maio de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 21.05.1990.

_____. Lei nº 9.504/97, de 30 de setembro de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 01.10.1997.

_____. Lei nº 12.891/13, de 11 de dezembro de 2013. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 12.12.2013.

_____. Código de Processo Civil: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17.03.2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad: Márcio Pugliesi, Edson Bibi, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BORGES, Ronaldo Souza. O sistema misto de valoração da prova no novo código de processo civil: a relação entre prova livre e prova legal. In: **Revista de processo**. São Paulo: RT, 2017, v. 264.

BUSTAMANTE, Evanilda. **A valoração das provas no processo judicial: uma aproximação ao tema**. XXII Congresso Nacional do CONPEDI. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=531d29a813ef9471>>. Acesso em: 25 jun 19.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Tradução: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.

CAPPELLETTI; VIGORITI. Il diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano. In: **Rivista di diritto processuale**, II série, v. 26, p. 604-650, Padova: Cedam, 1971.

CARPES, Arthur Thompsen. **A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nos processos envolvendo ações de improbidade administrativa. In LUCON, Paulo Henrique do Santos; COSTA, Eduardo José Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa**: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. **A aplicação da common Law no Brasil**: diferenças e afinidades. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos/_leitura>. Acesso em: 25 jun 19.

CHEIM Jorge, Flávio; LIBERATO, Ludgero. RODRIGUES; Marcelo Abelha. **Curso de direito eleitoral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLERMONT, Kevin M. **Standards of decision in law**: Psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad. Durham: Carolina Academic Press. 2013.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. In: **Studi in onore di Luigi Montesano**. v.II, p. 87-127. Padova: Cedam, 1997.

DESCARTES, Rene. **Discurso sobre o método**. Tradução: Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1978.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DIAMOND, Henry A. **Reasonable Doubt**: To Define, or Not to Define. *Columbia Law Review*. Published by: Columbia Law Review Association, Inc., v. 90, No. 6 (Oct., 1990), pp. 1716-1736.

DUARTE, Michelle Pimentel. In FUX, Luiz; PEREIRA Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.) PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito processual eleitoral**: tratado de direito eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018, tomo 6.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de laprueba judicial**. 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Speiser v. Randall, 357 U.S. 513, 525-526. 1958. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/>>. Acesso em: 24 jul 2019.

_____. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. In Re Winship, 397 U.S. 358.1958. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/>>. Acesso em: 24 jul 2019.

_____. **Judicial Council of California Civil Jury Instructions (CACI)**. 2016. Disponível em: <<https://www.justia.com/documents/trials-litigation-caci.pdf>>. Acesso em: 24 jul 2019.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega. In FUX, Luiz; PEREIRA Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.) PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito processual eleitoral**: tratado de direito eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018, tomo 6.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOLAMBIUK, Paulo Henrique. In FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.) PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito processual eleitoral**: tratado de direito eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018, tomo 6.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse com um novo pós-fásico**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

IBAÑES, Andrés Perfecto. **Valoração da prova e sentença penal**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

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

_____. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense. 2001, v. 01

KIRCHER, Luís Felipe Schneider . O convencimento judicial e os parâmetros de controle sobre o juízo de fato. **Revista Magister de direito penal e processual penal**. -Imprensa: Porto Alegre, Magister. v. 14, n. 79, p. 80–97, ago/set. 2017. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_27682313_O_CONVENCIMENTO_JUDICIAL_E_OS_PARAMETROS_DE_CONTROLE SOBRE_O_JUIZO_DE_FATO_VISAO_GERAL_DIREITO_COMPARADO_E_O_TRIBUNAL_PENAL_INTERNACIONAL.aspx>. Acesso em: 30 jul 2019.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Matheus Carneiro. **Standards de prova no direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

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 do Santos; COSTA, Eduardo José Fonseca; COSTA, Guilherme Recena. **Improbidade administrativa**: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção de acordo com o CPC de 2015**. 4 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de processo**. São Paulo: RT. 1996, nº 76.

_____. Anotações sobre o título “Da prova” do novo código civil. In: DIDIER Jr., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Org.). **Reflexos do novo código civil no direito processual**. Salvador: JusPodivm, 2016.

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 (Org.). **Garantismo processual**: Garantias constitucionais aplicadas ao processo. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de processo**. v. 224, 2013.

SAMPAIO JUNIOR, José Heval. **Abuso do poder nas eleições**: ensaios. Salvador: Juspodivm. 2016.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: RT, 2002.

TARUFFO, Michele. **La prova deifattigiuridici – Nozioni Generali**. Milano: Giuffrè. 1992.

_____. **La Prueba de los hechos.** Madri: Trotta. 2003.

_____. **A prova;** tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Uma simples verdade:** o juiz e a construção dos fatos; tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed., São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **As garantias do cidadão na Justiça.** São Paulo: Saraiva, 1993. p. 79-92, p. 80.” Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 20 jan 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Ação Cautelar nº 060034226.** Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 127, Data 29/06/2018. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Agravo de Instrumento nº 00021708520146130000.** Relator: Min. Luiz Fux. Dje. 05.05.2016. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Agravo de Instrumento nº 70447.** Relator: Min. Admar Gonzaga. Dje. 21.2.2019. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 8 jan 2020.

_____. **Agravo Regimental em Recurso especial eleitoral Acórdão nº 25.790.** Relator: Min. Caputo Barros. Dje. 08.08.2006. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Agravo Regimental em Recurso contra expedição de diploma Acórdão nº 805459.** Relator: Min. Marcelo Ribeiro. Dje. 10.11.2011. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário Acórdão nº 340.** Relator: Min. João Otávio de Noronha. Dje. 24.06.2014. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 0600096-77.2018.6.27.0000.** Relator: Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Dje. 04. Jul. 2018. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 8 jan 2020.

_____. **Agravo Regimental em Recurso especial eleitoral Acórdão nº 137.** Relator: Min.

Gilmar Mendes. Dje. 03.05.2016. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 44565.** Relator: Min. Jorge Mussi. Dje. 11.04.2019. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 8 jan 2020.

_____. **Recurso Especial Eleitoral Acórdão nº 28.534.** Relator: Min. Eros Grau. Dje. 11.09.2008. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Recurso especial Eleitoral Acórdão nº 114** Relator: Min. Nancy Andrichi. Dje. 02.05.2012. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Recurso Especial Eleitoral Acórdão nº 1-49/PI.** Relator: Min. Henrique Neves. Dje. 21.10.2015. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Recurso especial Eleitoral Acórdão nº 253.** Relator: Min. Henrique Neves da Silva. Dje. 26.10.2016. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Recurso especial Eleitoral Acórdão nº 19650.** Relator: Min. Luiz Fux. Dje. 13.12.2016. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Recurso especial Eleitoral Acórdão nº 33056.** Relator: Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Dje. 07.08.2017. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Recurso Especial Eleitoral nº 46169, Acórdão.** Relator: Min. Edson Fachin. DJE. 16.04.2019. Disponível em: <www.tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Recurso Especial Eleitoral nº 133487.** Relator: Min. Jorge Mussi. Dje. 13.06.2018. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 8 jan 2020.

_____. **Recurso Especial Eleitoral Acórdão nº 4744.** Relator: Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Dje. 14.03.2019. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Recurso Especial Eleitoral nº 50120.** Relator: Min. Admar Gonzaga. Dje. 26.06.2019. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 8 jan 2020.

_____. **Recurso Especial Eleitoral nº 41395.** Relator: Min. Herman Benjamin. Dje. 27.06.2019. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 8 jan 2020.

_____. **Recurso Especial Eleitoral nº 167.** Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Dje. 10.09.2019. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 8 jan 2020.

_____. **Resolução nº 23.456/2015 de 15 de dezembro de 2015.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234562015.html>>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Recurso Ordinário Acórdão nº 0600083-78.** Relator: Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Dje. 29. Mai. 2018. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Recurso Ordinário Acórdão nº 2.364.** Relator: Min. Marcelo Ribeiro. Dje. 25.03.2010. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Recurso Ordinário nº 885.** Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Dje. 28.06.2005. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 8 jan 2020.

_____. **Recurso Ordinário nº 25.335.** Relator: Min. Cesar Afor Rocha. Dje. 01.12.2005. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 8. Jan. 2020.

_____. **Recurso Ordinário nº 621334.** Relator: Min. Dias Toffoli. Dje. 24.03.2014. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 8 jan 2020.

_____. **Recurso Ordinário Acórdão nº 1662.** Relator: Min. Gilmar Mendes. Dje. 15.09.2016. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 30 ago 2019.

_____. **Recurso Ordinário nº 265041.** Relator: Min. Gilmar Mendes. Dje. 05.04.2017. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 8 jan 2020.

_____. **Recurso Ordinário nº 224661.** Relator designado: Min. Luis Roberto Barroso. Dje. 04.05.2017. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 26 set 2019.

_____. **Recurso Ordinário nº 060008378.** Relator(a) Min. TarcisioVieira De Carvalho Neto. Publicado em Sessão, Data 29.05.2018. Disponível em: <www.tse.jus.br>. Acesso em: 26 set 2019.

_____. **Recurso Especial Eleitoral nº 46134.** Relator (a) Min. Jorge Mussi. DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 09.10.2018. Disponível em: <tse.jus.br>. Acesso em: 26 set 2019.

TOFFOLI, José Antônio Dias. FERNANDES, Lília Maria da Cunha. As novas diretrizes do direito processual brasileiro e o processo eleitoral. In: COSTA, Daniel Castro Gomes. ROLLEMBERG, Gabriela. KUFA, Karina. NETO, Tarcísio Vieira de CARVALHO (org.). **Tópicos avançados de direito processual eleitoral**. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

YARSHELL, Flávio Luiz. Breves anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: DIDIER JR. Fredie; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (org.). **Repercussões do Novo CPC: Direito Eleitoral**. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI Jr., Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático de direito**. Tese de Doutorado em Direito. UFRGS, 2005.

_____. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZÍLIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.