



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE ESTUDOS, PESQUISAS E FORMAÇÃO EM POLÍTICAS E
GESTÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA
MESTRADO PROFISSIONAL EM SEGURANÇA PÚBLICA, JUSTIÇA E
CIDADANIA**

RICARDO DEIRÓ DE SANTANA BRANDÃO

**A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO:
INDICAÇÃO DE PARÂMETROS DE SUPRIMENTO DAS
LACUNAS EXISTENTES NA LC N° 64/90**

SALVADOR

2025

RICARDO DEIRÓ DE SANTANA BRANDÃO

**A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO:
INDICAÇÃO DE PARÂMETROS DE SUPRIMENTO DAS
LACUNAS EXISTENTES NA LC Nº 64/90**

Dissertação apresentada ao Programa de Estudos, Pesquisas e Formação em Políticas e Gestão de Segurança Pública da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Jaime Barreiros Neto

SALVADOR

2025

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B817 Brandão, Ricardo Deiró de Santana

A prova testemunhal no processo eleitoral brasileiro: indicação de parâmetros de suprimimento das lacunas existentes na LC nº 64/90 / por Ricardo Deiró de Santana Brandão. – 2025.
96 f.

Orientador: Prof. M. Jaime Barreiros Neto.

Dissertação (Mestrado Profissional) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito; Universidade Federal da Bahia – Escola de Administração, Salvador, 2025.

1. Testemunhas. 2. Prova (Direito). 3. Processo eleitoral. 4. Justiça eleitoral. 5. Brasil - Lei de inelegibilidade (1990). I. Barreiros Neto, Jaime. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Universidade Federal da Bahia – Escola de Administração. IV. Título.

CDD – 342.07

RICARDO DEIRÓ DE SANTANA BRANDÃO

**A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO ELEITORAL
BRASILEIRO: INDICAÇÃO DE PARÂMETROS DE SUPRIMENTO
DAS LACUNAS EXISTENTES NA LC. Nº 64/90**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, da Escola de Administração/Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, na Área de Concentração: Segurança Pública, Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Cidadania, aprovada em 05 de junho de 2025.

BANCA EXAMINADORA



Documento assinado digitalmente
JAIME BARREIROS NETO
Data: 11/07/2025 09:12:34-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Jaime Barreiros Neto – Orientador(a)

Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia



Documento assinado digitalmente
JOSAFÁ DA SILVA COELHO
Data: 24/07/2025 14:37:09-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Josafá da Silva Coelho

Doutor em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador



Documento assinado digitalmente
ANTONIO ADONIAS AGUIAR BASTOS
Data: 24/07/2025 11:38:56-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Antonio Adonias Aguiar Bastos

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Tive o privilégio de contar com o apoio acadêmico indispensável para a consecução deste trabalho do Professor Jaime Barreiros Neto, em orientação, do Professor Antonio Adonias Aguiar Bastos e da Professora Cláudia Albagli Nogueira, em valorosas contribuições quando da banca de qualificação. Manifesto aqui a minha sincera gratidão.

A Anna Carla M. Fracalossi, pela capacidade de acreditar mais em mim do que eu mesmo. Por ser bússola e porto, me auxiliando a persistir com amor e dedicação.

Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara.

Saramago

BRANDÃO, Ricardo Deiró de Santana. **A prova testemunhal no processo eleitoral brasileiro: indicação de parâmetros de suprimento das lacunas existentes na LC nº 64/90**. 2025. 98 f. Dissertação (Mestrado em Segurança Pública, Justiça e Cidadania) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2025.

RESUMO

A presente dissertação busca realizar uma análise panorâmica da prova testemunhal no processo eleitoral brasileiro, sob a ótica do contencioso eleitoral existente na disciplina procedimental contida na Lei Complementar nº 64/90, com o fim de indicar parâmetros de suprimento das lacunas existentes acerca do tema neste diploma legal. Parte inicialmente do levantamento de institutos relacionados ao direito e justiça eleitoral, seu respectivo contencioso, ressaltando-se os procedimentos previstos na Lei das Inelegibilidades e suas incompletudes procedimentais sobre a matéria em exame. A relevância da presente análise decorre da prática judicial presente nos trabalhos do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, em especial no contencioso de ações eleitorais nas quais os órgãos julgadores se deparam com a necessidade de proceduralizar a produção da prova testemunhal. Isto porque os procedimentos ora analisados por carecerem da completude necessária à resolução efetiva de questões do direito eleitoral, vez por outra, geram situações a exigir utilização supletiva da norma processual civil. Pretende o presente trabalho, ao se deparar com questões práticas como: número de testemunhas, sistemática de oitivas, a testemunha singular, dentre outros aspectos, buscar promover uma análise teórica e prática da produção da prova testemunhal nos procedimentos contenciosos previstos na LC nº 64/90. Para tanto percorre aspectos relacionados à teoria da prova, a prova testemunhal propriamente dita e o cotejamento desta com a lei, a doutrina e o entendimento dos Tribunais Eleitorais.

Palavras-chave: Prova Testemunhal; Processo Eleitoral; Contencioso Eleitoral; LC nº 64/90.

BRANDÃO, Ricardo Deiró de Santana. **The testimonial evidence in the Brazilian electoral process: indication of parameters to fill gaps in LC nº 64/90.** 2025. 95 f. Dissertation (Master's Degree in Public Security, Justice and Citizenship) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2025.

ABSTRACT

This dissertation seeks to conduct a panoramic analysis of testimonial evidence in the Brazilian electoral process, from the perspective of the electoral litigation existing in the procedural discipline contained in Complementary Law No. 64/90, in order to indicate parameters to fill the gaps existing on this subject in this legal diploma. It starts initially from the survey of institutes related to electoral law and justice, their corresponding litigation, highlighting the procedures provided for in the Ineligibility Law and their procedural incompleteness on the subject under examination. The relevance of this analysis derives from the judicial praxis present in the work of the Regional Electoral Court of Bahia, especially in the litigation of electoral actions in which the judicial bodies are faced with the need to process the production of testimonial evidence. This is because the procedures here analyzed, due to lacking the completeness necessary for the effective resolution of issues of electoral law, sometimes generate situations requiring the supplementary use of the civil procedural norm. The present work, when faced with practical issues such as: number of witnesses, hearing system, single witness, among other aspects, seeks to promote a theoretical and practical analysis of the production of testimonial evidence in contentious procedures provided for in LC nº 64/90. To this end, it covers aspects related to the theory of evidence, testimonial evidence itself and the comparison of this with the law, doctrine and the understanding of the Electoral Courts.

Keywords: Testimonial Evidence; Electoral Process; Electoral Litigation; Complementary Law nº 64/90.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIRC	Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura
AIJE	Ação de Investigação Judicial Eleitoral
AIME	Ação de Impugnação a Mandato Eletivo
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC	Código de Processo Civil
RCED	Recurso Contra a Expedição de Diploma
LC	Lei Complementar
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	JUSTIÇA ELEITORAL, DIREITO E CONTENCIOSO ELEITORAL....	16
2.1	A formação autoritária da sociedade brasileira e a criação da Justiça Eleitoral.....	16
2.2	Funções da Justiça Eleitoral.....	22
2.3	Direito e Contencioso Eleitoral.....	23
2.3.1	<i>Competência da Justiça Eleitoral.....</i>	28
2.3.2	<i>Ações Eleitorais.....</i>	33
2.3.3	<i>Procedimentos processuais contidos na LC nº 64/90.....</i>	36
2.4	Lacunas no rito previsto na LC nº 64/90 no que tange à produção da prova testemunhal.....	38
3	PROVA TESTEMUNHAL.....	43
3.1	Aspectos gerais sobre a produção de provas.....	44
3.1.1	<i>Acepções e finalidade da prova.....</i>	44
3.1.2	<i>Objeto da prova.....</i>	47
3.1.3	<i>A prova como um direito.....</i>	48
3.1.4	<i>Sistemas de valoração da prova.....</i>	49
3.1.5	<i>Princípios norteadores da produção da prova.....</i>	51
3.1.6	<i>Verdade e verossimilhança.....</i>	56
3.1.7	<i>Premissas para um novo raciocínio probatório.....</i>	59
3.2	Prova Testemunhal.....	61
3.2.1	<i>Testemunha como fonte de prova.....</i>	61
3.2.2	<i>Testemunha como meio de prova.....</i>	67
3.2.2.1	<i>Procedimento probatório e a prova testemunhal.....</i>	70
3.2.2.1.1	<i>Propositura e Admissibilidade.....</i>	70
3.2.2.1.2	<i>Produção da Prova Testemunhal.....</i>	72
3.2.2.1.3	<i>Valoração.....</i>	76
4	ENTENDIMENTO ADOTADO PELA DOUTRINA E PELOS TRIBUNAIS ELEITORAIS PARA A COLMATAÇÃO DAS LACUNAS DESCRITAS.....	78
4.1	Juntada do rol de testemunhas.....	79

4.2	Número de testemunhas.....	82
4.3	Intimação das testemunhas arroladas.....	84
4.4	Procedimento de colheita do depoimento.....	85
4.5	Prova testemunhal singular.....	86
	CONCLUSÃO.....	89
	REFERÊNCIAS.....	97

1 INTRODUÇÃO

O Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público que possui como objeto a disciplina dos aspectos mais importantes relativos ao exercício da democracia e da soberania popular, em especial no que pertine ao direito de votar e ser votado, organização das eleições, assim como outras matérias afins. Neste âmbito, apresenta estreita ligação com os mais diversos ramos jurídicos da seara pública, como o Direito Constitucional, Administrativo, Penal, Processo Penal e, em especial, com o Direito Processual Civil.

Nessa linha, ganha destaque o necessário estudo das normas reguladoras do processo eleitoral, na perspectiva jurisdicional, entendido como o pronunciamento judicial diante de caso concreto no campo ora em análise, que apresenta como objeto a garantia da lisura das eleições, a viabilização do direito fundamental ao sufrágio e a salvaguarda jurisdicional da vontade popular.

O estudo da prova no âmbito do contencioso eleitoral, mais precisamente da prova testemunhal e em especial nos chamados ritos ordinários eleitorais, possui grande importância prática, tendo em vista que, na atividade profissional desenvolvida na Justiça Eleitoral, vivenciamos no dia a dia discussões relativas ao tema, advindas do processamento das ações eleitorais, que estão pouco regulamentadas na legislação própria, não sendo incomum a busca de respostas às indagações acerca do direito probatório em outros ramos do ordenamento jurídico.

Ao se observar a temática acima, bem como a análise acerca de questões práticas surgidas no bojo dos procedimentos eleitorais da Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura (AIRC) e da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), ou de outras demandas que sigam o mesmo rito (a exemplo da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo – AIME), podem ser evidenciados os seguintes problemas/questões alvos de recorrentes discussões no decorrer da marcha processual perante as Cortes Eleitorais, seja por meio da via recursal, seja pelo caminho da ação mandamental: (i) momento da juntada do rol de testemunhas, (ii) número de testemunhas, (iii) intimação das testemunhas arroladas, (iv) procedimento de colheita do depoimento e (v) a prova testemunhal singular.

Com base no referencial teórico, busca-se desenvolver pesquisa que evidencie alternativas balizadoras à condução, pelos atores processuais, de possíveis soluções aos problemas acima suscitados que comumente são objeto de impugnações julgadas pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE) da Bahia.

Como estratégia de abordagem, partindo da constatação prévia, decorrente da prática profissional e estudos anteriores, de que existem falhas na regulação acerca da produção da prova testemunhal nos procedimentos contidos na Lei Complementar nº 64/90, o presente trabalho aponta a existência de lacunas legislativas, quais são e como as colmatar, formulando como questionamento principal: Qual(is) o(s) parâmetro(s) a ser(em) adotados quanto à produção da prova testemunhal nas ações eleitorais com rito previsto na LC nº 64/90?. Indica como metodologia a revisão de literatura sobre o tema, a pesquisa quantitativa de julgados colhidos no banco de decisões da Justiça Eleitoral, seguida de uma análise qualitativa do conteúdo das decisões encontradas, a fim de se demonstrar a necessidade de parametrização na adoção das possíveis soluções, visando uniformidade, economicidade e celeridade processual.

Em atenção ao caráter multidisciplinar do programa deste Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, no segundo capítulo o trabalho apresenta uma revisão de literatura nas áreas da Sociologia, História e Ciência Política, a fim de demonstrar como a origem autoritária do Estado brasileiro influenciou na decisão política de adoção do modelo judicial de controle das eleições, resultando, então, no surgimento da Justiça Eleitoral, além de moldar os princípios e regras do Direito Eleitoral.

Ainda no segundo capítulo, partindo de referenciais teóricos retirados da análise bibliográfica de doutrina especializada nas áreas do Direito Eleitoral e Processual Civil, assim como do exame de artigos científicos e trabalhos contidos em repositório de programas de pós-graduação *stricto sensu*, será feito o exame do contencioso eleitoral, tendo em vista a sua importância como meio garantidor do plexo de normas reguladoras das regras do jogo democrático, sendo realizada uma breve revista sobre a competência da Justiça Eleitoral, o exame do objeto e ritos das principais ações eleitorais, com foco nos ritos disciplinados na Lei Complementar nº 64/90, nos quais se encontram o objeto de estudo do presente trabalho. Passando, então, à demonstração da existência de lacunas no regramento processual eleitoral no que tange à produção deste elemento de prova, buscando-se apontar quais são estas falhas legislativas e como as corrigir.

No terceiro capítulo, será desenvolvido um exame acerca dos aspectos gerais da produção de provas no processo civil brasileiro, em especial das acepções do termo prova, sua finalidade e objeto, a ideia de prova como um direito, sistemas de valoração, os princípios norteadores, além de breve análise dos conceitos de verdade e verossimilhança e das novas premissas trazidas pela doutrina para um novo raciocínio probatório.

Nessa linha, também neste capítulo, serão examinados os principais elementos de compreensão sobre a prova testemunhal, tanto na perspectiva da testemunha como fonte de prova, como tanto como meio de prova, passando em revista o procedimento de produção desta espécie probatória, desde a propositura e admissibilidade até a fase de valoração.

Já no quarto capítulo, realizar-se-á uma pesquisa quantitativa e qualitativa das decisões judiciais do Tribunal Superior Eleitoral e Regionais contidas no banco de dados da Justiça Eleitoral, acerca das lacunas apontadas em ponto anterior, bem como, à luz da doutrina especializada, indicar as soluções para a colmatação das incompletudes descritas.

Ao se adotar todos os referenciais teóricos mencionados, objetiva-se imprimir caráter dialógico entre doutrina, normas legais e jurisprudência, a fim de se apreciar a questão central e propor textos de enunciados visando a parametrização da produção da prova testemunhal nas demandas eleitorais reguladas pela LC nº 64/90.

Destarte, em conclusão, a presente pesquisa trará como contribuição prática a indicação de parâmetros visando o suprimento das lacunas evidenciadas na LC nº 64/90 pela pesquisa, buscando diminuição das dúvidas acerca do tema exposto e visando a consequente redução da judicialização decorrente das impugnações realizadas sobre as decisões judiciais de primeiro grau, além do auxílio para a tomada de decisões mais céleres no segundo grau ao apreciar tais questionamentos.

2 JUSTIÇA ELEITORAL, DIREITO E CONTENCIOSO ELEITORAL

2.1 A formação autoritária da sociedade brasileira e a criação da Justiça Eleitoral

No ano de 1532 os portugueses modificaram a sua forma de colonização, que já contava com cem anos de experiência nos trópicos, com base marcadamente comercial e diversos entrepostos mercantis na Índia e África, para implementar no Brasil uma empreitada extrativa mais permanente e estável, fundada na atividade agrícola¹.

A empreitada extrativa, na lição de Caio Prado Júnior, na sua obra *Formação do Brasil Contemporâneo* – diferentemente da formação das colônias de povoamento, realizadas em zonas temperadas do norte do continente americano, com fins de formar “uma sociedade que lhes ofereça garantias que no continente de origem já não lhes são mais dadas”² – ocorreu em áreas tropicais e semitropicais, para a produção de gêneros agrícolas valorizados pelo mercado externo, formando, assim, um novo modelo social discrepante da forma de organização da população da metrópole.

Alicerçando esse projeto se encontra a agricultura da monocultura baseada no trabalho escravo e a família patriarcal fundada na união do português e da mulher índia³. Neste sistema, o chefe da família e senhor de terras e escravizados era autoridade absoluta, “dispondo de altar dentro de casa e exército particular nos seus territórios”⁴.

Perdurando por três séculos, do XVI ao XIX, o regime escravista se espalhou por diversos segmentos sociais, indo muito além do modo de produção econômico acima citado, sendo o trabalho escravo utilizado por praticamente toda a população não escravizada, o que resultou na modulação de diversas condutas sociais desiguais, fazendo “de raça e cor marcadores de diferença fundamentais, ordenou etiquetas de mando e obediência, e criou uma sociedade condicionada pelo paternalismo e por uma hierarquia muito estrita”⁵.

Gilberto Freyre aponta que o sistema econômico de produção escravocrata e monocultor e a sociedade organizada de forma patriarcal são os pontos de semelhança entre as sociedades escravocratas nas Américas, tendo a escravidão brasileira como ponto diferenciador à característica do português, pois este possuiria um elemento de plasticidade

¹ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**. 48. ed. Recife: Global Editora, 2003. p. 65.

² PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**: Colônia. São Paulo: Editora Brasiliense, 1961. p. 21.

³ “A base, a agricultura; as condições, a estabilidade patriarcal da família, a regularidade do trabalho por meio da escravidão, a união do português com a mulher índia, incorporada assim à cultura econômica e social do invasor” (Freyre, 2003, p. 65).

⁴ SOUZA, Jessé. Gilberto Freyre e a singularidade cultural brasileira. *Tempo social*, v. 12, n. 1, 2000.

⁵ SCWARCZ, Lília M. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 27.

(“homem sem ideais absolutos nem preconceitos inflexíveis”⁶), o que teria permitido a influência da cultura negra na sociedade, gerando uma relação de desigualdade despótica (escravizado/senhor), propiciando uma intimidade que uniu diversos aspectos da emoção humana, sendo, portanto, um sistema mais benigno em relação à sociedade escravocrata do Sul dos EUA.

Sobre tais conclusões acerca do processo mais benigno da escravidão brasileira, impende destacar as severas críticas tecidas por Lilia Schwarcz⁷, para quem o regime adotado pela colonização portuguesa foi igualmente cruel, pelo uso intenso, extenso e violento de escravizados, cuja expectativa de vida desta população era inferior à norte-americana (aqui os homens cativos viviam em média 25 anos, contra 35 na América do Norte). No caso das mulheres escravizadas, agregava-se ao regime de trabalho árduo as constantes violências sexuais⁸. Tais relações, de outro lado, geraram diversas revoltas, nas quais “escravizados e escravizadas reagiram mais, mataram seus senhores e feitores, se aquilombaram, suicidaram-se, abortaram, fugiram, promoveram insurreições de todo tipo e revoltas dos mais diferentes formatos”⁹.

O sistema escravocrata no Brasil teve uma extinção tardia, já que posterior ao abandono deste modo de produção por outros países; gradativa, pois advinda após uma evolução de leis: Ventre Livre em 1871, Sexagenários no ano de 1885 e, finalmente, a Lei Áurea de 1888; e limitada, vez que desacompanhada de políticas estatais de integração da comunidade liberta na sociedade, com fulcro em teorias de hierarquização das raças. Resultando, assim, em modelo social baseado na desigualdade e autoritarismo, persistente até os dias de hoje, apesar de abandonadas as ideias do racismo cientificamente justificado¹⁰.

Schwarcz analisando Gilberto Freyre apresenta a perspectiva do colonizador português, que, diante da escassez de colonizadores, adotou práticas de escravidão que refletiam as influências das culturas africanas e árabes. Essa convivência resultou em núcleos familiares ampliados, compostos por filhos naturais e descendentes das escravas, promovendo um sincretismo cultural, servindo a propósitos práticos como a ocupação do território e exercício

⁶ Souza (2000, p. 76).

⁷ Schwarcz (2019, p. 25-26).

⁸ “Davam de mamar aos pequenos senhores e senhoras, sendo muitas vezes obrigadas a abandonar seus próprios filhos na ‘roda dos expostos’ ou ‘dos enjeitados’ – um mecanismo empregado para abrir mão (‘expor’ ou ‘enjeitar’ na linguagem da época) de recém-nascidos que ficavam aos cuidados de instituições de caridade; sujeitavam-se a regimes áridos de trabalho, acumulando funções domésticas” (Ibid., p. 27).

⁹ Schwarcz (2019, p. 27).

¹⁰ “A escravidão nos legou uma sociedade autoritária, a qual tratamos de reproduzir em termos modernos. Uma sociedade acostumada com hierarquias de mando [...] e que lida muito mal com a ideia da igualdade na divisão de deveres mas dos direitos também” (Ibid., p. 33-34).

de funções de confiança dentro das vastas propriedades¹¹. Jessé Souza complementa essa análise, destacando que o modelo de colonização, marcado pelo poder patriarcal e sádico, estabeleceu uma dinâmica de domínio e subordinação entre diferentes raças e gêneros. Essa estrutura hierárquica, originada no colonialismo, evoluiu para o mandonismo, um traço do autoritarismo brasileiro, persistindo mesmo com a transição econômica do cultivo da cana-de-açúcar para o café no século XIX. Assim, a sociedade patriarcal e seu sistema de mando, com o senhor de terras no centro, permanecem influentes até os dias atuais¹².

Em 1888 ocorreu o término, oficial, do modelo escravocrata e em 1889 a transição do Império para República¹³. Neste contexto, o sistema sucintamente descrito anteriormente passa a se adaptar às novas características sociais, que ganharam força nos primeiros anos do século XX (crise econômica agrário-exportadora, desenvolvimento urbano, aumento de novas classes de trabalhadores desvinculados da lavoura, como profissionais liberais e funcionários públicos) com o fim de conservar o prestígio e a influência dos senhores da terra, agora por meio de postos representativos no Estado e adoção de práticas eleitorais, nos seus campos de domínio, para o controle do eleitorado, a exemplo do “voto de cabresto” e dos “currais eleitorais”¹⁴, como será adiante examinado.

Com efeito, aponta Schwarcz: “A importância das unidades da federação e a força política de um estado sustentavam-se agora no tamanho do eleitorado e na consequente extensão da presença parlamentar que seguiu derivando do poder dos senhores regionais”¹⁵.

Ainda com Lilian Schwarcz, a figura do coronel se mantém viva na Primeira República e, embora tenha perdido o poder militar, sustentou sua influência por meio do latifúndio, criando uma estrutura oligárquica. Essa influência política se manifestava através

¹¹ “Esse foi o espírito e a base da colonização do Brasil; poucos homens concentrando grandes latifúndios, em geral monocultores” (Schwarcz, 2019, p. 40).

¹² “Afim é o sadismo transformado em mandonismo, como Freyre irá analisar em *Sobrados e mucambos*, que sai da esfera privada e invade a esfera pública inaugurando uma dialética profundamente brasileira de lidar com as noções de público e de privado” (Souza, 2000, p. 17).

¹³ “A Constituição de 1891 definiu as bases institucionais do novo regime – presidencialismo, federalismo e sistema bicameral – e implementou uma série de mudanças, para bem marcar a ruptura. A Igreja separou-se do Estado, e introduziu-se o registro civil de nascimento, casamentos e mortes. A proposta federalista, por sua vez, organizava o novo regime em bases descentralizadas, dando às antigas províncias, agora transformadas em estados, maior autonomia e controle fiscal, e jogava por terra a crença no centralismo monárquico como agente de coesão nacional” (SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 319-320).

¹⁴ “Importante é que as cidades cresceram, porém sem romper com a dinâmica do modelo agroexportador. Ao contrário, durante a Primeira República expandiu-se o fenômeno conhecido como “voto de cabresto” e do coronelismo, na sua correlação com o governo, configuração que a princípio neutralizou a atuação desses novos grupos urbanos, limitando a participação e o voto. Era difícil mostrar autonomia nessa terra do favor. Longe do liberalismo político, da compreensão de que a abolição era resultado de um movimento coletivo, e que a República nascera de um acerto entre cidadãos, continuava forte o complicado jogo das relações pessoais, contraprestações e deveres: chave do personalismo e do próprio clientelismo” (Ibid., p. 347).

¹⁵ Schwarcz (2019, p. 54).

de uma rede de negociações entre os coronéis, os governadores estaduais e o presidente da República, assegurando assim a continuidade do poder econômico dos senhores de terra¹⁶. Mesmo com os avanços democráticos nas últimas décadas, essa concentração de renda e poder resulta em efeitos prejudiciais, com poucos proprietários controlando vastas áreas. A autora constata que o mandonismo local se relaciona com essa concentração de renda, revelando que famílias oligárquicas perpetuam a sua influência, ocupando posições de destaque na política brasileira, mantendo a hegemonia local e a influência sobre a burocracia estatal. Esse legado do período colonial reflete um modelo autoritário que resiste a mudanças e impede a renovação política necessária¹⁷.

No que tange às relações políticas nesse modal social, constata-se que o sistema legislativo de controle das eleições, que vigorou no país durante o período imperial e da República Velha, foi marcado por diversos problemas relativos à lisura do pleito eleitoral, o que gerava ilegitimidade daqueles escolhidos para representar o povo.

Na lição de Jaime Barreiros Neto: “Em 15 de novembro de 1889 tem fim o período imperial brasileiro, com a proclamação da República. A mudança na forma de governo, no entanto, não significou, verdadeiramente, a instituição de um regime político verdadeiramente democrático e livre das influências do poder econômico”¹⁸. O processo de escolha dos candidatos era marcado por fraudes, cujos vícios geravam eleições não competitivas e eleitos ilegítimos “As eleições, mais do que expressar as preferências dos eleitores, serviram para legitimar o controle do governo pelas elites políticas estaduais”¹⁹.

Os vícios no processo eleitoral tinham início já no alistamento dos eleitores, ensina Jairo Nicolau, que a partir de 1892, com a revogação da regulação imperial que conferia ao Poder Judiciário a responsabilidade pelo cadastramento do eleitorado (Lei Saraiva), esta atividade passou a ser feita no âmbito de cada município, por comissões de cinco eleitores nomeados pelo governo local, tal medida facilitou desvirtuamento do procedimento

¹⁶“O governo estadual garante, para baixo, o poder do coronel sobre seus dependentes e seus rivais, sobretudo cedendo-lhe o controle dos cargos públicos, desde o delegado de polícia até a professora primária. O coronel hipoteca seu apoio ao governo, sobretudo na forma de votos. Para cima, os governadores dão seu apoio ao presidente da República em troca do reconhecimento deste de seu domínio no estado” (CARVALHO, José Murilo. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, p. 3-4, 1997).

¹⁷Swarcz (2019, p. 57).

¹⁸ BARREIROS NETO, Jaime. **Histórico do processo eleitoral brasileiro e retrospectiva das eleições**. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12872/historico-do-processo-eleitoral-brasileiro-e-retrospectiva-das-eleicoes>. Acesso em: 14 out. 2024.

¹⁹ NICOLAU, Jairo Marconi. **História do voto no Brasil**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 14.

proporcionando que os mandões locais cadastrassem mais eleitores correligionários e excluíssem os adversários²⁰.

A regra acima reportada foi alterada em 1904, com a inclusão de um juiz de direito na comissão responsável pelo cadastramento de eleitores, sem, contudo, alterar a influência dos políticos dominantes locais, pois além do membro do Poder Judiciário, a comissão contava ainda com “dois dos maiores contribuintes de imposto predial, dois dos maiores contribuintes de imposto sobre a propriedade rural e três cidadãos eleitos pelo governo municipal”²¹, ou seja, as comissões acabaram sendo compostas, em sua maioria, pela elite econômica e política da localidade. Modelo este apenas alterado em 1916, quando o registro de eleitores ficou a cargo exclusivamente do Judiciário.

Outra sistemática ensejadora de controle do voto pelas elites locais, introduzida em 1904, foi a do voto a descoberto. Apesar de ser garantido o sigilo do voto, o eleitor era obrigado a preencher e assinar duas cédulas perante a mesa eleitoral, que eram datadas e rubricadas pelos mesários, sendo uma depositada na urna e a segunda ficava em posse do eleitor, que, por óbvio, era exigida pelas lideranças políticas da região, como comprovante da obediência ao grupo político dominante²².

Schwarcz destaca que na velha República a estabilidade do poder era conservada pela manutenção dos conflitos políticos no âmbito regional, pelos governadores; pelo reconhecimento federal desta administração política local; bem como pelos mecanismos de controles do voto, estando entre os mais conhecidos deles a eleição de “bico de pena”, com a manipulação das cédulas eleitorais feita pelas mesas diretoras; a “degola”, procedimento que anulava a eleição e afastava adversários, realizado pela Comissão de Verificação da Câmara dos Deputados; o “voto de cabresto”, quando os eleitores provavam a sua lealdade ao chefe local; e o “curral eleitoral”, referindo-se “ao barracão onde os votantes eram mantidos sob vigilância, ganhavam uma boa refeição e só saíam na exata hora de votar”²³.

Com efeito, diante de tal quadro de impropriedades, após a virada política ocorrida no país no ano de 1930²⁴, o modelo citado foi substituído pelo controle judicial das eleições,

²⁰ Nicolau (2002, p. 13).

²¹ “Para ser cadastrado como eleitor, o cidadão deveria provar que sabia ler e escrever, redigindo em livro especial seu nome, estado, filiação, idade, profissão e residência perante a comissão de alistamento” (Ibid.).

²² Ibid., p. 14.

²³ Schwarcz (2019, p. 82-83).

²⁴ Jaime Barreiros Neto (2009) ensina que “Em 1930, diante da conjuntura de crise mundial, gerada pela quebra da bolsa de valores de Nova York, ocorrida no ano anterior, a chamada ‘República do café-com-leite’ chega ao fim, fazendo ascender ao poder aquele que talvez seja o mais importante e emblemático líder político brasileiro: Getúlio Vargas. A partir daquele momento, a marca do getulismo se impõe de maneira indelével na política brasileira, mesmo após o suicídio de Vargas, ocorrido em 24 de agosto de 1954.

mais especificamente, pelo modelo de jurisdição especializada, com a criação da Justiça Eleitoral, realizada por meio do Código Eleitoral de 1932.

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1934, a Justiça Eleitoral foi prevista e disciplinada pelo texto constitucional, sendo inserida no âmbito do Poder Judiciário. Todavia, curta foi a existência do órgão eleitoral na Era Vargas, pois o mesmo foi extinto pela chamada Constituição do Estado Novo de 1937, que instituiu um regime ditatorial no Brasil. Após a redemocratização, a jurisdição especializada ganhou nova vida, primeiro pelo Decreto-Lei nº 7.586/45, ganhado depois *status* constitucional com a promulgação da Carta Magna de 1946. A Constituição Federal de 1967, criada pelo regime ditatorial militar, manteve a sua existência, tendo ela funcionado durante todo o período de ditadura²⁵.

Já em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, a Justiça Eleitoral, como visto, manteve a sua posição de órgão do Poder Judiciário, disciplinando nos seus arts. 118 a 121, a estrutura básica da Especializada em comento.

Demonstra-se, portanto, a adoção, atualmente, pelo Brasil do sistema judicial de controle das eleições, em contraposição aos sistemas legislativo – Poder Legislativo cuida da organização, controle do pleito e de decidir os conflitos de interesses surgidos no bojo do processo licitatório eleitoral – e misto (controle efetuado pelo Poder Legislativo e função revisional conferida a um tribunal especial)²⁶.

Nessa linha, o sistema jurisdicional pode ser dividido em três subsistemas: jurisdição ordinária, no qual é conferida à Justiça Comum a atividade de organização, controle e julgamento de demandas eleitorais; jurisdição constitucional, que confere a atividade em tela ao Tribunal Constitucional; e, por fim, o sistema jurisdicional especializado, adotado pela CF/88, onde é criado um órgão especializado dentro da estrutura do Poder Judiciário²⁷.

Durante o primeiro período getulista (1930-1937), apesar de toda a instabilidade do novo regime político, avanços democráticos ocorreram. Dentre eles, podemos destacar a criação da Justiça Eleitoral, a instituição do voto feminino e o surgimento do primeiro código eleitoral brasileiro, fatos ocorridos em 1932, ano que também foi marcado pela Revolução Constitucionalista, eclodida em 09 de julho, na cidade de São Paulo”.

²⁵ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 117.

²⁶ “No Brasil, o sistema legislativo de verificação de poderes foi acolhido no artigo 21 da Carta Imperial de 1824 e no artigo 18, parágrafo único, da Constituição de 1891. Vigorou até o fim da República Velha; portanto, por mais de um século” (Ibid, p. 116).

²⁷ Ibid.

2.2 Funções da Justiça Eleitoral

A adoção do sistema judicial especial de controle das eleições resulta por conferir à Justiça Eleitoral uma feição diferente daquela dada aos demais órgãos do Poder judiciário, porquanto a ela é entregue uma série de funções, que delineiam uma característica híbrida no que diz respeito às suas funções precípua. Assim, ora apresenta uma face legislativa, na qual expede normas gerais para regulamentar as eleições; ora exerce uma atribuição tipicamente administrativa, organizando o processo eleitoral; lado outro, há a sua função consultiva; além da típica função jurisdicional de dirimir os conflitos surgidos no âmbito eleitoral.

Prevista nos arts. 1º, parágrafo único, e 23, inciso IX do Código Eleitoral, a função normativa é conferida ao TSE, que possui a atribuição de expedir resolução para execução das normas eleitorais. Sobre o ponto, ensina Edson de Resende Castro que estas “resoluções facilitam sobremodo o trabalho dos operadores do Direito Eleitoral, porque o TSE acaba consolidando nelas não só toda a legislação eleitoral em vigor, como também sua jurisprudência mais recente e o resultado das consultas a ele dirigidas [...]”²⁸.

Já a função consultiva, regulada pelo art. 23, inciso XII do Código Eleitoral, exhibe mais uma característica única do órgão jurisdicional em análise, tendo em vista que atribui a este a função de responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridades, pessoas jurídicas de direito público e partidos políticos.

De outro lado, atuando na organização das eleições, inclusive agindo com poder de polícia, a Justiça Eleitoral opera sem a típica inércia caracterizadora do Poder Judiciário, ganhado aqui a função eminentemente administrativa, igualando-se a um órgão da Administração Pública insculpido no organograma do Poder Executivo. Pode-se citar, por exemplo, a prática de diversos atos compreendidos entre o alistamento e à diplomação, como a nomeação de mesários, fixação de locais de votação, nomeação de apuradores, organização transporte de eleitores, apuração e totalização de votos, proclamação dos resultados e diplomação dos eleitos, poder de polícia na propaganda eleitoral, entre outras funções administrativas²⁹.

²⁸ CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 43.

²⁹ Ibid., p. 34.

Inserida no contexto administrativo da Justiça Eleitoral, porém pouco analisada na literatura especializada, está a sua função de criação e implementação de políticas públicas³⁰, atuando como verdadeiro *policy-maker*³¹ aos moldes dos poderes eleitos pela população.

Nesse âmbito de atuação, a Justiça Eleitoral também promove políticas públicas visando o aprimoramento do processo democrático, a exemplo dos programas educativos promovidos pelas Escolas Judiciais Eleitorais, matérias publicitárias de informação ao eleitor sobre os seus direitos e deveres, bem como o recente programa de combate à desinformação.

2.3 Direito e Contencioso Eleitoral

Costuma-se, classicamente, desde a Roma antiga, dividir o Direito em dois grandes grupos: Direito Público e Direito Privado. Embora tal classificação não seja absoluta, além de considerada por parte da doutrina moderna como ultrapassada, tendo em vista os diversos pontos de toque entre os ramos do Direito, assim como a hierarquia das normas cujo cume é constituído por uma norma considerada de Direito Público, a qual condiciona diversos e relevantes aspectos da vida privada, tal divisão ainda possui grande importância didática.

Já o Direito Público disciplina a atuação do Estado e dos seus agentes, assim como regulamenta as relações jurídicas entre estes e os cidadãos submetidos a um determinado Poder Estatal, seja ele administrativo, legislativo ou judiciário³².

Nesse passo, destaca-se nitidamente como ramo do Direito Público o Direito Eleitoral, vez que, como veremos, as suas normas visam disciplinar os aspectos relativos ao exercício da democracia³³, a todos interessando, assim, a aplicação das suas regras e a resolução das demandas oriundas do seu emprego.

³⁰ Na lição de Celina Souza: “Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real” (SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, v. 8, n. 16, p. 20-45, 2006. p. 26).

³¹ Na lição de Couto e Arantes a expressão *Policy* é a política pública a ser implementada por quem se sagrou vencedor do jogo político, é ao mesmo tempo objetivo e decorrência deste, logo *policy-makers* serão os agentes de políticas públicas (COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41-220, 2006.

³² Gomes (2016, p. 62).

³³ Norberto Bobbio apresenta um conceito procedimental ou formal de democracia, ensinando que uma “definição mínima de democracia, segundo a qual por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados” (BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia, uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p. 12).

Posto isso, pode-se citar o conceito formulado por Fávila Ribeiro, mencionado por diversos doutrinadores especializados, que assim ensina: “O Direito Eleitoral, precisamente, dedica-se ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa equação entre a vontade do povo e a atividade governamental”³⁴.

Na busca pela efetivação da soberania popular, prevista no art. 1º e parágrafo único da Constituição Federal de 1988, e o legítimo exercício do poder estatal, que se concretiza com o válido preenchimento dos cargos de representação do povo, está situado o Direito Eleitoral. Caracterizando-se como ramo do Direito Público responsável pela disciplina do exercício da cidadania, tida aqui como sinônimo de soberania popular, principalmente no que tange ao direito de votar (capacidade eleitoral ativa) e ser votado (capacidade eleitoral passiva)³⁵, organização das eleições, bem como das matérias circundantes destes temas, como a organização e fidelidade partidárias.

Complementando as noções acima expostas, Edson de Resende Castro detalha que as normas eleitorais buscam a organização do corpo eleitoral, fixando os requisitos para que o nacional se inscreva eleitor e disciplinando “o alistamento eleitoral: a inscrição e a transferência”, bem como o agrupamento de eleitores em circunscrições eleitorais. Ainda segundo o autor, é função da legislação eleitoral a disciplina dos sistemas eleitorais, majoritário e proporcional, e o processo eleitoral das próprias eleições, englobando desde os atos administrativos de organização até a disciplina das sanções pelas práticas irregulares, passando regulação das inelegibilidades, registros de candidatura, propaganda eleitoral e o processo e julgamento dos ilícitos eleitorais³⁶.

Nessa linha, conclui-se que o Direito Eleitoral apresenta um regramento setorial das matérias acima listadas, com princípios e regras próprios, o que demonstra a sua caracterização como microssistema³⁷, inserido e guardando coerência com o sistema jurídico pátrio.

³⁴ Ribeiro (2000 *apud* Castro, 2014, p. 1).

³⁵ Adriano Soares da Costa caracteriza o direito de votar – direito de sufrágio – e o direito de ser votado – elegibilidade –, como espécies do gênero soberania popular, com fulcro na redação do art. 14 *caput* e §3º: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei [...]” (COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 36).

³⁶ Castro (2014, p. 4).

³⁷ Analisando o conceito de microssistema, José Jairo Gomes (2016, p. 24) afirma que “Para que um setor do universo jurídico seja inserido na categoria de microssistema, deve possuir princípios e diretrizes próprios, ordenados em atenção ao objeto regulado, que lhe assegurem a coerência interna de seus elementos e, com isso, identidade própria. Ademais, pressupõe a existência de práticas sociais específicas, às quais correspondam um universo discursivo e textual determinado a amparar as relações jurídicas ocorrentes”.

Na matéria relativa aos princípios, a doutrina nacional costuma dividir aqueles de natureza fundamental, previstos principalmente na Constituição Federal de 1988, inerentes ao Estado Democrático de Direito, a exemplo da democracia, republicanismo, soberania popular, sufrágio universal, legitimidade do voto etc.³⁸, daqueles princípios próprios do ramo jurídico ora em análise, como o princípio da anualidade eleitoral, aquisição progressiva dos atos, liberdade do voto, *in dubio pro suffraggi*, entre outros³⁹.

Lançando-se um olhar geral sobre a origem das normas na seara eleitoral, pode-se destacar que este ramo do direito, da mesma forma dos demais, possui o seu nascedouro formal e imediato na lei, aqui entendida no seu sentido amplo. Desta forma, é válido o registro e breve análise das principais fontes formais imediatas do Direito Eleitoral pátrio, sendo elas: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código Eleitoral, a Lei das Inelegibilidades, a Lei dos Partidos Políticos, a Lei das Eleições e as Resoluções expedidas do Tribunal Superior Eleitoral.

A Constituição Federal de 1988, norma fundamental que confere validade a todo sistema jurídico pátrio, apresenta as diretivas mestras do ordenamento eleitoral⁴⁰, consagrando dentro do Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), primeiramente, o conjunto de normas materiais relativas aos direitos políticos – Capítulo IV, arts. 14 a 16 – garantidoras da soberania popular, exercida pelo sufrágio universal, disciplinadoras das condições de elegibilidade e das causas gerais de inelegibilidades, além de listarem as

³⁸ Gomes (2016, p. 82-83).

³⁹ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 70.

⁴⁰ Como leciona Jaime Barreiros Neto (2009): “A elaboração da sétima Constituição brasileira se deu sob condições fundamentalmente diferentes daquelas que envolveram a preparação das Cartas anteriores. Em primeiro lugar, foi alargado, de modo extraordinário, o corpo eleitoral do país: 69 milhões de eleitores se habilitaram ao pleito de 1986. O primeiro recenseamento no Brasil, em 1872, indicava uma população de quase dez milhões de habitantes, mas, em 1889, eram somente 200 mil os eleitores. A primeira eleição presidencial verdadeiramente disputada entre nós, em 1910, em que porfiaram Hermes da Fonseca e Rui Barbosa, contou com apenas 700 mil eleitores, 3% da população, e somente na escolha dos constituintes de 1945 é que, pela primeira vez, os eleitores representaram mais de 10% do contingente populacional.

Com a maior participação dos meios de comunicação, em especial os jornais, revistas, rádio e televisão, uma maior divulgação e discussão dos problemas é proporcionada, sendo ressaltado, dessa forma o caráter democrático da participação popular na elaboração da nova carta constitucional.

Em 05 de outubro de 1988, em sessão solene realizada no plenário da Câmara dos Deputados, é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, pautada nos princípios da cidadania, da soberania popular, da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político.

No campo da democracia, é inegável que a Constituição de 1988, ao completar vinte anos de história, simboliza consideráveis avanços na sociedade brasileira. Voltamos a ter liberdade de imprensa e de expressão, o que possibilitou, nos últimos tempos, a divulgação e a reflexão sobre diversos fatos de grande importância para todos, a exemplo dos diversos escândalos de corrupção e abuso de poder, que permitiram o afastamento de diversos mandatários nas quatro esferas do federalismo (união, estados, distrito federal e municípios); bem como alcançamos um nível de amadurecimento político nunca dantes alcançado, com a realização de eleições livres para vereadores, prefeitos, deputados, senadores, governadores e presidentes da república, com uma maior participação popular, destacando-se, nesse ponto, o relevante papel desenvolvido pela Justiça Eleitoral, e especial no que tange à implantação das urnas eletrônicas, difundida a partir das eleições municipais de 1996”.

hipóteses de cassação, perda ou suspensão dos direitos políticos e preverem o princípio da anualidade da lei eleitoral.

Observa-se no Capítulo V, do mesmo Título citado acima, a previsão dos princípios e normas mestras do sistema partidário nacional (art. 17), estabelecendo o caráter nacional dos partidos políticos, a proibição de recebimento de recursos e subordinação a entidades ou governos estrangeiros, a previsão de prestação de contas à Justiça Eleitoral, funcionamento parlamentar em obediência à lei e o princípio da autonomia partidária.

Já no Título IV cujo conteúdo ordena os Poderes da república, encontramos o Capítulo III, do Poder Judiciário, dentro do qual estão elencados os órgãos da Justiça Eleitoral, reguladas as suas composições e competências.

A Lei nº 4.737/65 instituiu o Código Eleitoral, antes, portanto, da nova ordem constitucional. Encontra-se ainda em vigor, tendo sido recepcionado como lei complementar pela CF/88, recepção esta que ocorreu em parte, tendo em vista que diversos dos seus dispositivos contém um caráter autoritário, em reflexo ao momento político vivido no Brasil naquele período⁴¹. Como bem pontua Edson de Resende Castro:

Não se pode esquecer que foi ele concebido logo no início do regime militar, sendo, portanto, resultado da imposição das forças políticas que acabavam de chegar ao poder pela luta armada, daí que carrega a marca do autoritarismo, às vezes com regras incompatíveis com o Estado Democrático de Direito hoje vivido entre nós⁴².

Pois bem, observa-se da análise do seu texto, que o Código Eleitoral apresenta a regulação básica do processo eleitoral – do alistamento de eleitores até a diplomação –, recursos perante Juntas, Juízes e Tribunais, além dos crimes eleitorais e o seu processamento. Ressaltando-se, sempre, que diversas matérias tratadas nesta codificação receberam

⁴¹ Ainda com Jaime Barreiros Neto (2009): “Com o golpe militar, a estruturação do regime político brasileiro termina por modificar-se, iniciando-se, então em uma autocracia. Em 1967 é editada uma nova Constituição, reformada em vários aspectos em 1969, após a instituição do Ato Institucional nº 05, em dezembro de 1968, através da Emenda Constitucional nº 01. A legitimação do Estado brasileiro, na ótica da Constituição de 1967/69, passa a pautar-se na idéia de Estado desenvolvimentista, fincada na célebre concepção do ex-ministro da fazenda Delfim Netto, segundo a qual dever-se-ia ‘deixar o bolo crescer, para depois dividi-lo’. O ‘milagre econômico brasileiro’ então, passa a ser propagado, a custas de altos investimentos e empréstimos e larga escala, o que gerou um grande endividamento ao país.

Junto ao crescimento da economia, cresce também a repressão política. As eleições diretas para presidente da república, governadores de estado e prefeitos de capitais e de zonas consideradas de segurança nacional deixam de ser realizadas, e o bipartidarismo é imposto, a partir de 1966, com a dissolução de todos os partidos políticos existentes até então e a criação de duas novas agremiações partidária: a ARENA (Aliança Renovadora Nacional) e o MDB (Movimento Democrático Brasileiro)”.

⁴² Castro (2014, p. 6).

regramento constitucional e infraconstitucional diverso, o que exige do interprete uma atenção redobrada quando da análise dos seus dispositivos.

Dois anos após a promulgação da Carta Magna de 1988, o legislador infraconstitucional, atendendo a comando contido no já citado §9º do art. 14 (“Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação [...]”), editou a Lei Complementar nº 64/90, com o fim de prescrever as hipóteses e prazos das inelegibilidades⁴³, assim como apresentar o regramento das ações de Impugnação de Registro de Candidatura e a Investigação Judicial Eleitoral.

Com efeito. O diploma supra referido possui grande importância ao estudo proposto neste trabalho, vez que o regramento procedimental contido no art. 22 é aplicável a diversas ações eleitorais que visam apurar infrações relativas a origem e dispêndio de valores, abusos de poder e liberdade do voto.

No ano de 1995, o Poder Legislativo obedeceu a ordem contida nos arts. 14, §3º, inciso V e 17 da Lei Fundamental e elaborou a Lei nº 9.096/95 de grande revelo no microssistema eleitoral, porquanto “nela estão contidas as disposições estruturantes e fundamentais dos Partidos Políticos”⁴⁴ concernentes à organização e funcionamento das agremiações (criação e registro; funcionamento parlamentar; programa e estatuto; filiação, fidelidade e disciplina partidárias; fusão, incorporação e extinção), às finanças e contabilidade das greis políticas (prestação de contas e fundo partidário), tal como disciplina o acesso gratuito ao rádio e à televisão, entre outras disposições.

Afirma Edson de Resende Castro que “A chamada Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) é, sem dúvida, a mais recente conquista do Direito Eleitoral brasileiro e talvez o mais importante instrumento legislativo de que dispomos para enfrentar os novos desafios da disputa eleitoral”⁴⁵.

Tal afirmação se deve ao fato de que, antes da vigência da citada norma, as eleições no Brasil eram disciplinadas por leis temporárias, criadas para regular apenas as eleições em curso, cessando a sua vigência com o término de dado processo eleitoral, sucedendo-se outra com o fim de disciplinar o pleito seguinte. Com esta prática, restava dificultada a

⁴³ Adriano Soares da Costa (2013, p. 175) apresenta um conceito negativo de inelegibilidade, segundo o qual “A inelegibilidade é o estado jurídico de ausência ou perda da elegibilidade. Assim como o conceito jurídico de incapacidade civil apenas tem densidade semântica quando confrontado com o conceito de capacidade civil, de idêntica forma a inelegibilidade apenas pode ser profundamente conhecida se vista em confronto com o conceito de elegibilidade. Desse modo, a inelegibilidade é o estado jurídico de quem não possui elegibilidade, é dizer, o direito subjetivo público de ser votado (direito de concorrer a mandato eletivo), seja porque nunca teve, seja porque a perdeu”.

⁴⁴ Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 55).

⁴⁵ Castro (2014, p. 7).

sedimentação de conceitos, interpretações e jurisprudência em torno da matéria, além de impor um indesejável casuismo na formulação destes diplomas⁴⁶.

Destarte, a Lei das Eleições apresenta regramento perene, apesar das eventuais minirreformas, acerca dos certames eleitorais, trazendo em seu corpo a disciplina das coligações eleitorais, das convenções, registro de candidatos, arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas eleitorais, prestação de contas de campanha, pesquisas e testes pré-eleitorais, propaganda eleitoral (em geral, na imprensa, rádio, televisão e internet), direito de resposta, sistema eletrônico de votação e da totalização dos votos, mesas receptoras, fiscalização das eleições, condutas vedadas, novos crimes eleitorais, além de procedimento sumaríssimo para processamento das reclamações e representações previstas no diploma legal.

Além das fontes formais imediatas produzidas pelo Poder Constituinte originário e legislador infraconstitucionais, encontram-se elencadas neste rol as resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, com o fim de regulamentar as leis eleitorais, competência esta conferida pelo Código Eleitoral e pela Lei das Eleições.

Embora não esteja prevista na CF/88, sendo que nesta a competência para regulamentar a Lei é do Chefe do Poder Executivo (art. 84, inciso IV), bem pontua a doutrina pátria que “Em nosso sentir, tais disposições guardam plena conformidade com o texto constitucional, sendo impensável conferir a prerrogativa de regulamentar as leis eleitorais a um único indivíduo, diretamente interessado nos resultados das eleições”⁴⁷.

2.3.1 Competência da Justiça Eleitoral

Entende-se por competência, em linhas gerais, a limitação dada ao exercício de um poder. Possui como função a delimitação do campo de ação de dado órgão ou ente, bem como a fixação do quanto de poder que lhe será atribuído, para o exercício do seu mister legal. Nas palavras de Canotilho citado por Didier Jr: “Por competência entender-se-á o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos [...]”⁴⁸.

⁴⁶ Castro (2014).

⁴⁷ Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 66).

⁴⁸ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. Vol. 1. p. 198.

Nessa linha, dentro da ótica dos Poderes do Estado, arrola-se como principais espécies de competências a Legislativa, Administrativa e a Jurisdicional, esta última, para os fins deste trabalho, ganha posição de relevo.

Com efeito, conceitua-se, de acordo com a tradição, a competência jurisdicional como a medida da jurisdição⁴⁹, correspondendo à soma dos critérios previstos em dado ordenamento jurídico para a repartição da função de dizer o direito aos diversos órgãos do Poder Judiciário⁵⁰. Impende ressaltar que a jurisdição embora seja una e exercida em todo o território nacional, necessita ser limitada, organizada e dividida entre os setores judiciários, para garantir a racionalização no exercício da atividade de tutela dos direitos.

Vale anotar, no ponto, embora adotemos o critério tradicional de definição, que atualmente parte da doutrina processualista refuta a conceituação de competência como medida de jurisdição, pois defendem que se medida é, será também jurisdição. Vejamos a reflexão sugerida por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero para quem a “competência não se confunde com a jurisdição. Enquanto a jurisdição é poder, a competência constitui a *capacidade* para exercê-lo. Não se trata propriamente de *medida jurisdição*. O conceito de competência é qualitativo e não quantitativo”⁵¹.

Assim, a distribuição da competência se dá em obediência à hierarquia das normas, iniciando-se a sua análise pelas determinações emanadas pela Constituição Federal (Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo III – Do Poder Judiciário), cujos dispositivos repartem a competência, em linhas gerais, entre todos órgãos do Poder Judiciário Federal, à exceção da competência da Justiça Eleitoral, para a qual foi determinada a confecção de Lei Complementar com o fim de delimitar a sua jurisdição (art. 121 da CF/88). Quanto à justiça comum estadual, delineia-se o seu quanto jurisdicional pela técnica residual.

⁴⁹ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem uma visão contemporânea do conceito de jurisdição, pela qual: “o juiz, ao cumprir tais funções, fica muito longe das ideias de declaração da lei e de criação da norma individual a partir da norma geral, isso não quer dizer que passa a ter o poder de criar o direito. O juiz está sujeito às normas constitucionais e conquanto possa conformar a lei e a legislação ou mesmo tutelar os direitos que colidem no caso concreto e excepcionalmente superar regras jurídicas, a sua atividade não implica “criação do direito”. A jurisdição no Estado Constitucional, embora não seja *descritiva* de uma norma jurídica, não é *criativa* de normas jurídicas – a jurisdição implica atividade de *reconstrução interpretativa* mediante um *processo estruturalmente guiado pela argumentação jurídica*. E uma atividade que conta necessariamente com a colaboração da Constituição e da legislação para ser legítima, não criando *ex novo* normas jurídicas (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Vol.1. p. 156-163).

⁵⁰ Didier Jr. (2015, p. 197).

⁵¹ “A conceituação da competência como medida da jurisdição leva ao fim e ao cabo à identificação da competência com a jurisdição. Se a competência é medida da jurisdição, a ausência de competência equivale à ausência de jurisdição. Mais apropriado, portanto, conceituá-la como capacidade para exercer a jurisdição” (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2015, p. 56).

Ainda no tema da distribuição da competência, Fredie Didier Jr., buscando inspiração em Canotilho, ministra a lição de que dentro do princípio do juiz natural existem os princípios da tipicidade, pelo qual as competências dos órgãos jurisdicionais não podem, em regra, desbordar da costura constitucional, e o princípio da indisponibilidade da competência, cujo comando impede a transferência da competência constitucionalmente fixada a outros órgãos diversos daqueles originariamente definidos na Constituição Federal, à exceção das chamadas competências implícitas (*implied power*), ou seja, não havendo regra expressa, deverá algum órgão conhecer e julgar a causar. Busca-se, com isso, evitar o vácuo de competência, no qual restaria alguma matéria sem a correspondente justiça para ser apreciada. “A existência de competências implícitas é, portanto, indispensável para garantir a completude do ordenamento jurídico”⁵².

Tradicionalmente, a doutrina pátria costuma classificar a competência em: a) territorial (foro), regulada pelo Código de Processo Civil ou por lei específica, determina em qual local o órgão jurisdicional irá conhecer a causa; e do juízo, disciplinada pela lei de organização judiciária, fixa qual juiz funcionará na demanda, dentre aqueles que atuam em certo foro; b) originária, que confere a um órgão do Poder Judiciário o conhecimento de uma causa em primeiro lugar (tribunal ou juiz singular), e derivada, que diz respeito à competência recursal (mesmo órgão prolator da decisão, ex.: embargos de declaração, ou órgão de hierarquia superior); relativa – criada para atender predominantemente a interesses privados – e absoluta – direcionada ao atendimento do interesse público, em especial.

No que pertine à identificação do juiz competente para o julgamento de determinada causa, faz-se útil a análise dos critérios de distribuição da competência sistematizados pela doutrina e adotados pela legislação processual, sendo eles o critério territorial, o funcional e o objetivo.

No primeiro caso, determina-se o território em que a demanda poderá ser processada, levando em consideração que cada juízo exercerá a parcela de jurisdição que lhe cabe nos limites territoriais definidos na legislação. “Trata-se de competência, em regra, relativa, derogável pela vontade das partes”⁵³.

Como o nome indica, a competência funcional está relacionada com as funções que o órgão jurisdicional irá desempenhar no processo. Desta forma, a medida de jurisdição irá variar por graus de jurisdição, caso se trate de competência originária ou recursal; por fases do processo, a exemplo dos processos de conhecimento e execução; ou objeto a ser analisado,

⁵² Didier Jr. (2015, p. 199).

⁵³ Ibid., p. 217.

como na hipótese de arguição de inconstitucionalidade, que deve ser remetida ao pleno ou órgão específico para o pronunciamento desta matéria⁵⁴.

Já no critério objetivo o que direcionará a competência jurisdicional é a demanda posta à apreciação do Poder Judiciário. Pode-se, então, definir a competência em razão do valor da causa, da pessoa (levando-se em conta as partes integrantes dos polos da causa), bem como em razão da matéria, nesta deverá ser observada a natureza da relação jurídica levada ao órgão judicante, será, então, “[...]a causa de pedir, que contém a afirmação do direito discutido, o dado a ser levado em consideração para a identificação do juízo competente [...]”⁵⁵.

Pois bem. Retira-se do texto constitucional, que a Lei Fundamental distribuiu a competência das Justiças Especializadas em razão da matéria a ser por elas apreciada. Assim, as disciplinas trabalhistas, militar e eleitoral ficaram a cargo, respectivamente, da Justiça do Trabalho, da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral, como por evidente. Quanto à esta última, bem observa Flávio Cheim Jorge, Ludgero Liberato e Marcelo Abelha no sentido de que “[...] a nomenclatura de Justiça Eleitoral, atribuída pela Constituição a esse ramo do Poder Judiciário, por si só, já traria consigo toda uma carga histórica que levou à sua criação como órgão responsável para realizar as eleições e julgar os conflitos dela decorrentes”⁵⁶.

Percebe-se, portanto, que a competência da Justiça Eleitoral será fixada pelo critério objetivo, em razão da matéria eleitoral. Surge desta verificação, porém, a indagação acerca do que estaria abarcado pela ideia de matéria eleitoral, trilhando a doutrina e jurisprudência nacional os caminhos da identificação dos fatos sujeitos à disciplina pela norma eleitoral, bem como a perquirição acerca da relação do fato com o processo eleitoral^{57, 58}.

Nessa linha, a CF/88 delegou a fixação das normas gerais de competência da Justiça Eleitoral à Lei Complementar. Deste modo, encontra-se no Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), recepcionado como Lei Complementar pela Lei Maior, as principais normas de competência, porém não são as únicas, vez que existem regramentos desta ordem espalhados

⁵⁴ Didier Jr. (2015, p. 218).

⁵⁵ Ibid., p. 216.

⁵⁶ Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 243).

⁵⁷ Ibid, p. 243-244.

⁵⁸ Acerca da negativa de competência da Justiça Eleitoral, pela não regulamentação do fato pela legislação eleitoral, já decidiu o STJ que é de competência da justiça comum estadual processar e julgar ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, quando autor da ação não candidato postula retificação de bens apresentada à Justiça Eleitoral pelo réu candidato, por conta de crédito ainda objeto de discussão judicial (Conflito de Competência Nº 124.966 – MG; 2012/0211418-5, Relator Ministro Raul Araújo).

pela legislação eleitoral, como as normas ritualísticas do art. 2º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 64/90 (processamento das impugnações aos registros de candidaturas)⁵⁹.

Além desses normativos, em afronta ao texto constitucional, destaque-se, há também regramentos de competência estabelecidos em lei ordinária, como é o caso do art. 96 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), que disciplina o rito das representações ajuizadas com objeto no desrespeito das regras postas neste diploma legal, bem como fixação de competência em sede de resolução do TSE (Resolução nº 22.610/07 – infidelidade partidária)⁶⁰.

Desse modo, apresentado o Código Eleitoral com principal norma de distribuição de competência, vê-se que esta lei conferiu atribuições judiciais e administrativas originárias – a exemplo do processamento e julgamento do registro partidos políticos; registro de candidaturas presidenciais; conflito de competências entre Regionais e juízes eleitorais de Estados diferentes; entres outros – e recursais – “julgar os recursos interpostos das decisões dos Tribunais Regionais nos termos do Art. 276 inclusive os que versarem matéria administrativa” – ao Tribunal Superior Eleitoral nos seus arts. 22 e 23.

Do exame dos dispositivos supra citados, ressalta-se a existência de temas não recepcionados pelo texto constitucional vigente, presentes na alínea *e* do inciso I – processar e julgar originariamente mandado de segurança contra ato do Presidente da República (matéria tratada pelo art. 102, inciso I, alínea *d* da CF/88) – e, na alínea *d* do mesmo inciso, relativa à competência penal originária de julgar os seus próprios juízes e magistrados dos Tribunais Regionais, em desacordo com a norma insculpida no art. 105, inciso I, alínea *a* da CF/88.

No que tange à competência material dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos juízes eleitorais, não há maiores discussões acerca do tema, estando as linhas mestras da medida de jurisdição destes órgãos judiciários eleitorais contidas nos art. 29 e 35 do Código Eleitoral.

Com efeito, em arremate sobre o tema, vale observar que o disposto no art. 96 da Lei das Eleições confere a competência para apreciar as Reclamações e Representações relativas às infrações previstas neste diploma ao TSE, quando relacionadas ao pleito presidencial; aos TREs, nas eleições gerais (Governador de Estado, Deputado Estadual, Deputado Federal e Senador); e aos Juízes Eleitorais, no certame municipal.

Já nas ações de decretação de perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa e nas causas de declaração da existência de justa causa, a Resolução TSE nº 22.610/08 fixou, no seu art. 2º, que o “Tribunal Superior Eleitoral é

⁵⁹ Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 242).

⁶⁰ Ibid.

competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado”.

2.3.2 Ações Eleitorais

As ações eleitorais são previstas tipicamente nas fontes formais do Direito Eleitoral, decorrendo de um processo histórico de proteção gradativa dos princípios e institutos jurídicos deste ramo do direito público, ou seja, na medida que uma determinada proteção era exigida, surgia uma espécie de ação para a tutelar. Esta tipicidade reflete, em verdade, na previsão legal dos procedimentos, no sentido de que a fixação de dado procedimento de tutela exclui a utilização de outro, garantindo-se, assim, o aperfeiçoamento da atividade jurisdicional no amparo do processo eleitoral como um todo⁶¹.

Na lição de Flávio Cheim Jorge, Ludgero Liberato, Marcelo Abelha Rodrigues a característica da tipicidade das ações eleitorais reflete um conjunto técnico específico atrelado ao direito material eleitoral, que salvaguardam “a incolumidade jurídica dos atos eleitorais que, em conjunto e de forma encadeada, formam o processo eleitoral. Salvaguardando os atos, estará protegendo o processo eleitoral e, em última análise, a democracia representativa”⁶².

De um modo geral, embora cada ação seja dirigida a um fim específico, pode-se notar características que as assemelham, que, inclusive, as aproximam das técnicas das demandas voltadas à tutela dos direitos coletivos, já que tutelam direitos difusos, a exemplo da adoção da metodologia de legitimação extraordinária exclusiva, pela qual, na seara eleitoral, a legitimidade para a causa é conferida, em regra, a quatro personagens do processo eleitoral, sendo eles os candidatos, os partidos políticos ou coligações e o Ministério Público Eleitoral⁶³.

Importante ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio não adota o modelo aplicado em outros países, que incluem o eleitor no rol dos legitimados extraordinários, tendo em vista a inexistência de interesse individual a ser tutelado.

Neste tópico, buscamos uma breve análise das principais ações típicas.

A Ação de Impugnação do Registro de Candidatura (AIRC) corresponde a demanda eleitoral incidental ao processo de registro de candidatura, de natureza declaratória, prevista

⁶¹Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 413).

⁶²Ibid.

⁶³Ibid., p. 408.

no art. 3º da LC nº 64/90, a qual tem como causa de pedir a falta de condição de elegibilidade⁶⁴, a constatação de causa de inelegibilidade, ou ausência de alguma formalidade legal. Possui, portanto, como objeto a declaração negativa de reconhecimento de causa impeditiva de deferimento do registro de candidatura, tendo o como rito o procedimento descrito no art.3º da Lei das Inelegibilidades.

Prevista no art. 22 da Lei das Inelegibilidades (LC nº 64/90), a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) foi concebida “para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder⁶⁵, econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político”, tendo por objeto a declaração de inelegibilidade por 8 anos e a cassação do registro ou diploma.

Nessa linha, o rito da referida ação está insculpido nos arts. 22 a 24 da LC nº 64/90, sendo também aplicável para a apuração de ilícitos contidos nos arts. 41-A (captação ilícita de sufrágio)⁶⁷ e 73 (condutas vedadas a agentes públicos) da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97). Deve-se atentar, todavia, que estas normas cominam pena de cassação de registro ou diploma e multa, sendo a inelegibilidade uma consequência reflexa a ser analisada em eventual registro de candidatura futuro, o que as diferenciam, apenas neste ponto, da ação prevista no art. 22.

Outrossim, a representação descrita no art. 30-A da Lei nº 9.504/97, que visa a apuração das “condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos”, igualmente utiliza o rito da AIJE, com o diferencial do momento para a sua propositura, porquanto deve ser proposta após a diplomação, no prazo de quinze.

⁶⁴ Leciona José Jairo Gomes (2016, p. 233) que “as condições de elegibilidade são exigências ou requisitos positivos que devem, necessariamente, ser preenchidos por quem queira registrar candidatura e receber votos validamente. Em outras palavras, são requisitos essenciais para que se possa ser candidato e, pois, exercer a cidadania passiva”.

⁶⁵ Adriano Soares da Costa (2013, p. 259-260) doutrina que “abuso do poder político é o uso indevido de cargo ou função pública, com a finalidade de obter votos para determinado candidato. Sua gravidade consiste na utilização do múnus público para influenciar o eleitorado, com desvio de finalidade. [...] Já o abuso de poder econômico consiste na vantagem dada a uma coletividade de eleitores, indeterminada ou determinável, beneficiando-os pessoalmente ou não, com a finalidade de obter-lhes o voto [...]”.

⁶⁶ Pode-se conceituar abuso de poder como ato ou série de atos ilegais que ferem o equilíbrio ideal entre candidatos, retirando a eficácia social do regime representativo. É uma espécie de concorrência desleal que atinge a competição eleitoral, tendo como consequência a afetação da liberdade de escolha do eleitor, minando “a igualdade de oportunidades entre candidatos, tornando complicado o atingimento de nível ótimo de legitimidade procedimental” (ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 145).

⁶⁷ Sobre a captação ilícita de sufrágio Adriano Soares da Costa (2013, p. 146) apresenta a ideia de que “há, portanto, duas formas de captação ilícita de sufrágio: uma, que submete a vontade do eleitor através de benefícios ofertados ou efetivamente dados em troca do voto; outra, que manietta a vontade através da coação por meio de grave ameaça ou atos de violência. A grave ameaça de que fala a norma é qualquer ameaça, não apenas de violência física. A coação pode se dar pela ameaça de demissão de emprego, pela retirada de um benefício dado ou qualquer limitação à esfera jurídica do eleitor, sempre com a finalidade de obter o seu voto”.

Também apresenta distinção com relação à letra do dispositivo da LC nº64/90 no que tange aos legitimados ativos, pois aqui esta legitimação só é conferida aos partidos políticos ou coligação, seguindo as demais observações antes levantadas acerca da matéria.

Já a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) prevista no §10 do art. 14 da Constituição Federal de 1988, possui natureza constitutiva, tendo por objeto o combate ao mandato político obtido por meio de abuso econômico, corrupção ou fraude.

Tendo em vista a inexistência de regulamentação por parte do legislador infraconstitucional, muito se discutiu acerca de qual procedimento deveria ser adotado para a concretização à norma contida no referido dispositivo. Inicialmente, adotou-se o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, porém este foi descartado, porquanto não compatível com a celeridade exigível na seara eleitoral. Assim, diante das críticas ao sistema ordinário do CPC, o TSE editou resolução de nº 21.634/04, na qual fixou o rito da AIRC (art. 3º da Lei das Inelegibilidades), que é atualmente adotado, tendo em vista a sua melhor adequação ao tempo do processo eleitoral⁶⁸.

Destaque-se, porém, a existência de peculiaridades que distinguem o procedimento da AIME com o da AIRC. O primeiro deles diz respeito ao momento e ao prazo para o ajuizamento da demanda, que no caso da ação ora em estudo terá como termo *a quo* a diplomação dos eleitos, tendo o impugnante o prazo de quinze dias, a partir deste marco, para o exercício do seu direito de ação. Como preceitua o §10 do art. 14 da CF, a petição inicial deverá ser instruída “com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude” e deverá correr em segredo de justiça (§11).

Quanto às causas de pedir da AIME, a doutrina pátria já assentou o entendimento de que dentro do abuso de poder econômico pode ser incluído o abuso de poder político, caso haja uma contaminação econômica, dando-lhe, desta forma, uma interpretação ampliativa. Da mesma forma, a interpretação da expressão “corrupção” inclui as hipóteses de captação ilícita de sufrágio. Já no caso de fraude o exame do termo deve tomar um viés restritivo, segundo a jurisprudência do TSE e parte da doutrina, devendo ser entendido apenas como atos voltados a comprometer o ato de votação⁶⁹.

O art. 262 do Código Eleitoral, com a redação dada pela Lei nº 12.891/13, prevê uma ação, intitulada de recurso – Recurso Contra a Expedição de Diploma (RCED) –, que tem por fim o ataque a diploma expedido em favor de quem apresente situação de inelegibilidade superveniente – surgida após a expiração do prazo para o ajuizamento da AIRC –;

⁶⁸ Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 590).

⁶⁹ Ibid. p. 588.

inelegibilidade constitucional – mesmo aquelas já conhecidas à época do registro de candidatura (art. 259 do CE) – e não apresente condição de elegibilidade prevista no art. 14, §3º da CF/88⁷⁰.

O Recurso Contra a Expedição de Diploma possui natureza de ação, embora traga no nome a referência a uma forma de impugnação de decisão judicial. Neste sentido, José Jairo Gomes ensina que “se não se questiona uma decisão judicial (emanada do poder jurisdicional, frise-se) desfavorável, se não há sucumbência e se existe uma fase probatória, não se pode falar propriamente em recurso, mas em outro instituto”⁷¹.

Destarte, não há previsão legal para o procedimento do RCED, tendo a doutrina e a jurisprudência se utilizado de uma construção teórica que busca compatibilizar o rito geral dos recursos eleitorais com o procedimento da AIRC, por ser um procedimento célere, porém considerado de rito ordinário, permitindo-se, assim, o devido contraditório e a ampla defesa⁷².

Visando dar solução rápida às disputas judiciais surgidas no seio do breve período eleitoral, vez que a demora da resposta judicial poderia provocar o perecimento do direito invocado, o legislador ordinário estabeleceu um procedimento sumário no art. 96 da Lei nº 9.504/97.

Hodiernamente, após a fixação do rito ordinário pela jurisprudência e regulamentação realizada pelo TSE do rito processual de diversas ações relativas a ilícitos previstos nessa lei, restaram submetidas ao procedimento sumário as questões decorrentes da propaganda eleitoral (antecipada, irregular e direito de resposta)⁷³.

2.3.3 Procedimentos processuais contidos na LC nº 64/90

Dentro da temática iniciada nos pontos anteriores, para os fins deste trabalho, importa destacar e tecer breves considerações acerca dos procedimentos judiciais contidos na Lei Complementar nº 64/90.

Como visto acima, a Lei das Inelegibilidades disciplina o rito processual da AIRC, aplicável a AIME e RCED, assim como rege o procedimento da AIJE, este utilizado de igual maneira para as representações destinadas à apuração de captação ilícita de sufrágio, condutas vedadas e ilicitudes na captação e gastos de recursos em campanha.

⁷⁰ Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 582-583).

⁷¹ Gomes (2016, p. 967-968).

⁷² Gomes (2016).

⁷³ Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 560-561).

Sobre o primeiro procedimento citado, relativo à impugnação de candidaturas, constata-se a sua descrição nos arts. 3º e 17 do referido dispositivo legal, cujo rito em primeiro consiste na fixação do prazo de cinco dias, contados da publicação do registro do candidato, para que os legitimados ativos – qualquer candidato, partido político, coligação ou o Ministério Público – apresentem a petição inicial fundamentada contendo a impugnação ao pedido de registro, especificando os meios prova que pretendem produzir nos autos, devendo, em caso de produção de prova testemunhal, apresentar, desde logo, o rol de testemunhas, em número máximo de seis.

Após a apresentação de contestação, que deve ser juntada em sete dias, com indicação das provas e, se for o caso, rol de testemunhas, dá-se início à instrução processual, nos quatro dias seguintes, na qual, caso não seja matéria exclusivamente de direito, ocorrerá a inquirição das testemunhas do impugnante e do impugnado, em uma só assentada.

Encerrada a oitiva das testemunhas, nos cinco dias subsequentes, o juízo procederá às demais diligências, podendo, ainda, ouvir terceiros ou testemunhas referidas; seguidas, depois de encerrada a instrução, das alegações finais e manifestação ministerial, em prazo comum de cinco dias. Apresentadas as últimas alegações, os autos serão conclusos para sentença, que deve ser proferida em três dias.

Tendo em vista o estudo da prova testemunhal proposto nesta pesquisa, impende destacar que a disciplina legal acima descrita se limita a regular o momento de apresentação do rol de testemunhas e indicar o máximo de seis, a serem ouvidas em única assentada, o que está a indicar a existência de lacunas regulatórias a serem preenchidas pelo operador do sistema jurídico eleitoral.

Já no que diz respeito ao procedimento disciplinado no art. 22 da citada lei complementar, aplicável à AIJE e representações que visam apuração dos ilícitos descritos no art. 30-A, 41-A e 73 da Lei nº 9.504/97, este pode ser iniciado pelos mesmos legitimados ativos listados no art. 3º supra analisado, inexistindo previsão legislativa de lapso temporal para a propositura da ação, todavia, a doutrina especializada e a jurisprudência fixam que a ação possui como termo inicial o registro de candidatura, bem salientando Fábio Henrique Cavalcanti Estevam:

[...] podendo, contudo, levar a exame fatos ocorridos antes mesmo das convenções partidárias – ocasião em que o indivíduo inicia a prática de atos de abuso, com o fito de obter vantagens no processo eleitoral – porquanto não cabe confundir o período em que se conforma o ato ilícito com aquele no qual se admite a sua averiguação.

O termo final, por sua vez, é no dia em que ocorre a diplomação dos eleitos, à exceção do art. 41-A, da Lei nº 9.504/97 (captação ilícita de sufrágio), que é o dia da eleição⁷⁴.

O texto legal determina que a peça inicial seja dirigida ao Corregedor-Eleitoral, contudo, tal comando deve ser seguido nas hipóteses de eleições gerais, destinadas ao preenchimento dos cargos políticos estaduais e nacionais. Na hipótese de eleições locais, a ação deve ser encaminhada ao juízo zonal de primeiro grau. A petição inicial já deve indicar os meios de prova que o autor planeja demonstrar os fatos alegados, apresentando, de logo, o rol de testemunhas.

A defesa deve ser apresentada no prazo de cinco dias após a citação, na qual deve constar o rol de testemunhas, caso o réu eleja a produção desta espécie probatória.

O dispositivo ora em análise fixa lapso temporal de cinco dias para o início a instrução processual, com a oitiva das testemunhas arroladas, “até o máximo de 6 (seis) para cada um, as quais comparecerão independentemente de intimação”. Nos três dias seguintes, deve-se proceder às demais diligências, caso necessárias, bem como a inquirição de testemunhas referidas.

Encerrada essa fase processual, será aberto prazo comum de dois para apresentação de alegações finais e manifestação ministerial.

De mesmo modo que o procedimento examinado anteriormente, regulador da AIRC, AIME e RCED, no que tange à prova testemunhal, o texto legal se limita a indicar o momento de apresentação do seu rol, a ocasião de inquirição e indicar um número total de “6 (seis) para cada um”, indicando, assim, uma disciplina precária do ato instrutório, apontando, então, para a existência de lacunas do normativo de regência.

2.4 Lacunas no rito previsto na LC nº 64/90 no que tange à produção da prova testemunhal

Segundo os ensinamentos de Norberto Bobbio, o ordenamento jurídico apresenta como características a unidade – ordem existente entre as normas e destas com o sistema como um todo –, a coerência, entendida como “totalidade ordenada” ou “unidade

⁷⁴ESTEVAM, Fábio Henrique Cavalcanti. **Poderes Instrutórios do Juízo no Procedimento da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE)**: Uma discussão acerca da produção oficial da prova sob a égide do modelo cooperativo de processo. Ano. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2020. p. 66-67.

sistemática”, assim como a completude⁷⁵. Esta última de maior importância para o tema desta pesquisa pode ser definida como:

[...] a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso [...] Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema⁷⁶.

De outro lado, ainda com o referido autor, “se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna”. Resta, assim, deficiente a completude, cabendo ao intérprete o preenchimento da chamada lacuna⁷⁷.

Sobre o tema, Bobbio apresenta a noção de Carnelutti para quem a lacuna se traduz em “incompletude por deficiência” ou “deficiência de norma”, cujo remédio é a integração. A lacuna em dado sistema, significa, então, que o ordenamento jurídico não apresenta a solução de certa hipótese concreta, “nem de uma maneira nem da maneira oposta”⁷⁸.

Em complementação à ideia supra posta, pode-se trazer a concepção de Larenz, para quem a lacuna do direito diz respeito a uma incompletude em conjunto da ordem jurídica, que deixa de regulamentar uma área que carece de regulação ou não contempla um instituto que deveria conter. Para o autor não pode ser considerada lacuna do Direito a falta de regulação proposital do legislador, em decisão consciente, ou intencionalmente deixa dada questão ao espaço livre do Direito⁷⁹.

Sobre a noção de lacuna, Bobbio acrescenta que não só a falta legislativa pode ser assim entendida, mas, também, em juízo valorativo, a falta de uma solução justa, satisfatória, ou norma justa, atrai a ideia de incompletude.

Uma vez que essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de “ideológicas”, para distingui-las daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico

⁷⁵ Karl Larenz agrega a ideia as regras pertencentes a uma mesma ordem jurídica, devem compartilhar da ausência de contradição lógica, da compatibilidade material e da concordância de valorações (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 570).

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 115.

⁷⁷ Bobbio (1995, p. 115).

⁷⁸ Ibid., p. 138.

⁷⁹ Larenz (1997, p. 526).

como ele é, e que se podem chamar de “reais”. Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas *de iure condendo* (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são *de iure condito* (do direito já estabelecido)⁸⁰.

Quanto à classificação das lacunas, ainda seguindo a linha de Bobbio, entende-se por própria a lacuna existente internamente, dentro do sistema jurídico, há aqui um caso não regulamentado seja por uma norma exclusiva, seja por uma norma inclusiva, podendo ser eliminada mediante leis já vigentes no próprio ordenamento, via atividade interpretativa; já a incompletude imprópria advém do comparativo do sistema real com o sistema ideal, neste caso a hipótese não regulamentada foi excluída pela norma geral, não sendo, portanto, uma lacuna do sistema, mas sim uma insuficiência de dever ser, cuja complementação somente ocorre pela via legislativa⁸¹. “A lacuna em sentido próprio existe quando se presume que o intérprete (neste caso o órgão inferior) decidiu com uma dada norma do sistema e essa norma não existe ou, para ser mais exato, o sistema não oferece a devida solução”⁸².

No que tange às causas da incompletude, as lacunas podem ser subjetivas, quando a insuficiência regulatória tem como origem o legislador, podendo ser subdivididas em voluntárias – deixadas de propósito à interpretação do juiz – ou involuntárias, decorrentes de desídia legislativa. Já as lacunas objetivas são aquelas decorrentes do envelhecimento da lei em relação às dinâmicas sociais, logo não imputáveis ao legislador⁸³.

Ainda na esteira do citado autor, uma vez entendida a incompletude do sistema, as espécies e causas da existência das lacunas, podemos extrair da sua lição, utilizando por sua vez nomenclaturas adotadas por Canelutti, que o sistema jurídico pode ser complementado via dois métodos: a heterointegração e a auto-integração⁸⁴.

No método da heterointegração a integração do ordenamento ocorre por meio de recurso a ordenamento jurídico diversos, aqui “no que se refere ao juiz, na obrigação de recorrer, em caso de lacuna do Direito positivo, ao Direito natural”, ou as hipóteses de autorização de utilização de ordenamentos jurídicos positivos diversos (não mais vigentes ou contemporâneos de outra origem). Pode-se recorrer, também, a fonte diversa da lei, como o costume, o direito judiciário – sendo este decorrente do poder criativo do juiz –, ou da opinião dos juristas, chamados por Bobbio de direito científico⁸⁵.

⁸⁰ Bobbio (1995, p. 140).

⁸¹ Ibid., p. 143-144.

⁸² Ibid., p. 145.

⁸³ Ibid., p. 144.

⁸⁴ Ibid., p. 146.

⁸⁵ Ibid., p. 147-148.

Por outro lado, a autointegração é entendida pelo pensador como o “método consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante”⁸⁶, sendo operada via utilização dos princípios gerais do direito e a analogia.

Os primeiros são entendidos como gerais ou fundamentais do sistema, sejam eles expressos ou não. Já a analogia se utiliza de disciplina de um caso regulamentado, para solucionar questão advinda de caso semelhante com normatização incompleta, exige-se semelhança relevante consistente em característica que presente na hipótese completa atrai a esta a aplicação da consequência jurídica prevista na norma⁸⁷.

A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é o procedimento mediante o qual se explica a assim chamada tendência de cada ordenamento jurídico a *expandir-se* além dos casos expressamente regulamentados⁸⁸.

Em acréscimo, impende ressaltar a lição de Larenz, para quem a analogia é um processo valorativo de pensamento e não apenas uma operação lógico-formal, tendo em vista que há a transposição de um regramento indicado na lei para dada hipótese para outra hipótese semelhante, transposição esta que “funda-se em que, devido à sua semelhança, ambas as hipóteses legais hão de ser identicamente valoradas nos aspectos decisivos para a valoração legal”, decorre, então da máxima de tratar igualmente aquilo que é igual⁸⁹.

Importa o destaque à classificação feita por esse autor ao diferenciar a analogia *legis* ou particular, na qual se aplica analogicamente uma norma legal particular a uma situação de fato não regulada por ela; da analogia *júris* ou geral, onde se aplica um princípio jurídico geral, retirado de diversas disposições que ligam idênticas conseqüências jurídicas a hipóteses legais diferentes, ajustado tanto à hipótese não regulada, como à hipótese regulada na lei⁹⁰.

Em atenção ao objeto de estudo do presente trabalho, a partir da ideia apresentada no item anterior sobre a incompletude da regulação da produção da prova testemunhal nos procedimentos contidos na Lei Complementar nº 64/90, à luz dos conceitos acima estudados, constata-se a presença de lacuna no sistema processual eleitoral, pois o descritivo legal não apresenta disciplina suficiente para aquele que opera o processo judicial eleitoral na prática,

⁸⁶ Bobbio (1995, p. 147).

⁸⁷ Ibid., p. 153.

⁸⁸ Ibid., p. 151.

⁸⁹ Larenz (1997, p. 540-541).

⁹⁰ Ibid., p. 544.

no momento da direção processual da coleta probatória, faltando nele, assim, a característica da completude.

Nessa linha, pode-se enquadrar a incompletude em foco como uma lacuna própria, pois contida no sistema jurídico, ensejando a sua complementação via atividade interpretativa das leis já vigentes no próprio ordenamento. Ademais, inexistindo indícios de que o legislador deixou propositalmente a hipótese ao vazio regulatório, com o fim de legar ao juiz a realização do complemento necessário à sua atuação, verifica-se tratar o caso de uma lacuna subjetiva involuntária, proveniente de desídia legislativa, conforme preceituou Bobbio na forma acima revisada.

Como apontado na introdução da presente pesquisa, a prática vivenciada no Tribunal Regional Eleitoral da Bahia explicita questionamentos decorrentes da incompletude presente na Lei Complementar nº 64/90, em relação ao trâmite da produção da prova testemunhal, vez que não raro são levados à Corte discussões acerca do momento da juntada do rol de testemunhas, número máximo de testigos, necessidade de intimação das testemunhas arroladas, procedimento da colheita do depoimento e dúvidas relativas à vedação da prova testemunhal singular.

Buscar-se-á nos próximos capítulos a integração destas lacunas na lei, tanto pela via da heterointegração, com a revisão da literatura acerca do tema, buscando a opinião de juristas – ao que Bobbio chamou de direito científico – tanto pela autointegração, utilizando-se da analogia com a legislação processual civil, como indica o legislador pátrio e o Tribunal Superior Eleitoral, na forma a ser demonstrada nas próximas páginas. Será, também, feito o levantamento jurisprudencial das Cortes Eleitorais, com o fim de registrar as soluções por estas apresentadas à incompletude da legislação.

3 PROVA TESTEMUNHAL

Inicialmente, tendo em vista que a revisão bibliográfica e da legislação que será analisada neste capítulo corresponde ao âmbito do direito processual civil, cabe no ponto uma breve análise da aplicabilidade do deste ramo do Direito na seara eleitoral.

Com efeito, o Código de Processo Civil é a norma fundamental do direito processual civil pátrio, possuindo aplicação direta ou subsidiária em diversos ramos processuais, a exemplo do processo do trabalho e administrativo. Embora não haja na legislação ordinária eleitoral uma disposição expressa acerca da aplicação do código de ritos, este sempre foi aplicado de forma subsidiária no âmbito eleitoral, ou seja, na ausência de norma expressa, devem ser aplicados os princípios e normas contidos no CPC.

Nessa linha, Gustavo Bohrer Paim⁹¹ apresenta interessante colocação no sentido de que a parte geral do CPC, em especial o Capítulo I do Livro I, disciplina os chamados direitos fundamentais processuais, cujas regras e princípios devem nortear não apenas a aplicação deste código, mas também a aplicação do regramento processual de outros ramos jurídicos, como o Direito Eleitoral. Desta forma, o conjunto principiológico do processo justo – inafastabilidade do controle jurisdicional, duração razoável do processo, boa-fé objetiva, colaboração, igualdade, contraditório, proporcionalidade, publicidade e da motivação das decisões etc –, estabelecido principalmente, mas não somente, entre os arts. 3º e 11 da codificação citada, deve nortear o processamento e julgamento das demandas eleitorais.

Ressalte-se, ainda, que diante dos institutos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio pelo Código de Processo Civil, em especial o seu art. 15, o TSE editou a Resolução nº 23.478/16, com o fim de estabelecer as diretrizes gerais para a aplicação deste novel instrumento jurídico.

Nesta norma regulamentar, a Corte Superior além de estabelecer parâmetros de normatização de matérias disciplinada na lei processual, também fixou os dispositivos não aplicáveis de plano na seara eleitoral, sendo eles: a) o instituto do *Amicus Curiae* de que trata o art. 138; b) as regras relativas à conciliação ou mediação previstas nos arts. 165 e seguintes; c) o disposto no art. 219 do Código de Processo Civil; d) os prazos para interposição de recursos; e) o prazo de trinta dias de que trata o art. 178; f) o prazo previsto no art. 234, § 2º,

⁹¹ PAIM, Gustavo Bohrer. Direito processual eleitoral e a parte geral do novo CPC. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (coord.). **O direito eleitoral e novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 41-65. ISBN 978-85-450-033-1.

do Novo Código de Processo Civil (três dias), durante o período previsto no calendário eleitoral (Lei Complementar nº 64/90); g) não será admitida a autocomposição, não sendo aplicáveis as regras dos arts. 190 e 191; h) a regra do art. 205, § 3º, quando permitida a publicação em cartório, sessão ou a utilização de edital eletrônico, durante o período eleitoral (LC nº 64/90, arts. 8º, 9º e 11, § 2º; Lei nº 9.504/97, art. 94, § 5º); i) o quórum previsto no art. 941, § 2º nos Tribunais Eleitorais; j) a sistemática dos recursos repetitivos não se aplica aos feitos que versem ou possam ter reflexo sobre inelegibilidade, registro de candidatura, diplomação e resultado ou anulação de eleições.

Conclui-se, pois, com a ressalva feita pelo TSE ao deixar expresso, na resolução supracitada, que o CPC “tem caráter supletivo e subsidiário em relação aos feitos que tramitam na Justiça Eleitoral, desde que haja compatibilidade sistêmica”.

3.1 Aspectos gerais sobre a produção de provas

3.1.1 Acepções e finalidade da prova

A palavra prova pode assumir diversos significados. Trazendo a etimologia da palavra, William Santos Ferreira ensina que *prova* tem sua origem no latim, deriva do termo *probatio*, cujo significado vem de ensaio, verificação, exame, inspeção, ou um “procedimento capaz de propiciar um saber”, bem como apresenta relação com o termo *probus* (de boa qualidade)⁹².

O referido autor⁹³ acrescenta que o vocábulo pode ser utilizado em vários sentidos, sendo, no âmbito jurídico, mais utilizado na acepção de: I) “ação de provar (*actus probandi*)”, quando os atores processuais atuam no sentido de demonstrar algum fato afirmado⁹⁴; II) “meio de prova”, formas ou instrumentos utilizados para a comprovação fática (caráter

⁹² FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 53.

⁹³ Ibid., p. 54.

⁹⁴ Para Luciane Cardoso Barzotto “A ideia de prova como atividade a situa no campo dos atos jurídicos e é sustentada por Chiovenda, que considera a prova ato jurídico (atividade) que leva o juiz ao convencimento, englobando, de certa forma, a teoria do resultado. A prova como atividade contempla a atuação de seus agentes e os efeitos desta atuação [...] Segundo a teoria de Liebman, há uma distinção entre o que significa provar para as partes e, para o juiz. Para as partes, provar significa convencer e, para o juiz, provar representa perseguir, de certo modo, a verdade das alegações. A função da atividade probatória pode ser vista segundo a finalidade perseguida pelos agentes e a finalidade que busca a ordem jurídica” (BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Prova testemunhal, verossimilhança e abordagem hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/261013113/v2/page/RB-1.3%20>. Acesso em: 20 já. 2025).

objetivo da prova), técnicas para extrair o conhecimento das fontes da prova, sendo estas as pessoas, coisas, fenômenos naturais ou artificiais *etc*; III) “resultado”, confirmação da ocorrência ou não de dado fato, pelo convencimento (caráter subjetivo)⁹⁵.

A distinção apresenta relevância prática, em especial entre ação de provar e meio de prova, porquanto há situações nas quais o ordenamento jurídico irá admitir a produção da prova, mas vedará o meio pelo qual a prova será produzida (ex.: provas obtidas por meio ilícito, prova exclusivamente testemunhal em contratos de objeto superior ao décuplo do salário mínimo)⁹⁶.

Ainda no tema dos significados da matéria ora em estudo, Luciane Cardoso Barzotto apresenta as concepções de prova como: I) juízo, para a qual a atividade probatória seria uma dedução silogística, “em que a premissa maior seria formada por uma regra geral de direito, a premissa menor pelos fatos, e a conclusão corresponderia ao conteúdo da decisão”; II) reconstrução do passado, que consistiria em um método composto por processos de pesquisas de várias ciências (a exemplo da paleontologia e história), com o fim de aglutinar “indícios convergentes à reconstrução do passado”, confrontando-os às afirmações de cada parte⁹⁷; III) demonstração da verdade, decorrente de uma visão naturalística, que busca a redução de conceitos jurídicos à concepções das ciências naturais, aqui “autor e réu não podem limitar-se a apresentar versões do fato, mas devem apresenta-las e afirmar uma correspondência com a realidade, a qual é ‘verificada’ e não descoberta pelo juiz”; IV) justificação, no sentido de ser um pressuposto da escolha de dada versão de fato adotada na sentença, neste sentido cita Castro Mendes: “Prova é pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação, através do processo, no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de fato é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão”⁹⁸.

⁹⁵ Ainda com Barzotto (2014), a partir do século XIX houve a expansão da noção do convencimento do juiz como finalidade da prova, sendo ela, portanto o resultado ou a demonstração de fatos capazes de formar convencimento no magistrado. “A prova é o resultado da luta das partes para o convencimento do juiz, noção presente deste o direito romano, que condicionava o *eventum litis* à convicção pessoal do juiz: *si paret, condemna; si non paret, absolve*”.

⁹⁶ Ferreira (2014, p. 54).

⁹⁷ Marinoni e Arenhart apresentam a crítica às construções que conceituam a prova a partir de uma finalidade de reconstrução do passado. Considerando tais concepções ultrapassadas, sinaliza que “é impossível o restabelecimento dos fatos pretéritos, já que jamais se logrará extirpar toda a dúvida possivelmente existente sobre a efetiva acuidade do juízo de certeza a que se chegou. Vale dizer: a verdade, enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida se esse objeto está no passado, porque não se pode mais recuperar o que já passou[...] O juiz não é um historiador; se fosse, não deveria ser recrutado dentre bacharéis em direito, mas sim entre graduados em história (certamente muito mais preparados para a pesquisa do passado). (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104787185/v6/page/RB-4.1>. Acesso em: 24 nov. 2024).

⁹⁸ Barzotto (2014).

Reconhecendo o caráter multifacetado do fenômeno probatório, Marinoni e Arenhart optam por esta última acepção, relacionada à decisão judicial, por se tratar da principal preocupação dos estudos em processo, reconhecendo a forte característica argumentativo-retórica, que justifica a escolha de uma das teses postas no processo. Adota, assim, a ideia de prova como justificação, afirmando-a como “como todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”⁹⁹.

Ainda com os dois autores referidos, para uma melhor compreensão da ideia apresentada, cumpre esclarecer que a prova é um meio retórico, pois estabelece uma relação dialógica entre as partes e o juízo, fixando daí os fatos controvertidos e visando o atingimento do convencimento. O diálogo probatório, também, deve obedecer as prescrições legais, que “podem regular tanto o modo de formação da prova como sua produção dentro do processo, como, ainda, podem condicionar a sua força probante no limite do convencimento do Estado-jurisdição (prova legal)”. Apresentando, por fim, ao juiz o fundamento de validade, ou verossimilhança, das proposições lançadas na demanda¹⁰⁰.

Seguindo no tema, pode-se afirmar o predomínio da teoria que aponta como finalidade da prova a condução do julgador ao convencimento acerca da tese argumentativa posta em juízo. Fredie Didier Jr., contudo, acreditando incompleta a assertiva, acrescenta mais duas finalidades. Vejamos:

Além de ter por objetivo convencer o juiz acerca das alegações de fato sobre as quais se desenvolve a atividade probatória, a prova também tem por finalidade permitir que as próprias partes se convençam *(i)* de que efetivamente são titulares das situações jurídicas que, em princípio, pensam ter e *(ii)* da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas.

Podemos dizer, inclusive, que, antes mesmo de convencer o juízo, as próprias partes precisam estar convencidas da tese que estão sustentando ou que vão sustentar em juízo. E aí entra a importância da prova como meio para alcançar o convencimento das partes e como forma de determinação da conduta processual ou extraprocessual desses sujeitos parciais.

[...]

Daí se vê que à clássica noção de que a prova tem por finalidade permitir ao juízo formar seu convencimento acerca dos fatos da causa deve-se acrescentar esse outro aspecto: tem ela, além e antes mesmo disso, a finalidade de permitir às próprias partes a formação do seu convencimento acerca dos fatos da causa¹⁰¹.

⁹⁹ Marinoni e Arenhart (2022).

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Didier Jr. (2015, p. 50-51).

Desta afirmação se conclui que a prova possui mais de um destinatário, não apenas o juiz, como classicamente é defendido pela doutrina, mas também às próprias partes da demanda, vez que estas podem mudar a sua atuação no processo a depender do resultado da produção probatória.

3.1.2 Objeto da prova

Ferreira ensina que o objeto da prova são os fatos, ou as alegações sobre fatos, estando abarcados nessa ideia as ocorrências perceptíveis por terceiros, sejam elas externas ou internas, acontecimentos passados ou presentes, inclusive de ordem psíquica, como intenções e conhecimentos¹⁰², sendo questão fática toda a matéria relacionada com a causa de pedir da demanda.

Os fatos não são rigorosamente “obtidos” pelos meios de prova, mas cognoscíveis por estes, ou seja, o trabalho probatório desenvolvido no processo não alcançará o fato, mas sem a conclusão de muito provavelmente ter ocorrido (ou não), estar ocorrendo (ou não) ou poder ocorrer (ou não). Normalmente, os meios de prova não colocam as partes e o juiz em contato direto com o fato (ocorrendo), mas sim com informações que conjugadas permitem extrair uma conclusão sobre a ocorrência ou inoccorrência dos fatos¹⁰³.

Aduz Barzotto que as partes dirigem a sua atividade probatória a comprovar a veracidade dos fatos nos quais se baseiam a ação ou a defesa, conforme grafado no texto do art. 369 do CPC. Existem, contudo, doutrinadores que professam a ideia de que a atividade probatória é voltada à confirmação das afirmações sobre os fatos. Nesse passo, apresenta a concepção de Canelutti no sentido de que o objeto imediato da prova não é necessariamente o fato, que seria objeto mediato desta, mas sim a representação intelectual sobre ele, ou seja, as afirmações e versões das partes¹⁰⁴.

No ponto, a autora apresenta interessante reflexão acerca das afirmações postas em juízo, descrevendo que estas ao serem lançadas no processo, sob a formatação intelectual da parte, se qualificam como alegações, que por sua vez, por conterem afirmações parciais e duvidosas, devem ser demonstradas processualmente. Acrescenta que os pontos geradores de dúvida nas “alegações surgem pelo contraditório, gerando alegações incompatíveis pelas

¹⁰² Ferreira (2014, p. 55).

¹⁰³ Ibid., p. 55-56.

¹⁰⁴ Barzotto (2014).

afirmações dos adversários. A oposição de alegações incompatíveis é chamada de questões, que, por sua vez, em conjunto, dão origem à controvérsia”¹⁰⁵.

São, então, os fatos controversos que devem ser provados no processo, conforme preceitua a norma contida no art. 341 do CPC, excetuados aqueles fatos notórios, confessados, sobre os quais não paire controvérsia e/ou quando haja presunção legal de existência ou veracidade sobre dado fato, na forma da disciplina inserida no texto do art. 374 do mesmo diploma legal¹⁰⁶.

Em análise deste último dispositivo, ensina Daniel Amorim Assumpção Neves que a legislação processual brasileira adotou a teoria do fato como objeto da prova, com fulcro no texto do *caput* do art. 374 do CPC – “da mesma forma como ocorria com o art. 334 do CPC/73” –, acreditando, contudo, que a discussão acerca da matéria não gera maiores consequências práticas, situando a controvérsia apenas no âmbito acadêmico¹⁰⁷.

3.1.3 A prova como um direito

À luz do ordenamento jurídico pátrio, Barzotto apresenta a prova como um direito previsto no art. 369 do Código de Processo Civil de 2015, refletindo os aspectos da “possibilidade de proposição, aceitação e produção dos meios relevantes à comprovação dos fatos”, devendo o juiz garantir a igualdade de condições na realização probatória¹⁰⁸.

Apresentando a divisão analítica proposta por Carlos Alberto de Salles, Ferreira sugere que o direito à prova se subdivide em: I) “direito à produção probatória”, compreendendo a disponibilidade dos meios de prova permitidos pelo ordenamento jurídico, com o fim de demonstração da ocorrência ou não do fato (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal); II) direito ao “tratamento em contraditório”, garantia da ciência acerca da prova, oportunidade de manifestação de produção de contraprova, bem como a análise judicial do conjunto probatório produzido; III) direito “à correta valoração da prova”, adequado e fundamentado exame da prova produzida¹⁰⁹.

Por estar relacionada ao aspecto fático da lide, sendo, pois, essencial para a entrega jurisdicional, diz-se, atualmente, que o direito à prova está indissociável ao direito à ordem

¹⁰⁵ Barzotto (2014).

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 661.

¹⁰⁸ Barzotto (2014).

¹⁰⁹ Ferreira (2014, p. 57).

jurídica justa. Tais ideias, portanto, estão contidas no conceito de Estado Democrático de Direito^{110, 111}.

Neste contexto, há forte inclinação doutrinária em reconhecer uma origem constitucional no direito à prova, que decorreria implicitamente dos princípios da inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal e do contraditório, a fim de concretizar o viés constitucional da qualidade da prestação jurisdicional. Ressalte-se, porém, que a busca pela verdade não é um fim em si mesmo, o que impõe limites à obtenção e produção da prova no processo, em atenção à ponderação que deve ser feita entre o direito à prova e outros princípios fundamentais do processo¹¹².

3.1.4 Sistemas de valoração da prova

Aponta a doutrina especializada que o sistema de prova legal teve início ainda na idade média, por volta do séc. XIII, com o fim de reduzir o arbítrio do julgador. Neste método mais formalista as condições de admissibilidade da prova são estabelecidas previamente, restando ao magistrado apenas a atribuição de verificação da regularidade na produção da prova, certificando a produção e valoração matemática da prova plena – que por si só demonstra – ou semiplena – que necessita de outra de igual espécie para trazer juízo de certeza. É a “prova tarifada”, que recebe críticas, em especial na produção oral da prova, pois impõe limitações de admissibilidade sobre este meio de prova, bem como confere efeito vinculante à confissão¹¹³.

Apesar de superado, em linhas gerais, ainda encontramos normas remanescentes “no nosso Código de Processo Civil que contempla, em alguns dispositivos, a prova legal como forma de limitação probatória, como se observa nos arts. 341, 344, 374, 400, 412, 415, 448, 478, todos do mesmo diploma legal”¹¹⁴.

Registra-se a quebra do antigo regime probatório no século XVII, no qual o pensamento liberal de Locke influenciou um sistema diametralmente oposto ao da prova

¹¹⁰ Ferreira (2014, p. 56).

¹¹¹ Complementa Barzotto (2014) que “A prova tida como direito da parte também está substancialmente ligada ao aspecto de acesso à justiça, garantida no art. 5º, inciso IX, da CF/88, ou seja, a afirmação da prova como direito afina a temática probatória com as grandes linhas constitucionais de direitos fundamentais relacionados ao processo, conservando seus principais aspectos teóricos”.

¹¹² Neves (2016, p. 644).

¹¹³ Barzotto (2014).

¹¹⁴ Ibid.

tarifada, surgindo, assim, a livre convicção. Aqui o juiz conduz a produção e avaliação da prova de forma ilimitada, pecando-se pela ausência de limites na atuação probatória¹¹⁵.

Apontado como sistema misto, balanceando elementos dos dois regimes anteriormente referidos, a persuasão racional se calca na necessidade de embasamento das alegações postas pelas partes via produção probatória, que condicionará o juízo a decidir conforme o quanto provado nos autos. Neste método, o “dever de fundamentar a decisão tomada, indicando os motivos e as circunstâncias que levaram a admitir a veracidade dos fatos em que o juiz baseia sua apreciação, é o pressuposto do sistema da persuasão nacional”¹¹⁶.

Desta forma, a obrigatoriedade de motivação das decisões, contida na norma inserida no art. 371 do CPC, confere às partes um mecanismo de entendimento e fiscalização do processo racional do julgador, em sintonia com os valores de cidadania contidos na Constituição Federal.

Nessa linha, importa ressaltar a mudança legal e dogmática realizada com o advento do novo Código de Processo Civil no sentido de afastar a ideia de “livre convencimento motivado”, que induzia a uma noção de que o juiz poderia dar o valor que bem entendesse ao conjunto probatório. O CPC impõe, agora, o princípio convencimento motivado, ou persuasão racional. Retirando, desta forma, a palavra “livre” para informar que “a motivação deve ser racional: deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que atua o órgão julgador”¹¹⁷.

Voltando a Barzotto, o referido sistema apresenta dificuldades práticas para a sua implementação plena em razão da ainda influente prova tarifada, que conduz parcela da magistratura a dar prevalência a provas periciais e documentais, em detrimento do produto da produção de provas orais.

Outras dificuldades dizem respeito à própria avaliação da prova, que se torna mais complexa em face da evolução da técnica, da dificuldade de juízos de verossimilhança a serem formulados no processo e das discussões, em última análise, políticas, em torno dos poderes instrutórios do juiz e seu controle na aplicação da lei¹¹⁸.

¹¹⁵ Barzotto (2014, RB-1.13).

¹¹⁶ Idem. RB-1.14.

¹¹⁷ Didier Jr. (2015, p. 103).

¹¹⁸ Barzotto (2014).

3.1.5 Princípios norteadores da produção da prova

Barzotto aponta a necessidade da observância de princípios constitucionais e infraconstitucionais como uma bússola da atividade valorativa da prova, dentro do sistema da persuasão racional. Lista os princípios inscritos na declaração de direitos do homem contida na Constituição Federal de 1988, dando destaque ao princípio da igualdade, do qual emanam os princípios da “legalidade, segundo o qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II), o direito de ação (art. 5º, inciso XXV), o contraditório e a ampla defesa (art 5º, LV), além do princípio do devido processo legal (art.5º, LIV)”¹¹⁹.

Destarte, inicialmente concebido como impositivo debate entre as partes de uma dada relação processual, o princípio do contraditório ganhou, ao longo dos anos, a noção de participação ou colaboração no processo, agregando não só maior participação do autor e réu, mas também uma atuação positiva do juiz, com fundamento na ideia de publicização e democratização do processo. O princípio, na instrução probatória, será concretizado “a partir da recepção de uma prova por um dos litigantes, a manifestação da parte contrária”¹²⁰.

No ponto, Guilherme Barcelos apresenta interessante complementação da ideia:

Trata-se de tutelar e garantir a paridade de armas entre os litigantes, máxima que deve imperar em toda e qualquer contenda, não bastando, a tanto, dar-se ciência às partes de cada ato praticado, fazendo-se necessário que elas tenham participação ativa em cada um desses atos no decorrer do processo, sendo primordial, portanto, que o juiz dê igual e material, vale dizer, real, oportunidade aos contendores¹²¹.

O princípio dispositivo traz em seu significado a noção de vinculação do magistrado ao quanto alegado em matéria fática, impondo o reconhecimento como verdadeiro o que não foi contestado pela parte contrária. O princípio dispositivo se contrapõe ao princípio inquisitório, que confere autonomia probatória ao juiz. Embora prevalente no ordenamento processual pátrio, tal princípio não influencia na legislação isoladamente, há certa coexistência com o princípio inquisitório; a exemplo dos arts 141 e 373, regidos pela linha

¹¹⁹ Barzotto (2014, p. RB-1.15).

¹²⁰ Idem, p. RB-1.15.

¹²¹ BARCELOS, Guilherme. **Processo Judicial Eleitoral e Provas Ilícitas** – A Problemática das Gravações Ambientais Clandestinas. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

dispositiva, e dos art. 370 e 371, regulados pelo diapasão inquisitório¹²². Interpretando Echandia, Barzotto afirma que:

Pelas observações do autor, verifica-se que o desenvolvimento da demanda decorre diretamente do princípio dispositivo em que se parte do pressuposto que o titular do direito de ação deve decidir sobre o exercício deste direito. E, em decidindo pela interposição da ação, decidirão as partes pelas suas alegações, o que comporá o objetivo litigioso, com a devida fixação dos limites subjetivos e objetivos da lide¹²³.

Normatizado no art. 369 do CPC, o princípio da liberdade da prova traduz o conceito de admissão de todos os meios de prova no processo, limitado, contudo, aos “meios legais” – sendo ilícita a prova produzida em contrariedade a direito substancial “em momento pré ou extraprocessual”, inadmissível no processo, conforme mandamento constitucional, art. 5º, LVI – e “moralmente legítimos” (configurando a ilegitimidade da prova quando produzida em desacordo com norma processual e “apurar-se-ia no momento de produção no processo”)¹²⁴.

Nessa linha, complementa Guilherme Barcelos: “Estamos frente a um verdadeiro direito fundamental que resguarda todo e qualquer cidadão do infortúnio de ter promovida contra si uma acusação ou, porventura, uma condenação, lastreadas em provas ilícitas, inidôneas, que, como tais, são cabalmente imprestáveis”¹²⁵.

O plexo principiológico formado pelos princípios da necessidade, oportunidade e contraditório forma a base liberal do processo probatório e decorre diretamente dos princípios da liberdade e da igualdade. O princípio da necessidade da prova está presente na ideia e na regulamentação (arts. 341, 369 e 374 do CPC) da exigência de prova dos fatos duvidosos ou controversos, servindo como fundação lógica, juntamente com o direito-dever de fundamentação da sentença, do sistema de persuasão racional; já a oportunidade em matéria probatória se correlaciona à igualdade de tratamento das partes contida na norma descrita no art. 139 do CPC, balizando, também, a regulação do momento oportuno para produção da

¹²² “Pela análise do nosso Código, resguarda-se às partes o monopólio quanto à iniciativa da demanda e os limites desta e sua prova (art. 373 do CPC) e amplia-se a iniciativa oficial em matéria de prova sem que isso importe na negação do direito subjetivo material. O princípio dispositivo é limitado, por exemplo, quanto à liberdade de apreciação pelo juiz dos fatos postos à causa que são perceptíveis e se prestam para a dedução do fato a ser provado (art. 375 do CPC). Outra restrição ao princípio é a necessidade de conhecimento de ofício, pelo julgador, de determinados fatos que versem sobre direitos indisponíveis, sendo que possibilidade de que o juiz tome medidas instrutórias ex officio tem por fundamento a busca de maior grau de verossimilhança na decisão para embasar tal decisão que decorre da crescente publicização do processo [...]” (Barzotto, 2014).

¹²³ Idem, RB-1.16.

¹²⁴ Idem, RB-1.17.

¹²⁵ Barcelos (2022, p. 36).

prova (v.g. arts. 319, 336 e 450 do CPC); a formação do material probatório que servirá de substrato para a formação do convencimento do órgão jurisdicional, ocorrerá do contraditório realizado em juízo. Assim:

Na formação do contraditório que dizem respeito à oportunidade probatória, conforme sinala Tarzia:

- a) “a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes;
- b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes;
- c) a obrigação do juiz, que disponha de poderes de ofício para a admissão de um meio de prova, de permitir às partes, antes da sua produção, apresentar os meios de prova que pareçam necessários em relação aos primeiros;
- d) a obrigação da produção das provas”¹²⁶.

Os estudiosos do processo na contemporaneidade veem na oralidade uma forma de implementação da democratização do processo, refletindo neste o Estado Democrático, vez que implica no aprimoramento do acesso à justiça, celeridade processual e maior participação ativa do magistrado na condução processual, sendo exigida a sua presença na produção das provas e proposições jurídicas das partes

Aduz Cappeletti que o principal e mais moderno significado do princípio da oralidade refere-se à prova oral representativa (depoimento das partes e testemunhas), em que a instrução probatória acentua a oralidade como método não formal de utilização do conhecimento do juiz, das partes e testemunhas. O significado primário do princípio da oralidade diz respeito aos depoimentos das partes das testemunhas e, como significado secundário, refere-se à clarificação das proposições das partes¹²⁷.

Já o princípio da imediatidade ou imediação preconiza que os meios de prova devem estar diretamente disponíveis ao julgador, que, por sua vez, deve ter contato pessoal e direto com o material probatório produzido (aspecto subjetivo); já em sentido objetivo, o princípio orienta que o magistrado opte pelos meios de prova mais próximos ao fato a ser provado. Busca-se, assim, uma melhor avaliação dos fatos descritos.

Sobre os dois últimos princípios bem pontuam Marinoni e Arenhart:

A oralidade propicia um contato direto do juiz com as partes e as provas, dando ao magistrado não só a oportunidade de presidir a coleta da prova, mas, sobretudo, a de ouvir e sentir as partes e as testemunhas. Chiovenda, referindo-se ao princípio da imediação, afirma que esse princípio almeja

¹²⁶ Barzotto (2014).

¹²⁷ Ibid.

“que o juiz, a quem caiba proferir a sentença, haja assistido ao desenvolvimento das provas, das quais tenha de extrair seu convencimento, ou seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo, de modo que possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições do lugar, e outras, baseado na impressão imediata que delas teve, e não em informações de outros. O princípio não se acha apenas estritamente conjugado ao da oralidade, tanto que só no processo oral é passível de plena e eficaz aplicação, senão que, em verdade, constitui a essência do processo oral”¹²⁸.

Com origem na Constituição Federal (art. 5º, LX), o princípio da publicidade traz a ideia de controle da atividade jurisdicional pela opinião pública, que deve ter ampla aplicação, ressalvadas as hipóteses de possível violação da dignidade da pessoa humana. Desta forma, a publicidade dos atos jurisdicionais possui função fiscalizatória, de pacificação social, educacional, para os que assistem aos debates judiciais, bem como de incremento do prestígio do Poder Judiciário. Destaca-se, ainda, que por meio da publicização da atividade judicial é possível alcançar a legitimidade das decisões judiciais e a confiança na administração da justiça, conforme assinala Barzotto¹²⁹:

O idealizador do princípio da publicidade foi Bentham. Assinala o filósofo inglês que a publicidade é necessária para assegurar a probidade do juiz além dos demais sujeitos processuais: seria uma espécie de legitimação da justiça. Bentham entende que a publicidade é a mais eficaz de todas as garantias do testemunho das decisões que dele dependam, o que se tornaria difícil se o interrogatório fosse secreto. A mentira, segundo o autor, seria mais audaz. Nessa linha, a publicidade facultaria, em tese, o aparecimento de novas provas sobre certos fatos¹³⁰.

Também de origem constitucional, art. 93, inciso IX, a necessidade de motivação das decisões “compreende, em síntese, o enunciado das escolhas do juiz, com relação à individualização das normas aplicáveis, à análise dos fatos, à sua qualificação jurídica e às consequências jurídicas dela decorrentes”, refletindo nas garantias do direito de ação, contraditório e ampla defesa. Em consequência deste plexo de ideias, o código de ritos, art. 489, prevê a nulidade do ato decisório carente de fundamentação, assim como abre ensejo ao manejo de ação rescisória (art. 966). Atende-se, então, à necessidade de controle da legalidade e justiça das decisões, conferindo aos atores processuais o conhecimento das razões do julgado e, consequentemente, a possibilidade de impugnação¹³¹.

¹²⁸ Chiovenda (1969 *apud* Marinoni; Arenhart, 2022, p. 99).

¹²⁹ Barzotto (2014).

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Idem*. RB-1.22

No âmbito probatório, a motivação deve se fazer presente desde a admissão da prova, até a fase decisória. Assim, “é imprescindível quando se defere ou indefere uma prova sob o argumento de o fato ser, ou não, controvertido e pertinente e de o fato ou a prova ser, ou não, relevante”. Desta forma, por exemplo, a decisão de saneamento, art. 357, deve trazer a definição dos fatos controvertidos e das provas admitidas e que serão produzidas, já a sentença deve descrever “as provas que foram admitidas, produzidas e valoradas”, apresentando no seu bojo o conteúdo probatório que foi produzido, bem como o entendimento do magistrado sobre ele, caso contrário restará inviabilizada a verificação de possível contradição na análise probatória¹³².

Na verdade, a necessidade de o juiz justificar as suas próprias razões, demonstrando o motivo pelo qual prefere uma prova em relação a outra, nada mais é do que um corolário do direito à prova, uma vez que, como é evidente, o direito a provar não se resume à possibilidade de produzir a prova, mas também se refere ao direito de ter essa prova valorada, pouco importando qual venha a ser o sentido da decisão judicial¹³³.

Ainda com Barzotto, em análise sobre o princípio do ônus probante, afirma a autora que o peso da prova não é direcionado à atividade processual das partes, mas sim atua como diretriz ao magistrado ao formular o conteúdo da sentença acerca da prova ou não de certo fato, utilizando-se a carga da prova após a apreciação desta, suprimindo a necessidade de certeza sobre o mandamento de prova legal. “Como regra de julgamento, o ônus da prova representa uma forma de motivação da decisão e uma proteção das partes da arbitrariedade judicial em caso de dúvidas”, ou seja, em caso de incerteza o juiz decidirá contra quem não se desincumbiu do ônus probante. A matéria é regulada pelo art. 373 do CPC, que impõe a quem propõe uma pretensão ou uma exceção o dever de provar os fatos que as fundamentam. Dignas de nota são as hipóteses de inversão do ônus da prova contidas no Código de Defesa do Consumidor e Legislação Trabalhista, que, em razão do direito material posto em discussão, distribuem de forma desigual o ônus da prova¹³⁴.

Acerca do tema, Breno Duarte chama a atenção para a norma contida no §1º do citado art. 373, que adota a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que propõe uma maior flexibilização da regra geral do dever probatório contida no *caput* deste dispositivo, ao

¹³² Marinoni e Arenhart (2022).

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Barzotto (2014).

permitir que o julgador, motivadamente, distribua a obrigação de prova a quem tenha melhor condição de a produzir¹³⁵.

As cargas probatórias dinâmicas, portanto, não desprezam as teorias estáticas, mas buscam articular de forma a complementar à incidência das regras prefixadas, de modo a fazer cumprir os objetivos dos ônus da prova, que não são outros senão aqueles ligados a uma tríplice função: a) estimular as partes na tarefa de apontar as provas necessárias ao descobrimento da verdade, b) funcionar como regra de convencimento, através da apreciação da conduta processual das partes e, finalmente, c) permitir o julgamento mesmo nos casos de fundada dúvida a fim de afastar o *non liquet*¹³⁶.

A professora citada apresenta, ainda, o princípio da unidade, o qual prescreve a necessidade de análise conjunta do acervo probatório, impondo-se a busca pela unidade tanto no momento da admissão, quanto na produção e valoração. Dentro do sistema de persuasão racional, tal exame unitário seguirá parametrizações legais objetivas (arts. 442 a 463 do CPC) e racionais, estes repousados na razoabilidade, boa-fé e verossimilhança. Assim, segundo a autora, “Para a apreciação da prova, de acordo com o sistema da persuasão racional, valoriza-se o conjunto de acordo com os parâmetros oferecidos pelo Direito num processo que inclui atribuição de sentido aos fatos através de conhecimento e associação”¹³⁷.

3.1.6 Verdade e verossimilhança

Ao longo do tempo, como ensina Breno Duarte, diversas correntes teóricas se debruçaram sobre a ideia da verdade, que, por óbvio, apresentam variações temporais – como na antiguidade clássica, cujo conceito de verdade decorrente da contemplação da realidade, realizada pelas categorias sociais preponderantes na escala de poder (sociedades de orientação escravocrata); diferenciando-se da análise advinda nas sociedades capitalistas, nas quais “a noção de verdade foi moldada a partir de experiências relacionadas às ideias de utilidade e eficácia, sendo associado o conceito em questão ao uso prático ou verificável do conhecimento” – assim como variantes filosóficas, não necessariamente temporais, a exemplo do jogo histórico proposto por Foucault, o modelo retórico de Adeodato, ou a ideia de verdade como adequação do objeto ao intelecto elaborada por Kant, entre outros¹³⁸.

¹³⁵ Duarte (2020, p. 83).

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Barzotto (2014).

¹³⁸ Duarte (2020, p. 31).

No que tangencia ao âmbito jurídico-processual, o referido autor segue apresentando diversos modelos de verdade, contidos nas diversas teorias modernas do direito (como em Kelsen, Luhman, na análise econômica do direito, teoria pragmática, etc), as quais consideram o juiz como elemento relevante/central do sistema judiciário de solução de conflitos “de modo que a transferência de elementos entre os subsistemas sociais passa pela compreensão desse agente acerca do conteúdo de tais modificações”^{139, 140}.

Acrescenta o autor, destacando que outros ramos das ciências também influenciam no direito processual, que “as concepções de verdade sofrem natural influxo das alterações percebidas na ciência e na filosofia”. Desta forma, no direito probatório há maior sensibilidade à influência a tais mudanças, tendo em vista a necessidade de reconstrução dos fatos narrados para a solução dos conflitos¹⁴¹.

Nessa mesma linha, Marinoni e Arenhart trazem também a noção de que a questão da verdade buscada no processo extrapola o conhecimento jurídico, sendo necessária a complementação por outras ciências. “De modo que a questão da finalidade da prova deve orientar-se pelo estudo do mecanismo que regula o conhecimento humano dos fatos”¹⁴².

No âmbito científico, afirma Barzotto, ao relacionar certeza e verdade, que o investigador forma mentalmente a ideia de verdade acerca de dado objeto quando presente uma certeza adquirida após ultrapassados os estágios de ignorância, dúvida e opinião¹⁴³, levando o sujeito a um segundo momento de definição dos graus de certeza, que dependerá dos dados empíricos disponíveis, podendo variar da absoluta incerteza, revelando uma

¹³⁹ Duarte (2020, p. 59).

¹⁴⁰ Adianta-se a posição de Vitor de Paula Ramos, no caso do direito probatório que defende uma posição objetiva, na qual o juiz é retirado do cerne da produção da prova: “Seja como for, o juiz, nesse modelo, não mais será o cerne da atividade probatória, na medida que todas as etapas, admissão, produção e valoração, serão meios para o atingimento de um fim; a busca da verdade, isto é, conhecer aquilo que efetivamente ocorreu, objetivamente. Desse modo, todas as etapas deverão basear-se em critérios objetivos, e não na capacidade ou não de convencer o juiz A ou a juíza B” (RAMOS, Vitor de Paula. **Prova Testemunhal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 46).

¹⁴¹ Duarte (2020, p. 61).

¹⁴² Marinoni e Arenhart (2022).

¹⁴³ “A ignorância é a total ou parcial ausência de conhecimentos ou informações em torno de um objeto pesquisado. A ignorância em torno de um fato é resultante, também, da falta de informações em razão de deficiências nas percepções cognitivas ou de comunicação. Muitas vezes a insuficiência de informações é insuperável por causa das limitações de ordem material ou pessoal. Havendo alguns elementos ou indícios relativamente a um fato ou objeto, a ignorância será parcial, desde que os meios cognitivos sejam insuficientes para qualquer afirmação ou negação. A ignorância parcial se aproxima da dúvida pela impossibilidade de decisão decorrente da ausência de meios cognitivos. Existe a dúvida quando há elementos capazes de gerar um conhecimento, mas, ao mesmo tempo, surgem elementos contrários e motivos que abalam e desautorizam tal entendimento. A dúvida é um estado da mente em que não há um conhecimento firme ante o temor do falso pela concorrência de afirmações e negações, gerado pelo simultâneo conflito de prós e contras. A dúvida autoriza o pesquisador a formar uma ideia insegura e imprecisa sobre o objeto investigado. Na opinião, a pessoa que a afirma se baseia em facetas de um fato, aceitando-o em face da maior ou menor probabilidade de ocorrência. A opinião se equipara sempre a uma probabilidade ou a uma hipótese e não oferece a segurança da certeza” (Barzotto, 2014).

hipótese absurda, à certeza total, com um fato necessário. Em grau anterior ao necessário, encontra-se o fato verossímil, classificado pela autora como grau de crença de “opinião”.

Prossegue a autora concluindo que fato verossímil é aquele cuja aparência indica uma correspondência com a realidade, enquadrando-se em nível intermediário em uma gradação do possível, verossímil e provável, trazendo a seguinte lição de Calamandrei:

Possível é o que pode ser verdadeiro. Verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro. Provável seria, etimologicamente, o que se pode provar como verdadeiro; mas, na linguagem filosófica e teológica, a palavra se encontra dotada no sentido de razoável, “e não crê-lo é contrário à razão”: e não falta nas enumerações dos léxicos o uso da palavra provável como sinônimo de verossímil¹⁴⁴.

Em verdade, a análise fática e probatória via processo não possibilita o atingimento da verdade real, vez que o exame judicial sempre será marcado por algum grau de subjetividade na valoração do fato, “alterando-lhe a substância e inviabilizando o conhecimento do fato objetivo, tal como ocorreu”, bem como as provas colhidas nos autos não possuem a aptidão de demonstrar de forma absoluta como o fato ocorreu, ou concedem aos atores processuais a segurança incondicional deste, sendo “todas as provas, em verdade, não são mais que provas de verossimilhança”. Mais precisamente no que tangencia a prova testemunhal, “lembra Voltaire que ‘aquele que ouviu dizer a coisa de doze mil testemunhas oculares não tem mais que doze mil probabilidades, iguais a uma forte probabilidade, a qual não é igual à certeza’”,¹⁴⁵.

Ainda acerca do conceito de verossimilhança, Marinoni e Arenhart buscam em Calamandrei a ideia de “máxima da experiência”, sendo verossimilhante aquilo que normalmente acontece, tendo como base critérios percebidos pelo homem médio, o que confere ao conteúdo do conceito ares subjetivos e voláteis, pois o que é considerado como verossímil ou inverossímil hoje pode ser alterado conforme o conhecimento humano evolui¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Barzotto (2014).

¹⁴⁵ Marinoni e Arenhart (2022).

¹⁴⁶ “Para julgar se um fato é verossímil ou inverossímil, recorramos, sem necessidade de uma direta pesquisa histórica sobre sua concreta verdade, a um critério de ordem geral já adquirido previamente mediante a observação do quod plerumque accidit: já que a experiência nos ensina que fatos daquela específica categoria ocorrem normalmente em circunstâncias similares àquelas que se encontram no caso concreto, dessume-se desta experiência que também o fato em questão se apresenta com a aparência de ser verdadeiro; e vice-versa conclui-se que algo é inverossímil quando, mesmo podendo ser verdadeiro, parece, porém em contraste com o critério sugerido pela normalidade” (Marinoni e Arenhart, 2022).

Considerando a verossimilhança como princípio e analisando a sua evolução doutrinária e nos tribunais, Barzotto conclui que esta ideia representa uma técnica de apreciação da prova fundada na razoabilidade. Aponta, assim, que a técnica de verossimilhança busca atribuir sentido ao conjunto probatório produzido no processo, devendo ser aplicada à análise da prova testemunhal, como o fim de atribuir aos depoimentos o sentido mais razoável e racional possível¹⁴⁷.

No Brasil, pontua a professora, a verossimilhança, de início, apresentou um desenvolvimento mais acentuado nos tribunais, no Código de Defesa do Consumidor – que admite a “alegação verossímil” em matéria probatória, art.6º, VIII – e na antecipação da tutela, seja no Código de Ritos antigo (art. 273), seja na norma contida no art. 300 do atual CPC, se espalhando, posteriormente, para a apreciação da prova em geral¹⁴⁸.

3.1.7 Premissas para um novo raciocínio probatório

Acerca da ideia sobre sistemas probatórios, Vitor de Paula Ramos propõe a divisão do tema em dois modelos para o funcionamento da prova: subjetivo e objetivo.

No primeiro molde, a crença ou convicção do juiz acerca dos fatos está no centro da atividade probatória, “na medida em que todas as etapas probatórias, admissão, prática e valoração, serão meios para alcançar um fim: o convencimento do juiz[...]”, aqui a “verdade” será o quanto decidido pelo juiz, pois o seu convencimento é o *standard* de correção da decisão, faltando a este modelo uma relação com a perquirição da verdade¹⁴⁹.

Como consequências da adoção dessa sistemática, teremos I) uma decisão com referência na consciência do julgador; II) a questão da qualidade da prova com importância reduzida, seja do ponto de vista da sua completude, seja da fiabilidade, pois “Afinal, sem relação com a verdade por correspondência, é plenamente possível formar convencimentos mesmo com conjuntos probatórios incompletos ou pouco confiáveis”; III) uma menor importância a critérios científicos, não havendo que se falar de forma objetiva em prova confiável ou não, “[...] pois somente o juiz terá condições de avaliar o que pode e o que não pode lhe convencer a respeito da confirmação ou não de determinada hipótese fática”; IV)

¹⁴⁷ Barzotto (2014)

¹⁴⁸ Em concreto, o princípio da verossimilhança que continua presente no art. 300 do CPC pode ser utilizado como fator de justificação para a aceitação ou rejeição da prova em geral, em sede de decisão final, como medida de antecipação de tutela, como fator de justificação de decisões em cautelares e liminares, de acordo com a jurisprudência dominante em nossos Tribunais (Ibid.).

¹⁴⁹ Ramos (2022, p. 38-39).

inexistência de standards objetivos de suficiência da prova, estes, por serem subjetivos, dependerão de cada juiz¹⁵⁰.

Já no que tange ao modelo objetivo, defende o autor que o convencimento do juiz deve ser substituído pela ideia de aceitação de uma premissa probatória, sendo esta uma categoria objetiva, ao contrário do convencimento¹⁵¹.

Para esse modelo, portanto, a verdade como correspondência não só é um elemento importante para o processo, mas é, inclusive, o próprio fim do procedimento probatório; nesse sentido, a prova tem com a verdade uma relação teleológica (é um meio para obter o fim verdade). A prova, em outras palavras, tem uma função instrumental com relação à apuração da verdade dos fatos, mas “a presença do meio (prova) não garante a obtenção do fim (a verdade)”¹⁵².

Na sistemática objetiva se busca a verdade – “conhecer aquilo que efetivamente ocorreu” – por meio de critérios objetivos. Assim, as etapas da atividade probatória (admissão, produção e valoração) buscarão o atingimento deste fim, deixando o juiz de ser o cerne da produção da prova¹⁵³.

Consequentemente, com a adoção deste modelo, a atividade probatória: I) passa a ter como elemento chave a verdade, ou seja, a busca da verdade como objetivo da instrução probatória; II) utilizará de formas objetivas de aceitação de hipóteses fáticas, sendo estabelecido pelo Direito critérios objetivos para se considerar um conjunto probatório suficiente¹⁵⁴.

Nessa linha, o autor sustenta que o critério objetivo apresenta vantagens em relação ao subjetivo, pois a) a adoção de tal sistema auxiliará na manutenção pelo Direito da sua função de regular condutas, “afinal, se as consequências jurídicas são atribuídas de forma aleatória, ou pouco confiável [...] o Direito perde a sua capacidade de dirigir casos futuros”, tendo em vista o pouco incentivo por parte do cidadão de conduzir a sua conduta conforme o Direito; b) robustece a questão da legalidade de decisões judiciais; c) aprimora o sistema processual de busca da verdade, com a explicitação da possibilidade de erro de uma decisão (relação entre a decisão e a verdade fática) – “reconhecer a falibilidade das decisões fáticas é fundamental para poder até mesmo tentar melhorar um sistema probatório concreto [...] tendo um standard externo de correção, o sistema não se poderá contentar com qualquer busca da verdade;

¹⁵⁰ Ramos (2022, p. 41; p. 43).

¹⁵¹ Ibid., p. 43.

¹⁵² Beltrán (2005 *apud* Ramos, 2022, p. 44-45).

¹⁵³ Ibid., p. 46.

¹⁵⁴ Ibid., p. 46-47.

deverá ter a melhor busca da verdade possível”; d) há ganho de relevância da qualidade (completude e fiabilidade) do material probatório; e) a doção de critérios científicos ganha contornos de essencialidade, vez que “somente os conhecimentos mais atualizados da ciência permitirão que a busca da verdade seja a melhor possível, aproximando o máximo possível o que se considera provado do que é verdadeiro”¹⁵⁵.

3.2 Prova Testemunhal

3.2.1 Testemunha como fonte de prova

A prova pode ser produzida a partir de diversas fontes. Quanto ela brota de uma pessoa distinta das partes do processo, que é convocada em juízo para revelar o que por ela foi percebido, por meio de qualquer dos seus quatro sentidos, sobre as proposições a serem comprovadas nos autos, damos o nome de prova testemunhal¹⁵⁶.

Epistemologicamente, o testemunho corresponde a um conceito mais amplo, alusivo ao relato de situações corriqueiras, do dia-a-dia, sendo entendido como testemunho natural¹⁵⁷. Por outro lado, o testemunho jurídico diz respeito à prestação de informações em juízo, em ocasiões jurídico-formais, contendo duas importantes especificidades: deve ser presencial (*eye-witness*), relatando que viu, ouviu ou sentiu algo relevante ao deslinde da causa; e deve ser verdadeiro (“correspondência do narrado com o que efetivamente ocorreu na realidade”¹⁵⁸).

Portanto, como se pode verificar, o testemunho chamado pela epistemologia de natural nada mais é do que um testemunho em sentido amplo: um gênero, do qual o testemunho jurídico é espécie, com algumas especificidades (por exemplo, o fato de que, no direito, não é qualquer pessoa que pode depor como testemunha, nem qualquer pessoa que pode receber o testemunho)¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Ramos (2022, p. 49-50).

¹⁵⁶ Didier Jr. (2015, p. 239).

¹⁵⁷ Vitor de Paula Ramos apresenta Ideias sobre configuração do testemunho natural: a afirmação precisa ser oferecida como prova – “o contexto objetivo permita concluir que quem está fazendo uma afirmação esteja de fato retratando um estado de coisas” –, não necessariamente comprove o fato (“o testemunho oferecido *como prova* não for de fato prova, isso só fará dele um testemunho ruim, não um testemunho inexistente”); desnecessidade de uma competência, autoridade ou credenciais para prestar uma afirmação, não saber o que fala faz o testemunho ser ruim e não um não testemunho; “não parece necessário, da mesma forma, que haja alguma controvérsia a respeito de um fato, ou mesmo que o testemunho seja dirigido a alguém com necessidades epistêmicas” (Ramos, 2022, p. 102-104).

¹⁵⁸ Ibid., p. 108.

¹⁵⁹ Ibid., p. 107.

Destarte, em complementação ao conceito supra, extrai-se de Marinoni e Arenhart que por meio dessa espécie de prova é obtida uma versão de como dado fato relevante para o deslinde da causa ocorreu, decorrente da declaração de pessoa estranha à relação processual. Assim, não podem “ostentar essa condição aqueles que, no processo, assumem a função de parte (como seria o caso do nomeado à autoria, do chamado ao processo, do oponente, do denunciado da lide e do assistente litisconsorcial)”, inclusive o assistente simples, que devido à sua vinculação com o objeto da lide, é suspeito para servir como testemunha, conforme norma contida no art. 447, §3.º, II, do CPC)¹⁶⁰.

Registre-se que nem todas as pessoas podem ser testemunhas, como se percebe da leitura do art. 447 do caderno legal de ritos. Desta maneira, é vedado o depoimento testemunhal dos incapazes, preocupando-se a legislação como o

[...] vício objetivo, que a impede de presenciar adequadamente fatos ou de retratá-los de maneira compreensível ou correta [...]; dos impedidos e suspeitos, dizendo respeito com a habilitação subjetiva da pessoa em depor. Derivam de causas que comprometem a fidelidade do depoimento, por se considerar que a testemunha não tem condições de ser imparcial na declaração que presta em juízo¹⁶¹.

Seguindo no tema, Barzotto apresenta interessante distinção feita por Cernelutti ao distinguir testemunha e testemunho:

A testemunha, veja-se bem, não é um homem em si ou por si, é um homem que cumpre uma determinada função, isto é, um homem em função de um determinado efeito, quem é chamado a narrar, diante do juiz, não é testemunha nem antes e nem depois de ter narrado, mas só enquanto narra; antes de narrar, será uma testemunha e, depois de ter narrado, foi uma testemunha. Entretanto, a testemunha não pode ser separada do testemunho; o verbal que permanece, após ter ido embora a testemunha, não é o testemunho, mas o documento deste, o fato representativo diz-se que foi e não está mais. Tudo isto significa que o testemunho e o testemunhado são duas palavras para exprimir o mesmo conceito, em função transitiva ou intransitiva: a testemunha é a pessoa em ato e o testemunho é o ato da pessoa¹⁶².

Ressaltando os principais elementos do conceito de prova testemunhal, Vitor de Paula Ramos destaca que esta espécie probatória, em regra, será produzida perante uma corte de

¹⁶⁰ Marinoni e Arenhart (2022).

¹⁶¹ Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 392-393).

¹⁶² Barzotto (2014).

justiça, deve se referir a fatos relevantes para a causa, que tenham sido presenciados pela testemunha¹⁶³.

Acrescenta o autor, em comparativo com a prova documental, que o documento é um objeto, *vox mortua*, imediatamente representativo, reproduzindo o fato sem necessidade de intervenção humana. O testemunho é um ato, *vox viva*, reproduz fatos por meio da ação humana, não é imediatamente representativo, nem permanente, sendo, sim, flexível e mais sujeito a influências, sendo, portanto, importante a ênfase ao indivíduo, como pontuado por Carnelutti, em ensinamento trazido por Ramos:

O testemunho, segundo a doutrina, é uma “manifestação da ideia que a testemunha tem [ou, na minha opinião, diz ter] do próprio fato”. Daí que se sustente que, para analisar a prova testemunhal, seja necessário analisar o próprio homem: “a dificuldade de conhecer o testemunho não é outra senão a de conhecer o homem”¹⁶⁴.

Dessa maneira, a testemunha como fonte de prova – o meio de prova é a atividade do juiz de percepção ou dedução do fato – trará ao processo o conhecimento sobre o fato pretérito e casual, contribuindo com a “percepção que é traduzida em uma linguagem ordinária, do dia a dia, no momento do interrogatório”¹⁶⁵.

Sendo, como visto, *vox viva*, flexível e passível de diversas influências, aponta Barzotto para a importante problemática do valor psicológico dos testemunhos, propondo a análise da psicologia experimental, ciência que demonstra as várias formas de falibilidade dos depoimentos e, apesar de não indicar uma solução, “dá elementos para compreender as leis que regem a percepção” dos testemunhos¹⁶⁶.

A autora apresenta o fenômeno psicológico do testemunho em dois aspectos: o subjetivo, relativo à fidelidade, ou seja, a capacidade psicológica do indivíduo para recordar e testemunhar com exatidão; e o objetivo, dizendo respeito à memorabilidade, sendo esta a propriedade do objeto ou do fato para ser testemunhado, “para se fazer recordar com exatidão”. Há no campo subjetivo a dificuldade no que tange ao juízo de fidelidade do quanto é narrado, tendo em vista a diferença entre veracidade e sinceridade, apontada por Altavilla –

¹⁶³ Ramos (2022, p. 55), citando Coady e Comoglio, define prova testemunhal como uma prova oral, produzida diante de um órgão oficial do poder judiciário, na qual um terceiro faz declaração com o fim de reconstituir fato histórico ou narrar a representação de fatos pretéritos, relevantes para o deslinde da causa e sabidos ou percebidos pela testemunha.

¹⁶⁴ Carnelutti (1947 *apud* Ramos, 2022, p. 56); Carnelutti (1957 *apud* Ramos, 2022, p. 57).

¹⁶⁵ Barzotto (2014).

¹⁶⁶ *Ibid.*

estudado por Barzotto – no sentido da não equivalência dos dois termos, já que em dado depoimento pode ocorrer o erro ou a falsidade do que é dito¹⁶⁷.

A distinção acima posta, erro e falsidade, é bem dissecada por Ramos, que acredita ser a mentira e a definição de quando esta ocorre como principal vício na efetivação do depoimento trazendo como forma mais instintiva de definição aquela apresentada no Código Penal brasileiro, no sentido de “fazer afirmação falsa” ou “faltar com a verdade”; para parte da doutrina a mentira refletiria um ato de dizer algo falso¹⁶⁸.

Ocorre, todavia, que o ato de mentir se configura quando alguém afirma o falso acreditando ou sabendo ser falso, afinal seria uma contradição lógica o indivíduo carregar uma crença sobre algo que sabe ser inverídico. Por outro lado, “alguém que detém uma informação falsa e acredita genuinamente que essa é a verdade pode passa-la adiante sem que isso configure uma mentira. Tratar-se-ia de um erro honesto”¹⁶⁹.

Ainda com Ramos, pode-se afirmar que não há no direito uma diferenciação clara entre verdade/inverdade e mentira/sinceridade. No primeiro caso, verdade/inverdade, será verídico o depoimento que corresponder com a realidade fática, sendo inverídico o oposto; já na mentira/sinceridade, mentirá quem narrar algo em desacordo com a sua memória, sendo sincero aquele cuja narrativa corresponde com o que é lembrado¹⁷⁰.

Existem, portanto, passos diferentes: a correspondência ou não da narrativa com a recordação; e a correspondência ou não da recordação com a realidade. Sendo possível, inclusive, a hipótese do sujeito que mente (narra algo que não corresponde com a memória), mas fala algo verídico, correspondendo com a realidade (pois a recordação estava incorreta). Há a possibilidade, em suma, das seguintes combinações: “afirmação verdadeira e mentirosa, afirmação verdadeira e sincera, afirmação falsa e mentirosa e afirmação falsa e sincera”. Há interesse no Direito em manter as informações verídicas, sejam elas sinceras ou não, descartando as falsas, sinceras ou não¹⁷¹. Dessa ideia nasce a possibilidade da seguinte categorização de testemunhos:

a) o relato verdadeiro (sincero ou mentiroso); b) o testemunho falso, fruto de uma distorção proposital dos fatos (diferença entre o que é falado e o que é lembrado); c) o testemunho falso, baseado em “memórias distorcidas através de processos cognitivos normais, seja de forma endógena ou exógena”¹⁷².

¹⁶⁷ Barzotto (2014, RB-2.2).

¹⁶⁸ Ramos (2022, p. 121).

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid., p. 123.

¹⁷¹ Ibid., p. 124.

¹⁷² Stein (2003 *apud* Ramos, 2022, p. 125).

Quanto às distorções no testemunho, Barzotto, citando Altavilla, afirma que os mecanismos mais comuns em depoimentos são a complementação pela narração alheia e integração por exagero (de intensidade; de colocação em evidência da própria participação; ou transformação da perplexidade em certeza)¹⁷³.

Na seara jurídica, se trabalha com ferramentas confusas, que não levam em consideração os parâmetros acima destacados, sendo pouco eficiente para distinguir a veracidade do testemunho, cerne do procedimento probatório. Valorizando, pois, de forma superlativa a ideia da sinceridade e da mentira, que não garantem a produção de informações úteis (verdadeiras) ao deslinde da causa, ignorando, por exemplo, a possibilidade de erros honestos¹⁷⁴.

Outro ponto a ser considerado na psicologia do testemunho é a questão do julgamento moral da testemunha, aqui se observa o compromisso do depoente com padrões de justiça e verdade, que podem influenciar o seu discernimento, a ponto pender o seu testemunho a tese que mais se aproxime do seu padrão moral, impondo ao julgador o cuidado da contextualização da versão dos fatos narradas no ato.

Logo, devemos requerer ao julgador um discernimento para avaliar as palavras da testemunha e contextualizá-las, inclusive no sentido de compreender que a testemunha deporá segundo seus padrões morais. As manifestações de qualquer depoimento traduzem uma verdade dos fatos versionada. O juiz deve compreender que a testemunha pode estar emocionalmente mais comprometida em favorecer a parte para a qual depõe do que convencida por uma regra moral abstrata, que lhe impõe o dever de ser imparcial, de dizer a verdade¹⁷⁵.

Pelo exposto, constata-se a falibilidade da espécie probatória em análise, conforme demonstrado pela psicologia experimental, afirmando Barzotto a inexistência na legislação atual de mecanismos hábeis a sanear os possíveis vícios contidos em dado testemunho, sendo os dispositivos hoje previstos de “divisão entre testemunha impedida e suspeita, as determinações de quantas testemunhas podem ser ouvidas, as formalidades do depoimento e possibilidade de acareação”, apenas resquícios do sistema de prova legal, consistindo em tentativa insuficiente de construir certezas¹⁷⁶.

Desta forma, a autora apresenta a crítica de Mittermaier à utilização dos critérios de avaliação do homem médio ao atribuir valor ao testemunho, passando a sugerir critérios de

¹⁷³ Barzotto (2014).

¹⁷⁴ Ramos (2022, p. 125).

¹⁷⁵ Barzotto (2014).

¹⁷⁶ Idem, RB-2.3

prudência, nos quais o juiz age como um historiador, examinando as condições físicas e psicológicas do depoente, questiona hipoteticamente o envolvimento da testemunha com o fato, analisa os juízos morais da testemunha, seleciona as narrativas de testemunhas com maior autoridade e verifica a parcialidade ou não da narrativa¹⁷⁷.

Expõe, também, a ideia das garantias internas e externas de Bentham, para quem o magistrado deve observar se o testemunho é “responsivo (deve conter resposta decorrente de interrogatório), particularizado, claro, reflexivo, não premeditado, não sugerido de maneira indevida e ajudado por sugestões lícitas, isto tudo, do ponto de vista interno”, assim como, obedecer às garantias externas fornecidas pela legislação processual, como as penas legais, publicidade etc.¹⁷⁸.

Por fim, adere ao pressuposto da boa-fé do testemunho de Malatesta, aqui se parte da noção de presunção de verdade nas narrativas humanas, podendo ser aumentada, diminuída ou destruída conforme as condições particulares do testemunho. Assim, o testemunho “pode trazer-nos o que chama de potência embrionária da realidade: o possível. Se esse possível for crível (verossímil), poderá o julgador contar com depoimentos que representam a potência embrionária da certeza”¹⁷⁹.

Sobre o tema da confiabilidade do testemunho, Vitor Ramos agrega à noção de boa-fé do testemunho a ideia da confiança, sendo esta uma “vulnerabilidade aceita” – *accepted vulnerability* – no sentido de reconhecer que alguém que presta um testemunho pode mal proceder, contudo, acredita-se que a testemunha assim não irá agir. “Para muitos autores, a confiança seria o cerne da justificação da passagem de informações mediante testemunho”¹⁸⁰.

O autor aponta, contudo, uma dificuldade de enquadramento da confiança na ideia de busca epistêmica, aplicando-se um modelo objetivo explicitado em ponto anterior. Primeiro, porque a confiança carrega alta taxa de subjetividade, pendendo quem analisa a prova favoravelmente àquele em quem se confia, contendo tal julgamento uma alta carga de discricionariedade para reconhecer ou não a quebra da confiança, ainda que adotados critérios de “confiança sensível a provas (*responsive to evidence*)”. Segundo, a confiança se baseia em uma leitura da conduta pretérita de quem testemunha, porém, um comportamento idôneo no passado “nada diz sobre a veracidade ou mesmo qualidade do testemunho fornecido no dia de hoje”; havendo, ainda, diferença entre a confiança em razões positivas, como por exemplo no

¹⁷⁷ Barzotto (2014).

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ramos (2022, p. 117).

depoimento de renomado profissional e negativas, quando não há referências acerca de certa pessoa convocada a testemunhar¹⁸¹.

No testemunho jurídico, em regra, a confiança é presumida, salvo prova em contrário, apontando o autor a problemática, na espécie, de não haver um histórico de testemunhos prestados pelo indivíduo para fundamentar um juízo de confiança, bem como são incertos outros fatores utilizados pelo direito para avaliar a credibilidade do testemunho fundados em razões positivas (como profissão, status social etc.), tendo em vista que não apontam objetivamente para uma “tendência de dizer a verdade”¹⁸². “A confiança, portanto, em contextos em que a verdade importa, poderá ser um importante fator de perda de qualidade da busca epistêmica, quando diante da ausência de efetivas razões positivas para que alguém possa ser considerado confiável”¹⁸³.

3.2.2 Testemunha como meio de prova

A testemunha como meio de prova atua como terceiro em um processo, fornecendo informações que servirão de matéria-prima para as partes e ao juiz, pode ser classificada em cinco espécies, na forma prelecionada por Fredie Didier Jr de “a) presencial: a que pessoalmente presenciou o fato probando; b) de referência: a que soube do fato probando por meio por meio de terceira pessoa; c) referida: aquela cuja existência foi apurada por meio de outro depoimento; d) judiciária: a que relata em juízo o seu conhecimento a respeito do fato; e) instrumentária: a que presenciou a assinatura do instrumento do ato jurídico e o firmou”¹⁸⁴.

Sendo prova pessoal, impõe-se observar, segundo o ordenamento jurídico pátrio, quais indivíduos não possuem capacidade para testemunhar. Lista o art. 447 do CPC os incapazes: “I – o interdito por enfermidade ou deficiência mental; II – o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; III – o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos; IV – o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.”, os impedidos: “I – o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repete

¹⁸¹ Ramos (2022, p. 119).

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Ibid., p. 121

¹⁸⁴ Didier Jr. (2015, p. 240).

necessária ao julgamento do mérito; II – o que é parte na causa; III – o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes” e os suspeitos: “I – o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo; II – o que tiver interesse no litígio, como aqueles que não podem depor no processo”.

Cumprе registrar, conforme norma contida no art. 162 do código de ritos, a possibilidade da nomeação de intérprete para aqueles com deficiência auditiva ou de fala. As hipóteses de impedimento decorrem do próprio sistema processual, que impede o depoimento processual dos sujeitos do processo, mas “o legislador permite que sejam essas pessoas ouvidas como testemunhas se o exigir o interesse público ou em ação relativa ao estado da pessoa quando não for possível obter, por outro meio, a prova que o juiz considere necessária ao julgamento do mérito”. Quanto aos suspeitos, pontua-se que a amizade íntima deve conter sinais de publicidade; já o interesse na causa deve ser provado e não presumido. Frise-se, ainda, a hipótese de oitiva, sem a prestação de compromisso, dos menores, impedidos e suspeitos, atribuindo o juiz o valor que mereçam¹⁸⁵.

Tal enumeração legal, segundo Barzotto, reflete resquício do sistema da prova legal, enfrentando, assim, uma tendência de eliminação nos sistemas de *civil law*¹⁸⁶. Vitor Ramos pontua que parcela da doutrina contemporânea critica a existência de normas que excluam testemunhas *a priori*, centrando impedimentos na pessoa do depoente, sustentando a atenção ao conteúdo da declaração¹⁸⁷. Nessa linha, Marinoni e Arenhart reconhecem esta tendência doutrinária moderna, adjetivando como avanço a exceção acima descrita, contida no §4º do art. 447 do CPC, na qual apresenta autorização ao juiz, sempre que entender necessário, proceder à oitiva das pessoas listadas nos parágrafos anteriores deste dispositivo¹⁸⁸, exceto dos interditos “por enfermidade ou deficiência mental”, daqueles acometidos “por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções” e dos cegos e surdos, “quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam”.

Faz-se necessária, contudo, registrar uma ressalva acerca dos portadores de enfermidade mental, tendo em vista que a redação do art. 228, §2º do Código Civil, que atribui às pessoas com deficiência igualdade de condições de testemunhar das demais.

¹⁸⁵ Barzotto (2014).

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Ramos (2022, p. 70).

¹⁸⁸ Marinoni e Arenhart (2022).

Assim, de rigor, a existência de certa deficiência da pessoa não é mais, por si só, impedimento a que possa depor como testemunha em processo judicial. Cabe ao juiz avaliar a extensão da deficiência e o comprometimento que isso possa gerar à capacidade de conhecimento dos fatos ou de expressão do seu conhecimento e, segundo essas circunstâncias, dar a essa prova o valor correspondente. De todo modo, a partir dessa lei, as pessoas com deficiência não podem mais enquadrar-se como “incapazes” para a colheita de prova testemunhal¹⁸⁹.

Corroborando e ampliando as críticas acima expostas, Vitor Ramos sugere a superação do sistema anacrônico da inadmissibilidade de testemunho por questões subjetivas, propondo a admissão da prova sempre que a incapacidade do depoente não o limite de “aumentar ou diminuir a corroboração de ao menos alguma das hipóteses fáticas objeto do processo”. No caso daqueles vedados a depor por laços de parentesco, afeto ou desafeto, propõe a correção da confusão existente entre valoração e admissão da prova, devendo o testemunho ser admitido, impondo-se ao magistrado a valoração do quanto dito, com o fim de se evitar “um juízo prévio injustificado – uma generalização espúria”, na qual se presume a falta de sinceridade de uma pessoa ligada a uma das partes do processo¹⁹⁰.

Ressalte-se a previsão contida na legislação de regência sobre a existência de deveres e direitos dirigidos à testemunha, tendo em vista a realização de dever público característico do ato de depor, auxiliando o juízo na descoberta da verdade, segundo interpretação das normas contidas nos arts. 378 e 463 do CPC. Impõe-se, assim, ao depoente o dever de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho (art. 458)¹⁹¹, e de comparecer para depor, caso contrário será conduzida ao juízo, respondendo pelas despesas do adiamento do ato (art. 455, §5º). Como direitos da testemunha, pode-se listar a possibilidade de recusar a depor sobre fatos “que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau” e “a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”, art. 457, §3º c/c art. 448, incisos I e II do CPC; além da proteção contra prejuízos econômicos (art. 462), trabalhistas (art. 463), morais (art. 459, §2º) e físicos¹⁹².

¹⁸⁹ Marinoni e Arenhart (2022, RB-31.21).

¹⁹⁰ Ramos (2022, p. 208; p. 210).

¹⁹¹ “O crime é tido como doloso contra a administração pública, porque ao Estado cabe zelar pelo regular desenvolvimento da atividade judiciária. A testemunha será advertida pelo juiz de que está sujeita a sanção penal caso venha a fazer afirmações falsas ou ocultar a verdade. Quando, intencionalmente, praticar falso testemunho, após reduzido o depoimento a termo e assinado, consuma-se o delito de falsidade que deverá ser informado com cópia da ata para o Ministério Público” (Barzotto, 2014).

¹⁹² O que se observa em relação ao direito das testemunhas é que já existe em nosso sistema uma legislação que proteja o depoente de ameaças: trata-se da Lei n. 9.807, de 13.07.99. Essa lei viabiliza aos Estados, à União e ao Distrito Federal a criação de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas, com a supervisão do Ministério da Justiça. Dependendo da gravidade das ameaças ou da coação, pode a testemunha ou a vítima

3.2.2.1 Procedimento probatório e a prova testemunhal

3.2.2.1.1 Propositura e Admissibilidade

Segundo preceito contido no art. 319, inciso VI do CPC, cabe ao autor na propositura da ação avaliar a probabilidade ou verossimilhança da sua tese, propondo na peça inicial os meios de prova que pretende utilizar no processo, inclusive a testemunhal, sendo ônus do réu fazer o mesmo na contestação. Tais ações introduzem no processo um primeiro juízo de verossimilhança destinado ao convencimento inicial do juiz, que, em momento posterior, irá decidir acerca das propostas probatórias¹⁹³.

Em síntese, compete às partes indicar os fatos que constituirão o *thema probandum* e as provas pretendidas a serem constituídas (*constituendas*), como é o caso da prova testemunhal. Quanto às provas constituídas, como são os documentos, estas já devem ser trazidas desde logo para o processo (art. 434 do CPC) e extemporaneamente nas exceções previstas no art. 435 do CPC. O juízo de verossimilhança já está contido neste primeiro momento de alegação, no decorrer da fixação do *thema probandum*¹⁹⁴.

No que tange à admissibilidade da prova testemunhal, extrai-se do texto apresentado pelo art. 442 do CPC/15 a regra geral da admissibilidade deste meio probatório, salvo a existência de determinação legal diversa, sendo que este mesmo diploma apresenta as hipóteses nas quais a produção desta espécie de prova será considerada inservível, o que, inclusive, excepciona o princípio da persuasão racional na valoração do corpo probatório¹⁹⁵.

Sobre o tema, Vitor Ramos indica que o art. 443, I do CPC prevê o indeferimento de prova testemunhal sobre fatos “já provados por documentos ou confissão da parte”, teria, assim, cabimento por exclusão em não havendo meios de prova considerados superiores. A referida previsão legal apontaria para uma hierarquização dos meios de prova, em adoção de uma prova “mais segura”, posição esta adotada pelas Cortes Regionais, “instâncias supremas na análise da prova”, que encaram o testemunho como forma subsidiária ou complementar à prova escrita¹⁹⁶.

requerer a custódia policial. Ainda que a lei receba críticas, os motivos que a informaram são procedentes no sentido de que o Estado deve afiançar o cidadão que coopera com o Judiciário na apuração dos fatos, em qualquer processo judicial (Barzotto, 2014).

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Neves (2016, p. 738).

¹⁹⁶ Ramos (2022, p. 61; p. 63).

De outro lado, busca em Neiva Fenoll e Prata fundamentação contrária à hierarquia entre os meios de prova, sustentando a inexistência de meios de prova aprioristicamente mais confiáveis do que outros, possuindo todas as formas probatórias suas dadas capacidades informativas, não sendo a prova testemunhal mais perigosa do que outras, apresentando tanta segurança quanto as demais, independentemente dos fatos a serem provados. Posição esta perfeitamente aceita em outras áreas jurídicas, como na legislação processual penal brasileira, que disciplina a matéria probatória de forma não hierarquizada (Arts. 167, 168, §3º do CPP)¹⁹⁷.

Nessa linha, a interpretação segundo a qual haveria no ordenamento processual brasileiro uma hierarquia entre meios de prova decorre de uma “confusão entre elementos da fase de valoração com elementos da fase de admissão”. Assim, com o olhar puramente na admissão da prova se percebe que a testemunhal nada difere das demais espécies probatórias, mormente quando apreciado o critério fundamental da relevância para o deslinde do mérito da causa (ex.: prova testemunhal para comprovar dano moral, quando o mérito da demanda diz respeito a danos materiais, sendo o caso de indeferimento da oitiva de testemunhas); ou da influência desta na determinação do resultado do processo, devendo ser indeferida, como qualquer meio de prova, em caso de questões tais impossíveis de serem comprovadas por dado meio (“Por exemplo, não se deve admitir prova testemunhal a respeito de questões técnicas científicas, assim como não se deve admitir prova pericial para situações em que não há questões técnicas a serem dirimidas”)¹⁹⁸.

Outro critério a ser utilizado para a admissibilidade de qualquer meio de prova, inclusive a testemunhal, é da redundância, ou seja, quando se requer a produção de prova com o fim de demonstrar algo que já restou provado nos autos, tal como a oitiva de testemunha para comprovar a existência de contrato já colacionado aos autos. Aqui se enquadra a interpretação da norma contida no citado inciso I do art. 443 do CPC, não tratando a hipótese de hierarquia entre espécies probatórias, mas sim forma de evitar provas redundantes¹⁹⁹.

Não deve, por outro lado, ser indeferida prova testemunhal por mera valoração prévia do juiz. [...] o juiz deve admitir as provas que (entre outros critérios) tenham, em tese, condições de aumentar ou diminuir a confirmação das hipóteses fáticas relevantes para o caso, passando à fase de valoração somente depois disso. Isso quer dizer que o juiz não pode, então inadmitir uma prova por estar “previamente convencido” de seu resultado (por exemplo, inadmitir prova testemunhal que pretenda provar que o

¹⁹⁷ Ramos (2022, p. 64-65).

¹⁹⁸ Ibid., p. 205-206.

¹⁹⁹ Ibid., p. 207.

contrato foi firmado sob coação por estar “previamente convencido” de que isso não é verdade)²⁰⁰.

3.2.2.1.2 Produção da Prova Testemunhal

O procedimento de produção das provas é ato das partes e do juiz, que envolve uma série de atos legislativamente fixados, com o fim da obediência aos princípios orientadores da oralidade, da identidade física do juiz, da concentração e da imediatidade, anteriormente analisados, garantindo-se o respeito ao devido processo legal. Desta forma, estão localizadas no código de ritos civil as normas reguladoras das atividades preparatórias da oitiva testemunhal (arts. 447, 450 e seguintes), destacando-se a norma que impõe o conhecimento prévio do rol de pessoas a serem ouvidas em juízo, sendo informação “importante para que a parte contrária possa oferecer, se for o caso, a contradita”²⁰¹.

Reflexão de importância é feita por Vitor Ramos ao levantar o questionamento sobre se a testemunha é um elemento de prova da parte ou do processo. Tendo em vista que cabe a indicação de testemunhas à parte interessada da sua oitiva, assim como é possível a dispensa de testigo arrolado sem a anuência da parte contrária, é dito que, no sistema processual civil brasileiro, a prova testemunhal se encontra prevalentemente no poder das partes. Diz-se em prevalência, pois é permitido ao juiz ordenar de ofício a oitiva de testemunhas referidas, somente (art. 461, I CPC)²⁰².

Por outro lado, uma vez em juízo, considera-se que a testemunha é do processo, de modo que não se daria maior ou menor valor para uma testemunha ou para outra; se não se demonstra quaisquer fatos “contra” a testemunha (por exemplo, interesses diretos no litígio), o sistema não considera que a indicação possa ser um fator a influenciar de alguma forma a testemunha²⁰³.

Segundo a ordem processual vigente, quando a testemunha declara a sua falta de interesse no resultado da lide, há uma aceitação objetiva de imparcialidade; por outro lado, “o sistema não leva em conta o que as partes, as testemunhas e os juízes sabem, isto é, que a testemunha haverá, em geral, consciente ou inconscientemente, de usar a ‘maleabilidade’ de tal tipo de prova em favor da parte que a indicou”²⁰⁴.

²⁰⁰ Ramos (2022, p. 208).

²⁰¹ Barzotto (2014).

²⁰² Ramos (2022, p. 70-71).

²⁰³ Ibid., p. 72.

²⁰⁴ Ibid., p. 73.

Assim, revela-se importante o tratamento da testemunha como processual e não da parte que a indicou, seja em qual momento for do curso da demanda, porquanto se retira o condicionamento psicológico de favorecimento, mesmo que inconsciente, daquele que o trouxe ao processo²⁰⁵.

Quanto à fase preparatória da produção da prova testemunhal, como visto acima, é de extrema importância o conhecimento prévio das partes acerca da listagem de pessoas que serão levadas a depor. Desta forma, além da indicação na peça inicial e na defesa das provas que pretenderão as partes produzir no processo, o Código de Ritos determina que, uma vez designada audiência de instrução e julgamento, o juiz abrirá prazo comum de quinze dias para que as partes apresentem rol de testemunhas, em número máximo de dez, sendo três para cada fato (art. 357, §§4º e 6º). “O preceito trata apenas das ‘partes’. Porém, podem requerer a ouvida de testemunhas os litisconsortes, todos aqueles que recebem a designação de parte, o assistente simples, o Ministério Público e o próprio juiz, no uso de seus poderes instrutórios”, na hipótese de determinação de oitiva de ofício, o magistrado deve designar o ato em prazo hábil para o preparo de eventual contradita, em atenção ao princípio do contraditório²⁰⁶.

No ponto, o CPC apresenta disciplina distinta daquela contida na lei eleitoral objeto do presente trabalho (LC nº 64/90), tendo em vista que tanto o rito da AIRC, previsto no art. 3º e seguintes, quanto o procedimento da AIJE, descrito no art. 22, determinam a apresentação o rol de testemunhas nas peças iniciais e de defesa, fixando número máximo de seis testemunhas, sem, contudo, esclarecer se esta limitação incidiria de forma geral, independentemente do número de fatos a serem provados, ou, até mesmo, o número de partes em cada polo da demanda. Configurando, assim, como visto no capítulo anterior, uma lacuna legislativa.

Prosseguindo no exame da produção da prova testemunhal, cumpre a análise da tomada dos depoimentos, cujos procedimentos estão disciplinados nos art. 456 a 461 do CPC, sendo expressão do princípio da imediatidade, determinando a norma processual que sejam ouvidas primeiro as testemunhas processuais indicadas pelo autor e, após aquelas listadas pelo réu, ordem modificável somente com a concordância das partes e por motivo justificável. Extraí-se da norma contida no caput do art. 456, o destaque ao dever de incomunicabilidade

²⁰⁵ Ramos (2022, p. 213).

²⁰⁶ Marinoni e Arenhart (2022).

²⁰⁶ Idem. RB-31.33.

dos depoentes, unicamente restringida nas hipóteses dos arts. 453 e 454, sendo “fundamental que as futuras testemunhas não ouçam o testemunho de quem está depondo”²⁰⁷.

Nesta linha, o normativo busca a não contaminação da testemunha, preocupação esta comum nos sistemas de *civil law*, contudo, restringe o cuidado ao momento da inquirição, não fazendo “qualquer referência – e simplesmente desconsideram, em verdade – possível influência anterior a tal solenidade”. Vitor Ramos, então destaca a necessidade de pensar em formas de redução da influência de fatores externos na memória do depoente, indicando como forma eficiente que “a colheita de depoimentos fosse feita por profissional capacitado a tanto e o quanto antes, ou seja, no momento mais próximo possível da ocorrência dos fatos”. Com isso, segundo o autor, se buscaria o máximo de neutralização dos efeitos do tempo na memória da testemunha; a redução do contato desta com outras pessoas que podem influenciar no quanto lembrado; bem como se reduziria a influência de informações externas acerca do objeto do testemunho, capazes de alterar o conteúdo da memória²⁰⁸.

Antes de iniciada a inquirição, deve-se proceder à qualificação das testemunhas, abrindo-se às partes a apresentação de contradita, que, segundo Pontes de Miranda “consiste em enunciados de fato (comunicações de conhecimento), dirigidos ao juiz, mas referentes ao depoimento da testemunha ou à pessoa”, são, assim, alegações de impedimento e suspeição, na forma disciplinada pelo § 1º do art. 457 do CPC, que devem ser apresentadas até o início do depoimento, sob pena de preclusão. Caso as alegações sejam comprovadas ou confessadas, poderá o magistrado tomar o depoimento como informante (art. 457, §2º)²⁰⁹.

Prestado o compromisso²¹⁰, passa-se à fase de interrogatório, que segundo a doutrina pode ser feito por meio de narrativa livre da testemunha, perguntas diretas e formas mistas. O art. 459 do CPC aponta que serão feitas perguntas diretas pelas partes, afastando o sistema de *cross-examination* – perguntas feitas pelo juiz – formuladas pelos advogados e repassadas pelo juiz, quando deferidas. Inexistindo, contudo, vedação para que o procedimento seja iniciado pela narrativa livre dos acontecimentos²¹¹.

²⁰⁷ Barzotto (2014).

²⁰⁸ Ramos (2022, p. 217; p. 220).

²⁰⁹ “Diferencia-se o informante da testemunha porque esta presta compromisso e é advertida de falar a verdade sob pena de ser sancionada penalmente por falso testemunho” (Barzotto, 2014).

²¹⁰ “O compromisso é solene em caráter laico e é obrigatório, embora existam doutrinadores que opinem pelo compromisso facultativo na forma de juramento religioso ou compromisso civil. Se houver omissão do compromisso, tal fato não invalidará o testemunho que está sujeito à avaliação o livre convencimento (art. 278 do CPC) (Barzotto, 2014).

²¹¹ Ramos (2022, p. 75).

A narrativa livre é, então, a forma que menos influencia a memória. Portanto, a melhor técnica de interrogatório é de que, antes de qualquer pergunta, permita que a testemunha narre livremente, sendo que as versões e respostas dadas nessa fase possuem confiabilidade muito maior do que respostas e versões dadas a perguntas diretas. A melhor fórmula é “iniciar a declaração com um pedido geral, em termos de recordação livre (“Conte-me o que ocorreu”), destacando a ideia de que o que interessa é um relato detalhado, procurando-se não interromper”²¹².

Na fase ora em análise, pode o juiz indeferir perguntas tendentes a induzir a resposta do depoente, irrelevantes ao deslinde da demanda, repetitivas e vexatórias, devendo ser reduzidas a termo, caso a parte assim requeira. A recusa ao registro dos questionamentos indeferidos pode configurar abuso de autoridade, incorrendo no ilícito, também, quando do constrangimento a depor daquele que está dispensado do ato²¹³.

Quanto ao conteúdo do que afirmado no depoimento, Vitor Ramos afirma que três são as formas previstas na legislação para supostamente garantir a veracidade do que é dito: a) o juramento ou compromisso, no qual a testemunha atrai para si o dever moral e jurídico de dizer a verdade, sob pena de incorrer em crime de falso testemunho; b) a presença do juiz, que imporia ao depoente o respeito ao juramento anteriormente efetuado, além de ter a “tarefa de, na colheita do testemunho, demandar que a testemunha corrigisse eventuais erros, detectando, ainda, eventuais mentiras”; c) e a acareação entre testemunhas (art. 461, II, CPC), nas hipóteses de contradição entre dois depoimentos²¹⁴.

Ocorre, contudo, que o ato do compromisso e a presença do magistrado dizem respeito não à veracidade do testemunho, mas sim com a sua sinceridade, conforme distinção já vista anteriormente. Tem por objetivo, então, a garantia de que a testemunha não irá dizer algo que não corresponda efetivamente ao que está gravado na sua memória. Nestas hipóteses, a norma impõe uma ameaça moral, decorrente do juramento, e outra jurídica, correspondente à eventual sanção a ser imposta. Haverá, assim, maior ou menor eficácia a depender do risco percebido pela testemunha em lhe ser imposta uma pena moral ou jurídica, correspondendo a eficácia desses institutos ao grau de valor dado a estas imposições em dada sociedade, ou o risco real de persecução penal, significando, em certas hipóteses, uma baixa efetividade²¹⁵.

²¹² Diges (2016 *apud* Ramos, 2022, p. 229).

²¹³ “Pela Lei 13.869/19, a qual lei define como crimes de abuso de autoridade, os cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído é clara no § 2º que a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade” (Barzotto, 2014).

²¹⁴ Ramos (2022, p. 82).

²¹⁵ *Ibid.*, p. 222.

Em países como o Brasil, por exemplo, parece realmente verdadeira, portanto, a afirmação de que “em depoimentos garantidos por juramento prestado pela testemunha encontram-se normalmente erros numa percentagem que não é inferior à dos depoimentos não jurados”²¹⁶.

Já na acareação, que consiste no confronto entre testemunhas ou entre uma delas e a parte (art. 461, II do CPC), quando divergentes as declarações, “é a única das formas previstas no Direito que, ao menos em tese, se preocupa com testemunhos falsos e insinceros”. O instituto apresenta, também, reduzida efetividade, pois, como adverte Vitor Ramos, eventual consenso entre os acareados não irá necessariamente produzir uma verdade, vez que pode ocorrer convergência insincera ou falsa²¹⁷.

3.2.2.1.3 Valoração

Quanto à valoração dos depoimentos tomados, continuamos com a crítica efetuada por Ramos no sentido de que as ideias de imediação e oralidade, nas quais o magistrado que tenha contato direto com a prova, instrui o processo, deve ser o mesmo que prolata a sentença, apresentando nesta a sua livre valoração decorrente desta relação imediata, não garantiriam sozinhas “com que o juiz tivesse condições de superar sua condição humana, ingressando nas profundezas da mente dos demais [testemunhas]”, identificando por meio da sua experiência as circunstâncias subjetivas do depoimento, validando ou não a sinceridade do testemunho. Seguindo a linha proposta pela psicologia do testemunho, inexistirá método científico a ser adotado pelo juiz, para que este possa verificar a sinceridade do testemunho²¹⁸.

Não há nos sistemas modernos regras para apreciação do testemunho, sendo prevalente na doutrina a ideia da livre formação do convencimento pelo juiz, fundando a sua conclusão nos elementos extraídos da instrução que entender mais confiáveis para a resolução do caso concreto. A forma de controle dessa valoração realizada pelo magistrado repousa na motivação da decisão, não devendo ser observados nesta de vícios de lógica e de direito, fundada em cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto de cultura/local/tempo, além da clareza e publicidade da decisão²¹⁹.

Na valoração específica da prova testemunhal, não há clareza acerca dos fatores a serem considerados. Em termos gerais, o mundo jurídico se utiliza de critérios pouco

²¹⁶ Pessoa (2006 *apud* Ramos, 2022, p. 223-224).

²¹⁷ Ramos (2022, p. 228).

²¹⁸ *Ibid.*, p. 88.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 89-93.

científicos como: a confiabilidade/credibilidade – não contradição interna ou externa e precisão do depoimento (jurisprudência cita coesão e harmonia, firmeza e coesão, firmeza e segurança, firmeza e linearidade); e a não contestação pela parte contrária do valor probatório. Há, ainda, quem sustente uma análise subjetiva da testemunha, podendo descambar para preconceitos relativos a costumes, grau de escolaridade, profissão etc.²²⁰.

Com os conhecimentos científicos demonstrados nos capítulos anteriores, com efeito, o que resta demonstrado é que a prova testemunhal possui dupla fragilidade que ameaça seu valor epistêmico: (i) possíveis diferenças entre a realidade e o que uma pessoa percebe e (ii) possíveis diferenças entre o que é percebido e o que é narrado. Assim, não se pode, como faz o âmbito jurídico, simplesmente presumir que tudo o que diz a testemunha é verdadeiro, salvo prova em contrário. Afinal, a adoção de uma versão não presuntivista do testemunho acaba por afastar o Direito de uma busca pela verdade rigorosa, colocando para dentro do processo uma série de “conhecimentos” sem qualquer qualidade epistêmica verificada ou verificável. Partindo-se de uma lógica não presuntivista do testemunho, a valoração da prova testemunhal deverá dar-se sempre um conjunto com as demais provas dos autos, podendo servir para dar caminhos para ulteriores investigações sobre os fatos ou mesmo colmar lacunas entre os fatos apurados mediante outros tipos de prova²²¹.

Assim, propõe o autor uma inversão da lógica sobre o tema, ao invés da presunção de veracidade sobre o depoimento, deve-se considerar que a informação proveniente de depoimento e não corroborada nos autos terá valor probatório indefinido, “não se poderá afirmar nem que sim, nem que não; isto é, nem que a informação é verdadeira, nem que é falsa”²²². O que confere à prova testemunhal, isoladamente considerada, um grau baixo de confirmação²²³.

Uma vez analisados os aspectos gerais da prova e, mais precisamente, da prova testemunhal, impõe-se, segundo o objeto de investigação deste trabalho, o exame de como a produção da prova testemunhal é discutida nas Cortes Eleitorais brasileiras, mormente nos aspectos não regulados pela legislação eleitoral, os quais devem ser colmatados levando em consideração a revisão temática deste capítulo e a legislação processual civil em vigor.

²²⁰ Ramos (2022).

²²¹ Ibid., p. 239.

²²² Ibid., p. 241-242.

²²³ Ibid., p. 245.

4 ENTENDIMENTO ADOTADO PELA DOUTRINA E PELOS TRIBUNAIS ELEITORAIS PARA A COLMATAÇÃO DAS LACUNAS DESCRITAS

Procedida, de início, a uma breve análise acerca do histórico e das funções da Justiça Eleitoral, bem como realizado o exame do direito eleitoral e instrumentos judiciais voltados à garantia da legitimidade e regularidade do pleito, foram apontadas a existência de lacunas no regramento das ações eleitorais previstas na Lei das Inelegibilidades, no que tange à produção da prova testemunhal. Assim, passou-se, no capítulo seguinte, a uma revisão da literatura sobre esta espécie de prova.

Destarte, seguiu-se ao levantamento doutrinário sobre os aspectos gerais relativos à produção probatória, mais especificamente as suas acepções e finalidade, objeto, sua caracterização como um direito, os sistemas de valoração, princípios norteadores, além do registro da ideia de diferenciação dos conceitos de verdade e verossimilhança. Em segundo momento, levantou-se os ensinamentos presentes na doutrina especializada no tocante à prova testemunhal, tanto como fonte de prova, quanto como meio de prova.

Impõe-se, então, neste momento do trabalho, o levantamento jurisprudencial dos pontos relevantes à produção da prova testemunhal, não totalmente regulados em lei, em cotejo com o posicionamento doutrinário específico, visando a criação de substrato para conclusão almejada.

Foi acessado o banco de dados jurisprudencial da Justiça Eleitoral, por meio da página de pesquisa de jurisprudência do TSE²²⁴, passando à escolha de instância “Tribunal Superior Eleitoral”. Em seguida, dentro da opção “pesquisa avançada”, foi selecionado o tipo de decisão a ser pesquisada (“Acórdão”), com marco temporal inicial em 16/03/2015²²⁵, sendo, então, lançadas as palavras-chave “prova testemunhal”. Foram retornadas 280 decisões, das quais foram analisadas as primeiras 10 amostras, excluídos julgamentos em embargos de declaração. Desse exame, foi verificada a existência de menções aos termos de pesquisa em relação à admissibilidade e valoração da prova testemunhal produzida, o que aponta a uma necessidade refinamento das palavras-chave, vez que não explicitada a temática procedimental indicada como não regulada em pontos anteriores.

Mesma sistemática foi adotada ao optar pela instância “Tribunal Regional Eleitoral”, com a marcação “todos”, gerando 2.462 ocorrências para “prova testemunhal”, em somatório de todos os Regionais, das quais foram examinadas outras 10 amostras, que apontaram para

²²⁴ Disponível em: <https://jurisprudencia.tse.jus.br/#/jurisprudencia/pesquisa>.

²²⁵ Data de publicação do Código de Processo Civil em vigor.

apenas 2 decisões onde a questão da produção da prova objeto do presente trabalho – intimação de testemunha e preclusão do requerimento de oitiva – foi abordada como preliminar de mérito, o que também demonstra a necessidade de acréscimo de informações nas palavras-chave de busca.

De igual modo, a seleção da opção “decisões em destaque” não apurou o resultado da busca como desejado, tanto na instância Superior, quanto nas instâncias Regionais, mesmo com a redução do número de julgados indicados pelo buscador – 182 e 1839 decisões, respectivamente – o que corrobora a conclusão acima, no sentido da necessidade de inclusão de mais termos de pesquisa.

Em nova pesquisa, utilizados os mesmos parâmetros acima listados, alterando-se, contudo, as chaves de busca para “produção da prova testemunhal”, foram obtidos 7 resultados, dos quais apenas 3 diziam respeito a procedimentos previstos na LC nº 64/90, duas AIRCs e uma AIJE, nestes o cerne do julgamento versava sobre a admissibilidade da prova e cerceamento de defesa. Os demais corresponderam a julgamentos de prestação de contas, *habeas corpus* e representação de propaganda eleitoral.

As mesmas palavras-chave citadas acima foram aplicadas às instâncias Regionais, agora com os marcadores de classe processual REI, MS, MSCiv, RCAND e AIJE selecionados, resultando em 37 decisões encontradas, sendo que apenas 3 diziam respeito ao recorte temático deste trabalho, vez que tratavam do requerimento da prova testemunhal, juntada do rol de testemunhas e preclusão. Já as demais continham decisões acerca de eventual cerceamento de defesa decorrente do indeferimento do pedido de oitiva de testemunhas.

Até o momento, com vista a uma melhor apuração da pesquisa jurisprudencial proposta, mostra-se necessária a inclusão nos padrões de busca de variáveis decorrentes da observação casuística, advinda da prática profissional na Justiça Eleitoral, bem como de questões surgidas da revisão de literatura efetivada no capítulo anterior, que serão a seguir subdivididas e examinadas.

4.1 Juntada do rol de testemunhas

Trazendo a análise do tema a questões específicas do contencioso eleitoral, mais precisamente dos ritos ditos ordinários previstos na Lei das Inelegibilidades, isto é, dos procedimentos descritos para as Ações de Impugnação do Registro de Candidatura e de Investigação Judicial Eleitoral, verifica-se um descolamento da regra geral prevista na legislação processual civil. Nesta, a listagem com a identificação das testemunhas é

apresentada no prazo de 15 dias após o saneamento do feito, conforme apontado no ponto anterior.

Já nos procedimentos eleitorais citados o rol de testemunhas deve ser juntado com a peça exordial e na defesa, conforme exegese direta das normas contidas nos arts. 3º, §3º, 4º, 22 *caput* e inciso I, alínea *a* da Lei Complementar nº 64/90.

Prosseguindo com a sistemática proposta na introdução deste capítulo, foi procedido ao lançamento das palavras-chave “rol de testemunhas” na pesquisa avançada da página supracitada, dentro da instância “Tribunal Superior Eleitoral”, selecionado “Acórdão” como tipo de decisão, com termo inicial 16/03/20216, adicionando-se os filtros de pesquisa relativos às classes processuais RESPE, RO-El, AC, AREspEl, REspEl, RMS e RO, resultando em 17 decisões encontradas, das quais 10 dizem respeito ao recorte procedimental proposto nesta pesquisa.

Do exame dos julgados encontrados, constata-se o tema da preclusão do ato processual de requerimento da produção da prova testemunhal e juntada do rol de testemunhas como cerne das discussões sobre a matéria ora em análise.

No ponto, observou-se que todas as decisões colegiadas encontradas concluem que a não obediência das normas contidas nos artigos legais acima citados levam à preclusão do direito processual. Assim, a não juntada da listagem das testemunhas pelo autor na sua peça inicial, ou pelo réu na sua defesa, geram a preclusão da faculdade de requerer a referida espécie probatória (exs.: RO-El nº 125175, Acórdão, MACAPÁ- AP; RO-El nº 224773, Acórdão, MACAPÁ – AP; AgR-Respe nº 195, Acórdão, MONTE SIÃO – MG), tendo reconhecido, inclusive, como “mecanismo artificial de superação da preclusão” a juntada de documentação após iniciada a instrução processual, “para justificar a oitiva de testemunha não arrolada tempestivamente” (AgR-AREspE nº 060062929, Acórdão, TELÊMACO BORBA- PR).

Já a alegação de nulidade processual advinda da juntada extemporânea do rol de testemunhas deve ser agitada “nas razões do recurso interposto contra a decisão final da causa ou nas contrarrazões”, sob pena, também, de preclusão, não admitindo o TSE a arguição em momento posterior, como na sustentação oral perante Corte Regional (Respe nº 38332, Acórdão, MACARANI – BA).

Ocorre, todavia, que a Corte Superior relativiza o entendimento supracitado, mormente quando o autor da demanda indica testemunhas após a exordial, em resposta a novos fatos aduzidos na peça de defesa, até então desconhecidos, com o fim de não cercear o direito do autor de produzir a aludida prova (RO-El nº 060000588 Acórdão PORTO VELHO-

RO); bem como não considera a ocorrência de preclusão na hipótese de adequação do rol determinada pelo magistrado, em mera organização processual (ED-REspEI nº 060099458 Acórdão TEJUPÁ- SP) ou, ainda, nos casos de aditamento da petição inicial antes da citação, ante à inexistência de efetivo prejuízo (AgR-RMS nº 20542 Acórdão ALEGRE – ES; AC nº 060001586 Acórdão BURITI – MA; Respe nº 253 Acórdão BURITI – MA).

Em pesquisa do posicionamento dos Tribunais Regionais Eleitorais, utilizando-se dos mesmos critérios anteriormente explicitados, agregando aos termos de busca as expressões “rol de testemunhas” NOT “cerceamento de defesa” e selecionando as classes processuais REI, AIJE e MSCiv, foram obtidos 50 julgados, nestes a grande maioria apresentou temática e posicionamento semelhantes ao quanto acima exposto, sendo despicienda a menção dos mesmos.

Nessa linha, os precedentes que se destacam admitiram a juntada de rol testemunhal extemporaneamente quando renovado o ato citatório após colacionado requerimento de oitiva (REI nº 060126727 Acórdão TRAMANDAÍ – RS), assim como na hipótese de existirem “justificativas que amparem sua admissibilidade em caráter excepcional”, como a identificação de testemunhas após a realização de diligências (MsCiv nº 060049761 Acórdão FRANCISCO DANTAS – RN).

Foi, ainda, reconhecida a legalidade de decisão judicial que reconheceu a preclusão do direito processual do autor de produzir prova testemunhal, mas por entender “pertinente e relevante para o deslinde do caso, determinou a oitiva de algumas como testemunhas do juízo”, com fulcro nos poderes instrutórios conferidos ao magistrado pelo art. 370 do CPC e arts. 7º, parágrafo único, e 22, incisos VI e VII da LC nMSCiv nº 60044262 Acórdão nº 31766 SINOP – MT), sendo vedado ao juiz, contudo, a adoção de rito diverso daquele previsto na Lei das Inelegibilidades (MSCiv nº 060092390 Acórdão ARATUÍPE – BA).dispositivo específico da trama processual eleitoral que discorra acerca da permissão da substituição de depoente antes apresentada no rol. Aqui, então, deve-se valer novamente da norma contida no CPC/15, especialmente no que dispõe o art. 451 e incisos, os quais trazem o comando de vedação de substituição de testigo listado, salvo falecimento, enfermidade que o impossibilite de depor, ou quando não localizado (RE nº 060053158 Acórdão SANTA HELENA DE MINAS – MG).

Ocorre, porém, que a doutrina especializada defende a leitura não literal do dispositivo, para que na prática seja possível a substituição da testemunha arrolada, conquanto o ato seja feito em tempo hábil para que a parte *ex adversa* possa levantar informações sobre

a mesma, viabilizando, assim, uma eventual contradita, na forma apontada no capítulo anterior, momento no qual foi examinada a testemunha como meio de prova.

Sobre a questão, Daniel Amorim Assumpção Neves, calcado no princípio da comunhão da prova e do contraditório, acrescenta a necessidade de anuência da parte contrária para que o depoente seja substituído²²⁶. Nesse sentido, a Corte Regional de Goiás fixou precedente no qual considerou ilegal decisão zonal que “violou a preclusão ao permitir a substituição de testemunhas sem justificativa plausível e sem a concordância da parte adversa” (MSCiv nº 060109096 Acórdão GUARINOS – GO).

Ademais, não havendo regra específica acerca dos requisitos da lista de testemunhas na lei eleitoral, deve-se adotar o regramento processual civil do art. 450, devendo conter, portanto, “sempre que possível, o nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, o número de registro de identidade e o endereço completo da residência e do local de trabalho”.

4.2 Número de testemunhas

O procedimento ordinário eleitoral apresenta texto legal similar tanto para as AIRCs (art. 3º, §3º e art. 4º), quanto para as AIJES (art. 22, inciso V), no que diz respeito ao número de testemunhas, fixando o número de 6 testemunhas para cada parte.

Dúvida surge, contudo, se seria possível a ampliação do número de testemunhas indicadas na lei, nos casos em que existe uma cumulação de demandas, com a consequente pluralidade de fatos a serem demonstrados, ou quando há mais de um litigante em um dos polos da lide.

Assim, utilizando-se os mesmos critérios empregados anteriormente, lançando as palavras-chave “número de testemunhas” na busca por jurisprudência na instância “Tribunal Superior Eleitoral”, houve o retorno de 3 decisões, das quais apenas uma adentrou à discussão proposta, no sentido de que “há possibilidade de extrapolação do número de testemunhas em AIJE quando há diferentes fatos suscitados num mesmo processo” (AgR-AC nº 060107407 Acórdão DAVINÓPOLIS-GO), com suporte no princípio da economia processual, constando referência ao precedente REspe nº 36151/MG, de 23.06.2010²²⁷, o que aponta para posicionamento estabilizado no âmbito da Corte Superior Eleitoral.

²²⁶ Neves (2016, p. 747).

²²⁷ Na espécie, caso não admitida a extrapolação do número de testemunhas, em virtude da diversidade de fatos suscitados num mesmo processo regido pelo art. 22 da LC nº 64/90, poderá ensejar então que os

Mesmas balizas foram utilizadas na busca contida na instância “Tribunal Regional Eleitoral”, selecionando a opção “todos”, escolhidas as classes processuais RE, AIJE, MS, REI, MSCiv, tendo como resultado 22 decisões encontradas.

Nesse passo, constatou-se que os Regionais seguiram a trilha firmada pelo TSE, no sentido de admissão de extrapolação do número de depoentes fixados nas normas citadas, na hipótese de multiplicidade fática, em todos os precedentes analisados. Impende destacar julgados das Cortes Regionais do Tocantins e da Bahia, que admitem o arrolamento de número maior de testemunhas, quando presentes mais de uma parte nos polos da demanda (AIJE nº 060042589 Acórdão PALMAS – TO e RE nº 51307 Acórdão IAÇU – BA).

Neste último caso, havendo mais uma parte em um dos polos da ação, formar-se-á um litisconsórcio ativo ou passivo, a depender de qual posição se encontrem. Acerca do tema, há posicionamento doutrinário no sentido de que sendo unitário o litisconsórcio “os litisconsortes, em conjunto, devem respeitar esse limite; se o litisconsórcio é simples, cada litisconsorte é considerado uma parte autônoma e, nessa qualidade, haverá, para cada um, limite específico”²²⁸.

Tal entendimento em relação aos litisconsortes unitários não foi recepcionado pela Corte Superior Eleitoral, que, em Ações de Investigação Judicial Eleitoral, entendeu pela “formação de litisconsórcio necessário unitário entre o chefe do Executivo e o seu vice. Razão pela qual este tem o direito de arrolar testemunhas, independentemente das oferecidas por aquele” (RESPE_ nº 25478 Acórdão ANICUNS – GO).

Embora não haja expressamente previsão na legislação especial, concluímos pela possibilidade de aplicação do §7º do art. 357 do CPC/15, que possibilita ao juiz “limitar o número de testemunhas levando em consideração a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados”, bem como “pode ampliá-lo, segundo pensamos, pelas mesmas razões, justificando o seu ato”²²⁹. A modulação numérica do número de testemunhas, assim, deve acompanhar as características da demanda contida nos autos, tendo tal entendimento sido aplicado pelo Regional baiano, que considerou desarrazoada a redução drástica do número de depoentes, pelo juízo zonal, em causa de grande complexidade fática (RE nº 51307 Acórdão IAÇU – BA).

sujeitos do processo eleitoral ajuízem demandas distintas, por cada fato, de modo a não sofrer limitação na produção de prova testemunhal, o que igualmente comprometerá a observância do princípio da economia processual. (AgRg REspE 36151, j. 04.05.2010, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, DJe 23.06.2010.)

²²⁸ Didier Jr. (2015, p. 248).

²²⁹ Ibid., p. 248.

4.3 Intimação das testemunhas arroladas

As normas contidas no *caput* do art. 5º e no inciso V do art. 22 da Lei das Inelegibilidades apontam à desnecessidade da intimação oficial das testemunhas arroladas pelas partes, determinando que deve partir da iniciativa destas o comparecimento dos seus depoentes em atenção à necessária celeridade processual.

Questiona-se a possibilidade de intimação oficial, nos episódios de impossibilidade de a parte conduzir a testemunha por ela listada na peça vestibular, ou na defesa colacionada aos autos. O TSE, nesta temática, já apresentou resposta negativa à dúvida, conforme resultado de pesquisa realizada com a mesma sistemática anteriormente narrada, sendo agora utilizados os parâmetros de busca relativos ao tema deste tópico, “‘testemunhas arroladas’ AND intimação”, resultando em 7 decisões encontradas, sendo que apenas 4 acataram o ponto.

Como regra geral, a referida Corte segue a literalidade da norma, no sentido de caber “à parte o ônus de garantir a presença de suas testemunhas em juízo” (AgR-RO-El nº 060226245 Acórdão BELÉM – PA; RO-El nº 060290497 Acórdão FLORIANÓPOLIS – SC), entendendo, inclusive, pela desnecessidade de expedição de carta precatória para a realização do ato de oitiva (RO-El nº 352379 Acórdão CURITIBA – PR).

Ressalva, contudo, o caso de intimação judicial das testemunhas arroladas pelo Ministério Público Eleitoral ou Defensoria Pública, em aplicação suplementar do art. 455, §4º, IV do CPC (RO-El nº 060158509 Acórdão ARACAJU – SE).

No ponto, observa Daniel Amorim Assumpção Neves, que “o legislador entendeu que seria inviável que o Ministério Público – parte ou fiscal da ordem jurídica – a Defensoria Pública passa-se a ter tal ônus processual, de forma que sendo a testemunha arrolada por ele, caberá a intimação por via judicial”²³⁰.

Com efeito, verifica-se interessante modificação realizada pelo CPC de 2015 no campo da intimação de testemunhas, no sentido de transferir às partes a responsabilidade de intimar depoentes que arrolou, aproximando-se, desta forma, as disciplinas geral e eleitoral, como se denota da leitura do citado art. 455 do diploma processual civil.

As conclusões acima apontadas também são aplicadas pelos Tribunais Regionais Eleitorais, na forma descortinada pela pesquisa jurisprudencial cujos parâmetros seguiram a linha supra adotada, acrescidos dos marcadores de classe processual REI, AIJE e MSCiv,

²³⁰ Neves (2016, p. 754).

sendo destacadas 25 decisões em ampla sintonia com os precedentes do TSE. No âmbito Regional, destaca-se a aplicação subsidiária mais ampla do art. 455 do CPC, vez que admitida a intimação judicial de testemunhas, apesar de excepcional, quando “a pessoa convocada pelo advogado mediante carta com aviso de recebimento não comparecer à audiência”, em atenção ao inciso I do parágrafo quarto, deste dispositivo, impondo a comprovação do quanto alegado (REl nº 060030535 Acórdão ERVAL SECO – RS); na hipótese de acolhida justificativa apresentada pela parte, art. 455, §4º, II (REl nº 060060325 Acórdão SANTA INÊS – MA); e na hipótese “de testemunhas residentes em localidades diversas da cidade onde serão inquiridas e que ostentem a condição de militares”, devendo incidir o disposto no art. 455, § 4º, III (AIJE nº 30813 Acórdão PATOS DO PIAUÍ – PI).

Tendo em vista, pois, a similitude atual dos dois regimes de intimação de testemunhas, o especial a LC nº 64/90 e o do CPC, acreditamos na possibilidade de aplicação supletiva deste nas causas eleitorais, no sentido de viabilizar nos casos acima elencados a referida intimação via judiciário, caso esta não comprometa a celeridade exigida no trâmite dos feitos eleitorais.

4.4 Procedimento de colheita do depoimento

Como se verifica dos textos contidos no §1º do art. 5º e art. 22, inciso V da LC nº 64/90, a oitiva das testemunhas será feita em uma única assentada. Não havendo maiores regramentos acerca deste ato, deve-se adotar supletivamente o quanto determinado pelo CPC/15, na forma constatada amplamente nos julgados tanto da Corte Superior Eleitoral, quanto dos Tribunais Regionais Eleitorais, a partir da repetição da parametrização de pesquisa utilizada nos pontos anteriores, utilizando-se as palavras-chave “oitiva de testemunhas” e “inquirição de testemunhas”.

Nessa esteira, conforme disposição do art. 456 do CPC vigente, deverá o magistrado inquirir as testemunhas separadas e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu, sendo que esta ordem só pode ser alterada por vontade das partes, ou em situações excepcionais quando haja abuso de direito de uma delas²³¹. Deverá o juiz, ainda, providenciar que um depoente não ouça o depoimento do outro.

Na temática relativa à ordem de inquirição das testemunhas, já decidiu o TSE que a oitiva de testemunha determinada pelo juízo eleitoral após a tomada de depoimento daquelas

²³¹ Neves (2016, p. 755).

arroladas pelas partes, não configura ilegalidade, vez que se trata de “prova de natureza complementar e acessória, que visa à tutela jurisdicional efetiva” (AIJE nº 194358 Acórdão BRASÍLIA – DF), segundo resultado de busca com os termos “ordem de inquirição” e “testemunhas”. Já o Regional do Maranhão entendeu que a inversão da ordem de oitiva, sem a anuência das partes, pode configurar prejuízo à defesa, logo passível de nulidade (MSCIVAIME nº 060014842 Acórdão FORTUNA – MA), devendo, contudo, ser demonstrado o prejuízo ao contraditório, afastando pedido de anulação de ato instrutório quando verificado a efetiva observância deste princípio (MSCIVAIE nº 060016918 Acórdão PAÇO DO LUMIAR – MA).

Após a qualificação do depoente e antes de depor, as partes podem contraditar a testemunha, sob pena de preclusão, alegando a sua incapacidade, impedimento ou suspensão, conforme ventilado em ponto anterior (art. 457). Confirmados os fatos, pode o juiz dispensar a testemunha ou a ouvir como mero informante, na forma preceituada pelo § 2º deste artigo. Em averiguação sobre o tema, constatou-se julgado do TRE/PI que considerou a matéria relativa à contradita de testemunhas não é apta a ser discutida em sede de mandado de segurança, “porquanto eventual nulidade do depoimento por vício na sua produção constitui matéria de defesa e poderá ser arguida nas alegações finais pelas partes na competente Ação de Investigação Judicial Eleitoral” (MS nº 36151 Acórdão ASSUNÇÃO DO PIAUÍ – PI), para tanto foi feita pesquisa com palavra-chave “contradita”.

Seguindo no procedimento, a inquirição poderá ser feita pelo magistrado, antes ou depois das perguntas feitas pelos polos da demanda, assim como pelos advogados das partes, “mas o juiz tem o poder de inadmitir aquelas que puderem induzir a resposta, as que não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou as que importem repetição de outra já respondida”²³².

Por fim, a documentação dos depoimentos poderá ser feita por meio de gravação ou documento digitado e assinado pelo juiz, depoentes e procuradores, na forma prescrita pelo art. 460 do CPC/15.

4.5 Prova testemunhal singular

Alteração trazida pela Lei nº 13.165/2015, introduziu no Código Eleitoral o art. 368-A, possuindo relevante reflexo no procedimento previsto no art. 22 da Lei das

²³² Didier Jr. (2015, p. 251).

Inelegibilidades, tendo em vista a previsão contida no seu texto de que “a prova testemunhal singular, quando exclusiva, não será aceita nos processos que possam levar à perda do mandato”. Como o procedimento da AIJE pode levar à cassação do mandato do investigado, faz-se interessante a análise breve deste recente dispositivo.

Pois bem. Nota-se da leitura do novo artigo, que o objetivo do legislador foi de dar maior concretude ao entendimento já há muito consolidado na jurisprudência eleitoral de que “a condenação pela prática de ilícitos eleitorais requer prova robusta das condutas” (AgR-Respe nº 30112 Acórdão ARROIO GRANDE – RS), para que determinada ação eleitoral afaste um mandato, vez que vigora no campo eleitoral o princípio do *in dubio pro voto*.

Extrai-se, também, da análise do dispositivo que não está vedada a cassação com fulcro em prova exclusivamente testemunhal, bem como quando haja apenas uma testemunha nos autos, mas com o depoimento amparado por outros elementos de prova. Concluindo Flávio Chein Jorge, Ludgero Liberato e Marcelo Abelha Rodrigues, na linha de que:

A prova testemunhal não é impeditiva da demonstração do ilícito eleitoral que leve a perda do mandato popular, mas o que o legislador estabelece é que apenas um testemunho é insuficiente para tanto, mas não se estiver em conjunto com outras provas que corroborem o ato.

[...]

A limitação refere-se não propriamente à prova testemunhal, mas ao único testemunho, que tanto pode estar sob a forma de prova testemunhal (com depoimento da testemunha em juízo), mas também veiculada por testemunho realizado em prova documental²³³.

Na espécie, após busca no banco de dados anteriormente descrito, utilizando-se a expressão de pesquisa “prova testemunhal singular”, na instância “Tribunal Superior Eleitoral”, selecionadas as classes processuais “REspEI”, “RESPE” e “AIJE”, foram gerados 12 resultados. Destaca-se entendimento que afastou alegação de incidência da norma contida no art. 368-A do Código Eleitoral, quando a conduta delituosa restou comprovada exclusivamente por prova testemunhal, pelo “depoimento de várias testemunhas, sem notícia de vínculo entre si, cujas narrativas foram consideradas uníssonas, consistentes, detalhadas e seguras pelo Tribunal a quo” (Respe nº 72128 Acórdão MERIDIANO – SP). De outro lado, considerou configurada a hipótese vedada pela norma em análise, quando “um depoente foi ouvido como testemunha e os demais foram ouvidos apenas como declarantes”, considerando o acervo probatório inapto a embasar uma condenação por abuso de poder (AgR-REspEI nº 060047425 Acórdão PALESTINA – AL).

²³³ Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 444).

Na mesma esteira, a pesquisa realizada nas instâncias Regionais do banco de dados da Justiça Eleitoral, com as mesmas palavras-chave citadas e marcadas as classes “REI”, “AIJE” e “REL”, retornou 55 decisões, nas quais se constatou a corroboração do quanto decidido pela Corte Superior e explicitado no entendimento doutrinário apresentado.

Arremata-se, então, com posicionamento no sentido de interpretar o texto legal apenas no sentido de se inadmitir a cassação do mandato possa acontecer em ambiente processual no qual o único meio de prova utilizado foi o testemunhal e neste só há prova confirmatória dos fatos por um único depoente.

5 CONCLUSÃO

A presente dissertação procurou investigar e apresentar resposta ao problema concreto de falta de regulação acerca da produção da prova testemunhal nos procedimentos previstos da Lei Complementar nº 64/90, levantando o seguinte questionamento: Qual(is) o(s) parâmetro(s) a ser(em) adotados quanto à produção da prova testemunhal nas ações eleitorais com rito previsto na LC nº 64/90?

O objetivo aqui fixado é o de apontar as lacunas legislativas na regulamentação da produção dessa espécie probatória no contencioso eleitoral dos procedimentos disciplinados na LC nº 64/90, apresentando o entendimento adotado pela doutrina e pelos Tribunais sobre o tema, com o fim de propor enunciados direcionados à colmatação das omissões legislativas apuradas.

O estudo partiu da premissa de ser necessária a parametrização na adoção das possíveis soluções, visando uniformidade, economicidade e celeridade processual, aperfeiçoando a atividade jurisdicional em processos que visam garantir a lisura e legitimidade das eleições, dentro do sistema brasileiro de controle judicial do pleito eleitoral.

Nessa linha, demonstrou-se que a origem da adoção do referido sistema judicial de controle das eleições repousa ainda no período colonial do Brasil, época na qual foi consolidado um modelo social fundado na monocultura, trabalho escravo e estrutura familiar patriarcal, centrada na figura do chefe de família como uma autoridade absoluta, refletindo uma hierarquia social rígida que se perpetuou por três séculos. As origens coloniais brasileiras deixaram um legado de desigualdade e autoritarismo que persiste até os dias atuais, não significando a transição para o regime republicano uma ruptura completa com as práticas autoritárias, pois os senhores de terra continuaram a exercer influência política e econômica, adaptando-se às novas realidades sociais.

Com a Proclamação da República em 1889, o sistema político brasileiro passou a ser marcado por fraudes e manipulações eleitorais, que garantiam a continuidade do controle das elites locais. Nesse passo, o processo eleitoral era permeado por práticas como o “voto de cabresto” e os “currais eleitorais”, entre outros artifícios, que visavam o controle da vontade do eleitorado e asseguravam a lealdade dos eleitores aos mandões locais.

Com a virada política ocorrida em 1930, o modelo eleitoral vigente foi substituído pelo controle judicial das eleições, com o fim de reduzir a influência do mandonismo na escolha dos representantes populares. Criada, assim, a Justiça Eleitoral em 1932, representando uma tentativa de modernizar e democratizar o sistema. Extinta pela

Constituição do Estado Novo de 1937, teve nova vida com a redemocratização, inicialmente com o Decreto-Lei nº 7.586/45, ganhado contorno constitucional no texto magno de 1946, tendo a sua existência mantida durante o regime ditatorial Militar e vigência da Constituição Federal de 1967. Já a Constituição de 1988 reafirmou a importância da Justiça Eleitoral e o sistema de controle judicial do pleito, que busca garantir a lisura do processo eleitoral em um contexto de heranças históricas de desigualdade e autoritarismo.

Conferiu-se, então, à Justiça Eleitoral uma feição diferenciada daquela dada aos demais órgãos do Poder judiciário, porquanto a ela é entregue uma série de funções, que delineiam uma característica híbrida no que diz respeito às suas atribuições precípua, apresentando tarefas de expedição de normas gerais para regulamentar as eleições, organização administrativa do processo eleitoral – incluída nesta a atribuição de formulação de políticas públicas para o aprimoramento do processo democrático –, função consultiva e a típica função jurisdicional.

Além da Justiça Eleitoral, o Poder Constituinte e o legislador ordinário compuseram um plexo de princípios e regras, que caracterizaram o Direito Eleitoral como um microssistema, que dialoga com o sistema jurídico como um todo.

Quanto aos princípios que orientam este microssistema, existem aqueles previstos na Carta Constitucional e que representam a essência do objeto de proteção do Direito Eleitoral, como a democracia, o republicanismo, a soberania popular, sufrágio universal, legitimidade do voto; e aqueles próprios desta subdivisão jurídica, a exemplo do princípio da anualidade eleitoral, aquisição progressiva dos atos, liberdade do voto, *in dubio pro suffragi* etc.

Por outro lado, também caracterizando o microssistema do Direito Eleitoral, verificamos as regras de regência da matéria, cujas principais fontes são a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código Eleitoral, a Lei das Inelegibilidades, a Lei dos Partidos Políticos, a Lei das Eleições e as Resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Neste contexto, segundo o texto constitucional, a fixação das normas gerais de competência da Justiça Eleitoral ficará a cargo da Lei Complementar. Deste modo, encontra-se no Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), recepcionado como Lei Complementar pela Lei Maior, as principais normas de competência, porém não são as únicas, vez que existem regramentos desta ordem espalhados pela legislação eleitoral, como as normas ritualísticas do arts. 2º, parágrafo único, e 22 da Lei Complementar nº 64/90 (processamento das impugnações aos registros de candidaturas e investigação judicial).

No que tange às ações eleitorais, nota-se a presença da característica da tipicidade, que por sua vez decorreu de um processo histórico de proteção gradativa dos princípios e institutos jurídicos deste ramo do Direito Eleitoral, no qual a medida que uma determinada proteção era exigida, surgia uma espécie de ação para a tutelar, gerando uma especialidade e aperfeiçoamento da atividade jurisdicional no amparo do processo eleitoral como um todo.

Neste contexto, apresenta-se a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) de caráter incidental ao processo de registro de candidatura, com natureza declaratória, prevista no art. 3º da LC nº 64/90, na qual se busca demonstrar impedir o deferimento do registro de candidatura, sob fundamento de falta dos requisitos de elegibilidade, existência de inelegibilidade, ou o descumprimento de alguma formalidade legal.

Já a Ação de Investigação Judicial Eleitoral, prevista no art. 22 da Lei das Inelegibilidades (LC nº 64/90) tem por fim a apuração de abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social nas eleições, tendo por objeto a declaração de inelegibilidade por 8 anos e a cassação do registro ou diploma.

Nota-se, ainda, que o rito criado para regular a AIJE também é aplicado às representações para a apuração de ilícitos contidos nos arts. 41-A (captação ilícita de sufrágio) e 73 (condutas vedadas a agentes públicos) da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), apresentando estas, contudo, objetos diferentes, porquanto buscam a cominação de pena de cassação de registro ou diploma e multa.

Outrossim, a representação descrita no art. 30-A da Lei nº 9.504/97, que visa a apuração de conduta relativa à arrecadação e gastos de recursos em campanhas eleitorais, em desacordo com as normas deste diploma, também utiliza o rito da AIJE, art. 22 acima posto, com o diferencial do momento para a sua propositura, quinze dias após a diplomação e rol de legitimados ativos mais enxuto, partidos políticos ou coligação, seguindo as demais observações antes levantadas acerca da matéria.

Prevista no §10 do art. 14 da Constituição Federal de 1988, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo tem por objeto o combate ao mandato político obtido por meio de abuso econômico, corrupção ou fraude, utilizando-se, com fulcro em resolução editada pelo TSE, do rito da AIRC (art. 3º da Lei das Inelegibilidades).

O Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED) com previsão legal no art. 262 do Código Eleitoral, com a redação dada pela Lei nº 12.891/13, prevê uma ação, intitulada de recurso, que tem por fim o ataque a diploma expedido em favor de quem apresente situação

de inelegibilidade superveniente, inelegibilidade constitucional e não apresente condição de elegibilidade prevista no art. 14, §3º da CF/88. Quanto ao seu procedimento, a doutrina e a jurisprudência se utilizam de uma construção teórica que busca compatibilizar o rito geral dos recursos eleitorais com o procedimento da AIRC, por ser um procedimento célere, porém considerado de rito ordinário, permitindo-se, assim, o devido contraditório e a ampla defesa.

Como já anteriormente explicitado, os ritos supramencionados, contidos na Lei Complementar nº 64/90, apresentam incompletudes no que tange à produção da prova testemunhal, constatando-se a existência de um sistema processual eleitoral lacunoso, porquanto o descritivo legal não apresenta disciplina suficiente para a produção da citada espécie probatória. Com base na investigação bibliográfica realizada no segundo capítulo desta pesquisa, pode-se classificar a falta legislativa em análise como uma lacuna própria, ensejando a sua complementação via atividade interpretativa das leis já vigentes no próprio ordenamento, e subjetiva involuntária, proveniente de desídia legislativa.

Destarte, a prática vivenciada no Tribunal Regional Eleitoral da Bahia explicita questionamentos decorrentes da incompletude presente na Lei Complementar nº 64/90, em relação ao trâmite da produção da prova testemunhal, em especial no que tangencia o momento da juntada do rol de testemunhas, número máximo de testemunhas a serem ouvidas, necessidade de intimação das testemunhas arroladas, procedimento da colheita do depoimento e dúvidas relativas à vedação da prova testemunhal singular. Buscou-se, assim o suprimento da falta legislativa, tanto pela via da heterointegração, com a revisão da literatura acerca do tema, tanto pela autointegração, utilizando-se da analogia com a legislação processual civil, como indica o legislador pátrio e o Tribunal Superior Eleitoral, além de realizado o levantamento jurisprudencial das Cortes Eleitorais, com o fim de registrar as soluções por estas apresentadas à incompletude da legislação.

Após a ambientação no microssistema eleitoral e verificação dos pontos a serem investigados, visando uma análise dedutiva da matéria e com o fim de alcançar uma melhor compreensão do fenômeno probatório, realizou-se uma breve análise sobre os aspectos gerais acerca da produção de provas.

Revisando a doutrina especializada, constatou-se o aspecto polissêmico do termo prova, restando destacada, entre outros sentidos, a ideia de prova como justificação, ou seja, um pressuposto da escolha de dada versão de fato adotada na sentença, sendo o fato, ou as alegações sobre ele, o objeto da atividade probatória.

Impôs-se, contudo, tendo em vista o caráter prático do presente trabalho, a ênfase ao sentido objetivo do termo – atividade probatória, ato de provar, e os seus meios de

desenvolvimento (técnicas para extração da veracidade do quanto alegado) – e subjetivo, sendo aqui o resultado causado no julgador e nas partes pela atividade probatória realizada.

Com efeito, foi analisado que o direito à prova, como defendido por boa parte da doutrina, deriva dos princípios da inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal, do contraditório e da qualidade da prestação jurisdicional. Está, assim, indissociado ao direito à ordem jurídica justa, logo, contido no conceito de Estado Democrático de Direito. Possuindo, então origem constitucional, embora implícita. Além de impor ao órgão julgador a sua adequada e fundamentada valoração.

Sobre o tema da valoração da prova, foi procedida ao sucinto levantamento histórico relativo aos sistemas avaliação do quanto produzido nos autos. No ponto, listou-se o formalista sistema de prova legal, ou tarifada, já superado, mas que ainda apresenta resquícios no ordenamento jurídico vigente; o sistema da livre convicção, que pecava pela ausência de limites e balizas ao magistrado na valoração da prova; e o atual sistema da persuasão racional, também conhecido como misto, no qual é imposto ao julgador o dever de fundamentar o seu *decisum* com base em cânones racionais e elementos probatórios contidos nos autos.

Dentro, então, do sistema da persuasão racional se impõe a observância dos princípios constitucionais e legais como bússola da atividade probatória das partes e do juízo. Desta forma, prosseguindo na investigação proposta, foram examinados os princípios do contraditório, dispositivo, da liberdade da prova, da necessidade e oportunidade, da oralidade, da imediatidade, da publicidade, da motivação das decisões, do ônus da prova e da unidade, considerados como norteadores da produção da prova.

Foi imperioso abordar, também, a complexidade dos conceitos de verdade e verossimilhança, especialmente no contexto jurídico-processual, sendo apresentada a noção de que diferentes correntes teóricas e filosóficas influenciam a compreensão da verdade ao longo do tempo, desde a antiguidade até as teorias modernas do direito.

No ponto, verificou-se que a verdade é frequentemente vista como algo que não pode ser alcançado de forma absoluta, devido à subjetividade envolvida na análise das provas e na valoração dos fatos, levando à ideia de que a produção das provas, incluindo as testemunhais, dizem respeito mais a uma verossimilhança do que sobre uma verdade objetiva, sendo aquela uma forma de apreciação da prova que busca entender o que é razoável e provável, considerando a experiência comum e o conhecimento humano.

Quanto aos modelos para o funcionamento da prova no processo, buscou-se, ainda, analisar proposta doutrinária de mudança das premissas do raciocínio probatório, apresentando proposta de alteração de um sistema subjetivo – no qual o centro da atividade

probatória é o convencimento do juiz, o que leva a uma produção de prova centrada na formação da consciência do magistrado e não na adoção de critérios mais científicos e objetivos de verificação da realidade dos fatos investigados nos autos – para um modelo objetivo, onde o cerne da fase probatória deixa de ser o julgador, passando a ser a verdade, ou verossimilhança, do cenário fático exposto pelas partes, buscando-se, assim, a adoção critérios científicos e objetivos para o atingimento de um ganho na qualidade probatória.

No que tange às fontes da prova, ao que interessa a este trabalho, damos o nome de testemunhal àquela prova emanada de terceiro ao processo, que é convocado para revelar o que por ela foi presencial e verdadeiramente percebido, por meio de qualquer dos seus quatro sentidos, sobre as proposições a serem comprovadas nos autos.

Prosseguindo com a sistematização de dados acerca da testemunha como fonte de prova, examinou-se os apontamentos doutrinários sobre os possíveis vícios contidos em dado testemunho, à luz da psicologia experimental, apresentando constatação de insuficiência dos meios legais para prevenção de falhas na produção desta espécie probatória, fundando a aceitação desta fonte de prova no imperfeito critério da boa-fé da testemunha, em um contexto de vulnerabilidade aceita.

Já na observação da testemunha como meio de prova, após breve classificação e listagem daqueles que não possuem capacidade para testemunhar, são impedidos ou suspeitos de praticar o ato, foi apresentada a crítica doutrinária no sentido de que a enumeração legal de vedações centradas na pessoa do depoente reflete resquício da prova legal, sugerindo-se a substituição por um sistema com a atenção voltada ao quanto declarado.

Após a análise da temática geral acima colocada, principalmente do ponto relativo ao procedimento probatório contido no capítulo 3 deste trabalho, bem como do exame realizada no capítulo anterior acerca das questões práticas surgidas no bojo dos procedimentos eleitorais da AIRC e da AIJE, ou de outras demandas que sigam o mesmo rito, contidas no banco de dados da Justiça Eleitoral, chegamos às seguintes conclusões relativas às incompletudes percebidas na Lei das Inelegibilidades, dentro do escopo temático desta pesquisa:

I - Juntada do rol de testemunhas:

I.1 - O rol de testemunhas deve ser juntado com a peça exordial e na defesa, sob pena de preclusão;

I.2 - É vedada a utilização de mecanismos artificiais de superação da perda do direito processual, como a juntada de documentação na instrução processual, com o fim de justificar a oitiva de testemunha não arrolada no momento correto;

I.3 - A alegação de nulidade processual decorrente da juntada extemporânea do rol de testemunhas deve ser realizada no recurso interposto contra a decisão final da causa ou contrarrazões, sob pena de preclusão;

I.4 - Não configuram a preclusão do direito de requerer a produção da prova testemunhal: a) a indicação pelo autor de testemunhas, após a exordial, em resposta a fatos novos aduzidos na peça de defesa; b) a adequação do rol determinada pelo magistrado, em mera organização processual; c) o aditamento da petição inicial realizado antes da citação, ou quando renovado o ato citatório; d) na hipótese de identificação de depoentes depois de realizadas diligências;

I.5 - Com fulcro nos poderes instrutórios conferidos ao magistrado pelo art. 370 do CPC e arts. 7º, parágrafo único, e 22, incisos VI e VII da LC nº 64/90, obedecido o rito fixado na Lei das Inelegibilidades, não configura ilegalidade a determinação judicial, fundamentada na relevância para o deslinde da demanda, de oitiva de testemunha contida em listagem juntada extemporaneamente.

I.6 - Com o fim de evitar o condicionamento psicológico de favorecimento a alguma parte da demanda, impõe-se o tratamento da testemunha como processual, devendo ser evitado do tratamento do o depoente como sendo da parte que o indicou.

I.7 - Em atenção ao princípio do contraditório, na hipótese de determinação de oitiva testemunhal de ofício, o magistrado deve designar o ato em prazo hábil para o preparo de eventual contradita.

I.8 - Além das hipóteses previstas no art. 451 e incisos do CPC, é possível a substituição de testemunha já arrolada, em havendo anuência da parte contrária, conferindo-se prazo hábil para análise de eventual contradita;

II - Número de testemunhas:

II.1 - É possível o arrolamento e oitiva de mais de seis testemunhas, quando há diferentes fatos suscitados em um mesmo processo, com fulcro no princípio da economia processual;

II.2 - Havendo mais de um litigante em um dos polos da lide, cada um terá direito ao arrolamento do número máximo de testemunhas permitindo;

II.3 - É permitido ao juiz, em aplicação do §7º do art. 357 do CPC a limitação ou ampliação do número de testemunhas, tal modulação numérica, deve acompanhar as características da demanda contida nos autos.

III - Intimação das testemunhas arroladas:

III.1 - Cabe à parte a garantia da presença em juízo das testemunhas por ela arroladas, sendo aplicáveis as hipóteses de intimação pela via judicial previstas no §4º do art. 455 do CPC, caso estas não comprometam a celeridade exigida no trâmite dos feitos eleitorais.

IV - Procedimento de colheita do depoimento testemunhal:

IV.1 - Deve ser obedecida a ordem de oitiva fixada no art. 456 do CPC, cuja inversão, sem anuência das partes, pode configurar prejuízo à defesa, sendo, portanto, passível de nulidade, caso demonstrado o prejuízo;

IV.2 - Não configura ilegalidade a oitiva de testemunha determinada pelo juízo eleitoral, após a tomada de depoimento daquelas arroladas pelas partes, tendo em vista o caráter complementar do meio de prova e o fim de buscar a efetiva tutela jurisdicional;

IV.3 - A matéria relativa à contradita de testemunhas não é apta a ser discutida em sede de mandado de segurança, pois eventual alegação de nulidade pode ser suscitada nas alegações finais;

IV.4 - Com o objetivo de reduzir a influência das perguntas na memória do depoente, indica-se o início do interrogatório com a técnica da narrativa livre, seguindo-se do rito descrito no art. 459 do CPC.

V - Prova testemunhal singular:

V.1 - Não restará configurada a vedação contida no art. 368 do Código Eleitoral quando a conduta delituosa for comprovada por prova exclusivamente testemunhal, formada pelo depoimento consistente de várias testemunhas;

V.2 - Incide na proibição descrita no art. 368 do Código Eleitoral, sendo inapta a embasar uma condenação por abuso de poder, a produção de prova exclusivamente testemunhal, consistente na oitiva de diversos depoentes, quando apenas um deles é ouvido como testemunha e os demais como declarantes.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019.
- BARCELOS, Guilherme. **Processo Judicial Eleitoral e Provas Ilícitas**. A Problemática das Gravações Ambientais Clandestinas. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2022.
- BARREIROS NETO, Jaime. **Histórico do processo eleitoral brasileiro e retrospectiva das eleições**. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12872/historico-do-processo-eleitoral-brasileiro-e-retrospectiva-das-eleicoe>. Acesso em: 14 out. 2024.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Prova Testemunhal, Verossimilhança e abordagem hermenêutica**. 2. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/261013113/v2>. Acesso em: 20 jan. 2025.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia, Uma Defesa das Regras do Jogo**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.
- CARVALHO, José Murilo. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão Conceitual. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, 1997.
- CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- COSTA, Adriano Soares. **Instituições de Direito Eleitoral**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, Governo E Democracia No Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41-220, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. Vol.1.
- DUARTE, Breno. **Ônus da Prova e Convencimento Judicial no Processo Civil**. Curitiba: Juruá, 2020.
- ESTEVAM, Fábio Henrique Cavalcanti. **Poderes instrutórios do juízo no procedimento da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE)**: Uma discussão acerca da produção oficial da prova sob a égide do modelo cooperativo de processo. Ano. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2020.
- FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e Senzala**. 48. edição. Recife: Global Editora, 2003.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: Juspodivm, 2016.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**: Colônia. 6. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1961.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Vol.1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. Edição. 2022. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em:

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104787185/v6>. Acesso em: 24 nov. 2024.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016.

NICOLAU, Jairo Marconi. **História do voto no Brasil**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

PAIM, Gustavo Bohrer. Direito processual eleitoral e a parte geral do novo CPC. *In*: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (coord.). **O direito eleitoral e novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal, do Subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a Psicologia e a Epistemologia**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

SCWARCZ, Lilia M. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SCWARCZ, Lilia M; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma Biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, v. 8, n. 16, p. 20-45, 2006.

SOUZA, Jessé. Gilberto Freyre e a singularidade cultural brasileira. **Tempo Social**, v. 12, n. 1, p. x-y, 2000.