Superpoderes supérfluos do art. 23 da LC 64/90: as "provas robustas" no julgamento das candidaturas laranjas.*

VÂNIA SICILIANO AIÊTA
RENATO RIBEIRO DE ALMEIDA
KALEO DORNAIKA

Sobre a autor:

Vânia Siciliano Aiêta. *Professora-Doutora da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.*

Renato Ribeiro de Almeida. *Advogado. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.*

Kaleo Dornaika. *Advogado. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo.*

RESUMO

Em se tratando do julgamento das fraudes em candidaturas femininas o que se vê é uma relutância dos juízes em usar dos superpoderes conferidos pelo art. 23. Se a doutrina teme que ele seja um overpower judicial, a prática mostra o contrário nas ações de cassação de mandato por candidaturas "laranja". Para estas ações exige-se uma prova robusta, não raramente demandando elementos de dolo subjetivo cuja demonstração é francamente impossível. Pensamos a aplicação do art. 23 – do processo eleitoral tout court – como um caminho racional em direção a um desenlace jurídico legítimo, baseado numa base comum de experiências concretas e históricas. Isso significa não retroceder a um superpoder perigoso aos valores democráticos e também, no extremo oposto, não figurar como um dispositivo supérfluo.

Palavras-chave: Candidaturas laranjas, superpoderes supéfluos, julgamentos.

ABSTRACT

When it comes to the judgment of fraud in female candidacies, what is seen is a reluctance of judges to use the superpowers conferred by art. 23. If the doctrine fears that it is a judicial overpower, the practice shows the opposite in the actions to revoke the mandate by "orange" candidacies. For these actions, robust proof is required, often demanding elements of subjective intent whose demonstration is frankly impossible. We think the application of art. 23 – of the electoral process tout court – as a rational path towards a legitimate legal outcome, based on a common basis of concrete and historical experiences. This means not reverting to a superpower that is dangerous to democratic values and also, at the opposite extreme, not appearing as a superfluous device

Keywords: Orange applications, superfluous superpowers, judgments.

*** Texto originariamente publicado na revista Conjur.**

1. O ART. 23 DA LC Nº 64/90 E SUA CRÍTICA A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Talvez o leitor já tenha ouvido falar do art. 23 da Lei Complementar n.º 64/90. Arbitrário. Autoritário. Antidemocrático. Contraditório. Inconciliável com o NCPC. "Supertrunfo". Inconstitucional. Os adjetivos que o acompanham nas discussões jurídicas alertam sobre o terreno em que pisa o eleitoralista quando trata dos poderes instrutórios nas ações eleitorais de cassação de mandato. Neste breve artigo, adicionamos uma característica ao dispositivo: supérfluo.

Em se tratando do julgamento das fraudes em candidaturas femininas o que se vê é uma relutân érfluo.

Para compreender este fenômeno vamos, inicialmente, examinar a discussão sobre a (difícil) relação da norma eleitoral com o Novo Código de Processo Civil. Após apresentar o rito das Ações de Investigação Judicial Eleitoral no art. 22, a LC 64/90 traz a normativa processual sobre o procedimento instrutório:

> *Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, os indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.*

Mesmo antes do projeto do NCPC e a discussão sobre o "livre" convencimento do juiz, a constitucionalidade das expressões "públicos e notórios dos indícios e presunções" e "atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes" já era questionada perante o Supremo Tribunal Federal.

Em 1994, o Partido Socialista Brasileiro alegava na ADI 1.082 que as passagens destacadas do art. 23 da LC nº 64/90 eram inconstitucionais por contrariarem: os arts. 93, IX, e 95, parágrafo único da CRFB/88 ("os dispositivos atacados acabam por conferir poderes ilimitados ao magistrado eleitoral, autorizando-o a julgar o processo com base em provas dele não constantes"); e os princípios constitucionais da segurança jurídica ("as partes poderiam ser surpreendidas"), do contraditório, da ampla defesa e do acesso à ordem jurídica justa.

O julgamento veio em 2014, confirmando a constitucionalidade da norma. [1]

Em voto, o Ministro Marco Aurélio afirmou que "[a]s partes continuam a ter a função precípua de propor os elementos indispensáveis à instrução do processo", mas no caso da lide eleitoral haveria interesses indisponíveis, de ordem pública, viabilizando ao juiz suprir a deficiência da instrução, quando indispensável "para a formação da convicção necessária ao julgamento do mérito".

Nesses vinte anos, porém, a doutrina produziu – e ainda produz – vários questionamentos quanto ao conteúdo do dispositivo processual-eleitoral.

Em consonância com a interpretação autêntica conferida pelo tribunal constitucional, Castro (2008) afirma o ambiente em que as provas eleitorais são produzidas é levado em conta pelo legislador, uma vez que "o processo eleitoral viciado pelo abuso de poder é muito mais sentido e percebido do que traduzido em provas". Haveria um "pacto de silêncio" entre os envolvidos nos ilícitos eleitorais, a exemplo dos casos de corrupção ativa e passiva. O julgador é chamado a zelar pelo interesse público, não podendo ser conivente ao ilícito e desprezando o que "sente" a pretexto de que "o que não está nos autos não está no mundo".

O leitor de Lenio Streck já deve ter antecipado a crítica que o jurista faria. E ele fez.

Chamando-o de "um dos monumentos antidemocráticos a desafiar a nossa inteligência", argumentou que art. 23 é, a um só tempo, contraditório, autoritário, as "presunções" são próprias do juiz, e o conceito de "interesse público de lisura eleitoral" é "vago, impreciso, capaz de albergar os mais diversos designativos". Em análise da constitucionalidade, Streck (2021) argumentou que o art. 23, posto que formalmente redigido em lei complementar, é materialmente um dispositivo de lei ordinária (por seu conteúdo não estar explicitamente reservado no mandamento constitucional – art. 14º, §9 da CF - que deu origem à Lei Complementar); e como tal estaria revogado pelo

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.082/DF, 29 out. 2014. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário de Justiça eletrônico, 30 out. 2014.

Novo Código de Processo Civil. A regra eleitoral colide diretamente com a primeira parte do art. 371 do NCPC, que dispõe: "O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento". Ou seja, o NCPC restringe o arcabouço instrutório à apresentação de provas – não reconhecendo a pertinência das presunções e indícios.

Dessa forma, o novo código prevaleceria sobre a Lei Complementar, derrogando o art. 23.

O processualista atento poderia rebater com uma possível equiparação do dispositivo eleitoral com o art. 375 do NCPC, que diz: "O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial". Todavia, o art. 23 da LC 64/90 vai muito além das "regras de experiência", ao conceder ao juiz os instrumentos dos "indícios" e "presunções", que não estão albergados em parte alguma da processualística civil atual.

Além do art. 23, a LC 64/90 conta ainda com o parágrafo único do art. 7º:

> *O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.*

O verbo "motivaram" seria uma salvaguarda? A crítica rebate: tanto o dispositivo em comento quanto o art. 23 partem da mesma premissa epistemológica. Haveria uma verdade a ser desvelada no curso do processo, cuja apuração depende tão somente da melhor indicação das partes, uma verdade externa e cognoscível mediante os esforços em demonstrá-la. O perigo aí é evidente: o enviesamento de uma pré-cognição do juiz pode servir-se do amparo das provas para se confirmar. É o paradigma oposto do sistema discursivo de valoração da prova – que concebe o processo como um espaço de refutação, não de confirmação do juízo prévio do julgador (ANDRADE NETO, 2018).

Foi justamente esta a proposta de um sistema discursivo de valoração da prova que sinalizava o novo Código ao abandonar a expressão "livremente" de seu art. 131. Abandonava, com isso, o sistema conhecido pela doutrina como "livre conhecimento motivado" ou "persuasão racional", em que o magistrado atribuía o valor que julgava devido a cada prova. No sistema discursivo a valoração persiste, mas reduz-se o campo de discricionariedade uma vez que o juiz está incumbido de motivar esta valoração. Em outras palavras, o magistrado acolhe ou dispensa o elemento probatório, mas deve justificar esta escolha de uma forma intersubjetivamente sustentável. [2]

E o que há do sistema discursivo de valoração na LC64/90? Aparentemente, nada. Eis o conflito dos dois sistemas.

Ainda mais complexo é justificar o trecho que trata das "circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral". À primeira vista, é incompatível com o art.10 do NCPC, que dispõe: "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". A norma processual, que materializa o princípio da não-surpresa, impede que circunstâncias ou fatos alheios ao conjunto probatório sejam utilizados na fundamentação do juiz. Naturalmente, circunstâncias ou fatos não alegados também não podem ser questionados pelas partes, não podendo influenciar na decisão judicial, tornando esta, enfim, uma surpresa. A violação, nesse caso, é do princípio substantivo do contraditório. Não basta às partes terem a oportunidade de contraditarem-se, mas de efetivamente persuadirem o juiz. Se este último utiliza fatos e circunstâncias não indicados ou alegados, evidentemente não foi persuadido para tal. Esta possível violação não passou desapercebida pelo STF, que ressalvou no julgamento da ADI nº 1.082 que "a abertura de oportunidade para as partes contraditarem os elementos obtidos a partir da iniciativa estatal", é indispensável, sob pena "de nulidade do ato judicial". De fato, se é permitido às partes contraditarem-se mutualmente, o mesmo deve se aplicar aos fatos trazidos pelo juiz.

2 Poder-se-ia ainda argumentar que o dever de motivação persiste no pár. ún. do art. 7º da Lc 64/90. A motivação nesse caso, todavia, é puramente formal. Se o mesmo artigo põe de lado o contraditório e o princípio dispositivo, a mera menção ao que seriam motivações não pode ser nada além de uma alusão ao subjetivismo do julgador. O contraditório figura como formalidade, uma vez que não é levado à substancialidade da real persuasão das partes.

Até aqui, todas as críticas feitas ao art. 23 respaldam a conclusão de que seu conteúdo é inconciliável com o novo Código de Processo Civil e, em algum grau, também inconciliável com os direitos fundamentais.

De fato, parece haver algum consenso na doutrina a este respeito.

Apresentamos um ponto de vista que, sem divergir das posições apresentadas, traz um caveat à teoria quando constatada a postura dos Tribunais nos julgamentos das fraudes de gênero.

2. A NÃO-APLICAÇÃO DO ART. 23 EM JULGAMENTOS DE FRAUDE DA COTA FEMININA

No fim das eleições de 2020, a página de Resultados do TSE possibilitava uma checagem da votação de todos os candidatos e candidatas do país. Sem surpresa, era possível encontrar candidatas com votação pífia ou zerada em muitas cidades.

As ações que tivemos a oportunidade de postular possibilitaram construir um ambiente de variáveis controladas propício à análise hermenêutica dos julgamentos em fraudes de gênero similares. Esperamos concluir um estudo comparativo das decisões em diferentes instâncias quando todas elas transitarem em julgado. Por ora, os resultados parciais obtidos já nos permitem concluir por uma não-aplicação do art. 23. Mesmo quando fatos e circunstâncias indicativos da fraude sobejam no curso do processo, as decisões são no sentido da insuficiência de provas.

Adotamos um critério mínimo para a postulação das ações:

a) deveria haver uma votação pífia (arbitramos de 1 a 4 votos) ou zerada da candidata, sem que houvesse um candidato com o mesmo resultado;

b) ausência de recursos próprios investidos e ausência de repasses financeiros específicos

c) ausência de propaganda eleitoral em material impresso e nas redes sociais.

Aos elementos mínimos somavam-se, por vezes, elementos comprobatórios adicionais como: votação em outro candidato (quando a candidata tinha apenas um voto e o Boletim de Urna comprovava não haver recebido votos em sua própria sessão eleitoral); relações de parentesco com outros membros do partido ou da chapa; ausência de defesa técnica (advogado e contadores registrados ausentes nos atos processuais de registro e prestação de contas).

As Sentenças variaram. Houve sucesso em pedidos de suspensão liminar da posse e, em ações similares, o indeferimento por ausência de provas. Em nenhum dos casos, porém, a fundamentação invocou o art. 23.

Em um caso bastante peculiar, somavam-se os elementos da votação pífia (3 votos), ausência de recursos, ausência de propaganda e relações de parentesco com a presidência do partido. Por meio do boletim de urna da sessão eleitoral, comprovou-se ainda que nem a própria candidata votou em si mesma. A Sentença extinguiu o processo sem resolução de mérito com os seguintes argumentos:

> *"Contudo, no caso posto sub judice, conforme será visto, é caso de indeferimento liminar da inicial, dada a notória ausência de sério indício ou circunstância capaz de ensejar a efetiva abertura e prosseguimento da presente AIJE, de modo que se impõe a aplicação do artigo 22, I, "c", da LC 64/90*
>
> *(...)*
>
> *Na inicial, ao invocar os "indícios" de fraude no preenchimento da cota de gênero do Partido, baseia-se em meras ilações e não traz qualquer resquício de verossimilhança de sua tese".*

Felizmente, após a apelação, a Sentença foi anulada, determinando-se a reabertura da instrução.

Nos Tribunais, a tônica das decisões tem sido pela ausência de um conjunto "robusto" de provas. Há aí, ao que

nos parece, um equívoco. Se consideradas como a demonstração do que se alega, as provas eram inatacáveis no tocante à quantidade de votos (comprovável mediante a consulta ao próprio TSE) e à ausência de movimentação financeira (atestada por meio da prestação de contas das candidatas). Ainda assim, persiste a demanda por uma de-monstração da fraude, ignorando os fatos e circunstâncias e a possibilidade de uso do ferramental epistemológico da presunção e dos indícios.

O Tribunal Superior Eleitoral, na ocasião do julgamento do Respe 0602016-38 (Pedro Laurentino – PI) iniciou o debate sobre as provas suficientes para configuração da fraude na cota de gênero. Foi destacado pelo eminente Ministro Tarcisio Vieira, relator, que "Não bastam apenas indícios; são necessárias provas objetivas e robustas aptas a configurar a fraude". O leading case viria em 2019, na oportunidade do julgamento do Respe 19.392 (Valença –PI), que contou com a decisão (polêmica) de cassação e declaração de inelegibilidade de toda a chapa proporcional.

Caso semelhante se deu no município de Cafelândia-SP (Respe 40.989), no qual houve também a cassação de todos os candidatos, nesse caso amparando-se em oitivas das próprias candidatas em Procedimento Preparatório Eleitoral – PPE, ou seja, antes do processo eleitoral propriamente dito. Tema para outro debate.

De todo modo, o TSE mantém o precedente sobre as provas robustas e a necessidade de ir além da quantidade de votos:

> *"(...) a prova da fraude à cota de gênero deve ser robusta e levar em conta a soma das circunstâncias do caso a denotar o inequívoco fim de mitigar a isonomia entre homens e mulheres que o legislador pretendeu garantir" (...) "apenas a falta de votos ou atos significativos de campanha não é suficiente à caracterização da fraude alegada, especialmente porque é admissível a desistência tácita de participar do pleito por motivos íntimos e pessoais, não controláveis pelo Poder Judiciário." (AgR–REspe 799–14/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJE de 7/6/2019).*

Busca-se corrigir o "falso positivo" da possibilidade de desistência tácita – mas ao mesmo tempo abre-se campo para que a fraude se perpetue.

Nenhuma menção, em nenhum dos votos, é feita sobre os poderes instrutórios viabilizados pelo art. 23.

3. UM PONTO DE VISTA ÔNTICO SOBRE AS PROVAS

A processualística civil não pode ser incorporada ao sistema eleitoral sem que se leve em conta o ambiente não-privatístico das eleições. Ou seja, o que é justificado no âmbito civil – em que as partes buscam a pacificação de um conflito privado –, não necessariamente respalda uma teoria da prova no ambiente público das eleições.

Reconhecer essa peculiaridade é um ônus argumentativo menor do que necessidade de justificar a utilização do art. 23 por meio da primazia do interesse público como elemento justificador de qualquer atitude do juiz eleitoral, ou ainda recorrer aos mandamentos de moralidade e normalidade das eleições. O que a doutrina parece ignorar é o aspecto ôntico das provas eleitorais, ou seja, a situação fática das eleições como diversa dos conflitos pensados abstratamente pelo legislador ao elaborar o Código de Processo Civil.

Por um lado, há uma tendência de os fatos eleitorais serem fatos notórios ou, ao menos, fatos divulgados. A prática de algumas formas de abuso de poder econômico (por exemplo, o caso em que cestas básicas foram alocadas nas sessões eleitorais) exige que haja uma ostentação de conteúdos. São provas fáceis.

Nesse ponto, poder-se-ia argumentar que, se são fatos públicos e de fácil demonstração, não deveriam exigir grandes esforços dos advogados que buscassem apresentá-los ao juízo. Dessa forma, o artigo 23 se tornaria nova-mente redundante, supérfluo, dando poderes excedentes ao juiz, que sequer precisaria utilizá-los dada a facilidade com que as partes trariam as provas aos autos.

Por outro lado, os fatos que não podem ser demonstrados pelas partes recaem na argumentação que a doutrina atual levanta sobre o viés subjetivo da apreciação das provas e os perigos de violação do devido processo legal. Se não podem ser demonstrados, são provas impossíveis.

Teríamos então os fatos óbvios e os fatos indemonstráveis.

Naturalmente, a prática judicial nos mostra cotidianamente que estes dois extremos raramente se concretizam. Entre provas fáceis e impossíveis há um espectro de dificuldade que podemos considerar o aspecto ôntico da questão. Os casos em que o artigo 23 é demandado são, portanto, aqueles em que a prova não é nem óbvia, nem impossível. Trata-se da prova de difícil obtenção pelas partes. Em outras palavras temos um cenário no qual as partes não são capazes de trazer "provas robustas" aos autos, prevalecendo a percepção sobre os "fatos e circunstâncias" ou um cenário em que é exigido do juiz que recorra à "presunção e aos indícios". Se os advogados ou o representante do Ministério Público, em seus melhores esforços, falharam em obter o probatício suficiente, é razoável supor que os elementos nesse caso não são acessíveis. Ignorar esta dificuldade inerente a análise ôntica das provas é transformar o debate numa disputa meramente teórica: uns vão argumentar pela via axiológica do interesse público, outros pela melhor epistemologia do juízo.

O problema do art. 23 reclama uma teoria processual que leve em conta, ao menos, o trabalho concreto de busca de provas sobre ilícito eleitoral. O caso das fraudes de gênero representa bem os "fatos e circunstâncias" que devem ser levados em conta. Há uma relação cooperativa (seja amistosa ou coercitiva) entre o partido e a candidata "laranja". A questão sociológica de fundo abriria um leque de investigação melhor analisado pelo prisma feminista. Como não podemos senão sinalizar sobre essa necessária discussão nos limitamos a aderir ao pensamento que postula uma estrutura patriarcal que reforça o papel secundário da mulher nas relações de poder. Não faltam também dados estatísticos que demonstram a dificuldade da mulher em obter o mandato representativo correspondente à abrangência de sua inserção na sociedade.

Ainda assim, a atual jurisprudência sobre a fraude de gênero reclama uma robustez probatória que ignora tais "fatos e circunstâncias". Em outras palavras, o timing de aplicação do famigerado art. 23 foi perdido. Quando ele finalmente poderia passar de vilão à herói, num plot twist de sua função normativa, há o recuo dos Tribunais.

4. CONCLUSÃO

Pensemos o art.23 da LC 64/90 como um anti-herói.

As críticas sobre sua inconciliável posição frente ao Novo Código Civil se mantém. Mas também sua inesperada virtude de servir como instrumento a uma interpretação viva das provas nas ações de cassação por fraude à cota de gênero, viabilizador do olhar sobre "fatos e circunstâncias" históricos e sociais.

Dando um passo além na concretização de uma teoria da justiça processual, o jurista alemão Arthur Kaufmann afirma que esta não pode ser o objetivo apenas de uma filosofia do direito, mas uma tarefa individual (pessoal) a "todos aqueles a quem está confiado o direito". Exige-se que o discurso tenha critérios somente formais, mas que esteja inserido em uma comunidade de argumentação que de fato exista na história. É inevitável neste ponto afirmar que os princípios da justiça e do direito (dar a cada um o que é seu, a regra de ouro, o imperativo categórico, a razoabilidade e a proporcionalidade, dentre outros) só se efetivam se concebidos sob uma existência concreta e histórica. Não significa um direito das veleidades ou modas da ocasião, nem da política e dos interesses preponderantes: é, sim, um direito vivo como base comum de uma comunidade jurídica.

Pensamos a aplicação do art. 23 – do processo eleitoral tout court – como um caminho racional em direção a um desenlace jurídico legítimo, baseado numa base comum de experiências concretas e históricas. Isso significa não retroceder a um superpoder perigoso aos valores democráticos e também, no extremo oposto, não figurar como um dispositivo supérfluo.

5. REFERÊNCIAS

ANDRADE NETO, João. O art. 23 da LC nº 64/90 em face do dever de fundamentação no direito eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito Processual Eleitoral.** Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 393-416. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 6.)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.082/DF, 29 out. 2014. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário de Justiça eletrônico, 30 out. 2014.

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e prática do direito eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 420.

STRECK, Lenio Luiz. Julgar por presunção no direito eleitoral é compatível com novo CPC? **Consultor Jurídico**, 5 nov. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-05/senso-incomum-julgar-presuncao-direitoeleitoral- compativel-cpc>. Acesso em: 05 jul. 2021.