

## A tormentosa questão acerca da antecipação dos efeitos da tutela para cassação de mandato eletivo

**Autore:** Julio Cesar Ballerini Silva

**In:** Diritto civile e commerciale

A cada pleito que se descortina no Estado Democrático brasileiro (a Carta Política pátria privilegia o sistema de sufrágio eleitoral, como é cediço, estabelecendo que o poder emana do povo com o poder de escolher seus representantes), os juízes eleitorais tem se deparado com grande número de demandas versando sobre impugnação de candidaturas e, sobretudo, de forma mais aguerida, de diplomações de candidatos eleitos pela vontade popular.

O tema em questão envolve aspectos altamente ideológicos, em visão que tende a ser mais política (na acepção científica do termo) do que propriamente técnica (há inúmeras variáveis antropológicas a serem cogitadas, envolvendo aspectos religiosos, culturais, filosóficos e, até mesmo, de índole técnica jurídica, cujas conclusões, no entanto, poderão vir a variar conforme a matiz ideológica aplicada, o que já se adverte ao leitor do presente texto - pois isso dependerá da idéia de democracia que se utilizará como premissa inaugural).

O objeto, no entanto, do presente artigo não é o esgotamento do tema, o qual se revela mais do que interdisciplinar (seria necessário que se recorresse a noções sobre história, ciência política, teoria do Estado, sociologia, ética, direito constitucional etc.), mas, apenas e tão somente a análise da questão sob o prisma técnico de se deferir, ou não, antecipação de efeitos da tutela, no que tange ao afastamento de pessoas eleitas (e não a conveniência ou inconveniência da orientação trazida pela legislação de regência).

Sempre existe, aliás, um certo risco ao se pretender cogitar de uma abordagem histórica a respeito de qualquer instituto jurídico, eis que, se algumas cautelas não forem tomadas, como advertia Miguel Reale<sup>1</sup>, pode ocorrer de observar-se a história sob a ótica daquele que escreveu a seu respeito (ou seja, num exemplo muito simples, se quem escreveu sobre o fato histórico que se estuda acreditava que o Sol girava em torno da Terra, muito provavelmente, terá tirado suas conclusões sobre o fato histórico comentado, a partir de tal perspectiva, como igualmente, se alguém que escreveu sobre juro, na Idade Média, pertencia ao clero e efetuou empréstimos, tentará a entender que os juro seriam algo de maligno e espoliador, ao invés de fomentarem o desenvolvimento do câmbio e de mercados futuros<sup>2</sup>).

Com isso, os cuidados que o acadêmico deve ter, ao abordar textos históricos será nesse sentido, visando coibir que informações pessoais do autor do texto não levem a conclusões distanciadas da realidade conceitual contemporânea, buscando uma análise que se revele como a mais imparcial possível a respeito da forma como se deram os fatos históricos.

E como vem sendo ponderado em outros artigos de minha autoria, desde há muito, não se pode ter como desconhecido dos operadores do direito, de um modo geral, o fenômeno do esgotamento paradigmático do pensamento jurídico fundado a partir da premissa de um direito natural (concepção tomista que foi empregada por séculos pelos juristas como modo de pensar dogmaticamente o direito) que encontra inúmeras dificuldades de resolver os problemas decorrentes da complexidade das relações intersubjetivas, ainda mais em um mundo que prima pela celeridade decorrente dos próprios avanços tecnológicos num mundo globalizado, o que não pode ficar á margem do ordenamento jurídico.

Tanto assim que autores como Celso Lafer propugnam, como proposta inicial para a solução do problema referente ao hiato apontado, a adoção de um novo modelo paradigmático<sup>3</sup> (o referido autor propõe chamá-lo de paradigma da filosofia do direito, para permitir um “pensar” menos dogmático, mais aberto ao “perquerir” ou ao “questionar”, tomando, aliás, o dogma não como um fim em si mesmo (como se dava no modelo paradigmático positivista então dominante), mas, ao contrário, como um ponto de partida, como, ademais, vinha sendo sugerido por Tércio Sampaio Ferraz Jr.,<sup>4</sup> permitindo-se a interpretação que autorize

abranger fatores interdisciplinares).

E isso se torna relevante na medida em que, igualmente, se tem por inegável que o Direito seja um fenômeno histórico, revestido de temporalidade e que, nos primórdios da civilização já tinha seu conteúdo intimamente ligado aos desígnios dos detentores do poder (verbi gratia, no Egito Antigo, no período conhecido por Antigo Império, ou seja, entre 2.664 a C e 2.155 a C, cunhou-se a expressão segundo a qual “o justo é o que o faraó ama, e o mal é aquilo que o faraó odeia”<sup>5</sup>, não obstante a ponderação de que o justo e ético, para esse povo se confundia com a emblemática noção de maat<sup>6</sup>), reforçando-se o entendimento segundo o qual o direito implica numa evidente técnica de controle social (caráter igualmente destacado pelo já mencionado Tércio Sampaio)<sup>7</sup>.

Essas concepções ligando o Direito ao poder se tornam uma questão de grande relevo posto que, em um mundo globalizado, em que o poder econômico se concentra pólos globalizantes opostos aos dos globalizados, se pode passar a questionar se fatores intimamente ligados ao poder não estão colocando em xeque a interpretação que se possa fazer do ordenamento jurídico como um todo (o que se tem revelado como óbvio numa concepção geopolítica, não se podendo, ainda, deixar de atentar para fatores como o financiamento regular, ou irregular<sup>8</sup> de campanhas eleitorais, atuação lícita e ilícita de lobbies, enquanto grupos de pressão acerca de interesses que possam estar em jogo, etc...).

E em tempos de globalização, com grande normatização de inúmeros setores da vida cotidiana, com redes intrincadas de normas das mais variadas matizes e hierarquias, o risco de se esbarrar numa ou outra delas, num grande espectro de cinzas, ainda mais quando o assunto é política, se revela grande, recomendando cautela em relação a questões de antecipação dos efeitos da tutela em questões eleitorais.

Mas não se pode, em questões deste jaez, pretender o distanciamento ou a flexibilização do rito legal, eis que a matéria referente ao direito eleitoral está intimamente ligado aos limites ao exercício do poder, o que a diferencia de outros ramos do direito, em que até se possa estimular interpretações mais flexíveis

do ordenamento jurídico, sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

Assim, para que não se questione acerca de qualquer vício de parcialidade do Julgador, em processos eleitorais, convém que o mesmo se abstenha de buscar exegeses que se distanciem do devido processo legal (o *due process of law* preconizado pela doutrina federalista anglo-saxã, desde o advento da Carta Foral conhecida como Magna Charta Libertatum, da Inglaterra, de 1.215, editada pelo Rei João Sem Terras, numa tentativa de pôr fim a um levante de barões insurreitos), ainda mais em questões como a versadas no presente estudo, no que se refere à impossibilidade jurídica de se pretender burlar os efeitos recursais e a expressa letra da legislação de regência sob a égide da antecipação dos efeitos da tutela.

Isso se dá na medida em que, como é sabido, a legislação eleitoral, na sua acepção lato sensu, prevê dois gêneros principais de ações de impugnação, quais sejam, aquelas referentes a impugnações de registro de candidaturas e aquelas referentes a impugnações de exercícios de mandatos com recursos contra diplomações e investigações eleitorais (cujas transgressões pertinentes ao abuso do poder econômico, origem de valores pecuniários, abuso do poder político em detrimento da liberdade de voto - ou sufrágio como constitucionalmente asseverado - vem disciplinada pelo advento da norma contida nos artigos 19 a 25 da conhecida Lei Complementar nº 64/90<sup>9</sup>).

E não obstante exista expressa determinação constitucional a respeito do tema, como se pode observar pelos parágrafos do artigo 14 da Constituição Federal, parece haver consenso entre os doutrinadores no que se refere ao fato de que se deva empregar, tanto num caso, como em outro, o rito da ação de impugnação de registro de candidatura.<sup>10</sup>

Sob tal perspectiva, tem-se que o rito legal a ser observado, em cumprimento do mencionado procedural *due process of law*, seja aquele estabelecido, para este tipo de situação, no Código Eleitoral (a conhecida Lei nº4.737/65 - com normas dispendo sobre direito material e direito processual, a revelar que se trata de lei especial que não pode, num juízo a priori, ser considerada por leis gerais de mesma hierarquia), que possui regra expressa em relação a este aspecto, qual seja, aquela contida no advento do seu artigo

216, cuja a transcrição seria a seguinte:

“Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma poderá o diplomado exercer o mandato em toda a plenitude”.

Tal consectário legal, portanto, parece não deixar dúvidas a respeito do fato de, pouco importa o fundamento, ou seja, o mérito das razões de impugnação, não se pode deferir, enquanto não houver reexame pelo Areópago Superior, qualquer pedido antecipatório da tutela que vise impedir atos de posse ou que venha a esvaziar efeito suspensivo recursal, sob pena de se macerar a letra expressa da lei.

E nem se venha pretender suscitar qualquer discussão acerca do fato de que a antecipação de tutela seria instituto decorrente de inovação legislativa do ano de 1.994 (com alteração no ano de 2.002), com nova redação do artigo 273 e seus consectários do Código de Processo Civil, sendo diploma posterior, eis que, ao contrário, não obstante o Código Eleitoral date de cerca de três datas antes da referida inovação, o fato é que o mesmo implica em diploma legal especial em relação ao Código de Processo Civil, que, por essas razões não pode ser tido como revogado pelo mesmo.

Tanto assim que a redação do artigo 216 do Código Eleitoral tem sido prestigiada, em situações versando sobre este tipo de controvérsias, pelo E. Superior Tribunal Eleitoral, como se pode observar pelos seguintes Julgados: Ac - TSE nº 1.049/2002; 1.277/2003; 21.403/2003, 1.320/2004 e Ac. TSE de 28.6.2006, na MC nº 1.833.

No mesmo sentido, assim se manifestou o E. Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de que:

**“IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - NÃO PROVIMENTO -**

Inexistência de prova inequívoca do alegado e incoerência do convencido do julgador quanto à existência de verossimilhança; hipótese em que o requerimento de antecipação de tutela encontra óbice no art. 216 do Código Eleitoral, que assegura ao diplomado o exercício do mandato até o trânsito em julgado do recurso contra a diplomação; As alegações dos recorrentes são as mesmas que já foram rechaçadas quando da denegação da ordem em mandado de segurança impetrado contra o MM. Juízo da 104ª Zona Eleitoral, que determinou a diplomação dos ora agravados.” TRE-RJ – AI 56 (21.525) – Itaboraí – Rel. Dês. Valmir Martins Peçanha, j. 20.08.2.001.

Com relação a tanto, inclusive, de se continuar a pedir vênias para a transcrição do entendimento de Fernando Montalvão, que destaca trecho de transcrição parcial de decisão do TRE-CE, bastante oportuna a respeito da questão que se alivinha no presente trabalho:

“No Tribunal Superior Eleitoral domina o entendimento de que se deve evitar o rodízio de administradores na pendência da lide. Evita-se, assim, a insegurança jurídica e a perplexidade dos eleitores (AgRgMs nº 3.345, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 19.05.2.005 MC nº 1.302, Rel. Min. Barros Monteiro, de 6.11.2.003, AgRgMC nº 1.289, Rel. Min. Fernando Neves, de 16.09.2.003, MC nº 1.049, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, de 21.05.2.002)”. Diante dos princípios constitucionais, a melhor interpretação é aquela que entende que se possa aceitar como razoável a decisão do eleitorado.” Recurso Eleitoral nº 12.951, TRE-CE, voto-vista do Juiz José Filomeno de Moraes, 27.12.2.004”.

Mesmo em sede doutrinária, poder-se-ia aduzir o quanto ponderado por Joel José Cândido, acerca da questão em comento:

“Em qualquer das instâncias eleitorais, os recursos contra as decisões que julgarem procedente a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo tem efeito suspensivo, podendo o titular do mandato exercê-lo em toda sua plenitude, enquanto não se operar a coisa julgada. Aplica-se, aqui, o art. 216, e o não o art. 257, ambos do Código Eleitoral. A jurisprudência já aceitou esta proposta. E também entendemos assim por três razões: a) se no RCD isso ocorre, na AIME a solução deve ser a mesma eis que igual é o objetivo de ambas as medidas processuais: b) à mingua de dispositivo legal específico regulando a matéria, deve-se

aplicar o remédio jurídico existente no ordenamento que melhor atenda os interesses do impugnado, por ser menor o prejuízo em eventual caso de erro, já que a questão envolve direitos políticos. Aqui, o interesse público genérico cede ante a possibilidade de lesão a direito constitucional específico. c) e, por último, porque a presunção de correção da prestação jurisdicional provisória é bem menos expressiva do que a presunção de correção da escolha do titular do mandato impugnado, pela vontade manifestada pelo sufrágio, e a preservação desta última, e não daquela, deve ser sempre o principal escopo do Direito Eleitoral.”<sup>11</sup>

Tal entendimento não se revela isolado, eis que, coadunando com o mesmo, seria de se invocar o quanto asseverado por Tito Costa<sup>12</sup>, que entende que a orientação do artigo 216 do Código Eleitoral encontra respaldo no artigo 15 da Lei Complementar nº 64/90, e mesmo em Pinto Ferreira<sup>13</sup>, que defende que, em casos como tal, ainda que se acolha recurso contra diplomação, o candidato com mandato impugnado, enquanto não se verificar a coisa julgada acerca de tal condenação, continuará a exercer o seu mandato, de forma plena.

E, na medida em que, como asseverado acima, tais postulações devem ser feitas por advogados (não se aceita o jus postulandi dos legitimados para essas demandas, afora a legitimação ministerial, pelo óbvio), não se pode esquecer de que se deva tomar o máximo cuidado com pedidos deste jaez (como é cediço, a legislação pátria acolheu o vetusto, porém assaz pragmático, brocardo de direito romano, que chegou aos dias atuais pelo esforço dos glosadores medievais, de acordo com o qual ignorantia legis nemo excusat, e que, em tradução literal implica a ideia de acordo com a qual a ninguém será dado alegar a ignorância da lei, muito menos, obviamente, o será permitido aos operadores do direito, como se observa pelo teor da norma contida no artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil), posto que, como sabido, a irresponsabilidade em pedidos desta natureza, sem prejuízo de medidas cíveis indenizatórias e administrativas<sup>14</sup>, implicam em situações que possam ser tidas como ilícitos criminais, nos estritos termos preconizados pelo advento da norma contida no artigo 25 e seus consectários da Lei Complementar nº 64/90 (em situações de ações movidas de forma temerária ou de má-fé - não se podendo deixar de entender que pleitos expressamente vedados pela legislação não sejam temerários - havendo expressa dificuldade para os operadores do direito invocarem o desconhecimento da legislação de regência, em

situações deste jaez<sup>15</sup>).

Portanto, quando um Juiz Eleitoral se deparar com pedidos desta natureza, ou seja, antecipações de tutela que possam implicar em burla à expressa orientação do artigo 216 do Código Eleitoral, devem se abster de lançar decisões que possam ser tidas como vulneradoras do devido processo legal, até para que não se venha pretender invocar a responsabilidade civil do Estado, que é objetiva, em situações de expresse descumprimento do texto legal.

Não que isso implique em situação de inviabilidade do desencadeamento da tutela cautelar, de urgência (grande parte da doutrina processualista tem admitido uma certa fungibilidade entre ações cautelares e pedidos antecipatórios da tutela com tal eficácia, pela forma que se atribuiu a redação do artigo 273, par. 7º, do Código de Processo Civil, pelo advento da Lei nº 10.444/02) ou de litisregulação, no processo eleitoral, muito ao contrário, eis que, muitas vezes, tal tutela emergencial deve ser utilizada, verbi gratia, para a coleta de provas<sup>16</sup> (aí sim parece ser possível uma extensão analógica dos artigos 130, 131 e 798, todos do Código de Processo Civil no que tange aos atos necessários ao poder geral de cautela do Juiz), ou mesmo para concessão de alguns tipos de efeitos recursais<sup>17</sup> (obviamente sem burlas a essas considerações, mas, por exemplo, para obter algum efeito suspensivo negado indevidamente em instância inferior - seja em sede de ação cautelar autônoma, ou, como defendem alguns, seja em mandado de segurança, em nome da taxatividade recursal<sup>18</sup>), apenas e tão somente não convindo que se transborde deste poder para fins processualmente vedados como a burla à orientação consolidada dos Tribunais Superiores, incluindo o TSE, no que tange ao fato de não se obstar o exercício do mandato pelos vencedores, até o esgotamento recursal.

Ou seja, conclui-se, sem maior dificuldade, que a atividade antecipatória de tutela em pleitos eleitorais, não pode contrariar regras expressas, mas somente seria admissível em situações em que as lacunas, de modo excepcional, autorizem a utilização da extensão analógica, desde que o interesse público, as exigências do bem comum e os fins sociais a que a lei se destinam sejam passíveis de ser invocados, nos estritos termos preconizados pelo advento das normas contidas nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao



Código Civil.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

**CÂNDIDO.** Joel José. Direito Eleitoral Brasileiro. Bauru: Edipro, 4ª edição, Brasil, 1.994.

**COSTA,** Tito. Recursos em Matéria Eleitoral. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, 2.000.

**FERRAZ JR.,** Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito. São Paulo: Atlas, Brasil 1.988.

**GILLISEN,** John. Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: Calouste Gubenkian, Portugal, 1.987.

**LAFER,** Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, Brasil, 1.991.

**MONTALVÃO,** Fernando. Impugnação ao Registro de Candidatura. [www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto,asp?id= 1499](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1499).

**PINTO FERREIRA,** Código Eleitoral Comentado. São Paulo: Saraiva, Brasil, 1.991.

**REALE,** Miguel. Horizontes de História e do Direito, São Paulo: Saraiva, 1.978, Brasil, 3ª edição.

**ROBERTS,** J. M. O livro de Ouro da História do Mundo. Rio de Janeiro: Ediouro, Brasil, 2.001, p. 100.

**SCHUMPETER**, Joseph Alois. A Teoria do Desenvolvimento Econômico. São Paulo: Nova Cultural, Brasil, 1.988.

**SILVA**, Júlio César Ballerini. Considerações acerca da utilização do mandado de segurança para exame de atos judiciais. Revista Eletrônica da Escola Paulista da Magistratura. Disponível em [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br).

1 **REALE**, Miguel. Horizontes de História e do Direito, São Paulo: Saraiva, 1.978, Brasil, 3ª edição.

2 **SCHUMPETER**, Joseph Alois. A Teoria do Desenvolvimento Econômico. São Paulo: Nova Cultural, Brasil, 1.988, p. 120.

3 **LAFER**, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, Brasil, 1.991.

4 **FERRAZ JR.**, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito. São Paulo: Atlas, Brasil 1.988.

5 **ROBERTS**, J. M. O livro de Ouro da História do Mundo. Rio de Janeiro: Ediouro, Brasil, 2.001, p. 100.

6 **GILLISEN**, John. Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: Calouste Gubenkian, Portugal, 1.987, p.67.

7 **FERRAZ JR.** Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito. São Paulo: Atlas, Brasil 1.988.

8 Como fartamente destacado pelos meios de comunicação de massa, os mass media, e cita-se, aí, como exemplo, uma série de artigos de autoria de Diogo Mainardi, na Revista Veja, a evidenciar como esses lobbies ou grupos de pressão atuam, algumas vezes, de modo indevido e prejudicial ao Estado Democrático de Direito - dados, aliás, que não podem ser colocados à margem, numa análise do papel do ordenamento jurídico neste novo modelo paradigmático.

9 Com a questão da legitimidade para a propositura de tais ações investigativas, inclusive dos partidos políticos, desde que por advogados (não se tem reconhecido que tais entes tenham jus postulandi, não havendo, portanto, lei que tenha disciplinado de modo diverso em relação ao artigo 133 CF no que tange ao juízo eleitoral), como se pode observar pelo advento da norma contida no seu artigo 22 da referida Lei Complementar. E não se esqueça de que a legitimidade para o recurso contra diploma encontra supedâneo legal no advento da norma contida no artigo 262 e seus consectários do Código Eleitoral. E, ainda mais, não se pode deslembrar que o Ministério Público, não obstante tenha legitimidade para algumas dessas medidas, se não ele próprio parte nos respectivos procedimentos, deverá ser sempre ouvido como *custus legis*, ou, como queiram, fiscal da lei, sob pena de nulidade.

10 **MONTALVÃO**, Fernando. Impugnação ao Registro de Candidatura.  
[www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1499](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1499)

11 **CÂNDIDO**. Joel José. Direito Eleitoral Brasileiro. Bauru: Edipro, 4ª edição, Brasil, 1.994, pp; 244-245.

12 **COSTA**, Tito. Recursos em Matéria Eleitoral. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, 2.000, p.137.

13 **PINTO FERREIRA**, Código Eleitoral Comentado. São Paulo: Saraiva, Brasil, 1.991, p. 232.

14 Como visto, pelos entendimentos doutrinários susoapontados, tem-se que a questão envolve o exame de matéria afeita a direitos políticos, portanto, princípios constitucionais insculpidos como garantias dos cidadãos, sendo sempre grande a exposição pública e a repercussão de decisões deste jaez, o que recomenda sempre grande cautela em relação ao tema, até porque, como sabido, a responsabilidade civil do Estado se revela como objetiva nos estritos termos preconizados pela própria Carta Política de 05.10.1.988 (art. 37, parágrafo 6º).

15 Sempre se lembrando que, em se tratando de ações penais de iniciativa pública incondicionada, se encontram regidas e disciplinadas pelos princípios da oficialidade e oficiosidade da ação penal, tal como preconizados por Fernando Capez, em seu conhecido Curso de Processo Penal, da Ed. Saraiva, 2.007, estando, nessas condições, tais posturas, se detectadas pelo Juiz Eleitoral, em situação de remessa de peças ao Ministério Público, para a adoção das providências que o dominus litis poenalis julgar adequadas nos termos preconizados pelo advento da norma contida no artigo 40 do Código de Processo Penal.

16 Verbi gratia, aí podem ser inseridas medidas como a busca e apreensão de materiais, panfletos, livros escriturais, notas fiscais, material de campanha, ordens de exibição de documentos, produção antecipada de provas se necessário for, justificações prévias, interpelações, notificações etc....

17 **COSTA**, Tito. op. cit., p. 85.

18 **SILVA**, Júlio César Ballerini. Considerações acerca da utilização do mandado de segurança para exame de atos judiciais. Revista Eletrônica da Escola Paulista da Magistratura. Disponível em [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br).

<https://www.diritto.it/a-tormentosa-questao-acerca-da-antecipacao-dos-efeitos-da-tutela-para-cassacao-de-mandato-eletivo/>