

Cassação de Mandato, o Novo Efeito Suspensivo Automático do Código Eleitoral e a Tutela de Evidência do NCPC

Luiz Fernando Casagrande Pereira¹

PALAVRAS-CHAVE: (1) Direito Eleitoral; (2) Novo Código de Processo Civil; (3) Efeito suspensivo; (4) Tutela de evidência; (5) Recurso ordinário.

1. INTRODUÇÃO

Rompendo uma tradição da legislação eleitoral, a partir da Lei 13.165/2015, o art. 257, § 2º, do Código Eleitoral, passou a atribuir *efeito suspensivo automático* aos recursos ordinários que ataquem decisão de cassação (do registro, do mandato ou do diploma). A *eficácia* da decisão de cassação fica automaticamente sobrestada até decisão confirmatória do Tribunal Regional Eleitoral. Trata-se de inegável retrocesso. A nova diretriz do Código Eleitoral despreza a especial atenção que os princípios da celeridade e da efetividade devem ter no ambiente do Direito Eleitoral. Ignorou-se

¹ Advogado. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de pós-graduação em diversas instituições. Autor de livros e artigos de processo civil e eleitoral. Coordenador da Revista Brasileira de Direito Eleitoral. Presidiu o Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral – Curitiba 2016.

a extrema gravidade dos *danos marginais* do tempo de julgamento dos processos eleitorais. Ainda pior, o novo § 3º do art. 224 do Código Eleitoral (também obra da Lei 13.165/2015) determina que a cassação sempre redunde em novas eleições, mas apenas depois do trânsito em julgado.²

A aplicação conjugada das duas *novidades* da reforma eleitoral retira a efetividade das cassações de mandato e, como consequência inevitável, enfraquece o controle da higidez das eleições pela justiça eleitoral. Não obstante, o aporte da tutela de evidência oferece uma *técnica autorizada* para salvar a efetividade necessária às decisões de cassação.

2. ENTENDENDO AS CASSAÇÕES DE MANDATO. A TÉCNICA DO RESSARCIMENTO NA FORMA ESPECÍFICA

No Brasil, as cassações de mandato, ao contrário do que muitos supõem, não são, precipuamente, instrumentos de sanção dos candidatos que cometem abusos (no mais amplo conceito). O escopo do Direito Eleitoral liga-se indissociavelmente à garantia da precisa equação entre o voto e a representatividade.³ É objetivo do Direito Eleitoral assegurar esta *precisa equação*, traduzida na verdadeira revelação da vontade do eleitor. Com efeito, “a relevância do procedimento eleitoral justo para a garantia da autenticidade eleitoral”, destaca Canotilho, importa porque “eleição

2 O dispositivo está atacado na ADI 5525, articulada pela Procuradoria-Geral da República – que apontou inúmeras inconstitucionalidades.

3 “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” (RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 12).

converte vontade política em poder”.⁴ Daí o sentido do conjunto de normas que disciplinam o processo eleitoral.

Certo é que cassações em Direito Eleitoral não se dão em desprestígio da soberania popular; é o contrário, em verdade. A cassação é técnica processual para restabelecer a verdadeira soberania popular, violada toda vez que a eleição se der mediante a prática de abusos capazes de inverter a própria vontade popular. Se houver ilícito eleitoral, mas sem capacidade de influenciar no resultado final, a Constituição Federal desautoriza a cassação. Noutra ponta, a Constituição Federal (art. 14, § 10º, CF) só admite a legitimidade do mandato *conquistado sem abuso*. Se o mandato é conquistado mediante abuso, a própria Constituição determina que “a legitimidade se sobreponha em relação à majoritariedade”, como observou Carlos Ayres Brito em julgamento no TSE.⁵ Cassar mandato, enfim, é “resguardar a legitimidade do pleito”.⁶

Como no processo civil *ordinário*, a *tutela jurisdicional eleitoral* divide-se em preventiva e ressarcitória. A preventiva – inibitória – é instrumento de frenação imediata do ilícito/abuso eleitoral. Efetivada a tutela preventiva, em tempo e modo, garante-se a *precisa equação*.⁷ Quando impossível a tutela preventiva (sempre preferencial), o *ressarcimento* dispõe-se a restaurar a “precisa equação”. E o restauro da “precisa equação” não prescinde, quando há potencialidade/gravidade, de cassação do

4 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.301.

5 RCED nº 671/MA, 03/03/2009.

6 OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições – virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 104.

7 Sobre o tema da tutela preventiva e específica no Direito Eleitoral, conferir SILVA, Fernando Matheus. A tutela específica no Direito Eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, v. 2, n. 3, jul.-dez. 2010.

mandato ilegitimamente conquistado (com a posse do segundo colocado ou a realização de nova eleição).

Com efeito, se o resultado eleitoral restou presumidamente *comprometido* (gravidade/potencialidade), é necessário restabelecer a precisa equação. O restabelecimento passa necessariamente pela cassação do mandato obtido de forma ilegítima. A cassação sempre teve como pressuposto a influência do *ilícito* no resultado eleitoral.⁸ É assim também no direito comparado.⁹ Além do ilícito eleitoral, exige-se, no mundo inteiro, “*casual nexus between the violation of law and the election results*”.¹⁰ É apenas aparente dispensa da potencialidade em relação ao art. 41-A da Lei Eleitoral. Há uma potencialidade presumida.¹¹ E não se pode admitir que algo tenha realmente sido alterado com a troca da expressão *potencialidade* por *gravidade* a partir da Lei da Ficha Limpa.¹²

Como mencionado, não tendo havido eficaz atuação da tutela preventiva, o ilícito eleitoral, quase sempre, provoca dano (dano à higidez

8 O art. 97 do Código Eleitoral de 1932 mandava anular as eleições (com a conseqüente cassação dos eleitos) sempre que a fraude alterasse “o resultado final do pleito” (Decreto 21.076/1932).

9 PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no Direito Eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições*. São Paulo: Lumen Juris, 2008, p. 78 e 94.

10 PODHRÁZKY, Milan. *A comparative analysis of the bodies in charge of electoral control, especially the judicial ones: the Czech case*. In: CAMPOS, Paloma Biglino; RINCÓN, Luis E. Delgado (eds.). *La resolución de los conflictos electorales: un análisis comparado*. Cuadernos y debates 200, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2010, p. 87.

11 Trata-se de uma potencialidade presumida, como é possível deduzir dos primeiros julgados sobre o tema. É o que se apanha da recorrente referência ao pico do iceberg. “Se for descoberta a compra de um voto, é porque há mais...” (RESPE nº 21.264, Macapá/AP, Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 27/04/2004)

12 Nova redação do art. 22, XVI, da Lei Complementar nº 64/90: “para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”.

do processo eleitoral). Afinal, dano é consequência eventual do ilícito.¹³ E o dano, no direito eleitoral, tem consequências supraindividuais (tutela da normalidade das eleições).¹⁴ Se o dano é de tal dimensão (aferição de potencialidade) que a normalidade das eleições restou comprometida (*casual nexus*), o único ressarcimento possível para o conjunto dos eleitores (verdadeiros titulares do direito) é a cassação do mandato (a anulação das eleições eivadas de vício). No processo civil *ordinário*, o ressarcimento ou é pelo equivalente ou é na forma específica. Correndo o risco de dizer o óbvio, não há ressarcimento pelo equivalente (técnica indenizatória) no Direito Eleitoral. Por isso, o Direito Eleitoral reclama sempre o ressarcimento na forma específica (cassação, direito de resposta etc.).

Como a cassação invariavelmente pressupõe a existência de um dano em certa dimensão (potencialidade), está sempre vocacionada a restabelecer a situação existente antes da ocorrência do dano. A cassação, *ressarcimento na forma específica* que é, “dirige-se contra os danos advindos da transgressão (das regras eleitorais)”.¹⁵ Tendo sido impossível evitar a ocorrência do ilícito (por meio da tutela preventiva) e reconhecido o nexo causal (potencialidade), a *tutela ressarcitória na forma específica* é a única forma de reparação.

O *ressarcimento na forma específica* se propõe a “reparar o dano independentemente da outorga ao lesado de um equivalente em pecúnia,

13 BENUCCI, Eduardo Bonasi. *Atto illecito e concorrenza sleale*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, ano XI, n. 2, jun. 1957, p. 563.

14 Como está muito bem defendido, a partir de ricas referências do direito comparado, por PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela Coletiva no Direito Eleitoral: Controle Social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 129; FICHTNER, José Antônio. *Impugnação de mandato eletivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 32; RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 491.

15 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 183.

correspondente ao valor da lesão”.¹⁶ Para reiterar, no Direito Eleitoral, a *lesão* à lisura do processo eleitoral não pode ser resolvida pela outorga do *equivalente em pecúnia*. A tutela do Direito Eleitoral é, na expressão italiana, *estrarisarcitoria*.¹⁷ O dano no Direito Eleitoral é “insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia”.¹⁸ Por tal razão, flagrado o dano, impõe-se estabelecer “uma situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse sido praticado”.¹⁹ Como é que o Direito Eleitoral pode resolver isso? Com a cassação + posse do segundo colocado ou convocação de novas eleições, sempre com o objetivo de que a *lesão* seja reparada. A realização de novas eleições (sem abuso) coloca os eleitores em situação equivalente àquela que existiria se a primeira eleição (anulada com a cassação) não tivesse sido *lesada* (potencialidade) e, por isso, dado origem à cassação.

Não se despreza que há certa divergência doutrinária em torno da prevalência do *ressarcimento na forma específica* em relação ao ressarcimento pelo equivalente.²⁰ No Direito Eleitoral, no entanto, este debate é inútil.

16 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 68.

17 SFORZA, Gianfrancesco. *Ordine di cessazione dall'illecito e risarcimento in forma specifica*. Giurisprudenza Costituzionale e Civile, parte 1, s.d., p. 617.

18 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*. In: Temas de Direito Processual, Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 24. “*Né si può trascurare che la materia specifica reclama interventi di prevenzione diretti a situazioni dinamiche, per le quali è impensabile prefigurare, a priori, il grado de irreparabilità, e di converso di risarcibilità, dei pregiudizi connessi al perdurare, medio tempore, delle lesioni.*” (VALDINA, Pier Francesco. *Prime osservazioni sulla tutela cautelare antitrust*. Giurisprudenza Costituzionale e Civile, 1993, p. 3387)

19 MARINONI, *Tutela específica*, p. 158.

20 TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 184. Mesmo na Itália, há quem indique o primado do ressarcimento pelo equivalente. Nesse sentido, conferir SALVI, *Il risarcimento del danno*. In: Enc. dir., XXIX, Milano, 1988, p. 590-593. Em sentido contrário, BARCELLONA, *Sul*

Não há, para insistir, ressarcimento pelo equivalente (indenização em dinheiro). A tutela é exclusivamente *estrarisarcitoria*. Quem é vítima de afirmação caluniosa, por exemplo, não pode propor ação de indenização na justiça eleitoral. Resta apenas o direito de resposta (art. 58 da Lei Eleitoral), manifestação genuína de *ressarcimento na forma específica*.

Antes da Lei 13.165/2015, o Direito Eleitoral dispunha de uma técnica de *ressarcimento na forma específica* muito mais inteligente. O art. 224, na versão original do Código Eleitoral, mandava realizar novas eleições apenas se o cassado eleito tivesse recebido mais de 50% dos votos. Caso contrário, assumia o segundo colocado. Presumia-se que se o abuso não tivesse sido praticado, o primeiro colocado revelado pela apuração não teria realmente vencido (só teria vencido em razão do abuso). Por tal razão, assumia o segundo colocado, *verdadeiro vencedor da eleição*, como reconhecia o TSE.²¹ Nítido exemplo de *ressarcimento na forma específica* (situação equivalente àquela que existiria se o abuso não tivesse sido praticado). Quando o primeiro colocado cassado fazia mais do que 50% dos votos, o Código Eleitoral não aceitava que o *ressarcimento na forma específica* se resolvesse em posse do segundo colocado.

A inteligência do art. 224 entendia que o dano (abuso com potencialidade) era tal para afastar a legitimidade do resultado, mas não para reconhecer, diante da maior diferença de votos, que o verdadeiro vencedor

risarcimento del danno in forma specifica. RaDC, 1989, p. 615 e seguintes. Em sentido contrário, defendendo a prevalência: “A prioridade do ressarcimento na forma específica é imposição que decorre do próprio direito material. Na realidade, se o lesado tem direito ao ressarcimento, cabe-lhe escolher a forma de reparação, que pode ser na forma específica ou pelo equivalente” (MARINONI, *Tutela específica*, p. 155 e 163). O autor ainda justifica essa preferência no Direito Constitucional à adequada tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), a incidir “de *iure condendo* e de *iure condito* sobre as estruturas técnicas do processo” (*op. cit.*, p. 163).

21 Conferir acórdão voto de Ayres Brito no RCED nº 671/MA, 03/03/2009.

(situação equivalente) seria o segundo lugar. Agora o § 3º do art. 224 manda (parece mandar) que sejam realizadas eleições em todos os casos. Diz-se que parece mandar porque o novo § 3º do art. 224 criou uma verdadeira antinomia com o *caput* do artigo, o que pode esvaziar a aplicabilidade da nova regra.²² De qualquer forma, a se confirmar, representará nítida perda de eficiência da técnica processual do *ressarcimento na forma específica* no direito eleitoral.

É importante admitir que o ressarcimento na forma específica nunca é *ressarcimento integral* no Direito Eleitoral. Cassar o candidato e realizar novas eleições não pode ser considerado o restabelecimento exato da mesma situação que existiria se não tivesse havido o abuso eleitoral que comprometeu o resultado. No entanto, como reconhece a doutrina italiana, de fato o ressarcimento na forma específica quase “nunca é capaz de ressarcir na íntegra”.²³ Isso porque “a restauração das coisas a como eram ou deveriam ser é sempre incompleta”.²⁴ No entanto, a cassação (restauração incompleta) é a única técnica processual disponível. Flagrado o abuso com potencialidade, não promover a cassação significaria admitir *dano sem ressarcimento* – o que é incogitável. Quando o abuso compromete o resultado eleitoral, a tutela jurisdicional eleitoral deve apresentar as técnicas mais adequadas. E a cassação + posse do segundo colocado ou

22 REIS, Marlon. *Lei 13.165 criou antinomia sobre perda de mandato no Código Eleitoral*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/marlon-reis-lei-13165-criou-antinomia-perda-mandato>>. Acesso em: 10/08/2016.

23 CASTRONOVO, Carlo. *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*. In: *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Nápoles: Jovene, 1989, p. 514.

24 TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 182.

novas eleições, *restauração in natura*, é a única disponível, orientada pelo “postulado da maior coincidência possível”.²⁵

Qualquer outra interpretação é esvaziar o conteúdo normativo do art. 14, § 10º, da Constituição Federal, responsável por subordinar a majoritariedade à legitimidade.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL FIXA A CASSAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA ÚNICA PARA A PRÁTICA DE ABUSO COM POTENCIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO AO JULGAMENTO DO RECURSO OU AO TRÂNSITO EM JULGADO

É necessário reconhecer que o Direito Eleitoral tem especial dificuldade em aceitar a cassação como *ressarcimento na forma específica*, fruto da incompreendida lógica que subordina majoritariedade à legitimidade. E essa dificuldade se revela na resistência, consciente ou inconsciente, em entregar eficácia imediata às decisões de cassação. Para usar uma representativa observação do então Ministro do TSE, Peçanha Martins, no Direito Eleitoral “incide uma incolumidade da vontade do povo manifestada nas urnas até a formação da coisa julgada impeditiva da diplomação ou determinante da cassação do mandato” (TSE. MC nº 1.320/MG, 19/02/2004). É dizer: para esta parcela da doutrina, o *ressarcimento na forma específica* – cassação – estaria vinculado à formação da coisa julgada.

A vinculação é inadmissível. Trata-se de vício de raciocínio processual que tem origem em conceito anacrônico de jurisdição. Em direito eleitoral, o certo é que a regra seja, para além da desvinculação ao

25 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências na execução das sentenças e ordens judiciais*. In: Temas de Direito Processual, quarta série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 251-241.

trânsito em julgado, a eficácia imediata de todas as decisões, como está no *caput* do art. 257 do Código Eleitoral.

A *intangibilidade da vontade popular*, majoritariamente, é *desconstituída* com a sentença de procedência que reconhece ausência de legitimidade. Isso porque esta *vontade popular* perde *intangibilidade* quando for conquistada com a prática de abuso, razão pela qual a Constituição Federal admite expressamente a impugnação (art. 14, § 10º, CF). A Constituição, portanto, garante a intangibilidade da vontade popular apenas para os mandatos *conquistados sem abuso*. Quando a vontade popular é conquistada a partir de vícios que maculam a legitimidade dos mandatos, a Constituição Federal, explicou Sepúlveda Pertence em voto no TSE, cria um *remédio rescisório*: a impugnação de mandato eletivo.²⁶ Para repetir Ayres Brito, a Constituição determina que “a legitimidade se sobreponha em relação à majoritariedade”.²⁷

Não há nenhuma razão para postergar a eficácia da decisão do *remédio constitucional rescisório*, muito menos vinculá-la ao trânsito em julgado. O § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, reformado pela Lei 13.165/2015, condiciona a realização de novas eleições ao trânsito em julgado. O já mencionado novo § 2º do art. 257 prevê a liberação da eficácia da decisão de cassação apenas com a confirmação da decisão pelos Tribunais Regionais. No intervalo de tempo entre a eficácia da cassação (confirmação pelos TREs) e novas eleições (trânsito em julgado) assume o presidente do legislativo. A conjugação dos dois dispositivos retira a efetividade que o Direito Eleitoral tanto reclama. A *interinidade* do presidente do legislativo será *definitiva*.²⁸ O tema voltará a ser tratado adiante.

26 Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão nº 12.030, publicado no Diário da Justiça da União em 16/09/1991.

27 RCED nº 671/MA, 03/03/2009.

28 Conferir a pormenorizada análise de CYRINEU, Rodrigo Terra. *Da dupla inconstitucionalidade advinda com a Lei nº 13.165/2015*: do nocivo efeito suspensivo automático e da escalafobética exigência de trânsito em julgado para a realização de

Aqui é importante registrar que a vinculação da *eficácia plena* das decisões de cassações em Direito Eleitoral (novas eleições – § 3º do art. 224 do CE) ao trânsito em julgado tem origem no paradigma da vinculação do conceito de jurisdição à coisa julgada, à busca da verdade. Relembre-se que vincular a eficácia da decisão judicial ao trânsito em julgado é aguardar a última palavra do poder judiciário, o julgamento do último recurso (todo recurso obsta o trânsito em julgado).²⁹

Como quer Arruda Alvim, “a essência da jurisdição é a coisa julgada”.³⁰ Para DINAMARCO, “o normal é que somente com a última palavra do Poder Judiciário a respeito possa ser imperativamente invadida a esfera de direitos das pessoas”.³¹ E a vinculação do conceito de jurisdição à coisa julgada, à espera da última palavra do poder judiciário, relaciona-se à preocupação com

novas eleições. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 476. Aliás, o jovem e talentoso eleitoralista do Mato Grosso defende a inconstitucionalidade dos dispositivos.

29 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 256.

30 A Teoria Geral do Processo Civil, publicada por Ovídio Baptista com outros três autores, em 1983, faz a advertência: “A doutrina que identifica jurisdição com coisa julgada tem mais adeptos no Brasil do que se imagina: MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 125; ALVIM, Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 150; COSTA, Alfredo de Araujo Lopes da. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada: jurisdição voluntária*. Belo Horizonte: B. Alvares, 1961, p. 51; DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Antônio C. A. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1981, p. 65; WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 22”. (SILVA, Ovídio Baptista da; MACHADO, L. Melíbio Uiraçaba; GESSINGER, Rui Armando; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda, 1983, p. 40 e 41).

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Momento da eficácia da sentença constitutiva*. Revista de Processo, v. 63. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 13.

a verdade, com o mito da certeza.³² Não se pode cassar um mandato popular sem certeza, sem verdade, sem a última palavra do poder judiciário. É o cerne da resistência que, em alguma medida, representa a própria resistência à possibilidade de cassação de mandatos pela Justiça Eleitoral.

Sem dúvida, foi a partir destas premissas, tomadas de forma consciente ou não, que o legislador da Lei Complementar nº 64/90 (versão original) vinculou a eficácia da decisão que declara a inelegibilidade ao trânsito julgado. A Lei Complementar 5/1970 já vinculava a inelegibilidade ao trânsito em julgado. E neste sentido o Código de 1932 (art. 95, § 2º) já reconhecia a eficácia da cassação do diploma à confirmação pelo recurso. Idêntico dispositivo esteve em vigência tanto pela Lei nº 48, de 1935 (art. 157), como pela Lei Agamenon (Decreto-Lei nº 7.586, de 1945, art. 101).

Essa busca da verdade – da “convicção definitiva” – no Direito Eleitoral já produziu até o *processualmente exótico* artigo 22 do Código Eleitoral, responsável por garantir ao inelegível a permanência no cargo até julgamento da ação rescisória (sem necessidade de liminar; bastava a mera propositura da rescisória). O STF reconheceu a inconstitucionalidade (ADIN 1490-9-DF), mas a defesa do dispositivo, articulada pela Advocacia-Geral da União, é reveladora da doutrina da *segurança absoluta* em Direito Eleitoral.³³

O problema é que esta vinculação à coisa julgada, esta busca da verdade, é uma quimera. Certeza jurídica é verossimilhança em grau máximo.³⁴ Também por isso, não se pode confundir a eficácia da decisão

32 BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 21 e ss.

33 Disse a AGU: “no mérito, não houve ofensa à coisa julgada, no sentido de desconstituí-la antes do julgamento definitivo da ação rescisória, mas mera suspensão da execução de decisão transitada em julgado, para que, mesmo tido como inelegível, o candidato ‘eleito continue no exercício do mandato, em respeito à vontade soberana das urnas’”.

34 MARINONI, Luiz Guilherme. *Da passagem do processo civil clássico para o processo civil contemporâneo: as razões perdidas*. Carta Jurídica - Revista de informação e debates, n.

com a imutabilidade.³⁵ É equivocada e anacrônica a vinculação da eficácia da decisão ao trânsito em julgado. O Direito Eleitoral deve se livrar, em definitivo, desta mítica busca da certeza que subordina a eficácia das decisões ao trânsito em julgado. A Lei 13.165/2015 representou um retrocesso em relação a uma construção jurisprudencial que tinha feito renascer a eficácia imediata de todas as sentenças eleitorais, como está no *caput* do art. 257 do Código Eleitoral.

O novo § 2º do art. 257 parece retirar (adiante será demonstrado que não é assim) a possibilidade de se atribuir eficácia imediata à sentença de cassação. É o mito da certeza a criar “uma busca incansável por fórmulas e doutrina que reduzam ao máximo a discricionariedade judicial”.³⁶ O novo § 2º do art. 257 é o contrário do que deve ser. A atribuição de eficácia imediata deve ser discricionária, a partir de um critério casuístico que reconheça que sempre se está a decidir com amparo em verossimilhança, mesmo na sentença ou no recurso que a confirme. A verdade foi substituída pela verossimilhança.

E a tutela jurisdicional eleitoral, mais especificamente em tema de cassação, tem uma particularidade que a distingue de todas as demais: o prazo certo do mandato. Cassar e realizar eleições depois de terminado o mandato é manifestação de absoluta falta de efetividade. É também por isso que Torquato Jardim afirma que um dos principais traços distintivos do processo eleitoral é a celeridade.³⁷ Assim também no Direito Eleitoral

1. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999, p. 229.

35 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Efeitos imediatos da decisão e impugnação parcial e total*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, n. 2, p. 514-515.

36 BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência...*, p. 35.

37 *Direito Eleitoral Positivo*, p. 151. No TSE, o prazo certo é reconhecido como fator determinante na conformação da tutela jurisdicional: “As peculiaridades do processo eleitoral – em especial o prazo certo do mandato – exigem a adoção dos procedimentos

comparado.³⁸ Assim, esperar a *verdade*, a verdade do trânsito em julgado, a verdade que só vem depois do trânsito em julgado, é simplesmente autorizar majoritariedade sem legitimidade, esvaziando o conteúdo normativo do art. 14, § 10º, da Constituição Federal.

Em reforço, não se pode desconsiderar a garantia constitucional da duração razoável do processo, com particular aplicação no âmbito do Direito Eleitoral. E é fora de dúvida que a aferição do que seja razoável duração para o Direito Eleitoral leva em conta o tempo de duração do mandato.³⁹ A propósito, o prazo máximo de um ano para julgamento das ações de cassação, previsto no art. 97-A da Lei Eleitoral, só pode ser lido como o prazo máximo para a eficácia da decisão de cassação.

Um diálogo inteligente do Direito Eleitoral com o NCPC, orientado – este diálogo – pela garantia constitucional de tutela jurisdicional efetiva, apresenta soluções processuais que resguardam o princípio da autenticidade de voto. É o que será demonstrado adiante.

4. O MITO DA IRREVERSIBILIDADE NO DIREITO ELEITORAL

Quem se põe contra a eficácia imediata das cassações, logo apresenta um argumento que se pretende resposta autossuficiente do debate: a irreversibilidade. Como está em decisão antiga do Supremo, a resumir o argumento: “a subtração ao titular, ainda que parcial, do conteúdo do

céleres próprios do Direito Eleitoral, respeitadas, sempre, as garantias do contraditório e da ampla defesa” (TSE - Res. nº 21.634, de 19.2.2004, rel. Min. Fernando Neves).

38 PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no Direito Eleitoral...*, p. 110.

39 Com argumentos similares, MENDONÇA JR., Delosmar. *Manual do Direito Eleitoral*. Salvador: Editora Juspodivm, 2006, p. 193.

exercício de um mandato político é, por si mesma, um dano irreparável” (ADIN 644-4, DJU, 21/02/1992).

De fato, também em razão do prazo certo do mandato, eventual tempo de *afastamento provisório* não poderá ser objeto de compensação. É dizer: os dias perdidos do exercício do mandato, os são em caráter permanente e irreversível. A premissa do STF (e de parte significativa da doutrina) está correta. O mesmo não se pode dizer da conclusão.

O ponto é que não há nenhum óbice à eficácia imediata que possa ser legitimamente construído a partir desta irreversibilidade.

Mesmo no âmbito da tutela de urgência, não tem a irreversibilidade a importância que lhe dão estes julgados do Supremo Tribunal Federal. Uma leitura obtusa da regra da irreversibilidade deixa em posição de desvantagem inaceitável o autor da medida. E é sempre bom lembrar que o verdadeiro titular do direito nas ações de cassação é o eleitor; afinal, “o direito ao devido processo eleitoral é um direito de natureza coletiva”.⁴⁰ Os candidatos e partidos têm apenas legitimidade extraordinária.⁴¹ Considerando esta premissa, veda-se ao eleitor a eficácia imediata da cassação “irreversível”, autorizando-se o demandado que fraudou a eleição (assim reconheceu a sentença) a seguir no exercício do mandato, gerando, em sentido oposto e na mesma medida, danos faticamente irreversíveis.⁴²

40 JORGE, Flávio Cheim; SANTOS, Ludgero F. Liberato. *As ações eleitorais e os mecanismos processuais correlatos*: aplicação subsidiária do CPC ou do CDC c/c LAC. In: Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, ano 4, n. 6. Belo Horizonte: Fórum, jan.-jun. 2012, p. 63-81. No mesmo sentido, RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 491.

41 PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. *Impactos do NCPC e da reforma eleitoral nas ações eleitorais*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 150 e ss.

42 Com posição similar ao texto, tratando de antecipação de tutela, OLIVEIRA, Carlos

Essa parece ser a grande questão negligenciada pela última reforma. Como explica MARINONI,

se o juiz afirma que o direito existe, não é racional obrigar o autor [os eleitores] a suportar o tempo do processamento do recurso”, razão pela qual “não admitir a execução imediata da sentença é o mesmo que dizer que o autor pode ser prejudicado e o réu sequer pode ser exposto a riscos.⁴³

Reconhecida, em sentença, a *ilegitimidade* do resultado eleitoral, é absurdo supor que apenas o candidato cassado não deva se expor aos efeitos irreversíveis com a eficácia imediata. O exercício do mandato pelo requerido/cassado também gera efeitos irreversíveis para o autor-eleitor, como reconhece José Jairo Gomes.⁴⁴

Mais à frente tentar-se-á demonstrar que a análise do pressuposto negativo da irreversibilidade só merece atenção na apreciação do caso

Alberto Álvaro de. *Perfil dogmático da tutela de urgência*. Revista Forense, v. 94, n. 342, Rio de Janeiro: Editora Forense, abr.-jun. 1998, p. 28. No mesmo sentido: ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Alterações no Código de Processo Civil*. Revista de Processo, v. 21, n. 83. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 241; e, RABONEZE, Ricardo. *A nova sistemática da antecipação da tutela*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie (coord.). A segunda etapa da reforma processual civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 78.

43 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 195. Na Itália, CHIARLONI informa que esta foi uma das razões que fizeram o legislador introduzir a regra da execução provisória, prevista no art. 282 do Código de Processo: “(...) indirizzata (a reforma) ad evitare alla parte vittoriosa l’attesa dei tempi ormai lunghissimo per la definizione del giudizio di gravame (...)” (CHIARLONI, Sergio. *Esecuzione provvisoria*. In: Provvedimenti urgenti per il processo civile. Pádua: Cedam, s.d., p. 155).

44 “Indubitavelmente, é irreparável o dano difuso provocado por quem, tendo exercido mandato durante algum tempo, perde-o em virtude de decisão emanada da Justiça Eleitoral. Afinal, a que título devem os cidadãos obedecer a atos e leis produzidas por quem jamais deveria ter sido investido na representação popular?” (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 397).

concreto, com a “ponderação dos valores em jogo”.⁴⁵ Aqui importa definir que a irreversibilidade, tomada abstratamente, significa pouco além do nada na opção de oferecer ou não eficácia imediata às decisões de cassação no âmbito da Justiça Eleitoral. E por uma razão muito singela: também é irreversível o tempo que o candidato cassado fica ilegitimamente no cargo se a sentença for depois confirmada.

5. EFICÁCIA IMEDIATA DA SENTENÇA DE CASSAÇÃO. O ÔNUS DO TEMPO DO JULGAMENTO DO RECURSO

É importante assimilar que a discussão acerca da eficácia imediata leva em conta sempre uma sentença com cognição exauriente. Com efeito, sequer há no âmbito do processo jurisdicional eleitoral a regra do duplo grau obrigatório (art. 496 do NCPC). É óbvio, mas não custa lembrar que sentença de cassação não recorrida transita em julgado.

Não se pode esquecer que o ônus da demora do processo já está com o conjunto dos eleitores, pois o eleito-demandado já fica no mandato até a sentença. Durante todo o longo tempo da tramitação é, portanto, integralmente sobre o conjunto dos eleitores que se impõe o ônus da demora do processo. O que não se pode fazer é impor ao vitorioso na sentença o ônus do tempo de tramitação do recurso que só interessa ao perdedor, como foi visto antes. Numa síntese, não se pode colocar sob o ônus da parte vitoriosa o tempo de julgamento dos recursos que só interessam à parte que sucumbiu.⁴⁶

A partir da sentença, como só ao candidato cassado interessa a reversão da decisão, não se pode impor ao autor da demanda o ônus

45 MARINONI, *Tutela específica...*, p. 149.

46 MARINONI, *Tutela antecipatória e julgamento...*, p. 195.

do tempo de julgamento do recurso como quer agora o § 2º do art. 257 do Código Eleitoral, reformado pela Lei nº 13.165/2015. Há muito já se definiu que o efeito suspensivo não é elemento imperativo do direito de recorrer. Não se nega o direito ao recurso, mas a atribuição de efeito suspensivo é medida excepcional, sobretudo em Direito Eleitoral, com as particularidades já destacadas, em especial o tempo certo do mandato (*deadline* intransponível, na expressão de Walber Agra).

É Walber Agra, aliás, quem sustenta que o novo § 2º do art. 257 do Código Eleitoral “propicia estabilidade aos resultados eleitorais”, garantindo que a decisão só será executada “depois da apreciação do feito pelo órgão superior”.⁴⁷ Ocorre que nestes casos já há uma sentença declarando ilegítima a eleição. Postergar a eficácia da sentença de cassação, como quer Agra, “propicia estabilidade para o resultado ilegítimo”. Por isso, era acertada a orientação até então dominante que emprestava efeitos imediatos às decisões de cassação, seja qual fosse a causa a pedir. A Lei 13.165/2015, é importante insistir, é um retrocesso.

A tutela de evidência, agora expressa no art. 311, é instrumento de distribuição mais equânime do ônus de demora do processo. Se o eleitor, extraordinariamente representado numa ação de cassação, apresenta um alto grau de verossimilhança de suas alegações, e o candidato requerido não apresenta uma defesa que gere dúvida razoável, o correto seria afastá-lo em tutela antecipada de evidência (art. 311, IV). Ora, se o NCPC, aplicável aqui (nenhuma dúvida) ao Direito Eleitoral, autoriza o afastamento *antes da sentença* (grau de verossimilhança alto), por que não *com a sentença* (grau de verossimilhança máximo)? O tema da tutela de evidência será retomado adiante.

47 AGRA, Walber de Moura. *O recurso ordinário e seu efeito suspensivo na seara eleitoral*. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O Direito Eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 428. Adriano Soares da Costa pensava assim, mas reviu sua posição na edição XXX.

6. A QUESTÃO DEVE SER RESOLVIDA NA ANÁLISE DO CASO CONCRETO

São de idêntica estatura jurídica os interesses em jogo em uma ação que pode levar à cassação. De um lado, o interesse do eleito pela maioria; de outro, o interesse dos eleitores na legitimidade do resultado eleitoral (majoritariedade *versus* legitimidade).⁴⁸ Os valores jurídicos dos bens em jogo têm a mesma dignidade constitucional. A questão se resolve na análise do caso concreto, sem que regra de processo possa, *ope legis* – como agora fez o novo § 2º do art. 254 do CE –, dizer que deve sempre prevalecer o direito do impugnado permanecer no exercício do mandato até o julgamento do recurso (e novas eleições só depois do trânsito em julgado).

E não se trata de mitigar ou secundar a segurança jurídica. O que se quer é distribuir de forma mais isonômica os *riscos da eficácia sem imutabilidade*, pois não há hierarquia de interesses tutelados em ações em Direito Eleitoral que visam à cassação. Essa ausência de hierarquia dos interesses tutelados não autoriza que a regra processual imponha integralmente ao autor da demanda (o eleitor interessado na legitimidade) esse risco.

O reconhecimento da antinômica distribuição do ônus da demora do processo (e dos riscos dessa demora), é importante reconhecer, não pode provocar, no outro extremo, a atribuição demasiada de riscos ao requerido (candidato eleito). A busca é pelo equilíbrio. E o equilíbrio só se resolve na análise do caso concreto. Numa expressão: eficácia imediata

48 “Se, de um lado, é incontestável a soberania das urnas, de outro, há que se ponderar o direito político difuso relativamente ao exercício de mandato somente por quem o tenha alcançado legitimamente, com observância das regras e dos procedimentos legais” (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral...*, p. 397). Com argumentos similares, GARCIA, Emerson. *Abuso de poder nas eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p 263.

ou postecipada é decisão que só se apanha a partir do critério casuístico, ambiente próprio para a aplicação do princípio da razoabilidade.⁴⁹

Precisamente nesse ponto está a diferença de distribuir riscos *ope legis* ou *ope iudicis* – de forma automática ou na análise do caso concreto.⁵⁰ Se a legislação eleitoral fixa que a eficácia se subordina à decisão de segunda instância indistintamente, como está agora no novo § 2º do art. 257, cria situações de inegável injustiça. Mas, se no outro extremo, veda, para qualquer hipótese, a possibilidade de suspensão da eficácia da decisão até julgamento do recurso, também gera iniquidades. A solução, é preciso repetir, está na análise do caso concreto.

Aliás, a tendência do direito comparado para definir o momento de eficácia das decisões é afastar “o critério *ope legis*, para adotar o sistema *ope iudicis*”⁵¹, porque se reconhece que o “critério *ope iudicis* (...) está sempre mais apropriado do que um critério legal”.⁵² E mais, para todos os casos em que a apelação não tem efeito suspensivo (incisos do art. 1.012 do NCPC), o Código apresenta a via própria para obtê-lo em segunda instância (§ 3º do art. 1.012). No mesmo sentido, os recursos extraordinários (especial e extraordinário, *stricto sensu*) não têm efeito suspensivo, o que não impede

49 ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Alterações no Código de Processo Civil*: tutela antecipada, perícia. In: A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 241.

50 Sobre os dois sistemas, conferir LUCON, *Eficácia das decisões...*, p. 383-386; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 254-257.

51 JORGE, Mario Helton. *Recurso extraordinário* – atribuição de efeito suspensivo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, v. 6, p. 413.

52 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Apelação sem efeito suspensivo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 167.

que a suspensividade possa ser buscada em via própria, caso a caso (art. 1.029, § 5º, I e II). É a múltipla aplicação da tutela antecipada recursal.⁵³

A verdade é que só o caso concreto poderá anunciar a direção da decisão judicial que faça prevalecer o *direito provável sobre o direito improvável*.⁵⁴ Já era assim antes da Lei 13.165/2015. Eram inúmeras as decisões liminares – e cautelares, sobretudo – que serviam para atribuir efeito suspensivo ao recurso, afastando provisoriamente a eficácia imediata da decisão de cassação.⁵⁵

A tutela jurisdicional eleitoral é incompatível com a atribuição de privilégio à posição do candidato demandado, mantendo-o na *cômoda posse do mandato* mesmo que as suas *probabilidades* de reversão da decisão de cassação sejam reduzidas. Inadmissível o dogma segundo o qual os reveses infligidos pelo tempo estão exclusivamente com o Autor.⁵⁶ O processo civil (com muito mais razão, o *processo civil eleitoral*) “é um sistema de certezas, probabilidades e riscos”.⁵⁷ Só a ponderação do caso concreto, com as *probabilidades casuísticas*, autoriza um *arranjo inteligente* na distribuição dos riscos envolvidos sempre que a decisão tem sua eficácia liberada em qualquer momento antes de o trânsito em julgado.

53 Conferir, por todos, FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

54 TOMMASEO. *Provvedimenti d'urgenza e diritto delle società*. Le Società, n. 1, 1984, p. 155.

55 “A medida liminar pode ser deferida não só em ação de impugnação de mandato eletivo, mas também em qualquer outro feito em que o recurso não tenha efeito suspensivo – como, aliás, é a regra no processo eleitoral – somente sob o fundamento de que as peculiaridades do caso recomendem a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial” (trecho da ementa do Acórdão nº 1.277, de 24.6.2003, Rel. Min. FERNANDO NEVES).

56 Citando Ovídio Baptista da Silva: BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência...*, p. 85.

57 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 255.

Qualquer posição divergente conduz à disfuncionalidade da própria Justiça Eleitoral.

7. CASSAÇÃO COM ANTECIPAÇÃO EM SENTENÇA PARA ELIDIR O EFEITO SUSPENSIVO DO RECURSO. O APORTE DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

Apesar do novo § 2º do art. 257, uma interpretação sistêmica (os dispositivos legais se interdependem e se inter-relacionam) autoriza a possibilidade de se atribuir eficácia imediata à decisão de cassação de mandato. Como reconheceu Cássio Scarpinella BUENO, ainda no ambiente do CPC/73, “temos (independentemente de qualquer outra reforma processual civil) um inequívoco sistema *ope iudicis* – dependente, pois, da atuação concreta, caso a caso, do magistrado – da retirada e da concessão deste efeito”.⁵⁸ O NCPC reforçou e aprimorou o sistema *ope iudicis*.

Mesmo com a regra geral da ineficácia das decisões de primeiro grau, a disciplina geral do código de processo civil admite a retirada excepcional do efeito suspensivo do recurso de apelação. Para tanto, basta que o juiz conceda *tutela antecipada na sentença* (art. 1.012, § 1º, V, do NCPC).⁵⁹ É precisamente daí que Scarpinella Bueno retira a fundamentação de um sistema de eficácia imediata *ope iudicis*: “toda a vez que se cogitar de antecipação de tutela (...), o efeito suspensivo que carregaria um recurso

58 NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Op. cit.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, v. 6, p. 75.

59 NUNES, Dierle. *Da possibilidade de deferimento da antecipação de tutela na sentença – Do recurso cabível e dos efeitos a serem atribuídos.* In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins, v. 11. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 48-50.

de apelação deve ser retirado, subtraído”.⁶⁰ É importante notar que o NCPC, na linha da jurisprudência, acrescentou o verbo *conceder* tutela antecipada na sentença (e não apenas *confirmar*, como estava no texto do CPC/73), reforçando a possibilidade de subtração *ope iudicis* do efeito suspensivo. Aliás, parcela importante da doutrina identifica no dispositivo o reconhecimento de uma regra geral de eficácia imediata da sentença.⁶¹

Nada obsta que haja concessão de tutela antecipada na sentença em ação de cassação de mandato. É o contrário: recomenda-se sempre a concessão de tutela antecipada na sentença para subtrair o efeito suspensivo do § 2º do art. 257. Concedida a antecipação, há o afastamento imediato do cassado. E é claro que o afastamento não seria sobrestado com a interposição do recurso (mesmo com a regra do art. 257, § 2º), uma vez que prevaleceria, na hipótese, a regra do art. 1.012, § 1º, V, do NCPC (aplicável subsidiariamente). Com a concessão de tutela antecipada na sentença, o que deve ser a regra, o recurso não tem efeito suspensivo, inclusive no Direito Eleitoral.

É verdade que há quem imagine que isso não seria possível exatamente por representar pretensa burla à previsão de efeito suspensivo previsto no art. 257, § 2º.⁶² No âmbito do Direito Eleitoral, poderia ser dito

60 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 73.

61 “Segundo pensamos, se o juiz pode conceder tutela provisória de evidência na sentença, sempre que se julgar procedente o pedido na sentença, será também hipótese de, *a fortiori*, se conceder tutela de evidência. Afinal, a tutela provisória de evidência funda-se em cognição sumária e, por ocasião da sentença, espera-se que tenha chegado a um grau maior de certeza, quanto à existência do direito, que aquele que se considera suficiente para a concessão de tutela provisória de evidência” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.390).

62 Fora do Direito Eleitoral, mas com argumentos integralmente aplicáveis aqui: PASSOS, J.J. Calmon de. *Inovações ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 29 e 30; MACHADO, A. C. C. *Tutela antecipada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1988, p. 559

que a opção do legislador por este efeito suspensivo *ope legis* do art. 257, § 2º, não poderia ser *contornada ope iudicis*. A despeito de autorizadas vozes rejeitarem a hipótese, parece que a conclusão correta é mesmo admitir a subtração *ope iudicis* do efeito suspensivo, “forte no princípio da efetividade da jurisdição”, explica Scarpinella Bueno, o que, com mais razão, se justifica no contencioso eleitoral (fortemente orientado pela efetividade).

Não há sentido na manutenção do cassado no exercício do mandato que recorre com reduzida probabilidade de êxito de reverter a sentença de procedência. Os eleitores (vítimas da ilegitimidade) não podem ficar com este risco. É a *probabilidade* que deve orientar a alocação do risco. Nestes casos, o autor do pedido de cassação pode, sim, pedir ao juiz eleitoral competente para que deixe de aplicar o § 2º do art. 257 do Código Eleitoral (subtraindo o efeito suspensivo). E o juiz eleitoral competente para a sentença tem aptidão para dar eficácia imediata à própria sentença (art. 1.012, § 1º, V). Na França e na Alemanha, é de competência do próprio juiz responsável pela sentença atribuir, *ope iudicis*, eficácia imediata à decisão de primeira instância.⁶³ Se o juiz pode atribuir eficácia imediata por intermédio de tutela de evidência (cognição sumária), por que estaria impedido de liberar a eficácia de uma sentença (cognição exauriente)?

e 560; ASSIS, Carlos Augusto de. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 29. Com outros argumentos também pertinentes para o debate no ambiente do Direito Eleitoral, NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Atualidades sobre o Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 58.

63 PINTO, Junior Alexandre Moreira. *Conteúdo e efeito das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 135 e 139. No mesmo sentido, CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Apelação sem efeito suspensivo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83 e 85. O contrário é que não se pode admitir. Não faz sentido atribuir ao juiz de primeira instância a decisão de conferir efeito suspensivo ao recurso interposto contra a sua decisão (sobre a inaptidão do juiz nestes casos, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 93, n. 821, mar. 2004, p. 39-74).

No entanto, ainda que não se admita esta possibilidade de subtração do efeito suspensivo pelo próprio juiz eleitoral que indeferiu o registro (com fundamento no art. 1.012, § 1º, V, do NCPC), certo é que, pelo menos, um pedido de antecipação de tutela recursal (efeito ativo) pode ser formulado no tribunal (§ 3º, I, art. 1.012 do NCPC). O autor da ação de cassação julgada procedente (recorrido, portanto) pode requerer ao tribunal que dê eficácia imediata à decisão de primeira instância (subtraindo o efeito suspensivo). Para tal, basta demonstrar o provável improvimento do recurso. Trata-se também de manifestação de tutela antecipada recursal (*efeito ativo* em recurso).

A propósito, o NCPC consagrou a tutela de evidência recursal. Nos excepcionais casos em que sentença não tem efeito suspensivo (incisos I a VI do § 1º do art. 1.012), a eficácia da sentença poderá ser suspensa se ficar demonstrada mera “probabilidade de provimento do recurso”, sem a necessidade de, cumulativamente, indicar risco de dano grave ou de difícil reparação (§ 4º do art. 1.012 do NCPC).⁶⁴ Este dispositivo deve ser “interpretado ampliativamente para nele compreender não só a concessão do efeito suspensivo a apelo dele desprovido, mas também a subtração dos que o tem”.⁶⁵ Se o tribunal pode atribuir efeito suspensivo amparado apenas em probabilidade (suspendendo a eficácia da sentença), pode em idêntica medida atribuir efeito ativo (liberando a eficácia da sentença).⁶⁶ Assim, os juízes eleitorais, em primeira e segunda instância, podem (devem) atribuir eficácia imediata às sentenças de cassação apenas em razão da *probabilidade* (tutela de evidência). É o que será demonstrado no tópico seguinte.

64 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.391.

65 O trecho citado e o raciocínio desenvolvido são articulados a partir das referências de BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil...*, p. 240.

66 Como há muito tempo já observou TALAMINI, Eduardo. *A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo*. RePro 80/125-147.

O importante é que, independentemente do meio escolhido e da instância competente,⁶⁷ o fato de a lei prever efeito suspensivo automático a alguns recursos e eficácia imediata a outros não retira a possibilidade de modificações *ope iudicis*, especialmente no ambiente do NCPC. Na lição de Luiz Rodrigues Wambier, trata-se “de um processo de integração dos diversos subsistemas, como é o caso do que versa os recursos e o que se refere ao processo cautelar”.⁶⁸ A ideia aqui é extrair soluções por intermédio do *manejo criativo* da lei, da doutrina e da jurisprudência, como recomenda, noutro contexto, Teresa Arruda Alvim Wambier.⁶⁹

Com o NCPC, esta construção ganha o importante aporte da já referida *tutela de evidência*. Agora, sempre que houver uma *defesa*

67 Vale o que bem sustenta WAMBIER, Teresa Arruda Alvim: “(...) em face de uma zona cinzenta, tanto o juízo *a quo* quanto *ad quem* devem ser considerados competentes para fins de o recorrente não ser prejudicado. É uma aplicação inortodoxa do princípio da fungibilidade” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 443). Com a mesma posição, conferir doutrina citada por SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. *Medidas de urgência no âmbito recursal*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 7, p. 591-592.

68 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 338. No mesmo sentido, MEDINA, José Miguel Garcia. *Antecipação da tutela recursal e efeito suspensivo – Análise de alguns problemas decorrentes da aplicação do art. 558 do CPC*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 342.

69 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1090.

inconsistente, o art. 311 do NCPC oferece *uma regra* aberta que autoriza a concessão de antecipação de tutela independentemente de urgência.⁷⁰ O inciso IV do art. 311 prevê a tutela de evidência para os casos de a petição inicial estar instruída “com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”. Ora, se a sentença (sempre em cognição exauriente) é de procedência, não há mais *dúvida razoável*. Assim, reiterando, *a concessão da tutela de evidência na sentença, especialmente no Direito Eleitoral, deve ser a regra*. O NCPC, portanto, reforça o raciocínio da supressão judicial do efeito suspensivo do novo § 2º do art. 257, a partir do aporte da tutela de evidência.

Importante reforçar que não se está aqui a defender cassação de mandato por tutela antecipada em cognição sumária (tutela de urgência ou evidência), embora a hipótese seja processualmente tranquila. É sempre bom lembrar que o juízo sumário não é superficial, como pensam muitos, mas sim “exame atento e consequente (...) em face de um material probatório ainda incompleto”. É por isso que a expressão cognição superficial não pode autorizar “decisão irrefletida”.⁷¹ E mais. Ao contrário do que pensam muitos, “o risco de erro judiciário derivado de cognição exauriente com aquele resultante de cognição menos profunda” é aproximado, quando não equivalente.⁷² Os riscos envolvidos nas cassações sumárias seriam menores do que se supõe.

70 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 796.

71 Como se apanha da percuciente análise de FLACH, Daisson. *A verossimilhança no Processo Civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 82.

72 BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 89.

De qualquer forma, aqui o que se defende é *menos* do que a tutela jurisdicional já autoriza. Defende-se apenas que à sentença se agregue uma tutela de evidência para subtrair o efeito suspensivo do recurso. Se a tutela de evidência autoriza a eficácia imediata de uma decisão tomada em cognição sumária, bastando a *alta probabilidade de procedência*, sentido algum há em postergar a eficácia de uma sentença prolatada em cognição exauriente. A aparente incongruência do sistema, especialmente no Direito Eleitoral, deve ser resolvida em favor da eficácia imediata. O Direito Eleitoral não pode ficar alheio à repartição do ônus da demora do processo operada pela introdução de uma cláusula aberta para a tutela de evidência.

Admitida a possibilidade (em tese) de afastamento *ope iudicis* da latência da decisão de cassação de mandato, é necessário mencionar que essa decisão pode ser tomada pelo juiz ainda que não haja pedido de tutela antecipada. A “questão dos efeitos dos recursos é de ordem pública”, reconhece LUCON.⁷³ E como questão de ordem pública, há cognoscibilidade de ofício, autorizada, enfim, a subtração do efeito suspensivo pela técnica da concessão da tutela de evidência na sentença.

É importante insistir uma vez mais na contradição da admissão da tutela de evidência e, a um só tempo, sujeitar a decisão final ao duplo grau com efeito suspensivo. A regra geral do efeito suspensivo da apelação é corolário direto do princípio da segurança jurídica.⁷⁴ Com esse efeito suspensivo quer-se sujeitar a interferência em esfera jurídica alheia à confirmação da decisão pelo tribunal. No entanto – aí a contradição

73 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 220.

74 Sobre o tema: SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano canônica*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 7; e, ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 168.

–, aceita-se que a interferência em esfera jurídica alheia se dê em tutela provisória de evidência (não final).⁷⁵

É necessário afirmar, aliás, que em nome da segurança jurídica não há momento melhor à antecipação de tutela que na própria sentença, quando já se deu toda a instrução processual, a ponto de José Joaquim Calmon de Passos, em nome da segurança, ter sustentado, logo depois da introdução da antecipação de tutela, que decisão sumária de mérito só seria possível na própria sentença.⁷⁶ De qualquer forma, a verdade é que há muito tempo a doutrina majoritariamente admite a antecipação de tutela na sentença.⁷⁷

75 Com argumentos próximos, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 347-348.

76 PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações...*, p. 213. Críticas específicas à posição do autor em: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil*. Revista de Processo, v. 21, n. 81, jan.-mar., 1996, p. 205; e, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.88, n. 763, mai. 1999, p. 14.

77 Entre outros, LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 76; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência*. In: Revista de Processo, v. 25, n. 97. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2000; CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada*. v. 1. São Paulo: LTr, 1999, p. 554-555; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 99-100. Posição também consagrada em jurisprudência, conforme julgados do STJ: Resp. n° 279.251/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, STJ, 4ª Turma, un., DJ 30.04.01, p. 138; Resp. n° 299.433/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, STJ, 4ª Turma, un., DJ 04.02.02, p. 381.

8. MOMENTO DA REALIZAÇÃO DE NOVAS ELEIÇÕES. O PROBLEMA DA CISAÇÃO DO RESSARCIMENTO NA FORMA ESPECÍFICA

Como já mencionado antes, o art. 224, na versão original do Código Eleitoral, mandava realizar novas eleições apenas se o cassado eleito tivesse recebido mais de 50% dos votos. Caso contrário, assumia o segundo colocado. Assim, não havia nenhuma dificuldade nestes casos em dar eficácia imediata *integral* à decisão de cassação. Logo, com a sentença de cassação (de eficácia imediata), o segundo colocado assumia no lugar do primeiro, em inteligente técnica processual de *ressarcimento na forma específica*. O ônus da demora do recurso se impunha ao cassado, que recorria fora do cargo. Excepcionalmente, havendo maior probabilidade de êxito do recurso do que improvimento, atribui-se efeito suspensivo (suspendendo a decisão de cassação).

O novo § 3º do art. 224 sugere (apenas sugere, porque um tanto ininteligível)⁷⁸ que a realização de novas eleições se impõe para todos os casos de cassação. E vinculou a realização de novas eleições ao trânsito em julgado. Trata-se de uma regra nitidamente desconectada do vetor que deve orientar a tutela jurisdicional eleitoral. Sem nenhum receio, é possível afirmar que as decisões de cassação de mandato simplesmente não transitam em julgado antes do final do mandato de quatro anos. A partir da decisão final do TSE, o cabimento de recurso extraordinário e todos os *recursos internos* no Supremo impedem que a decisão final venha antes do final do mandato. No mínimo, é possível dizer que o trânsito em julgado será excepcionalíssimo.

78 REIS, Marlon. *Lei 13.165 criou antinomia sobre perda de mandato no Código Eleitoral*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/marlon-reis-lei-13165-criou-antinomia-perda-mandato>>. Acesso em: 10/08/2016.

A despropositada vinculação ao trânsito em julgado cria o seguinte cenário inusitado: o cassado é afastado (com a sentença ou pelo TRE) e, vago o cargo, assume o presidente do legislativo até a realização de novas eleições. Como as novas eleições dependem de trânsito em julgado (que não virá em quatro anos), o mandato será integralmente exercido pelo presidente do legislativo. O descompasso entre o momento da eficácia do afastamento e a realização de novas eleições introduz, de forma oblíqua, o parlamentarismo no Brasil.

O fato é que o novo § 3º do art. 224 em aplicação conjugada com o § 3º do art. 257 cinde o momento da eficácia do *ressarcimento da forma específica*. A primeira parte da *restauração* (afastamento do cassado) tem a eficácia liberada com a decisão do TRE (se não houver concessão de tutela provisória na sentença). A segunda parte (realização de novas eleições) fica na dependência do (improbabilíssimo) trânsito em julgado no tempo do mandato. A *disfuncionalidade* também merece correção a partir de técnicas processuais compatíveis com a tutela jurisdicional adequada ao plano do direito eleitoral material.

Antes da vigência do novo § 3º do art. 224, também havia *certa disfuncionalidade* nos (excepcionais) casos de realização de novas eleições. Quando cassado o candidato que havia obtido mais de 50% dos votos, a eficácia do afastamento era imediata, mas a realização de novas eleições, quase sempre, aguardava a decisão do TSE. Tratava-se de uma recomendação orientada pela prudência, como está retratado em alguns acórdãos do TSE.⁷⁹

79 Entre outros: “Diante das questões alusivas à nulidade da votação majoritária em município, decorrente da especial circunstância do somatório dos votos dos primeiros e terceiros colocados, recomenda-se, até o exame da questão pelo Tribunal, suspender a realização de novas eleições” (Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 177.731, Rel. Min. Arnaldo Versiani, 13/04/2012).

Não obstante, a jurisprudência se orientava corretamente pelo critério casuístico. É dizer: a regra seguia sendo a ausência de efeito suspensivo do recurso. Há inúmeros julgados do TSE mandando realizar novas eleições independentemente do julgamento do recurso especial, reconhecendo-se a eficácia imediata também desta parcela do *ressarcimento na forma específica*.⁸⁰

É certo que a cassação seguida de novas eleições requer uma prudência maior do que a simples posse do segundo colocado. A realização de novas eleições envolve custos elevados, aumentando o risco envolvido na reversão da decisão. Aqui há um nítido *periculum in mora* inverso em elevada dose. E aí basta ter em consideração a feliz observação de Eduardo Talamini: “(...) quanto maior o *periculum in mora*, menor grau de probabilidade do direito invocado será necessário para a concessão da medida, e vice-versa”.⁸¹ Adaptando a lição de Talamini: *periculum* alto indica exigência de pouco *fumus*; *periculum* inverso alto indica necessidade de muito *fumus*. É dizer: como o *periculum in mora* inverso é muito alto, deve ser alta a probabilidade de manutenção da decisão recorrida. Para expressar a mesma equação de outra forma, mas sempre com a mesma lógica: escassa sendo a probabilidade de êxito do recurso (ao TRE ou ao TSE), a realização imediata de novas eleições se impõe.

Evidentemente que tais ponderações só são possíveis na análise do caso concreto. A latência da eficácia plena do ressarcimento na forma específica (com o sobrestamento da realização de novas eleições) não deve se orientar por regras gerais apriorísticas. O sistema permite a flexão, como já foi demonstrado. O sistema *ope iudicis* de atribuição de eficácia deve

80 “A mera expectativa de que o Tribunal Superior Eleitoral, julgando recurso especial, venha a modificar decisão de tribunal regional não gera direito líquido e certo que viabilize a impetração de mandado de segurança e, nele, o deferimento de liminar para suspender a realização de novas eleições municipais determinada pelo regional” (Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 3.444, Rel. Min. José Gerardo Grossi, 22/08/2006).

81 *Tutela relativa aos deveres de fazer...*, p. 355. *Op. Cit.*

orientar o momento da realização de novas eleições a partir da perspectiva de êxito do recurso interposto. Uma *regra geral de prudência* (alto teor de *periculum* inverso) recomenda que a eleição se dê depois de confirmada a decisão de cassação pelo Regional, mas nada obsta que seja coincidente com o afastamento já em primeira instância, no TRE ou mesmo depois de confirmada pelo TSE. Aqui também o critério casuístico é o único norte adequado da decisão, com a manipulação do momento da eficácia autorizada pelo sistema processual vigente.

De qualquer forma, uma definição é certa: em nenhuma hipótese o julgador está autorizado a esperar o trânsito em julgado para realização de novas eleições. Tal opção equivale à negativa de tutela jurisdicional. A sentença de cassação só pode ser considerada tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material se produzir todos os efeitos tempestivamente (afastamento + novas eleições).⁸² E a noção de tempestivo no Direito Eleitoral tem, obviamente, dimensão própria.

9. CONCLUSÃO. UM BREVE OLHAR CONSEQUENCIALISTA. O QUE POSNER PODERIA ENSINAR AO DIREITO ELEITORAL

A decisão de não atribuir eficácia imediata, de não cassar o efeito suspensivo, de deixar o momento de fazer valer a cassação para depois de julgados todos os recursos, nunca é neutra. A decisão de postecipar o momento de eficácia de uma decisão de cassação está em proveito do candidato cassado e, consequência lógica, em desfavor da legitimidade do resultado (conteúdo normativo do art. 14, § 10º, da Constituição Federal). Importante ter em consideração que não há neutralidade em nenhuma

82 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 22.

decisão que antecipa ou postecipa o momento de eficácia das cassações de mandato.⁸³ Esta premissa foi reafirmada ao longo de todo o texto.

Com este ponto de partida, a tutela jurisdicional eleitoral merece uma análise consequencialista. A análise econômica do direito não se limita apenas a *elementos dotados de valor de mercado*.⁸⁴ A tutela jurisdicional eleitoral deve ser moldada de forma a *induzir comportamentos políticos desejáveis*. Os políticos “agem de maneira racional, reagindo aos incentivos sempre com os olhos nos próprios interesses”, como está na obra de James Buchanan. Por isso, existe uma *lógica econômica do abuso eleitoral* (para adaptar a teoria econômica do crime de Gary Becker). O político que decide praticar abusos eleitorais para burlar o resultado natural da eleição age de maneira racional, *pesando os ganhos oriundos* do abuso, as chances de ser flagrado e, sem dúvida, *o momento da eficácia da decisão de cassação*.⁸⁵

Até o final da década de noventa, as cassações de mandato eram raríssimas no Brasil. E já havia regras para coibir abusos e fraudes. O problema era especialmente de índole processual. Como antes registrado, a eficácia da cassação estava ligada ao trânsito em julgado. E quase nunca transitava em julgado antes do final do mandato de quatro anos. Com isso se premiava a resistência em juízo, tornando a interposição de recursos desprovidos de qualquer probabilidade de êxito um instrumento de esvaziar a efetividade da cassação. É intuitivo que este *mau arranjo* induzia *comportamentos políticos indesejáveis*. O *agir racional* do político que abusava levava em consideração a remotíssima chance de uma eventual

83 Noutro contexto, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo de conhecimento e procedimentos especiais*. Revista dos Tribunais, v. 692, São Paulo, p. 46-47.

84 Citando POSNER, BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 95.

85 NERY, Pedro Fernando; MENEGUIN, Fernando B. *Tópicos da reforma política sob a perspectiva da análise econômica do Direito*. Núcleo de pesquisas e estudos da consultoria legislativa. Textos para discussão 170, março/2015.

cassação de mandato operar efeitos durante o mandato. Havia, enfim, uma *sanção sem efetividade*⁸⁶, sopesada no *agir racional* de quem cogitava a prática do abuso nas eleições.

É inegável que a viragem jurisprudencial que passou a admitir a eficácia imediata (a partir da interpretação do art. 41-A) é a grande responsável pela mudança do cenário. As cassações passaram a se efetivar. E ninguém duvida que a Justiça Eleitoral passou a exercer um maior protagonismo no escopo de coibir abusos. O *agir racional* dos políticos passou a considerar que a cassação se efetivaria já com a decisão de primeira instância, com o afastamento imediato. A *efetividade da tutela jurisdicional eleitoral induziu comportamentos políticos desejáveis*. Inegável essa *relação causal*. A eficácia imediata das cassações era, por isso, um *bom arranjo* para coibir abusos.

A reforma operada pela Lei 13.165/2015, com a postecipação do momento da eficácia da decisão e vinculação da realização de novas eleições ao trânsito em julgado, reduziu a efetividade da tutela jurisdicional eleitoral. Trata-se de um *péssimo incentivo* ao *agir racional* dos políticos que cogitam abusar nas eleições. O julgador deve se conformar com o retrocesso legislativo? Em nenhuma hipótese. O juiz eleitoral deve “se postar para que os direitos sejam efetivamente tutelados”.⁸⁷ Por tal razão, a efetividade da tutela jurisdicional eleitoral depende do *manejo inteligente* das técnicas processuais apresentadas pelo NCPC (como está nesse texto).

Richard Posner não deve ter a menor ideia da atual discussão em torno da tutela jurisdicional eleitoral no Brasil, mas não seria nada mal se a Justiça Eleitoral tivesse um olhar mais consequencialista.

86 SOARES DA COSTA, Adriano. *Instituições...*, p. 242. *Op. Cit.*

87 MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado contemporâneo*. In: Estudos de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 58.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber. O recurso ordinário e seu efeito suspensivo na seara eleitoral. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O Direito Eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ALVIM, Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971.

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, perícia. In: *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Alterações no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 21, n. 83. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

ASSIS, Carlos Augusto de. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 21, nº 81, jan.-mar., 1996.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de Direito Processual*, Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Tendências na execução das sentenças e ordens judiciais*. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARCELLONA. Sul risarcimento del danno in forma specifica. *RaDC*, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XI, 1957.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Apelação sem efeito suspensivo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada*. v. 1. São Paulo: LTr, 1999.

CASTRONOVO, Carlo. Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno. In: *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Nápoles: Jovene, 1989.

CHIARLONI, Sergio. Esecuzione provvisoria. In: *Provvedimenti urgenti per il Processo Civile*. Pádua: Cedam, s.d.

COSTA, Alfredo de Araujo Lopes da. *A Administração Pública e a ordem jurídica privada: jurisdição voluntária*. Belo Horizonte: B. Alvares, 1961.

CYRINEU, Rodrigo Terra. Da dupla inconstitucionalidade advinda com a Lei nº 13.165/2015: do nocivo efeito suspensivo automático e da escalafobética exigência de trânsito em julgado para a realização de novas eleições. 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.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Momento da eficácia da sentença constitutiva. *Revista de Processo*, v. 63. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *A reforma da reforma*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Antônio C. A; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1981.

FICHTNER, José Antônio. *Impugnação de mandato eletivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GARCIA, Emerson. *Abuso de poder nas eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

JORGE, Flávio Cheim; SANTOS, Ludgero F. Liberato. As ações eleitorais e os mecanismos processuais correlatos: aplicação subsidiária do CPC ou do CDC c/c LAC. In: *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, ano 4, n. 6. Belo Horizonte: Fórum, jan.-jun. 2012.

JORGE, Mario Helton. Recurso extraordinário – atribuição de efeito suspensivo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. V. 6. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Efeitos imediatos da decisão e impugnação parcial e total. In: ALVIM, Eduardo Pelegrini de Arruda; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, A. C. C. *Tutela antecipada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da passagem do Processo Civil clássico para o Processo Civil contemporâneo: as razões perdidas. *Carta Jurídica – Revista de informação e debates*, nº 1. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Tutela específica*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. São Paulo: Saraiva, 1959.

MEDINA, José Miguel Garcia. Antecipação da tutela recursal e efeito suspensivo – Análise de alguns problemas decorrentes da aplicação do art. 558 do CPC. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MENDONÇA JR., Delosmar. *Manual do Direito Eleitoral*. Salvador: Editora Juspodivm, 2006.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Atualidades sobre o Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 58.

NUNES, Dierle. Da possibilidade de deferimento da antecipação de tutela na sentença – Do recurso cabível e dos efeitos a serem atribuídos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. V. 11. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. *Revista Forense*, v. 94. n. 342. Rio de Janeiro: Editora Forense, abr.-jun. 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições – virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Impactos do NCPC e da Reforma Eleitoral nas ações eleitorais. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O Direito Eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no Direito Eleitoral: controle social e fiscalização das eleições*. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. *Conteúdo e efeito das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2008.

PODHRÁZKY, Milan. A comparative analysis of the bodies in charge of electoral control, especially the judicial ones: the Czech case. In: CAMPOS, Paloma Biglino; RINCÓN, Luis E. Delgado (eds.). *La resolución de los conflictos electorales: un análisis comparado. Cuadernos y debates 200*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2010.

RABONEZE, Ricardo. A nova sistemática da antecipação da tutela. In: DIDIER JR, Fredie; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

REIS, Marlon. *Lei 13.165 criou antinomia sobre perda de mandato no Código Eleitoral*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/marlon-reis-lei-13165-criou-antinomia-perda-mandato>>. Acesso em: agosto de 2016.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SALVI. Il risarcimento del danno. In: *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1988.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Medidas de urgência no âmbito recursal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 7. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. In: *Revista de Processo*. v. 25, n. 97. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2000.

SFORZA, Gianfrancesco. *Ordine di cessazione dall'illecito e risarcimento in forma specifica. Giurisprudenza Costituzionale e Civile*, parte 1, s.d.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. *Revista dos Tribunais*, v. 692. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

SILVA, Ovídio Baptista da; MACHADO, L. Melíbio Uiraçaba; GESSINGER, Rui Armando; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda, 1983.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *RePro* 80/125-147.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas. *Revista dos Tribunais*, v. 88, n. 763. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, mai. 1999.

TOMMASEO, Provedimenti d'urgenza e diritto delle società. *Le Società*, n. 1, 1984.

VALDINA, Pier Francesco. *Prime osservazioni sulla tutela cautelare antitrust. Giurisprudenza Costituzionale e Civile*, 1993.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. *Revista dos Tribunais*, v. 93, n. 821. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, mar. 2004.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.) *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo, *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.