

REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E ATIVISMO
JUDICIAL NO DIREITO ELEITORAL: A QUESTÃO DA
ABRANGÊNCIA DA CAUSA DE PEDIR NA AIME E O
COMBATE AO ABUSO DE PODER NAS ELEIÇÕES**

**CONSTITUCIONAL HERMENEUTICS AND JUDICIAL
ACTIVISM IN ELECTORAL LAW: THE ISSUE OF THE SCOPE
OF THE CAUSE OF ASKING IN AIME AND THE FIGHTING OF
THE ABUSE OF POWER IN THE ELECTIONS**

Rafael da Silveira Petracioli*

RESUMO

Este artigo tem como objetivo tratar sobre a importância do ativismo judicial e da aplicação dos postulados da hermenêutica constitucional no âmbito do Direito Eleitoral, especialmente no que se refere ao combate ao abuso do poder nas eleições por meio da ação de impugnação de mandato eletivo. É de grande relevância a discussão em torno dos limites da atuação do Poder Judiciário no combate ao abuso do poder nas eleições, necessários à preservação da legitimidade democrática, mas também, por outro lado, ameaças potenciais a esta mesma busca de legitimidade. Dessa forma, o presente trabalho evidencia de que forma o Direito Eleitoral está atrelado ao Direito Constitucional, e, portanto, a uma hermenêutica constitucional, apta a valorizar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito vigentes no Brasil.

Palavras-chave: Abuso de poder. Ativismo judicial. Hermenêutica constitucional. AIME.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the importance of judicial activism and the application of constitutional hermeneutics in the field of electoral law, especially with regard to combating abuse of power in elections. The discussion about the limits of the judiciary's role in fighting the abuse of power in elections, necessary for the preservation of democratic legitimacy, but also, on the other hand, potential threats to this same quest for legitimacy is of great relevance. Thus, the present paper shows how the electoral law is linked to constitutional law, and therefore, to a constitutional hermeneutics, capable of valorizing the fundamental principles of the Democratic State of Law in force in Brazil.

Keywords: Abuse of power. Judicial activism. Constitutional hermeneutics. AIME.

* Mestrando em Direito (UFBA). Advogado. Professor de Direito Eleitoral.

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial, em primeira perspectiva, é o fenômeno em que o Poder Judiciário transmuda de seu estado de passividade para uma atitude proativa, optando ativamente pela interpretação dos preceitos constitucionais de maneira que lhes são emprestados máximas efetividade e concretização de direitos, notadamente de direitos fundamentais.

É o Judiciário extrapolando os limites clássicos de sua esfera de poder para fincar suas fronteiras dentro dos espaços próprios dos outros poderes republicanos. O defensor da tripartição clássica conceituaria tal fenômeno de maneira simples: usurpação de competência, julgamentos *extra petita* e *ultra petita*.

Nada obstante, o ativismo judicial é muito mais do que isso. É uma resposta dada pelos órgãos julgadores ao momento político atual da sociedade brasileira, assim como acontece na maioria das nações onde este movimento toma corpo e se expande. Nos dizeres precisos do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso,¹ é uma judicialização da política, no exato momento em que as instâncias políticas já não respondem satisfatoriamente às aspirações sociais na concretização dos valores e das finalidades da Constituição, e este corpo social enxerga como única via transitável o da engrenagem judiciária.

Não se trata, absolutamente, de um movimento de criação livre do direito. Esta vedação decorre justamente porque é supedâneo fundamental para a configuração do real ativismo judicial a interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais já existentes, com o fito de criar, através de norma de decisão, uma interpretação às disposições que inicialmente, à análise primeira, não exurgiam dos comandos analisados, emprestando máxima efetividade aos direitos constitucionalmente previstos.

Expressão representativa de grandes estudos e ricas discussões no universo hodierno do Direito, o “ativismo judicial” também tem lugar, prática e discussão no âmbito do Direito Eleitoral. É este o escopo deste texto, o qual promove, como objetivo central, uma discussão acerca da questão da abrangência da causa de pedir na ação de impugnação de mandato eletivo, salientando para a importância de uma postura ativista no exercício da hermenêutica constitucional aplicável à seara eleitoral, especialmente no que se refere à necessidade de combate ao abuso de poder nas eleições.

Representantes populares eleitos em procedimentos viciados não possuem legitimidade para exercer o poder delegado pelo povo. É exatamente em nome desta legitimidade que a Constituição da República demonstrou tanta preocupação em manter as eleições afastadas dos abusos de poder genericamente considerados. A correta aplicação dos postulados da hermenêutica constitucional, objetivando a consecução da soberania popular revela-se, neste sentido, como um imperativo.

Não é o objetivo deste texto fomentar a judicialização das eleições, mas sim defender a aplicação da legislação eleitoral conforme os princípios constitucionais

1 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

que a fundamentam, ante a finalidade para que ela foi criada, qual seja, a preservação da soberania popular, por meio da busca da legitimidade e da normalidade do poder de sufrágio.

2 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E OS POSTULADOS BÁSICOS DA MODERNA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

O ponto de partida para a compreensão da importância do ativismo judicial na seara eleitoral, com vistas a um eficiente combate ao abuso de poder nas eleições, perpassa, necessariamente, pelo estudo dos postulados básicos da moderna interpretação da Constituição.

Como bem ressalta Konrad Hesse, o estudo de uma nova interpretação constitucional, que atenda a princípios constitucionalistas modernos, funda-se na ideia da busca de decisões com maior teor de certeza e previsibilidade jurídicas, através de um procedimento racional e controlável.²

Neste sentido, mister se faz a busca da consecução dos princípios hermenêuticos, a seguir, de necessária observância no âmbito do Direito Eleitoral, dada a relevância constitucional do bem jurídico da democracia, objeto principal de resguardo desse ramo do Direito.

2.1 PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A Carta maior representa um todo indissociável, sendo seus dispositivos impossíveis de serem analisados em separado e isoladamente.

A ideia deste princípio é mitigar a existência de antinomias e frustrar a tentativa de hierarquizar preceitos constitucionais. Esta valoração deve se dar apenas no momento da aplicação da norma de decisão, que, atuando sobre um caso concreto, definirá, naquele particular, quais interesses constitucionais afastarão outros interesses também de índole constitucional.

Em suma, não se deve buscar interpretação de norma constitucional senão de maneira global, considerando-a parte de um todo lógico, de intenções únicas em cada sentido perpetrado.

2.2 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Ideia já manifestada desde o positivismo jurídico de Kelsen, este princípio informa a supremacia da Constituição, seja no plano formal, seja no plano material. A Carta Magna é a norma de maior hierarquia dentro do ordenamento jurídico.

Materialmente, a Carta é suprema porque organiza o Estado propriamente dito e sua relação com os titulares do poder. É nela que estão dispostos os direitos e garantias fundamentais e os regramentos de organização estatal, por exemplo.

2 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís A. Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 55.

Em sentido formal, a Constituição da República demonstra sua supremacia justamente porque é a primeira e única norma derivada de um poder de fato, que cria o Estado e os demais poderes, ditos de direito.

2.3 PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO

Dentro do quanto explicitado sobre a unidade constitucional, este princípio busca resolver as situações onde ocorrem aparentes antinomias dentro do próprio texto constitucional.

Se a Constituição da República é um todo indissociável, e assim o é porque todo o seu conteúdo é harmônico e direcionado à mesma finalidade, não se afigura possível a configuração de situações de conflito entre suas preconizações.

Entretanto, sempre existirão situações fáticas concretas onde, *e.g.*, dois princípios constitucionalmente previstos mostrar-se-ão contrapostos, ou, como ocorre com grande frequência, dois direitos fundamentais estarão em polos opostos do mesmo conflito.

Como negativa à existência de antinomia no todo constitucional, e ainda ratificando os termos desta unidade, o princípio analisado flui no sentido de que, em cada situação fática pontual, determinados princípios, direitos e garantias cederão espaço a outros, preponderantes para aquele caso concreto analisado.

Isto não significa aniquilação do princípio cedente, mas, antes disso, uma integração entre toda a malha normativa constitucional: nenhum princípio é absoluto em si mesmo, pois se integra a todos os outros, exercendo preponderância em certos momentos e cedendo espaço em outros.

Em suma, os direitos cedem, reciprocamente, em busca de uma possibilidade real de coexistência, sem a necessidade de supressão total de nenhum deles, posto que não há direito, princípio ou garantia ilimitados ou absolutos.

2.4 PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

Normalmente mais ativo no que toca aos direitos fundamentais, esta diretriz aponta no sentido de que a interpretação constitucional deve sempre buscar o sentido que confira máxima eficiência àquele direito analisado.

2.5 PRINCÍPIO DA COLOQUIALIDADE

O referido princípio busca a simplificação tão perseguida em diversos ramos do Direito. Por seu intermédio chega-se à ideia de que as palavras usadas nos textos constitucionais o são em seu sentido coloquial, ausente do que se chamam de jargões e brocardos jurídicos.

Há muito já se discute o abandono do formalismo na linguagem jurídica, e este princípio segue este entendimento.

Principalmente na hermenêutica constitucional deve esse abandono do tecnicismo prevalecer, posto que a Lei Maior é, como única norma derivada de um

poder de fato, carregada de valores políticos, que, por essência, apresentam-se em linguagem coloquial.

3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O LUGAR DO ATIVISMO JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ELEITORAL

Como bem delinea o Ministro Luís Roberto Barroso³, os adeptos do ativismo judicial atuam, de maneira resumida, pautando suas condutas nas seguintes possibilidades:

- a) da interpretação e adoção de novos princípios de hermenêutica que levam à aplicação direta dos ditames constitucionais inclusive naquelas situações não claramente aptas a receber tal regulação, prescindindo inclusive de existência de norma infraconstitucional;
- b) de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios mais elásticos, desprendidos da noção de afronta direta e cristalina à Carta Política;
- c) da imposição de condutas ou de omissões ao Poder Público, inclusive em questões de políticas públicas, adentrando na discricionariedade administrativa pura, classicamente não atacada pelo Poder Judiciário – traço marcante do nosso sistema.

Nesse diapasão, considerando-se o *modus operandi* e as causas e justificativas do fenômeno, é de se dizer que não há que se falar em ativismo judicial quando não se tratar de efetivação máxima dos valores constitucionais e de concretização de direitos, principalmente os fundamentais. É aberração o ativismo que se pauta noutra finalidade; padece de vício em sua própria origem, já que configuraria real poder absoluto aos julgadores, de passarem a decidir o que é justo quando devem decidir o que é legal, ou o que é constitucional, no sentido mais amplo de constitucionalidade.

A atitude camuflada de ativista tomada para suprir ausências de atuação ou más atuações dos outros poderes constituídos nada mais é do que um totalitarismo judicante e uma inversão total dos valores constitucionais e democráticos. Podem tais fatos justificar o ativismo judicial em sua real forma, aquela que efetiva a Constituição da República dentro das ideias expostas até o momento. Fora disto temos a *livre criação do Direito*, pautada unicamente no arbítrio de cada julgador, de cada tribunal, cuja existência é expressão clara de regimes totalitários ou ditatoriais.

O fenômeno do ativismo judicial é jurídica e socialmente justificável em razão da inércia e/ou da insuficiência da atuação dos poderes Legislativo e Executivo. Assim são os contextos históricos e sociais desta transmutação da atuação dos legisladores, em todas as nações onde se verifica a ocorrência do fenômeno.

Com efeito, principalmente no caso brasileiro, o próprio sistema da tripartição de poderes encontra-se em crise. As instituições dos poderes Executivo e

3 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

Legislativo ora invadem as competências das outras, ora se retraem de modo a não representarem satisfatoriamente seus papéis dentro da organização estatal. Há uma completa crise de identidade, um caos institucional que não demonstra estar perto de sua resolução. É justamente este o contexto ideal para que prospere uma atitude ativista por parte do Poder Judiciário.

O Legislativo, instância de criação das normas por excelência, peca por não atender, através da criação de leis e outros atos normativos, aos anseios da sociedade, às mudanças nas relações dos cidadãos entre si e entre os cidadãos e o Estado. Deste vácuo normativo surge a necessidade do povo buscar em outra instituição a solução destes conflitos: o Judiciário. E é através do ativismo que este poder efetiva o preenchimento do ordenamento, passando a exibir papel formalmente ativo na criação do Direito.

Diz-se formalmente porquanto já não é mais própria a concepção de que o julgador é mero “aplicador” do Direito; uma espécie de máquina que se utiliza do modelo estático de subsunção da premissa menor à premissa maior, daí surgindo a resolução do conflito posto à jurisdição.

O Executivo, por seu turno, não efetiva notadamente os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, cuja aplicabilidade não deveria ser limitada sob nenhuma justificativa, nem administra satisfatoriamente a máquina estatal de modo a trazer aos titulares legítimos do poder os benefícios que a organização constitucionalmente prevista deste mesmo Estado deve prover.

De uma fonte comum servem-se esses dois poderes para instigar suas ausências de efetividade totais ou parciais: a crise política que mina a democracia brasileira praticamente, desde o advento da Constituição da República de 1988. Esta crise passa pela completa perda de identidade dos partidos, pela submissão absoluta do Legislativo ao Executivo, através dos acordos que excedem as práticas ordinárias do jogo político comum, e, principalmente, pela crise de representatividade, consequência natural do afastamento crescente entre a classe política e a sociedade genericamente considerada.

Por conclusão, temos que as causas principais que geram e justificam o fenômeno, mesmo distintas, desaguam inevitavelmente na falibilidade dos outros poderes em atender às demandas sociais hodiernas. E tais impossibilidades decorrem da mesma crise institucional mencionada, criando um círculo vicioso que parece impassível de interrupção. A própria inércia ou insuficiência de atuação dos outros poderes geram ainda mais inércia e insuficiência, e assim tendem *ad infinitum*.

É bem verdade que o modelo é perigoso, tentador a quem o utiliza, posto que está a colocar o Judiciário como protagonista absoluto da cena republicana. Seria de se pensar num absolutismo às avessas, onde órgãos apolíticos assumiriam a face do Leviatã de Hobbes. Também é fato que o fenômeno é altamente passível de críticas, algumas delas coerentes, que apontam tanto para a periculosidade comentada quanto para a desconfiguração do sistema republicano, por exemplo.

Um fenômeno tão peculiar e cujas características quebram tantos paradigmas práticos não poderia nascer sem que críticas ferozes fossem tecidas contra si. É bem verdade que nenhuma delas parece esmorecer ou diminuir a atuação

dos ativistas, mas é fato que algumas merecem atenção e a devida contestação, inclusive para legitimar o próprio movimento.

Pelo próprio conceito do instituto, é natural que a primeira das críticas siga o caminho da violação ao sistema democrático. Argumenta-se que não há legitimidade nas decisões e vinculações oriundas do ativismo judicial posto que os juízes e demais membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo.

Nesse sentido, já que o ativismo efetivamente cria normas, materialmente tais e quais aquelas criadas pelo Poder Legislativo, estaria o Judiciário, com essa usurpação de competência, invertendo a lógica do sistema republicano e do regime democrático, que delegam tal atividade a um dos poderes cujos membros são eleitos diretamente.

Faz sentido, em uma análise menos profunda, o argumento utilizado. Mas o estudo mais acurado do tema traz ao chão tal ideia, intimamente ligada à concepção clássica da tripartição dos poderes. *Ab initio*, temos que a própria ideia tripartite clássica já está há tempos ultrapassada. Para o presente estudo, temos especialmente relevante a ideia de que o Poder Judiciário não é mais a mera “boca da lei”, como outrora já se disse.

O juiz não realiza atividade estática, matemática, precisa, representada pela subsunção de premissas menores a premissas maiores. Há muito já se entende que o processo de formação da norma não está completo enquanto não há a integração do preceito normativo oriundo do Legislativo pela manifestação do Judiciário. A lei, o texto, não deve, absolutamente, ser confundido com a norma. Esta é formada tendo como base a lei e o texto, sim, mas a interpretação é que representa o seu acabamento.

Ora, ultrapassada a noção exegética pura de norma jurídica, o seu conceito migra para aquele de um ato complexo, cuja completude depende do quanto criado pelo Legislativo e interpretado pelo Judiciário. Nesta concepção, o julgador já é elemento criador da norma, e não há qualquer usurpação de competência no fato. Não existindo usurpação de competência, não se fala em violação ao sistema republicano.

Quanto à legitimidade, a própria Carta é quem dá a competência ao Judiciário para exercer a jurisdição. Ainda nessa linha, é a Carta quem dá ao Supremo Tribunal Federal a égide de guardião dos ditames constitucionais. Se há a competência para julgamento dos litígios e para a guarda dos valores constitucionais, está caracterizada a legitimidade do Poder Judiciário para dizer dos comandos constitucionais no exercício de sua competência natural.

É, portanto, cedo, que não há espaço para a alardeada ameaça ao regime democrático, estando a atuação do Judiciário prevista na própria Constituição. Considerando-se, ainda, o papel de corte constitucional atribuído ao STF, cujos membros são indicados pelo chefe do Poder Executivo e referendado pelo Poder Legislativo, poder-se-ia argumentar inclusive a transferência àquele da legitimidade sufragada a estes.

Por arremate, o conceito de democracia há de ser libertado da concepção que a minimiza à vontade da maioria. A democracia tem esta característica marcante,

mas de natureza dúplice: não há democracia se o respeito à vontade da maioria subtrai os direitos das minorias. Não pode a maioria decidir por aniquilar a minoria. Tal deliberação não teria nada de democrática, assemelhando-se assim às ditaduras tradicionais, que não respeitam vontade alguma senão as de seus líderes.

Se assim não fosse, não poderia nunca o Judiciário prolatar decisão que contrariasse a vontade majoritária. O Judiciário não deve ligar-se à política neste sentido, de assentir à *vontade da maioria* ao exercer a jurisdição. Deve, sim, ligar-se à política para garantir a *vontade da Constituição* - seus valores, preceitos e ditames - ainda que tal decisão seja diametralmente oposta à majoritariedade da vontade social.

Deve-se ter em mente que não há perigo no ativismo judicial. Ao revés, é este fenômeno o paliativo único a cuidar da máxima efetividade da Constituição da República enquanto os poderes Executivo e Legislativo não despertam de suas passividades. Este receio impingido pelas críticas anteriormente comentadas reside numa possível evolução do comportamento ativista para um comportamento criativo puro, que estaria, como dito alhures, a configurar um totalitarismo diferente daqueles já conhecidos, e muito mais danoso, posto que exercido pelo Poder a quem é dada a chave do controle e da limitação do poder estatal.

Há também prejuízo justamente no que o Professor Barroso⁴ denomina de *autocontenção judicial*, o oposto radical do ativismo, bem como na prática ilegítima de se criar livremente o direito sob a escusa de atuação concretamente ativista, quando, em verdade, aí sim há usurpação de competência, ofensa à democracia e ao sistema republicano.

Se há espécie normativa emanada do poder que detém a competência constitucional para tanto, deve o julgador prestar-lhe respeito e obediência, pois tais leis são, por delegação, a expressão da vontade do povo, titular absoluto do poder. Não há contradição nesta afirmação. Deve-se ter em mente que a postura ativista só encontra espaço e legitimidade na inércia ou na insuficiência dos atos normativos ordinariamente criados para efetivar ao máximo os valores constitucionais, e nunca para desconstituir o conjunto normativo legitimamente criado e aplicado pelos outros poderes republicanos.

É exatamente este o ponto central na discussão do ativismo judicial em seara eleitoral. As cortes desse ramo furtam-se ao exercício dos modernos princípios de hermenêutica constitucional, e, por consequência, ao cumprimento da máxima efetividade aos valores constitucionais. Noutra giro, quando tais pretórios optam por se aproximar do fenômeno, o fazem de maneira arbitrária, criando o direito livremente, sob argumentos interpretativos sem qualquer finalidade de concretização constitucional, desconfigurando a própria ideia do instituto.

O problema do ativismo judicial em se tratando de Direito Eleitoral não diz respeito àquelas críticas geralmente estabelecidas contra o fenômeno em si, mas sim em razão das peculiaridades da matéria sob comento.

Cumpra registrar, de pronto, o fértil campo para a disseminação do ativismo nesse ramo. O Direito Eleitoral é uma área cientificamente abandonada, sendo

4 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

pouquíssimos os autores que se preocupam em enriquecer sua teoria e em criar doutrinas sólidas. Tomando ainda em consideração a parca e extremamente mal concebida legislação atinente, temos que os estudos jurídicos eleitorais acabam se baseando quase que exclusivamente na repetição mimética da jurisprudência que se cria ao sabor da composição do Tribunal Superior Eleitoral.

Quando a doutrina praticamente não existe e as leis são mal formuladas, ainda mais espaço tem o Judiciário para adequar o ordenamento às ambições constitucionais, mormente pelo fato de que as eleições livres de fraudes e abusos representam um dos principais pilares do Estado Democrático de Direito.

Drasticamente, não é o que ocorre. O fenômeno observado é justamente o inverso. Ora os julgadores furtam-se a concretizar os valores constitucionais, mantendo-se inertes e pacíficos na zona de conforto de verdadeiras bocas da lei; ora assumem um surto de criação normativa livre, usurpando competência infraconstitucional do Legislativo, criando normas de decisão que não se coadunam ao sentir da Carta Magna, muitas vezes desdizendo leis ordinárias e até princípios constitucionais.

Poderíamos apontar talvez como única manifestação ativista legítima, genuína, aquela em que o TSE decidiu pela fidelidade partidária⁵ ao determinar que nas eleições proporcionais os mandatos pertencem aos partidos e não aos candidatos. Tem-se ordinariamente que o *decisum* é oriundo do STF, e realmente o é em última instância, mas este entendimento originou-se no Pretório Máximo Eleitoral, partindo para análise do STF em grau de Recurso Extraordinário.

Excluída esta manifestação recente, que merece grande louvor por representar o primeiro passo no longo caminho da reforma e da moralização da classe política brasileira, não se vê nenhuma outra contribuição digna de menção honrosa. O mesmo não acontece para o oposto – podem ser citadas inúmeras ocasiões de inércia absoluta dos julgadores e um tanto de outras caracterizadas pela arbitrária criação livre do direito.

Teríamos, representando a postura passiva do TSE, e, por conseguinte do próprio STF, quanto à concretização dos valores constitucionais, apenas a título exemplificativo: a não inclusão do abuso de poder político como causa de pedir da ação de impugnação de mandato eletivo;⁶ a exigência geral de provas “robustas e incontestes” para as condenações em ações eleitorais, ignorando a inexistência de hierarquia entre os meios de prova; as mudanças de entendimento quanto aos efeitos da cassação do diploma de candidato eleito em sistema majoritário, em sede de ação de impugnação de mandato eletivo, beira o casuísmo; a inércia quanto à firme e definitiva quantificação do número de vereadores para cada município, dando azo à descabida Proposta de Emenda Constitucional 20/2008.

Complementando o contexto, são pontos exemplificativos onde o TSE atua criando livremente o direito, sem qualquer arrazoado de concretização constitucional, sejam tais criações dadas no vazio legislativo, contra a lei e até contra

5 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Resolução n. 22.526. Consulta n. 1.398, Classe 5ª, Distrito Federal (Brasília). Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Consulente Partido da Frente Liberal, nacional, por seu presidente. Julgamento em 27 de março de 2007. Publicação no Diário da Justiça em 08 de maio de 2007.

6 Artigo 14, parágrafo 10 (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988).

princípios constitucionais, direitos e garantias fundamentais: concessão de efeitos suspensivos a recursos eleitorais, criação de prazo decadencial para propositura de ações eleitorais⁷; o não-reconhecimento, por si só, da sanção de cassação de diploma prevista no § 5º do artigo 73 da Lei 9.504/97.

É exatamente esta a impressão que se tem das lides eleitorais: a retórica tudo pode. Não se respeitam os princípios constitucionais explícitos ou a letra cristalina da lei, que se irá dizer de concretizar os valores constitucionais onde os mesmos não se fazem claros o bastante para sua aplicação.

4 ATIVISMO JUDICIAL, HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A CAUSA DE PEDIR NA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO (AIME)

4.1 O PROBLEMA DA AUTOCONTENÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO TSE REFERENTE À AIME

A Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), criada pela própria Constituição, o que de pronto lhe confere status especialíssimo como procedimento de conservação da lisura das eleições, prevê textualmente como causas de pedir o abuso de poder econômico, a corrupção ou a fraude.⁸

Em postura claramente autocontida, a jurisprudência pacífica do TSE é no sentido da ideia clássica de que dispositivos restritivos de direito devem ser interpretados de maneira literal. Insinua, portanto, a interpretação literal como única disponível nesses casos. Defende-se, assim, que, como não há a expressão “abuso de poder político” no texto constitucional, não é possível atribuir à ação esta causa de pedir, em flagrante postura de renúncia aos valores da Constituição.

É básica a noção que dois dos valores máximos da Carta de 1988 são a moralidade administrativa e a lisura dos prélios eletivos. Podemos ver diversas manifestações ostensivas do Poder Constituinte no sentido desses dois valores no próprio texto constitucional: artigo 14, § 9º (imediatamente anterior ao ora analisado!); artigo 15, inciso V; artigo 37, caput e § 1º; artigo 55, § 1º; artigo 103-B, § 4º, inciso IV.

Ora, todos os dispositivos citados acima tratam da preocupação precípua do constituinte quanto à moralidade da administração, à lisura das eleições e à influência do abuso de poder político e de autoridade nas disputas eletivas. Não é possível dissociar apenas o § 10º do artigo 14 de todo o resto da Constituição. A unidade da Carta é inatacável, sua máxima efetividade idem.

A postura do julgador comprometido em potencializar os direitos constitucionalmente previstos, *in casu*, aquele de eleições lisas, pilar do Estado Democrático de Direito, deve ser a de interpretar o dispositivo constitucional conforme a própria Constituição, concretizando-a, valorizando-a, exaurindo sua força por vezes intrínseca, mas não por isso diminuída.

7 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Ordinário n. 748, Classe 27ª, Belém (Pará). Relator Ministro Luiz Carlos Madeira. Julgamento em 24 de maio de 2005. Publicação no Diário da Justiça em 26 de agosto de 2005.

8 Art. 14 (...) § 10 – O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

4.2 O SIGNO CORRUPÇÃO E A AIME: PRINCÍPIO DO COLOQUIALISMO E MÁXIMA ABRANGÊNCIA DE SIGNIFICADO

O TSE e a grande maioria dos regionais eleitorais, utilizando de interpretação declarativa, associam a menção à corrupção no § 10 do artigo 14 ao instituto da corrupção eleitoral, modernamente denominado de *captação ilícita de sufrágio*.

Entendem os pretórios que a norma citada é restritiva de direitos, e, de tal maneira, deve ser interpretada de forma estrita.

As premissas estão corretas, mas a prática a que estas premissas levam é equivocada. Não se trata, aqui, de interpretação extensiva. Cuida-se de emprestar ao vocábulo *corrupção* todos os seus significados, pois esta foi a intenção do legislador.

Vejam-se, apenas a título ilustrativo, os significados dos vocábulos “corrupção” e “corromper”:

corrupção. sf (lat corruptio) 1 Ação ou efeito de corromper; decomposição, putrefação. 2 Depravação, desmoralização, devassidão. 3 Sedução. 4 Suborno. Var: corrução.⁹

corromper. (lat corrumpere) vtd e vpr 1 Decompor(-se), estragar(-se), tornar(-se) podre: A morte corrompeu aquele formoso corpo. No verão, a carne corrompe-se em poucas horas. vtd e vpr 2 Alterar(-se), desnaturar(-se), mudar(-se) para mal: A partitura corrompeu o sentido da letra. ‘A grande antiguidade foi corrompendo o nome de Mártires em Martens’ (Camilo Castelo Branco). Essa língua se corrompeu, passando à América. Corrompeu-se-lhe o estilo na servil imitação dos clássicos franceses. vtd e vpr 3 Depravar(-se), perverter(-se), viciar(-se): Ao contrário do amor, a ciência corrompe o coração. Essa forma de governo corrompe-se e arruína-se dia a dia. vtd 4 Induzir ao mal: seduzir: ‘Este corrompe virginais purezas’ (Luís de Camões). vtd 5 Peitar, subornar: O espião corrompeu-os com dinheiro.¹⁰

O Princípio da Coloquialidade está impregnado nesta discussão. Com efeito, se temos de emprestar aos termos usados na Constituição da República sentidos coloquiais, ausentes de tecnicismos jurídicos, resta demasiadamente óbvia a intenção do legislador constituinte.

Em contraponto, defende-se que o próprio legislador quis a restrição às causas de pedir da ação de impugnação de mandato eletivo ao utilizar o termo *corrupção*. Neste pensar, entende-se que a intenção era justamente apontar exclusivamente a corrupção eleitoral ou captação ilícita de sufrágio.

Quando da busca pela unidade constitucional nesse assunto, a intenção legislativa que transparece, no entanto, é justamente a contrária: o legislador constituinte, tratando de criar ação de sede constitucional para impedir abusos nas eleições, optou pela utilização do signo *corrupção* em sua acepção mais ampla possível.

Aqui, há evidente coloquialismo na escolha do termo *corrupção*. Quis o legislador abranger o maior número de condutas de abuso de poder político possível, porque toda

⁹ DICIONÁRIO Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

¹⁰ Idem.

corrupção praticada dentro da administração pública por candidato para lograr êxito em pleito eleitoral é um abuso de poder político, mas a recíproca não é verdadeira.

Não é de se imaginar que o legislador, ao criar o único remédio processual a auxiliar a lisura das eleições, o fez limitando sua própria intenção. A teleologia do instituto é justamente alargar, ampliar as possibilidades de utilização do remédio constitucional contra a possibilidade de influências indesejáveis no processo de escolha dos representantes populares; nunca estreitá-lo, diminuí-lo, minimizá-lo.

Por conclusão, nesta seara lingüística, tem-se que a escolha do signo *corrupção* tem razão de ser: abranger todas as condutas desvirtuadas de agentes públicos tendentes a beneficiar determinado candidato na disputa eleitoral.

4.3 A UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO NO TOCANTE À VEDAÇÃO DO ABUSO DE PODER POLÍTICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. DISPOSITIVOS CONVERGENTES

O Princípio da Unidade é emblemático nesse ponto. Sendo una a Carta Magna, em sentido, intenções e programas, não é razoável a idéia de que o abuso de poder político não pode ser objeto de ação de impugnação de mandato eletivo.

Há que se considerar que dentro de uma carta política fortemente carregada de princípios voltados à moralidade administrativa e à coibição ao abuso de poder por parte dos entes políticos, em todas as searas, não é razoável imaginar como intenção do legislador constituinte a exclusão do abuso de poder político como causa determinante à perda do mandato eletivo.

Com efeito, podem ser citados inúmeros dispositivos da própria Constituição da República que rezam pela coibição ao abuso de poder político e homenageiam o princípio da moralidade administrativa.

Veja-se:

Art. 14. [...]

[...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...]

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

[...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

[...]

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

Todos os excertos acima são comandos contidos na CF/88. São exemplos suficientes a demonstrar a unidade constitucional quanto a repelir os abusos de poder, desvios de finalidade e tudo o mais que corrompa ou deturpe as atividades da administração pública.

É oportuno salientar o texto do parágrafo 9º do artigo 14 da CF, norma imediatamente anterior ao parágrafo 10, que cria a ação de impugnação de mandato eletivo.

Não é plausível, dentro de um mesmo artigo, que um de seus parágrafos determine “*Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta*” e que o seu parágrafo seguinte realmente tenha buscado excluir o abuso de poder político como causa de pedir da única ação eleitoral constitucionalmente prevista.

É de clareza solar a igualdade de significação entre “abuso de poder político” e “abuso do exercício de função”. Torna-se frágil defender a interpretação estrita ante a perfeita conjugação dos parágrafos 9º e 10 do artigo 14.

O Princípio da Unidade aponta na necessidade imperativa de uma interpretação da Constituição *à luz da própria Constituição*. É entender a vocação da CF/88 para coibir o mau uso da coisa pública e proteger a moralidade política e administrativa, perseguindo atos de improbidade administrativa – atos estes que,

em sua essência, nada mais são do que atos de abuso de poder político que lesam diretamente a administração pública.

Ora, um texto constitucional que determina que a Administração Pública será regida pelos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência guarda em si, de maneira arraigada, os valores da moralidade e do respeito ao interesse público em altíssimo grau.

O artigo 37 da Carta é aqui citado por sua dicção clara e direta, mas todo o texto da CF/88 guarda dispositivos impregnados de espírito de combate à corrupção e aos meios de fraude que possam interferir no normal andamento da Administração Pública e de todo o resto da atividade estatal.

O abuso de poder político lesivo à Administração Pública efetivamente merece tamanha reprimenda nas esferas administrativa, cível e penal. Nessa linha de pensamento, a unidade constitucional não deixa espaço para se interpretar a norma criadora da ação de impugnação de mandato eletivo de maneira estrita em prejuízo de um bem maior e de suprema importância, como a correção das disputas eleitorais.

Portanto, se não é possível interpretar a Constituição da República senão tomando-a como um todo indivisível, e, ainda, se a CF/88 tem como um de seus fins a moralização de tudo o que toca ao interesse público, não é razoável, absolutamente, desconsiderar o abuso de poder político como causa de pedir da ação de impugnação de mandato eletivo, incluso no vocábulo “corrupção”.

4.4 AIME COMO ÚNICA AÇÃO ELEITORAL PREVISTA CONSTITUCIONALMENTE. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Já percorremos as ideias de superioridade formal e material da Constituição como única norma emanada de poder de fato. Sendo a Carta Maior a norma fundamental e organizadora do Estado mesmo, é natural que traga em seu bojo a previsão de algumas ações constitucionais que visam proteger os direitos máximos dos cidadãos e as garantias fundamentais à limitação do poder estatal.

Assim, são o Mandado de Segurança e o *Habeas Corpus*, por exemplo, remédios processuais constitucionalmente previstos que tutelam interesses fundamentais dos cidadãos, interesses estes que estão sempre vulneráveis à truculência dos poderes constituídos.

Prevendo a possibilidade dos homens de cometerem abusos quando dotados de poder para tanto, o legislador constituinte andou no sentido de coibir, sempre, e em todas as searas, as possibilidades de abuso de poder por parte dos agentes responsáveis pela administração pública.

É clara a incidência do princípio comentado à medida que é a própria ideia de supremacia constitucional o caminho que conduz à interpretação que se quer ao dispositivo criador da ação de impugnação de mandato eletivo. Não deve a tutela da lisura das eleições ser destinada apenas à legislação ordinária se há remédio constitucional potente o suficiente para coibir toda sorte de abusos, ante a larga abrangência do instituto.

4.5 SUPREMACIA, IN CASU, DO DIREITO A ELEIÇÕES LISAS. PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO E PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

A discussão travada, em última análise, inegavelmente, confronta o princípio da moralidade administrativa com o princípio da interpretação estrita.

Assim é dito porque quem enseja a interpretação do dispositivo criador da ação de impugnação de mandato eletivo em sua plenitude é justamente o Princípio da Moralidade Administrativa, abrangente, englobando, inclusive, o direito às eleições livres, legítimas e indene de fraudes ou qualquer influência do poder, seja ele econômico ou político.

Com efeito, o grande óbice apontado pela jurisprudência dominante, neste caso, encontra-se no princípio que impõe interpretação estrita a comandos restritivos de direitos.

Não obstante não se tratar de interpretação extensiva, posto que não se utiliza nenhum de seus recursos e métodos, é esta a imposição jurisprudencial e doutrinária na espécie.

Ocorre que, conforme visto, nenhum princípio é absoluto. Nenhum princípio é onipotente. Em situações concretas de choque, deve-se analisar qual princípio deverá avançar e qual deverá recuar para a correta aplicação e coexistência das normas. E tal não se dá apenas no momento da norma de decisão, mas, também, na interpretação dos institutos à luz de situações concretas.

Os princípios da Harmonização e da Máxima Efetividade talvez sejam aqueles que melhor caminham no sentido de dar à ação de impugnação de mandato eletivo a sua força já intrínseca, porém subestimada.

No confronto entra a moralidade administrativa e a lisura das eleições, de um lado, e o conceito de interpretação estrita, do outro, é claro que os primeiros devem expandir sua atuação e o último deve ceder-lhes espaço. Não se quer aniquilar o instituto da interpretação estrita, mas afastar sua aplicação em seara que trata dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Em *ultima ratio*, a interpretação estrita existe para beneficiar, no caso concreto, uma pessoa. Um indivíduo ou entidade. É previsto como garantia contra o abuso dos poderes constituídos na aplicação da lei, mas neste caso concreto, beneficia a figura do candidato. Pontualmente, esse tipo de interpretação é benesse ao universo de candidatos a prélios eletivos.

A jurisprudência age de maneira danosamente cautelosa quando o desfecho da ação pode ser a exclusão da candidatura ou a cassação de diploma de candidato, procurando expor a afirmação de que o intuito é garantir, ao menos mediamente, a própria eleição ou sua legitimidade. Buscam fugir do que está cristalino: as limitações impostas às ações eleitorais acabam por garantir apenas os direitos dos candidatos, em detrimento do desenvolvimento democrático.

Tal posicionamento é vazio! Os instrumentos que podem garantir a lisura das eleições são justamente aqueles aptos a excluir o candidato infrator da disputa, ou cassar-lhe o mandato, caso eleito e diplomado. O candidato que não se conduz sob os ditames constitucionais e legais de lisura e moralidade durante sua campanha

não terá legitimidade em sua vitória, mesmo que receba maioria absoluta de votos. Votos viciados não são votos. São expressões fidedignas da intenção espúria do candidato infrator, de acesso ao poder, de justificar os fins com os meios.

Com efeito, em democracia, legitimidade guarda relação com a quantidade de votos recebidos nas urnas. Mas votos viciados não têm o condão de conferir legitimidade a um candidato eleito. Pelo contrário, demonstram justamente que não há qualquer resquício de legitimidade na manifestação daquele universo de eleitores.

A ideia de que se deve conservar a vontade das urnas a todo custo, mesmo estando tal vontade viciada, não merece mais prosperar. Deve ser substituída por uma visão de legitimidade em seu sentido mais íntimo, mais essencial, excluindo-se todos os candidatos que, ao ferir o ordenamento jurídico eleitoral, demonstrem aí a total falta de compromisso com a *res publica*.

Pois bem. Por conclusão, frente ao quanto explicitado, sopesando o universo de candidatos e a importância da existência de eleições lisas para o desenvolvimento democrático do Estado brasileiro, deve sempre restar salientada a última.

O processo eleitoral democrático é base do tipo de estado que a Constituição da República criou. E tal processo deve superar todas as possibilidades de fraudes e abusos para atingir seu mister, qual seja o de legitimar a representação popular para o exercício do poder.

Noutros termos, a vigência do Princípio da Harmonização é inegável neste particular: por sua força, a moralidade administrativa e a necessidade de eleições lisas ocuparão o terreno cedido pela necessidade de interpretação estrita de comandos restritivos de direito.

Não se olvide, ainda, da influência do Princípio da Máxima Efetividade em termos de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Conforme tal regramento, a interpretação dada a um comando constitucional deve ser aquela que dê máxima efetividade ao direito tutelado.

É exatamente esta a proposta. Maximizar a efetividade da ação de impugnação de mandato eletivo. Dar à ação o raio de abrangência que quis o Constituinte. Entender que a previsão constitucional de um instrumento processual utilizável para coibir abusos que afetem processos eleitorais tem significado maior e mais amplo. A Constituição da República não quis relegar a guarda dos prélios eletivos apenas às legislações infraconstitucionais.

Ao contrário, quis garantir, criando em seu próprio corpo uma ferramenta apta a coibir todo o universo de influências maléficas às disputas eleitorais. Não houve segurança do legislador constituinte em deixar para leis posteriores a criação das ferramentas necessárias.

É incomum no texto da CF/88 a criação de remédios processuais. Não é por outra razão. A Carta se preocupou com pontos fundamentais à proteção de direitos e interesses que mereceram sua tutela diretamente, sem a necessidade da intermediação da legislação ordinária.

Por conseguinte, se a Constituição da República criou uma ação cujo fito é a moralização das eleições – repita-se, ato incomum no texto da CF/88 – a essa ação deve ser dada interpretação de efetividade máxima, pois foi assim que quis o poder de fato.

A retirada do poder de tutela da ação de impugnação de mandato eletivo fere, a um só tempo, a efetividade máxima e a harmonização previstas nos modernos princípios hermenêuticos delineados.

4.6 LIVRE CRIAÇÃO DO DIREITO

Tocante à criação livre do direito, fenômeno arbitrário largamente utilizado pelos pretórios eleitorais, destacamos como ímpar a decisão do TSE que criou prazo decadencial para a propositura das representações características do Direito Eleitoral.

Saliente-se que não há qualquer previsão de prazo, seja na lei, seja na constituição. E nem poderia, pois tendo a lisura das eleições como alto valor constitucional, a limitação do exercício das ações que a garantem seria enorme contrassenso e sua mera previsão legal poderia ensejar a arguição de sua inconstitucionalidade, frente à interpretação realizada no uso dos princípios modernos de hermenêutica constitucional.

Nada obstante tais considerações, no bojo do Recurso Ordinário 748, originário de Belém/PA, foi levantada questão de ordem sobre a propositura de ações eleitorais após a proclamação do resultado dos pleitos. Os ministros, àquele momento, consideraram absurda tal hipótese, concluindo que os candidatos que agiam de tal forma nada mais estavam a fazer do que tentar reverter o resultado das urnas no Judiciário. Em tal tese, tentavam ir contra a vontade do povo através de decisão judicial.

E fez mais: aplicou o prazo processual criado ao próprio processo onde se deu a questão de ordem (!), configurando gravíssima lesão ao direito adquirido, à segurança jurídica e ao ato jurídico perfeito.

Independente de se adentrar à idéia de legitimidade da vontade do povo quando esta se mostrar viciada, o que já levaria a extenso e rico debate, centralize-se a questão sob o seguinte enfoque: como pode tal previsão ser legal ou conformar-se com a Constituição?

Se a própria Carta tem a lisura dos pleitos eleitorais como altíssimo valor, se são previstas diversas ações com o fito de equilibrar e moralizar as disputas, se há ação constitucional (ação de impugnação de mandato eletivo, já mencionada) cujo prazo de propositura é de 15 dias após a diplomação dos eleitos, se não há qualquer limitação temporal na Constituição ou na lei, não é razoável, sequer possível, que um Tribunal Superior crie tal limitação.

Ora, o que a criação de um prazo, diga-se, o que a criação de norma de direito processual, nesse caso, tem de concretizador da Constituição? Decerto, apenas a relação de confronto, de antítese, de subversão. Posto que a competência para legislar sobre direito processual é exclusiva da União, através do Poder Legislativo, que o fez nos casos das Leis 4.737/65 e 9.504/97 e da Lei Complementar 64/90, não existe lacuna ou insuficiência legislativa a justificar a decisão pretensamente ativista.

Não há ativismo nesse ponto. Conforme salientado anteriormente, ativismo judicial guarda relação obrigatória com concretização constitucional. Fora disso há arbitrariedade, há hipertrofia do Judiciário e aí sim há usurpação de competência e

juízo *extra petita*. Não há ativismo em decisão que contraria, ostensivamente, os princípios da ampla defesa, do contraditório, da coisa julgada, do ato jurídico perfeito, do direito adquirido, da irretroatividade da lei, da legalidade, da segurança jurídica e do devido processo legal.

A arbitrariedade é patente. São tais bases totalitárias e praticamente ditatoriais que ensejam receio aos críticos do ativismo judicial. São essas decisões que inspiram as críticas ao fenômeno, que justificam o temor da caminhada rumo à existência de apenas um poder determinante na condução de toda a sociedade, se for cruzada a linha que separa o ativismo da livre criação do direito.

E a ditadura do Judiciário estaria instalada, talvez mais potente do que qualquer outro regime semelhante conduzido por entes da esfera política, posto que o poder absoluto e totalitário concentrar-se-ia nas mesmas mãos que deveriam limitar tal poder. Talvez aqui o signo absolutismo encontre sua significância mais fiel.

5 CONCLUSÕES

No sentir dos argumentos expendidos, não há mais sustentação à exclusão do abuso de poder político como causa de pedir da ação de impugnação de mandato eletivo.

Nenhuma das argumentações que defendem tal limitação pode resistir à discussão mais profunda. O texto constitucional pede espaço para a ação de impugnação de mandato eletivo. O atual momento do Direito Eleitoral requer o mesmo espaço. A democracia brasileira precisa se desenvolver expurgando os candidatos mal-intencionados e as práticas políticas danosas.

Infelizmente, para se chegar ao ponto de homenagens sem fronteiras ao princípio da supremacia da vontade popular, antes se deve buscar a garantia de que essa vontade não se expressará de modo viciado. O próprio eleitor desconhece a própria manipulação que sofre. Desconhece expressar vontade que está irremediavelmente manchada. E, portanto, age com repulsa às ocasiões onde o candidato eleito é destituído do poder por agir contra a lei.

Mas ao jurista não é possível ignorar a perpetração dos abusos. O jurista conhece o caminho trilhado pelos candidatos espúrios, sabe os métodos que são levados à frente em campanhas eleitorais. E a este jurista cabe coibir os abusos.

À doutrina e à jurisprudência cabe a tarefa de moralizar e resguardar as eleições. Os julgadores que passam pelas instâncias eleitorais devem buscar interpretações que promovam o desenvolvimento democrático. A vontade do povo deve ser respeitada, contanto que não viciada. E os meios para evitar ou punir o causador desses vícios devem ser potencializados, interpretados à luz da vontade constitucional, que coloca a moralidade administrativa e a lisura eleitoral em pedestal altíssimo.

A vontade expressada por vício deve ser revogada, mesmo que contra sua própria vontade. Há que se demonstrar ao povo os malefícios que são trazidos às suas comunidades por essas práticas condenáveis. E esta demonstração se dá pela

punição, pela demonstração da Justiça de que aquelas condutas estão erradas, indo de encontro aos princípios mais lúdicos da ordem constitucional.

Representantes populares eleitos em procedimentos viciados não possuem legitimidade para exercer o poder delegado pelo povo. É exatamente em nome desta legitimidade que a Constituição da República demonstrou tanta preocupação em manter as eleições afastadas dos abusos de poder genericamente considerados.

Não se trata, como já afirmado alhures, de fomentar a judicialização das eleições, mas sim de aplicar a lei da forma que ela foi criada, e com a finalidade para que ela foi criada.

Das discussões acima expendidas, não se pode chegar a outro arremate. O ativismo judicial surge no Brasil, assim como surgiu em outras nações, como verdadeiro remédio à inércia e à insuficiência dos poderes Executivo e Legislativo.

Mesmo sob tórrida corrente de críticas à sua própria existência, o ativismo continua ganhando terreno nessa discussão, enriquecido e fortalecido pelas manifestações de aprovação inclusive pelo corpo social civil, aquele mesmo que, em tese, seria o principal prejudicado com o engrandecimento do Judiciário.

Engrandecer não significa exatamente hipertrofiar. Como se disse, não há que se fazer do Judiciário moderno, ativista, um novo Leviatã. Até o presente momento, não se corre este risco. É claro que as oportunidades que se abrem aos julgadores neste momento são múltiplas, e que as reações humanas ao acúmulo de poder tendem ao embevecimento e ao abuso, e, portanto, merece esse fenômeno um acompanhamento atento por parte de quem o exerce e também por parte da sociedade.

Por conseguinte, não se deve olvidar que à derrocada e extinção do ativismo basta a realização das tão esperadas, debatidas e adiadas reformas políticas, únicos processos pelos quais a própria classe política, componente dos poderes eleitos e legitimados pelo poder de fato, poderá ressurgir do caos institucional em que se afundou e concretizar os valores constitucionais tão caros ao ordenamento, e que hoje encontram abrigo seguro apenas nas decisões judiciais de teor constitucional.

Tudo o aqui debatido deve se aplicar ao Direito Eleitoral. Os julgadores deste ramo, acima até do que aqueles de qualquer outro – exceto o excelso, STF –, devem compreender o caráter necessário do ativismo judicial para a consecução dos altos valores constitucionais, notadamente aqueles relacionados à efetivação dos direitos fundamentais e à manutenção do Estado Democrático de Direito.

No ramo onde se trata justamente de um dos pilares do regime democrático adotado pela Constituição de 1988 – a eleição dos representantes do povo, para em seu nome atuarem e disporem do poder – a preocupação com a constitucionalização da lide e com a judicialização da política deve ser ininterrupta, jamais sendo admissível a postura passiva ante as omissões e parcas ações do Poder Público.

Se é verdade que em quase todo o ordenamento o Legislativo deixa a desejar na criação normativa e o Executivo na criação e administração dos programas políticos, não poderia ser diferente em seara eleitoral, cujo objeto de estudo trata justamente da forma de acesso dessa classe política ao poder delegado.

É exercício imaginativo de difícil consecução a ideia de que os legisladores, já ausentes e omissos, sairão de seu torpor justamente para limitar as formas de seu próprio acesso ao mesmo poder que os entorpeceu.

Nesse diapasão, deve-se confiar ao Judiciário a missão de regular o processo eleitoral *lato sensu*, com o fito de moralizar definitivamente os certames. Talvez tal moralização seja o segundo passo – o primeiro foi dado com a fidelidade partidária – da classe política à reaproximação da sociedade, voltando a entender seus anseios e a representar fielmente o papel que lhe foi outorgado pelo Poder Constituinte.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Ordinário n. 748, Classe 27ª, Belém (Pará). Relator Ministro Luiz Carlos Madeira. Julgamento em 24 de maio de 2005. Publicação no Diário da Justiça em 26 de agosto de 2005.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Resolução n. 22.526. Consulta n. 1.398, Classe 5ª, Distrito Federal (Brasília). Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Consulente Partido da Frente Liberal, nacional, por seu presidente. Julgamento em 27 de março de 2007. Publicação no Diário da Justiça em 08 de maio de 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DICIONÁRIO Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>. Acesso em: 01. Abr. 2018.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- _____. Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís A. Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 55.