Possibilidades e limites da Justiça Eleitoral: riscos de um ativismo judicial exacerbado



Foto: ASCOM TRE-RJ

Edson Aguiar de Vasconcelos

Desembargador Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro

Introdução

A literatura jurídica atual é pródiga na abordagem do denominado *Ativismo Judicial*, que se caracteriza não só pela participação reforçada do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, mas também pela intensa interferência do Juiz nas esferas de atuação do Executivo da autonomia privada dos cidadãos.

O *Ativismo Judicial* tem sido compreendido por uma clivagem positiva e outra negativa. Para uns, é a melhor maneira de efetivação dos direitos contemplados na ordem jurídica fundamental, havendo avaliações críticas de outros, que o compreendem como indevida interferência do Judiciário na definição governamental das políticas públicas ou mesmo violação do princípio da separação dos poderes, com afronta de certos direitos fundamentais que constituem cláusulas pétreas da ordem constitucional.

A referida vertente crítica da discussão reconduz ao próprio sistema da separação dos poderes, que tem por referência o critério de *checks and balances*, cujos vetores funcionais são recortados da doutrina constitucional clássica, expressa em famosa decisão da Suprema Corte norte-americana[1]:

> É regra geral, inerente ao sistema constitucional americano, que, a menos que o contrário seja expressamente estabelecido ou constitua uma cláusula incidental aos poderes conferidos, o Legislativo não pode exercer poder executivo ou judiciário; o Executivo não pode exercer poder legislativo ou judiciário; o Judiciário não pode exercer poder executivo ou legislativo.

Averbe-se, no entanto, que o próprio constitucionalismo norte-americano reconhece que esta separação funcional não é absoluta, pois ressalva a possibilidade de ultrapassagem de certos limites. Na mesma decisão antes referida, em voto vencido do Juiz Holmes, assentou-se a impossibilidade de se precisar, em termos matemáticos, os significados de ação legislativa e ação executiva, não se podendo também realizar uma divisão metódica dos órgãos governamentais em compartimentos estanques, distinção esta que não foi realizada pela própria Constituição. Neste vácuo conceitual surgem decisões judiciais consideradas atípicas, mas isto, por si, não desqualifica ou retira legitimidade constitucional do correspondente procedimento decisório.

Ativismo judicial e democracia participativa

A dificuldade conceitual do princípio da separação dos poderes transformou-se na modernidade em verdadeiro nó górdio, porquanto o objeto da proteção judicial sofreu profunda ampliação no tempo histórico, passando dos tradicionais direitos subjetivos clássicos para novas técnicas de legitimação procedimental e o consequente acesso à justiça através de diferentes espécies de processos.

Surgiram novos direitos fundamentais de natureza coletiva e isto gerou uma gama de atividades judiciais de índole cautelar e de urgência, assinalando-se também a ampliação do papel do Estado em áreas anteriormente desconhecidas.

Como se pode verificar, o cenário e atuação do Judiciário apresenta na atualidade uma fisionomia distinta da que tinha até o terceiro quartel do século passado. Nesta nova característica produziram-se diversas mudanças nos paradigmas tradicionais para reforçar a função dos juízes como poder de soberania.

Na atualidade, a função jurisdicional não se limita à mera atividade silogística de aplicar a lei às situações concretas, indo além na tarefa de contribuir decisivamente para a realização da justiça material.

O próprio conceito de democracia experimentou mudanças e o constitucionalismo, inclusive o brasileiro, já aponta para a denominada democracia participativa, que contribui para expressar com mais fidelidade a vontade popular, uma vez que o tradicional sistema representativo capta a realidade de forma distorcida, na medida em que os eleitores não conseguem identificar-se plenamente com os parlamentares que elegeram.

Em sentido puro, estas deliberações populares, diretamente realizadas, constituem o que Habermas[2] denominou de autodeterminação democrática , formada pelo comportamento espontâneo dos cidadãos, com absoluta independência de qualquer ação governamental. Isto provoca integração cultural da população e construção simbólica de um povo que pode transformar a impessoalidade

1. Tradução livre de trecho do julgamento *Springer versus Government of the Philippine Islands*, 277 U. S. 189, 201 (1928).
2. *A Constelação Pós-nacional Ensaios Políticos*, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo: Littera Mundi, 2001, p.82.

do Estado em integração de pessoas identificadas por valores comuns de convivência.

Em tal perspectiva, o procedimento democrático já não retira sua força legitimadora da participação e da expressão da vontade no modelo democrático clássico e sim do acesso universal a um processo deliberativo, cuja natureza fundamenta a expectativa de resultados racionalmente aceitáveis.

Um dos instrumentos que resultam desta força legitimadora é o processo judicial, já não visto como um fim em si mesmo, sendo antes uma ferramenta a serviço da tutela do direito substancial, a que deve garantir efetividade, seja quanto à sua fiel observância ou sua correção em caso de inobservância.

> “A dificuldade conceitual do princípio da separação dos poderes transformou-se na modernidade em verdadeiro nó górdio, porquanto o objeto da proteção judicial sofreu profunda ampliação no tempo histórico”

Este aspecto processual teleológico permite certa modulação na instrumentalidade do processo para justificar mudanças que se verificam na concepção da processualística, que tem experimentado modificações profundas, citando-se, a título de exemplo, os processos relativos à proteção do direito do consumidor (que objetiva tutelar um direito somente há pouco reconhecido), à proteção do meio ambiente (que visa a preservar a vida, em todas as suas dimensões), à proteção ao patrimônio histórico e artístico (como valores transcendentais do ser humano). Nesta nova processualística, avultam institutos tradicionalmente inconcebíveis, a exemplo da inversão do ônus da prova, da suspensão do processo, barganha com testemunhas, delação premiada etc.

A técnica de *accountability* como moduladora do princípio da separação dos poderes

Por conta da referida mutação ocorrida na tradicional doutrina de *checks and balances*, tem-se aplicado hodiernamente a técnica denominada *accountability*, termo que não encontra precisa tradução no idioma inglês e que alguns autores identificam com o dever que têm as autoridades de prestar contas públicas dos respectivos atos (*answerability*) e de se submeterem ao escrutínio de entidades governamentais investidas de poder de sancionamento de agentes públicos que eventualmente violem os respectivos deveres (*enforcement*).

Boa parte do controle das atividades das autoridades no Brasil tem sido realizada pela via do processo judicial, que acaba por transformar-se em eficaz instrumento de *accountability* ao permitir a participação do cidadão no controle dos atos de governo e da Administração Pública, mediante manejamento de ações coletivas e populares, bem assim pela deflagração de contencioso constitucional, que pode ser exercido pela legitimidade processual conferida ao Ministério Público e outras instituições incumbidas da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais qualificados.

O ativismo judicial brasileiro na prática

O voluntarismo é o fantasma assustador que parece acompanhar o *Ativismo Judicial*, pois, neste território livre, os juízes decidiriam com base nas próprias idiossincrasias, com prejuízo à segurança jurídica.

Esta patologia já foi sentida em ordens constitucionais de forte base democrática, a exemplo dos Estados Unidos da América.

O Brasil vive uma democracia tardia (e recente) que precisa atacar, de maneira intensa, diversas disfunções de ordem ética, a ponto de contar nossa Carta Magna, no art. 37, com expressos preceitos axiológicos e morais, sendo hoje utilizados para estancar gigantesco quadro de corrupção e abusos existentes, notória que é a fragilidade representativa de nossas estruturas partidárias e institucionais.

O que se rotula de *Ativismo Judicial* no Brasil é apenas uma forma de atuação jurisdicional dos novos tempos, produto de modernidade relacionada a uma estrutura social em constante mutação e que se agita sequiosa de mudanças.

O tempo dos juízes ativos é agora, mas não se pode confundir *Ativismo Judicial* com *Voluntarismo Judicial*.

Com efeito, o verdadeiro *Ativismo Judicial* ainda busca por sua real identidade, mas não se desgarra nunca de seu compromisso com os valores democráticos e com o pluralismo político. Não alinha com a concepção dos que vêem no direito repressivo (penal e sancionatório civil) a solução para todas as distorções sociais e políticas, o que nos obriga a reconhecer que a crítica de Michel Foucault[3] continua atual, ao relacionar os castigos impostos pelo Estado a uma autêntica tática política. Esta mentalidade não pode ser aceita em uma sociedade que se quer igualitária, sob pena de indesejado retrocesso autoritário.

Ativismo judicial e o Direito Eleitoral

O *Ativismo Judicial*, no âmbito do processo eleitoral, assume especial importância, notadamente no que diz respeito à Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), na qual o contraditório se ressente de certa disfunção operacional na sua tarefa de garantir uma decisão justa.

Assim é que a Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, estabelece a inelegibilidade de cidadãos submetidos a representações julgadas procedentes pela Justiça Eleitoral, em processo de apuração de abuso de poder econômico ou político (art. 1º, d), sendo importante notar que o Juiz, ou o Tribunal, forma sua convicção pela livre apreciação da prova, atento aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, bastando mencionar na decisão os motivos do seu convencimento (art.7º, parágrafo único). Admite-se ainda a livre apreciação dos fatos públicos e notórios, bem assim dos indícios, presunções e prova produzidos, desde que se coadunem com as circunstâncias e fatos, para atingimento de um certo objetivo de preservar o interesse público na lisura eleitoral (art. 23).

Os artigos 19 e 21 do mencionado diploma normativo estabelecem que serão apuradas mediante investigações jurisdicionais, de procedimentos sumaríssimos, as transgressões resultantes de valores pecuniários de origem ilegítima, bem assim as de abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto.

3. ´In´ *Vigiar e Punir: nascimento da prisão* (do original francês: *Surveiller et punir*) tradução de Raquel Ramalhete, Petrópolis: Vozes, 1987.

Processo inquisitório em busca de contraponto democrático

Como se vê, a processualística da inelegibilidade é realizada com prevalência do modelo processual inquisitório, no qual domina a ideia-força de uma satisfação absoluta do interesse do Estado, com redução do investigado a mero objeto do processo, sem efetivo direito ou liberdade de atuação, não se podendo olvidar a gravidade desta modalidade de sancionamento, que envolve a supressão do direito de participação em sufrágio eleitoral, um dos bens jurídicos mais prezáveis dos cidadãos.

Este tipo de processo é inspirado na penalística criminal, sendo estruturalmente formado com objetivo de buscar a verdade e defender a sociedade, relegando a segundo plano as garantias da pessoa do imputado[4]. Nesta modalidade processual, o juiz acumula as funções de acusador e julgador, pelo que sua convicção fica bastante contaminada pela atividade probatória no momento de julgar, o que lhe retira, ou, pelo menos esbate, a imanente imparcialidade de qualquer julgamento que se queira justo.

A processualista Teresa Pizarro Beleza[5] observa que esse sistema tem a vantagem da eficácia (no sentido operacional), mas conta com o inconveniente de prejudicar a justiça material, porque, de qualquer modo, sempre posterga as mais elementares possibilidades de defesa. A objetividade e a imparcialidade do julgador podem ser facilmente comprometidas, uma vez que o mesmo julgador prepara todo o processo para julgamento, colhendo todas as provas que entenda necessárias, independentemente de iniciativa dos autores da ação. Por isto, o magistrado dificilmente deixará de ter convicções já formadas sobre o assunto antes do julgamento, tanto mais que nesse sistema o juiz pode conhecer todos os fatos, colocando o investigado em situação de não poder organizar convenientemente a correspondente defesa.

> “O juiz precisa observar alguns fatores garantidores da lisura do pleito e do direito de defesa dos partícipes do sufrágio, a exemplo do princípio da primazia da soberania popular”

Para obviar tais inconvenientes processuais, que já se incorporaram inexoravelmente ao nosso sistema eleitoral, o juiz precisa observar alguns fatores garantidores da lisura do pleito e do direito de defesa dos partícipes do sufrágio, a exemplo do princípio da primazia da soberania popular, a implicar a igualdade de chances ou oportunidade na promoção das candidaturas no período permitido às campanhas eleitorais, com balizamento da moralidade e probidade para o desempenho dos cargos políticos, não se permitindo, assim, nos termos da lei, que pessoas reconhecidamente ímprobas possam se candidatar a cargos políticos.

No âmbito do processo eleitoral sancionatório (criminal ou civil), o referido princípio da soberania popular, cambiante por natureza, determina aos juízes uma postura minimamente intervencionista no jogo eleitoral, em casos jurídicos considerados complexos. As decisões nessas hipóteses devem cingir-se ao caso concreto, evitando-se generalizações, para assim permitir formação de precedentes ditados

4. Cf. Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. III, Lisboa: Verbo, 1994, p. 55.
5. *Apontamentos de Direito Processual Penal*, volume III, AAFDL, Lisboa, 1003, p. 85.

pelos tribunais superiores, máxime o Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral[6].

Esta cautela jurisdicional deriva da observação histórica, que tem demonstrado ser a dinâmica política formada pela sedimentação dos costumes, com gradativa relativização do papel da lei. Observa-se ainda que, neste contexto, avulta-se uma verdadeira afirmação do controle da sociedade civil sobre o poder político do Estado, produzindo forte respeito cívico da noção de Direito, do que é paladino exemplo a denominada Lei da Ficha Limpa, gestada pelo processo legislativo popular.

Um mito que se revela

Excluído o voluntarismo indesejado, pode-se afirmar que a atual postura do Poder Judiciário, no enfrentamento das questões jurídicas complexas, revela uma faceta funcional necessária e oportuna, não se justificando qualquer timidez que possa eclipsar o futuro da democracia no Brasil, ainda que pessimistas e temerosos possam ver neste atuar certa tendência quixotesca ou utópica. Mas a utopia nem sempre é figura apenas sonhada, conforme observa Saul Fuks em conhecido artigo:

“A atual postura do Poder Judiciário, no enfrentamento das questões jurídicas complexas, revela uma faceta funcional necessária e oportuna, não se justificando qualquer timidez que possa eclipsar o futuro da democracia no Brasil”

> O futuro é um despertar que depende da ação humana; é preciso gerar um arsenal ideológico capaz de conduzir as transformações almejadas. As realidades de hoje foram utopias no passado, germes, embriões que fecundaram a história. Nessa concepção, a utopia não é algo irreal, inviável, sonho romântico irrealizável. Ao contrário, é a própria condição de possibilidade do devir, do florescimento do novo, são só anseios, às vezes ainda não amadurecidos, que aguardam a sua vez nos labirintos da história. Mas, antes de transformar o mundo, é preciso sonhá-lo[7].

O momento atual de afirmação do direito eleitoral no Brasil pode ser comparado a um mito de coisas passadas, que a cada momento entra pela porta dentro, embora nem sempre se o reconheça como integrante do cotidiano de todos.

É situação paradoxal que remete à poética sentença de Fernando Pessoa, em sua obra Ulisses: o mito é o nada que é tudo. Mas a isto se pode aditar, em linha de verdade bruta: é hora de ação serena dos magistrados eleitorais, pois eventual omissão poderá refletir no espelho da história uma imagem invertida que transformará aquele tudo poeticamente multiplicador em um nada que a realidade projetará, com mancha de vergonha, perante as futuras gerações, com as quais o compromisso desta geração é inafastável. ■

6. Estas conclusões têm influência direta de brilhantes teses formuladas por Luiz Fux em recente cerimônia de posse no TRE-RJ. Íntegra da referida comunicação científica está transcrita em ata publicada, em 23 de março de 2015, no sítio do mesmo Tribunal.

7. Revista Tempo Brasileiro. *A sociedade do conhecimento*, 2003, p. 99.