O ATIVISMO NO JUDICIÁRIO ELEITORAL: Contribuições Críticas sobre a Aplicação da Resolução TSE nº 23.376/2012

JUDICIAL ACTIVISM IN THE ELECTORAL JUDICIARY: a Review of the TSE Resolution nº 23.376/2012

ALINE BOSCHI MOREIRA[1]
ORIDES MEZZAROBA[2]

RESUMO: O tema diz respeito ao ativismo na justiça especializada eleitoral cujo problema recai na possível inconstitucionalidade das resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral que criam obrigações, direitos, sanções, e na prevalência do Judiciário ante os demais poderes. Essa importante questão vem sendo amplamente suscitada pelos partidos políticos, pelos candidatos, pelos juízes eleitorais e pelos doutrinadores do direito, visto que inúmeros julgados paradigmáticos e Resoluções expedidas pelo TSE estão em desconformidade com as prerrogativas fixadas na Constituição, especialmente quanto aos princípios da separação de poderes, da legalidade e da segurança jurídica. O texto abordará, inicialmente, o surgimento do ativismo judicial, origem e conceito, estabelecendo as principais diferenças entre este e outros conceitos, como a judicialização da política. Tratará, ademais, do ativismo judicial eleitoral e da recente Resolução TSE nº 23.376, de 1º de março de 2012, que previu a falta de quitação eleitoral para candidatos com a prestação de campanha desaprovada – sanção não prevista em lei. O método utilizado foi o dedutivo, desenvolvido por meio de pesquisa teórica e análise jurisprudencial.
PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial; TSE; Resolução TSE nº 23.376/2012; Prestação de Contas.

Artigo recebido em 02.08.2013. Pareceres emitidos em 11.11.2013 e 30.11.2013.
Artigo aceito para publicação em 22.12.2013.

[1] Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduanda em Administração Empresarial pela Universidade Estadual de Santa Catarina. Bolsista PIBIC/CNPq entre 2009 e 2013. Destaque da Iniciação Científica 2010 pela Universidade Federal de Santa Catarina. Atua principalmente nas seguintes áreas: Direito Eleitoral e Governo Eletrônico. *alineboschi@gmail.com*

[2] Professor nos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-Doutorado junto à Universidade de Coimbra – Portugal. Professor Colaborador no Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE/SP. Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Capes. Pesquisador de produtividade do CNPq com o projeto de pesquisa: "O endereço da transpersonalização dos atores políticos no processo de reconstrução do modelo de Estado de Direito no Brasil". *oridesmezza@gmail.com*

ABSTRACT: The study analyzes the judicial activism in the electoral judiciary, whose problem lies in the unconstitutionality of the resolutions expedited by the Superior Electoral Court (in Portuguese: TSE) that create obligations, rights and penalties. The infringement of the Brazilian Constitution has been raised by parties, candidates, judges and jurists with the argument that those paradigmatic resolutions violate the principles of separation of powers, legality and legal security. Initially, the essay approaches the concept of judicial activism, its origin, causes and the differences between the institute and the Judicialization of Politics. Furthermore, the article will examine the activism in the recent electoral resolution number 23.376/2012, which prohibited the candidates that had the campaign accountability disapproved to run for the elections. Lastly, the work reaches to the conclusion that the TSE instruction is another example of Brazilian judicial activism.
KEYWORDS: Judicial Activism; Superior Electoral Court (TSE); TSE Resolution nº 23.376/2012; Accountability.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Ativismo Judicial – Fundamentos e Concepções; 1.1 Conceito de Ativismo Judicial; 1.2 A Origem Norte-americana; 1.3 Ativismo Judicial e Judicialização da Política; 1.4 Causas do Ativismo Judicial; 2. O Ativismo no Judiciário Eleitoral; 2.1 Resolução TSE nº 23.376 de 1º de março de 2012; 2.2 Aspectos Controversos sobre a Resolução; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. Judicial Activism – Background and Concepts; 1.1 The Meanings of Judicial Activism; 1.2 The Origin of the Judicial Activism; 1.3 Judicial Activism and Judicialization of Politics; 1.4 The Causes Of Judicial Activism; 2. Judicial Activism in the Electoral Judiciary; 2.1 Resolution TSE nº 23.376; 2.2 Controverted Aspects of the Resolution; Conclusion; Bibliography.

INTRODUÇÃO

Ao longo da história, verifica-se que de tempos em tempos determinado poder estatal é responsável por acender intensos debates no cenário político-jurídico. Fora assim com o Legislativo durante o período liberal, com o Executivo no *Welfare State* e hoje, por sua vez, são crescentes as discussões acerca da atividade jurisdicional. Nesse prisma, dentre os alvos de estudos pormenorizados estão temas como controle de constitucionalidade concentrado e difuso, dispensação de medicamentos pelo Judiciário, controle das políticas públicas e dos atos administrativos por parte da Justiça, hermenêutica contemporânea, usurpação da competência legislativa levada a cabo por juízes (esta última denominada por alguns como ativismo judicial).

O presente estudo tem como objeto, de acordo com a evolução retro delineada, o Judiciário, mais especificamente a justiça especializada eleitoral e a competência de expedir instruções para a execução do Código Eleitoral (prevista no artigo 23, inciso IX, da Lei nº 4.737/65) e das leis eleitorais, competência essa exercida principalmente às vésperas das eleições, a fim de sistematizar e de unificar os procedimentos judiciais e administrativos. Mas, muito além de concretizar as normas que regulam os pleitos, tem o Tribunal Superior Eleitoral agido de maneira legiferante, criando normas de acordo com a concepção pessoal dos ministros. Como exemplo são citadas as Resoluções nº 22.610/2007 – que disciplina a perda do mandato dos eleitos considerados trânsfugas, ainda que não disponha a Constituição acerca da

perda do mandato por infidelidade partidária – e nº 23.376/2012, que será examinada ao longo do trabalho.

A problemática do presente estudo consiste em analisar se o ativismo judicial consubstanciado em resoluções expedidas pelo TSE que criam obrigações, direitos, sanções vai de encontro às diversas leis esparsas (Código Eleitoral, Lei nº 9.504/97 e nº 9.096/95) e, também, se é inconstitucional por violar os princípios da separação de poderes, da legalidade e da segurança jurídica. A hipótese é que sim: haverá ofensa à Constituição e à legislação infraconstitucional por parte do judiciário quando tais atividades são desempenhadas.

Acerca da importância e da novidade do trabalho, sabe-se que a atuação da justiça eleitoral implica em grandes repercussões nos pleitos, influenciando candidaturas e resultados das urnas. Assim, é de extrema importância a análise do Judiciário na expedição de resoluções, as quais deveriam, em tese, servir apenas para operacionalizar as leis existentes (na prática, contudo, percebe-se que o TSE amplia tal competência nas suas instruções, criando leis por via distorcida). A importância e a novidade do estudo decorrem, portanto, de sua atualidade, porquanto tece contribuições críticas acerca de Resolução expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral nas eleições municipais de 2012.

O método utilizado foi o dedutivo, desenvolvido por meio de pesquisa essencialmente bibliográfica e jurisprudencial.

Para atender aos objetivos da pesquisa, o texto foi dividido em duas partes: a primeira trará o ativismo judicial de forma ampla, sem se restringir à alguma seara do direito. Nesse tópico, o conceito de ativismo judicial formulado pela doutrina brasileira, a origem do termo, as diferenças entre ativismo judicial e a judicialização da política, bem como as causas e os efeitos da atividade serão analisados.

Na segunda parte, abordar-se-á o ativismo judicial eleitoral, distinguindo-o novamente de outros conceitos. Nesta, serão analisadas a competência do TSE em expedir instruções para concretizar a lei, as características de tais Resoluções e a consequência no cenário eleitoral. Por fim, em análise prática, desenvolver-se-á contribuição crítica acerca de recente Resolução nº 23.376, de 1º de março de 2012, expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral e que previu a falta de quitação eleitoral para candidatos com a prestação de campanha desaprovada – sanção não prevista em lei.

1. O ATIVISMO JUDICIAL – FUNDAMENTOS E CONCEPÇÕES

Nas últimas décadas, percebe-se atividade crescente da função judiciária ante as demais funções estatais: novas competências são reconhecidas em lei, demandas são levadas ao judiciário em maior quantidade e diversidade e atividades normativas (funções atípicas) foram ampliadas[3]. O Judiciário,

[3] A esse respeito, a função atípica do Judiciário Eleitoral prevista no artigo 23, inciso IX, da Lei nº 4.737/65 foi reproduzida na Lei das Eleições (nº 9.504/97) e dos Partidos Políticos (nº 9.096/95), ampliando sobremaneira a matéria passível de regulamentação pelo TSE.

atualmente, conta com ampla margem de atuação, com destaque para o sistema de controle de constitucionalidade concentrado e difuso, a aplicação imediata pelos magistrados dos princípios fundamentais e os remédios constitucionais. Some-se a isso, na seara eleitoral, a competência da Justiça Especializada de expedir resoluções para o cumprimento e a operacionalização de leis.

Nesse sentido, interessante a colocação de Maia (2010) ao afirmar que essa expansão judicante se deu pela quebra do paradigma liberal clássico, movimento sentido não apenas no Brasil, mas em diversos países, sejam de influência romano-germânica ou anglo-saxônica. É pertinente a colocação de Barroso (2009, p. 01) sobre o tema:

> Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, Cortes Constitucionais ou Supremas Cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

Barroso (2009) menciona alguns casos internacionais relacionados, como o julgamento *Bush v. Gore* nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte decidiu o resultado das eleições presidenciais; a constitucionalidade do levantamento do muro na fronteira do território palestino em Israel; e ressalta, no entanto, que a situação brasileira se destaca ante a quantidade e a profundidade dos casos encontrados.

Todavia, do panorama delineado, há que se esclarecer previamente que nem todas as atividades jurisdicionais acima elencadas são consideradas ativismo judicial – isto é, há que se averiguar se são ativismo judicial, por exemplo, as novas demandas levadas ao Judiciário e o sistema de controle de constitucionalidade – e, para tanto, é necessário delimitar, já de início, o conceito de ativismo judicial e distingui-lo das demais manifestações judiciais (como a judicialização da política), objetivo do próximo tópico.

1.1 Conceito de Ativismo Judicial

Malgrado o ativismo judicial ter grande repercussão e apoiadores entre os juristas pátrios, percebe-se, bem verdade, que existem confusões literárias acerca do seu significado, o que leva alguns autores a apoiarem uma atitude ativista que, se bem analisada, de ativismo judicial não se pode chamar. Isso ocorre, por exemplo, quando é taxada de ativismo judicial a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade a qual, como se verá, trata-se de exemplo, *a priori*, de Judicialização da Política.

Ademais, além dessa confusão entre ativismo judicial e judicialização da política, percebe-se também divergência conceitual entre autores, podendo-se separar duas vertentes: o conceito de ativismo judicial formulado por Luís Roberto Barroso e aquele delimitado por Lênio Streck e Elival da Silva Ramos. Nesse sentido, necessário se faz elucidar ambos os conceitos de ativismo

judicial e esclarecer qual o utilizado no presente estudo, a fim de se delimitar o objeto de pesquisa.

Sob essa perspectiva dicotômica suso descrita, Barroso (2009) entende por ativismo judicial o modo proativo de expandir o sentido e o alcance da Constituição, por meio de uma ampla atuação do Judiciário sob os demais poderes na concretização dos direitos constitucionais. Indo ao encontro desse posicionamento, Petracioli (2009) conjuga a superação da passividade judiciária e uma postura de máxima efetividade e de materialização de direitos, notadamente os fundamentais, diante da ineficiência dos poderes Legislativo e Executivo. Santos (2008) reitera os mesmos argumentos e preconiza que essa interpretação principiológica se mostra como uma evolução natural da modernidade.

São exemplos dessa atividade judicial, consoante Barroso (2009, p. 05):

> (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Outra vertente, por sua vez, entende que não se trata de concretizar direitos, e sim de alargar a competência do Judiciário.

Tal posicionamento é articulado por Ramos (2010, p. 129) para quem o ativismo judicial importa no "exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas [...] e controvérsias jurídicas de natureza objetiva [...]". Na mesma direção, Tassinari (2012) aponta que o ativismo corresponde à supremacia do Poder Judiciário com competências não reconhecidas pela Constituição. Outrossim, ainda consoante a autora, o ativismo judicial decorre de um ato de vontade do julgador, consistindo em prática que surge de dentro da instituição. Este posicionamento é referendado por Baio e Charur (2011) para quem o desvirtuamento dos limites da função judicante e a usurpação da competência legislativa são práticas denominadas de ativismo judicial.

Por fim, há aqueles, como Almeida (2011), que mesclam os dois entendimentos, afirmando que o ativismo corresponde à imposição aos administrados de obrigações sem previsão legal, decorrentes da interpretação hermenêutica contemporânea dos princípios e das cláusulas abertas constitucionais.

Registra-se, assim, que o termo ativismo judicial apresenta distinções na doutrina pátria, assumindo para alguns a figura de usurpar a função legislativa e/ou executiva conduzida pelo Judiciário, enquanto para outros se reveste

de uma postura pró-ativa de alargar o alcance e o sentido da Constituição Federal. Observado de plano essa divergência, há que se perguntar qual a origem e as influências dessa atividade para, então, apontar o posicionamento que o trabalho seguirá.

1.2 A Origem Norte-americana

Há certo consenso em afirmar que o primeiro uso da terminologia *judicial activism* remete aos trabalhos de Arthur M. Schlesinger Jr. em artigo publicado na revista *Fortune* denominado *The Supreme Court: 1947* (GREEN, 2008; STANDLER, 2006; VISCOSI, 2009).

No breve estudo de poucas páginas, Schlesinger discorre acerca das consequências de uma Suprema Corte liberal numa era republicana, analisando-a em dois grupos: o primeiro grupo detinha a denominação de ativista, sendo composto pelos juízes Hugo Black, William Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge; enquanto o segundo, capitaneado por Felix Frankfurter, Robert Jackson, e Harold Burton, apresentava métodos de autocontenção (VISCOSI, 2009). No estudo, Viscosi (2009) aponta que a comparação feita entre ambos os grupos concluiu que aquele apresentava maior preocupação com o uso do poder judicial para o bem da sociedade (segundo a concepção pessoal dos magistrados), relacionando a Corte como um meio para atingir resultados sociais; e este com a decisão conforme as legislaturas, permitindo que outros poderes estatais alcançassem resultados almejados pela população – ainda que significasse a defesa de conclusões condenáveis[4].

Mas, conforme as contribuições de Green (2008), antes mesmo do século XIX as Cortes atuavam da forma como hoje se chama de ativista e, cabe ressaltar, nem sempre as decisões ampliavam os direitos individuais ou enfraqueciam o poder político – a exemplo do pós-Guerra Civil, em que a Corte Americana sobrepôs o poder militar em face dos direitos civis[5].

---

[4] No original: The term judicial activism actually first appeared in a 1947 article in Fortune magazine by Arthur Schlesinger Jr. It focuses on the aftermath of Democratic President Franklin Roosevelt's court packing, and thus largely liberal court, in a Republican era. Schlesinger begins by calling Justices Hugo Black, William Douglas, Frank Murphy and Wiley Rutledge judicial activists. He then states that Justices Felix Frankfurter, Robert Jackson, and Harold Burton pursue methods of self-restraint. Stanley Reed and Chief Justice Fred Vinson were between the two groups (Schlesinger, p. 74-8). Schlesinger then compares the two groups and provides a working definition of judicial activism: One group (the Black-Douglas group) is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other (the Frankfurter-Jackson group) with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve the results the people want for better or worse (Schlesinger, p. 201). (VISCOSI , 2009, p. 08)

[5] No original: First, and closest in time to Schlesinger's essay, is the half-century before 1937 called the Lochner era. During this period, the Court's alleged "activism" (had the word been known) took several forms. [...] Second period of judicial controversy involves the decades after the Civil War. In a series of decisions, the Court submerged individual rights to federal military power, […] In contrast to Lochner, however, the Reconstruction era reveals that judicial

O último apontamento é de extrema relevância, visto que a doutrina brasileira assinala sobremaneira os avanços trazidos pelo ativismo judicial, olvidando que em países cuja atividade é de longa data tal atividade sofreu oscilações entre conservadorismo e conquistas sociais.

Em 1959, após a publicação do artigo na revista *Fortune*, o termo *judicial activism* aparece também em decisões judiciais norte-americanas, não se restringindo aos estudos e às publicações jurídicas. Kmiec (2004) discorre acerca do uso da expressão pela primeira vez num manifesto judicial. De acordo com o autor, o Juiz Joseph Hutcheson Jr. utilizou o termo numa nota de rodapé no caso americano *Theriot v. Mercer*, onde fez referência ao julgamento *Galloway v.United States*. Neste último, o Magistrado Black dissentiu da maioria da Suprema Corte (a qual entendeu pela constitucionalidade do veredicto direto pelo magistrado) e lamentou a perda de competência dos jurados, fazendo com que o *Justice* Hutcheson apontasse, no caso *Theorit*, que o voto dissidente do Juiz Black impossibilitou e limitou o controle e a direção do julgamento por um Juiz experiente, costume já arraigado, sendo exemplo condenável de ativismo judicial[6].

Como se observa, o ativismo foi entendido como ir de encontro aos costumes norte-americanos e aos precedentes (no caso *Theriot v. Mercer*) e também como uma atividade de interpretação pessoal dos magistrados acerca do bem-estar da sociedade (no ensaio de Schlesinger). Tais contribuições estadunidenses influenciaram o cenário mundial, com atenção para a situação brasileira. Infelizmente, consoante Streck (2013), extraiu-se da realidade norte-americana apenas a noção de que o ativismo judicial é bom para a democracia, desconsiderando os contributos daquele país que demonstram ser uma interferência política direta e ser associado a períodos conservadores.

Introduzido no Brasil pela influência dos EUA, o ativismo neste país é prática percebida há mais de meio século e, o que não é mencionado por muitos adeptos brasileiros, já foi associado a períodos de conservadorismo na Corte ianque. Percebe-se, igualmente, que a concepção estrangeira é mais

---

controversy and abuse are not limited to decisions that expand individual rights or undermine political power. […] A third example of pre-1947 activism, Dred Scott, is infamous; whether viewed as a divisive case or a national disaster, it has no competitor in judicial history. My fourth and last example of controversial judicial behavior concerns the Marshall Court. Although the Court's work from 1801-1835 is highly esteemed today, many of these decisions were intensely debated at the time. From Marbury's judicial review to McCulloch's "implied" congressional authority, the Marshall Court repeatedly ventured into contemporary channels of power, and its results were fought with corresponding vigor. (GREEN, 2008, p. 1210-1215)

[6] No original, a nota de rodapé do magistrado Hutcheson: We think, however, we should say that in the controversy thus launched and still continuing, we stand firm against the judicial activism back of the struggle and the results it seeks to achieve, and, regarding as we do the guaranties of the Seventh Amendment, as applicable to plaintiff and defendant alike, we cannot understand how protagonists for the change can look upon the amendment, as apparently they do, as intended for the benefit of plaintiffs alone and, so regarding it, as the dissenters in the Galloway case apparently did, advocate doing away with or limiting, beyond the ancient use, the control and guidance of the trial by an informed and experienced judge (KMIEC, 2004, p. 1457).

alargada: compreende situações como ir de encontro aos precedentes das cortes, que não é visto como ativismo tanto na vertente de Barroso quanto na de Ramos e de Streck.

1.3 Ativismo Judicial e Judicialização da Política

Para que se delimite o objeto de estudo – que reside na verificação do ativismo judicial eleitoral – há que se atentar para as distinções entre este e a judicialização da política. Mas, no que consiste o último termo?

Mencionada pela primeira vez na obra *The global expansion of Judicial Power* de Neal Tate e Torbjörn Vallinder, em 1995, a judicialização da política foi conceituada como sendo:

> [...] normalmente ou: 1) a expansão da jurisdição das Cortes ou dos juízes ao âmbito dos políticos e/ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos Ministérios, ou do serviço civil das Cortes ou, ao menos, 2) a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada. (VIEIRA 2009, p. 46; ZAULI, 2010, p. 195)

Em resumo, valendo-se das colocações de Nunes Junior (2008), a judicialização da política ocorre tanto com a transferência de decisões do espaço político para a seara judicial, quanto com a propagação dos métodos do processo para fora dos tribunais (a exemplo das Comissões Parlamentares de Inquérito, da designação de relatores em processos administrativos, dos votos e dos recursos administrativos).

Porém, da mesma forma que a conceituação de ativismo judicial possui dicotomia doutrinária, as distinções entre este e a judicialização da política seguem o mesmo caminho: alguns dirão que os institutos são próximos, até mesmo primos, enquanto outros atentam para a confusão doutrinária feita, explicitando que os dois não se tocam.

Para Barroso (2009), partidário do primeiro grupo, ambos vêm da mesma família, mas têm origens diferentes. Consoante o autor, ativismo judicial corresponde a um exercício de vontade política, ou seja: uma escolha proativa de interpretar a Carta Magna; enquanto a judicialização tem como causa um fato: o sistema normativo constitucional existente em nosso ordenamento, que possibilita maior atividade política dos órgãos judicantes.

Já Tassinari (2012) conclui que os conceitos não se tocam. A judicialização corresponderia àquilo que ocorre por conta da consagração de inúmeros direitos constitucionais, que possibilitam maior número de demandas perante o Judiciário e ampliam a quantidade de processos enfrentados por este poder. Desta forma, a judicialização da política é um fenômeno que insurge de determinado contexto e independe da postura do Judiciário e o ativismo, por sua vez, diz respeito à postura dos magistrados para além dos limites constitucionais – este viria de dentro da instituição.

Ademais, a autora aponta confusão recorrente feita pela doutrina: o que alguns chamam de ativismo judicial na realidade não o é. Assim, apesar de o sistema de controle de constitucionalidade sobre a atividade legislativa ser considerado muitas vezes como ativismo judicial, este só ocorrerá dependendo dos termos nos quais o controle é exercido. É que o problema fundamental do ativismo não reside em averiguar a constitucionalidade de atos dos demais Poderes, mas saber como é que se dá esta revisão – se usurpa, ou não, funções diversas (TASSINARI, 2012).

Há que se apontar, então, que algumas condutas tidas como ativismo judicial são muitas vezes confundidas com judicialização da política, havendo aqui, também, bifurcação doutrinária: ora aproximando ambos, ora dando a entender não existirem semelhanças entre ativismo e judicialização. Para os últimos, corrente seguida no estudo, a judicialização independe da atividade dos magistrados, pois decorre do próprio sistema jurídico, o qual passou a incorporar uma série de direitos que demandaram maior número de processos perante o judiciário, além de novas competências serem conferidas (a exemplo do sistema de controle de constitucionalidade), já o ativismo consiste num ato de vontade dos órgãos julgadores. Existiriam, portanto, um instituto independente da postura dos magistrados e outro vinculado à postura judiciária.

1.4 Causas do Ativismo Judicial

De acordo com aqueles que alegam ser o ativismo judicial forma de concretização de princípios e de interpretação principiológica de leis, uma das causas que se pode traçar para essa atividade seria a vagueza da legislação. Nesse sentido, Santos (2008) elenca como causa do ativismo judicial o próprio ordenamento jurídico, pois este garante direitos sociais que “muitas vezes definem somente a finalidade e princípios que os regulam, deixando margem para maior atividade interpretativa e criativa do Poder Judiciário”.

Some-se, ainda nessa concepção, que o Estado do Bem-Estar Social acabou por incorporar inúmeros direitos e garantias que demandavam concretização pelo Judiciário – vez que, apesar do Legislativo publicar uma série de normas, o Executivo não as conseguia pulverizar suficientemente. Note-se, entretanto, que Santos confunde causa de ativismo judicial com o conceito judicialização da política, problemática já superada acima. Nesse sentido, não há falar que o ativismo judicial seja consequência da judicialização, porquanto cada qual apresenta origem diversa.

Causa distinta, apontada por diversos autores, reside na atual descrença dos cidadãos nos poderes representativos. Quanto à representação política, Santos (2008) e Perez (2012) explicitam que, diante do acúmulo de direitos não implementados por políticas públicas e de situações não legisladas, a sociedade passou a creditar no Judiciário a solução pela inércia do Estado. Destarte, seria exemplo a dispensa judicial de medicamentos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde. Novamente a crítica: confunde-se a judicialização de direitos constitucionais (como aquele à saúde) com o ativismo judicial,

o qual consiste, segundo a vertente de Ramos, na usurpação pelo Judiciário dos demais poderes, e não na concretização judicial de direitos positivados.

Alguns dirão ainda que o ativismo judicial tem como decorrência a análise da constitucionalidade de leis exercida pelo Judiciário. Todavia, como já salientado, Tassinari (2012) expõe crítica importante: não se pode confundir a judicialização da política (aqui assumindo sua faceta de controle judicial de leis) com o ativismo judicial, pois nem sempre o Judiciário irá ultrapassar a sua competência no controle de constitucionalidade.

Num outro norte, para aqueles que inferem ser o ativismo judicial a extrapolação das competências conferidas aos magistrados, a causa será, precipuamente, o ato do magistrado que age para além da sua função jurisdicional. E a grande consequência será a percepção de que, quando a decisão é uma questão de vontade, o direito a ser seguido é aquele construído pelo Judiciário, rompendo com a noção de supremacia do direito (TASSINARI, 2012).

Conclui-se, pois, que as divergências quanto às causas decorrem, principalmente, da distinção conceitual trazida logo no início da pesquisa. Os que pensam ser o ativismo judicial uma forma de alargar o alcance da Constituição por meio da atividade dos magistrados entenderão, muitas vezes, que a causa decorre do ordenamento, que se reveste de vagueza e de lacunas para garantir essa atuação. Já a usurpação de poder do legislativo, segunda vertente, teria como causa o ato do juiz em si.

Passados breves comentários acerca dos aspectos gerais do ativismo judicial, dentre eles seu conceito, distinções, origem, causas e consequências, há que, finalmente, adentrar no fenômeno na seara eleitoral.

2. O ATIVISMO NO JUDICIÁRIO ELEITORAL

No âmbito da Justiça Eleitoral é possível observar tanto a judicialização da política e, consequentemente, das eleições, quanto o ativismo judicial, os quais se passam a analisar. Para Maia (2010), o primeiro termo se refere ao fato de que inúmeras disputas eleitorais não se esgotam no resultado das urnas, mas nas decisões da Justiça Especializada Eleitoral, a quem cabe julgar ações e recursos que poderão significar mudanças no pleito.

Nessa toada, são citadas como exemplos a Ação de Investigação Judicial Eleitoral, onde é possível averiguar abusos cometidos e cassar o registro eleitoral ou o diploma do candidato eleito, e a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (vide, em 2012, a manutenção da sentença de 1º grau pelo TRE/SC que indeferiu o registro de candidatura do candidato à reeleição Clésio Salvaro por inelegibilidade[7]). Como bem apontam os estudos de Maia (2010), essa atuação está amparada em lei, possibilitando aos juízes agirem dessa forma.

[7] Julgado TER/SC RE Nº 197-30.2012.6.24.0010 em 28.08.2012. Acórdão nº 27160. Conhecido e negado provimento.

Por outro lado, o ativismo judicial eleitoral depende da corrente adotada. Para este trabalho, adotar-se-á o entendimento proposto por Ramos (2010), Streck (2013) e Tassinari (2012), os quais inferem que o ativismo judicial corresponde à extrapolação das competências jurisdicionais. Tal atividade é identificada, muitas vezes, nas Resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, as quais ultrapassam a competência de esmiuçar e trazer instruções de lei, conforme dispõem os artigos 23, inciso IX, do Código Eleitoral, 105 da Lei nº 9.504/97 e 61 da Lei nº 9.096/95.

> Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código.
>
> Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)
>
> Art. 61. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta Lei.

Consoante Barros (2012), as Resoluções podem funcionar como atos normativos primários ou secundários. Naquele, criam norma para regulamentar situação não existente e neste interpretam norma já existente. Ainda nas palavras do mesmo jurista, a reforma que inseriu o artigo 105 retrotranscrito mitigou ambas as funções, dado que não se poderá restringir direitos nem estabelecer sanções distintas da lei.

Que se deixe registrado, sem se aprofundar no mérito, que há aqueles para quem a competência do TSE em expedir resoluções não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Esse é o entendimento de Espíndola (2012), que afirma não existir dispositivo constitucional que permita tal atividade – ao contrário do que ocorre com o poder regulamentar do Presidente da República e do Conselho Nacional de Justiça. Neste norte, seria o referido artigo 105 inconstitucional, pois o poder regulamentar "não pode ser conferido aos órgãos constitucionais pelo alvedrio do legislador ordinário" (ESPÍNDOLA, 2012, *on-line*).

Mesmo que se entenda pela constitucionalidade da competência regulamentar, há que se recordar da existência de limites para essa atuação, por força das expressões normativas "sua fiel execução" e "fiel execução da Lei". Tais barreiras implicam na impossibilidade de se restringirem direitos ou de se estabelecerem sanções distintas das previstas em lei, sendo permitida a tarefa de operacionalizar o Direito Eleitoral, apenas. Feito introito acerca do ativismo judicial eleitoral, passa-se à análise da Resolução TSE que regulamentou a prestação de contas nas eleições municipais de 2012.

2.1 Resolução TSE nº 23.376 de 1º de março de 2012

No dia 1º de março de 2012, durante a pauta administrativa no Tribunal Superior Eleitoral, foi colocada à apreciação do colegiado a Instrução nº 1542-64.2011.6.00.0000 que culminou na Resolução nº 23.376/2012. Estavam presentes na sessão os ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Arnaldo Versiani (Relator), Cármen Lúcia, Marco Aurélio, Nancy Andrighi, Gilson Dipp e Marcelo Ribeiro[8].

A resolução dispôs sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2012. Para o presente trabalho será feito um recorte do último tema que trata o diploma normativo: da prestação de contas.

Sabe-se que todos os concorrentes aos cargos em pleitos eleitorais têm o dever de prestar contas de campanha à Justiça Especializada. Os candidatos, eleitos ou não, por meio de seus comitês financeiros, ou pessoalmente quando a lei permitir, deverão apresentar à Justiça Eleitoral o conjunto de despesas e de receitas que tiveram ao longo do período eleitoral, munidos dos respectivos demonstrativos contábeis e dos recibos (artigos 35 e seguintes da Resolução TSE nº 23.376/2012).

A Resolução supramencionada determina o que Gomes (2008) explica como sendo a obrigação legal de que, ao fim das eleições, candidatos e comitês financeiros processem na Justiça Especializada a arrecadação e os gastos efetuados com a campanha aos cargos eletivos. Para o autor, tal obrigação é de suma importância, pois, caso contrário, seria impossível averiguar irregularidades como a obtenção de recursos de fontes vedadas, o abuso de poder econômico, dentre outros desvios. Tal dever é sintetizado no seguinte dispositivo:

> Art. 34 da Lei 9.096/95: **A Justiça Eleitoral exerce a fiscalização sobre** a escrituração contábil e a prestação de contas do partido e **das despesas de campanha eleitoral**, devendo atestar se elas refletem adequadamente a real movimentação financeira, os dispêndios e recursos aplicados nas campanhas eleitorais, exigindo a observação das seguintes normas [...] (Grifo Nosso).

Acerca do trâmite processual, o artigo 29, inciso III, da Lei 9.504/97, dispõe que as contas deverão ser protocoladas ao respectivo Juízo Eleitoral 30 dias após a realização das eleições. Conforme disposição legal, para as eleições majoritárias, o órgão responsável por apresentar as contas é o comitê financeiro, enquanto que, nas eleições proporcionais, poderão ser prestadas por este ou pelo próprio candidato (artigo 28, § 1º, da Lei 9.504/97).

---

[8] Para assistir à íntegra da votação: <http://www.youtube.com/watch?v=_CGc7L9M-Fo>. Acesso em: 20 jan. 2013.

Protocolada a prestação de contas perante o Juízo competente, este decidirá sobre sua regularidade (artigo 30 da Lei 9.504/97). As possíveis sentenças enquadrarão a contabilidade como:

a) se regular, “aprovada”;

b) se presentes falhas que não comprometam a regularidade, “aprovada com ressalvas”;

c) no caso de falhas comprometedoras da normalidade, “desaprovadas”; e

d) se não enviadas, “não prestadas”.

A prestação de contas foi incluída no conceito de quitação eleitoral (uma das diversas condições para concorrer ao cargo eletivo) por meio da Lei nº 12.034/09, que incluiu o § 7º ao artigo 11 da Lei das Eleições (SCHLICKMANN, 2007; RAMAYANA, 2010):

> Art. 11, § 7º, Lei 9.504/97: **A certidão de quitação eleitoral abrangerá** exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remitidas, e **a apresentação de contas de campanha eleitoral**. (Grifo Nosso)

Antes da inclusão do artigo acima no ordenamento eleitoral, percebia-se que, no caso de não eleitos, havia o costume de negligência e de falta em acatar os deveres legais (RAMAYANA, 2010). Assim, consoante o autor acima, impôs-se sanção bem severa: a não apresentação das contas acarreta falta de condição de elegibilidade – falta de quitação eleitoral. Isto é, faltará ao candidato que tiver suas contas não prestadas uma das condições necessárias para concorrer a cargo eletivo, que é justamente estar quite perante a Justiça Eleitoral.

O leitor mais atento observa, todavia, que o § 7º incluído pela Lei nº 12.034/09 dispôs somente no caso das contas serem julgadas como “não apresentadas” pela Justiça Eleitoral, sem incluir em seu rol o fato destas serem apresentadas e sentenciadas como irregulares ou, em outros termos, julgadas pela sua desaprovação.

A publicação do parágrafo sem mencionar a desaprovação da contabilidade fez com que, a partir de 2009, diversas prestações de contas de candidatos não eleitos fossem apresentadas com o fito exclusivo de não incidir a sanção legal, ainda que os processos fossem precariamente instruídos. Assim, para evitar terem as contas julgadas não apresentadas (cuja sanção é ausência de condição de elegibilidade), candidatos/comitês ajuizavam as prestações sem documentos essenciais (recibos eleitorais, movimentação de caixa...), furtando-se das responsabilidades advindas da campanha eleitoral.

A Justiça Eleitoral, perceptiva à situação acima, regulamentou a matéria por suas próprias vias, valendo-se do meio que possui para tanto: a expedição de Resoluções.

Desta forma, no dia 1º de março de 2012, após os votos do Ministro Relator (em 14 de fevereiro de 2012) e do Ministro Gilson Dipp (28 do mesmo mês), os quais aprovaram a instrução tal como se encontrava – inferindo que somente a não apresentação ocasionaria a falta de quitação eleitoral –, proferiu seu voto vista a Ministra Nancy Andrighi.

Esta, por sua vez, afirmou que a controvérsia residia na desaprovação das contas dos candidatos a cargos eletivos, sobretudo com a edição do § 7º, do artigo 11, da Lei nº 9.504/97. A Ministra, havendo que se decidir pelo alcance do termo "apresentação", entendeu que o § 7º exige, para obter a quitação eleitoral, dentre outros requisitos, a sua efetiva apresentação que, no seu sentir (termo utilizado em sessão), pressupõe serem as contas aprovadas. Sustentou, por fim, incluir dispositivo de idêntico teor ao artigo 41, § 3º, da Resolução TSE nº 22.715/2008, acrescentando-o ao artigo 52 daquela de 2012, a saber:

> Art. 41 § 3º, da Resolução TSE nº 22.715/2008 - Sem prejuízo do disposto no § 1º, a decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral durante o curso do mandato ao qual concorreu.

A votação no tribunal fora dividida em dois momentos: primeiramente, tomaram-se os votos quanto à proposta de incluir o referido artigo na Resolução 2012. Os Ministros Marcelo Ribeiro e Dilson Dip acompanharam o relator, afirmando não ser possível a interpretação extensiva da lei ao caso concreto. Os Ministros Marco Aurélio, Carmen Lúcia e Lewandowski sufragaram o voto da Ministra Nancy Andrighi, com votação final de 4x3, vencido o relator. Assim, inseriu-se o referido dispositivo.

Em se tratando da modulação dos efeitos da norma, segundo ponto do julgamento, a Ministra Nancy Andrighi sustentou que o critério haveria de valer dali para frente, pelo cenário da segurança jurídica – visto que a própria Resolução de 2010 tratava somente da apresentação de contas. No entanto, diversas foram as ponderações no plenário: alguns entendiam pela modulação diferida, enquanto outros pela retroatividade da norma, uns diriam para ser aplicada até as eleições subsequentes (por 2 anos), outros durante o curso do mandato ao qual o candidato concorreu (se Senador, por 8 anos, se Prefeito, 4 anos).

Venceu a solução proposta pelo Ministro Lewandowski: retirar a parte final do artigo – "durante o curso do mandato ao qual concorreu" –, e postergar a modulação dos efeitos para quando da interposição de Recurso Especial. Destarte, o dispositivo foi inserido com o seguinte teor: "A decisão

que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral".

Diante do pedido de reconsideração da decisão encabeçado pelo PT e com apoio de outros 13 partidos, o ministro Dias Toffoli, em nova sessão no TSE, reverteu o julgamento da Resolução tomado no dia 1º de março (CRUZ, 2012). Era o fim de tal imbróglio, o qual contara, inclusive, com projeto de lei PL-3839/2012 de autoria do Deputado Federal Roberto Balestra (Góias), que incluía o seguinte artigo na Lei 9.504/97: "a decisão que desaprovar as contas sujeitará o candidato **unicamente** ao pagamento de multa no valor equivalente ao das irregularidades detectadas, acrescida de 10 % (dez por cento)" (Grifo Nosso).

De forma conclusiva, a evolução do julgado pode ser dividida em três momentos: em primeiro lugar, votou-se pela inserção da desaprovação de contas como impedimento de estar quite perante a Justiça Eleitoral. Num segundo momento, estava caminhando o tribunal pela retroatividade da sanção, a fim de abarcar as eleições de 2010, análise postergada para o mérito de possível Recurso Especial. Por fim, diante do pedido de reconsideração do acórdão, recuou o TSE para excluir o então inserido § 2º, do artigo 52, da Resolução nº 23.376/2012.

2.2 Aspectos Controversos sobre a Resolução

Em breve apanhado, pode-se alegar que a decisão de 1º de março contrariou princípios, normas e a própria jurisprudência da Corte Eleitoral, violou a separação dos poderes, a legalidade, a segurança jurídica, a anualidade da lei que rege o processo eleitoral e os artigos 11, § 7º e 105, ambos da Lei das Eleições, artigo 23, IX, do Código Eleitoral e artigo 61 da Lei 9.096/95.

Quanto ao sistema constitucional de *checks and balances*, Silva (2010) explicita que a harmonia entre os poderes implica o não domínio de um pelo outro e a não usurpação de atribuições, e sim verdadeira colaboração e controle entre eles. Por outro lado, em seu dizer, a desarmonia é gerada quando atribuições, faculdades e prerrogativas são acrescidas a um poder em detrimento de outro. Ramos (2008) assinala que, o que muitos chamam de invasão de poderes, na realidade, são permissões constitucionais, havendo aquela somente quando se extrapolam os limites da permissão concedida. Ramos (2010) aponta que o ativismo judicial, entendido como ultrapassar as linhas da função judiciária para além da legislativa ou da executiva, significa descaracterizar a função do Judiciário.

Ora, ao invés de esmiuçar as normas eleitorais e dar operabilidade ao direito, o TSE acabou por legislar de acordo com o seu entendimento, por meio de medida infralegal (resolução). Ocorre que tal atitude esvaziou a função legislativa, a qual havia se posicionado, em 2009, por introduzir somente a não apresentação de contas como falta de condição de elegibilidade. A decisão da corte usurpou o "núcleo essencial" – expressão utilizada por Ramos (2010) – do Legislativo na área dos direitos políticos, isso porque, cumpre destacar,

é proibido ao Executivo editar medidas provisórias sobre matéria eleitoral (artigo 62, I, *a*, da Constituição Federal de 1988). É cristalino, portanto, que o poder de legislar acerca da nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral é atribuído exclusivamente ao detentor da função legiferante federal, malgrado entendimento do TSE de que se fazia uma leitura integrativa do texto.

No mais, relacionando o princípio da legalidade com o ato de expedir resoluções, algumas notas devem ser elucidadas. Geraldo Ataliba (2007, p. 151), discorrendo acerca dos regulamentos do Executivo, mas guardando similaridade às resoluções do Judiciário, assim discorreu: "as balizas positivas e negativas do regulamento estão, por sua própria natureza, na lei." Por tais motivos, o autor afirma ser inconstitucional o regulamento que amplia ou que restringe o conteúdo da norma. A respeito, elucidativo o excerto de autoria do Ministro Sepúlveda Pertence em voto proferido na Consulta 715/DF (BARROS, 2012, *on-line*):

> Resolução nº 21.002, de 26.02.2002. Consulta nº 715/DF. O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: **Senhor Presidente, dispõe o art. 23, IX, do Código Eleitoral competir ao TSE expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código**. Cuida-se **instrução de competência normativa, mas de hierarquia infralegal**. O juízo de conveniência, confiado ao TSE, tem por objeto a expedição ou não da instrução, mas não **o seu conteúdo**. Este, destinado à execução do código e, obviamente, a todo o bloco da ordem jurídica eleitoral, **está subordinado à Constituição e à lei. É verdade, além de explicitar o que repute implícito na legislação eleitoral, viabilizando a sua aplicação uniforme, pode o tribunal colmatar-lhe lacunas técnicas, na medida das necessidades de operacionalização do sistema gizado pela Constituição e pela lei. Óbvio, entretanto, que não as pode corrigir, substituindo pela de seus juízes a opção do legislador** [...]." (Grifo Nosso)

A manifestação acima é clara ao pontuar que existem diferenças entre preencher lacunas para operacionalizar o ordenamento jurídico e substituir a opção do legislador pela convicção do juiz. Essa passagem se amolda perfeitamente ao presente caso, eis que o Legislativo se manifestou sobre o ocorrido por meio da Lei nº 12.034/09 e, posteriormente, do PL-3839/2012.

Em justificativa ao Projeto de Lei suso, o Deputado Federal Roberto Balestra expõe que o Congresso modificara o texto do artigo 105 da Lei nº 9.504/97 para vedar explicitamente a possibilidade de o Tribunal Superior Eleitoral estabelecer sanções distintas daquelas previstas em lei quando da edição das instruções. E que, em 2012, com a expedição da Resolução nº 23.376 e do artigo 52, § 2º, o Tribunal Superior Eleitoral inseriu dispositivo cujo entendimento havia sido expressamente afastado pelo Congresso Nacional e, portanto, não deveria prevalecer. Ademais, seguindo as colocações de

Dobrowolski (2010), há óbice, de igual forma, com a legitimação democrática dos membros do Judiciário, indagando-se qual o fundamento permissivo para usurpar funções dos demais poderes eleitos pelo povo.

O princípio da legalidade implica, pois, na percepção por parte dos magistrados que, muito embora a moralização da política seja necessária ao país, existem balizas a serem seguidas, dentre elas a imposição de texto legal. Não se pode conceber inserir sanção (falta de quitação eleitoral e impossibilidade de concorrer aos cargos eletivos em eleições futuras) por meio de instrução normativa de hierarquia aquém da lei.

Registre-se, outrossim, que o ordenamento penaliza aqueles que tiveram as contas desaprovadas ao impedir a diplomação do candidato, ou, se já houver sido outorgado o diploma, cassando-o (artigo 30-A, da Lei das Eleições), não havendo necessidade de se impor segunda sanção. Desta forma, inserir na resolução penalidade diversa é atentar contra o princípio da legalidade e exceder a competência do TSE prevista no Código Eleitoral e na Lei nº 9.504/97 de expedir as instruções para a fiel execução de lei.

Guinando o estudo para as implicações quanto à segurança jurídica, a Ministra Nancy Andrighi – quem trouxe a inclusão do § 2º, do artigo 52 da Resolução TSE nº 23.376/2012 – sustentou, em se tratando da modulação dos efeitos temporais da norma, que o critério haveria de valer dali para frente (visto que a própria resolução de 2010 discorria somente acerca da apresentação de contas). Indo ao encontro do então exposto, o Ministro Marcelo Ribeiro inferiu que, na Resolução das Eleições de 2010, constou expressamente que somente a falta de apresentação das contas geraria a não quitação eleitoral, tratando-se de regra instituída pelo TSE, por maioria de 4x3. Com a presente atitude, entretanto, o Tribunal alteraria seu próprio entendimento e violaria o princípio da segurança jurídica.

No entanto, esta não era a posição predominante do TSE em 1º de março, ocorrendo, na prática, a introdução de uma sanção regressa, na qual cerca de 20 mil pessoas não teriam possibilidade de concorrer às eleições em 2012, decorrente das contas desaprovadas em 2010, sem que soubessem, à época, a consequência que lhes seria cominada.

Por fim, conforme os dizeres do Ministro Dias Toffoli, a Jurisprudência da Corte era no sentido de que a apresentação irregular das contas não constituiria óbice à quitação eleitoral; até porque as irregularidades na prestação de contas de candidatos, que acarretassem sua desaprovação, fundamentariam a representação prevista no artigo 30-A da Lei nº 9.504/97.

Conclui-se do presente caso, destarte, que o Tribunal Superior Eleitoral, excedendo a função jurisdicional e a de operacionalizar o direito por meio de instruções, agiu de forma ativista em matéria delicada: o envolvimento dos direitos políticos subjetivos. Na tentativa de moralizar a politica, tal qual ocorreu com a decisão pela perda do mandato em caso de infidelidade partidária (políticos trânsfugas), a justiça especializada ultrapassou os limites

impostos pela lei, pelos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais e pelo seu entendimento jurisprudencial pacífico. Como bem aponta Espíndola (2012, *on-line*), o "*fichalimpismo* majoritário do TSE é *contra constitutione* e *contra legem.* E, no caso em comento, namora com um aspecto do fascismo: aquele que desrespeita à democracia representativa e aos direitos fundamentais com alto clamor popular."

No caso em apreço, restou configurado o ativismo judicial pela usurpação da competência exclusiva do Congresso Nacional em legislar sobre direito eleitoral, seara em que não se pode, inclusive, expedir medidas provisórias pela função Executiva.

A resposta do poder usurpado, como não haveria deixar de ser, foi a iniciativa de projeto de lei a fim de barrar a "interpretação integrativa", diga-se, a atuação legislativa iniciada pelo TSE. Diante de tal contra-ataque, o Judiciário se viu numa posição peculiar: permanecer com a norma para, em seguida, restar vencido com a publicação da lei (que, vale mencionar, teve tramitação de urgência e votação simbólica na Câmara dos Deputados, impressionando até os mais descrentes da agilidade legislativa) ou cancelar o que havia proposto. Conforme se constatou, no pedido de reconsideração feito pelo PT, saiu vitorioso o contra-ativismo.

CONCLUSÃO

Ao longo da primeira parte do estudo foram apresentadas breves considerações sobre o cenário mundial e o brasileiro acerca do ativismo judicial. Registrou-se, por oportuno, que o termo apresenta distinções conceituais na doutrina pátria, vez que significa, para alguns, a usurpação da função legislativa/executiva pelo Judiciário e, para outros juristas, uma postura pró-ativa de alargar o alcance e o sentido da Constituição Federal – o que seria, aos olhos dos primeiros, dever de todos os magistrados. Para fins do presente estudo, adotou-se a primeira concepção, fundada nas contribuições de Ramos (2010) e de Tassinari (2012).

Em seguida, no que tange à origem e às causas do conceito, conclui-se que o termo foi trazido ao Brasil pela influência norte-americana. Nos EUA, o ativismo é prática percebida há mais de meio século e, o que não é mencionado por muitos adeptos brasileiros, já fora associado a períodos de conservadorismo na Corte Americana. Ademais, a concepção estrangeira é, também, mais alargada: compreende situações como ir de encontro aos precedentes e aos costumes nas cortes. Quanto às causas para o seu surgimento no Brasil, a doutrina elenca: a descrença da sociedade nos poderes representativos, a legislação ampla e vaga, a incorporação de princípios e de diretrizes na Carta Magna, o sistema de controle de constitucionalidade, a maior propositura de ações perante o Judiciário e a vontade do magistrado – sendo esta última a causa adotada pelo artigo.

Há que se apontar, igualmente, que algumas condutas tidas como ativismo judicial são muitas vezes confundidas com outros institutos, a exemplo da

judicialização da política. Aqui também há certa bifurcação doutrinária, ora aproximando ambos, ora dando a entender não existirem semelhanças entre os significados de ativismo e de judicialização. Para os últimos, corrente seguida no estudo, a judicialização independe da atividade dos magistrados, pois decorre do próprio sistema jurídico – o qual passou a incorporar uma série de direitos que demandam maior número de processos perante o Judiciário, além de novas competências serem conferidas a este (a exemplo do sistema de controle de constitucionalidade) –, enquanto o ativismo consiste num ato de vontade dos órgãos julgadores, vindo de dentro da instituição.

Adentrando o estudo na seara especializada da Justiça Eleitoral, o ativismo também é percebido cotidianamente: sejam em julgados ou na expedição de resoluções. O trabalho abordou a última hipótese, mais especificamente a Resolução TSE nº 23.376/2012, desenvolvendo a percepção de que tais instruções normativas devem se submeter aos princípios da separação dos poderes, da legalidade e da segurança jurídica. Dispõe a referida resolução sobre a prestação de contas nas eleições de 2012, cujo artigo 52, § 2º rege que: "A decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral".

O dispositivo supramencionado fora incluído em diploma infralegal, indo de encontro ao que preceitua princípios constitucionais e diversos artigos infraconstitucionais, apenas citando alguns: artigo 23, IX, do Código Eleitoral e artigos 11, § 7º e 105, ambos da Lei 9.504/97. Ora, a corte inseriu sanção inovadora em Resolução, malgrado a inexistência de previsão legal – vez que a lei apenas impede a quitação eleitoral pela falta de apresentação das contas, nada dispondo sobre serem estas desaprovadas. E mais: estava a Corte Eleitoral intencionada a estender tal pena àqueles que tiveram suas contas desaprovadas em pleitos anteriores, ainda que não houvesse tal entendimento em 2010.

Assim, não bastasse ter incluído a referida medida repressiva (falta de condição de elegibilidade por desaprovação de contas de campanhas eleitorais), quisera o TSE impedir que cerca de 20 mil cidadãos pudessem tentar nova candidatura em 2012, pois estavam com contas não aprovadas de pleitos anteriores. Desta forma, ao influir em direito político subjetivo, o tribunal usurpou o "núcleo essencial" (RAMOS, 2010) do poder Legislativo, que é justamente legislar em matéria eleitoral – vedada, inclusive, a edição de medida provisória pelo Presidente da República –, agindo o TSE de maneira a se enquadrar no conceito de ativismo judicial adotado.

Após a mencionada deliberação, a comunidade política se manifestou das mais variadas formas, dentre elas o pedido de reconsideração do julgado subscrito por diversos partidos políticos e o Projeto de Lei PL-3839/2012, com tramitação de urgência, o qual inseria na Lei das Eleições que "A decisão que desaprovar as contas sujeitará o candidato unicamente ao pagamento de multa no valor equivalente ao das irregularidades detectadas, acrescida

de 10% (dez por cento)". Diante dessas conjunturas, em nova votação, entendeu-se, por 4x3, retirar o controverso § 2º transcrito. Venceu, ao final, não apenas o relator da resolução, mas também a harmonia constitucional entre os poderes, a legalidade e a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, nº 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19512>. Acesso em: 25 ago. 2012.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BAIO, Lucas Seixas; CHARUR, Alan Ibn. A Pretensão à Correção como Parâmetro Dogmático do Ativismo Judicial. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 10, nº 1, p. 173-194, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/viewFile/2694/1983>. Acesso em: 03 nov. 2012.

BARROS, Francisco Dirceu. O TSE acertou, mas não isentou os "contas sujas". Jus Navigandi, Teresina, ano 17, nº 3291, 05 jul. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22161>. Acesso em: 08 mar. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, São Paulo, nº 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2012.

BRASIL. *Código Eleitoral*, de 15 de julho de 1965.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988.

_____. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997.

CRUZ, Danilo N. *Reprovação de contas de campanha não impede a candidatura*. 2012. Disponível em: <http://piauijuridico.blogspot.com.br/2012/07/ate-o-momento-esta-foi-decisao-judicial.html>. Acesso em: 03 mar. 2013.

DOBROWOLSKI, Silvio. A Necessidade de Ativismo Judicial no Estado Contemporâneo. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 16, nº 31, p. 92-101, 2010. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280>. Acesso em: 03 nov. 2011.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Os Excessos do TSE no uso do seu poder regulamentar*. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-11/ruy-samuel-espindola-abuso-poder-regulamentar-tse>. Acesso em: 03 mar. 2013.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GREEN, Craig. *An Intellectual History of Judicial Activism*. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/secle/founders/2008/documents/Craig_Green.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2012.

KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, Cal. L. Rev: California, 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>. Acesso em: 11 jul. 2012.

MAIA, Clarissa Fonseca. *O Ativismo Judicial no Âmbito da Justiça Eleitoral*. 2010. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010.

MARSHALL, William P. *Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism*. Publicado pela University of Colorado Law Review, 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/ abstract_id=330266>. Acesso: em 02 out. 2012.

NUNES Jr., Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, nº 178, abr./jun. 2008.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o Ativismo Judicial e a Atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 20, nº 78, jan./mar. 2012.

PETRACIOLI, Rafael da Silveira. Ativismo Judicial, Democracia e Direito Eleitoral. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, nº 2281, 29 set. 2009 . Disponível em: <http://jus.com.br/ revista/texto/13579>. Acesso em: 11 jul. 2012.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral.* Niterói: Impetus, 2010.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Politização do Judiciário e a Judicialização da Política. A Reforma do Judiciário: questão de estrutura ou de processo? O acesso à Justiça. A municipalização da Justiça. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 8, nº 33, out./dez. 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Leticia Pimenta Madeira. A Regulamentação da Fidelidade Partidária à luz do Ativismo Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, nº 1748, 14 abr. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11156>. Acesso em: 11 jul. 2012.

SCHLICKMANN, Denise Goulart. *Financiamento de Campanhas Eleitorais:* um estudo comparativo das normas jurídicas que regulamentaram a arrecadação, a aplicação de recursos e a prestação de contas à Justiça Eleitoral. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

STANDLER, Ronald B. *Is Judicial Activism Bad?* 2005. Disponível em: <www.rbs0.com/judact.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2012.

STRECK, Lênio. *O que é isto? – Decido Conforme Minha Consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial*: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. 139p. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

VIEIRA, José Ribas. Verso e Reverso: A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial no Brasil. *Revista Estação Científica* Ed. Especial Direito, Juiz de Fora, v. 01, nº 04, out./nov. 2009.

VISCOSI, A. *Judicial Activism*: A study of the warren through rehnquist courts. University of Central Oklahoma. ProQuest Dissertations and Theses, 72p., 2009. Disponível em: <http://search.proquest.com/docview/305085197?accountid=26642>. Acesso em: 17 nov. 2012.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da Política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília v. 47, nº 185, p. 7-25, jan./mar. de 2010.