

1. INTRODUÇÃO

O Ativismo Judicial, expressão representativa de grandes estudos e ricas discussões no universo hodierno do Direito, também tem lugar, prática e discussão no âmbito do Direito Eleitoral.

O objetivo do presente trabalho é trazer, às discussões sobre a democracia, um breve relato sobre a atual criação de um instituto inexistente em qualquer parte do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo nas mais esforçadas das tentativas hermenêuticas de demonstração de mutações constitucionais: o abuso de poder religioso enquanto ilícito eleitoral. A metodologia utilizada foi dialético-hermenêutica, com estratégia de abordagem jurídico-teórica e técnica de pesquisa bibliográfica.

Para a análise do tema, será abordado, inicialmente, uma explicação sobre o ativismo judicial enquanto fenômeno geral, para, após, enxergar sua vertente dentro do Poder Judiciário eleitoralista. Serão determinados os seus contornos, inclusive com a demonstração de exemplos da atuação pretensamente ativista do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Em seguida, o grande grupo de ilícitos eleitorais denominados de *abusos de poder* será brevemente explicado, identificando seus pressupostos e características reconhecidos tanto pela legislação, quanto pela doutrina e jurisprudência.

Por fim, já tendo em conta a forma de atuação do TSE e o delinear dos atos de abuso de poder, será trazido a lume a incipiente criação de inovador instituto jurídico-eleitoral: o abuso de poder religioso.

2. ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO, CAUSAS E JUSTIFICATIVAS

O ativismo judicial, em primeira perspectiva, é o fenômeno em que o Poder Judiciário transmuda de seu estado de passividade para atuar 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 de espaços antes tidos como próprios dos outros poderes republicanos. O defensor da tripartição clássica conceituaria o fenômeno como, simplesmente, usurpação de competência.

Inobstante as críticas, o ativismo é mais que isso. Em uma visão mais ampla, trata-se de resposta dada pelos órgãos julgadores ao momento político atual da sociedade brasileira – e assim também o é na maioria das nações onde este movimento toma corpo e se expande. Em dizeres mais precisos, é a 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, e, portanto, de usurpação de competência legislativa; um dos supedâneos fundamentais para a configuração do real ativismo judicial é a interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais já existentes, com o fito de criar, através de norma de decisão, uma interpretação àqueles dispositivos que, à análise primeira, não exsurgiam dos comandos analisados, emprestando máxima efetividade aos direitos constitucionalmente previstos.

Com efeito, principalmente no caso brasileiro, o próprio sistema da tripartição de poderes encontra-se em crise. 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 na relações dos cidadãos, entre si, e entre os cidadãos e o Estado. Deste vácuo normativo surge a necessidade de o povo buscar, em outra instituição, a solução destes conflitos: o Judiciário, que, através do ativismo efetiva o preenchimento do ordenamento, passando a exercer papel ativo na criação do Direito.

O Executivo, por seu turno, não efetiva 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.

Tem-se, portanto, 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 ciclo vicioso: a própria inércia ou insuficiência de atuação dos outros poderes geram ainda mais inércia e insuficiência.

É bem verdade que o modelo é perigoso, tentador a relocar o Judiciário como protagonista da cena republicana – seria de se pensar num absolutismo às avessas. Também é fato que o fenômeno é passível de críticas, que merecem análise e estudo.

2.1 CARACTERÍSTICAS DAS DECISÕES JUDICIAIS ATIVISTAS

As decisões judiciais que se revelam como manifestação de ativismo judicial indicam três peculiaridades que as pautam e agrupam: a 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 de existência de norma infraconstitucional; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios mais elásticos, desprendidos da noção de afronta direta e literal à Carta Política; a imposição de ações ou de omissões ao Poder Público, inclusive em questões de políticas públicas, adentrando na discricionariedade administrativa pura, classicamente não atacada pelo Poder Judiciário na jurisprudência brasileira.

Neste 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. Não é ativismo, se se pauta noutra finalidade; padece de vício em sua própria origem, já que configuraria real poder absoluto aos julgadores.

A atitude camuflada de ativista tomada para suprir ausências de atuação ou más atuações dos outros poderes constituídos nada mais é do que totalitarismo judicante e inversão total dos valores constitucionais e democráticos. Tratar-se-ia de livre criação do Direito, pautada unicamente no arbítrio de cada julgador, de cada tribunal, cuja existência é expressão clara de regimes totalitários ou ditatoriais.

2.2 CRÍTICAS

Um fenômeno tão peculiar e cujas características quebram tantos paradigmas práticos não poderia nascer sem que críticas fossem tecidas contra si. Na esteira de legitimar o instituto, faz-se necessária suas análises.

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 membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo. Neste sentido, já que o ativismo efetivamente cria normas (ainda que de decisão), materialmente tais e quais aquelas criadas pelo Poder Legislativo, estaria o Judiciário, com esta 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 *prima facie*, o argumento utilizado. Mas o estudo mais acurado do tema traz ao chão tal ideia, intimamente ligada à concepção clássica da tripartição dos poderes. Primeiramente, temos que a própria tripartição clássica está há tempos ultrapassada. Para o presente estudo, temos especialmente relevante a ideia de que o Poder Judiciário 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 sem sempre está completo enquanto não há a integração do preceito normativo oriundo do Legislativo pela prática daqueles a cujo texto legal se direciona, e, ainda, 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 kelseniana pura de norma jurídica, o seu conceito migra para aquele de um ato complexo, cuja completude depende do quanto criado pelo Legislativo, recebido pelo destinatário e interpretado pelo Judiciário. Nesta concepção, o julgador já é elemento criador da norma, e não há, nisto, usurpação de competência. Não existindo usurpação de competência, não se fala em violação ao sistema republicano.

Quanto à legitimidade, a própria Carta é quem dá competência ao Judiciário para exercer a jurisdição. Ainda nesta linha, é a Constituição quem dá ao Supremo Tribunal Federal (STF) o encargo de guardião dos ditames constitucionais.

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 poderia, por exemplo, 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, jamais poderia o Judiciário prolatar decisão que contrariasse a vontade majoritária. O Judiciário não deve ligar-se à política no sentido de assentir à vontade da maioria ao exercer a jurisdição. Deve, sim, ligar-se à política para garantir a vontade da Constituição – ainda que tal decisão seja diametralmente oposta à aparente maioria da vontade do corpo social.

O 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, mais danoso, pois exercido pelo Poder responsável pelo controle e limitação do poder estatal.

Há também prejuízo justamente no que Luís Roberto Barroso denomina de autocontenção judicial (2009, p. 7), o oposto radical do ativismo, ou na prática ilegítima de se criar livremente o direito sob a escusa de atuação ativista, quando em verdade aí há usurpação de competência e ofensas à democracia e ao sistema republicano.

Se há espécie normativa emanada do poder que possui competência constitucional para tanto, deve o julgador lhe prestar respeito e obediência, pois tais leis são, por delegação, a expressão da vontade do povo, titular absoluto do poder. Não há contradição nesta afirmação: 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 eleitorais comumente optam pela autocontenção judicial ou pela livre criação do direito.

3. ATIVISMO JUDICIAL EM DIREITO ELEITORAL

Conforme salientado, 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.

Cumprе registrar, entretanto, o fértil campo para a disseminação do ativismo neste ramo. O Direito Eleitoral é uma área cientificamente abandonada, sendo 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, por sua vez, é criada ao sabor da composição sempre transitória 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 neste ponto específico, posto que as eleições lisas e abusos representam um dos principais pilares do Estado Democrático de Direito. É dizer, estão presentes as condições ideais para a atuação concretizadora da Constituição através do ativismo.

Não é o que ocorre. O fenômeno observado é inverso. Ora os julgadores furtam-se a concretizar os valores constitucionais, 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.

3.1. AUTO-CONTENÇÃO JUDICIAL

Neste ponto reside um exemplo quase caricato de onde a postura ativista do Judiciário encontraria perfeita consonância aplicativa.

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.

Em postura claramente autocontida, a jurisprudência pacífica do TSE segue a ideia clássica de que dispositivos restritivos de direito devem ser interpretados de maneira restritiva. Insinua, portanto, a interpretação literal como única disponível nestes casos. Já que não há a expressão “abuso de poder político” no texto constitucional, não é possível atribuir à ação esta causa de pedir.

É básica a noção que dois dos valores máximos do regime democrático são a moralidade administrativa e a lisura dos prélios eletivos. São facilmente identificáveis diversas manifestações ostensivas do Poder Constituinte no sentido destes dois valores no próprio texto constitucional¹.

É clara, portanto, a preocupação 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 envolvidos, 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.

¹ 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.

3.2 LIVRE CRIAÇÃO DO DIREITO

Em outro extremo, a criação livre do direito, fenômeno arbitrário utilizado pelos pretórios eleitorais, pode ser apontada como ímpar a decisão do TSE que criou prazo decadencial para a propositura das Representações características do Direito Eleitoral.

Saliente-se que, para as hipóteses constantes da decisão, não há qualquer previsão de prazo, seja na lei, seja na Constituição.

Inobstante tais considerações, no bojo do Recurso Ordinário 748², originário de Belém/PA, houve questão de ordem sobre a propositura de ações eleitorais após a proclamação do resultado dos pleitos. Os ministros consideraram absurda tal hipótese, concluindo que os candidatos que agiam de tal forma armazenavam informações sobre ilícitos para apenas buscar o Poder Judiciário se fossem derrotados nas urnas.

Entretanto, a decisão foi adiante e 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 ideia de legitimidade da vontade do povo quando 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, cujo prazo de propositura é de 15 dias após a diplomação dos eleitos, se não há qualquer limitação temporal na Constituição ou na lei para determinadas hipóteses, não é razoável, sequer possível, que um Tribunal Superior crie tal limitação.

Ora, a criação de um prazo – diga-se, o que a criação de norma de direito processual – nada tem de concretizador da Constituição. Decerto, apenas a relação de confronto, de antítese, de subversão – não existe lacuna ou insuficiência legislativa a justificar a decisão pretensamente ativista.

Não há ativismo neste ponto. Conforme salientado anteriormente, ativismo judicial guarda relação obrigatória com concretização constitucional. Fora disto há arbitrariedade, há hipertrofia do Judiciário e há usurpação de competência. Não há ativismo em decisão que contraria, ostensivamente, os princípios da ampla defesa, do

² Recurso Ordinário 748 – Belém/PA. Decisão de 24/05/2005. Relator Min. Luiz Carlos Madeira. Publicado em sessão.

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 que ensejam receio aos críticos do ativismo judicial. São estas decisões que inspiram críticas ao instituto, que justificam os temores de sucumbência da democracia e da república.

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 se concentraria nas mesmas mãos que deveriam limitar tal poder.

4. ABUSO DE PODER RELIGOSO: MANIFESTAÇÃO DE LIVRE CRIAÇÃO DO DIREITO

A histórica atuação do TSE, que, sustentado nos poderes que o fazem órgão *sui generis* da república, desconhece limites normativos senão aqueles que escolhe respeitar, dá residência à discussão sobre a existência (ou inexistência), diante dos silêncios constitucional e legal, de um ilícito eleitoral denominado *abuso de poder religioso*.

4.1 OS ILÍCITOS ELEITORAIS: ABUSOS DE PODER.

Os atos que podem motivar indevidamente o voto, e, nesta toada, os tornar imprestáveis à apuração da vontade popular soberana, são de espécies variadas. Desde a arrecadação irregular de recursos à literal compra de votos, passando ainda pelos gastos ilegais em campanha, o uso indevido de meios de comunicação, as condutas vedadas a agentes públicos em campanha – a variedade é imensa.

Ao rapidamente explicar cada uma destas espécies, o que se pretende demonstrar é a conclusão de que todos podem ser agrupados em um único gênero: o abuso de poder. O abuso de poder, em uma concepção até não jurídica, será aqui tratado como todo e qualquer ato que ultrapasse o uso de uma faculdade, ou seja, algo que inicialmente era legal, porquanto era um poder, passa a ser ilícito, quando praticado além das fronteiras de qualificação de legalidade do ato em análise.

A arrecadação e o gasto irregular em campanha, em qualquer de suas modalidades, termina por favorecer economicamente determinada candidatura. Arrecadar mais recursos, em uma eleição, significa poder praticar mais propaganda impressa, realizar mais comícios, organizar mais carreatas, contratar maior quantidade de pessoas para

trabalhar na campanha, obter serviços advocatícios e contábeis de maior qualidade, montar um comitê maior.

Neste sentido, está claro que o candidato que arrecada e gasta recursos de maneira ilícita está tornando a disputa desigual em relação àqueles que o fazem dentro da estrita legalidade. A questão que torna desigual a disputa não é o fato de um candidato arrecadar mais dinheiro do que outro – isto é normal, reconhecido como legal pela legislação, e, até certo ponto, um ato de competência em campanha moralmente aceito.

O problema reside no candidato que arrecada e gasta mais de maneira ilícita. Na atual conjuntura legislativa, um candidato que arrecada, ilegalmente, recursos de uma empresa em sua campanha, está tornando desigual a disputa com o candidato que respeita a lei. Por conta do ato ilícito praticado, o candidato infrator terá todas as benesses de uma melhor campanha em relação aos demais, e tal fato não se dará pelo exercício de competência própria ou de sua equipe – mas sim pela prática de um ato ilícito.

Por seu turno, o uso indevido dos meios de comunicação caminha também dentro da tênue linha entre legalidade e ilegalidade eleitoral. É consabido o peculiar costume dos representantes da classe política brasileira em dispendar muitos recursos públicos para promover e divulgar os atos praticados no exercício de seus mandatos.

Entretanto, a despeito do que julgamentos morais podem revelar sobre este costume, o fato é que não há qualquer ilegalidade em tais práticas. Noutra giro, em anos de eleição, aqueles que possuem mandato e concorrem à renovação do mandato, não raro intensificam estes gastos e personificam os méritos de atos governamentais dentro de uma propaganda que deveria ser puramente institucional.

Muitas outras hipóteses podem configurar este tipo de ilícito, como a utilização de rádios comunitárias para propaganda eleitoral, a contratação de veículos de comunicação com exigência de manifestações elogiosas ao contratante, ou até a convocação de rede de rádio e televisão desvirtuada em finalidade.

É cristalino que aquele que usa indevidamente os meios de comunicação social – rádios, jornais, televisões, sítios virtuais, redes sociais – acaba por atingir maior quantidade de pessoas com sua propaganda do que os concorrentes que agem conforme a legislação. Há, portanto, vantagem indevida ao infrator, desequilíbrio de oportunidade nas candidaturas – há abuso no exercício de uma faculdade.

Convencionou-se, jurisprudencialmente, chamar simplesmente por condutas vedadas todos os atos ilícitos minuciosamente descritos nos artigos 73 a 78 da Lei das Eleições. A caracterização da ilegalidade, como em qualquer ato de abuso de poder,

conforme já afirmado, apenas ocorre no ultrapassar de um ato que seria perfeitamente lícito, mas, diante de um vício de motivação ou finalidade, deixa de ser exercício de poder.

Veja-se, neste particular, a faculdade que tem um agente público em contratar pessoas para trabalharem na Administração Pública. O agente realiza o concurso, e, dentro das previsões orçamentárias, convoca, nomeia e dá posse aos aprovados. Não há nenhuma ilegalidade em qualquer destes atos, apenas mero exercício ou uso de poder.

Entretanto, ao verificar a tipificação do inciso V do artigo 73, da Lei 9.504/97, percebe-se que se o agente público praticar os atos absolutamente legais acima descritos, fora das exceções das alíneas do inciso citado, entretanto o fizer dentro do período de três meses antes da data das eleições até a posse dos eleitos, terá praticado ato ilícito eleitoral – é dizer, um ato lícito de poder, se praticado em período específico, deixa de ser a realização de uma faculdade lícita para se caracterizar como ato de abuso de poder.

A captação ilícita de sufrágio, ou simplesmente a compra de um voto, é ato que não apenas desvirtua a concorrência eleitoral como ataca diretamente a vontade e a liberdade do cidadão. Dar, ou até simplesmente oferecer um bem ou uma vantagem em troca de um voto é uma violência particular, porque constrange a liberdade de escolha do eleitor, bem como é uma violência à coletividade, porquanto vício grave em uma eleição.

Neste sentido, comprar um voto é um ato de abuso de poder econômico. Ter muito dinheiro e utilizá-lo para os atos de campanha não é um ato ilícito – entretanto, a partir do momento em que o gasto está viciado em sua motivação ou em sua finalidade, que deixa de ser a conquista do voto para ser a simples mercantilização deste voto, o ato que inicialmente poderia ser um uso, desvirtua-se, transformando-se em abuso.

A este ponto fica claro que os ilícitos eleitorais decorrem todos de um mesmo gênero, são galhos de uma mesma árvore – o abuso de poder. Assim, é de se dizer que um dos objetivos da Constituição e da legislação eleitoral é manter as eleições livres do abuso de poder; é homenagear a lisura das eleições e a igualdade de condições de disputa entre os candidatos ao extirpar do processo eleitoral a prática de qualquer ato de abuso.

4.2 A TENTATIVA DE CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE PODER RELIGIOSO

Considerada a premissa acima, de que todo ato ilícito em seara eleitoral é, em verdade, uma espécie de um gênero denominado por abuso de poder, percebe-se com maior clareza e método os dizeres da Constituição de 1988 que tratam dos direitos

políticos. Suas normas sempre estão preocupadas em afastar o abuso de poder dos pleitos eleitorais, numa expressão de que o mal principal a ser derrotado na perseguição de uma eleição lisa e legítima é justamente o abuso de poder, qualquer seja a natureza do poder abusado, mas, notadamente, os poderes econômico e político. É neste sentido que também segue a jurisprudência do TSE e do STF – na busca de repelir todo e qualquer ato de abuso de poder praticado em eleição.

Nasce desta obsessão constitucional e jurisprudencial a criação, ainda incipiente e inacabada, mas já fonte de efeitos jurídicos punitivos, da figura de uma possível nova ramificação de atos ilícitos eleitorais: o abuso de poder religioso.

O tema é excitante e atrai a atenção também da mídia. Somente em 2017, houve manifestações públicas de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, demonstrando preocupação com este tópico. Ademais, a par da inexistência doutrinária ou legal da figura do abuso de poder religioso, já surgem julgados oriundos do TSE que começam a definir seus parâmetros, ainda que de maneira confusa e vacilante – entre os quais, destacam-se aqueles a seguir analisados, sob a tentativa de encontrar traços característicos comuns que possam embasar a conformação de um instituto jurídico.

Os fatos trazidos a julgamento no Recurso Ordinário (RO) 265308³ são referentes às eleições de 2010. Em resumo, o pastor Valdemiro Santiago Oliveira, da Igreja Mundial, em um evento religioso com a presença de 10.000 (dez mil) pessoas, aproximadamente, abençoou, enalteceu e pediu apoio dos presentes à candidatura ao cargo de Senador de Ivo Narciso Cassol e seus suplentes, além de outros candidatos de sua coligação.

Percebe-se da ementa do julgamento do TSE que há uma clara dificuldade em se ultrapassar, como barreira, o exercício do direito à liberdade religiosa – e, conseqüentemente, uma confusão conceitual que termina por não deixar claro o que é abuso de poder religioso. Há uma certeza absoluta: não há previsão legal quanto à existência deste tipo de ato ilícito eleitoral. De pronto, já se deveria encerrar a discussão jurisprudencial, já que o próprio TSE é adepto do cânone interpretativo que determina interpretações restritas a normas restritivas de direito.

Entretanto, a par da inexistência normativa, o julgado tenta reunir pontos característicos comuns do ato praticado com outros tipos de ilícitos eleitorais. Em certa passagem, afirma que o ato pode ser subsumido a um ato de abuso de poder econômico,

³ Recurso Ordinário 265308 – Porto Velho – RO. Acórdão de 07/03/2017. Relator Min. Henrique Neves da Silva. Publicado no Diário de justiça eletrônico em 05/04/2017, páginas 20 e 21

já que a utilização do espaço religioso e da figura do sacerdote seria um benefício de propaganda dado ao candidato que poderia ter valor econômico considerado.

Noutro momento, aduz a possibilidade de propaganda irregular, dado que o templo seria um bem de acesso em geral à população, confundindo institutos (propaganda irregular e abuso de poder) que possuem disciplinas jurídicas totalmente distintas. Em outro momento, invoca o uso indevido dos meios de comunicação como a moldura jurídica da conduta.

E tantas tentativas de equiparação ou analogia são realizadas depois da própria afirmação quanto ao conteúdo do direito à liberdade religiosa e de expressão.

Noutro momento, já no Recurso Ordinário 804738⁴, cuja ação originária foi patrocinada pelo Ministério Público Eleitoral, aduziu-se a utilização de uma determinada instituição religiosa – a Igreja Universal do Reino de Deus (IURD) – em benefício da candidatura ao cargo de governador do então Senador Marcelo Crivella e de seu vice, José Alberto da Costa Abreu.

Em síntese, o Ministério Público Eleitoral alegou a apreensão de material de propaganda eleitoral no templo da IURD, fichas de cadastros dos fiéis e de um documento intitulado “proposta de alcançar 400.000 votos”. Arguiu-se que houve abuso de poder religioso, por conta de um controle dos votos por conta dos religiosos, bem como que houve abuso de todo o amplo poder econômico da instituição e dos seus pregadores.

Toda a situação fática é emblemática em relação ao objeto de estudo deste trabalho. Assim como no julgado anterior, há a confusão absoluta de institutos – ao passo em que se fala em abuso de poder religioso, denota-se também a prática de abuso de poder econômico, ou da prática de propaganda eleitoral irregular. Ao fim e ao cabo, os dois processos – não necessariamente suas decisões, mas os debates ocorridos em seu âmbito – parecem ter conclusões parecidas, de que a prática de abuso de poder econômico, ou de propaganda eleitoral irregular, quando envolve algum atributo de religião, deve se tornar um abuso de poder religioso.

Da análise dos casos acima não há sequer que se falar, então, na existência de um instituto jurídico formado. O abuso de poder religioso ainda é um fato da vida que o direito não conseguiu subsumir à sua linguagem, e, portanto, dificulta a atuação do próprio Poder Judiciário. Entretanto, diante da multiplicação de situações fáticas em que é invocado, se faz absolutamente necessário criar as regras necessárias para o exercício

⁴ Recurso Ordinário 804738 – Rio de Janeiro/RJ. Decisão de 09/10/2017. Relator Min. Herman Benjamin. Publicado no Diário de justiça eletrônico em 23/10/2017, páginas 49-54

deste poder, que ainda é de fato – mas não apenas para punir o seu abuso, como, principalmente, para legitimar aqueles que o utilizam e utilizarão de maneira legítima.

Ao acompanhar os julgados transcritos acima, bem como outras decisões oriundas de tribunais regionais e que ainda não foram julgadas pelo TSE, tem-se que abuso de poder religioso pode ser a utilização econômica de uma religião, através de suas estruturas físicas e de mão-de-obra, por exemplo; pode ser a propaganda eleitoral dentro de um templo, ou fora dele, com a participação, ou não, da figura do líder religioso; e, por fim, pode ser a utilização de recursos financeiros de fonte vedada, considerando que as diversas religiões assumem personalidade jurídica, que são vedadas de ofertar doações a partidos ou candidatos.

5. CONCLUSÕES

Diante dos posicionamentos jurisprudenciais – e da ausência de doutrina – urge que um esforço de sistematização seja realizado para caracterizar o abuso de poder religioso, se a figura de fato existir, ou desistir de sua caracterização, se for esta a conclusão. A confusão conceitual e a mistura de institutos distintos não favorecem o amadurecimento científico do direito, nem contribui para a melhor regulação dos fatos da vida, que deve ser, em última análise, o objetivo de qualquer instituto jurídico.

A questão que parece ser o cerne da existência ou não de um abuso de poder religioso diz respeito à influência que líderes religiosos podem exercer sobre os seguidores daquela fé que é professada.

Se uma instituição religiosa é rica e utiliza seus recursos econômicos para favorecer uma determinada candidatura, tal conduta pode ser vigiada e punida como abuso de poder econômico, na forma da lei. Se há a distribuição de propaganda eleitoral em ambiente vedado por lei – religioso ou não – lhe pode ser atribuída a pecha de propaganda irregular e haver a correspondente sanção de multa. Na hipótese de um líder religioso afirmar que se os fiéis não votarem em determinados candidatos sofrerão punições espirituais severas, tal conduta é clara captação ilícita de sufrágio, na sua forma cujo meio é a violência ou grave ameaça.

Esta constatação é algo que não pode escapar ao esforço de se caracterizar um novo instituto jurídico: afastar os institutos jurídicos já existentes. Assim, é claro que propaganda irregular não é abuso de poder religioso, é apenas propaganda irregular. Na hipótese de uma construção jurisprudencial que caminhasse em sentido contrário, ante a

inexistência de previsão legal, e, portanto, inexistência de sanção aplicável, não haveria qualquer consequência jurídica em se caracterizar um ato de propaganda irregular como um abuso de poder religioso.

Da mesma maneira e sob as mesmas razões, captação ilícita de sufrágio não é abuso de poder religioso, nem o abuso de poder econômico também o é.

A caracterização de um novo instituto jurídico de fiscalização e punição, mormente quando inexistente norma repressiva legal com a anterior e legal sanção, tem como primeiro dever despir-se completamente da possibilidade de ser confundido com outro instituto jurídico já existente, sob pena de sua existência tornar-se inócua.

Nesta senda, portanto, para se caracterizar a possibilidade de existência de abuso de poder religioso, devem ser retirados dos atos paradigmáticos da conduta todos os caracteres já abarcados em outros institutos e normas já existentes. Por isso é importante salientar que se existe um abuso de poder religioso, ele não é propaganda, nem captação ilícita nem abuso de poder econômico, político ou dos meios de comunicação; também não é conduta vedada nem arrecadação ou gasto irregular de campanha.

Retirando todas estas possíveis características que já são abarcadas por normas específicas, sobre, como acima afirmado, um único ponto característico a ser analisado: a possibilidade de a influência de líderes religiosos conduzir seguidores de uma religião a votar em um determinado candidato ou em determinados candidatos. E, se tal influência de fato existir, a possibilidade de uma tal conduta ser considerada como ilícita, ou se seria legítima. Diante da inexistência de previsão legal sobre o tema – ou ainda que existisse – não há outro caminho metodológico que não inclua a Constituição e seu complexo de regras e princípios, e as formas de sua interpretação e aplicação.

6. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 09/05/2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores. 1. ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.