



ATIVISMO JUDICIAL: COMO O STF SALVOU A DEMOCRACIA EM 2022

Eduardo Appio¹

A principal atribuição de uma Corte Constitucional é a delimitação clara do seu próprio campo de competências jurisdicionais. Neste sentido, é o próprio Supremo Tribunal do Brasil (STF) que define a latitude a longitude de sua própria competência, ao contrário dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), os quais têm seus limites definidos pela mais alta Corte do país.

Este delicado mecanismo constitucional – fruto de uma longa tradição republicana que remete à idéia de “freios e contrapesos”² – se encontra sob permanente tensão, na medida em que a Corte tem sido acusada de praticar um público e notório ativismo judicial.

Surgem as seguintes questões: (1) como reforçar o princípio democrático através do Poder Judiciário? (3) a democracia corre risco por culpa do Supremo Tribunal e do TSE (Tribunal Superior Eleitoral)?

1. O TSE (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL) PODE LEGISLAR?

As eleições regulares e livres se constituem no principal componente da democracia brasileira, amparando se na idéia de que todos os cidadãos serão tratados de forma indiscriminada na hora de votar e ser votado.

O direito a uma participação substancial e igualitária no processo democrático está ancorada nos pilares do iluminismo francês e também nos ensinamentos de autores como Ronald Dworkin e John Rawls³.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Santa Catarina, (Brasil). Juiz Federal em Itajaí, Santa Catarina.

² O sistema de freios e contrapesos remete à primeira Constituição escrita de quem se tem conhecimento, ou seja, a Constituição dos Estados Unidos, bem como os escritos que a antecederam e que se baseiam na idéia de independência em relação a Inglaterra e às concepções de um poder soberano. A base doutrinária é de origem européia (iluminista) com forte influência em Montesquieu e John Locke, tendo influenciado os Federalist Papers de 1788.

³ DWORKIN, Ronald. Isdemocracypossiblehere?:principles for a new political debate. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 131.” Não há garantia de que uma maioria decidirá de forma justa; suas decisões podem ser injustas para as minorias cujos interesses a maioria ignora sistematicamente. Se assim for, então a democracia é injusta, mas não menos democrática por essa razão. De acordo com a rivalpartnershipview de democracia, contudo, democracia significa que as pessoas governam a si mesmas como parceiras integrais em um empreendimento político coletivo, de modo que as decisões da maioria são democráticas apenas quando são



Com este mesmo sentido, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE, órgão superior da justiça eleitoral) tem se encarregado de estabelecer normas jurídicas que irão regular as eleições gerais, sendo que estas normas culminam por legitimar o seu resultado.⁴

A regulação das eleições pelos próprios parlamentares, a cada eleição, esbarraria em dois problemas de ordem prática, quais sejam, o fato de que os atuais membros do Congresso Nacional poderiam, em tese, legislar em causa própria (visando se perpetuar no Poder) e o fato de que o Congresso Nacional não teria a velocidade adequada para fazer frente aos novos problemas que surgem à cada eleição (regulação das mídias sociais, por exemplo).

Trata se, pois, de uma atividade claramente de natureza legislativa por parte do Poder Judiciário eleitoral, algo que conflita com o pensamento original de autores como Hans Kelsen, os quais sempre defenderam que o Poder Judiciário somente poderia exercer uma “atividade negativa” (geralmente através do controle de constitucionalidade das leis).

O Supremo Tribunal Federal tem suas competências definidas pelo art. 102 da Constituição Federal de 1988 e a atividade normativa do Tribunal Superior Eleitoral está regulada pelo próprio Código Eleitoral e pela Lei dos partidos políticos (Lei 9.096/1995).⁵

A atividade normativa do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em mais de uma ocasião.⁶ O Supremo Tribunal Federal se amparou na força normativa da Constituição para fins de autorizar o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a normatizar alguns de seus julgamentos mais polêmicos, dentre os quais cumpre recordar a cláusula de fidelidade partidária.

Nesta mesma ocasião, durante o julgamento da ADIN 4.086 DF, o então Exmo Sr. Advogado da União (hoje Ministro do Supremo Tribunal Dias Toffoli) relembrou os importantes ensinamentos de Konrad Hesse⁷ acerca da Constituição e do dever dos juízes de conferir concretude aos seus mandamentos (ainda que parte deles sejam de cunho genérico).

cumpridas certas.” condições que protejam o status e os interesses de cada cidadão, como parceiro integral nesse empreendimento”.

⁴Sempre importante frisar que a Constituição Federal de 1988 considera o direito de voto como uma verdadeira cláusula pétrea. As cláusulas pétreas inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico (grifei); a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

⁵ inciso IX do artigo 23 do Código Eleitoral e no artigo 105 da Lei 9.504/1997 (a Lei das Eleições), por exemplo.

⁶ Ações diretas de inconstitucionalidade 3.999/DF e 4.086/DF

⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991, p.19. “A Constituição converter se a *em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.*”



Com este mesmo sentido, mestre Lenio Streck nos ensina que a Constituição é os topos hermenêutico, de maneira que a atividade interpretativa dos juízes deve estar sempre voltada à defesa da Constituição, ou seja, não se interpreta a Constituição de acordo com as leis, mas exatamente o contrário⁸.

Durante as últimas eleições gerais no país (2022) o TSE se encarregou de regular o uso das redes sociais, tudo com a nobre finalidade de assegurar a paridade e armas entre os candidatos, bem como evitar um cenário de desinformação generalizada por contas das chamadas “fake news”. O então Ministro do Supremo Tribunal Ricardo Lewandowski, já falava da chamada “**desordem informacional**”, sendo que o STF emprestou total validade à resolução 23.714/22 do TSE (a qual ampliou os poderes da Corte Eleitoral para determinar a retirada imediata de fake news das redes sociais).

O exercício prudente, mas corajoso, destas atribuições constitucionais, por parte do Ministro Presidente do TSE (Sua Excelência Ministro Alexandre de Moraes) se revelou como indispensável não somente para garantir igualdade de armas entre os candidatos à Presidência da República, mas também para rechaçar os argumentos golpistas do 8 de janeiro de 2022.

A reflexão conjunta da sociedade brasileira – passado um ano da tentativa mal sucedida de golpe de Estado pelos perdedores das eleições gerais no Brasil – é a de que o Supremo Tribunal e o Tribunal Superior Eleitoral não se omitiram em seu dever constitucional de defesa da Constituição.

A ADPF (ação de descumprimento de preceito fundamental) 1045, a qual pretende que o Supremo Tribunal Federal dê interpretação final acerca da aplicação do art. 142 da Constituição Federal – que dispõe sobre os limites da atuação das Forças Armadas no país - está sob relatoria do Ministro Luiz Fux e certamente será debatida pela sociedade democrática.

Enquanto o país não conseguir definir, com absoluta clareza e endosso da mais alta Corte do Brasil, qual é o papel interno das Forças Armadas, estaremos todos à mercê de tentativas e conspiratas golpistas.

O próprio sistema democrático se encontra em crise ao redor do mundo, na medida em que os cidadãos comuns – movidos por eficiente máquina de marketing de consumo de bens e produtos – ainda não conseguiram equilibrar um trabalho útil no século XXI com a satisfação de suas necessidades primárias. A resposta para estas demandas – quando não é veiculada pelos

⁸STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise..* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 225



partidos políticos e pelos membros do aparato estatal – acaba sendo a desordem e a incitação aos golpes de Estado, o qual acaba por gerar um colapso das instituições democráticas e seus agentes. A própria idéia de contrato social é colocada sob rigorosas críticas e as bases da tolerância - que serve de pilar aos fundamentos da civilidade (buscada desde os Iluministas) – são substituídas pelo discurso radical de destruição de conquistas de cunho humanista.

A judicialização destes temas demonstra que o Congresso Nacional não tem toda a força política necessária para tratar de questões sensíveis à Nação.

Nestes casos, surge, com redobrada importância, a vontade judicial de Constituição, criticada pelo Parlamento, como ativismo judicial. O ativismo judicial se justifica para estas hipóteses em que o Parlamento delega (de forma implícita, por conta de sua inação) poderes normativos aos órgãos de cúpula do Judiciário.

2. EXISTE ATIVISMO JUDICIAL NAS NORMATIVAS DO TSE (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL)?

O fato de que diversas leis brasileiras atribuem competência normativa ao TSE, bem como a consolidação deste fenômeno por força de algumas decisões do Supremo Tribunal, confere legitimidade a esta atuação.

As normativas do judiciário eleitoral – as quais concedem legitimidade positiva às decisões dos juízes eleitorais – em sede de regulação das redes sociais durante o período eleitoral, não conflitam com a liberdade de expressão prevista na Carta de 1988.

Uma das condições de possibilidade da democracia é a legitimidade dos fatos que embasam os argumentos entre os candidatos.

Na medida em que a atuação de um candidato à Presidência da República passa a ser marcada por uma gama generalizada de notícias falsas (ditas *fakes news*) durante as eleições de 2022 (algo que já havia ocorrido quatro anos antes), o Supremo Tribunal e o TSE são chamados a salvar a democracia.

O que circula nas redes sociais durante as eleições não é fruto de um amplo e saudável debate de ideias (*marketplace of ideas*⁹), mas sim uma combinação venenosa entre poder econômico, ganância dos donos das redes sociais e oportunismo de parte da imprensa que passa a divulgar estes fatos como uma verdade absoluta (sem nem mesmo consultar suas fontes).

⁹Termo celebrado pelo Justice Oliver Holmes da Suprema Corte dos Estados Unidos na histórica decisão *Abrams v. United States* – 1919, depois ratificada pelo Ministro Willian Douglas em *United States v. Rumely* (1953)



O acesso generalizado à rede mundial de dados e a hegemonia das redes sociais, culminou por criar as condições ideais para o abuso do poder econômico e social no país. Ao contrário do que se poderia imaginar, o exercício de um direito fundamental de acesso à internet somente pode ser viabilizado a partir de uma regulação (mesmo que provisória) por parte do Poder Judiciário durante as eleições.

O ativismo judicial (o qual se manifesta como uma verdadeira afronta aos demais Poderes eleitos pela população), apresenta-se como um mal necessário durante situações excepcionais, como ocorreu durante a pandemia do Covid no Brasil, bem como durante a produção (em escala industrial) de *fake news* que visavam comprometer a lisura das últimas eleições. Em ambos os casos, como bem lembrou o Ministro Gilmar Mendes em recente palestra na Universidade de Coimbra, o STF salvou a democracia e serviu de sólida ponte na alternância do poder¹⁰.

Somente através do retorno à normalidade democrática – após processados e julgados no STF todos os que atentaram contra a Constituição – é que se revelará possível falar em democracia substantiva e direito de inclusão no Brasil.

Editor Científico: Hélcio Kronberg
Científico Double Blind Review pelo SEER/OJS
Revista Pan-Americana de Direito ISSN: 2764-2305
Recebido em 07.10.2022
Aprovado em 25.12.2022
<https://doi.org/10.37497/RPD.v3i1.76>

¹⁰Palestra proferida no dia 5 de julho de 2023 durante o XXVIII Seminário de Verão de Coimbra, Portugal