

O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO SOB A PERSPECTIVA DA ÉTICA JURÍDICA

JUDICIAL ACTIVISM IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW FROM THE PERSPECTIVE OF LEGAL ETHICS

Mozart Aragão Leite Filho¹

Waldir Franco²

RESUMO: O Ativismo Judicial é caracterizado como um dos assuntos com considerável notoriedade atualmente, e a despeito disso, muitos questionamentos têm sido levantados quanto a essa prática e quanto as ilegalidades que podem advir da mesma. Tendo isso como pressuposto, inicialmente o presente artigo abordará sobre a evolução histórica da separação dos poderes, bem como sua efetivação na Constituição Federativa de 1988, tendo em vista ser imprescindível tratar, antes de tudo, do ponto inicial do problema. Não obstante, será abordado sobre o ativismo judicial, seu conceito, aplicação e como ocorre a constituição do mesmo no Estado Democrático de Direito. Ademais, será discorrido sobre a prática do ativismo pelo STF, imperativamente no caso do inquérito das Fake News, citando a ADPF (Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental) apresentada ao STF, pelo partido Rede Sustentabilidade e das ilegalidades apontadas quando a instauração do mencionado inquérito arguidas por juristas e doutrinadores. Outrossim, será feito um comparativo da prática do ativismo e a ética jurídica, e como os magistrados se comportam e/ou devem se comportar quanto as mesmas.

4046

Palavras-chave: Ativismo. Inquérito. Fake News. Ilegalidades. Ética.

ABSTRACT: Judicial Activism is characterized as one of the subjects with considerable notoriety today, and despite this, many questions have been raised regarding this practice and the illegalities that may arise from it. With this as an assumption, initially this article will address the historical evolution of the separation of powers, as well as its implementation in the 1988 Federal Constitution, considering that it is essential to address, first of all, the starting point of the problem. However, judicial activism will be discussed, its concept, application and how it is constituted in the Democratic State of Law. Furthermore, the practice of activism by the STF will be discussed, imperatively in the case of the Fake News investigation, citing the ADPF (Claim of Non-compliance with Fundamental Precept) presented to the STF, by the Rede Sustentabilidade party and the illegalities highlighted when the aforementioned investigation was launched. by jurists and scholars. Furthermore, a comparison will be made between the practice of activism and legal ethics, and how judges behave and/or should behave regarding them.

Keywords: Activism. Inquiry. Fake News. Illegalities. Ethic.

¹Discente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia,

²Docente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia.

I. INTRODUÇÃO

A ética jurídica é um ramo do direito que se dedica a estudar os comportamentos e valores éticos dos profissionais do Direito, em especial os advogados, magistrados e promotores de justiça e, nesse contexto, a ética jurídica também tem sido aplicada ao estudo do ativismo judicial, o qual consiste na atuação do Poder Judiciário para além de sua função típica de aplicar a lei, com o objetivo de promover mudanças sociais e políticas. Diante disso, o ativismo judicial tem sido objeto de intensos debates e controvérsias, com decisões amplamente elogiadas por sua contribuição para a proteção dos direitos humanos e promoção da justiça social, e outras duramente criticadas por sua falta de fundamentação e embasamento legal. Caracterizada como uma questão essencial para o bom funcionamento do sistema jurídico, a ética jurídica garante a justiça e a imparcialidade das decisões tomadas pelos tribunais, principalmente quando trazemos sua aplicação a prática do ativismo judicial. Essa prática, que consiste na interpretação mais ampla possível das leis com o objetivo de proteger os direitos humanos e a democracia, tem sido cada vez mais frequente nos tribunais de todo o mundo, incluindo no Brasil. No entanto, existem casos amplamente elogiados, enquanto outros, duramente criticados.

O ativismo judicial tem causado bastante controvérsia, pois de um lado pode ser visto como um meio de proteger os direitos humanos e garantir a justiça em situações em que a lei é insuficiente ou ambígua. Por outro lado, pode ser visto como uma violação do estado de direito e da separação dos poderes, podendo ainda ser visto como uma forma de usurpar a democracia, permitindo que os juízes interpretem as leis de acordo com sua própria visão de mundo.

Um exemplo de decisões amplamente elogiadas, foi a criminalização da homotransfobia, julgado pelo Mandando de Injunção 4733 e da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão 26, em que o Supremo Tribunal Federal equiparou a homotransfobia ao crime de racismo (Wogel e Silveira, 2020).

Quanto a decisões duramente criticadas, cita-se, o inquérito nº 4.781, popularmente conhecido como “inquérito das Fake News”, o qual será objeto de estudo deste. O aludido inquérito foi instaurado de ofício pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Dias Toffoli, o qual desde sua instauração foram apontadas ilegalidades por juristas e políticos, o que culminou, inclusive, em uma ADPF proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade (Brunelli, 2020).

4047

Tem-se por certo as diversas contribuições do ativismo judicial para a concretização da democracia e para o cumprimento dos direitos fundamentais, principalmente para as minorias. No entanto, em outros casos, se percebe a atuação exacerbado do poder judiciário, o que culmina em dúvidas, incertezas e questionamentos quanto a legitimidade dessas práticas, além de indagações acerca do limite do poder do judiciário.

No livro *Globalismo e Ativismo Judicial*, Chila (2020) argumenta que o ativismo judicial pode ser positivo se estiver em conformidade com os princípios democráticos e o estado de direito, podendo ser visto como uma forma de contrabalançar o poder do legislativo e do executivo, garantindo a proteção dos direitos humanos e promovendo a igualdade social. Além disso, o autor argumenta que o ativismo judicial pode ser visto como uma forma de proteger a democracia contra as ameaças internas e externas, como a corrupção e o autoritarismo.

Ocorre, no entanto, que essa prática, de acordo com o autor supracitado, também pode gerar instabilidade jurídica, uma vez que as decisões judiciais são baseadas em interpretações subjetivas e não necessariamente em leis, podendo ocasionar em uma concentração de poder nas mãos dos juízes, que podem interpretar as leis de acordo com suas próprias crenças e valores pessoais, podendo minar a legitimidade dos tribunais e criar desconfiança na sociedade.

4048

Desta feita, surge a problemática desta pesquisa. Diante das recorrentes práticas de ativismo e consequentes controvérsias, há uma necessidade de conciliação entre controle da constitucionalidade e democracia?

O Poder Judiciário pode atuar ativamente, como forma de defender os direitos de todo cidadão brasileiro, principalmente das minorias e garantir a justiça em situações em que a lei seja ambígua ou insuficiente. No entanto, atuando ativamente na defesa dos direitos das minorias, o Poder Judiciário não pode deixar de cumprir o que preconiza a constituição.

Desta feita, como objetivo geral, esta pesquisa visa analisar o ativismo judicial no estado democrático de direito, trazendo uma perspectiva da ética jurídica sobre os efeitos que o mesmo tem causado na sociedade

Como objetivos específicos, a presente visa analisar o exercício do ativismo judicial no Estado Democrático de Direito e como sua prática, mesmo na promoção atos benéficos à sociedade, ultrapassa a competência do Poder Judiciário; identificar as ilegalidades cometidas no inquérito das Fake News, bem como discutir acerca das críticas tecidas por juristas e políticos sobre essas ilegalidades; e; demonstrar a importância e necessidade da

sociedade conhecer os limites do exercício do Poder Judiciário e como isso implica no cotidiano da mesma.

Para tanto, inicialmente será tratado acerca da separação dos poderes desde Aristóteles à Montesquieu e como este último influenciou no sistema de separação adotado pela Constituição Federativa de 1988, ao passo que será abordado separação dos poderes na CF/88.

Sob o mesmo prisma, abordar-se-á acerca do ativismo judicial, como o mesmo ocorre e quais as implicações do mesmo no Estado Democrático de Direito, e como exemplo, será trazida uma explicação detalhada sobre o inquérito das fake News, a ADPF apresentada ao STF, pelo partido Rede Sustentabilidade, contendo as ilegalidades apontadas quando a instauração do mencionado inquérito arguidas por juristas e doutrinadores.

Não obstante, será arrazoado o ativismo judicial sob o viés da ética jurídica, a qual denotará em termos precisos acerca das consequências que se pode advir da prática excessiva de um poder quanto aos limites de sua competência.

1.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES EM ARISTÓTELES, LOCKE E MONTESQUIEU

Na obra “A Política de Aristóteles, livro III (Dos Governos)”, Aristóteles (2001) 4049 estabeleceu que em toda forma de governo existiriam três poderes essenciais, e caberia ao legislador acomodá-los de maneira mais oportuna. Para o pensador, quando estes três poderes estivessem bem definidos e estabelecidos, o governo iria bem e a partir das diferenças entre os poderes, que se estabeleceriam as suas competências.

Para Aristóteles (2001), o governo estaria classificado em deliberativo, os quais deliberariam sobre os negócios do Estado; de magistraturas governamentais ou poderes constituídos, que seriam aqueles dos quais o Estado precisa para agir, e; de ordem judiciária, os quais abrangeriam os cargos de jurisdição.

Apesar de ter estabelecido essa forma de governo, Aristóteles não instituiu uma separação clara entre esses poderes, e dessa forma o mesmo não influenciou de forma suficiente os governantes tiranos que vieram depois. Foi na idade moderna, na era absolutista, que a ideia da divisão dos poderes foi desenvolvida por John Locke e Montesquieu (Castilho, 2017).

Para John Locke, considerado um dos mais importantes filósofos do empirismo, e pai do liberalismo, o governo se apresentava como um tipo de governo limitado, exercido mediante um contrato entre o governante a sociedade (Castilho, 2017). Esse contrato seria a

constituição, na qual o governante poderia ser destituído a qualquer momento pelo povo, e para que houvesse uma compreensão correta e completa do poder político, o estudo do mesmo deveria ser realizado através de um exame da condição natural do homem (Locke, 1994)

Na obra “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”, Locke (1994) delimitou os contornos da teoria da separação dos poderes, classificando-os em: Legislativo, Executivo e Federativo. Nesse contexto, o Parlamento exerceria a função legislativa, e o Rei a função executiva e federativa (referente a segurança). Em sua teoria, o poder legislativo era superior aos demais, e o poder executivo estava inteiramente interligado com o poder federativo.

De acordo com o pensador supracitado, o poder legislativo seria aquele com competência para prescrever, segundo quais procedimentos à comunidade civil deveriam ser empregados de forma a preservar seus membros. Entretanto, pela fragilidade humana, não caberia que as mesmas pessoas que obtinham o poder de legislar obtivessem também o poder de executar as leis, de modo que as mesmas não se isentassem da obediência às leis que fizeram, ou não adequassem a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução.

O poder executivo compreenderia a execução das leis internas da sociedade e o poder federativo estaria relacionado com a administração da segurança e do interesse externo. Contudo, embora distintos, esses dois poderes, como dito anteriormente, não deveriam ser exercidos separadamente e por pessoas distintas, tendo em vista que ambos necessitam da força da sociedade para o seu exercício (Locke, 1994).

4050

No entanto, a formulação da separação dos poderes conhecida hoje, teve maior influência por parte de Montesquieu, em sua obra “Do espírito das Leis”.

Em Montesquieu (1996), todo aquele que está no poder, seja uma pessoa ou um grupo, tende a abusar dele. Desta forma, a separação dos poderes se constituiria como essencial, tendo em vista que, a partir dele poderia ser instaurado um equilíbrio, de forma que ninguém o possuísse absolutamente. Para o pensador, o poder do Estado deveria ser dividido em funções específicas e distribuídas a órgãos independentes, pois assim o poder poderia ser limitado pelo próprio poder, de forma que não seria mais absoluto.

O pensador supracitado estabeleceu em sua obra a existência de três poderes:

o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder de julgar ou Judiciário. Em sua obra, no poder legislativo, o príncipe ou magistrado poderia criar, alterar ou anular as leis, as quais poderiam ser temporárias ou permanentes e ao parlamento era atribuída uma função

privilegiada, tendo em vista que era responsável por legislar e editar normas gerais e abstratas em nome do povo. O Poder Judiciário, por sua vez, poderia ser considerado, de certa forma, nulo, tendo em vista que o mesmo não poderia impor limitações aos outros poderes que não fosse decorrente da própria separação.

Diante da separação dos poderes, Montesquieu (1996) desenvolveu um sistema de freios e contrapesos, dessa forma, cada poder exerceria a sua função ao mesmo tempo que o exercício dessa função seria supervisionado pelos outros poderes. Em sua teoria esse sistema era formado pela faculdade de estatuir e pela faculdade de impedir. A faculdade de estatuir seria o poder de ordenar ou corrigir aquilo que foi ordenado por outro. A faculdade de impedir, por sua vez, seria o poder de anular uma resolução tomada por outro.

Nesses termos, infere-se que o Poder legislativo seria composto por duas partes, em que uma controlaria a outra pela faculdade de impedir, e o poder legislativo como um todo, controlaria o poder executivo com a faculdade de estatuir e o executivo controlaria o Legislativo com a faculdade de impedir. No entanto, pelo poder judiciário ser entendido por Montesquieu como um poder nulo, não atribuiu faculdade a este (Brunelli, 2020).

A separação dos poderes instituída por Montesquieu, como alhures mencionado, teve grande influência na separação dos poderes instituída hoje no ordenamento jurídico brasileiro, e sobre a mesma, será tratado a seguir.

4051

1.2 Separação Dos Poderes Na Constituição Federativa De 1988

Com a promulgação da Constituição Federativa Brasileira de 1988, o Estado Democrático de Direito os poderes passaram a ser divididos em Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais são caracterizados por serem independentes e harmônicos entre si. No exercício de suas funções, esses poderes não podem dispor livremente quanto as suas ações, devendo, de tal forma, obedecer a limites preestabelecidos, podendo ainda ser fiscalizado pelos demais poderes (Brasil, 1988).

Na teoria aplicada pela CF/88, cada poder exerce a sua função típica, podendo atuar ainda em funções atípicas. O poder Legislativo tem como função típica, a criação de normas, no entanto, atipicamente atua no julgamento do presidente em casos de crimes de responsabilidade, sendo que esta seria uma função jurisdicional. O Executivo tem como função típica a aplicação das normas, atos de chefia de estado e de governo, além das funções administrativas, porém, atua atipicamente na criação de medidas provisória pelo Presidente da República, as quais seriam função legislativa. Quanto ao Judiciário, por sua vez, tem a

função típica de julgar conflitos originários dessas normas, contudo, atua atipicamente, cita-se a elaboração de regimentos internos dos tribunais, que seria uma função legislativa (Brunelli, 2020)

A formulação da separação dos poderes conhecida hoje, tem grande influência dos preditos do filósofo Montesquieu. Baseado no mecanismo dos pesos e contrapesos da teoria do supracitado filósofo, a separação dos poderes é exercida de forma que cada poder exerça as suas funções, fazendo um contrapeso aos outros poderes (Grinover, 2009). O objetivo primordial da separação dos poderes, é a de combater a concentração do poder nas mãos de um único órgão ou de alguém, tendo em vista que a distribuição desse poder entre órgãos estatais independentes, busca garantir equilíbrio e minimizar os riscos de abusos (Mezzomo, 2017).

As Medidas Provisórias editadas pelo presidente da República, as quais podem ser rejeitadas pelo Congresso Nacional; as leis aprovadas pelo Congresso que podem ser vetadas pelo Presidente da República; o veto do Presidente que pode ser derrubado pelo Congresso; as leis criadas pelo Congresso que podem ser declaradas inconstitucionais pelo poder judiciário, são exemplos do controle de constitucionalidade, que busca inibir possíveis abusos que possam vir a ser praticados pelos outros poderes, uma fiscalização que ocorre de um poder para com o outro, com o objetivo de proteção aos direitos do cidadão (Mezzomo, 2017).

4052

1.3 ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com a CF/88, como dito anteriormente, cada poder passou a exercer suas funções de acordo com as suas atribuições. Quanto ao poder judiciário, a sua função é a de resolver conflitos com bases nas normas existentes. O artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, estabelece que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Desta feita, pode-se inferir que todos podem incitar o poder judiciário para discutir lesão ou ameaça a direito, tendo, este, o dever de apreciar o mérito, mesmo frente a lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico (Brasil, 1988). Ao longo dos anos, diversas questões são levadas à apreciação do judiciário, e, tendo em vista a quantidade exacerbada destas, ocorreu o fenômeno que hoje é denominado de Judicialização. Esse fenômeno se caracteriza justamente pelo aumento de demanda proveniente da procura pelo judiciário para resolução de questões que, a priori, deveriam ter sido esclarecidas no âmbito do poder executivo ou do

poder legislativo, mas pela inatividade deste, resta ao poder judiciário a resolução de tais conflitos (Brunelli, 2020).

E foi como consequência dessa judicialização que surgiu o ativismo judicial, o qual consiste em um termo técnico utilizado para quando o poder judiciário atua de forma expansiva e proativa em relação ao demais poderes. Nesse sentido, Barroso (2009) leciona que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) 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; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Um exemplo prático de ativismo judicial foi o reconhecimento das uniões homoafetivas. Tendo em vista a inércia da legislação, a falta de previsão Constitucional e, a necessidade de uma regulamentação quanto a essas questões, o STF reconheceu as uniões homoafetivas mesmo sem haver previsão legal quanto a este fato, através do instituto conhecido como mutação constitucional, de forma a interpretar que, a mesma proteção que a constituição dá a família inclui também as uniões homo afetivas (Suxberger e Lima 2020).

4053

No entanto, há situações em que, para alguns, a atuação ativista do poder judiciário não é exercida de forma positiva. A título exemplificativo cita-se o Inquérito das Fake News, o qual será tratado de forma minuciosa posteriormente. Esse inquérito foi instaurado de ofício pelo Presidente do STF, e passou a ser objeto de diversas discussões por parte de juristas e políticos, que alegaram ilegalidades em sua abertura (Campos, 2022).

Diante disso, vislumbra-se que, quando passa a ocorrer considerável desequilíbrio entre os poderes em decorrência do ativismo judicial, a sociedade pode se ver diante de um considerável problema. De acordo com Brunelli (2020), isso ocorre quando, por exemplo, passam a ser proferidas decisões populistas.

Para a autora supracitada, no Brasil existe uma tendência ao protagonismo judicial para a concretização de direitos. No entanto, como consequência desse ato de julgar de acordo com as convicções do julgador, a sociedade pode passar a ser refém da mentalidade relativistas dos magistrados. Esse poder discricionário, – que consiste, em rasas palavras, na prerrogativa conferida para tomada de decisões com liberdade na escolha de sua

conveniência, oportunidade e conteúdo –, pode produzir arbitrariedades, com interpretações equivocadas da lei.

Desta feita, se constitui de suma importância que a sociedade como um todo, se atenha aos atos praticados, tendo em vista que seus reflexos atingem a todos.

1.4 Supremo Tribunal Federal E O Inquérito Das Fake News

Para alguns juristas e políticos, a atuação ativista do poder judiciário não é exercida de forma positiva em alguns casos, e a exemplo disso, cita-se o inquérito n.

4.781, conhecido como o inquérito das “fake news”, instaurado de ofício pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Dias Toffoli, através da portaria GP n. 69/19, o qual designou o Ministro Alexandre de Moraes para presidir o inquérito (Araújo e Silva, 2022).

O referido inquérito foi e continua sendo alvo de diversos debates jurídicos no Brasil, trazendo à tona discussões acerca da concentração excessiva nas mãos do Poder Judiciário (Lorenzetto e Pereira, 2020). Diversos fatores foram levantados, alegando ilegalidades quanto a instauração do mesmo, com duras críticas por parte de juristas e políticos, os quais serão tratados a seguir.

4054

Em decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes em maio de 2020, o mesmo explicita que o objeto desse inquérito, é:

A investigação de notícias fraudulentas (fake news), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.

De acordo com Mariana Schreiber (2020) – repórter da BBC News Brasil –, logo após a abertura do aludido inquérito, a PGR (Procuradoria Geral da República), na época chefiada pela Raquel Dodge, considerou a investigação ilegal, e de igual modo o Partido Rede Sustentabilidade, que por sua vez apresentou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) no STF, julgada pelo Ministro

Edson Fachin, o qual pedia o fim da investigação por ilegalidade em sua instauração. A ADPF ajuizada pelo partido, se deu em face da Portaria GP n.º 69/2019, a qual determinou a abertura do inquérito 4781 do STF. De acordo com o Acórdão proferido pelo Ministro

Fachin (2020), o Partido Rede de Sustentabilidade alegou em sua ADPF que a mencionada Portaria lesava ou ameaçava de lesão preceitos fundamentais da liberdade da pessoa, como: a dignidade da pessoa humana, com base no art. 1º, III; a prevalência dos direitos humanos, com base no art. 4º, II; a garantia do devido processo legal, com base no art. 5º, LIV; da legalidade, com base no art. 5º, II e; a vedação a juízos ou tribunais de exceção, com base no art. 5º, XXXVII. Entre as ilegalidades apontadas quanto a abertura do inquérito foi a questão do artigo 43 do RISTF. O aludido artigo determina que quando ocorrer infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, deverá ser instaurado inquérito pelo Presidente caso envolva autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, atribuição esta que poderá ser delegada a outro Ministro (Brasil, 2020).

Em fundamentação, o Partido alegou que o predito no mencionado artigo se trata do poder de polícia interno, necessitando dessa forma que o crime ocorra nas dependências do Supremo, envolvendo autoridade submetida a jurisdição do STF. O que não ocorreu, tendo em vista que a disseminação das Fake News foi cometida através de redes sociais (Brasil, 2020).

Outra ilegalidade apontada na ADPF e sustentada por outros juristas e políticos, foi a ofensa ao preceito fundamental da Separação dos Poderes, predita no artigo 60, §4º, III da CF/88, tendo em vista que o Judiciário não detém competência para conduzir investigações criminais.

4055

Quanto ao dito acima, tendo em vista que o inquérito em estudo foi instaurado de ofício, e levando em consideração que o nosso sistema Penal é majoritariamente como acusatório, a ADPF ainda dispõe que a instauração do inquérito descumpriu o estabelecido pelos artigos 4º do Código de Processo Penal (CPP), o qual determina como sendo competência da Polícia Judiciária a apuração de infrações penais e de sua autoria. Ainda estabelece o artigo 5º do CPP que o inquérito, nos crimes de ação pública, poderá ser iniciado de ofício pela autoridade policial, mediante a requisição do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido.

Não obstante, a aludida ADPF ainda trouxe indagações quando a: não haver delimitação objetiva de quais pessoas seriam investigadas e por quais atos seriam investigadas; o inquérito ter sido instaurado de ofício pelo Presidente do STF; o sigilo atribuído ao inquérito ofender ao direito de defesa, nos termos da súmula n.º 14 do STF, a qual estabelece ser direito do defensor, ter acesso amplo as prova que já foram documentadas em procedimento investigatório, tendo em vista dizer respeito ao exercício de sua defesa, e;

o Ministro Alexandre de Moraes ter sido alvo de ataques e ao mesmo tempo a pessoa responsável pela condução da investigação, não havendo imparcialidade.

E diante de diversos fatores surgiu a indagação por juristas, doutrinadores, políticos e por parcela da sociedade, quando a legitimidade da prática ativista do poder judiciário e se a mesma se coaduna com o estabelecido pela Constituição de 88, dentro dos limites éticos e morais de uma sociedade democrática.

2. Ativismo Judicial e Ética Jurídica à luz da Constituição de 88

Refletindo a CF/88, a qual organiza o Brasil em um Estado Democrático de Direito, muitos questionamentos são levantados quanto à necessidade de renovação e adequação do poder judiciário na reconstrução social.

De acordo com Eliana Calmon Alves (2005), Ministra do Superior Tribunal de Justiça, a partir do momento em que a atividade da magistratura passou a ser fiscalizada pelos cidadãos, passou a se exigir mais dela, tendo em vista ser “condutora da paz social, equilíbrio e coerência comportamental”. E como resultado às práticas da magistratura, tem-se, por parte da sociedade, a sua aceitação, quando praticadas de acordo com a ética, ou sua reprovação, quando praticadas sob a violação da ética.

4056

Tendo em vista o arguido acima, Salem (2018) dispõe que:

Diante disso, aferimos que cada profissional do Judiciário, como cidadão e como representante da instituição responsável pela efetivação da justiça, é instado a se perceber como sujeito em movimento de indagação constante sobre suas condutas, mormente em situações novas [...] A prática da ética é elemento essencial para sua existência. Não basta saber seus fundamentos e conceitos, pois seu verdadeiro valor não está nos conhecimentos acumulados, senão no seu exercício cotidiano.

No entanto, ante o aludido, através do estudo do ativismo judicial com enfoque no inquérito das Fake News e seus eventuais reflexos na sociedade, segundo resultado de estudo disponibilizado pela G1 em 2021, o STF apresentava negativa nas avaliações, perante a sociedade, em decorrência das decisões instáveis, distorcidas e arbitrárias, além das interpretações que contrariavam a Constituição Federal e o interesse da coletividade.

Desta feita, tendo em vista o interesse coletivo bem como o exercício da função da magistratura no Estado Democrático de Direito, se espera dos ministros que, interpretem e defendam a Constituição sob os valores morais e éticos estabelecidos dentro de uma sociedade e dentro da atuação de suas funções (Borges e Pereira, 2021).

Posto isto, infere-se que, quando da prática do Ativismo Judicial, é necessário um olhar bastante crítico, ao passo que não haja conformidade nem aceitação com práticas que

não condizem com os fundamentos constitucionais, legais, morais e éticos da sociedade brasileira.

De acordo com Rabelo (2012), o ativismo judicial vem sendo constantemente estimulado nos órgãos jurisdicionais, o que se faz perceptível nos tribunais superiores, acabando por exceder as prerrogativas funcionais do Poder Judiciário, sob a alegação de necessidade de equilíbrio da tripartição dos poderes ou de exercer o controle de constitucionalidade.

Para o autor supracitado, as reiteradas decisões ativistas contrariam as bases democráticas da legislação brasileira, pelo simples fato de que os membros do poder judiciário não são eleitos pelo povo, ou representam a vontade de uma maioria, o que leva ao questionar se as decisões pautadas no ativismo judicial são legítimas e compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Se o poder sobre a vida e sobre a liberdade dos cidadãos estivessem ligados ao poder legislativo, estaríamos diante de uma arbitrariedade, pois nesse contexto o juiz seria o legislador. Se ligado ao poder executivo, o juiz poderia ser considerado um opressor. Nesse prisma, nada faria sentido se, ao mesmo homem fossem atribuídas as capacidades “de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (Montesquieu, 1996).

4057

Diante disso, o STF, na prática do ativismo, extrapola de forma significativa e considerável a sua competência, ao passo que utiliza uma interpretação evolutiva da CF/88 sob a justificativa de lacunas normativas, ao criar novos direitos e princípios que diferem dos atribuídos no ordenamento jurídico, dispondo que, a consolidação do ativismo judicial é incoerente com a proposta do direito traçado pelo Estado Democrático de Direito (Rabelo, 2012).

Para Chila (2020):

A tripartição dos poderes de Montesquieu em que se baseia a Constituição de 88 foi solapada. Não há mais segurança jurídica. Quem governa o país, com muito voluntarismo e sem nenhum apreço às leis positivadas ou às leis divinas é a cápsula do Judiciário – os ministros do STF -, que se apropriou das funções legislativas e executivas. Auxiliam na administração da nação promotores de justiça, procuradores da República, juizes de direito e tribunais, com recomendações e decisões liminares que determinam os rumos dos entes federados [...].

Para o aludido autor, o Judiciário ao deixar-se seduzir pelo “brilho fácil do ativismo judicial”, acaba conferindo caráter ideológico a suas sentenças na tentativa de politizar o direito, usurpando, ainda, a função legislativa, na busca de “inovar o ordenamento jurídico”

com a criação direitos subjetivos ao seu bem prazer e desejo, praticando um ativismo atentatório a moral e a ética jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se perceber que as práticas ativistas do judiciário têm causado diversos debates, e gerado consideráveis indagações e questionamentos, pois de um lado, a mesma pode ser entendida como uma forma de proteger os direitos e garantias em casos em que a lei é omissa ou ambígua e por outro, pode ser entendida como um ato atentatório a democracia e ao estado democrático de direito, em que o judiciário age de forma arbitrária.

Ocorreram diversos casos acerca da atuação ativista do poder judiciário, de forma positiva, em que gerou direitos e garantias a minoria, como citado ao longo deste artigo. No entanto, um dos casos que mais ganhou notoriedade atualmente foi a instauração do Inquérito das Fake News, objetos deste artigo, em que foram evidenciados diversos atos atentatórios ao ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que o judiciário passou atuar de forma discricionária, contrariando as leis, dando origem a uma tensão política e acentuando indagações, ora já existentes, acerca da legitimidade dessa prática e dos limites éticos em sua performance.

4058

Houveram outros tantos casos em que o judiciário agiu arbitrariamente em suas decisões, ultrapassando os limites da sua atuação e ultrapassando os limites éticos do estado democrático de direito, o que evidenciou a necessidade de maior controle quanto a essa prática.

Isso se faz necessário, dado ao fato de que a mesma é passível de gerar grandes e consideráveis problemas ao estado democrático de direito. Ocorre, no entanto, que essa ação deve partir do próprio judiciário, o qual se caracteriza como detentor de todo conhecimento científico acerca do direito, o qual deve agir de forma que preze a todo custo pela ética e bom senso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Eliana Calmon. A ética no Judiciário. **Diálogos & Debates da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, ano, v. 5, 2005. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79059036.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2023.

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. De Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora: Martins Fontes, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BORGES, Angela Ferreira da Cruz; PEREIRA, Leonardo Luis de Oliveira. **Inquérito das fake news e suas consequências para o estado democrático de direito**, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/22503>. Acesso em: 26 abr. 2023

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Inteiro Teor do Acórdão. **ADPF 572. Rel. Min. Edson Fachin**. 21/11/2020. Brasília - DF. eDOC 177. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517&prcID=5658808#>. Acesso em: 23 abr. 2023.

CAMPOS, Guilherme Josué Quintana. O inquérito das fake news e a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 572: sistema acusatório em crise. 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/24556>. Acesso em: 23 abr. 2023.

4059

CASER, Fabrício. O Poder Constituinte e a Separação dos Poderes na Reforma do Judiciário. Brasília: **Boletim Científico**, ESMPU, 2004. Disponível em: file:///C:/Users/Atanael/Downloads/BC_013_Arto6.pdf. Acesso em: 18 abr. 2023.

CASTILHO, RICARDO DOS SANTOS. **Direitos humanos**. 3^o ed, Saraiva Educação SA, 2017.

DA SILVA, Edna Lucia; MENEZES, Estera Muszkat. Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação. **UFSC, Florianópolis, 4a. edição**, v. 123, 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/download/33206387/metodologia_da_pesquisa_e_elaboracao_de_dissertacao.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

FERNANDES, Alice Munz et al. Metodologia de pesquisa de dissertações sobre inovação: Análise bibliométrica. **Desafio online**, v. 6, n. 1, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/download/38881088/como_classificar_pesquisas.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

GIL, Antônio Carlos. Como classificar as pesquisas. **Como elaborar projetos de pesquisa**, v. 4, n. 1, p. 44-45, 2002. Disponível em: www.ngd.ufsc.br/files/2012/04/ric_CLASSIFICAPESQUISAGIL.doc. Acesso em: 20 maio 2023.

GRINOVER, A. P. et al, **Teoria Geral do Processo**.25.ed., São Paulo, PC editorial LTDA, 2009.

LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994.

LORENZETTO, Bruno Meneses; PEREIRA, Ricardo dos Reis. **O Supremo Soberano no Estado de Exceção**: a (des) aplicação do direito pelo STF no âmbito do Inquérito das “Fake News”(Inquérito n. 4.781). Sequência (Florianópolis), p. 173-

203, 2020. Disponível em: <
<https://www.scielo.br/j/seq/a/3rd8dS8fb5j5pVH4rBbsfbB/?format=html>>. Acesso em: 04 mar. 2023.

MEZZOMO, F. **A importância da tripartição dos poderes no Estado Democrático de Direito brasileiro**. 2017. Disponível em:

<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/4549>. Acesso em: 26 out. 2023.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

O QUE esperar do julgamento do STF sobre inquérito das fake News. [S.l.: s.n.], 2020. 1 vídeo (12 min). Publicado pelo canal BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=rWeQwZkxH6g>. Acesso em: 15 ago. 2023.

4060

RABELO, Cesar Leandro de Almeida. **O ATIVISMO JUDICIAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**, Belo Horizonte/MG. 2012. Disponível em: repositorio.fumec.br. Acesso em: 23 out 2023.

SEPARAÇÃO dos poderes (cf/88 - art. 2º) | executivo, legislativo e judiciário na constituição. [S.l.: s.n.], 2022. 1 vídeo (14 min). Publicado pelo Canal Me Julga – Cíntia Brunelli. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hWT3rLE9r3Y>. Acesso em: 15 ago. 2023.

SELEM, Maria Célia Orlato; MAIA, Anete Lobato. **Ética, poder judiciário e democracia: uma breve introdução**. In: MADURO-ABREU, Alexandre (Org.). Gestão judiciária: conteúdos e disciplina. Brasília: Editora IABS, 2018. p. 08-25. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglefindmkaj/https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/32444/3/CAPITULO_EticaPoderJudiciarioDemocracia.pdf. Acesso em: 25 maio 2023.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; LIMA, José Wilson Ferreira. O ATIVISMO JUDICIAL E A DEMOCRACIA DO PONTO DE VISTA DO INDIVÍDUO: A

QUESTÃO DAS RELAÇÕES DE UNIÃO HOMOAFETIVA. **Revista de Direito Brasileira**, v. 23, n. 9, p. 172-196, 2020. Disponível em:

<<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3185>>. Acesso em: 23 abr. 2023.