

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CÂMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE LINGUAGEM, CIÊNCIAS AGRÁRIAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO BACHARELADO EM DIREITO

CÍNTIA DE SOUZA

O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pontes e Lacerda/MT
2021

Cíntia de Souza

O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Avaliadora do Departamento de Direito, da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT, Campus Universitário de Pontes e Lacerda/MT, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Joacir Mauro da Silva Junior

CÍNTIA DE SOUZA

O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Joacir Mauro da Silva Junior

Orientador

Prof.º

Convidado

Prof.º

Convidado

Aprovada em: ____ de _____ de 2021.

Pontes e Lacerda/MT
2021

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos os que me ajudaram ao longo desta caminhada, especialmente pela dedicação que vi ao longo dos anos em cada um dos professores deste curso.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus, pela minha vida, e por me permitir que enfrentasse todos os desafios encontrados no decorrer deste trabalho.

Quero agradecer aos meus amigos e familiares por todo o apoio e pela ajuda, que muito contribuíram para a realização deste trabalho.

Ao meu professor orientador Me. Joacir Mauro da Silva Junior, por toda dedicação e paciência, as suas contribuições foram fundamentais para realização deste trabalho.

Às pessoas com quem convivi ao longo desses anos de curso, que me incentivaram e que certamente tiveram impacto na minha formação acadêmica.

[...] a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exato e rigoroso sinônimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo..."

(José Saramago)

RESUMO

O termo ativismo judicial tem relação com uma atuação mais ampla e intensa do Poder Judiciário, cuja finalidade é garantir a concretização dos valores e preceitos constitucionais, mesmo que para isso tenha que ingerir-se na atuação dos outros dois Poderes, seja por omissão destes ou por lacunas deixadas no texto constitucional. O objetivo central do trabalho é abordar e analisar o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e suas implicações no cenário brasileiro. O método a ser utilizado na pesquisa será o método dedutivo, e no tocante ao procedimento de pesquisa, esta será bibliográfica com estudos doutrinários e de leitura de artigos, bem como da legislação nacional pertinente. Para o desenvolvimento deste trabalho será utilizado a pesquisa qualitativa, tendo em vista que, será analisado o caso das *Fakes News*. Propõe-se, assim, apresentar diferentes posicionamentos doutrinários, bem como a legislação específica para analisarmos a postura ativista do Supremo, uma vez que esta atuação ativa do STF tem gerado muitas repercussões na atualidade, o qual alguns defendem sua aplicabilidade como sendo necessária e ativa e já outros como sendo prejudicial e cheia excessos. Conclui-se que o ativismo judicial não é a melhor solução para a crise vivenciada no país, e sim uma reforma política, para que realmente o Estado Democrático de Direito seja respeitado conforme garante a Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal. Separação de poderes.

ABSTRACT

The term judicial activism is related to a broader and more intense performance of the Judiciary Branch, ensuring the implementation of constitutional values and precepts, even if it has to interfere with the performance of the other two Branches, either by their omission or by gaps left in the constitutional text. The main objective of the work is to approach and analyze the judicial activism of the Federal Supreme Court and its inferences in the Brazilian scenario. The method to be used in the research will be the deductive method, and regarding the research procedure, this will be bibliographical with doctrinal studies and reading of articles, as well as the relevant national legislation. For the development of this work, qualitative research will be used, considering that the case of Fakes News will be analyzed. It is proposed, therefore, to present different doctrinal positions, as well as specific legislation to analyze the active posture of the Supreme Court, since this active role of the STF has generated many repercussions today, which some defend its applicability as being necessary and haughty and already others as being harmful and full of excesses. It is concluded that judicial activism is not the best solution to the crisis experienced in the country, but a political reform, so that the Democratic Rule of Law is respected, as guaranteed by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Judicial activism. Federal Court of Justice. Separation of Powers.

LISTA ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
EC	Emenda Constitucional
MP	Ministério Público
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPP	Código de Processo Penal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES	13
1.1 Da Separação de Poderes.....	13
1.2 Neoconstitucionalismo e transformações do Direito Constitucional Contemporâneo.....	15
1.3 Sistema de freios e contrapesos	19
2. ATIVISMO JUDICIAL: UM MEIO PARA CONCRETIZAR DIREITOS FUNDAMENTAIS OU VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	22
2.1 Supremo Tribunal Federal: guardião da constituição.....	22
2.2 Do surgimento do ativismo judicial.....	24
2.3. A diferença entre ativismo judicial e judicialização da política.....	27
3. ATIVISMO JUDICIAL DO STF: ALTIVEZ OU EXCESSOS?	28
3.1 O ativismo no Supremo Tribunal Federal.....	28
3.2 Supremo atual: ativo e substancialista.....	32
3.3 STF e seus excessos: inquérito 4.781.....	34
CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	40

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido, recentemente, acerca do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, tema que abarca muitos questionamentos tanto por doutrinadores, bem como pela mídia e sociedade em geral. Insta salientar que é de competência do STF o papel de guardião da Constituição Federal de 1988, assim cabendo-lhe fiscalizar as ações dos poderes Executivo e Legislativo, garantindo que estes atuem dentro da constitucionalidade.

Impende destacar que há uma preocupação sobre a atuação do STF nos dias atuais, justifica-se a adoção do ativismo judicial pautando por uma atuação mais intensa e notória dos tribunais com o intuito de fazer garantir os valores e princípios compreendidos na Carta Magna.

É mister clarificar que no presente trabalho o objetivo não é se posicionar em relação qual seria a postura mais “adequada” para a atuação do STF, mas sim sobre as alterações geradas pelo ativismo judicial. Para isso apresentaremos posicionamentos doutrinários diferentes, bem como a legislação nacional pertinente para analisarmos o tema.

Frisa-se que para alguns doutrinadores, como por exemplo, Streck (2016), o ativismo judicial é prejudicial para o exercício da democracia, pois advém de posturas e visões pessoais daqueles escolhidos para julgar, ainda defende que a postura proativa do Supremo Tribunal Federal é uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

Em contrapartida, temos aqueles que consideram positiva a postura proativa do Supremo Tribunal Federal, entre eles Barroso, Leal e Vieira. Para Barroso (2017), a conduta ativista no judiciário brasileiro pode ser visto em diversos momentos, a exemplo do caso de aplicação direta da constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário, como no caso da fidelidade partidária. Nesta esteira, Leal (2009) afirma que um Tribunal ativo é fundamental pelo fato da Constituição ser analítica e extensa torna-se necessário que o STF seja seu guardião, de modo a assegurar a real efetividade de direitos e garantias constitucionais. Corrobora com esta perspectiva, Vieira (2018), apontando que com o advento da Constituição federal de 1988 a Corte ganhou um posicionamento ativo em nosso sistema político.

Desta forma, objetivo geral deste estudo é investigar se o Supremo Tribunal Federal tem adotado um comportamento pautado com a ideia do ativismo judicial. Assim, os objetivos específicos do trabalho são analisar os fatos históricos do surgimento deste fenômeno, apresentar

suas repercussões até a atualidade, do mesmo modo que iremos examinar por meio de casos repercutidos a postura ativista da Corte e por fim observar as suas consequências para o Estado Democrático de Direito no Brasil.

A metodologia abordada no estudo será baseada no método dedutivo, uma vez que partimos do pressuposto que a postura ativista adotada pelo Supremo gera muitas repercussões, tanto doutrinárias, bem como midiáticas e sociais. Em relação ao procedimento de pesquisa, esta será bibliográfica, o qual se fundamenta com estudo de doutrinas e de leitura de artigos, tal como da legislação nacional relevante. Além do mais, no desenvolvimento deste trabalho se fará o uso da pesquisa qualitativa, levando em consideração a análise do inquérito 4.781 instaurado de ofício pelo presidente do STF, ministro José Antonio Dias Toffoli, haja vista as inúmeras críticas feitas em relação a atuação da Corte nos últimos tempos, nas quais muitos se posicionam favoráveis defendendo que o ativismo judicial do Supremo é necessário, assim falando em uma altivez da conduta do Judiciário, e já outros levantam que esta postura ativista é cheia excessos e prejudicial à democracia.

Inicialmente, o primeiro capítulo aborda alguns aspectos históricos acerca da Teoria da Separação dos Poderes, sobre o neoconstitucionalismo e os seus marcos, e ainda no que concerne ao sistema de freios e contrapesos para a concretização de direitos e garantias fundamentais. Destarte, estas primeiras considerações são importantes para entendermos um primeiro conceito a respeito do fenômeno e assim, consecutivamente, a origem do termo ativismo.

Insta salientar que no segundo capítulo comenta-se sobre o papel do STF na condição de guardião da constituição. Ademais, aborda-se o surgimento do ativismo na raiz norte americana, bem como a sua aplicação, a diferenciação entre o fenômeno e a judicialização das políticas. Ressalta-se que esta parte do trabalho irá conter posicionamentos divergentes entre alguns doutrinadores em relação a aplicabilidade ou não do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro capítulo trata sobre o modo em que Suprema Corte faz uso do ativismo judicial em sua atuação, aliás apresentaremos o lado ativo e substancialista do atual Supremo e ao final faremos a análise do caso *Fake News* com o inquérito 4.781, no qual o STF foi duramente criticado por muitos, por cometer várias abusividades e assim, atentar contra o Estado Democrático de Direito.

À vista disso, pretende-se no decorrer deste estudo que se perceba as implicações do ativismo judicial na atuação do STF, e reflita que o grande problema do judiciário não é tão somente uma postura ativista adotada, pois conforme Barroso (2017) ressalta o ativismo judicial tem se tornado parte da solução, e não do problema, frisando ainda que por ser considerado um antibiótico poderoso deve-se atentar ao seu uso que precisa ser de forma eventual e controlada, pois ao contrário, em excesso pode ser prejudicial.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1 Da Separação de Poderes

Para Moraes (2019), a Carta Magna trouxe a previsão dos Poderes do Estado, quais sejam os três órgãos independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito. Ressalta-se ainda que a Constituição Federal consagrou o princípio da separação de poderes com o objetivo principal de evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem. Além disso, previu prerrogativas e imunidades para o bom exercício das funções, como ainda criou mecanismos de controles recíprocos.

Enfatiza-se que para compreendermos o conceito da Separação de poderes é fundamental observar a evolução histórica deste princípio desde Aristóteles até hoje, conforme disserta Silva:

O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina de separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal compreensão que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é. Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes (SILVA, 2018, p.106),

Em Aristóteles (1991), na obra *A Política*, observa-se notadamente o conceito da tripartição das funções do Estado, o qual se pode identificar a atuação de três funções estatais diferentes, ainda que exercidas por um único órgão, cuja finalidade era assegurar a felicidade coletiva. Assim, o Estado era constituído por três partes, chamadas pela denominação: corpos deliberativos, dos magistrados e dos juízes.

Como bem demonstrada por Lenza que reproduz a ideia aristotélica:

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra *Política*, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos. Acontece que Aristóteles, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano, que detinha um poder “incontrastável de mando”, uma vez que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da lei. A célebre frase de Luís XIV reflete tal descrição: “L’État c’est moi”, ou seja, “o Estado sou eu”, o soberano. Dessa forma, Aristóteles contribuiu no sentido de identificar o exercício de três funções estatais distintas, apesar de exercidas por um único órgão (LENZA. 2018. p. 544).

Com base no exposto, vimos que Aristóteles (1991), faz a distinção de três funções exercidas na polis, ou no Estado *lato sensu*. Sendo elas, a função deliberativa, a função executiva e a função judicial. De acordo com Ferreira Filho (2015) o filósofo grego se inspirou no modelo de organização da república ateniense, como ilustra:

[...] ele se inspira na organização da república ateniense, em que, grosso modo, a Assembleia dos cidadãos deliberava sobre as grandes questões, como paz e guerra; magistrados desempenhavam as tarefas concretas que são inerentes a uma unidade política; e os tribunais julgavam os litígios e puniam os criminosos. A função deliberativa, contudo, não se limitava a estabelecer “leis”, embora o pudesse fazer, sempre respeitando o Direito – este visto como supremo e imutável. Era evidentemente mais ampla. Ademais, em nenhum momento ele recomenda a separação no exercício das três funções que identifica (FERREIRA FILHO, 2015, p. 68)

Posteriormente, temos Locke (1994) que a partir de sua obra *O Segundo Tratado do Governo Civil* concebeu a teoria da Tripartição de Poderes, dividindo as funções do Estado, o qual designou de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder federativo, sendo o primeiro superior e os outros dois estariam subordinados a ele. Cumpre ressaltar que a Competência do Poder Federativo é a de administrar a segurança e o interesse público externo, já a competência do Poder Executivo é a da execução das leis internas.

Frisa-se que esta teoria vai de encontro ao pensamento de Montesquieu (1987) em sua obra *O espírito das Leis*, em que se defendia a ideia de independência e autonomia entre cada um dos Poderes com equilíbrio. Segundo Ferreira Filho (2015) é com esta obra que verdadeiramente origina a doutrina da separação dos poderes, em que se tem uma ideia de uma divisão funcional do Poder atentando-se para a liberdade e segurança individuais. Neste sentido, leciona:

No capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra, do Livro XI dessa obra, intitulado – Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição –, claramente expõe-se a ideia de que três são as funções que se identificam no Estado: a de estabelecer leis – função legislativa; a de executar “o que depende do direito das gentes” – função executiva (chame-se abreviadamente); e a de julgar (executar o que “depende do direito civil”) – função judiciária. Funções estas cujo exercício deve caber a Poderes diferentes, como condição da liberdade e da segurança dos seres humanos. De fato, essa separação produziria um sistema de freios e contrapesos, um sistema de equilíbrio, em que o Poder deteria o (outro) Poder, impedindo o abuso. Mais, pelo “movimento natural das coisas”, obrigá-los-ia a atuar de acordo – “aller de concert”. Indubitavelmente, aí está o cerne da doutrina da separação dos poderes. (FERREIRA FILHO, 2015, p. 68).

Conforme Lenza (2018) é importante salientar que a grande inovação na teoria concebida por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. Em contrapartida ao pressuposto de Aristóteles, que argumentava que o Poder era uno, ou seja, que devia estar concentrado na mão de somente uma única pessoa, temos a teoria de Montesquieu que acreditava que o Poder poderia e precisava ser dividido em funções, sendo elas exercidas por órgãos distintos, o qual atuariam de forma independente e autônoma, de modo a respeitar cada função com o Poder que lhe fora atribuído em sua competência. Desta forma, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.

1.2 Neoconstitucionalismo e transformações do Direito Constitucional Contemporâneo

Como aponta Silva (2018) o princípio da separação de poderes vem sofrendo fortes mitigações na atualidade, principalmente diante do fenômeno do neoconstitucionalismo. Cabe destacar que no Estado contemporâneo temos uma nova visão da teoria da separação de poderes, considerando-se configurar novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, deste modo prefere-se falar atualmente em colaboração de poderes.

É neste contexto que convém trazer à baila o entendimento que nos traz Peliccioli (2006) ao ressaltar que há o controle de um dos poderes sobre os demais:

Não há dúvida de que o controle jurisdicional constituiu o núcleo central da separação dos poderes no Estado constitucional contemporâneo. Exemplos dessa situação está nas democracias brasileira, estadunidense, alemã e italiana, em que toda lei aprovada pode ser cassada por um órgão do Poder Judiciário. (PELICCIOLI, 2006, p.28).

À vista disto, percebe-se que na realidade há um fortalecimento do judiciário, que joga em seu poder a responsabilidade de dar sentido às normas constantes na constituição. Corrobora deste entendimento Sarmento (2009) afirmando que com o advento do neoconstitucionalismo, a atuação do Poder Judiciário alcançou teorias de democracia mais substantivas, logo abre-se espaço para visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais.

De acordo com Barroso (2017), o Direito constitucional sofreu diversas mudanças nas últimas décadas, assim sendo importante destacarmos os três marcos fundamentais deste percurso, quais sejam: o histórico, o teórico e o filosófico. Insta salientar que a partir deles temos novas visões em relação a doutrina e a jurisprudência, logo dando espaço para constituir um novo entendimento da Constituição, bem como de seu papel na interpretação jurídica em geral.

O marco histórico do novo Direito Constitucional que na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. Frisa-se que no Brasil, se deu com a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar:

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito (BARROSO, 2017, p. 285).

Sob outra perspectiva, Barroso (2017) ressalta que o marco filosófico do neoconstitucionalismo dar-se-á com o pós-positivismo. Outrossim, para entendermos este marco devemos nos atentar para a convergência entre duas grandes correntes de pensamento, sendo elas: o jusnaturalismo e o positivismo. Além do mais, deve-se realçar que ambas apresentam referências antagônicas para o Direito, porém, por ora, notavelmente complementares.

Como aponta o autor, a partir da ascensão do positivismo podemos notar o afastamento da aplicação dos postulados jusnaturalistas, e assim equiparou-se Direito à lei, bem como houve o distanciamento da filosofia, e ainda de outros debates como a de justiça e de legitimidade.

Neste deslinde, aponta Barroso (2017) que é possível de um lado vermos a superação histórica do jusnaturalismo, por outro lado pode observar-se o declínio político do positivismo.

Ocorre que, é neste momento que se abre caminho para o pós-positivismo, considerando uma corrente cujo intuito é ultrapassar o positivismo estrito, no entanto, cabe frisar que não se despreza momento algum o direito reconhecido oficialmente pelo Estado. Além disso, tem como ideia realizar uma interpretação valorativa do direito, ou seja, com base na ética e na moral, enquanto busca fundamentações ou categorias metafísicas.

Por fim, Barroso (2017) afirma que o marco teórico abrange três grandes mutações que excedeu a forma comum de entender a aplicabilidade do Direito Constitucional, quais sejam: o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Faz-se necessário segundo Barroso (2017) clarificar que a primeira dessas transformações é o reconhecimento da força normativa da Constituição que ocorreu a partir da superação do modelo clássico europeu que via a Carta Magna apenas como um documento fundamentalmente político, ou seja um convite à atuação dos Poderes.

Ora, importante elucidar que é com o início da reestruturação das Constituições Europeias, fato histórico que aconteceu posterior a Segunda Guerra Mundial, primeiramente na Alemanha, logo depois na Itália, em Portugal na Espanha, que se concebe que as normas constitucionais, bem como as demais normas jurídicas, são dotadas de imperatividade, além do que, caso haja sua violação, devem ser invocadas e assim dar início a procedimentos específicos de coação e cumprimento forçado.

Salienta-se que no Brasil foi com a promulgação da Constituição de 1988 que se manifestou essa compreensão da força normativa constitucional. Nesta conjuntura, deve-se destacar a produção doutrinária da Europa que se consolidava, entre os ensinamentos fundamentais temos as lições de Canotilho e Vital Moreira que foram o alicerce para a produção doutrinária nacional.

Ademais, temos outra importante modificação que foi a expansão da jurisdição constitucional, fenômeno primeiramente observado na Europa, logo depois visto também no Brasil. Barroso (2017) pontua que imediatamente depois do cenário pós Segunda Guerra Mundial e com a formulação de novas Constituições em diversos países europeus, desenrolou-se neste momento a criação de Tribunais Constitucionais.

Cumprir destacar que a criação de Tribunais Constitucionais deu início na Alemanha (1951), na Itália (1956), Turquia (1961), Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982).

Contudo, frisa-se que alguns países da Europa não possuem o modelo de judicial *review*, sendo eles o Reino Unido, a Holanda e Luxemburgo. Entretanto, este movimento foi observado ainda na África, onde se criou Tribunais Constitucionais na Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003).

O autor ainda acrescenta que no Brasil, predominava, desde a primeira Constituição Republicana (1891), o modelo do controle difuso ou incidental de constitucionalidade. Enfatiza-se que foi a partir da Emenda 16/65 que fora inserido no sistema pátrio o controle abstrato de constitucionalidade, cuja sua expansão se deu com o advento da Constituição de 1988.

Conclui-se ainda com Barroso (2017) o poder Carta de 1988 que foi responsável pela expansão da jurisdição constitucional, haja vista que ampliou significativamente, a importância política do Poder Judiciário, sendo assim alterou-se seu status de que de um poder quase “nulo”, ou seja uma voz que reproduzia apenas as palavras da lei, para de acordo com a teoria de Montesquieu, para um protagonismo. Logo, é com este protagonismo que temos uma abertura para ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. Compartilhando deste entendimento Sarmento explana:

Outro traço característico do neoconstitucionalismo é o seu foco no Poder Judiciário. O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O Direito é analisado sobretudo a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, o que expõe o neoconstitucionalismo a várias críticas - que serão analisadas mais à frente -, como de que seria elitista e refratário ao autogoverno popular. (SARMENTO, 2009, p.05).

Sarmiento (2009) faz três objeções ao neoconstitucionalismo, primeiramente a de que sua tendência judicialista é hostil à democracia. Em segundo plano ressalta que no Brasil é um perigo a predileção pelo uso de princípios e ponderação, em vez de regras e subsunção, tendo em vista as singularidades da nossa cultura. Por fim, a ideia de que este fenômeno pode acarretar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo. Apesar das críticas feitas o autor se posiciona favorável ao neoconstitucionalismo:

Contudo, eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da

subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo. (SARMENTO, 2009 p.19).

Para Lenza (2017) com advento do neoconstitucionalismo não se deve mais relacionar o constitucionalismo à ideia de limitação de poder político, uma vez que se busca a eficácia da Constituição, em que o seu texto deixa de ter caráter meramente retórico e passa a ser mais efetivo, uma vez que busca a concretização dos direitos fundamentais.

Destarte, entende-se que o neoconstitucionalismo é resultado da incessante mudança intrínseca à evolução interpretativa e valorativa do ordenamento, o qual fundamentada na Constituição com seu caráter central e superior, em outras palavras com a Supremacia Constitucional. Outrossim, deixou-se de lado o caráter retórico e se aproxima ao modelo normativo axiológico, em que valorando a Constituição frente às normas infraconstitucionais, assim destaca-se os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

1.3 Sistema de freio e contrapesos

É imperioso realçar que no Brasil, a Constituição Federal de 1988, trouxe a previsão sobre a separação dos poderes em seu artigo 2^a, em que descreve que são Poderes independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

É preciso considerar também que tal princípio fundamental foi consagrado expressamente como cláusula pétrea no artigo 60, § 4º, III da CF/88, o qual designou que a separação de poderes não poderá ser abolida. Em vista disso, percebe-se que o legislador constituinte originário ao consagrar a separação de poderes como cláusula pétrea, deixou evidenciado a tua grandiosa importância ao estabelecer os fundamentos deste princípio na constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Neste sentido, comenta Moraes:

“Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o

desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado”. (MORAES, 2019, p. 293).

Isto posto, frisa-se que para ser respeitado o princípio da separação deverá haver um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder do Estado, sendo assim, ainda haverá uma delimitação mínima e máxima de instrumentos que venham a favorecer o exercício harmônico dos poderes, sujeito à determinadas consequências, se não houvesse limites, tal como um poder se sobrepor a outro.

Ademais, cabe ressaltar que poder é soberano, dividindo-se, apenas nas funções Legislativa, Judiciária e Executiva. Este sistema criou mecanismos de controle recíproco, sempre como garantia de perpetuidade do Estado democrático de direito. Conforme Moraes (2019) sobre a separação de poderes cabe frisar que cada um dos Poderes possui funções típicas e atípicas previstas no texto constitucional, caracterizando assim cada Poder como detentor de parcela da soberania estatal.

Cumprido aclarar que as funções típicas que do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, ambas de suma importância. Dessa maneira, a Constituição de um lado traz previsão de regras para o processo legislativo, assim sendo para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, consoante ao artigo 70 da CF, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo.

Outrossim, constitui-se como sendo funções atípicas a de administrar e julgar. Sobre tudo a primeira função, pode ser vista quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, como por exemplo, provimento de cargos, promoções de seus servidores. Ao passo que, a segunda função dar-se-á, exemplificando, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade. Em vista disso, frisa-se que os membros do Poder Legislativo, no exercício de suas funções, estão resguardados por um protetivo rol de prerrogativas e imunidades, como ainda por algumas incompatibilidades.

É sabido, que em nosso país o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República concomitantemente com os Ministros que por ele são indicados. De acordo com Moraes (2019) é função típica do Poder Executivo administrar a coisa pública, cuja denominação se dá o nome república (*res publica*), enquanto a função atípica no exercício de suas funções ainda legisla (art. 62 da CF/88 - Medidas Provisórias) e julga (contencioso administrativo).

Para Guedes (2008) com base na ideia Montesquieu, temos a configuração de um Poder Executivo que é definidor e realizador contínuo da política de ordem interna e das relações exteriores. Portanto, com a finalidade de garantir a imparcial e livre atuação do Chefe do Poder Executivo foi que o legislador constituinte, com base nos princípios constitucionais e pela legalidade, fixou-se prerrogativas e imunidades para o Presidente da República, de modo a manter-se a independência e harmonia dos Poderes da República.

Por fim, temos o Poder Judiciário, cuja função típica é jurisdicional, assim sendo, consiste na aplicação da lei para solução de conflitos. Com efeito, tem atribuições atípicas de natureza administrativa e legislativa. Por conseguinte, exerce a administração de atos relativos a seus servidores, quais sejam: licenças e férias de seus membros de acordo com o artigo 96, I, alínea f da CF e o provimento de cargos de acordo com o artigo 96, I, alínea c, também da CF. Além do mais, como atribuição legislativa tem a edição de normas regimentais, tutelada no artigo 96, I, alínea a da CF, o qual estabelece como sendo competência do Poder Judiciário a elaboração de seus regimentos internos, em que deve-se observar as normas processuais e as garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento de seus órgãos jurisdicionados e administrativos.

Destarte, faz-se necessário destacar a importância de certas garantias que possibilitem a aplicação dos princípios basilares do Direito Constitucional, sendo elas: a regra da proteção dos direitos individuais; a regra do processo jurídico regular; a regra do razoável ou do equilíbrio de interesses; e a regra da igualdade de direito à proteção legal. Logo, são garantidas aos membros do Poder Judiciário a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, conforme explica Moraes, estas garantias são de fundamental importância:

As garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário têm assim como condão conferir à instituição a necessária independência para o exercício da Jurisdição, resguardando-a das pressões do Legislativo e do Executivo, não se caracterizando, pois, os predicamentos da magistratura como privilégio dos magistrados, mas sim como meio de assegurar o seu livre desempenho, de molde a revelar a independência e autonomia do Judiciário. (MORAES, 2019, p. 360).

Por tudo isso, Silva (2018) ressalta que essas garantias têm cuja finalidade manter a independência dos juízes, de modo que eles possam exercer a função jurisdicional com dignidade, desassombro e imparcialidade.

2. ATIVISMO JUDICIAL: UM MEIO PARA CONCRETIZAR DIREITOS FUNDAMENTAIS OU VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

2.1 Supremo Tribunal Federal: guardião da constituição

É mister ressaltar que de acordo com o art. 102 da CF/88 o STF tem a responsabilidade de guarda de nossa Lei Maior. Impende destacar que conforme definição dos dicionários entende por “guardar”: vigiar para defender, proteger, preservar. Sendo assim, resta claro, portanto que, o STF tem a função de proteger a Constituição, bem como possui a responsabilidade de zelar pela vontade emanada pelo povo. Deve-se frisar que a Corte não tem o poder de alterar, mas sim, o de controle de constitucionalidade.

Um outro ponto a evidenciar é sobre algumas regras gerais do STF, primeiramente sobre sua composição, consoante o art. 101, parágrafo único, da CF/88, é composto por 11 ministros, todos brasileiros natos (art. 12, § 3º, inc. IV, da CF/1988), sendo que o Presidente da República escolhe e indica o nome para assumir a vaga de Ministro do STF, frisa-se que o cidadão deve ter mais de 35 anos e menos de 65 anos de idade, além do mais, possuir notável saber jurídico, bem como uma reputação ilibada. Por conseguinte, importante enfatizar que só serão nomeados após serem submetidos à apreciação do Senado Federal e aprovados por maioria absoluta.

Vale ressaltar ainda que as competências do STF podem ser divididas em duas, tal como é feito na própria Constituição Federal de 1988: competência originária (art. 102, I, “a” a “r”) e competência recursal, que pode ser recursal ordinária (art. 102, II); e recursal extraordinária (art. 102, III).

Conforme Lenza (2017) entre as principais atribuições do STF está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

Na esfera penal, evidencia-se de acordo com o art. 102, inc. I, alíneas a e b, da CF/88 a competência para julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros.

É importante saber que em grau de recurso, abaliza-se as atribuições de julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição.

Segundo Lenza (2017) é necessário frisar às novidades trazidas pela EC n. 45/2004 (Reforma do Judiciário), o qual introduziu-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF/1988).

Outro destaque conforme o autor foi a criação do requisito da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para o conhecimento do recurso extraordinário (art. 102, § 3.º), cuja regra é considerada de suma importância para evitar que o STF venha julgar casos que não tenha tanta relevância, como por exemplo, já ocorreu de a Corte examinar casos de brigas particulares de vizinhos, furto de galinha. Desta maneira, afirma que:

De fato, trata-se de importante instituto seguindo a tendência a erigir o STF a verdadeira **Corte Constitucional** e, também, mais uma das técnicas trazidas pela *Reforma do Judiciário* na tentativa de solucionar a denominada “Crise do STF e da Justiça”. A técnica funciona como verdadeiro “**filtro constitucional**”, permitindo que o STF não julgue processos destituídos de repercussão geral, limitando, dessa forma, o acesso ao Tribunal. (LENZA, 2017, p.809)

Também é sabido que o Presidente do Supremo Tribunal Federal é ainda o Presidente do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, inc. I, da CF/1988, com a redação dada pela EC 61/2009). Enfatiza-se ainda que o Plenário, as Turmas e o Presidente são os órgãos do Tribunal (art. 3º do RISTF/1980). Além do mais, o Presidente e o Vice-Presidente são eleitos pelo Plenário do Tribunal, dentre os Ministros, e têm mandato de dois anos. Frisa-se que cada uma das duas Turmas é constituída por cinco Ministros e presidida pelo mais antigo dentre seus membros, por um período de um ano, sendo vedada a recondução, até que todos os seus integrantes hajam exercido a Presidência, observada a ordem decrescente de antiguidade (art. 4º, § 1º, do RISTF/1980).

Vieira (2018) nos apresenta um olhar sobre o processo de constitucionalização da vida política brasileira e uma crítica à Supremocracia. Tais considerações apontam em sua lição que a

ambição e extensão da constituição levou a uma proeminência do Supremo Tribunal Federal com vários casos instalados por causa da crise de 2013, afetara ainda a credibilidade do tribunal, haja vista que o STF está hoje no centro de nosso sistema político, o que causa certa fragilidade de nosso sistema representativo.

Baseado nesse contexto, afirma-se que o tribunal vem de certa forma desenvolvendo a função de criador de regras, sendo assim, vindo a acumular sua atribuição como intérprete da constituição concomitante o exercício de poder legislativo, tradicionalmente exercido por poderes representativos.

Nesta esteira, Vieira (2018), afirma que a Constituição de 1988 conferiu ao Supremo novamente um posicionamento altivo em nosso sistema político, isto pelo fato de ter sido aviltada pela ditadura militar, ao ganhar amplos poderes para guardar uma Constituição tão ambiciosa.

Em face disso, o autor ainda levanta uma preocupação sobre a atuação do STF nos dias atuais, uma vez que nos últimos anos, diante das excessivas atividades, bem como do agravamento da crise política, levando-se em conta ainda inúmeros desacertos, a autoridade do tribunal passou a ser duramente abalada, haja vista também que vivenciamos um momento em que o poder é ocupado por algumas lideranças que claramente manifestam antipatia aos direitos fundamentais da Carta Magna de 1988, especialmente aos direitos das minorias e vulneráveis.

Considerando tais colocações, conclui-se que o cenário atual, a partir das eleições de 2018 gerou uma onda de hostilidade constitucional que impôs de certo modo um posicionamento a respeito aos mecanismos de freios e contrapesos, no âmbito de proteger os direitos fundamentais e demais pressupostos da democracia.

2.2 Do surgimento do Ativismo Judicial

Convém trazer à baila algumas considerações acerca da origem do termo ativismo judicial para compreendermos melhor as críticas que são levantadas sobre este fenômeno. Conforme Leal pode-se constatar que o surgimento do ativismo judicial encontra inicialmente na raiz norte americana, considerando-se “o ativismo judicial como sendo uma atuação mais marcante dos Tribunais em relação a temas normalmente debatidos pela população por meio de seus representantes, temos de falar do direito constitucional norte-americano” (LEAL, 2008, p. 16).

Corroborando da mesma perspectiva, temos Barroso (2012) que afirma que a origem do Ativismo Judicial se manifestou, com a Suprema Corte americana durante decisão de segregação racial, uma vez que ela desafiou as leis federais vigentes apoiavam a discriminação, e assim sendo as confrontou a partir de um posicionamento progressista, como pontua:

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). (BARROSO, 2012, p. 26).

Como aponta Leal (2008) primeiramente a expressão *judicial activism* foi encontrada nos Estados Unidos, o qual se fazia um contraponto ao termo *self restraint*, sendo que os dois serviam para descrever as posições da Suprema Corte mediante a assuntos polêmicos, uma vez que tinham uma forte conotação política devido afetar a postura adotada pelos Poderes Executivo e Legislativo quanto aos cidadãos.

Cabe ressaltar que esta expressão apareceu após ter sido feito uma análise da composição da Suprema Corte por um jornalista, Arthur Schlesinger. Desta forma, frisa-se que o ativismo judicial se originou a partir desta publicação do artigo intitulado “The Supreme Court:1947” na Revista Fortune, no ano de 1947, desse modo classificando os juizes das Suprema Corte Americana como sendo ativistas, e ainda campeões da autocontenção.

E ainda em relação a essa situação, vale mencionar que após o relato do que acontecia na Corte americana, o jornalista acabara fazendo uma diferenciação entre os juizes da Suprema Corte: “A decisão prolatada por juizes ativistas ficava atrelada a resultados enquanto que a de autoria de juizes optantes pela autocontenção ficava com limitações processuais”. Portanto, depois do artigo ter uma grande repercussão o termo acabou por se tornar referência e popular (LEAL, 2008, p. 21).

Acrescenta-se, ainda, que o termo ativismo e a autocontenção judicial são opostos, este último tem relação com a postura do Judiciário que busca não interferir na atuação dos demais Poderes:

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. (BARROSO, 2012, p.26)

De acordo com Barroso (2012) a conduta ativista tem sido vista claramente no Judiciário brasileiro em diversas situações, como ele demonstra ao comentar do caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária:

O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa. (BARROSO, 2012, p.26).

O jurista e professor citado ainda destaca ser necessária e importante a prática do ativismo judicial, sendo considerado até como um recurso plausível mediante a crise institucional situada no Poder Executivo e no Judiciário. Todavia, ressalta-se que o ativismo judicial não deve ser considerado como a remédio irrefutável, mas como sendo uma providência de implementação atípica nos períodos de crise acentuada. Como acrescenta:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2017, p.32).

Isto posto, acredita-se o ativismo judicial no Brasil é um assunto que gera alterações e debates na doutrina. Contudo, a sua aplicação em nosso país tem sido estribada pelo interesse de uma atuação mais intensa e notória dos tribunais com a finalidade de fazer garantir os valores e princípios compreendidos na Constituição Federal.

2.3 A diferença entre ativismo judicial e judicialização da política

Faz-se mister após estabelecido o conceito de ativismo judicial diferenciá-lo da judicialização, tendo em vista que “ a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”. (BARROSO, 2012, p.25).

Ademais, Barroso (2012) ensina que a origem destes fenômenos se deu por motivos distintos. Enfatizando que a judicialização, desdobra-se do modelo constitucional que foi adotado no nosso país, assim sendo não se considerada uma atuação definida de vontade política. Outrossim, destaca-se que o judiciário tem autonomia para decidir, haja vista que compreende que a norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, então o juiz decidira a matéria a partir deste conhecimento.

Em contrapartida, entende-se o ativismo como uma atitude, uma forma proativa de interpretar a Constituição, ampliando sua acepção e abarcamento. Geralmente esta postura ativista surge a partir de situações de retração do Poder Legislativo, ou seja, um certo descolamento entre a classe política e na sociedade civil, que impendem que as demandas sociais sejam efetivamente atendidas.

De acordo com Barroso (2012) entende-se que o ativismo judicial está relacionado ao pressuposto de uma maior participação e mais ativa do Judiciário no desenvolvimento de suas funções, isto é, na concretização dos valores e fins constitucionais, isto levando em conta uma maior ingerência na atuação dos demais Poderes.

Um ponto que cabe a ser destacado é em relação a postura ativista que pode se manifestar através diferentes condutas, quais sejam:

[...] (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 (BARROSO. 2012. p.06).

Nesta esteira, temos Streck (2016), que também faz alguns apontamentos em relação ao tema discutido, conforme sua perspectiva, acredita que o ativismo judicial é prejudicial para o exercício da democracia, uma vez que vem de comportamentos e visões pessoais dos que estão

designados para julgar. De outro lado, a judicialização, considerada sendo mais vantajosa ou até mesmo inconveniente dependendo da situação. Salienta-se que a judicialização da política encontra presente nos regimes democráticos, ora fortificados por uma Constituição normativa. Impende destacar que quando houver hipóteses de desrespeito à Constituição ou de inconstitucionalidades deverá ser acionado o Judiciário para que se manifeste. Conforme explica:

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. Por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretenso “avanço” seja para manter o status quo). Assim, de uma questão que sofreu judicialização pode-se ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável numa perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista. (STRECK, 2016, p.724).

Deve-se salientar que, não obstante serem expressões parecidas, verifica-se na judicialização uma maior abrangência e ordenação, haja vista ser característico do marco pela busca universal por direitos humanos, e assim sendo pode acontecer de vários modos, inclusive com os próprios membros dos outros Poderes, em que as cortes terão que dirimir questões de macro relevância.

3- ATIVISMO JUDICIAL DO STF: ALTIVEZ OU EXCESSOS?

3.1 O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

Conforme Leal (2008) o termo ativismo judicial pode ser ouvido muito no nosso cotidiano com um certo tom pejorativo, uma vez que remete a ideia de invasão de poderes ou bem como à uma tentativa de fazê-lo por parte do Judiciário. Ao falar que o Tribunal é ativista já

tem o sentido de que extravasou em sua competência. No entanto este pressuposto que o autor levanta na visão popular do termo é um tanto “distorcida e necessita ser revista”. Como aponta:

Ser ativo é a bola da vez. Não exclusivamente no âmbito judicial. Diz-se que hoje o profissional deve ser pró-ativo, trazendo uma expressão que signifique o oposto do que se chama de passivo. O bom profissional é aquele que chama a responsabilidade para si e que não se esconde por trás da sua própria inércia. Se levarmos a ideia para o âmbito do Supremo Tribunal Federal o raciocínio que se constrói é semelhante. O STF ideal é aquele que consegue dar um choque na inércia, que rejeita a omissão e que chama para si a responsabilidade de implementar os preceitos constitucionais numa plenitude, tornando-os concretos, deixando de lado a ideia de que a nossa Carta Maior nada mais é do que um conjunto de símbolos ou, para ser mais didático, um livro repleto de promessas lançadas ao vento (LEAL, 2008, 93).

Com base no exposto, vemos a crítica do autor em relação de como a atuação do Supremo Tribunal Federal é vista ao adotar uma postura ativista, o qual alguns formadores de opinião pintam a ideia de que a Corte tem se excedido na interpretação da Constituição.

Frisa-se ainda que o que está na boca do povo é uma construção de um Supremo que avança no julgamento de questões sobre as quais não teria legitimidade para decidir. No entanto, ao analisar algumas decisões mais polêmicas do STF, percebe-se que não é isso que tem ocorrido. O autor realça o fato de termos uma Constituição analítica, extensa, e deste modo, é necessário que Supremo exerça o papel de ser seu guardião. Ressalta-se ainda:

Ocorre que, a geração que se construiu no espaço democrático talvez ainda não tenha consigo a real importância de um estado constitucional. Faz-se críticas à Corte quando ela concretiza, ainda que sob olhares furiosos de alguns, os dispositivos da Constituição Federal de 1988. Quem assim procede, insultando a posição do Tribunal em fazer valer a sua autoridade de guardião da Carta Maior, se afasta da ideia segundo a qual todos estaremos desamparados se não tivermos um Poder devidamente comprometido com a manutenção da ordem e dos compromissos admitidos por nós poder meio da Assembleia Nacional Constituinte. (LEAL, 2008, 94).

Na opinião de Santos e Bezerra (2017) o STF tem exercido um papel decisório, sendo inegável a sua brilhante atuação em face das mudanças sociais, culturais e políticas que a sociedade brasileira vem vivenciando. Frisa-se:

Vale ressaltar que a técnica de controle de constitucionalidade das normas tem influenciado diretamente na liberdade de atuação e no fortalecimento do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição. Assim, o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, tem sido protagonista na resolução de

questões sociais de extrema importância, a exemplo da união homoafetiva e da adoção de cotas raciais. (SANTOS; BEZERRA, 2017, p.190).

É sabido, que o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula pertencente ao Poder Judiciário, cuja função é a compreensão e proteção da Constituição Federal. Visto que em virtude dos efeitos provocados pelas decisões pronunciadas no curso do controle de constitucionalidade, tornando-se *erga omnes* e vinculante, elas ecoam em todo ordenamento jurídico. Portanto, fundamental se torna debater se o Supremo Tribunal Federal adota o fenômeno “ativismo judicial” em suas decisões.

Nesta esteira, importante apontarmos o posicionamento do ex ministro Cezar Peluso em relação ao ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, ora levantado em uma entrevista, replicada pela Revista Conjur:

O Supremo sempre aponta para os interesses gerais da sociedade. Essa acusação de ativismo não é exclusiva da Suprema Corte do Brasil. Nos EUA, sérios problemas que deveriam ter sido resolvidos no plano legislativo, ou na área administrativa, só tiveram solução social satisfatória com a intervenção da Suprema Corte. Foi assim inclusive com o racismo. No Brasil lidamos com uma Constituição Analítica, bem diferente da Americana, com seus poucos artigos. A nossa Carta cuida de uma série de matérias que poderiam ser regidas por lei ordinária. E isso tem explicação: A Constituição de 88 foi editada após longo período de autoritarismo, quando os constituintes resolveram regular tudo. Daí o Supremo ser acionado, ele decide. Isso já foi chamado de “ativismo judicial a convite constitucional”, o que é apropriado. Só que o Supremo não dá motivos para acusações de partidarismo. Mesmo lidando com questões políticas, age com independência, ao contrário do que se ouve falar de outras cortes. Eu diria mais: quando decisões da Corte chama a atenção da opinião pública é porque as matérias tratadas representam divisões dentro da sociedade brasileira. Falo de temas como o aborto, células-tronco, fetos anencéfalos, direito dos homoafetivos (STF ENFRENTA..., 2011).

Em face disso, o que se nota a partir da opinião expressa pelo ministro é que a Corte é de fato ativista, realça ainda que tal postura adotada é fundamental para que seja garantido a consolidação dos princípios da Constituição Federal perante a politização e preterição dos outros poderes.

Cabe salientar que quando abordamos a proteção de direitos sociais que estão previstos na Constituição, deve-se frisar a necessidade que implica de elaborar e executar políticas públicas. Portanto, diante do esquecimento dos demais poderes em relação a esta matéria é que a Corte, assim que provocada torna estes direitos efetivos, fazendo-se o uso do ativismo judicial.

Corroborar-se deste pressuposto o ministro já aposentado Celso de Mello, como podemos perceber no discurso proferido em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil:

É por isso que posso afirmar, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte – que não se curva a ninguém nem tolera a prepotência dos governantes nem admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos Poderes da República – desempenha as suas funções institucionais e exerce a jurisdição que lhe é inerente de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição. Isso significa reconhecer que a prática de jurisdição, quando provocada por aqueles que atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se estiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (MELLO, 2008, p.10) .

Tendo em vista os fatos apresentados pelo Ministro Celso de Melo em seu comentário pode-se notar nitidamente a afirmação que é fundamental que o STF seja independente, ora devido a finalidade de garantir a proteção dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, justifica-se a altivez do judiciário, uma vez que a Carta Magna ter sido politizada, assim sendo assim impõe-se a Corte defendê-la e adentrar no âmbito dos demais Poderes.

Constata-se com base no que foi apresentado, que o ativismo judicial é fundamentado por ser imprescindível para se garantir a efetividade dos preceitos constitucionais. Diante disso, o ex Ministro Celso de Mello, em entrevista ao site Consultor Jurídico – CONJUR, por Márcio Chaer, discursa:

A formulação legislativa no Brasil, lamentavelmente, nem sempre se reveste da necessária qualidade jurídica, o que é demonstrado não só pelo elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, mas, sobretudo, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União Federal e pelos Estados-membros. Esse déficit de qualidade jurídica no processo de produção normativa do Estado brasileiro, em suas diversas instâncias decisórias, é preocupante porque afeta a harmonia da Federação, rompe o necessário equilíbrio e compromete, muitas vezes, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos da República. É importante ressaltar que, hoje, o Supremo desempenha um papel relevantíssimo no contexto de nosso processo institucional, estimulando-o, muitas vezes, à prática de ativismo judicial, notadamente na implementação concretizadora de políticas públicas definidas pela própria Constituição que são lamentavelmente descumpridas, por injustificável inércia, pelos órgãos estatais competentes. O Supremo tem uma clara e nítida visão do processo

Constitucional. Isso lhe dá uma consciência maior e uma percepção mais expressiva do seu verdadeiro papel no desempenho da jurisdição constitucional. (CHAER, 2006, p.01).

Há, pois, uma nova postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de zelar pela efetividade das normas constitucionais, decorrente principalmente da omissão dos demais Poderes, cumprindo assim o mister previsto no Texto Constitucional. Barroso explica que:

O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado. No Brasil dos últimos anos, deixou de ser departamento técnico especializado e passou a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da Sociedade com as instituições judiciais. É certo que os métodos de atuação e argumentação empregados por juízes e tribunais são jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política. Embora os órgãos judiciais não sejam integrados por agentes públicos eleitos, o poder de que são titulares, como todo poder em um Estado Democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Essa constatação ganha maior realce quando se trata do Tribunal Constitucional ou do órgão que lhe faça as vezes, pela repercussão e abrangência de suas decisões e pela peculiar proximidade entre a Constituição e o fenômeno político. (BARROSO, 2016, p.60).

De acordo com Souza Junior (2013) no que concerne ao Poder Judiciário, especialmente, o Supremo Tribunal Federal nota-se uma grande mudança, no sentido que não é mais aquela instituição que somente aplicava a letra fria da lei. Longe disto, tem se adotado crescentemente interpretações extensivas de modo se concretizar os preceitos constitucionais em sua completude. Desta forma, ressalta-se ainda que é de fundamental importância suprir a omissão legislativa, pois assim a Justiça sobressai sobre o Direito Positivo, ora na maioria das vezes um tanto injusto.

Indubitavelmente não se pode contestar a aparição do ativismo judicial na atuação do STF, ainda assim, sua adoção deve ser efetuada obedecendo o princípio da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito.

3.2 Supremo atual: ativo e substancialista

Na visão de Vieira (2018) a Constituição de 1988 conferiu ao Supremo novamente um posicionamento ativo em nosso sistema político, isto pelo fato de ter sido aviltada pela ditadura militar, ao ganhar amplos poderes para guardar uma Constituição tão ambiciosa.

Nesse sentido, Leal afirma que o Supremo atual é ativo e substancialista. Como leciona:

O Supremo Tribunal Federal, com a sua composição atual, não pode carregar sobre suas costas a pecha de ativista, no sentido de que atua fora das suas atribuições constitucionais. O que temos, veremos adiante, é uma Corte comprometida em fazer valer os dispositivos constitucionais e promover um choque na inércia refletida pela atuação do Poder Legislativo e, por não dizer, também um choque no atrevimento do Poder Executivo que, caminhando oxigenado por milhões de votos, vez ou outra acredita que tudo pode, mesmo que passando por cima das disposições constitucionais. Não temos um Tribunal ativista. Temos um Tribunal ativo. É diferente. É bem verdade que a pauta dos direitos fundamentais é das mais importantes para se aferir a altivez do Judiciário brasileiro. (LEAL, 2009, p. 112).

Em contrapartida, outros doutrinadores, como por exemplo Barroso (2012), Streck (2016) e os próprios ministros da Corte, Celso de Mello em um discurso proferido no STF em 2008 e Cezar Peluso, ora levantado em uma entrevista, replicada pela Revista Conjur em 2011, afirmam que o Supremo Tribunal Federal filiou ao ativismo judicial tendo em consideração conceder efetividade às normas constitucionais, basilarmente defronte da omissão dos outros Poderes. Como bem frisado no trecho abaixo por Souza Junior:

Não restam dúvidas que o supremo tribunal federal desenvolve atuação ativista. E para aclarar mais a questão, serve a citação de um rol das mais emblemáticas decisões da corte, as quais por motivos de suas fundamentações, ocuparam os espaços vazios deixados por outros Poderes da República, quais são : a) Instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência – ADI 3105/DF; b) Criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do judiciário – ADI 3367; c) Pesquisa com células-tronco embrionárias – ADI 3510/DF; d) Interrupção da gestação de fetos anencefálicos – ADPF 54/DF; e) . Restrição do uso de algemas – HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11; f) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol – PET 3388/RR; g) Vedação ao Nepotismo – ADC 12/DF -e Súmula Vinculante nº 13. (SOUZA JUNIOR, 2013, p.87-88).

À vista disso, vemos a presença do ativismo judicial do STF tanto por meio das manifestações dos ministros da corte como através de vários precedentes. Segundo Leal (2008) deve-se realçar que a altivez do Supremo ganha um grande destaque quando se refere aos direitos sociais. Como demonstra:

A Constituição garante o direito à saúde. O Estado nega-lhes. O cidadão, desamparado, recorre ao Poder Judiciário e o faz exatamente por não ter encontrado guarida no Legislativo e Executivo. O que deve fazer o Supremo? Dar-lhes às costas? Vê-lo morrer diante da atitude contumaz do Poder Executivo em negar cumprimento à Constituição? Esperar que uma reforma do sistema de saúde seja implementada no próximo século? Não! Ainda há juízes nesse país. Tudo o que temos assistido no Brasil é tão somente o cumprimento da Constituição. Nem mais, nem menos. (LEAL, 2008, 113).

Faz-se necessário destacar conforme o autor que esta altivez nem sempre é livre de falhas, e são diversas, no entanto é sempre no sentido de cumprir o papel de garantidor dos direitos apresentados na Lei maior, pois “se a Carta lhe atribuiu o papel de guardião, podemos dizer sem sombra de dúvidas: O Supremo é um guardião de coragem”. (LEAL, 2008, 112).

3.3 STF e seus excessos: inquérito 4.781

Deve-se enfatizar que nem sempre a Carta Magna fora respeitada, haja vista que ao analisarmos o caso das *fakes News* veremos que se atribui ao STF funções que não cabem a ele, como a de investigação e a de acusação. Impende destacar, que a instauração do Inquérito nº 4.781 de ofício pelo próprio presidente do STF foi uma afronta ao Estado Democrático de Direito, uma vez que usurpara atribuição do Ministério Público, ao determinar apuração sem fato determinado, e ao violar a competência constitucional da Corte, o sistema acusatório e também o princípio do juiz natural. Como analisaremos a seguir.

É bom lembrar que, foi por meio da Portaria GP nº 69, em 14 de março de 2019, o Ministro Dias Toffoli (presidente do Supremo) instaurou inquérito para apurar falsas notícias (*fake News*) e acometimentos feitos contra os ministros da Suprema Corte. Neste caso, faz-se necessário fazermos alguns apontamentos quanto a abusividade de tal inquérito.

Primeiramente, frisa-se que não há a definição do fato que seria objeto de investigação, assim sendo, nota-se claramente abuso referente a tal ato. Ora, a apuração de um fato o qual não se pode identificar o objeto não é nenhum. Para tanto, os dispositivos que, conduzem as garantias constitucionais seguem nesse sentido, a exemplo do Código de Processo Penal que determina no artigo 5º, §1º que o procedimento para a abertura de inquérito precisará incluir a narração do fato, com todas as circunstâncias.

A resolução do CNMP que dispõe acerca das investigações feitas pelo Ministério Público segue o mesmo entendimento, uma vez que, estabelece em seu 454 artigo que o procedimento investigatório criminal deverá ser instaurado mediante uma portaria fundamentada, apropriadamente registrada e autuada, contendo a designação dos fatos a serem investigados.

Isto posto, observa-se que o primeiro vício da portaria é dar permissão para a existência de um inquérito com um alcance tão extensivo à medida de determinar a investigação de fatos incertos e pessoas indetermináveis.

Em segundo lugar, temos a violação da livre distribuição. Impende destacar, que a livre distribuição foi ordenada pelo legislador com a finalidade de resguardar a imparcialidade dos juízes que atuam em processos que tratam de questões criminais. Conforme determina o artigo 66 do Regimento Interno do STF a distribuição deverá ser realizada por sorteio ou prevenção, com auxílio de um sistema informatizado, acionado de forma automática respectivamente, em cada classe de processo.

Nesta esteira com a mesma compreensão temos o artigo 75 do Código de Processo Penal o qual estabelece que quando houver na mesma circunscrição judiciária mais de um juiz igualmente competente fixar-se-á a competência pela precedência da distribuição.

Assim, quando o presidente do STF nomeia o ministro Alexandre de Moraes como encarregado do inquérito, temos uma conduta extremamente abusiva, haja vista violar a exigência da livre distribuição o certo seria ter ocorrido um sorteio para escolha do Ministro coordenador, além de que a medida correta a ser tomada seria encaminhar os elementos de informação e solicitar ao MP (PGR) que procedesse com as investigações junto a Polícia Federal.

À propósito, outro ponto alvo de discussões foi a falta de competência por parte do STF, frisa-se que o pedido de abertura de inquérito encontra fundamento no art. 43 do RISTF que em seu dispositivo afirma que quando ocorrer infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, deverá o Presidente instaurar inquérito, e se caso envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, será delegada esta atribuição a outro ministro.

Cabe frisar, que o pedido de abertura de inquérito foi um ato abusivo, pois não é possível conferir interpretação extensiva ao disposto no art. 43 do RISTF, haja vista que o conteúdo de sede ou dependência do Tribunal é claro e se refere a delimitação do espaço físico. De acordo com Moraes (2021) o inquérito, de acordo RISTF, só poderia ser aberto em virtude de crimes ocorridos na sede da corte e que envolvam autoridade ou pessoa sujeita a sua jurisdição, o que de fato não ocorreu.

Convém trazer à baila, algumas discussões doutrinárias a respeito da legalidade do Supremo Tribunal Federal em determinar abertura de inquérito de ofício. Conforme Moraes (2021) o Inquérito nº 4781 violou “diversos princípios constitucionais como: o sistema acusatório, artigo 129, I, CF, do Juiz Natural, artigo 5º, inciso LII da CF e a vedação de criação de juízo ou tribunal de exceção, conforme artigo 5º, inciso XXXVII da CF”.

Para Moraes (2021) há uma certa discrepância no que concerne ao sistema penal brasileiro, não obstante “alguns autores classificarem como misto (LOPES, 2008; NUCCI, 2009, COUTINHO, 2009), é majoritariamente considerado como acusatório (MIRABETE, 1996; JARDIM, 1997; PRADO, 1999; CAPEZ, 2008; RANGEL, 2008) ”, haja vista à adoção da distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar. Como clarifica-se:

A característica principal do sistema penal acusatório é a profunda separação dos atos processuais: o órgão estatal responsável pela acusação não poderá ser o mesmo a realizar o seu julgamento. Neste sentido, não cabe ao juiz funções de investigar e de acusar, somente atuando quando provocado, conforme o princípio da inércia da jurisdição. (MORAIS, 2021, JUSBRASIL)

Filho-me ao entendimento Lopes Jr. (2016) sobre o sistema acusatório, entende-se neste sistema que o juiz é um sujeito imparcial e inerte, desta maneira as medidas de ofício alinham-se ao sistema inquisitorial. Portanto, percebe-se o motivo pelo qual não poderia o magistrado abrir inquérito ou determinar que o façam.

Nesta esteira, Rangel (2010) afirma que é fundamental o sistema acusatório em um Estado Democrático de Direito, sendo ele a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. De outro lado, frente ao sistema inquisitivo do Estado totalitário, temos a repressão e a supressão dos direitos e garantias individuais.

Como aponta Benevides e Guimarães (2019) a procuradora-geral daquele ano, Raquel Dodge corrobora destes pressupostos, quando determinou que fosse arquivado o mencionado inquérito pelo imperceptível antagonismo, justificando-se em virtude da falta de envio dos autos, uma vez acabara por violar a Carta Magna como também a base do sistema penal acusatório, no que corresponde às separações das funções de julgar, acusar e defender

Conforme a ex procuradora-geral relata em matéria publicada no site do Ministério Público Federal (2020) a instauração do exteriorizado procedimento conjuntamente desobedeceu direitos e garantias fundamentais de observância obrigatória, conforme artigo 5^a, § 2º da Constituição Federal, tendo em vista o fato de infringir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a imparcialidade e a isonomia, considerando que seria papel do Judiciário guardar por meio da Constituição Federal a simetria entre os poderes bem como a garantia do respeito aos direitos fundamentais.

Em que pese o Juiz natural, segundo Tourinho filho (2010, p.52) é um dos princípios jurisdicionais mais relevantes que temos em nosso ordenamento jurídico. Vale observar, que este princípio está consagrado na nossa Constituição Federal de 1988, no Art. 5º, XXXVII, como um dos direitos e garantias fundamentais.

Compreende-se a partir deste dispositivo que não poderá haver juízo ou tribunal de exceção para julgar fatos ocorrido antes de sua criação, ou seja, o mencionado inciso dispõe que o princípio do Juiz Natural é de fundamental importância para o Direito, uma vez que garante um julgamento justo aos cidadãos por órgãos independentes e imparciais.

Contudo, nota-se claramente que a Portaria GP nº 69 feriu a livre distribuição ao nomear o relator, e assim lesionando o preceito do juiz natural, quando não identificou quem seriam os investigados, nem mesmo definindo os crimes praticados, como ainda ao não encaminhar ao Ministério Público para análise. Além do mais, as diligências realizadas foram inconstitucionais mediante violação do sistema penal acusatório.

Benevides e Guimarães (2019) afirma que também não existe indícios de competência do Supremo para instaurar a investigação, uma vez que apresentou a possibilidade de envolvimento de alguém que tenha foro por prerrogativa de função e nem mesmo se referiu a ato que se relacionasse ao exercício de suas funções.

Em concordância com Moraes (2021) compreende-se que o inquérito nº 4781 deu início a criação de um Tribunal de Exceção, frisa-se que a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXVII prevê a vedação de criação de juízo ou tribunal de exceção. Logo, quando a Corte motivara uma investigação de qualquer pessoa que possa ter atingido a honra e a segurança do STF, mesmo que esta pessoa esteja elencada no artigo 102, inciso I, alínea b da CF/88, e ainda nomeara um ministro específico para ser relator, acabara por violar a imparcialidade e o princípio do juiz natural, artigo 5º, inciso LIII do mesmo diploma, no qual destaca que nenhuma pessoa poderá ser processada ou julgada, senão por autoridade competente.

Destarte, nota-se claramente que fora violado o sistema acusatório quando o Presidente do Supremo tribunal Federal instaura de ofício inquérito, no qual assume o papel de investigador, acusador e julgador ao mesmo tempo, e no mais com um de seus integrantes sendo ainda o suposto ofendido, no caso o Ministro Alexandre de Moraes. Além disso, ao avocar a competência que não é sua para instaurar inquérito o STF afronta ainda o princípio do

juiz natural, transformando-se um tribunal de exceção, e assim ao cometer várias abusividades acaba que atenta contra o Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Insta salientar que o Princípio da Separação de Poderes foi consagrado pela Constituição Federal com o propósito de impedir o arbítrio e o desrespeito dos direitos fundamentais, e visando a garantia da perpetuidade do Estado Democrático de direito. Para tanto, criou-se a divisão das funções estatais, sendo os órgãos independentes e harmônicos entre si, trazendo ainda prerrogativas e imunidades para o bom exercício das funções e a criação de mecanismos de controle recíprocos.

Contudo, este princípio vem sofrendo transformações nos dias atuais defronte o fenômeno do neoconstitucionalismo, o qual trouxe ao Estado Contemporâneo uma nova perspectiva sobre a separação dos poderes. Com o advento do neoconstitucionalismo a atuação do Poder judiciário alcançou teorias de democracia mais substantivas, sendo assim desperta-se espaço para olhares mais simpatizantes ao ativismo judicial, em defesa dos valores constitucionais. Ressalta-se que a Constituição federal de 1988 foi a grande responsável pela expansão da jurisdição constitucional que fortaleceu expressivamente a importância política do Poder judiciário, que antes somente reproduzia o texto frio da lei, e agora para um protagonismo.

O ativismo judicial é um fenômeno que desde sua origem na raiz norte americana gera debates, trazendo uma classificação da atuação dos Juízes como sendo pautada no ativismo judicial e na autocontenção judicial, que são termos opostos. Esta última, tem relação com a postura do judiciário que busca não interferir na atuação dos demais poderes. No Brasil não é diferente, o ativismo judicial ocasiona alterações e posicionamentos doutrinários divergentes. De um lado, há doutrinadores que acreditam que o fenômeno é prejudicial para o Estado Democrático de Direito, sendo uma afronta ao princípio da Separação de Poderes. Por outro, aqueles que acreditam que a postura ativista é primordial para que seja garantida a consolidação dos princípios da Lei Maior perante a politização e omissão dos outros poderes.

Faz-se mister diferenciar o conceito de ativismo judicial da judicialização da política. Entende-se que a judicialização no cenário do nosso país é um fato ou circunstância que sucede do modelo constitucional que fora adotado, não sendo uma atividade determinada de vontade

política, isto é, do judiciário. Já o ativismo considerado como sendo uma atitude, ou seja, uma decisão de uma visão específica e proativa de interpretar a Carta Magna, no qual se expande a sua compreensão e sua extensão. Desta forma, nota-se que há uma altivez na atuação da Corte em face das mudanças sociais, culturais e políticos da sociedade atual, a exemplo temas como o aborto, células-tronco, fetos anencéfalos, direitos dos homoafetivos, entre outros.

Cumprir destacar que nem sempre essa altivez do Supremo, ou esta postura ativista é livre de falhas, são diversos os erros cometidos pela Corte na ânsia de cumprir o papel de guardião da constituição. Impende destacar, que a instauração do Inquérito nº 4.781 de ofício pelo próprio presidente do STF foi uma afronta ao Estado democrático de direito, haja vista que usurpara atribuição do Ministério Público, ao determinar apuração sem fato determinado, e ao violar a competência constitucional da Corte, o sistema acusatório e também o princípio do juiz natural.

Em síntese, percebe-se que o ativismo judicial no Brasil não deve ser visto como um remédio irrefutável, no entanto como sendo uma providência de implementação atípica nos momentos de crise intensa. Portanto, compreende-se que o ativismo judicial apesar de ser muito aclamado e julgado não é o âmagô, a Democracia brasileira necessita é de reforma política, diante da crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Jorge Cesar de. **O inquérito 4.781 e os crimes contra o STF**. Jusbrasil. Disponível em: <https://j1c2a3.jusbrasil.com.br/artigos/686765418/o-inquerito-4781-e-os-crimes-contra-o-stf?ref=feed> Acesso em: 20 jan. 2021

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, 2017** Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1., p. 23-32, jun. 2012. Semestral. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> Acesso em: 08 mar. 2021

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**, 2010.

Disponível em: <http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>. Acesso em: 15 jan. 2021

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016

BENEVIDES, LG; GUIMARÃES, VS. **A Inconstitucionalidade Do Inquérito Penal Nº. 4.781/Stf: Inquérito Contra “FAKE News” Envolvendo Ministros Do Supremo Tribunal Federal**. 2019. Disponível em: <https://tccnice.unipacto.com.br/tccs/9fc3d7152ba9336a670e36d0ed79bc43.pdf>. Acesso em 26 jun. 2021

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2020

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno: [atualizado até outubro de 2018]** – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf. Acesso em: 10 nov. 20

CHAER, Márcio. Entrevista: José Celso de Mello Filho. **Revista Consultor Jurídico**, 15 de março de 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei>. Acesso em: 17 mar. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, nº 40, p. 67-81, Abril-Junho/2015. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf?d=636688172701896480> Acesso em: 17 jan. 2021.

JUNIOR, Edson Camara de Drummond Alves. O ativismo judicial, no ordenamento jurídico brasileiro, na efetivação dos direitos fundamentais. **Revista Vianna Sapiens**, v. 7, n. 2, p. 25, 17 nov. 2017. Disponível em: <http://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/199>. Acesso: 14 jan 2020.

GUEDES, Juliana Santos. **Separação dos poderes: o poder executivo e a tripartição de poderes no brasil**. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_fevereiro2008/discente/dis16.doc. Acesso: 24 jan 2021.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. 2008. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/87/1/disserta%C3%A7%C3%A3o_Saul%20Tourinho%20Leal.pdf Acesso em: 20 fev. 2021

LENZA, Pedro **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MPF, 2020. **Inquérito 4.781: PGR esclarece manifestação enviada ao STF**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/inquerito-4-781-pgr-esclarece-manifestacao-enviada-ao-stf>. Acesso em 01/06/2020.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf> . Acesso em: 17 mar. 2021

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MORAIS, Virgínia Kelly Medeiros. A (in)constitucionalidade do inquérito 4781 do supremo tribunal federal. **Jusbrasil**, 2021. Disponível em:
<https://virginiamoraisadv.jusbrasil.com.br/artigos/1172319551/a-in-constitucionalidade-do-inquerito-4781-do-supremo-tribunal-federal> Acesso em: 14 maio 2021.

PELICIOI, Angela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. In **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 169, p. 21-30, jan./mar. 2006. Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92742> Acesso em: 18 jan. 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

ROCHA, Rafael. O STF passou dos limites! **JUSBRASIL**. Disponível em:
<https://rbispo77.jusbrasil.com.br/artigos/852786522/o-stf-passou-dos-limites> Acesso em: 20 jan. 2021

SANTOS, Luciana Rêgo dos; BEZERRA, Fernando Veras. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e a implementação das políticas públicas no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 33, n. 1: 185-214, jan./jun. 2017 Disponível em :
<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/459a65a7577c0d5d7a4d93d86c0eb53c.pdf>
 Acesso em: 11 mar. 2021

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. In: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009. Disponível em:
http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf Acesso em: 10 jan. 2021.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41.ed. rev. e atual até a emenda constitucional n. 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2018.

SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de. **O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal na garantia do direito à saúde**, 2013. Disponível em:
<https://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/1222> Acesso em: 10 jun. 2021.

STF ENFRENTA polêmicas com independência, diz Peluso. **Consultor Jurídico**, 15 maio 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-15/stf-enfrenta-temas-polemicos-independencia-peluso-eua> Acesso em: 17 mar. 2021

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**. *Joaçaba*, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em:

<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7771/material/ENTRE%20%20ATIVISMO%20E%20A%20JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O%20POL%C3%8DTICA%20-%20STRECK.pdf> . Acesso em: 20 fev. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Consultor jurídico**. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 04 fev. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1a ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2018. eBook Kindle .Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B07J9HZQHB> Acesso em: 06 nov. 20.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**. 32 ed. Revista e atualiza: são Paulo, saraiva, 2010