



## JUÍZES LEGISLADORES?

### *LEGISLATOR JUDGES?*

Ivanoska Maria Esperia Gomes dos Santos<sup>1</sup>

**RESUMO:** O mundo atual necessita de uma adequação cada vez mais intensa e constante do ordenamento jurídico, a fim de se aperfeiçoar a tutela dos vários interesses protegidos pela norma legal, solucionando-se com presteza os conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. A questão inerente ao ativismo se torna ainda mais evidente quando isso envolve questões políticas ou direitos sociais, o que leva esse fenômeno a ser um gerador de grandes debates em todo o mundo. Neste âmbito, enquanto alguns acreditam que o ativismo judiciário é necessário para preencher lacunas deixadas pelo legislativo e proteger direitos e valores fundamentais, outros argumentam que isso pode violar a separação dos poderes e a imparcialidade do sistema judicial. Nesse viés, fundamenta-se esse trabalho numa análise crítica construtiva da sistemática do poder criativo dos juízes, sem extrapolar os preceitos fundamentais, com uma análise de decisões por parte do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente um estudo a respeito do chamado Inquérito da Fake News.

**Palavras- chave:** Ativismo judicial; juízes legisladores; separação dos poderes; Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:** The current world needs an increasingly intense and constant supervision of the legal system, in order to improve the protection of the various interests protected by the legal norm, solving with the promptness of the conflicts protected by the defense of the Judiciary Power. The issue inherent in activism becomes even more evident when it involves political

<sup>1</sup> Juíza de Direito Auxiliar do Tribunal de Justiça da Paraíba, da Comarca da Capital, 4ª Vara da Fazenda, acervo-C-, Mestre em Direito Processo Cível pela Universidade Católica de Pernambuco e Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília/SP. ORCID: <http://orcid.org/0009-0000-6025-3374>.



issues or social rights, which makes this phenomenon a generator of great debates around the world. In this context, while some believe that judicial activism is necessary to fill gaps left by the legislature and protect fundamental rights and values, others argue that it can violate the separation of powers and the impartiality of the judicial system. In this vein, this work is based on a constructive critical analysis of the systematics of the creative power of judges, without extrapolating the fundamental precepts, with an analysis of decisions by the Federal Supreme Court, more specifically a study on the so-called Fake News Survey.

Keywords: Judicial activism; legislating judges; separation of powers; Federal Court of Justice.

## 1. INTRODUÇÃO

De uma análise pontual, o que se observa é que parte da doutrina considera que os Tribunais ao exercerem em sua plenitude a criatividade judiciária, estão adentrando na área específica do poder Legislativo, cuja função principal, segundo a Teoria Montesquiana da separação dos poderes, seria a de elaborar a lei. Por outro lado, há quem considere que esse exercício dos juízes representa um fortalecimento de um dos Poderes do Estado, permitindo, dessa forma, o funcionamento do sistema de freios e contrapesos.

Com o passar do tempo, notou-se a necessidade de o Poder Judiciário atuar de forma mais expansivamente, ou seja, além das fronteiras da mera aplicação da norma. Assim sendo, verifica-se que essa necessidade surge diante da omissão da classe política em legislar sobre temas relevantes da atualidade, especialmente aqueles relacionados aos direitos das minorias, a proteção dos direitos das pessoas, as prioridades fundamentais como saúde e educação, dentre outros. Assim, o judiciário se vê compelido a responder às demandas de suas jurisdições, resguardando, desse modo, esses direitos.

Para que o Judiciário se exima de adentrar no exercício primário de funções dos demais poderes e que se mantenha vivo o princípio da separação dos poderes no Brasil, existem limites para a atuação judicial. Contudo, limitar a atuação do judiciário não é tarefa fácil, pois essa muitas vezes restringe a aplicação criativa do direito a casos concretos, e como os fatos nem sempre são perfeitamente descritos nas normas, às vezes é necessário que o magistrado se utilize dos princípios e de outras fontes do direito para resolver questões submetidas ao Poder Judiciário.



Diante desse contexto, é essencial aprofundar a análise sobre a atuação dos juízes e o alcance de sua interpretação da lei. Será que eles estão cumprindo um papel além daquele previsto pela Constituição e pelas normas legais? Estariam os juízes usurpando o poder do legislativo ao moldarem a sociedade de acordo com suas convicções pessoais?

Nesta senda, é importante salientar que quando um poder interfere em outros poderes, cria-se uma crise que pode se agravar ou desencadear consequências mais perniciosas, como ditaduras em que o Executivo ultrapassa os limites de seu poder, levando à queda de todo o sistema.

Assim sendo, esse estudo buscará discutir sobre os juízes legisladores. De modo mais específico, buscará compreender como se desdobra a atuação jurisdicional ativa no Brasil, além de identificar quais são os limites impostos ao poder judiciário e, por fim, como isso se apresenta o caso emblemático do Inquérito das *Fakes News* e suas análises, dentro do contexto de poder criativo dos juízes.

O presente estudo encontra-se estruturado em cinco tópicos: Da construção da figura do juiz na sociedade; O ativismo judicial; dos limites da discricionariedade dos magistrados; O ativismo judicial Brasileiro, e, por fim, o tópico que recebe o nome de o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o Inquérito das *Fakes News*.

O primeiro tópico, cujo título é “Da construção da figura do juiz na sociedade” aborda como se instituiu o instituto dos magistrados na sociedade desde os primórdios, além do papel que estes desempenham nas sociedades, haja vista que desde que a humanidade começou a se organizar como sociedade houve a figura de um julgador.

O tópico seguinte, denominado “O ativismo judicial”, versa sobre a conceituação desse fenômeno, demonstrando seus efeitos, críticas e elogios.

O terceiro, denominado “Dos limites da discricionariedade dos magistrados”, apresenta que o Judiciário não atua sem freios, apontando como se dá os limites da atuação dos juízes.

O quarto tópico, “O ativismo judicial Brasileiro”, retrata a criação e as possibilidades do poder criativo dos juízes no âmbito Brasileiro.

E, por fim, o último tópico, denominado “O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o Inquérito das *Fakes News*”, analisa um caso de grande repercussão, no qual houve a atuação do judiciário além da mera aplicação da lei e criação do direito, com inovações nas decisões que geraram diversas críticas ao STF.



## 2. METODOLOGIA

O delineamento metodológico deste estudo caracterizou-se por uma pesquisa descritiva; de modo que, para alcançar o objetivo a que se propõe, o presente artigo empregou o método dedutivo como método de abordagem, tendo em vista que partiu de uma abordagem genérica acerca da dificuldade do ativismo judicial para alcançar o ponto específico da atuação ativista do Supremo Tribunal Federal Brasileiro no caso do inquérito das *Fakes News*.

Por fim, no que tange às técnicas de pesquisas, o presente estudo fez uso da técnica de pesquisa documental indireta. Primeiramente, foram levantados dados mediante pesquisa documental, observando os documentos históricos que nossa sociedade possui acerca do assunto e pesquisa em bancos de dados públicos e privados. E finalmente, fez uso da pesquisa bibliográfica, examinando o disposto em livros, artigos científicos, teses, monografias, periódicos e sites.

## 3. DA CONSTRUÇÃO DA FIGURA DO JUIZ NA SOCIEDADE

A figura do juiz tem raízes antigas na história da humanidade e sua evolução ao longo do tempo reflete as mudanças nas sociedades e nos sistemas jurídicos.

Nos escritos bíblicos podem ser achadas passagens que citam a instituição dos juízes na sociedade, datada entre os anos de 1.250 a 1.030 a.C:

“Naquela época, não havia rei em Israel, cada um fazia o que lhe parecia certo” (Juízes 21:25); (BÍBLIA SAGRADA).

“Então o Senhor levantou juízes, que os libertaram das mãos daqueles que o atacavam”. (Juízes 2:16); (BÍBLIA SAGRADA).

Nesse viés, constata-se que o papel do juiz possuiu importância significativa, pois neste período, resultou em um livro da Bíblia, que relata tempos de crise na tribo ou nação, enquanto não havia um poder centralizado, ou seja, havia um caos que não resultava em construção e sim em destruição, pois todos faziam o que lhe parecia certo, sem regras, normas, e um bom



consenso. Desse modo, houve a necessidade de se instituir a figura do Juiz desde àquela época para pacificação dos conflitos.

Ainda, a origem dos juízes remonta às antigas civilizações, como a Mesopotâmia, Egito, Grécia e Roma. Nesses tempos remotos, líderes ou anciãos da comunidade eram responsáveis por resolver disputas e aplicar leis consuetudinárias. Essa prática informal foi gradualmente se desenvolvendo em uma instituição mais estruturada e formalizada (HOMMERDING, 2021).

Da simples análise vê-se que neste tempo os aplicadores eram também os criadores do Direito e não haviam distinções ou separação de poderes, nem mesmo limitações para a atuação destes.

Num breve passeio histórico pelos filósofos que tratavam o assunto, temos que, em que pese Aristóteles ter sido o primeiro a conceituar de forma peculiar a Separação dos Poderes, esse baseou-se em relatos já existentes, verificados em textos anteriores a ele. É o caso, da obra clássica “A República”, de Platão. Nessa obra, Platão expõe a importância de dividir as funções do Estado, para que não estivessem concentradas nas mãos de uma só pessoa.

Posteriormente, Maquiavel, em sua obra "O Príncipe" (2007), também participou da formação do ideal de Separação dos Poderes, revelando uma França com três poderes bastante distintos o Legislativo (representado pelo Parlamento), o Executivo (materializado na figura do Rei); e, por fim, um Judiciário autônomo.

Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari (2012, p. 216): *É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.*

Assim, Maquiavel previa a Separação dos Poderes como uma forma de beneficiar ao Rei, acreditando que, ao não ter que decidir conflitos ou editar leis, o Rei era poupado de eventual deterioração à sua imagem.

John Locke, por sua vez, como um dos principais representante do empirismo - doutrina filosófica que afirmava que o conhecimento era determinado pela experiência, tanto de origem externa, nas sensações, quanto interna, a partir das reflexões, se destacou especialmente por seus estudos de filosofia política e deixou grande contribuição ao desenvolvimento do liberalismo, principalmente a noção de Estado de Direito.



O autor serve de embasamento ideológico e intelectual aos revolucionários da “Revolução Gloriosa” ao publicar, apenas dois anos após a revolução, sua obra “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil” de 1690.

Nessa obra, Locke versa sobre a existência de três poderes que deveriam exercer as funções do governo: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Federativo. Desse modo, considerou o Poder Legislativo, o qual competia ao Parlamento, como um poder superior aos demais. Ao Poder Executivo, incumbiu a aplicação das leis; enquanto ao Poder Federativo, atribuiu o cuidado das relações internacionais do governo. Insta esclarecer que, muito embora o Poder Federativo tivesse legitimidade, não podia ser desvinculado do Poder Executivo e, para que não houvesse um governo arbitrário, o Poder Legislativo e o Poder Executivo não poderiam ser exercidos pela mesma pessoa (LOCKE, 2003).

Desse modo, na relação entre os três poderes, Locke considerava o Poder Legislativo como supremo, pois acreditava que o poder de definir as leis devia ser superior ao poder dos que meramente as executavam.

Dessa forma, o Poder Executivo e o Poder Federativo estariam nas mesmas mãos, ou seja, eram exercidos pelo Rei. Por fim, Locke (2003, p. 76) fez menção a um Poder que emanaria do povo caso o Poder Legislativo se demonstrasse insuficiente: *Se o poder legislativo não respeitar os limites da duração ou se aqueles que o exercem perderem a autoridade pelas faltas que cometerem, o poder legislativo volta a reverter para o povo.*

A filosofia de John Locke esteve interligada à resolução dos conflitos políticos e religiosos ingleses, de forma que, foi na Separação dos Poderes que Locke baseou sua proposta para uma forma de governo eficaz.

Nesse viés, observa-se que o tema da separação de poderes tem sido objeto de considerações ao longo da história por grandes pensadores e juristas, desde *Platão*, *Aristóteles*, *Locke*, *Montesquieu*, entre outros, que culminaram no modelo tripartite conhecido atualmente, inclusive como princípio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro - Artigo 2º da CF, também utilizado na maioria das organizações de governo das democracias ocidentais, consagrado com a inserção do Artigo 16, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, nos idos de 1789.

Com esse contexto, verifica-se que o modelo tripartite atual consiste em atribuir a três órgãos independentes e harmônicos entre si as funções Legislativa, Executiva e Judiciária.



Nessa esteira de raciocínio, pode-se observar que durante a Idade Média, na Europa, o papel dos juízes começou a se estabelecer como uma função específica dentro do sistema judicial. Os juízes eram nomeados pelos governantes locais ou pelos senhores feudais e, muitas vezes, atuavam em tribunais itinerantes, percorrendo as terras para julgar os casos. No entanto, sua independência e imparcialidade eram frequentemente comprometidas pela influência política e econômica dos poderosos.

Assim, extrai-se que partir dos séculos XVII e XVIII, com o desenvolvimento do Estado moderno, os sistemas passaram por mudanças significativas. A ideia de um poder judiciário independente começou a ganhar força. Surgiram tribunais permanentes e profissionalizados, com juízes nomeados utilizando-se de critérios de competência e mérito, em vez de laços políticos.

Na mesma época, houve a consagração da teoria de organização do Estado com os poderes separados consolidando-se com a obra *Do espírito das leis*, de Montesquieu. Essa obra exerceu uma influência significativa na evolução do papel dos juízes. A separação dos poderes estabelecia que o poder judiciário deveria ser um poder independente e imparcial, separado dos poderes legislativos e executivos. E, essa separação, buscava garantir a proteção dos direitos individuais e proibir o abuso de poder.

Assim, em termos das funções desempenhadas, as origens do judiciário são distantes e difíceis de julgar com precisão, mas após a disseminação das ideias de Montesquieu, a institucionalização do judiciário como poder estatal independente tornou-se mais clara.

No século XIX, o conceito de Estado de Direito ganhou destaque, enfatizando a importância do império da lei, onde todos, estavam sujeitos às mesmas normas. Nesse contexto, os juízes assumiram um papel central na aplicação da lei e na proteção dos direitos e liberdades individuais. Ainda, foi retirado o protagonismo do Poder Legislativo e aberta a oportunidade para que o Poder Judiciário atuasse cada vez mais. (PINHEIRO NETO, 2022).

No desenvolver do arcabouço histórico, temos Hans Kelsen filósofo de origem judaica e pensamentos socialdemocratas, perseguido pelo Regime Nazista e forçado a migrar para os Estados Unidos, onde lecionou na Universidade da Califórnia em Berkeley, trazendo novas ideias e considerado um dos principais pensadores do positivismo (não só jurídico), mas sim, do direito como um todo. Sua obra mais importante é a “Teoria Pura do Direito”. Foi o principal precursor do controle concentrado de constitucionalidade, influenciando diretamente a previsão do modelo na Constituição da Áustria de 1920.





Logo, o que se verifica é que após, a separação dos Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, com a definição de suas funções típicas, surge o controle concentrado e a visão de um Poder Judiciário, com funções atípicas, como legislar, dando-se o nome de ativismo.

Além disso, com a extensão dos direitos humanos e a maior ênfase nos princípios de igualdade e justiça social houve significativa influência na atuação dos juízes. Esses desempenhando um papel importante na interpretação e aplicação das leis de acordo com os valores constitucionais e na garantia dos direitos de minorias e grupos correspondentes.

Nesse trilhar, temos que no século XX, o Presidente dos Estados Unidos, Theodore Roosevelt afirma, enviando uma mensagem ao Congresso Americano, em 08 de dezembro de 1908, que diz:

*“Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda a vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes que de superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas”.*

Ou seja, já havia uma consolidação, desde dessa época, do papel criativo do juiz, observando essa tendência necessária para dirimir os conflitos existentes.

Hodiernamente, espera-se que os juízes sejam independentes, imparciais, competentes e éticos em suas decisões, pois os mesmos são fundamentais para garantir o Estado de Direito, proteger os direitos fundamentais e promover a justiça em todas as sociedades democráticas. Nesse viés, constata-se que a evolução contínua do papel dos juízes está diretamente ligada ao desenvolvimento das sociedades e às demandas da justiça e igualdade.

Diante do exposto, vê-se que desde os primórdios os julgadores sempre tiveram o papel de criar o direito, antes sem limites e atualmente, ainda há essa criação, mas com limites,





respeitando o princípio da separação dos poderes, a fim de resguardar a democracia e os direitos fundamentais.

#### 4. O ATIVISMO JUDICIAL

Nesse giro, após a divisão dos três Poderes e suas atividades típicas, observou-se a necessidade de desempenho de atividades atípicas pelo Poder Judiciário, que explico a seguir: De início, verificamos alguns incidentes na história da humanidade, quais sejam: a Revolução Industrial de 1760 a 1850; Revolução Francesa em 1789, I Guerra Mundial 1914 a 1918 e II Guerra Mundial 1939 a 1945.

E com esses grandes acontecimentos o caos se estabeleceu com a crise financeira resultando em profundas consequências econômicas, sociais e culturais. E com esse caos, que culmina em tantos acontecimentos importantes na sociedade como um todo, verifica-se, como diz o mestre Cappelletti, em sua obra, *Juízes Legisladores?* que com a revolução industrial e suas consequências, temos a economia com produção, distribuição e consumo apresentados em massa, fenômeno que o Jurista Italiano resume numa expressão: massificação. Surgindo, assim, conflitos não somente de ordem econômica, mas também comportamentais, sentimentais e sociais, buscando-se dessa forma a solução dos mesmos, acentuando-se, desse modo, o papel do Poder Judiciário.

Nesse raciocínio, pode-se afirmar que aparece o ativismo judicial como uma conduta proativa dos membros do Poder Judiciário, no qual estes assumem o papel criativo de decidir sem que haja base no ordenamento jurídico para suas decisões, inovando assim na ordem jurídica, e alargando as fronteiras do seu campo de atuação para além daquelas situações típicas previstas na Constituição. Qualquer que seja o sistema adotado, ele deve seguir a legalidade e garantir os direitos básicos para atingir o estado ideal de efetividade e justiça.

Assim, ao tentar responder se a tarefa do juiz é interpretar a lei ou fazê-la, Cappelletti (1999) argumenta que o juiz inevitavelmente combina as duas funções, mesmo quando é obrigado a aplicar a lei preexistente. A interpretação sempre implica em um grau de arbítrio e de escolha, especialmente elevado, em certas áreas, como justiça constitucional, direitos sociais e proteção judicial de interesses descentralizados.

Percorrendo esse gancho, temos a observância das lacunas, ambiguidades, obscuridades, incertezas, bem como a possibilidade de legislação inconstitucional, e disso



provem a necessidade de criação dos juízes na análise do caso em concreto. Todavia, isso não significa que tal poder criativo não tenha baliza, ou seja, demarcação, como diz nosso Jurista Italiano, Cappelletti, não deve ser confundido essa criatividade com total liberdade do intérprete.

Ainda, como bem afirma o Mestre Italiano, a interpretação criativa tem limites, modos e graus, remontando que para tudo existe uma fronteira intransponível do bom senso. Por isso a ponderação máxima do equilíbrio resulta numa interpretação com a criatividade positiva, esperada e fundamentada.

Logo, podemos de forma assertiva afirmar que a criatividade no âmbito do Poder Judiciário é inevitável, e nesse papel, como função atípica, o referido poder preenche as lacunas existentes no direito positivado.

Acrescentando esse diálogo, necessário se faz trazer à baila as lições do Mestre, Emerson Borges, em sua obra, *Ativismo Judicial e Controle de Constitucionalidade*, que assegura o que se segue:

“A questão do limiar entre a criação e a aplicação do direito sempre incomodou a teoria e, apesar de profundas análises, jamais conseguiu obter uma resposta que se mostrasse plenamente segura. Talvez porque grande parte da doutrina que tenha se dedicado ao tema acabasse buscando, de fato, a existência de uma linha divisória, ao invés de se dedicar a campos onde as duas áreas mais se misturam do que se separam.”

Nesse trilhar, temos que compreender que a criação nesse ponto não significaria a desconstrução e sim complementação de um direito positivado, repito, com as lacunas, a obscuridade, a ambiguidade e as incertezas.

Dentro desse mar de informações, faz mister pincelar que não somente o poder de criatividade do juiz ou Tribunal atribui aos mesmos, função atípica legisladora, mas também o controle de constitucionalidade.

E seguindo as lições do Professor, Emerson Borges, no mesmo livro, temos que:

“A defesa do projeto constitucional é atribuída a todos os Poderes e também ao próprio titular do Poder, o povo. Ora, se a constituição estampa as pretensões de uma determinada sociedade, nada mais natural que essa sociedade por inteiro se mobilize na busca da satisfação dos seus anseios”.

E continua:



“Nessa toada, o judiciário possui papel fundamental, não apenas porque exercendo o Poder tem a obrigação de seguir os preceitos constitucionais, mas, além disso, pelo fato de que irá medir a constitucionalidade de todos os agentes, vele dizer, irá exercer o controle acerca do exercício da Constituição pelos demais”.

O que não podemos esquecer é o equilíbrio necessário no poder criativo e de controle constitucional por parte do Poder Judiciário, pois esse condão pode se solidificar de forma positiva com os fundamentos de suas decisões, acertando no alcança jurisdicional e fugindo do condão político. Buscando o que podemos nominar de razoabilidade da interpretação e criação por parte dos Juízes e Tribunais.

Nesse pensamento da fundamentação, isto é justificação das decisões, observa-se a reflexão do Mestre Emerson borges, que aponta com sabedoria, no manuscrito já citado:

“Talvez a maior problemática acerca da justificação das decisões, que por vezes ultrapassa a lógica do razoável, seja o fato de o julgador primeiro pretender o resultado e, em segundo, construir a linha para chegar ao resultado pretendido.”

Traçada essas premissas, temos que qualquer que seja o sistema adotado, ele deve seguir a legalidade e garantir os direitos básicos para atingir o estado ideal de efetividade e justiça. O ativismo judicial é uma conduta proativa dos membros do Poder Judiciário, no qual estes assumem o papel criativo de decidir sem que haja base no ordenamento jurídico para suas decisões, inovando, assim, na ordem jurídica, e alargando as fronteiras do seu campo de atuação para além daquelas situações previstas na Constituição.

#### **4.1 DOS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DOS MAGISTRADOS**

A respeito do ativismo judicial, conforme traz Cappelletti (1992), este deve ser exercido com cautela e dentro de limites bem definidos, havendo uma abordagem equilibrada, em que os juízes possam intervir quando necessário, mas sem ultrapassar os liames constitucionais, bem como, se eximindo de usurpar a função do legislativo.

Isso advém do ideal de Montesquieu, no qual o Judiciário apenas profere as palavras da lei, sendo “porta voz da legalidade”, minimizando a função deste apenas à aplicação da norma, neste cenário não haveria lacunas, além de que se limitaria os julgamentos judiciais as questões



apenas jurídicas, vedando que os julgadores se manifestassem sobre matérias políticas ou morais (OLIVEIRA, 2015).

Entretanto, não se pode jamais falar na separação estrita dos Poderes, uma vez que, no contexto fático e jurídico brasileiro, as interferências de um Poder em outro se fazem muitas vezes necessárias no intuito de coibir abusos ou sobreposição de Poderes, com o objetivo de serem alcançados os fins do Estado (CARVALHO, 2012).

Assim, o poder jurisdicional encontra-se, conforme expõe Ariane da Luz (2021), situado ao lado dos demais poderes inerentes ao Estado na busca de conferir e garantir os direitos dos cidadãos, se cristalizando a partir de atos provenientes do Estado com a finalidade de dizer o direito, já que é considerada uma função estatal por definição.

Entretanto, essa prestação será feita dentro dos limites:

“De acordo com a teoria das funções estatais dentro do Estado democrático de direito, é o poder jurisdicional o responsável pela atividade-dever do Estado, que é prestada pelos órgãos competentes devidamente indicados na Constituição Federal. Embora configure garantia constitucional, referido poder somente será exercido “sob petição da parte interessada (direito e ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional” (LUZ, *et al*, 2021, p. 10).

Na mesma senda, entende Cappelletti (1999), que o juiz não possui a total liberdade para a criação da lei, tendo em vista que o sistema judiciário estabelece certos limites à essa liberdade, sendo estes processuais quanto substanciais.

Assim, em relação aos limites processuais, estes abarcam a imparcialidade judicial, o direito ao contraditório e o princípio da inércia da jurisdição, diferindo dessa forma o processo jurisdicional dos de natureza política (CAPPELLETTI, 1999).

Já como limites substanciais, Mauro Cappelletti (1999) cita os precedentes judiciais, opiniões de juristas, ordenanças de monarcas, decisões de assembleias, leis de parlamentos, entre outros. Esses elementos funcionam como limites na medida em que o juiz tem como dever mínimo apoiar sua própria fundamentação no direito judiciário ou legislativo, e não apenas em conceitos vazios. Assim, embora variem ao longo do tempo e entre as sociedades, as restrições substantivas não perdem totalmente a sua validade.

Diante disso, tem-se que inexistente qualquer antítese entre a interpretação judiciária da lei e a criatividade dos juízes, segundo Cunha (2005). No mesmo sentido, Cappelletti (1999), que



também defende a ideia de que em toda e qualquer interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade do julgador. De modo que, a verdadeira problemática deste cerne está no grau de criatividade e nos modos, limites e legitimidade da criatividade judicial.

Para Leal (2007), o desvio das atribuições dos poderes do Estado, tem se verificado em razão do elevado grau de complexidade das contingências sociais e também pela exclusão social gerada pelo atual modelo de crescimento econômico nacional, separados de um programa concreto de desenvolvimento social consentâneo.

Assim, ao questionar se os juízes são meramente aplicadores da lei, ou se eles também têm o exercício de criar leis, conclui-se que não há oposição entre essas duas atividades, uma vez que o processo criativo ocorre pela necessidade de preenchimento do lacunas, ou seja, o resultado do processo legislativo, feito através da interpretação. Ao mesmo tempo, quando um juiz faz um julgamento com base no princípio da equidade, o grau de criatividade é relativamente grande, enquanto que quando o juiz faz julgamentos e interpretações sobre certas leis ou disputas em precedentes, o grau de criatividade é relativamente pequeno. No entanto, qualquer que seja o grau de criatividade, em ambos os casos a atividade do juiz é semelhante à do legislador, pois este também não é totalmente livre, vez que a sua liberdade é limitada pela constituição ou pelas decisões judiciais.

Nas lições de Sérgio de Andréa Ferreira (2000, p.102):

“É certo que o juiz não vai substituir ao legislador, ao administrador, no núcleo do poder discricionário. Mas não o estará fazendo se verificar que, diante de uma aparente legalidade extrínseca, na verdade esteja diante de uma grande injustiça, de um procedimento administrativo, desarrazoado, ilógico, contrário à técnica, à economicidade, à logicidade, que são os parâmetros do controle jurisdicional, neste campo específico da chamada legitimidade”.

Diante do exposto, tem-se que o poder discricionário do judiciário não é absoluto. Porém há situações em que o poder-dever do juiz é imprescindível para distinguir e demonstrar as hipóteses onde deverá ser usado este e não aquele.

Isso pois, conforme aponta Lustoza (2020), existe uma linha limítrofe entre a legitimidade constitucional e a ingerência indevida em decisões democráticas. E para ilustrar podemos observar as decisões de ordem técnica, em que a Administração Pública, antes de proferi-la, realizou estudos científicos através de pessoal especializado. Nestes momentos, o controle judicial deve ser feito com a maior responsabilidade e cautela possíveis, visando



resguardar as escolhas técnicas, até que se encontre provas contundentes de ilegalidade ou inconstitucionalidade, a fim de não cometer injustiças.

## 4.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No Brasil, uma das principais características do ativismo judicial é a utilização da chamada "interpretação constitucional" para ampliar o alcance dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Essa postura mais ativa dos juízes é muitas vezes justificada como uma resposta à inércia do legislativo em lidar com questões consideradas urgentes e relevantes para a sociedade, aparecendo como um dever de os juízes intervir e garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais, mesmo que isso signifique adoção de posições que vão além da letra da lei.

Num panorama geral, temos que embora a Constituição estabeleça a harmonia e independência entre os Poderes essa independência não é absoluta. Desse modo, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário devem trabalhar de forma conjunta para que o Estado possa funcionar adequadamente, porém, insta salientar que no neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário tem uma atuação mais proativa do que quando comparada a condição anterior do constitucionalismo.

Nesse viés, temos que o STF demonstrou, em alguns julgados, um ativismo judicial positivo, o legislador ordinário, no caso o Congresso Nacional, em algumas matérias por omissão, não legislou determinado direito em prol da sociedade.

Assim, com a denominação de Mutação Constitucional o STF, não considera o que diz o artigo 52, inciso X, da CF/88, que estabelece que compete privativamente ao Senado Federal, em caso de decisão de controle difuso de constitucionalidade, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Nesse viés, como o Senado tem abandonado essa função, o STF estabelece, no caso concreto, efeito *erga omnes*, num comportamento de ativismo judicial em benefício da sociedade.

No entanto, o ativismo judicial brasileiro também tem sido objeto de críticas e preocupações. Alguns argumentam que a atuação dos juízes tem se aproximado excessivamente do poder legislativo, uma vez que estão criando ou alterando normas jurídicas sem a autorização democrática. Alega-se que isso pode levar à concentração excessiva de poder nas mãos do judiciário e comprometer o equilíbrio entre os poderes, além de enfraquecer o papel do



legislativo, minando a representatividade democrática e a necessidade de debate público sobre as questões sociais mais importantes.

Outra crítica frequente é a falta de previsibilidade e segurança jurídica gerada pelo ativismo judicial. Decisões contraditórias, interpretações subjetivas e mudanças frequentes de entendimento por parte dos tribunais que podem gerar inquietações e dificuldades para a aplicação coerente e uniforme da lei.

Diante dessas controvérsias, o Supremo Tribunal Federal (STF), como guardião da Constituição, tem desempenhado um papel central no ativismo judicial brasileiro. Nessa seara, as decisões do STF têm sido frequentemente alvo de elogios e críticas, refletindo a polarização existente na sociedade e nas instituições jurídicas.

Essa atuação mais ativa do judiciário vem da necessidade de a atividade jurisdicional acompanhar as transformações e anseios sociais. Isso pode ser observado pois, no advento do Supremo Tribunal Federal, as primeiras decisões depois da Constituição de 1988, eram proferidas de acordo com o positivismo, sem cunho interpretativo por parte do tribunal, esse cenário perdurou por alguns anos. Com a mudança da composição da Corte Constitucional, as decisões passaram a ser embasadas na garantia aos direitos fundamentais, normatividade de princípios, transformação social do Poder Judiciário. Nessa análise pontual, extrai-se que o Supremo deixou de utilizar uma estrutura formalista literalista para adotar uma posição criativa da Constituição e das demais normas (ALVES, 2018).

## **4.2 O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS**

Contemporaneamente é perceptível o protagonismo evidenciado pelo Poder Judiciário Brasileiro, em especial o STF, no cenário jurídico, político e social nacional. Essa tendência é devida à criação de um imaginário generalizado no sentido de que a efetivação dos direitos elencados na Constituição se faz com a necessidade de respostas judiciais, ocorrendo a judicialização da política. Porém, a problemática maior não reside no protagonismo em si, face às questões políticas serem judicializadas, mas sim, como as questões judicializadas, ou não, são decididas. Nessa ótica, o cenário do ativismo judicial fez exsurgir a figura do julgador “criativo”, que ao não encontrar a resposta desejada no arcabouço legislativo positivado, decide





conforme a sua consciência, mesmo em dissonância com a integridade do Direito (NUNES, 2018).

Nesse sentido, verifica-se que a questão inerente ao ativismo se torna ainda mais evidente, de forma negativa, quando envolve questões políticas. Como exemplo disso, tem-se a perda do mandato por infidelidade partidária, que poderia ter sido solucionada pelo Poder Legislativo, neste caso ao atuar dessa forma o judiciário inegavelmente adentrou na esfera de atuação de outro Poder, basicamente o que o Supremo Tribunal realizou foi legislar criando causas para a perda do mandato além daquelas previstas na Constituição (RODRIGUES e BORGES, 2019).

Nesse campo observatório, faz-se mister diferenciar ativismo judicial e judicialização da política, visto que são instrumento diferentes, apesar de serem correlatas. A respeito da judicialização tem-se que essa é a solução de temas com grande repercussão social ou política através do Poder Judiciário, e não por parte do Executivo ou Congresso Nacional. Por outro lado, o ativismo judicial é a escolha comportamental do juiz ou tribunal em aceitar essa demanda e ditar as respostas, certas ou erradas, para as questões levantadas.

No ativismo jurídico, ocorre uma substituição dos juízos institucionais e democráticos por juízes com a função não apenas de julgar, mas sim de criar o direito. (LUIZ, 2013). Dessa forma, com base nos costumes e leis da sociedade em que o julgador está inserido, este faz a interpretação da norma e julga mediante o seu entendimento em cada caso concreto.

Já a judicialização significa que algumas questões de grande alcance político ou social estão sendo decididas por juízes e tribunais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, representadas pelo Poder Legislativo e o Poder Executivo, fortalecendo assim cada vez mais o Poder Judiciário.

Constantemente revela-se tarefa difícil distinguir entre ativismo e uma atuação política dos magistrados, o STF por exemplo já chegou a suspender a nomeação de Ministros, todavia compete privativamente ao Presidente da República a nomeação e exoneração, como se vê no Art.84, I da Constituição Federal.

Nesse viés, um caso que merece destaque é o inquérito policial das *fake news*. Neste, o Supremo Tribunal Federal instaurou um inquérito, tombado com o número 4.781, destinado a investigar a existência de notícias falsas, denúncias caluniosas, ameaças e roubos de publicação sem os devidos direitos autorais, infrações que podem configurar calúnia, difamação



e injúria contra os membros da Suprema Corte e seus familiares, tendo sido designado para presidi-lo o Ministro Alexandre de Moraes.

Desde a instauração, este inquérito ensejou diversos questionamento na esfera pública, tais como quanto à utilização do inquérito como ferramenta de perseguição política, dado o perfil e alinhamento ideológico dos investigados; quanto ao questionamento da competência do Supremo Tribunal Federal para sua instauração e condução; e quanto à constitucionalidade de medidas investigatórias adotadas pelo Ministro Alexandre de Moraes na condução do inquérito.

Tal interpretação afasta-se, assim, dos limites tradicionais da separação de poderes, reforçando o entendimento do direito interno de que uma visão de separação estrita deve dar lugar à noção de mistura parcial dos poderes.

Assim, esmiuçando as entrelinhas do respectivo Inquérito Fake News, vejamos:

Mais precisamente, em 14 de março de 2019, foi instaurado Inquérito pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, logo depois que o mesmo tomou conhecimento de ofensas do Procurador da República Diogo Castor de Mattos, integrante da Operação Lava Jato, ao judiciário.

Trata-se de abertura de inquérito, através da Portaria GP N.º 69/2019, referente ao chamado Inquérito das Fakes News, que apura ofensas, ataques e ameaças contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Com a instauração do citado procedimento, extrai-se alguns pontos que se pode contestar, senão vejamos.

Numa primeira análise, necessário se faz transcrever o art. 43 do RISTF (REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL).

*Art. 43. “Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente. § 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.”*

Num corte preambular, é possível refletir que, do ponto de vista da constitucionalidade, é questionável o teor do art. 43 do RISTF, utilizado para a instauração do inquérito, com o escopo que somente à Corte é cabível determinar a investigação sobre os crimes cometidos na



sede ou nas dependências do STF, pois se verifica a ausência da instituição independente da Procuradoria da República como órgão acusador, explico mais adiante.

Observem-se, ainda, que os crimes deveriam ser a rigor cometidos na sede do Supremo, o que não ocorreu, todavia, a interpretação dada pelo Presidente daquela Corte, foi no sentido de que houve o alcance da integridade daquele Tribunal, considerando que os crimes cometidos foram por meio de rede social abrangendo, dessa forma toda a sociedade e o Poder Judiciário que resguarda a Constituição e, em consequência, o Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido crítico, sobre o artigo transcrito, temos que não se concebe uma competência para se processar, acusar e julgar sob o comando do ofendido, no caso o próprio STF, concentrando todas as prerrogativas inerentes a Polícia Federal, o Ministério Público e o próprio Tribunal. Aquele que julga não deve investigar, menos ainda acusar, eis a premissa da isenção, sinônimo de independência. Nesse escopo, se assim o for não podemos vislumbrar a imparcialidade, elemento crucial no devido processo legal.

Ou seja, em linhas doutrinárias, constata-se que na perspectiva do devido processo penal constitucional, investigar, acusar, defender e julgar são encargos de funções distintas. É o sistema acusatório inato ao Estado de Direito democrático que a Constituição da República Federativa do Brasil acolhe, especialmente à luz do que dispõe o artigo 129, inciso I, bem como o artigo 144.

Nas democracias, há um sistema de justiça a ser preservado, incluindo-se a advocacia (pública e privada), as defensorias, o Ministério Público e o Judiciário, melhor dizendo, ou trocando em miúdos, cada macaco no seu galho.

Nesse condão, conforme o RISTF, em caso de desacato ao Tribunal ou aos seus Ministros, no exercício da função, o Presidente comunicará o fato ao Ministério Público, senão vejamos:

*“Art. 46. Sempre que tiver conhecimento de desobediência a ordem emanada do Tribunal ou de seus Ministros, no exercício da função, ou de desacato ao Tribunal ou a seus Ministros, o Presidente comunicará o fato ao órgão competente do Ministério Público, provendo-o dos elementos de que dispuser para a propositura da ação penal”.*

*“Art. 47. Decorrido o prazo de trinta dias, sem que tenha sido*



*instaurada a ação penal, o Presidente dará ciência ao Tribunal, em sessão secreta, para as providências que julgar necessárias”.*

Assim temos outro contexto legal, do próprio regimento, não foi observado, pois em uma interpretação simplória desse artigo, os fatos deveriam ser comunicados e remetidos ao Ministério Público, na pessoa do Procurador Geral da República para a propositura da ação penal.

Nessa linha de raciocínio, o que é possível esquadrihar, também, a respeito da competência do STF para originariamente processar e julgar é que a investigação não deve ocorrer naquela Corte, pois somente as pessoas com foro especial podem ser processadas no respectivo Tribunal. No entanto, o Ministro relator, informou que quando os suspeitos fossem localizados, os casos seriam remetidos às instâncias responsáveis por julgá-los. (<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/entenda-o-inquerito-do-supremo-contrafake-news-e-conheca-os-pontos-polemicosshtml>).

Vejamos o que diz o texto Constitucional:

*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) b) 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; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do*



*Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999) d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do "exequatur" às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) i) o "habeas-corpus", quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999) j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; 2 l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os*



*conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).*

Nesse condão, não se observa no dispositivo legal a competência do STF para processar e julgar o referido inquérito, em outras palavras, o respectivo Tribunal não pode ir além, necessário se faz uma interpretação e criação do direito com influentes de freios e contrapesos, pois caso contrário, fere-se todo o arcabouço da normativa constitucional.

Outro argumento que se observa, em desfavor da abertura do inquérito, se insere no fato de que o objeto da investigação é aberto e generalizado, cabendo ao relator investigar quaisquer fatos.

Mais um fator preponderante na argumentação crítica, remonta ao fato de que a escolha do Ministro, por delegação, do Presidente, não acolheu o Princípio do Juiz Natural, pois o mesmo escolheu aleatoriamente, o Ministro Alexandre de Moraes, sem a devida distribuição, como reza o art. 66 e seguintes do RISTF.

Vejamos o citado artigo.

*“Art. 66. A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 38, de 11 de fevereiro de 2010) § 1º O sistema informatizado de distribuição automática e aleatória de processos é público, e seus dados são acessíveis aos interessados. (Incluído pela Emenda Regimental n. 18, de 2 de agosto de 2006) § 2º Sorteado o Relator, ser-lhe-ão imediatamente conclusos os autos. (Incluído pela Emenda Regimental n. 18, de 2 de agosto de 2006)”.*



Dessa forma, com a análise deste enunciado e demais já sobescritos, verifica-se a falta de rigor técnico do procedimento instaurado. Com isso, não se pode afirmar que o STF não deveria ter o condão de observar e ponderar a respeito de uma possibilidade de risco ao próprio Poder Judiciário, por uma suposta ameaça a seus membros, aos Poderes instituídos, ao Estado de Direito e à democracia, não se trata disso, mas da preservação da formalização, processamento, rigor técnico do direito como tutela de interpretação e criação sem ferir o preceito fundamental da liberdade pessoal, que inclui a garantia do devido processo legal (CRFB, art. 5º, LIV), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), a legalidade (art. 5º, II) e a vedação a juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII). Isso sem adentrar na decisão pela qual o relator, Ministro Alexandre de Moraes, bloqueou as redes sociais de pessoas, considerada suspeitas, bem como a censura, posteriormente derrubada aos sites da revista *Crusoé* e o *Antagonismo*. (<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/entenda-o-inquerito-do-supremo-contra-fake-news-e-conheca-os-pontos-polemicoss.html>).

O que se aponta, em linhas gerais o STF, em geral, preservou o direito à livre manifestação com a possibilidade de direito de resposta, senão vejamos em seu voto na ADPF (ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, N. 572, EM DECORRÊNCIA DO REFERIDO INQUÉRITO, A QUAL FOI JULGADA IMPROCEDENTE):

*Sob o viés do reflexo de medidas incriminatórias na inibição do debate público (chilling effect), preservou-se o direito à livre manifestação (ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15.6.2011) e ratificou a prioridade prima facie da liberdade de expressão em relação a outros direitos no caso das biografias não autorizadas, afirmando que eventuais incorreções, nesse espectro, devem invocar a responsabilização e o direito de resposta (CRFB, art. 5º, V), não a censura (ADI 4815, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015). (<https://cdn.oantagonista.net/uploads/2020/06/ADPF-572-Edson-Fachin-vota-pela-continuidade-do-inquerito-das-fake-news.pdf>)*





De forma contrária a esse entendimento, o mesmo Tribunal se posicionou no caso do inquérito em análise, pois não foi entendido os atos como liberdade de expressão, bem como não foi requerido o direito de resposta, mas sim a instauração o inquérito.

Denota-se que temos claramente um viés de excesso na instauração do citado inquérito, pois a interpretação que se deu ao art. 43 do RISTF, disfarçada de função atípica e excepcional, induz a falta de coesão com as normativas e preceitos fundamentais internacionais e nacionais, abrindo-se precedentes para uma espécie de poderes implícitos concedidos ao STF, comprometendo o equilíbrio e estabilidade do Estado Democrático do Direito, com a harmonia dos três Poderes.

Com esse seguimento de raciocínio, não se pode aceitar o direito no excesso, pois para cada prescrição há uma dose do remédio, vez que, no exagero da dose, torna-se veneno. Ainda, parafraseando, o que se verifica em termos comparativos, no contexto da condução desse inquérito, tem-se um jogo de futebol, no qual um jogador possui a destreza de jogar a bola antes do meio de campo, recepcionar a bola no meio de campo, jogar na área, chutar para o gol, agarrar a bola como goleiro, arbitrar falta e ainda ir para a torcida.

Logo, respeitando às opiniões em contrário, diante de toda fundamentação acima descrita, chega-se nesse trabalho a conclusão de que houve excesso no poder criativo interpretativo do STF na condução do inquérito referido. Não que o citado Tribunal, repito, não tomasse as providências legais no sentido de assegurar a inviolabilidade do Poder Judiciário, no âmbito das prerrogativas de seus membros, com possibilidade de intervenção nesse poder, quebrando uma das vigas mestres do Estado Democrático de Direito, o que se questiona neste espaço é o processamento dos atos, assegurando um rigor técnico, formalista e necessário em sua aplicação para seguridade constitucional, o que não ocorreu.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Traçando essas linhas principais, pode-se afirmar que nem todas as situações estão previstas em lei, e às vezes é preciso que o magistrado se utilize de outras fontes do direito tais como: analogia, costumes, e princípios do direito para poder garantir direitos ao seu legítimo possuidor, portanto não basta só a aplicação nua e crua da lei para evitar o ativismo.

Embora haja nítida concordância de que o juiz, ao declarar a lei, de alguma forma a está interpretando, há que se reconhecer que o Poder Judiciário assume um papel muito mais



relevante do que uma mera prática hermenêutica. Os Juízes, no moderno constitucionalismo, assumem cada vez mais as funções de legisladores, mesmo porque precisam refinar o direito positivado alinhando ao caso concreto, abarcando e construindo o rejunte necessário das lacunas existentes no ordenamento jurídico.

Os limites do ativismo e também da atuação dos magistrados são aqueles estabelecidos na Constituição e nas leis, o que também inclui os princípios jurídicos, uma interpretação constitucional da legislação, à analogia, entre outros. Contudo, a margem deste limite é tênue, e quanto mais incerto for o terreno legal, melhor deverá ser a fundamentação do juiz em sua decisão, para não afundarmos no pântano da insegurança jurídica, o que levaria a várias decisões diferentes a respeito de um mesmo tema, tornando assim difícil a criação de jurisprudência e a pacificação dos entendimentos em um mesmo sentido, bem como a segurança jurídica.

Além disso, tem-se que com a atuação jurisdicional mais ativa, não há uma ofensa ao princípio da separação dos poderes. Haja vista o sistema de freios e contrapesos, elaborado por Montesquieu e aplicado no Estados até os dias atuais.

No Brasil, o ativismo tem sido uma característica marcante do Poder Judiciário nas últimas décadas, especialmente no Supremo Tribunal Federal (STF). Essa tendência se intensificou a partir dos anos 90, com o processo de redemocratização do país e a promulgação da Constituição Federal de 1988, que conferiu um papel amplo e garantista ao Judiciário.

Dessa forma, apesar das críticas, não há de se negar que o ativismo judicial é uma realidade do sistema de Direito Brasileiro, no qual a separação dos poderes está mitigada em relação de como este era aplicado anteriormente à Constituição Federal de 1988, de forma rígida e sem mistura entre os poderes.

A partir daí os julgadores brasileiros passaram a se posicionar com maior liberdade para aplicar o direito com base no entendimento do caso concreto, mitigando a existência de julgamentos estáticos, mesmo porque cada caso possui suas especificidades e merece ser analisado a partir dessas.

Porém, necessário se faz numa análise conclusiva compreender que o ativismo judicial, que alberga os juízes como legisladores, possui fronteiras intransponíveis, vez que nenhum sistema que abarca o estado democrático de direito, perdura sem freios.

Assim sendo, o poder de criatividade do juiz com o desenvolvimento social, cultural e econômico é medida esperada e necessária, mas essa criatividade deve ser respaldada no



equilíbrio, observando o bom senso, o bem comum, com decisões fundamentadas e desassociada do condão político, no intuito de construir uma sociedade livre com justiça.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Thabata Santana. **Juízes legisladores? A descriminalização do aborto e a jurisdição constitucional**. 2018. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13531>. Acesso em: 12 jul 2023.

BÍBLIA SAGRADA, (Juízes 21:25) e (Juízes 2:16).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). **RE. 627.189 – SP. Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. ADPF. Portaria GP nº 69 de 2019 (...). Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: min. Edson Fachin. Distrito Federal, 18 jun. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>. Acesso em: 13 jul 2023.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1999.

CARVALHO, Rodrigo de. **A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791. Acesso em: 11 jul. 2023.

CUNHA, José Ricardo. *et al.* **Possibilidades e limites da criatividade judicial: a relação entre Estado de Direito e argumentação jurídica razoável (e o problema do desconhecimento dos direitos humanos)**. Revista Brasileira de Direito Constitucional - Nº 6 - Jul./Dez - 2005. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/300>. Acesso em: 09 jul 2023.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **História do Direito: reflexões histórico-compreensivas sobre o fenômeno jurídico** [recurso eletrônico] - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. Disponível em: <https://acervo.uniarp.edu.br/wp-content/uploads/livros/Historia-do-Direito-reflexoes-historico-compreensivas-sobre-o-fenomeno-juridico.pdf>. Acesso em: 01 jul 2023.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.



FREITAS, Vladimir Passos. **O inquérito das fake news no STF e sua relação com o sistema de justiça.** Consultor Jurídico., nov.2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-27/inquerito-fake-news-stf-relacao-justica>. Acesso em: 28 jun. 2023.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada de Lênio Streck,** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Ativismo judicial: O Judiciário não pode se desviar de sua verdadeira finalidade.** Consultor Jurídico, jul 2020. Disponível em: [conjur.com.br/2020-jul-17/helton-kramer-existe-limite-ativismo-judicial](https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/helton-kramer-existe-limite-ativismo-judicial). Acesso em 12 jul 2023.

LUZ, Ariane Faverezani da. SUDBRACK, Hellen. *et al.* **Acesso à Justiça e os impasses na prestação jurisdicional sob o paradigma do ativismo judicial.** RJLB, Ano 7 (2021), nº 3. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/3/2021\\_03\\_0281\\_0307.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/3/2021_03_0281_0307.pdf). Acesso em: 11 jul 2023.

NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário.** José de Castro Nunes. Imprensa: Rio de Janeiro, Revista Forense, 1943.

NUNES, Leandro Lovato. **Artigo publicado.** <https://repositorio.ufsm.br/handle/1/2947>. Dez. 2018.

OLIVEIRA, Emerso Ademir Borges. **Ativismo Judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na evolução da democracia.** Curitiba: Juruá.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **A evolução da jurisdição e da independência da magistratura.** Consultor Jurídico, abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-03/othoniel-pinheiro-evolucao-independencia-magistratura>. Acesso em 12 jul 2023.

RODRIGUES, Vinicius Bastos. BORGES, Fábio Lasserre S. **Os limites do Ativismo Judicial no Estado Democrático de Direito.** Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/VIN%20C3%84DCIUS%20BASTOS%20RODRIGUES.pdf>. Acesso em: 30 jun 2023.

ROOSEVELT, Theodore, Presidente dos Estados Unidos da América, ao **Congresso Americano** em 08 de dezembro de 1908, 43 Cong. Rec., Part I, pág. 21)

<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/principio-da-separacao-de-poderes-na-corrente-tripartite/400382901>.

<http://www.gilmesquita.com/2005/11/um-ano-sem-mauro-cappelletti.html>.



<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/immanuel-kant.htm>

<https://filosofia.arcos.org.br/kelsen/>

<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes/144732862>

[https://www.pucsp.br/pos/cesima/schenberg/alunos/paulosergio/biografia.html#:~:text=Not%C3%A1vel%20fil%C3%B3sofo%20grego%20Arist%C3%B3teles%20\(384,circunst%C3%A2ncias%20favor%C3%A1veis%20](https://www.pucsp.br/pos/cesima/schenberg/alunos/paulosergio/biografia.html#:~:text=Not%C3%A1vel%20fil%C3%B3sofo%20grego%20Arist%C3%B3teles%20(384,circunst%C3%A2ncias%20favor%C3%A1veis%20)

[https://www.ebiografia.com/john\\_locke/](https://www.ebiografia.com/john_locke/)

<https://www.ebiografia.com/montesquieu/>