

**CENTRO UNIVERSITÁRIO "ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO" DE
PRESIDENTE PRUDENTE
CURSO DE DIREITO**

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO E O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS

Jonathan Spolaor Camargo

Presidente Prudente/SP

2021

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO E O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS

Jonathan Spolaor Camargo

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2021

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO E O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS

Trabalho de Monografia aprovado
como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em
Direito

Rodrigo Lemos Arteiro

Florestan Rodrigo do Prado

Matheus da Silva Sanches

Presidente Prudente/SP

2021

“Sonhe com aquilo que você quiser
Seja o que você quer ser,
Porque você possui apenas uma vida
E nela só se tem uma chance
De fazer aquilo que se quer.
Tenha felicidade para fazê-la doce,
Dificuldades para fazê-la forte,
Tristeza para fazê-la humana
E esperança suficiente para fazê-la feliz.”

(Clarice Lispector)

Dedico esta pesquisa aos meus pais, família e amigos. Obrigado por serem minha base e me ensinarem o que é viver o amor.

AGRADECIMENTOS

Devo iniciar essa parte íntima e carinhosa mencionando as duas pessoas mais importantes na minha vida: meu pai, Amâncio de Camargo Filho e minha mãe: Neusa Spolaor de Camargo. Obrigado por tudo o que fizeram, por cuidarem de mim, acreditarem em mim e me ensinarem os caminhos da fé. Sem vocês eu não seria quem sou hoje.

Ademais, tive o imenso privilégio de ser orientado pelo meu Professor Rodrigo Lemos Arteiro. Obrigado por lecionar e amar o que faz, isso com certeza transparece e inspira. Agradeço por ter sido o norte da presente pesquisa e, sem dúvidas, ficará marcado em minha memória.

Agradeço também a todos da minha família que estão ao meu lado, principalmente meus irmãos Patrícia e Marcos. Obrigado por estarem aqui.

Agradeço a todos os meus amigos que acompanharam -e irão acompanhar- minha jornada, em especial à Bruno, Kerollayne, Ana e Leonardo, vocês são muito importantes para mim.

Por fim, agradeço a Deus por ser meu maior companheiro, em momentos bons, de aflição e de alívio. Obrigado por ser meu Pai, para sempre.

RESUMO

O presente estudo, realizado pelo método de pesquisa dedutivo, tem como objeto a análise sobre o que o Poder Judiciário representa atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. Por um viés constitucional, a prerrogativa de controle judicial ao poder tem legitimado uma posição dominante na justiça. A metodologia, bem como a referenciação bibliográfica, possibilitam um debate acerca dos malefícios e benefícios dessa ascensão judicial, buscando explicar as argumentações e o contexto histórico e político de como isso se fez. Com enfoque ao princípio contramajoritário, o trabalho busca evidenciar um conflito acerca do inquérito nº 4781 do Supremo Tribunal Federal, explanando sobre o atual momento do direito, bem como sua relação com a política brasileira. Por entendimentos doutrinários e jurídicos, a pesquisa não apresenta extremismo ao opinar. É objetivo a exibição de ambos os lados referente ao tema, tanto dos defensores desse ativismo judicial quanto aos contrariadores. Somente assim, é que em conclusão, o trabalho traz um entendimento final, explorando as vertentes apresentadas e as consequências jurídicas e sociais do fenômeno discutido.

Palavras-chave: Contramajoritarismo. Poder Judiciário. Inquérito nº 4781. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The present study, carried out by the deductive research method, aims to analyze what the Judiciary Power currently represents in the Brazilian legal system. Due to a constitutional bias, the prerogative of judicial control over power has legitimized a dominant position in justice. The methodology, as well as the bibliographic referencing, allow a debate about the evils and benefits of this judicial rise, seeking to explain the arguments and the historical and political context of how this was done. With a focus on the countermajoritarian principle, the paper seeks to highlight a conflict about inquiry 4781 of the Supreme Federal Court, explaining the current moment of law, as well as its relationship with Brazilian Politics. Due to legal and doctrinal understandings, the research does not show extremism when expressing its opinion. The objective is to exhibit both sides regarding the theme, from the defenders of this judicial activism and from the opponents. Only in this way, in conclusion, the work brings a final understanding, exploring the aspects presented and the legal and social consequences of the phenomenon discussed.

Key-words: countermajoritarian principle, Judicial Power, Inquiry 4781, Judicial activism.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- ADI**- Ação Direta de Inconstitucionalidade;
- ADPF**- Ação Direta de Preceito Fundamental;
- ADO**- Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão;
- AI**- Ato Inconstitucional;
- AP**- Ação Penal;
- CNJ**- Controle Nacional de Justiça;
- CNTS**- Conselho Nacional de Trabalhadores da Saúde;
- CPP**- Código de Processo Penal;
- EC**- Emenda Constitucional;
- EUA**- Estados Unidos da América;
- MP**- Ministério Público;
- OAB**- Ordem dos Advogados do Brasil;
- PEC**- Proposta de Emenda Constitucional;
- STF**- Supremo Tribunal Federal;
- STJ**- Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E DAS PRERROGATIVAS DO PODER JUDICIÁRIO SOB A ÓTICA DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	11
2.1 Valoração dos Princípios	16
2.2 Supremo Tribunal Federal	18
2.21 Análise Histórica	18
2.22 O Controle Constitucional e o Princípio Contramajoritário	20
2.23 Paradigmas Sociais Relevantes	22
2.24 O Caso de <i>Central Park Five</i> e a Pressão Externa pela Justiça	24
3 ASCENSÃO JUDICIAL E SUA PROBLEMÁTICA	27
3.1 Estado Intervencionista	28
3.2 Controle Abstrato de Normas	29
3.3 Atividade Normativa Atípica do STF	32
3.4 Afronta aos Princípios da Legalidade, Juiz Natural e Livre Convencimento	35
3.5 Limitações do Poder Judiciário	37
3.51 Sistema Acusatório	40
3.52 Sistema Inquisitivo	41
4 INQUÉRITO POLICIAL	42
4.1 Instauração do Inquérito e suas Fases Principais	43
4.2 Características Gerais	45
4.3 Inquérito Investigativo Envolvendo Autoridades	47
4.31 Inquérito nº 4781: O Debate Doutrinário Acerca de sua Legalidade	47
4.32 Direito de Liberdade <i>versus</i> Direito de Defesa	52
4.33 Ação Direta de Preceito Fundamental nº 572	54
5 POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA: O ELO ENTRE DIREITO E POLÍTICA	56
5.1 Ação Penal nº 470 e Mudanças no Sistema Judiciário Brasileiro	59
6 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1 INTRODUÇÃO

A separação dos três poderes é o que garante o impedimento da soberania de um deles. Idealizada por Montesquieu para determinar o fim da hegemonia, esse conceito vem se modernizando em sua prática.

Ainda que existam limitações e prerrogativas de cada um dos poderes, há uma crescente judicialização do direito devido a necessidade que se tem de sua intervenção.

Falhas legislativas e executórias de normas e atos legitimam o Poder Judiciário a debatê-los. E ele, como julgador, tem o dever de exercer o controle de constitucionalidade. Mas até onde isso é viável?

O presente trabalho tem como objetivo o debate do papel do Poder Judiciário, inicialmente pelo contexto histórico até sua formação, e em seguida sua conquista de espaço e ascensão.

Por questões sociais diversas e a carência de justiça na aplicação dos direitos fundamentais, o ativismo judicial tomou proporções jamais vistas.

Por um lado, há pontos positivos quanto essa atuação, principalmente pelo princípio contramajoritário que o norteia. Princípio esse que garante a imparcialidade dos juízes e ministros em suas decisões, que se valem apenas do direito puro para serem concretizadas, sem se deixar levar por pressões externas ou clamor exacerbado.

Por outro lado, no entanto, põe em questão até onde se estende esse protagonismo e qual a problemática que essa proeminência traz.

O texto busca também levar o leitor a uma reflexão acerca da atualidade da justiça brasileira, tendo como objeto de estudo o inquérito nº 4781, conhecido popularmente como o 'inquérito das fake news' e sua enorme controvérsia dentro da esfera jurídica e política nacional.

Tendo como órgão de maior representatividade, o STF é tema amplamente trazido, versando sobre sua potencialização e decisões que infligiram no âmbito social e democrático brasileiro.

Por meio de entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e um estudo mais aprofundado em casos de sobreposição do Poder Judiciário, usou-se o raciocínio dedutivo para o desenvolvimento da pesquisa.

2 ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E DAS PRERROGATIVAS DO PODER JUDICIÁRIO SOB A ÓTICA DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ao se analisar a história jurídica e constitucional brasileira, notavelmente é possível se observar uma mudança significativa de um regime militar que perdurou até 1985, para a concreta instauração da democracia.

É importante salientar que o estudo constitucional é necessário de ser feito previamente à especificidade do estudo do Poder Judiciário -e, por consequência, seus princípios- pois é a origem de todo o sistema que vigora no ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988 é o grande marco de estudo do direito constitucional. É fato que para se entender propriamente como isso se deu, passaram-se três fases principais, como assim preconizado por Ribeiro (2017).

Em primeira fase, o direito constitucional precisava ser considerado separadamente dos outros direitos já conhecidos. Era preciso a exclusividade dele, seu lugar próprio.

Inspirado por entendimentos jurídicos Americanos e Europeus, no primeiro momento -conhecido como doutrina da efetividade- “o direito constitucional preocupava-se em se afirmar direito”. (RIBEIRO, 2017, p. 8). A ênfase se pautava na conquista de espaço.

Adiante, a segunda fase é marcada primordialmente pelo estudo mais aprofundado e, mais importante, qual o papel do Poder Judiciário como preconizador do controle desse direito.

O *judicial review* é abordado com veemência nessa fase, caracterizando a revisão judiciária perante normas ou atos postos em discussão.

Esse termo foi trazido ao ordenamento jurídico dos Estados Unidos, local de sua origem, no caso *Marbury versus Madison* em 1803, no qual o Juiz da Suprema Corte (John Marshall), usou do artigo VI, da Constituição Americana de 1787, para legitimar essa postura ativa do Poder Judiciário para o controle constitucional e perante os outros poderes.

De acordo com Tate e Vallinder (1995), a expansão do modelo americano de controle de constitucionalidade das leis e da conseqüente atuação política do Judiciário caracteriza-se como um fenômeno que se desenvolveu primeiramente nos EUA, o "berço da judicialização", mas que vem se alastrando para diversos outros países, naquilo que os autores aclamaram como *expansão global do Poder Judicial*. Assim, a primeira preocupação dos autores é com os fatores que impulsionaram a expansão do Poder Judicial, ou do "fenômeno de juízes estarem fazendo políticas públicas que anteriormente eram feitas, ou na opinião da maioria deveriam ser feitas, por membros do legislativo e executivo. (OLIVEIRA, 2005).

O estudo de caráter principiológico e teórico é o diferencial e o impulsionador que se precisava para o avanço do constitucionalismo brasileiro. Aqui, o papel dele é otimizado para um status elevado, caracterizado como o direito em qual todos os outros podem se apoiar.

Apesar do avanço, é o momento em que os primeiros desentendimentos doutrinários passam a acontecer. Um lado afirma que o Judiciário tem o direito de ser a autoridade final quanto ao controle de constitucionalidade, desde que baseado em entendimentos morais, com uma interpretação substancial da constituição.

[...] a Constituição deveria ser interpretada pelos juízes de forma substancial, trazendo para o direito considerações morais de todas as ordens, desde que calcadas na razão pública, em princípios da justiça e em uma argumentação política aceita pela coletividade. (RIBEIRO, 2017, p. 10).

Já a outra corrente, chamada de procedimentalista, tem a convicção que o Judiciário possui a mesma prerrogativa, porém menos ampla, de maneira procedimental.

Nesse entendimento, rejeita-se que qualquer decisão fosse tomada por interpretações de juízos morais. “O judiciário entraria apenas para garantir a proteção do processo de criação democrática do direito”. (CAMBI, 2011, p.282)

Aqui, o Judiciário, pelo fato de não ser eleito, não poderia exercer o controle das políticas públicas. Observa-se nessa corrente que os critérios de interpretação de uma norma não são os mesmos critérios de aplicação dela. Tem-se:

Os procedimentalistas separam os discursos de fundamentação dos de aplicação. Segundo esta dicotomia, desenvolvida por Klaus Gunther, os critérios utilizados para afirmar a validade de uma norma não coincidem com os utilizados para indicar a adequação de uma norma válida a uma determinada situação concreta. (CAMBI. 2011, p.281).

Apesar de uma convergência de ideias quanto a importância do papel da revisão judicial e do Judiciário, é fato que a maneira em como isso seria exercido se diverge.

Na terceira e atual fase, é interessante de se observar que existe uma possibilidade de reaproximação do direito para com as ciências políticas, sem que haja uma perda em sua essência. “Essa reaproximação vem lançando luzes e dúvidas a questões aparentemente já resolvidas no plano normativo, notadamente a supremacia judicial e a dificuldade contramajoritária” (RIBEIRO, 2017, p.11).

Isso ocorre, pois, o modo legalista de se fazer direito, ou seja, o entendimento pautado exclusivamente no que a lei diz, sofre críticas por seu positivismo exacerbado e desconsideração de fatores extrajurídicos.

Em mesmo sentido:

O direito constitucional precisa se reaproximar de leituras “positivas” ou descritivas normalmente associadas com a ciência política, com o objetivo de oferecer soluções para problemas que no plano normativo não encontram solução. (RIBEIRO, 2017, p.12)

O modelo atitudinal, trazido pelo autor, é o contraponto do modo legalista. Tal corrente consiste na ideia de que o processo decisório do juiz não sofre influência da lei, mas sim de suas próprias ideologias e valores.

Pode-se dizer que esse modelo traz uma antecipação de qual decisão será proferida de acordo com o histórico do julgador responsável pelo caso.

Isso vale também para os ministros indicados pelo Chefe do Executivo. Mesmo que a posição política deles não seja evidente em alguns assuntos, é previsível qual o posicionamento que podem tomar, visto que provavelmente compactuam com a de seu indicador.

No caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, o modelo demonstrou que conseguia prever mais de 70% dos votos dos seus membros, baseado nas respectivas ideologias. Dessa forma, torna-se incontestável a afirmação de que a ideologia e a vontade dos juízes são de fato vetores importantes, e virtualmente todas as análises descritivas levam esse componente em consideração. (RIBEIRO, 2017, p. 20).

Ademais, existe também outra vertente que é chamada de institucional estratégica. Essa acredita que as outras apresentadas até agora erram quando determinam que os juízes podem decidir sem influência ou imposição de outras instituições.

Nesse pensamento, toda decisão proferida por qualquer juiz advém de uma pressão interna dos próprios poderes. As vontades dos “demais atores políticos e constitucionais, como o presidente, o legislador, os grupos de interesse, a opinião pública[...]” (RIBEIRO, 2017, p.23), são reconhecidas e acabam limitando o poder decisório autônomo do Judiciário.

Essa fase é importante pois também lida com as questões do neoconstitucionalismo e neopositivismo, termos estudados pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro.

É uma nova maneira de se analisar o direito constitucional. Essa visão se pauta na força normativa da Constituição e o que a diferencia das demais normas, a colocando em uma posição superior.

Além disso, se pauta também na expansão da jurisdição constitucional, dando às Cortes o poder de entendimento de uma norma, juntamente a novos métodos de interpretação dessas, como a ponderação, uso de cláusulas gerais e os princípios como normas constitucionais.

Assim é entendido:

A constituição é o primeiro e principal elemento na interface entre política e direito. Cabe a ela transformar o poder constituinte originário - energia política em estado quase puro, emanada da soberania popular - em poder constituído, que são as instituições do Estado, sujeitas à legalidade jurídica, à rule of law. É a constituição que institui os Poderes do Estado, distribuindo-lhes competências diversas.

Já ao Poder Judiciário são reservadas atribuições tidas como fundamentalmente técnicas. Ao decidir a controvérsia -esse é o entendimento tradicional-, o juiz faz prevalecer, no caso concreto, a solução abstratamente prevista na lei. Desempenharia, assim, uma função técnica de conhecimento, de mera declaração de um resultado já previsto, e não uma atividade criativa, suscetível de influência política. Mesmo nos casos de controle de constitucionalidade em tese, - isto é, de discussão acerca da validade abstrata de uma lei -, o Judiciário estaria fazendo prevalecer a vontade superior da Constituição sobre a decisão política majoritária do Legislativo. (BARROSO, 2021, p. 57-58).

É por conta desse momento do direito que o Supremo Tribunal Federal conseguiu tomar algumas decisões que serão abordadas mais à frente.

Quanto ao neopositivismo, tem-se que ele é:

[...] consequência filosófica do neoconstitucionalismo, apresenta-se como uma nova forma de interpretação e de aplicação do direito. Parte das bases do positivismo jurídico, procurando mostrar uma outra forma de compreensão do fenômeno jurídico. (CAMBI, 2011, p. 84).

Suas características são muitas, sendo a superação do legalismo uma delas, como preconiza Eduardo Cambi (2011). O direito nessa fase se apoiaria apenas em sua disposição legal, porém ele dependeria exclusivamente na interpretação lógica dada pelos intérpretes da norma.

O juiz nesse entendimento seria visto apenas como '*la bouche de la loi*', a boca da lei. O motivo pela defesa do neopositivismo é a regulação mais concisa da atividade jurisdicional, a fim de evitar certas arbitrariedades.

A obtenção do conteúdo semântico do texto é tarefa da hermenêutica jurídica, baseada em três postulados metodológicos que refutam a metodologia dedutivo-positivista: a) a letra da lei ou da Constituição não dispensa a averiguação de seu conteúdo semântico; b) a norma não se identifica com o texto; c) o âmbito normativo da norma está relacionado com elementos de concretização relacionados com o problema dependente de decisão. (CAMBI, 2011, p. 87).

O juiz seria neutro, e o processo pelo qual a interpretação da lei passaria já é previamente determinado.

2.1 Valoração dos Princípios

Ademais, há de se exaltar a importância crucial que os princípios obtiveram no ordenamento nesse período. Ao contrário do modelo positivista anterior, o neopositivismo trata os valores do sistema jurídico como prioridade, não como uma função secundária.

São eles que permitem uma leitura moral e mais volátil do direito e é justamente por essa característica que a lei também é necessária para dar equilíbrio ao ordenamento.

Veja bem, regras são estáveis, diretas, objetivas. Uma interpretação apenas baseada no que está escrito pode acarretar injustiças, como já foi abordado. Porém, uma decisão que leva apenas em conta os

princípios que abrem margem a diferentes opiniões, também resultaria em uma insegurança jurídica.

O neoconstitucionalismo reclama uma nova teoria da norma, que possibilite a conjugação de regras e de princípios, bem como uma nova teoria da interpretação jurídica que não seja nem puramente mecanicista nem, tampouco, absolutamente discricionária [...]”. (CAMBI, 2011, p. 90).

Consoante à importância dos princípios como fundamentos legais, é trazido por Cambi (2011) um fato interessante que ocorreu na Corte Americana no caso *Romer versus Evans*, em 1996.

Em maio de 1992, um grupo de pessoas pertencentes à associação “*Colorado Family Values*”, se juntou no Estado do Colorado (EUA) para adicionar um artigo na Constituição do Estado.

Esse artigo proibia expressamente qualquer estatuto que protegesse relações afetivas de mesmo sexo e, por maioria de 53,4%, foi aprovado.

Passaram-se 7 meses até que em dezembro daquele ano, Richard Evans e outros interessados ingressaram com ação judicial a fim de barrar a legitimação e publicação de tal artigo.

O argumento utilizado por eles era de que essa proposta feria o princípio da “*equal protection clause*”, previsto na décima quarta Emenda dos Estados Unidos.

Essa cláusula adicionada à Constituição Americana trata dos direitos civis e humanitários que devem ser garantidos aos cidadãos, devido à relatos de ex escravos durante a guerra civil norte-americana.

A elite minoritária não poderia ou deveria ser atendida, já que seu clamor ia contra um princípio básico que, por si só, fez com que o Tribunal Estadual e a Suprema Corte declarassem tal artigo inconstitucional, legitimando, portanto, o uso de tais argumentações para o Poder Judiciário basear suas decisões.

2.2 Supremo Tribunal Federal

Como tem sido discutidas as atribuições do Poder Judiciário, é inviável que o estudo persiga sem antes dissertar a respeito do maior órgão de representatividade deste poder: o Supremo Tribunal Federal.

De início, é necessário um breve contexto histórico de sua origem e constante formação.

2.21 Análise Histórica

Como preconiza Monica Kornis, Eduardo Junqueira e Regina Hippolito, o Supremo Tribunal Federal tem ancestralidade na Casa da Suplicação do Brasil, que foi instituída por D. João VI logo após a chegada da família real portuguesa em 1808.

Mas foi apenas em 11 de outubro de 1890, pelo Decreto nº848, que o Órgão Federal STF foi criado. Na época, ele foi formalizado para substituir o até então órgão mais importante do governo: o Superior Tribunal de Justiça.

Atualmente, seu objetivo (ao menos teoricamente dizendo) é claro: atuar na defesa da Constituição Federal por meio de instrumentos devidamente explanados no artigo nº102, da Lei Maior.

O STF enfrentou diversas alterações com o passar dos anos e das situações políticas de cada período. Sua composição inicialmente era de 15 ministros, eles seriam os responsáveis pela defesa da ordem. Foi em 1931, com o Decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro que o número de ministros caiu para 11.

Alguns anos após, em 1934, foi mudado o nome de STF para Corte Suprema e por lei a numeração de ministros poderia aumentar até 16 membros. Na constituição de 1937 o nome anterior foi dado de volta ao órgão.

Em 1964, o 1º Ato Institucional vigorou e suspendeu a vitaliciedade dos ministros do STF, possibilitando as suas demissões (se assim fosse cabível) e garantindo suas aposentadorias transcorrido determinado tempo.

Passados quatro anos, em 1968, mais especificamente no 5º Ato Institucional (de 13 de dezembro), o direito de habeas corpus por crimes políticos que ofendessem a ordem pública foi proibido.

O AI-5 foi instaurado no período da ditadura militar, ele foi a base para que houvesse, em 1977, uma grande movimentação que reformulou as atribuições e o que se entendia pelo Supremo Tribunal Federal.

Ernesto Geisel, o Presidente da época, fechou temporariamente o Congresso Nacional e implantou uma série de medidas controversas, uma delas sendo a alteração da Constituição.

O Ato Institucional seguinte, nº6 de 1º de fevereiro de 1969, trouxe a cassação de três ministros da época, esses sendo: Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal, por apresentarem um entendimento político mais voltado à esquerda e contrariar o que o governo da época acreditava, evidenciando mais uma vez a fusão da política com o direito, como assim preconiza Ribeiro (2017).

Encerrado o período militar e a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, membros do STF participaram da criação de uma nova Carta Magna para retratar a nova realidade política brasileira.

A função de verificação de Lei Federal e o julgamento de crimes comuns de responsabilidade dos membros de tribunais dos Estados foi tirada das atribuições do STF e entregues à competência do Superior Tribunal de Justiça.

Em 2004 foi aprovada a PEC nº96, conhecida como PEC da reforma do Judiciário, que trazia a possibilidade de um controle externo da Constituição, este realizado pela CNJ e muito contrariado por alguns entendedores, além da criação de súmula vinculante ao STF.

Temas como ética, religião e ciência foram tópicos estudados e abrangidos pelo órgão. Com essas prerrogativas em mãos (o controle

constitucional e o julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade), foi que em 2008 ficou reconhecido o papel político que o poder judiciário estaria exercendo.

2.22 O Controle Constitucional e o Princípio Contramajoritário

Quando o tema abordado é a revisão judicial, existe uma amplitude de confrontos ideológicos, como já demonstrado.

Ora, se o judiciário tem a prerrogativa de controle constitucional, podendo inferir sobre uma norma ou ato a inconstitucionalidade que este representa, estaria esse poder se sobressaindo aos demais?

Como mencionado por Alexander M. Bickel:

A dificuldade raiz é que a revisão judicial é uma força contramajoritária em nosso sistema [...], Hamilton, na federalista número 78, negou que a revisão judicial implica na superioridade do poder judiciário sobre o poder legislativo. Negou, em outras palavras, que a revisão judicial constitui um controle por uma minoria não representativa de uma maioria eleita. (BICKEL. 1986, p.16, tradução livre).

A crítica está enraizada na questão do déficit democrático que o Poder Judiciário apresenta. Se estamos falando de decisões que podem afetar não só a esfera privada, mas também a pública, o razoável era ter a certeza que o povo teria uma voz ativa quanto ao resultado proferido.

Para tanto, não há como falar de revisão judicial sem trazer o princípio do contramajoritarismo. Esse princípio tem papel fundamental e único no poder judiciário. Inúmeros são os casos em que a não observância dele e a sede por justiça -mesmo sendo essa um *falsus sense*-, acarretaram danos consideráveis.

Contramajoritarismo é o princípio do Poder Judiciário de se opor ao que a maioria diz. É a autonomia de pensamento e liberdade de decisões sem levar em conta qualquer pressão externa.

Não é segredo que a Constituição, principalmente em seu artigo n° 5°, elenca os direitos fundamentais que, em tese, deveriam ser garantidos a todos os cidadãos brasileiros.

Ocorre que a prática de tais deliberações a certos grupos de pessoas se torna falha ou até mesmo inexistente. Como cita:

Ressalta-se, ainda, que o STF, já repelindo eventuais críticas de ativismo ou exacerbação da função jurisdicional, assume como obrigação a guarda, inclusiva da democracia; admitindo assim um papel declaradamente contramajoritário na defesa dos direitos fundamentais. (VELTEN. 2016, p. 58).

Por conta de falhas legislativas ou lacunas nas normas regentes, é válido reconhecer que o papel de garantidor da justiça deve ser realizado. O STF se proclama como o tutor de minorias não representadas no processo legislativo e, de certa forma, faz sentido.

Ademais, as maneiras pelas quais o Poder Judiciário exerce esse controle de constitucionalidade são variadas. Muitas são as formas que tal atuação é realizada, como por Mandados de Segurança, Mandados de Injunção e Ação popular.

Com isso, não há como negar a importância do judiciário na base jurídica. As decisões do Supremo que versem sobre eles mesmos também podem ser consideradas como contramajoritárias, mesmo que os beneficiem (afinal, o déficit democrático permite esse tipo de ideologia).

Mas esse não é o entendimento unânime dos estudiosos, muito pelo contrário. Existe uma corrente doutrinária que diz que os atos feitos pelo Judiciário somente seriam considerados contramajoritários se seguirem caminho oposto ao que está positivado no texto da lei.

Por exemplo, se o Poder Judiciário julgar sem interpretações divergentes, ou seguir o pensamento da maioria, ele não estaria sendo contramajoritário.

Ocorre que tal linha de raciocínio não faz sentido se olharmos para a grandiosidade que tais decisões representam, afinal a vontade e objetivo do Poder Judiciário é ser o protetor da Constituição e interpretador de seus dispositivos. Logo, a função contramajoritária está intrínseca no poder, não importando se o entendimento compactua -ou não- com o mais aceito.

2.23 Paradigmas Sociais Relevantes

Um exemplo recente para se entender melhor esse ativismo judicial exercido pelo STF foi a criminalização da homofobia em 2019, trazida para discussão pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, redigida pelo Ministro Celso de Mello.

Nela, foi reconhecida a omissão do Congresso Nacional quanto a proteção dos membros da comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transsexuais) e a falta de penalidade à atos agressivos preconceituosos, após inúmeras mortes e crimes de ódio reportados.

Agora esses sujeitos de direito possuem, ao menos, um respaldo legal de proteção, uma vez que qualquer violência se equipararia aos termos da Lei nº 7.716- Crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

É válido existir um órgão que interprete de maneira mais abrangente os termos da Lei Maior, afinal, a opinião da maioria muitas vezes não deve imperar.

Justificada pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, “a democracia não é a tirania do número nem a ditadura da opinião pública, a livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia”. (VELTEN, 2016, p.59)

Existe uma diferença de tratamento de certos indivíduos pois as condições em que alguns estão inseridos na sociedade é completamente diferente de outros. As oportunidades não são as mesmas, que dirá o entendimento de realidades diversas.

Igualdade não é o mesmo que equidade, como preceituado: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (NERY, 1999, p. 42).

Portanto, por um lado, é necessária a atuação do Judiciário na revisão de uma norma, pois o contramajoritarismo é a certeza de que a lei será interpretada “contra a maré” de um entendimento geral que pode, muitas vezes, desconsiderar as exceções.

No desempenho de sua jurisdição constitucional, o STF garantiu proteção a um grupo minoritário exposto a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica e política, vitimado pela intolerância, perseguição e discriminação. (FERREIRA, 2012, p. 17).

Ademais, vale mencionar nesse tópico social a questão do aborto motivado por anencefalia e os debates doutrinários a respeito do que seria considerado vida, bem como a posição do Supremo Tribunal Federal no assunto.

No ordenamento jurídico, “morte” é caracterizada com o encerramento da atividade cerebral. Logo, a questão é: Se a inexistência da atividade cerebral caracteriza automaticamente a inexistência de vida, já que não existem terminações nervosas cerebrais no feto anencefálico, seria esse aborto um crime?

Bom, é uma questão filosófica de se por o direito da mulher e o direito à vida em contraposição. O tema foi posto em discussão em 2004 pela ADPF nº 54 instaurada pelo Conselho Nacional de Trabalhadores da Saúde (CNTS), e relatada pelo Ministro Marco Aurélio Mello.

É curioso trazer o entendimento da Digníssima Ministra Carmem Lúcia que, em seu voto:

Afirma a impossibilidade de se negar à mulher o direito de fazer escolhas sobre sua gravidez, uma vez que, “[...] quem não é livre para conhecer e viver o seu limite, não o é para qualquer outra experiência. Quem não domina seu corpo não é senhor sobre qualquer direito, pelo que a escolha é da pessoa e não atribuição do Estado. (VELTEN. 2016, p.73).

Após o transcorrer de 8 (oito) anos, pelo entendimento subjetivo e empático, é que o aborto foi viabilizado em casos de anencefalia.

A falta de possibilidade em identificar o que o legislador quis dizer com a tipificação deste crime, faz com que o Judiciário tenha uma voz mais ativa. A falha legislativa e a “vulnerabilidade feminina que justificou o uso do argumento contramajoritário” (VELTEN, 2016, p.76).

Foi-se necessária a atuação do judiciário justamente para que os direitos sociais garantidos na própria Constituição Federal sejam exercidos na prática.

O Supremo Tribunal Federal acaba se tornando um representante daqueles que não se conformam com a decisão majoritária do que pode ser considerado correto ou incorreto.

2.24 O Caso de *Central Park Five* e a Pressão Externa pela Justiça

Ainda consoante ao aspecto social, é trazido o Princípio Constitucional da publicidade dos atos processuais, mais precisamente em seu artigo nº 5º, inciso LX da Carta Magna– “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (BRASIL, 1988).

Em tese, desde que respeitados os direitos alheios do acusado e o devido processo legal, é benéfico ter a garantia da transparência. Porém, há uma linha muito tênue entre a publicação de atos processuais e a exacerbada divulgação coercitiva.

A mídia detém um papel importante na divulgação de qualquer assunto que seja. Surge nos Estados Unidos a expressão '*Trial by media*' (julgamento pela mídia), que representa um período de comoção popular baseado naquilo que o público vê em veículos de informações.

Os juízes possuem como dever a imparcialidade e o uso do princípio contramajoritário para só então proferirem suas decisões, baseado no que for apresentado no caso.

Acontece que, às vezes, a pressão externa pode ser tanta que leva a uma inclinação, mesmo que inconsciente, para o lado de maior clamor.

“De fato, quando esse prejulgamento ocorre, estamos ante um juízo paralelo que pode afetar a imparcialidade do juiz e todo o direito ao devido processo legal” (SANGUINÉ, 2001, p. 268).

Um dos casos de maior envolvimento popular e midiático ficou conhecido como *Central Park Five*. Trata-se da condenação, em 1991, de 5 (cinco) jovens negros americanos que, por confissões falsas e arquitetadas, foram condenados a anos de cadeia por supostamente terem envolvimento em um crime de estupro, assalto e tentativa de homicídio à Trisha Meilli, uma corredora do referido parque.

Os exames de DNA que foram encontrados no corpo da vítima não batiam com nenhum dos garotos, mesmo assim deu-se o andamento da acusação.

Vários estudos foram realizados a fim de compreender a questão do racismo estrutural nos Estados Unidos e como garotos aleatórios, com provas infundadas, puderam ser retaliados de maneira tão vexatória.

Para exemplificar, em 1º de maio de 1989, na capa do tão conhecido jornal *The New York Times*, Donald Trump faz referência a esse caso e se posicionou em texto:

Eu quero odiar esses assassinos, e eu sempre irei. Não estou buscando entendê-los, procuro puni-los [...] não quero entender a raiva deles, quero que eles sintam medo. TRAGAM DE VOLTA A PENA DE MORTE! Tragam de volta a polícia!

A revolta era grande. O descontentamento e a avalanche de notícias enchiam os cidadãos de medo, insegurança e injustiça. Protestos e motins foram realizados em frente às audiências, clamando pela prisão –e morte– dos cinco.

Vale ressaltar que até aquele momento não existiam provas concretas, apenas especulações baseadas em confissões forçadas. Porém, quando se tem uma fúria desenfreada como essa, é difícil até para os mais sensatos dos juízes se manter totalmente imparcial.

A liberdade para se indignar com qualquer atrocidade cometida é válida. A população tem o direito de clamar por justiça. No entanto, a justiça representa a verdade em sua mais pura forma.

O que ocorreu *in casu* foi uma perseguição sem fundamentos. Esse oportunismo é o que precisa ser combatido. Os endereços dos acusados foram divulgados na mídia e a situação passou de conter um caráter judicial para se tornar algo pessoal em questão de dias.

Tem-se:

Precisamente, o que aconteceu durante as horas de interrogação policial foi uma questão de disputa pré julgamento e durante o julgamento. Os garotos e seus parentes clamavam que o interrogatório fora deveras coercitivo, alegando que os policiais agrediram os garotos, gritaram e os xingaram, chamaram-nos de mentirosos.

Vários garotos afirmaram que receberam a informação que estavam ali apenas para servirem de testemunhas, e que seriam liberados da custódia se eles confessassem. (DRIZIN; LEO, 2004, p. 896-897).

O caso foi solucionado apenas em 2002, quando Matias Reyes, prisioneiro em mesma penitenciária de um dos garotos condenados, confessou

o que havia feito. O DNA e as marcas na vítima confirmaram que ele, de fato, era o autor do delito.

Esse desfecho teve como indenização cerca de U\$40.000.000 (quarenta milhões de dólares) para os acusados, mudando a discussão e ampliando o debate sobre discriminação racial nos Estados Unidos.

Daí tem-se a enorme importância do princípio contramajortário dos juízes. Uma atrocidade desse tamanho não deveria ter acontecido, principalmente em um dos países em que a democracia é tão exaltada.

Qual seria o desfecho desse caso se os fatos e direitos argumentados no processo fossem o suficiente para a condenação ou livramento dos acusados? Se a pressão externa e o jogo midiático não tivessem guiado a uma opinião pré-formulada, o resultado poderia ter sido diferente. É esse o impasse trazido.

No entanto, após mostrada a validade e a relevância do contramajoritarismo no Poder Judiciário para a concreta instituição da justiça, há também de se reconhecer que existem dois lados deste instituto.

O ativismo judicial, ou seja, a atuação proativa do poder perante os outros, tem seus pontos positivos, mas possui também intensas críticas como será abordado.

3 ASCENSÃO JUDICIAL E SUA PROBLEMÁTICA

Existe um fenômeno jurídico que se chama pós-positivismo brasileiro. Tal corrente acredita que o direito não deve se pautar apenas no que está escrito na norma.

Obviamente existem situações que clamam por uma subjetividade, de maneira interpretativa e única a fim de garantir o justo. Todavia, em alguns casos, essa discricionariedade do judiciário pode sim ser um problema.

Como afirmado:

A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária [...] Isso porque é preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para “preencher” os espaços da “zona da penumbra” do modelo de regras. Não se pode esquecer, aqui, que a “zona da incerteza” [...] pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que, ad libitum, aumenta o espaço de incerteza e, em consequência, seu espaço de “discricionariedade. (STRECK. 2011, p. 39).

O autor evidencia que a lei, por ser falha, dá essa abertura para que o Poder Judiciário consiga impor uma decisão conforme a convicção pessoal de um juiz. A discricionariedade acaba se tornando a própria arbitrariedade.

3.1 Estado Intervencionista

Mas, além das falhas, é necessário de se mencionar outros fatores que contribuem para esse ativismo judicial exacerbado.

De um lado, tem-se os motivos estruturais de como a separação dos poderes é determinada, não sendo um problema apenas do ordenamento jurídico brasileiro, mas sim de como o corpo da divisão dos poderes é formado. De outro lado, temos as tendências e comportamentos nacionais que refletem a atual posição jurídica e democrática do Estado.

À luz do entendimento de Ramos (1993), o primeiro fator explicativo é o modelo de Estado Intervencionista que a Constituição Federal de 1988 prega.

Basicamente, a “extensa gama de direitos sociais, as atividades econômicas de responsabilidade estatal, o domínio econômico que pode sofrer intervenção do poder público, a tributação e o consumo de bens pelo estado [...]”, além de outros exemplos; não ajudam na ideia do liberalismo clássico, mas sim de um Estado burocrático, administrativo e forte.

Na teoria, o poder judiciário entraria sobre a mesma ordem dos outros poderes. Porém, por ser um poder mais abrangente, sofre a pressão popular de garantir todas as nuances que a própria constituição promete.

Dito isso, é trazido:

É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem "queimar" etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente. (RAMOS, 2010, p. 271).

O estado democrático-social difere do estado do liberalismo no tocante da atuação e intervenção pública. O resultado é um judiciário convicto de ideais autoritários que é legitimado -indiretamente- pela própria Lei Maior.

3.2 Controle Abstrato de Normas

Ademais, RAMOS (1993) traz mais um fator: a expansão do controle abstrato de normas.

Primeiramente, o controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico brasileiro, adotado pela Constituição Federal de 1988, é o misto ou híbrido. Ou seja, existe a modalidade concentrada que é monopólio do STF, e a modalidade difusa que pode ser exercida por qualquer tribunal ou juiz, não causando efeitos para terceiros alheios ao julgamento.

O controle difuso, por sua vez, surgiu no caso americano *Marbury versus Madison*, anteriormente mencionado. Pela decisão proferida no caso, foi consagrada a supremacia da Constituição e o poder e dever de juízes de segui-la a todo custo, se opondo radicalmente a qualquer norma ou ato que a contrarie. Foi a Lei nº 221/1894 que concretizou esse controle no Brasil.

Já a outra forma de controle, o concentrado, somente veio a ingressar no sistema constitucional brasileiro com a Emenda Constitucional n° 16/1965, criando o sistema híbrido atual.

Tal controle é também denominado de “controle incidental” pois é baseado no caso *in concreto*. Essa modalidade é ampla e prevista na Lei Maior em seu artigo n° 97 e 102, III, “a”, “b” e “c”.

O problema é que o Poder Judiciário ganha força para sua expansão se utilizando desse controle. Devido ao constante crescimento do poder legislativo e do ramo administrativo na justiça, ele encontra a legitimidade para tal.

Por entendimento:

Estamos, pois, em face de dois desenvolvimentos paralelos de grande alcance, cada um deles revelando os claros sintomas da profunda crise do nosso mundo contemporâneo. De um lado, existe o gigantismo do Poder Legislativo, chamado a intervir ou a ‘interferir’ em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade; de outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo. [...] a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais -tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas de gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo- não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador. (CAPELLETI, 1993, p. 134).

Portanto, com a liquidez e a imensa quantidade de novas interpretações de normas, o legislativo acaba se tornando extenso demais, amplo, requisitado exageradamente para abranger a demanda contínua da sociedade, de forma que enseja ao Poder Judiciário a possibilidade de intervenção.

Fato é que a ascensão do Judiciário pode ser considerada como uma moeda de duas faces:

Em reconhecimento que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade -ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha-, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. (CAPPELLETTI, 1993, p. 23).

Enquanto decisões progressistas e que garantem os direitos fundamentais estão sendo tomadas, é interessante observar o lado positivo desse ativismo. Porém, há de se considerar que o poder sem medidas a qualquer instituição ou órgão pode fazer com que seja criada uma hegemonia.

A parcial legitimidade de interpretação judicial não deve, jamais, ser confundida com a total liberdade do julgador.

É preocupante de se pensar que, mesmo com a separação dos três poderes, o Poder Judiciário tomou a frente de uma maneira que pode ser tida como uma aristocracia- governo de poucos (e esses poucos, não eleitos).

Ainda sobre a consideração de ser eleito ou não, para se fazer uma análise crítica, basta apenas comparar os poderes. Ora, o Executivo é um poder majoritário por excelência. Ele se originou assim. Ainda que as decisões competentes ao poder sejam contramajoritárias, essa argumentação de “não eleito” é incabível por ser uma inverdade.

Há quem entenda que o Judiciário, mesmo que decida de acordo com o que a maioria pense e pressione, seria contramajoritário, porque ele não estaria “acorrentado” a isso. Faria se assim considerasse melhor.

Para aprofundar no tópico, é necessário se falar sobre o ativismo judicial, que se caracteriza como sendo as decisões de juízes ou tribunais que extrapolam os limites estabelecidos pela Constituição.

O tema já apareceu:

[...] como um princípio no anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, em seu artigo 2º, i. Por certo, tal projeto de lei não foi ainda analisado pelo Congresso Nacional, mas a simples menção ao ativismo judicial como um princípio norteador do processo coletivo brasileiro já dá conta do estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina. (STRECK, Lenio. 2011, p. 51).

Konrad Hesse, notável jurista alemão, chama essa atuação protagonista do judiciário de rompimento constitucional, uma vez que as normas da Constituição, apesar de não serem materialmente modificadas, acabam por sofrer uma alteração na prática. É a alteração da interpretação do dispositivo.

Interessante trazer em pauta o posicionamento de João Otávio de Noronha, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que em 04/06/2020 expressou:

O Poder Executivo não ensina o Judiciário a julgar, o Judiciário não legisla e o Legislativo não governa. Nenhum poder diz ao outro o que fazer. É preciso respeitar a harmonia entre os poderes de acordo com os limites traçados na Constituição. (STJ, 2020).

O assunto é cada vez mais debatido doutrinariamente, e ainda não existe um consenso. Um exemplo recente da balbúrdia acerca do tema foi a soltura de um dos líderes do PCC, perante decisão do Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que houve uma interpretação extremamente literal do artigo nº 316 do Código Penal para embasar o veredito. Levando-se a crer que o positivismo extremo também pode resultar em uma sobreposição de poder.

Essa decisão repercutiu e reascendeu o debate sobre limitações judiciais e a questão da prisão após julgamento de segunda instância (PEC 199/2019).

Há de se perceber que existe uma necessidade inerente de clareza na formulação de uma norma, de fácil entendimento e aplicação, a fim de se evitar a judicialização do direito- ou, em alguns casos- da própria política.

3.3 Atividade Normativa Atípica do STF

Ainda sobre o Supremo Tribunal Federal, outro motivo que RAMOS (1993) usa para explicar o ativismo judicial é a atividade normativa atípica do STF, mais especificamente as súmulas vinculantes que são oriundas desse órgão.

Antes de adentrar às súmulas de caráter vinculante, é necessário mencionar seus antecedentes. As súmulas genéricas foram criadas bem antes das vinculantes. Foi no ano de 1963 que os ministros do Supremo Tribunal Federal (estes sendo Victor Nunes Leal, Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves) buscavam uma direção concentrada e a garantia da celeridade e simplificação do poder judiciário.

Até a data referida, não existia a obrigatoriedade de segui-las. Da mesma maneira que elas ajudavam no descongestionamento do poder, os tribunais que não quisessem usar o entendimento da Corte, estariam livres para julgar perante convicções próprias do caso apresentado.

Foi somente em 2004, na Emenda Constitucional nº45 (conhecida como a 'reforma do judiciário'), que as súmulas vinculantes foram trazidas ao ordenamento.

A razão pela formulação delas consistia na "eliminação de grave insegurança jurídica decorrente das controvérsias entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública e a redução da sobrecarga de trabalho" (RAMOS, 2010, p. 298).

É por meio de pressupostos formais e informais, como: a atuação de ofício ou por entidades, a votação de 2/3 dos membros do Tribunal e a clara controvérsia judiciária perante um tema (§1º do artigo nº 103-A da Constituição Federal), que se cria uma súmula vinculante.

Ora, a esse momento, o caráter das súmulas e sua natureza mudaram, são o norte da deliberação. Já que é dado esse poder de 'criação' de uma norma que coagia todo os órgãos do judiciário a segui-la, não seria essa uma forma de auxiliar em seu domínio, mesmo que indiretamente?

Bom, a natureza das súmulas é debatida. Uma corrente doutrinária afirma que ela possui natureza normativa e não apenas interpretativa do direito. Dando a entender que as súmulas possuem uma função paralela à legislação.

“Essa corrente justifica seu entendimento com esteio na jurisprudência enquanto fonte do direito, pois a súmula decorre diretamente dela, materializando a jurisprudência, sendo sua síntese” (GUTIERREZ, 2013).

O outro lado, por sua vez, enxerga nas súmulas uma natureza jurisdicional. Ou seja, essa visão admite que é necessário um entendimento pacificado e em conjunto das Cortes perante um tema.

Mesmo que não tenha caráter vinculante, a natureza dela não deixa de ser jurisdicional. É necessária que exista uma prévia convicção jurisprudencial.

Fato é que, com a chegada da EC 45/04, as súmulas vinculantes transcenderam a esfera do caso concreto. Não tendo como negar a sua influência no direito ou fugir de suas redações.

A crítica direcionada à essas súmulas é justamente essa obrigatoriedade do efeito vinculante. Vários juristas compreendem que se trata de uma clara afronta à tríplice dos poderes e buscam expor e justificar a sua inconstitucionalidade.

O exercício do controle de constitucionalidade pelo judiciário avança para patamares jamais vistos, em que a criação de uma nova norma com caráter vinculante estaria sendo admitida e priorizada no ordenamento jurídico.

Pelo entendimento de Luiz Flávio Gomes,

As súmulas vinculantes conflitam com o princípio da separação dos Poderes (art. 2º e art. 60, § 4º, inc. III), visto que o Judiciário não pode ditar regras gerais e abstratas, com validade universal (*non exemplis sed legibus judicatum est*), falta-lhe legitimação democrática para isso (GOMES, 1997, p. 127).

Em contrapartida, os defensores das súmulas vinculantes levam em conta a importância do Supremo Tribunal Federal na interpretação

constitucional. Se o STF é o órgão guardião da Lei Maior, então todo entendimento dele deve ser exposto, positivado e seguido por aqueles dependentes.

Como cita o Ministro Gilmar Mendes:

Ora, se ao Supremo Tribunal federal compete, privativamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais tribunais, em decorrência do efeito vinculante outorgado à sua decisão. [...] Mas não parece admissível que essa Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada. Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição. (STF, 2002, p. 17).

Obviamente tal prerrogativa do STF seria defendida por seus atuantes, porém a crítica é válida e pertinente. Tal atividade normativa atenta contra princípios constitucionais, sendo algo até contraditório vislumbrando a natureza do que querem proteger.

3.4 Afronta aos Princípios da Legalidade, Juiz Natural e Livre Convencimento

Por último, um outro motivo relevante a ser elencado para explicar e entender a ampliação do Poder Judiciário é a afronta aos seus princípios base.

Positivado no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, os juízes possuem a obrigação de seguir o que a lei, e somente ela, explana. Esse é o princípio da legalidade.

Em ligação ao tópico anterior, as súmulas vinculantes tornam o princípio da legalidade difundido no ordenamento, afinal, o que é perpetuado por elas também deve ser seguido.

Ora, a lei é o que já se conhece. As jurisprudências normalmente teriam um caráter coadjuvante na interpretação do juízo perante um tema, mas com o efeito vinculante, se tornam protagonistas.

Se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa senão em virtude da lei, como poderia uma decisão ser tomada baseada em uma interpretação?

Não obstante, tem-se que o princípio do juiz natural, juntamente com o livre convencimento, são dois dos mais valiosos pilares do Poder Judiciário. Essa independência e autonomia é o que caracteriza o papel de um julgador dentro de um processo.

Quanto ao livre convencimento do juiz, tem-se que o poder judiciário, por origem, garante a primazia do viés contramajoritário, a fim de satisfazer seu papel imparcial na justiça. É fato que o juiz detém de autonomia para criar as próprias convicções, desde que sejam devidamente justificadas, do contrário recorreria em uma situação de imposição judicial.

Como já visto anteriormente, as decisões não são medidas tomadas por um viés autoritário, mas sim explicativo e motivado.

Conforme é redação da Constituição Federal em seu artigo nº 93, inciso IX –trazido pela emenda de 2004, tem-se:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Ademais, tem-se *in verbis*:

Mais modernamente, foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quis quis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a

imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.
(DINAMARCO, 2009, p. 74)

A arbitrariedade estatal é impedida por meio desse princípio e as tais decisões seguem alguns requisitos impostos para garantir a valoração da norma, como aqueles elencados no artigo § 1º, do art. 489 do Código de Processo Penal.

In concluso, com a obrigatoriedade do uso das súmulas, não há como negar o afronte a tais princípios, uma vez que o juiz estaria acorrentado a tais deliberações, afetando o julgamento que poderia ser diverso do já estabelecido por elas.

3.5 Limitações do Poder Judiciário

Apesar da atual 'soberania' do Poder Judiciário e seu caráter contramajoritário, ainda existem mecanismos para a sua devida limitação.

Para início, tem-se um sistema que naturalmente ajuda na regulação de um poder ao outro, chamado sistema de freios e contrapesos (separação dos poderes), de origem norte americana.

Em contexto histórico, foi a partir do entendimento de Jonh Locke, em que separava quatro poderes, contando com o poder exercido pelo soberano, que Montesquieu trouxe o ideal separatista triplo que é conhecido e utilizado pelo ordenamento brasileiro.

No caso do Poder judiciário, é interessante mencionar também uma outra teoria, chamada de teoria dos diálogos institucionais, tendo como fundamento, primeiramente, a comunicação entre os poderes, a fim de que cheguem a um consenso antes de qualquer medida radical ser tomada.

Existem modos formais (advindos da própria constituição, como o impeachment de juízes), e informais (medidas criadas justamente para serem

um obstáculo no ativismo judicial) que servem como empecilhos para barrar a hegemonia.

A verdade é que o Judiciário é um poder dependente dos demais. As questões abordadas e julgadas por ele devem estar de acordo com a demanda apresentada, apenas.

O Judiciário não tem a força de execução de uma decisão proferida. Ele precisa da ajuda do Legislativo e do Executivo para ganhar a proporção coercitiva.

Como preceituado:

As Cortes não possuem instrumentos para executar as suas decisões, cujo cumprimento se dá de duas formas: voluntariamente por aqueles a quem a decisão é direcionada; ou, na ausência de cumprimento voluntário, com a ajuda do executivo e/ou legislativo, que controlam os recursos necessários para implementar coercitivamente essas decisões, respectivamente a força (política e exército) e o dinheiro (orçamento). (RIBEIRO. 2017, p. 32).

Além disso, o caso das emendas constitucionais é também outra forma de exercer uma 'superação legislativa' sobre o judiciário. No Brasil, para que uma emenda seja aplicada, é necessária a aprovação de três quintos dos parlamentares, após dois turnos de discussão, além do provimento do chefe do Executivo (Presidente da República).

Logo, o Judiciário, poder responsável pelo julgamento dessas normas, não teria um dizer até a promulgação da lei, caracterizando, portanto, um limite do qual ele não poderia ultrapassar.

Ademais, é válido trazer a Emenda nº 45 de 2004 que trouxe consigo o controle financeiro, administrativo e disciplinar do Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça.

Criada em 2004, porém só institucionalizada em 2005, a CNJ, apesar de recente, possui um papel fundamental no controle do poder autônomo do Judiciário.

Por própria definição, o CNJ é “uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.” (CNJ, 2019).

A sua missão é a fiscalização e garantia de transparência do Poder Judiciário. Ressalta, também, a previsão constitucional do órgão em seu artigo nº 103-B, §4º, bem como o procedimento legal para qualquer denúncia ao magistrado.

Como é redigido em texto, dentre outras atribuições:

Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;
III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

Afinal:

Em uma democracia, todo poder é representativo, o que significa que é transparente e deve prestar contas à sociedade. Nenhum poder pode estar fora do controle social, sob pena de se tornar um fim em si mesmo, prestando-se ao abuso e a distorções diversas (BARROSO, 2021, p. 59-60).

Apesar das limitações apresentadas, uma inconsistência que é essencial trazer ao estudo é a análise aprofundada do inquérito N° 4781 do STF, popularmente conhecido como “inquérito das Fake News” e a contradição em relação às limitações impostas ao Poder Judiciário. Tal tema será trazido mais adiante.

3.51 Sistema Acusatório

De início, tem-se que o sistema processual penal utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro é denominado de sistema penal acusatório.

Em conceito, esse sistema é caracterizado pela imparcialidade do juiz, que atuará como um espectador, preso às provas apresentadas no caso. Ele é o sistema que garante que há uma separação entre órgão julgador e órgão investigador. Tem-se o entendimento:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. (LOPES JUNIOR, 2017, p.163).

A Constituição Federal é um dos instrumentos que adotam esse sistema. As funções de acusar, defender e julgar deveriam ser exercidas por órgãos diversos, não apenas para manter o sistema democrático (de freios e contrapesos), como também para evitar e hiper-concentração de poderes.

O sistema visa a ampla defesa, o respeito ao contraditório e ao devido processo legal, tudo à luz da Constituição. Historicamente, advém de uma revolução dos sistemas penais no século XVIII com o Iluminismo.

A queda da aristocracia e a crescente ascensão popular nos tribunais deram origem a uma forma mais justa de se fazer justiça. Não mais pautada nos princípios inquisitórios que antes vigoravam.

Nota-se as suas características

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra. (NUCCI, 2016, p. 112).

De extrema diferença com o sistema inquisitivo.

3.52 Sistema Inquisitivo

Praticamente todo substituído pelo sistema acusatório, o inquisitivo perdurou majoritariamente por muito tempo. Um exemplo clássico para ajudar a entendê-lo é a época da ascensão da igreja católica.

No século XIII, idade média, foram criados os Tribunais da Inquisição ou de Santo Ofício, que basicamente se utilizavam de poderes absolutos para condenar, investigar e julgar práticas que eram consideradas como heresias.

Observa-se que

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu. (LOPES JUNIOR, 2017, p. 42).

Nele, não há de se falar em separação de poderes ou de funções. O julgador era o responsável por tudo e em segredo de justiça. Quanto menos participação popular, melhor. Era essa a mentalidade do sistema e por isso que não é válido de utilizá-lo atualmente, atenuando-se para os casos em que ele é

admitido, como em fase preliminar do inquérito policial, que será abordada mais adiante.

Vale, ainda, trazer que há um terceiro sistema processual penal que abrange os dois já mencionados, o sistema misto. Esse, considera tanto o inquisitivo quanto o acusatório, porém em momentos diferentes do processo.

De início, é adotado o inquisitivo, sendo então seguido pelo acusatório no decorrer da investigação e processamento.

A diferenciação trazida entre os sistemas é importante pois o inquérito Nº 4781 do STF é um tema ligado diretamente a isso, visto que demonstra uma contradição com o atual sistema vigente garantido pela Constituição Federal durante o processo, o acusatório.

4 INQUÉRITO POLICIAL

Antes de adentrar ao tópico, ressalta-se a importância de um breve estudo do que é o inquérito policial. Afinal, essa é a forma mais comumente utilizada do instrumento.

Ademais, é necessária uma prévia análise do que é entendido por sua natureza, objetivos, bem como sua legalidade, funções e legitimidades, a fim de posteriormente se fazer um contraponto com o inquérito extrapolicial das 'Fake News'.

O inquérito policial é um instrumento pré-republicano e foi criado no contexto do Código do Império de 1832. Na época, a figura que atualmente é o delegado era tida como o "inspetor de quarteirão".

Esse ato, um dos mais antigos do ordenamento, consiste em um procedimento administrativo de caráter inquisitorial que visa, sob a presidência do delegado de polícia, obter elementos sobre a autoria e materialidade dos crimes investigados.

Pode-se entender que existem duas finalidades principais para o inquérito, são elas: A finalidade penal, que consiste na colheita de informações para o Ministério Público formar sua opinião. E a finalidade cautelar, que se baseia na análise de um possível risco ao processo, ela se impõe em figuras como a prisão preventiva, medidas cautelares, interceptações telefônicas e afins.

4.1 Instauração do Inquérito e suas Fases Principais

Após salientado suas finalidades, chega-se à instauração do inquérito que pode se dar em três maneiras distintas.

A primeira delas consiste na *Notitia Criminis* espontânea, também chamada de cognição imediata. A informação sobre um fato criminoso chega até a autoridade policial por suas atividades cotidianas e rotineiras. Tal informação pode ser obtida em decorrência da própria função, boletim de ocorrência, denúncia anônima, entre outros.

Quanto ao exemplo da denúncia anônima, é entendido:

Proíbe-se que a denúncia anônima dê ensejo por si só do inquérito policial, mas é possível utilizá-la, desde que a autoridade proceda com cautela, colhendo outros elementos de prova para legitimamente dar início ao procedimento investigatório. Em que pese a Constituição Federal consagrar a livre manifestação de pensamento, vedando o anonimato (art. 5º, IV), certo é que a polícia deve acautelar-se diante da notícia anônima, e proceder às investigações com cuidado redobrado, porém não deixando de atuar. (TÁVORA, ALENCAR, 2013, p. 115).

Em seguida tem-se o caso da *Notitia Criminis* por provocação, também chamada de cognição mediata. Aqui, a informação sobre o fato criminoso é institucionalizada perante a polícia de maneira formal, por meio de um ato próprio. A polícia é ativada por um agente externo.

Dentro dessa modalidade, existem derivações. Quando é um terceiro que provoca a máquina estatal, tal provocação pode ser feita por diversos sujeitos.

A primeira forma ocorre quando o agente provocador é um particular, alguém de fora do sistema persecutório. Essa maneira segue uma série de requisitos previstos no artigo 5º, §1º, do Código de Processo Penal.

A outra forma é realizada por agentes internos, como juízes ou promotores do Ministério Público, nos crimes de ação penal pública. Nesse caso, para evitar uma arbitrariedade, a competência será designada a fim de garantir o devido processo legal e imparcial.

Há também a forma que só pode ser utilizada nos casos de ação penal pública incondicionada, chamada de delação.

Ademais, é trazido o instituto *delatio criminis* postulatória, sendo esse a instauração do inquérito baseado em crimes que orbitam na esfera da ação penal pública condicionada à representação. Somente a vítima poderá dar aceite ao procedimento.

Por fim, a modalidade restante se trata de ações públicas condicionadas específicas que dependem da autorização exclusiva do Ministro da Justiça, as chamadas requisições.

Continuando, tem-se a *Notitia Criminis* coercitiva. Essa se consagra quando o fato criminoso chega até a polícia com restrição de direitos, como nas situações de prisão em flagrante.

Referente às fases do Inquérito, é preceituado por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar que o inquérito policial é dividido em duas etapas. À luz de tal entendimento, tem-se a primeira delas, chamada de fase preliminar, consistindo na materialização do dever de punir do estado, é a fase preparatória para eventualmente interpor uma ação penal sobre suposto delito.

Já a segunda etapa é caracterizada pela devida instauração da ação penal pela Justiça Pública, essa fase é “submissa ao contraditório e à ampla defesa, [...] denominada de fase processual” (TÁVORA; ALENCAR 2013, p. 97).

4.2 Características Gerais

O inquérito policial é incorporado por nove características que explicam e definem a sua natureza. A primeira e mais importante delas é o caráter inquisitorial apresentado pelo instrumento.

Não existe o contraditório no inquérito, nem debate dialético processual ou ampla defesa. Ele é um núcleo unilateral por parte do delegado, o qual dispõe de total liberdade de escolha a quais informações são pertinentes para serem englobadas na investigação.

No inquérito não existe a imputação de fato criminoso nem acusação formal de um crime, somente a pontuação de provas que sejam lícitas. Com todo esse poder, o delegado fica obrigado a fundamentar todo ato por ele realizado, é um controle de legalidade exercido dentro do instrumento.

É válido, também, trazer a Lei nº 13.245/16 que alterou o artigo sétimo da OAB, ampliando os poderes do advogado dentro do inquérito policial, exercendo, portanto, uma maior influência. Um exemplo disso é a atual obrigatoriedade do advogado em comparecer ao interrogatório policial. Essa foi uma das maneiras encontradas para mitigar essa inquisitorialidade.

O inquérito é meramente informativo. Ele serve para gerar informações para o Ministério Público cumprir sua função acusatória. Ele tem uma grande finalidade, mas condenar não é uma delas.

Não obstante, a força probatória do inquérito é relativa. Significando que, por isso, os fatos, provas e tudo aquilo que possui viés acusatório seja repetido na presença do juiz e do advogado, obedecendo as regras da ampla defesa e do contraditório. Somente assim é que a força probatória se torna absoluta.

A quarta característica é a não obrigatoriedade da instauração do inquérito, ele é dispensável. Existem outras vias que podem servir de base para a ação penal. Ora, Ministério Público possui autonomia funcional, ou seja, se não

for necessária a formalização de um inquérito -em uma situação em que existam provas incontestáveis, por exemplo- não há motivos para tal instrumento.

Adiante, tem-se a discricionariedade do inquérito policial. Ato discricionário é aquele em que o agente possui uma margem de liberdade para tomar decisões dentro dos limites legais. Os atos internos do inquérito possuem previsão legal e deverão ser feitos, porém não existe uma sequência exata para isso, logo cabe ao delegado responsável pelo caso dirimir o que será realizado.

Lembrando que discricionariedade não é o mesmo de arbitrariedade, o delegado deve justificar seus atos e realizar todos os previstos nos dispositivos referentes.

“O rumo das diligências está a cargo do delegado, e os arts. 6º e 7º do CPP indicam as diligências que podem ou devem ser desenvolvidas por ele”. (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 103).

A próxima característica é marcada pela forma escrita que o inquérito deve apresentar. O artigo nº 9º do CPP elenca esse requisito, porém são admitidas outras provas anexas ao inquérito.

A sétima característica do inquérito diz respeito ao sigilo que este apresenta. O delegado, ao decretá-lo, instaura o sigilo de informação. Tudo obtido nessa fase permanece sob custódia do juiz e do delegado.

Logo em seguida, tem-se a oficialidade do inquérito, sendo o delegado de polícia a autoridade que presidirá o instrumento de acordo com o artigo 144, §4º, da Constituição Federal. Esse requisito é importante pois existem algumas espécies de inquéritos que poderão ser institucionalizadas por diferentes sujeitos, como será visto mais à frente.

Por fim, o inquérito policial é controlável judicialmente. Como já abordado, a todo momento existe uma visão do juiz sob aquele ato para que a investigação continue. Tal instrumento, uma vez que tramita no fórum, a responsabilidade fica incumbida ao juiz, e não ao delegado, já que a peça não se encontra mais na delegacia.

4.3 Inquérito Investigativo Envolvendo Autoridades

O artigo nº 4º, § único, do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de inquéritos não policiais serem instaurados. A propositura da ação criminal não recai apenas nas mãos da polícia, é possível tal poder persecutório ser exercido por autoridades administrativas que gozam de tal direito, como será visto.

As investigações que envolvam autoridades possuidoras do foro de prerrogativa de função apresentam o direito da não atuação do delegado de polícia. Ocorre que tais apurações de suposto delito tramitarão perante o Tribunal onde o investigado goza do privilégio.

A posição do STF quanto a essa questão é curiosa pois é tratada em dois sentidos, como assim preceituado:

[...] a primeira concluiu que, para instauração de inquérito policial contra parlamentar, não precisa que o delegado de polícia obtenha prévia autorização da Câmara dos Deputados, nem do Supremo Tribunal Federal, bastando submeter o inquérito, no prazo legal, ao STF, já que é perante este que eventual ação penal naquele baseada poderá ser processada e julgada; e a segunda, mais recente e que respalda nosso entendimento, reputou nulo o indiciamento de senador pelo delegado de polícia, ao fundamento de que a prerrogativa de foro tem por fito garantir o livre exercício da função do agente público e, para sua efetividade, a supervisão judicial constitucional pelo STF deve ser desempenhada durante toda a tramitação das investigações, sob pena de esvaziamento da ideia de prerrogativa. (TAVORA; ALENCAR, 2013, p. 101).

Nota-se, também, que o artigo 43, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, explana tal prerrogativa investigativa nas dependências da corte em quem possui o foro privilegiado. Essas são as condições para que o inquérito extrapolicial possa, de fato, ser instaurado.

4.31 Inquérito nº 4781: O Debate Doutrinário Acerca de sua Legalidade

Trazido pela portaria Nº 69 em 14 de março de 2019 e relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes, o ‘inquérito das fake news’ é um tema controverso de se abordar pois há uma polarização considerável entre dois lados.

Em um, tem-se o entendimento que é correta e necessária a forma como o inquérito foi instaurado. Em outro, acusa-se a ilegalidade constitucional e a inadmissibilidade de tal ato.

O conceito de ‘fake news’ foi trazido recentemente na grande mídia, principalmente no tocante às eleições presidenciais de 2018. Notícias falsas propagadas à e pela população a fim de coagir um pensamento em massa foi uma tática muito utilizada para um determinado objetivo.

Como o direito está em constante mudança, impulsionado também pelo movimento americano, o respectivo termo ensejou a necessidade de alguma proteção às vítimas dessas falácias.

Sendo assim, no conceito, o inquérito foi criado para garantir que a honra dos ministros do Supremo Tribunal Federal, tão como de suas respectivas famílias, não sejam alvo de ataques e notícias falsas. É o que diz a redação da portaria mencionada:

O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno, CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I); CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão, Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução. (STF, 2019).

A legitimidade encontrada para a instauração do inquérito foi o artigo nº 43 do regimento interno da Corte, como anteriormente citado, o qual *in verbis*:

“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.” (STF, 2020, p. 51).

Tendo isso em vista, primeiramente devo salientar que o termo ‘fake news’ pode ter sido usado erroneamente. Ora, não há no código penal qualquer crime que tipifique as notícias falsas, nem ao menos registro de alguém que tenha sido preso por elas.

O verdadeiro motivo do inquérito, e razão de tal instauração, é o combate a crimes que ofendam a honra dos interessados, tais como a injúria, difamação, calúnia, e possíveis ameaças, como é explícito:

O objeto deste inquérito, conforme despacho de 19 de março de 2019, é a investigação de notícias fraudulentas (fake news), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte. (STF, 2019).

A origem do inquérito é considerada controversa por se tratar de um possível afronte aos princípios constitucionais, como a própria separação de poderes e funções. Ocorre que a instauração do instrumento não poderia ter sido feita de ofício pelos ministros do Supremo Tribunal Federal nas condições apresentadas.

Sim, é fato que o parágrafo primeiro do mesmo artigo tem a redação “§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente” (STF, 1940). Porém, há de se considerar que os delitos investigados seriam direcionados ao próprio STF.

É óbvio, sendo ele sofredor de um ou vários ataques, o natural seria manter a imparcialidade e impedir que o órgão tivesse a prerrogativa de investigar e julgar algo do qual é vítima.

Outro fator importante é a total falta de participação do Ministério Público perante as investigações dos crimes. Historicamente, ele é autônomo e considerado como a representação do controle de todos os outros poderes. Logo, qual a razão por seu não envolvimento?

O responsável pela instauração da ação penal pública é o MP, ele é o que possui *dominus litis*. As investigações de fatos externos não são alcançadas pelo regimento interno do Tribunal, isso é de competência do Ministério Público e/ou da própria polícia judiciária.

Os ataques à imagem e honra de figuras públicas deveriam sim ser investigados, não há quem negue. São ilícitos que devem ser apurados independentemente do ofendido.

Porém, mesmo analisando o regimento interno do STF, fica claro que o artigo nº 43 não traria o fundamento necessário para legitimar a propositura do instrumento.

Ademais, é trazido a ADI 4693/BA que foi proposta pelo Procurador Geral da República, na qual o ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, concedeu medida liminar visando a inconstitucionalidade do artigo 378, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, o qual permitia ao arquivamento *ex officio* à inquéritos contra juízes sem o prévio pronunciamento do MP do Estado.

Tem-se parte da decisão jurisprudencial:

O dispositivo regimental impugnado inova em matéria processual penal, normatizando em sentido contrário ao previsto no artigo 129, I, da Constituição Federal, ao determinar que, havendo indício da prática de crime por parte de magistrado, uma vez encerrada a investigação ocorrida sob a direção de membro do Poder Judiciário e elaborado o relatório, o julgamento dos autos será realizado pelo Tribunal Pleno, sem qualquer prévia participação do titular da ação penal, ocasião em que poderão ocorrer duas hipóteses: (i) concluindo o Tribunal Pleno pela existência de crime em tese, dar-se-á a remessa dos autos ao

Ministério Público para o procedimento cabível; (ii) concluindo o Tribunal Pleno pela inconsistência da imputação, determinará com relação ao magistrado o arquivamento dos autos, dando ciência ao Procurador-Geral de Justiça e à autoridade que iniciou as investigações, para que esta, se for o caso, prossiga contra os demais indiciados.

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação e julgamento. A norma impugnada, como visto, estatui que, havendo indício de prática de crime por magistrado, concluídas as investigações, os autos sejam postos em julgamento no âmbito do Poder Judiciário, que poderá, se concluir pela inconsistência da imputação, determinar, desde logo, o arquivamento dos autos em relação ao Magistrado, independentemente de qualquer ciência, análise ou manifestação prévia do titular da ação penal pública – Ministério Público – nesse sentido. Em juízo de cognição sumária, tenho que o preceito em questão não condiz com o sistema acusatório, ao atribuir ao Tribunal de Justiça a formação da opinião delicti, afrontando a regra constitucional do art. 129, I, da Constituição Federal. Este é, inclusive, o pacífico entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao reconhecer que, em regra, em virtude da titularidade exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público, expressamente prevista no citado art. 129, I, da Constituição Federal, o ordenamento jurídico não possibilita o arquivamento ex officio de investigações criminais pela autoridade judicial (Inq 4.045 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 19/6/2017; HC 93.921 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 1/2/2017; RHC 120.379 ED, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/9/2016), como está previsto no regimento interno ora impugnado [...]

Diante de todo o exposto, nos termos dos artigos 10, §3º, da Lei no 9.868/99 e 21, V, do RISTF, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA, ad referendum do Plenário, DETERMINANDO A IMEDIATA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA do parágrafo único do art. 378 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia.” (STF, Min. Alexandre de Moraes, ADI 4693/BA MC, d. em 10.2017) (STF, MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.693 BAHIA, 2017).

Se o sistema acusatório é o adotado no ordenamento jurídico brasileiro, como bem-dito em jurisprudência supracitada, e tal sistema se pauta no ideal da separação de julgar e investigar, como pode haver uma contradição com o Inquérito nº 4781 em que o STF faria ambos os papéis?

O debate trata de uma possível arbitrariedade dos ministros, que, supostamente, poderiam ter agido em benefício próprio, desconsiderando os meios procedimentais legais de se trazer justiça.

Como exemplo, no dia 15 de abril de 2019, a redação da revista *Crusoé* foi surpreendida com uma decisão do Ministro Alexandre de Moraes para retirar imediatamente uma postagem controversa e polêmica que fora publicada, ficando conhecida como ‘amigo do amigo do meu pai’.

Tal postagem fazia alusão a um dos documentos da operação Lava Jato e tratava do empreiteiro Marcelo Ordebrecht sendo obrigado a responder quem seria o tal do ‘amigo do amigo do meu pai’ que constava em seus e-mails, futuramente revelando ser o Ministro Dias Toffoli, Presidente do STF.

Considerada de mau tom, o inquérito foi utilizado, no caso, para conseguir derrubar o que estaria afetando a honra dos ministros. Foi pedido a intimação pela Polícia Federal dos responsáveis por tal publicação para depoimento em até 72 horas contadas daquele momento.

A judicialização do direito e o ativismo judicial exercido pelo STF tem prerrogativas que podem vir a ser inconstitucionais, vistas com uma perspectiva absolutista.

A batalha jurídica se pauta no direito à liberdade de expressão versus medidas protetivas para garantir a proteção do Judiciário, mas a preocupação é se tais medidas poderiam remeter a uma possível censura.

4.32 Direito de Liberdade *versus* Direito de Defesa

Pela Constituição Federal de 88, um dos direitos fundamentais e defendidos é a liberdade de expressão. Tem-se em seu artigo nº 5º inciso IX- “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científico e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988).

O ato de expressar uma opinião é poderoso. Não há dúvidas disso. Desde Maquiavel, Hobbes e tantos outros autores que defendiam um ideal absolutista de governo, até os primórdios da evolução do direito e da dissolução do poder, o povo precisa ser ouvido para que uma mudança de fato possa acontecer.

Os direitos humanos evoluem conforme a necessidade para cada período histórico e local. Como é preconizado “[...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”. (BOBBIO, 1992, p. 19).

Em território brasileiro, as primeiras constituições explanavam sobre a liberdade de expressão, isso durou até a Lei Maior de 1937 ser outorgada e a era Getúlio Vargas começar a dar seus primeiros passos rumo à censura e ao retrocesso político e social.

A constituição polaca - como foi chamada- no período conhecido como Estado Novo (1937-1945), foi o estopim para a cassação dos direitos sociais que outrora foram concedidos ao povo brasileiro.

A limitação do acesso à informação e o controle direto com o que se era dito do governo da época traçavam um caminho perigoso de alienação e imposição. Contudo, ainda não era o ápice.

Foi em 1964 que o golpe militar ampliou algumas dessas medidas restritivas, como a Lei nº 5.250/1967, a Lei de Imprensa.

Pelo ordenamento jurídico da época, serviços midiáticos e qualquer informação veiculada deveriam, obrigatoriamente, serem analisados por uma censura prévia do próprio governo antes de ser liberado para o público.

O motivo por trás disso é óbvio. Porém, podia não ser tão claro assim para todos a importância crucial que as informações possuíam para moldar uma percepção da realidade.

Fato é que mídia e política sempre andaram juntas. O que é dito de um governo, ou melhor, o que chega aos ouvidos da população, é o que determinará majoritariamente um pensamento comum:

Mas é na vida política que a influência da televisão possui efeitos imensuráveis. O seu domínio nesta área é tão extraordinário que se fala até em antigo regime para referir-se ao regime político anterior à televisão e novo regime para aludir-se ao regime político conformado pela televisão.³⁰⁰ Assim, nas campanhas eleitorais, especialmente para os cargos públicos relevantes, a televisão é avaliada como instrumento fundamental de toda a estratégia eleitoral. Os candidatos simplesmente

consideram que a televisão faz a eleição.³⁰¹ Nos Estados Unidos a videopolítica atingiu o seu apogeu. Afirma-se que já a eleição presidencial de 1960, entre Nixon e Kennedy, foi decidida principalmente por causa da performance dos candidatos na televisão. O certo é que naquele país as eleições dependem tanto dos media que se chega a dizer que eles na realidade tomaram-se novos partidos políticos. (FARIAS, 2001, p. 129).

Com o fim do período militar e de sua constituição, a censura também se encerrou. Porém, o Decreto 4781 reacendeu a chama da discussão do que é considerado justo e condizente e o que é abuso de poder e censura.

O instrumento mencionado, por se tratar de uma 'caça' aos infratores que cometessem tais delitos, sendo essa realizada pelo próprio órgão-vítima dos ataques, causa uma incerteza se o direito à liberdade de expressão realmente foi seguido.

Tal dúvida foi abordado no voto do Presidente do Supremo Tribunal Federal na ADPF n°572, trazida logo adiante.

4.33 Ação Direta de Preceito Fundamental n° 572

A ação de descumprimento de preceito fundamental é um instrumento trazido pela Constituição Federal e normatizada em seu artigo 103, que visa revisar um ato que possivelmente atente contra um princípio ou valor constitucional.

O inquérito n° 4781 passou pela ADPF n° 572, para ter a constitucionalidade de tal ato discutida, a fim de que eventuais dúvidas sejam sanadas, com enfoque na portaria 69 do referido inquérito.

Por dez votos a um, o entendimento consolidado da Corte é a constitucionalidade do instrumento, visto que a propagação de ódio, ofensas e ameaças não estão abrangidas pelo entendimento constitucional do que é considerado liberdade de expressão. Legitimando, assim, a propositura do inquérito para defesa dos ministros e seus familiares.

O ministro Celso de Mello observou, em seu voto, que o STF tem a função extraordinária e atípica de apurar qualquer lesão real ou potencial a sua independência, e as regras do Regimento Interno do STF que fundamentaram a instauração do inquérito se qualificam como instrumento de proteção e defesa da ordem e da constitucionalidade. (STF, 2020).

O julgamento começou com o voto do Ministro Marco Aurélio, que defendeu a ideia de ultrapassagem por parte do STF nos limites da organização processual, ao conferir a eles a condição investigatória, sem a devida participação do Ministério público. Isso seria uma afronta ao sistema acusatório implementado no ordenamento jurídico brasileiro.

Celso de Mello, no entanto, foi a favor da procedência do inquérito, uma vez que a máquina de 'fake news' seria regida por organizações criminosas, dando ênfase em sua importância.

Por sua vez, o Presidente do Supremo, Dias Toffoli, foi claro em dizer em seu voto que não aceitaria as fake news como um fenômeno inevitável. Segundo ele, se permitirem isso, estariam permitindo que o discurso do ódio, violência e intolerância triunfasse.

Ele completa dizendo que a instauração do inquérito não é por vontade do Supremo, mas pela necessidade da não banalização de ataques a Corte, afirmando que não se trataria de uma afronta a liberdade de expressão:

O regime democrático pressupõe um ambiente de livre trânsito de ideias, no qual todos tenham direito à voz. A democracia somente se firma e progride em um ambiente em que diferentes convicções e visões de mundo possam ser expostas, defendidas e confrontadas umas com as outras, em um debate rico, plural e resolutivo. [...]

No entanto, a liberdade de expressão não respalda a alimentação do ódio, da intolerância e da desinformação. Essas situações representam o exercício abusivo desse direito.

[...] na livre manifestação do pensamento, é vedado o anonimato (art. 5º, IV, CF), o que, evidentemente, exclui a possibilidade utilização de perfis falsos e a utilização de robôs na disseminação de notícias fraudulentas.

As liberdades de expressão e de informação fidedigna são, portanto, complementares. Combater a desinformação é garantir o direito à informação, ao conhecimento, ao pensamento livre, dos quais depende o exercício pleno da liberdade de expressão. (BRASIL, ADPF nº 572, 2020, p.4).

O Ministro continua seu voto elencando algumas das várias ocasiões em que o tema 'liberdade de expressão e pensamento' foi tratado perante as instâncias do Supremo Tribunal Federal, evidenciando as consequências práticas de suas tomadas de decisões para, por fim, concluir sua tese em total procedência do inquérito, vez que não se trata de liberdade de expressão, e sim um ataque de ódio criminoso.

Em conclusão do tópico, é sabido que até o presente momento ninguém foi preso ou acusado pelas especificidades do Inquérito nº 4781, mas ainda é recente para afirmar se ocorrerá futuramente ou não algo do tipo.

5 POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA: O ELO ENTRE DIREITO E POLÍTICA

Primordialmente, é dito:

A separação entre direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (the rule of law) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão. (BARROSO, 2021, p.55).

É curioso de se estudar como a política possui sua primazia na vontade da maioria e, contrariamente, o Poder Judiciário, conhecido justamente por seguir um entendimento próprio, ter uma voz tão ativa no ramo.

Bom, como já referido no trabalho, é evidente o elo entre política e justiça. Desde o seu protagonismo na ordem jurídica, o Poder Judiciário tem encontrado facilidade em sua disseminação e dominância.

Ocorre que tal grandiosidade não se limita apenas à esfera do direito, ela ultrapassa as barreiras e acaba afetando também a esfera das ciências políticas.

Temas que originariamente não contariam com a atuação do Judiciário, são trazidos à sua apreciação por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

As ADINS – assim chamadas- compõe um papel muito importante nessa introdução do Judiciário ao ramo político. Esse é o controle de constitucionalidade concentrado sendo exercido em sua mais pura forma.

As leis criadas pelo Poder Legislativo ou exercidas pelo Executivo, são frutos de deliberações entre sujeitos eleitos pela população. Porém, é sabido que não se admite o império da opinião majoritária, resultando, então, em uma discussão de tal ato por meio da referida Ação.

Tais ações se tornaram o último recurso disponível da oposição para ter sua voz ouvida e tal medida reapreciada.

Um exemplo recente é a ADI nº 6363, proposta pelo partido Rede Sustentabilidade, na qual, ajuizada em 02 de abril de 2020, propunha a inconstitucionalidade de alguns artigos da Medida Provisória nº 936.

Essa medida provisória foi trazida no momento pandêmico para tentar equilibrar a situação trabalhista brasileira, tão como evitar o desemprego em massa, admitindo a possibilidade de acordos temporários entre os empregados e empregadores, referente a reduções de jornada e salário.

Uma liminar que concedia parcialmente a proposta da ADIN foi emitida, enfatizando a necessidade do consentimento dos sindicatos para os acordos propostos.

Porém, em decisão proferida em 17 de abril de 2020, tal liminar foi recusada e a medida se manteve.

Em julgamento por videoconferência concluído na sessão extraordinária desta sexta-feira (17), o Plenário negou referendo à liminar concedida no início do mês pelo ministro Ricardo Lewandowski e afastou a necessidade de aval dos sindicatos para o fechamento de tais acordos. (STF, 2020).

Ainda, consoante ao tema e pelo entendimento de Barroso (2021), tudo o que foi apresentado até então referente a esses lados positivos e negativos da expansão do Judiciário, pode se dar também pela diferenciação das espécies de judicialização do direito e da vida.

Veja bem, primeiramente, existe uma diferença do que é tido por ativismo judicial e o que se entende por judicialização, esses termos não se confundem nunca.

A judicialização é o direito de ter a sua voz ouvida perante o Poder Judiciário. É a garantia de que existe um caminho correto para a demanda ser apreciada, e que seja efetuada a ingressão em juízo.

Já o ativismo judicial é o modo proativo e expansivo da atuação do Judiciário, adentrando, portanto, em esferas que originariamente não eram de sua competência dispor sobre. Daí tem-se a diferença.

Não distante, é trazido também a contextualização da judicialização quantitativa e qualitativa, importante para entendermos qual a prerrogativa do princípio contramajoritário.

A primeira, quantitativa, refere-se a um contingente enorme de demandas que merecem a apreciação do Poder Judiciário. Por um lado, é crido que mais demandas significa mais pessoas conscientes e entendedoras de seus direitos, além de uma confiança na justiça brasileira.

Por outro lado, é preocupante de se pensar que “a judicialização pressupõe um litígio, um conflito, uma disputa que não pode ser solucionada amigavelmente, de maneira negociada ou administrativa”. (BARROSO, 2021, p. 23).

Já a segunda forma de judicialização, a qualitativa, diz respeito ao conteúdo das demandas. Muito se viu, inclusive já tratado na presente pesquisa, as áreas de atuação do Poder Judiciário e a sua ampla diversificação.

Isso ocorre pois desde temas simples, como uma mera indenização, a temas complexos, como um impeachment de um presidente, passaram pelas mãos dos tribunais, causando eventualmente seu caráter político.

Pelo entendimento de Werneck Vianna (1999), ilustre cientista social brasileiro, a motivação dessa politização da jurisdição se dá por dois motivos principais.

Um deles é pautado na luta de organizações sociais para que a tirania da maioria não fosse imposta, como os movimentos operários ocorridos de 1979 a 1987, os quais moldaram a redemocratização. Já o outro, considera a atuação de:

[...] novos instrumentos institucionais, colocados à disposição dos grupos de interesse e de diversos atores políticos, tais como partidos políticos, sindicatos e governadores, a partir da Constituição de 1988, que tiveram como consequência a transformação do Poder Judiciário em importante ator político, sendo chamado a arbitrar conflitos de ordem política e decisões tomadas pelo Executivo e Legislativo a respeito de políticas públicas (OLIVEIRA, 2003, p.8).

Isso se dá pela necessidade da existência do Poder Judiciário. O lado bom é que ele está aqui para isso, ou seja, tais questões terão um lar. O lado negativo é o entendimento da existência de falhas de outros órgãos que seriam competentes, naturalmente, para julgar.

5.1 Ação Penal nº470 e Mudanças no Sistema Judiciário Brasileiro

Em relação ao abordado, é trazido o julgamento da ação penal nº470, popularmente conhecida como Mensalão, a qual foi redigida pelo Ministro Joaquim Barbosa.

O mensalão, termo usado para se referir a “mensalidade”, foi um escândalo político e midiático que desmascarou um projeto corrupto de compra de votos no período de 2005. Tal esquema consistia em pagar uma quantia determinada a deputados para que esses votassem em favor de projetos de interesse do Poder Executivo.

Ocorre que os crimes de corrupção, os chamados ‘crimes de colarinho branco’, advém de uma cultura ancestral política brasileira. A corrupção no país não é tida em áreas isoladas ou pontuais, muito pelo contrário, se dá pela existência de um sistema preparado para isso e cúmplice de tais

violações, como o superfaturamento de obras públicas para desvios de verbas e outros esquemas muito bem arquitetados.

Pode-se dizer que tais delitos, muitas vezes, passaram impunes na justiça, por isso o Poder Judiciário é hoje, mais do que nunca, tão requisitado no combate à corrupção.

Quanto ao julgamento da AP nº470, tem-se:

O julgamento do denominado Escândalo do Mensalão teve início em 2 de agosto de 2012 e foi concluído em 13 de março de 2014, após quase 70 sessões plenárias. O Tribunal entendeu comprovada a existência de um esquema de compra de votos no Congresso Nacional, com recursos provenientes de desvios de dinheiro público e empréstimos fraudulentos.

Dos 38 réus cujas denúncias foram recebidas, 24 foram condenados, sendo que 20 deles à pena de prisão pelos crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, peculato, lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta de instituição financeira. A condenação de duas dezenas de empresários e políticos rompeu com o paradigma de impunidade que sempre vigorara em relação à criminalidade do colarinho branco, sobretudo quando associada ao universo político. (BARROSO, 2021, p. 28).

A citação do Mensalão foi um marco importante no que se entende pela revolta popular quanto aos delitos e a passividade histórica da justiça aos crimes de colarinho branco.

Foram condenadas mais de 20 pessoas, desde políticos, empresários, até servidores públicos. A partir daí, os tratamentos da justiça a esses crimes tiveram de passar por transformações consideráveis, a fim de se adequar a nova onda consciente tanto do povo, quanto do magistrado.

É honrável trazer também o exemplo da Operação Lava Jato, uma das maiores operações anticorrupção já realizadas em âmbito nacional e internacional.

Essa exposição de práticas políticas foi um evento polêmico que repercutiu em muitas esferas diferentes. “Em meados de 2017, já havia em torno de 140 condenações em primeiro grau de jurisdição” (BARROSO, 2021, p. 33).

Com isso, não é surpresa que ocorreram as mudanças legislativas, trazidas pela nova forma de se enxergar o papel do Poder Judiciário nessa luta:

Ao longo dos anos, lenta, mas progressivamente, também houve mudanças importantes na legislação, com foco na criminalidade do colarinho branco. Vejam-se, ilustrativamente: Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro (Lei nº7.492/86); Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/90); Agravamento da pena por Corrupção Ativa e Corrupção Passiva (Lei nº10.763/2003); Lei de Lavagem e Ocultação de Bens, Direitos e Valores (Lei nº9.613/2012). E, embora a possibilidade de colaboração premiada já existisse, de modo incipiente, desde a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) e tenha sido reforçada com a Lei da Lavagem referida acima, foi a Lei nº 12.850/2013 (“Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal”) que veio a detalhá-la melhor. Merece menção, ainda a chamada Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que permitiu a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas e o chamado acordo de leniência. Na mesma onda de combate à corrupção e à improbidade, sobreveio a Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, pela qual quem foi condenado por órgão colegiado por crimes graves não pode concorrer a cargos eletivos. Uma medida importante em favor da moralidade administrativa e da decência política.” (BARROSO, 2021, p. 34).

Ademais, para exemplificação, o STF tem tido um crescente envolvimento quanto ao julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Segundo a décima edição do anuário de justiça brasileira de 2016, o Supremo Tribunal Federal, em 2015, julgou 69 ações das quais declarou a procedência de tais pedidos em uma porcentagem de 71%.

A maioria das demandas foram propostas por governadores e os próprios tribunais de alguns Estados foram os responsáveis por levar certas ações para a instância superior.

Entre 1989 e o final de 2015, um total de 1.621 ações diretas foram submetidas ao controle de constitucionalidade exercido pelo STF. Desde que assumiu a presidência do tribunal, em agosto de 2014, o ministro Ricardo Lewandowski estabeleceu como uma de suas prioridades o julgamento definitivo do mérito de todas as ações diretas de inconstitucionalidade com liminares concedidas pelo Supremo. Das 69 normas julgadas em 2015, 48 delas foram editadas há mais de 15 anos. (CONJUR, 2016).

Fato é que essa aproximação de direito e ciências políticas se deu pela insuficiência da representação política para com o povo. “Os juízes e os tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instancias políticas tradicionais” (BARROSO, 2021, p. 112).

O autor faz um estudo que contraria o já apresentado até então sobre o Poder Judiciário, mas que é extremamente válido de ser apontado.

Veja bem, por mais que o Judiciário tenha o princípio contramajoritário (já abordado na pesquisa), a vontade da maioria, muitas vezes, também não é alcançada pelo Legislativo ou Executivo, órgãos com representantes eleitos.

O interesse político da população ficou defasado pela polarização e debate elitista. A política deixou de conversar com o povo e passou a ser discutida por uma parcela específica da população, seja da direita ou da esquerda.

Nos países em que o voto não é obrigatório, os índices de abstenção revelam o desinteresse geral. Em países de voto obrigatório, como o Brasil, um percentual muito baixo de eleitores é capaz de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Disfuncionalidade, corrupção, captura por interesses privados são temas globalmente associados à atividade política. E, não obstante isso, em qualquer Estado democrático, política é um gênero de primeira necessidade. Mas as insuficiências da democracia representativa, na quadra atual, são excessivamente óbvias para serem ignoradas. (BARROSO, 2021, p. 111).

A política atual encontra dificuldade para conversar com o público. A falta de esperança ainda é um obstáculo muito grande para garantir a confiança do povo no sistema político brasileiro, fazendo com que o Poder Judiciário acabe tomando as rédeas da situação.

Pode-se concluir que a falta de representatividade política legitima a representatividade do Poder Judiciário. Pela complexidade dos novos tempos, o pluralismo de ideais, a diversidade e as conversações sociais, o direito precisa acompanhar tais demandas, visto que o majoritário já não se mostra mais suficiente.

6 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, buscou-se elucidar as principais mudanças legislativas e costumeiras da utilização do Poder Judiciário. Pelo apresentado, pode-se concluir que é necessária e essencial sua atuação mais abrangente dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com o atual entendimento da justiça e do que a Constituição Federal representa.

O caráter igualitário e contramajoritário que o poder traz em suas decisões legitima a sua transcendência, principalmente no tocante da garantia e aplicação de direitos fundamentais.

No entanto, a pesquisa abrange também o lado negativo dessa ampliação do Poder Judiciário. Fato é que tal expansão se deu pela necessidade, e não pela disputa de poder de seus entes.

Porém, mesmo sendo pura tal judicialização, não há como negar os efeitos controversos de sua atuação.

A separação dos três poderes é o que garante a não hegemonia de um só. Todavia, o Poder Judiciário tem apresentado comportamentos que podem ser questionados quanto a sua legalidade e constitucionalidade, como o Inquérito nº 4781.

O que pode se tirar do trabalho é que o atual momento jurídico e político do Brasil se encontra em fase de mudança. Naturalmente, não foram criadas formas, procedimentos, nem mesmo órgãos, que possam ser responsáveis de julgar situações não cabíveis originariamente na esfera do Judiciário.

O viés político que tal poder apresenta é a prova da falta de preparo da própria justiça em lidar com tais impasses. A instabilidade do governo influencia diretamente a população a buscar algum tipo de base sólida, recaindo sobre o Poder Judiciário -sendo este o mais próximo do povo, mesmo que não eleito- a cumprir tal papel.

As limitações a sua intensa atuação devem sim ser encorajadas. Afinal, se trata de um sistema democrático, não impositivo.

Sem dúvidas, como é um tema recente, é necessário de mais debates em torno dele, para que se tenha claro e positivado quais as suas atribuições e proibições.

Com grande admiração e críticas severas, o Poder Judiciário tem desempenhado um papel deveras importante ao sistema brasileiro.

Por fim, os cidadãos merecem ter seus direitos resguardados. A opinião majoritária não deve imperar sobre todos, pois assim o justo não seria alcançado. A democracia é o nosso maior bem como nação e deverá sempre ser protegida.

O Poder Judiciário ajuda a garantir que a Constituição cumpra o que promete, não devendo, no entanto, ser inviabilizada medidas limitantes a sua área de abrangência, para se evitar um ativismo exacerbado que pode acarretar- hipocritamente- inconstitucionalidades ou opressões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm; Acesso em: 10 jun. de 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>; Acesso em: 15 jul. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/RegimentoInterno1970ConsolidadoAtualizado.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia**. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/regimento-interno>; Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta Preceito Fundamental nº 572**, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF572VotoDT.pdf>; Acesso em: 03 fev. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Preceito Fundamental nº 54**, 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/3085273/adpf-54-e-julgada-procedente-pelo-ministro-gilmar-mendes>; Acesso em: 02 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.693 BAHIA**, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4693MC.pdf>; Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>; Acesso em: 04 marc. 2021.

BRASIL, **Emenda Constitucional nº45**, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm; Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL, **Lei 13.245/16**, Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13245.htm; Acesso em: 18 fev. 2021.

BRASIL, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº6.363**, Distrito Federal, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6363.pdf>; Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL, **Medida Provisória nº936**, Distrito Federal, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm; Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Penal nº470**, Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130423-05.pdf; Acesso: 29 abril 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **STF mantém possibilidade de redução de salários por acordo individual em decorrência da pandemia**, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651&ori=1>, Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Presidente do STJ critica ativismo judicial e defende harmonia entre poderes nos limites da Constituição, 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Presidente-do-STJ-critica-ativismo-judicial-e-defende-harmonia-entre-poderes-nos-limites-da-Constituicao.aspx>; Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Plenário conclui julgamento sobre validade do inquérito sobre fake News e ataques ao STF**. Por dez votos a um, prevaleceu o entendimento de que a portaria da Presidência do STF que deu início às investigações é constitucional, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1>, Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Embargo de Declaração do Recurso Extraordinário 328.812-1 do Amazonas**, 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524429>; Acesso em: 28 maio 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**, 2º reimpressão. Belo Horizonte, Editora Fórum: conhecimento jurídico, 2021.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch, The Supreme Court at the Bar of Politics**. Bobbs Merrill Company. 1986.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1º ed. 12. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre, Metrópole, 1993.

CONJUR. **Sete em cada dez leis analisadas pelo STF são inconstitucionais**, 2016, redator: Robson Pereira. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-24/sete-cada-dez-leis-analisadas-stf-sao-inconstitucionais>; Acesso em: 22 maio 2021.

CNN. **Trump in 1989 Central Park Five interview: Maybe hate is what we need**. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2016/10/07/politics/trump-larry-king-central-park-five/index.html>. Acesso em: 22 out 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio C. de Araújo; GRINOVER, Ada P. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

DRIZIN/LEO. **The Problem Of False Confessions In The Post-DNA World**. 2004.

FARIAS, Edilsom. **Colisão de Direitos: a Honra, a Intimidade, a Vida privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Comunicação**. 2001.

FERREIRA, Renato Ângelo Salvador. **A importância do papel contramajoritário assumido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento**

da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. MPMG Jurídico, Belo Horizonte. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Súmulas vinculantes e independência judicial.** Revista Justitia, vol. 59, jan./mar. 1997, p. 127. Disponível em: <http://www.justitia.com.br/revistas/97w70w.pdf>. Acesso em: 13 janeiro 2021.

GUTIERREZ, emílio gutierrez sobrinho. **A súmula vinculante e sua inconstitucionalidade.** 2013.

KORNIS, Mônica; JUNQUEIRA, Eduardo; HIPPOLITO, Regina. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).** Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/supremo-tribunal-federal-stf>, acesso em: 15 abr. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** São Paulo: Saraiva, 2017.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** Rio de Janeiro. Forense, 2016.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. **Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização Política?** Rio de Janeiro, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Pedro José de Almeida. **A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento de prisão preventiva.** São Paulo: Método, 2001.

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso, Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 4. ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2011.

Superior Tribunal de Justiça, João Otávio de Noronha, **Presidente do STJ critica ativismo judicial e defende a harmonia entre os poderes nos limites da constituição**, 2020. Disponível em: <http://www.stj.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Presidente-do-STJ-critica-ativismo-judicial-e-defende-harmonia-entre-poderes-nos-limites-da-Constituicao>; Acesso: 27 out. 2020.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal de acordo com a Lei nº 12.760/2012 que aumenta o rigor da “Lei Seca”**. 8. ed. Mato Grosso: Editora jusPODIVM, 2013.

VELTEN, Paulo. **Identidade e Contramajoritarismo no STF. O Discurso a respeito da identidade e dos sujeitos de direito em disputa no Supremo Tribunal Federal**. Curitiba, Editora: Jaruá. 2016.

VIANNA, Luiz. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, Revan. 1999.