

## **O ATIVISMO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE A OMISSÃO E A INÉRCIA DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO**

**MOREIRA**, Paulo Bittencourt,  
**OLIVEIRA**, Lucas Paulo Orlando de

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar o fenômeno do ativismo judicial no Brasil e sua relação com a efetivação dos direitos fundamentais e sociais frente à omissão dos Poderes Legislativo e Executivo. Inserido no campo do Direito Constitucional, o estudo busca compreender até que ponto o Poder Judiciário pode exercer uma atuação proativa sem comprometer o princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Para tanto, adota-se uma abordagem qualitativa, estruturada como ensaio teórico, com base em revisão bibliográfica de doutrina, jurisprudência e precedentes paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal (STF), como a ADPF 54, a ADI 4277 e a ADO 26. Parte-se da constatação de que, diante da reiterada inércia legislativa e administrativa, o Judiciário tem assumido papel central na concretização de direitos, funcionando como garantidor da dignidade da pessoa humana. Contudo, a atuação judicial ativista também levanta críticas quanto à legitimidade democrática, à insegurança jurídica e ao risco de hipertrofia institucional do Judiciário. A análise revela que, embora o ativismo possa trazer soluções imediatas para demandas sociais urgentes, sua prática continuada e desmedida representa ameaça à estabilidade do sistema republicano e à harmonia entre os poderes. Conclui-se que o ativismo judicial deve ser exercido com moderação, racionalidade e compromisso com os limites constitucionais, evitando que decisões judiciais substituam o espaço legítimo do debate político. Assim, o Judiciário deve manter-se firme na proteção da Constituição, mas sem extrapolar suas funções, preservando a integridade do Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** ativismo judicial, direito constitucional, separação dos três poderes.

## **JUDICIAL ACTIVISM AND ITS RELATIONSHIP WITH THE GUARANTEE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE FACE OF THE OMISSION AND INERTIA OF THE LEGISLATIVE AND EXECUTIVE POWERS**

**ABSTRACT:** This paper aims to analyze the phenomenon of judicial activism in Brazil and its relationship with the enforcement of fundamental and social rights in the face of the omission of the Legislative and Executive Branches. Within the field of Constitutional Law, the study seeks to understand to what extent the Judiciary Branch can exercise a proactive role without compromising the principle of separation of powers, provided for in Article 2 of the 1988 Federal Constitution. To this end, a qualitative approach is adopted, structured as a theoretical essay, based on a bibliographic review of doctrine, jurisprudence and paradigmatic precedents of the Federal Supreme Court (STF), such as ADPF 54, ADI 4277 and ADO 26. It starts from the observation that, in the face of repeated legislative and administrative inertia, the Judiciary Branch has assumed a central role in the realization of rights, acting as a guarantor of human dignity. However, activist judicial action also raises criticisms regarding democratic legitimacy, legal uncertainty and the risk of institutional hypertrophy of the Judiciary. The analysis reveals that, although activism can bring immediate solutions to urgent social demands, its continued and excessive practice represents a threat to the stability of the republican system and to the harmony between the branches of government. It is concluded that judicial activism must be exercised with moderation, rationality and commitment to constitutional limits, preventing judicial decisions from replacing the legitimate space for political debate. Thus, the Judiciary must remain firm in protecting the Constitution, but without overstepping its functions, preserving the integrity of the Democratic State of Law.

**KEYWORDS:** judicial activism, constitutional law, separation of powers.

1

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário FAG. e-mail: cemartini1@minha.fag.edu.br

<sup>2</sup> Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário FAG. e-mail: lucasoliveira@fag.edu.br

## 1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o Poder Judiciário brasileiro passou a ocupar um espaço de crescente protagonismo no cenário institucional, assumindo funções antes reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo. Esse fenômeno, denominado ativismo judicial, tem gerado intensos debates na doutrina constitucional, especialmente no que diz respeito aos seus limites e à sua legitimidade em um Estado Democrático de Direito. A atuação mais incisiva do Judiciário se destaca, sobretudo, em contextos nos quais os demais poderes permanecem omissos ou inertes diante de demandas sociais urgentes e da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

O problema que se impõe, portanto, é: como o ativismo judicial pode ser equilibrado e utilizado como instrumento de concretização dos direitos fundamentais e sociais, sem comprometer o princípio da separação dos três poderes? Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo principal analisar a expansão do ativismo judicial e sua repercussão na garantia dos direitos fundamentais frente à omissão do Poder Legislativo e do Poder Executivo, refletindo sobre os limites constitucionais dessa atuação. Os objetivos específicos abrangem a investigar como o ativismo pode afetar e interferir no princípio dos três poderes, identificar as consequências e impactos, tanto positivas quanto negativas do ativismo, e analisar decisões recente e relevante em que houve a aplicabilidade do ativismo judicial.

Este estudo se baseia em uma hipótese principal e uma subsidiária, sendo a principal onde se sugere que ativismo judicial se faz necessário para assegurar os direitos fundamentais e sociais, em especial nos casos em que há omissão e inércia do poder Legislativo e Executivo, deixando a população desamparada. Sob essa ótica, o ativismo seria uma ferramenta para preencher essas lacunas normativas e assegurar a efetividade dos direitos previstos na Constituição Federal. Já por outro lado, o ativismo judicial poderia gerar certa instabilidade jurídica e comprometer o princípio da separação dos poderes, impactando negativamente a ordem constitucional e a estabilidade institucional, além de criar conflitos entre os poderes. Nessa perspectiva, o judiciário acabaria por assumir decisões políticas, minaria a legitimidade democrática e se tornaria protagonista excessivo.

A escolha do tema justifica-se pela atualidade e relevância do debate acerca do papel do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais em um contexto de ineficiência legislativa e administrativa. Situações em que o Judiciário atua de forma mais ampla para garantir direitos fundamentais mostram-se cada vez mais frequentes, e é essencial

compreender até, que ponto, essa atuação fortalece ou compromete os pilares da democracia e da legalidade.

Para isso, adotar-se-á uma abordagem qualitativa, por meio de um ensaio teórico com base em pesquisa bibliográfica, apoiada em doutrinas, legislações e precedentes judiciais que tratam do tema. A análise será feita à luz do princípio da separação dos poderes, com destaque para casos paradigmáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que ilustram tanto os aspectos positivos quanto os riscos do ativismo judicial.

A estrutura do trabalho está organizada da seguinte forma: inicialmente, apresenta-se o conceito e os fundamentos do ativismo judicial, relacionando-o com o princípio da separação dos poderes. Em seguida, examina-se o papel do Supremo Tribunal Federal nesse contexto e analisa-se o impacto e as consequências dessa prática para a ordem jurídica e democrática. Por fim, são tecidas considerações críticas sobre os limites e a legitimidade do ativismo judicial, com vistas à construção de um Judiciário atuante, porém harmônico com os demais poderes do Estado.

## **2 ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS TRÊS PODERES**

O princípio da separação de poderes está previsto na Constituição Federal de 1988, a qual dispõe em seu artigo 2º que: "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, Executivo e Judiciário." (Brasil, 1988, p. 01)

Quando o Poder Judiciário ultrapassa os limites de sua função constitucional e passa a intervir nas atribuições típicas dos demais poderes, extrapolando o que está formalmente previsto em lei, sua atuação pode ser interpretada como uma distorção do arranjo institucional consagrado no Estado Democrático de Direito. (Mello, 2017, p. 174)

A expressão "ativismo judicial" tem sua origem atribuída ao jornalista Arthur Schlesinger Jr., que, em uma matéria publicada em janeiro de 1947 na revista norte-americana *Fortune*, fez uma análise informativa do perfil jurídico dos juízes da Suprema Corte norte-americana. Ele os dividiu em dois grupos: os ativistas e os não ativistas, considerando o conteúdo de suas decisões em prol do bem-estar social ou da autocontenção do Judiciário (Madeira; Amorim, 2013).

O termo ganhou destaque no campo jurídico norte-americano e em outros ordenamentos jurídicos, sendo interpretado de duas maneiras: como uma atividade positiva de expansão do Judiciário, dentro de certos limites, ou negativamente, como uma atuação fora dos parâmetros tradicionais da jurisdição. Portanto, o ativismo judicial não é um

instituto jurídico formal, mas um fenômeno observado na realidade a partir de determinadas posturas expansivas da atuação judicial. (Mello, 2017, p. 173)

Devido à sua origem não propriamente jurídica e à variação de percepções sobre o ativismo judicial ao longo do tempo e em diferentes contextos, sua conceituação jurídica não é tarefa simples. Em geral, a doutrina apresenta o ativismo como o exercício, pelo Judiciário, de atribuições típicas dos outros poderes. Essa definição, no entanto, não abrange toda a extensão do fenômeno (Mello, 2017, p. 174).

Silva Ramos (2015, p. 111) define o ativismo judicial como:

Exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, incumbindo, institucionalmente, ao Poder Judiciário resolver litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Não se pode qualificar o ativismo judicial positivamente como se englobasse toda a atividade proativa do Judiciário em favor da aplicação dos princípios e direitos fundamentais da Constituição. Essa atuação judicial benéfica deve resultar do regular exercício jurisdicional de um Poder atento às responsabilidades e aos anseios especificados na Carta Magna, agindo com independência, dignidade e vigor, sem ultrapassar os limites constitucionais.

Porém, diante da inércia dos poderes Legislativo e Executivo, o ativismo judicial acaba se tornando uma das possíveis soluções para a garantia dos direitos fundamentais sociais e para proteger a dignidade da pessoa humana. Segundo Silva Ramos (2015), o Judiciário, além de resolver as questões jurídicas, deverá também se ater aos objetivos sociais, ou seja, resolver os conflitos entre as pessoas e as pendências jurídicas, que, caso não sejam solucionadas, poderão prejudicar a paz e a ordem na sociedade. Diante disso, torna-se necessária a análise de como o ativismo judicial pode ter reflexos positivos na sociedade, mas desde que não ultrapasse os limites constitucionais que lhe foram atribuídos.

Muitas questões que não eram tratadas anteriormente pelo Judiciário, acabaram chegando a ele, devido ao ajuizamento de inúmeras ações de caráter social, que, por muitas vezes, deveriam estar sendo discutidas pelos Poderes Legislativo ou Executivo. Porém, ambos Poderes mencionados não chegavam a uma conclusão, e as questões tiveram que ter um parecer do próprio Judiciário enquanto não era criada uma solução, no

caso, uma lei específica para aquele problema. Diante disso, caberia ao Judiciário garantir a ordem pública, diante da omissão dos demais poderes.

Ainda, o Judiciário deve garantir a proteção dos direitos fundamentais, conforme fala Bittar:

O Poder Judiciário cumpre um determinante papel na construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos humanos, dentro da tradicional estrutura tripartite de poderes herdada da modernidade. Se uma sociedade na qual a cidadania se realiza é aquela que tem amplo acesso aos direitos, significa afirmar que estes direitos são realizados ou respeitados, e também que, quando são violados, aos mesmos é atribuída a devida proteção e garantia jurisdicional, o que torna a questão do papel do Judiciário um ponto central das discussões sobre o tema dos direitos humanos e, ainda mais, da eficácia dos direitos humanos (Bittar, 2005, p. 306)

Portanto, por mais que, muitas vezes, possa parecer que o Judiciário esteja ultrapassando os limites impostos pela Constituição, ele deverá garantir a proteção dos direitos fundamentais.

Dessa maneira, o ativismo judicial pode ser enxergado com certa preocupação e julgamento, pois a Constituição Federal valoriza o princípio da separação dos três poderes, com o fim de evitar a concentração dos poderes em uma única esfera, tal como era o Poder Moderador na Constituição de 1824, evitando assim abusos contra as partes que têm um litígio.

Entretanto, alguns dos magistrados enxergam que o ativismo é necessário para continuar a garantir os direitos estabelecidos pela Constituição Federal, por conta da omissão que há reiteradamente nos Poderes Executivo e Legislativo, a qual deixa muitas vezes a sociedade sem uma devida resolução para os problemas.

Há de se mencionar a fala de Celso de Melo (2000) sobre tais aspectos:

O poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não restringe o princípio da separação dos poderes. (MS 19 23.452, Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento em 16/09/1999, Plenário, DJ de 12/05/2000. No mesmo sentido: RE 583.578-AGR. Rel. Ayres Britto, julgamento em 31/08/2010, Segunda Turma, DJE de 22/10/2010).

Portanto, é visto que, para o devido funcionamento do Estado, e em respeito à Constituição, é essencial que as omissões decorrentes dos poderes Legislativo e Executivo sejam resolvidas de maneira eficiente, pois quando tais falham em cumprir com as responsabilidades a eles atribuídas, acabam por interferir na efetividade dos direitos

fundamentais e sociais previstos na Carta Magna. Desse modo, a atuação do judiciário se torna fundamental para que sejam preenchidas essas lacunas, garantindo que os princípios constitucionais sejam aplicados de maneira efetiva.

## 2.1 CASO MARBURY V. MADISON

Embora o ativismo derive historicamente do exercício do controle judicial, seu marco teórico encontra fundamento em um precedente anterior: o emblemático caso *Marbury v. Madison* que ocorreu em 1803, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, pelo chamado *Chief Justice of Supreme Court* John Marshall (cargo esse que seria o equivalente a Presidente do Supremo Tribunal Federal aqui no Brasil), sendo este nomeado ao referido cargo em 1801. Para fins de contexto, no ano de 1801, estava ocorrendo a eleição para Presidente, em que disputavam John Adams, atual presidente, e Thomas Jefferson, candidato. Thomas Jefferson acabou por ganhar a eleição, e para garantir o mínimo de poder dentro do governo, John Adams nomeou John Marshall. Quando Jefferson assumiu a presidência, nomeou o então chamado James Madison para ser Secretário de Estado, e este, então, negou entrega dos diplomas já expedidos de juízes federais e de paz para aqueles que não haviam recebido. Entre esses, estava William Marbury, que inconformado, ingressou com *writ of mandamus* na Suprema Corte. O relator do caso, foi Marshall, que havia sido nomeado por Adams. No julgamento, a Corte liderada por John Marshall reconheceu o direito de William Marbury ao cargo de juiz de paz do Distrito de Columbia, mas negou o pedido de mandado de segurança (*writ of mandamus*) por entender que a Seção 13 do Judiciary Act de 1789, que autorizava o ajuizamento direto na Suprema Corte, contrariava o art. III da Constituição, que limitava a competência originária da Corte. A Corte, então, declarou inconstitucional a norma legal, afirmando seu poder de judicial review (Barbisan, p. 91, 2008 *apud* Sedra, 2016).

Essa decisão, embora fundadora do controle judicial moderno, não surgiu em um vácuo doutrinário. Precedentes estaduais como *Holmes v. Walton* que ocorreu em 1780, julgado pela *Suprema Corte de Nova Jérsei*, e a decisão da *Superior Court of Judicature of Rhode Island* já haviam estabelecido que normas infraconstitucionais não poderiam contrariar garantias constitucionais, como o direito ao julgamento pelo júri (Continentino, 2016). Esses casos, ao afirmarem a supremacia constitucional sobre normas legislativas, anteciparam a lógica que seria consagrada em Marbury.

O impacto de *Marbury v. Madison* foi político e jurídico. Enfrentando uma tensão institucional entre federalistas e republicanos, Marshall adotou uma solução estratégica. Reconheceu o direito de *Marbury*, mas lhe negou a via processual, preservando a autoridade da Suprema Corte e evitando o confronto direto com o Presidente Jefferson.

Há de se lembrar que embora a relevância do caso *Marbury v. Madison*, o nascimento do ativismo se deu especificamente no caso *Lochner v. New York*, em que resumidamente, havia uma lei de Nova Iorque que limitava a jornada dos padeiros em 10 horas diárias ou 60 horas semanais. *Lochner* acabou por ser acusado de permitir que um funcionário trabalhasse mais de 60 horas em uma semana. Ocorre que a Suprema Corte dos Estados Unidos, acabou por declarar inconstitucional a referida lei, sob argumento que a mesma violava a liberdade contratual, e portanto, no direito à liberdade do empregado e empregador, se sustentando-se na décima quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Por fim, como salientam Abboud e Mendes (2019), o juiz ativista pode ser tanto progressista quanto conservador: o que o caracteriza é o abandono da busca pela resposta jurídica em prol de uma fabricação normativa ideológica. Essa constatação é vital para que o debate acadêmico não incorra em reducionismos políticos ou maniqueísmos ideológicos, mas sim compreenda a complexidade e a relevância institucional do ativismo judicial no constitucionalismo contemporâneo.

## 2.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O art. 102 da Constituição de 1988 dispõe as competências do Supremo Tribunal Federal (STF), atribuindo assim a função de guardião da Constituição. Entretanto, antes de 1988, o Supremo Tribunal de Justiça, criado pela Constituição de 1824, tinha um papel diferente. Conforme o art. 163 da Constituição de 1824, o tribunal revisava decisões, julgava crimes do alto escalão do Império e resolvia questões de competência entre províncias. Não havia, na época, uma função formal de proteção da Constituição, tarefa que só foi atribuída ao tribunal a partir de 1891, após o fim do Império.

Portanto, o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição é uma competência nova, que se consolidou com a Constituição de 1988, marcando uma nova era no direito constitucional brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal desempenha um papel crucial no cenário jurídico brasileiro. Ele atua como guardião da Constituição Federal e, em alguns casos, acaba

exercendo o ativismo judicial, mais uma vez, quando há omissão dos demais poderes. Esse ativismo refere-se à atuação dos magistrados na interpretação da Constituição, visando muitas vezes garantir a efetivação dos direitos fundamentais e sociais previstos na Carta Magna.

O ativismo judicial do STF pode ser observado em várias decisões que tiveram alta relevância nacional, advindas da falta de legislação acerca de determinados temas e que chegavam com frequência para que o Judiciário se manifestasse sobre elas. Uma dessas decisões, por exemplo, é a de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, que discutiu a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia. Nessa decisão, o STF reconheceu o direito das mulheres de optar pela interrupção da gravidez em tais casos, preenchendo uma lacuna legislativa e assegurando direitos fundamentais.

Outro exemplo, também, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 juntamente com a ADPF 132, que tratou da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O STF, ao reconhecer a união homoafetiva, garantiu direitos fundamentais à igualdade e à dignidade da pessoa humana, mais uma vez demonstrando seu papel ativo na proteção de direitos fundamentais e sociais.

Nesse caso, por conta da inércia do Legislativo em dar o devido reconhecimento sobre a união de pessoas do mesmo sexo e se referindo somente à união estável entre homem e mulher, o STF apenas agiu para que não haja impedimento no reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como família, mas não declarou o artigo 1.723 do Código Civil inconstitucional.

Também, há de se destacar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, que foi uma ação proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) e teve grande impacto, pois as condutas discriminatórias contra a população LGBTQIA+ começaram a ser penalizadas pela lei da Discriminação Racial, uma vez que, até então, não era um crime tipificado na legislação penal brasileira, e, diante disso, o Supremo Tribunal Federal viu a necessidade de reconhecer esse crime como injúria racial.

Como esse caso cuida de uma omissão legislativa, acaba entrando na problemática da interferência de um poder sobre o outro, em que o Judiciário tem que discutir tema que seria do Legislativo. Ainda, por conta da omissão do Legislativo referente a tal tema e a demanda chegando no Judiciário, ele acaba tendo que decidir sobre determinado assunto.

## 2.3 LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL

Apesar do ativismo judicial ser usado para decidir sobre assuntos em que há omissão dos poderes Legislativo e Executivo, há de se questionar qual o limite do ativismo judicial, até onde ele deve ir para garantir alguns direitos.

Para Abboud (2019), o ponto de partida se apoia na divergência entre o *judicial review* e *judicial self-restraint*, e o ativismo seria resultado desses dois polos. Diante dessa dualidade, há então o núcleo do problema: o judiciário acabaria por anular atos institucionais, e por outro, ele tem que respeitar a separação dos três poderes.

Conforme Gerald Walpin (2013, p.39), um dos maiores críticos do ativismo judicial, os juízes que fazem parte da Suprema Corte não devem e nem podem se basear em valores pessoais ou visões político-ideológicas, segundo ele, os magistrados devem apenas se limitar aos ditames da Constituição. Ainda para Walpin, os magistrados da Suprema Corte, devem apenas anular leis que são claramente incompatíveis com a Constituição e declarar válidas as que não incorrem nesse vício.

Seguindo a mesma linha, o ativismo judicial de maneira negativa, seria a partir do momento que o juiz deixa de utilizar-se de uma lei que não fere a constituição, apenas porque discorda de seu conteúdo, ou quando cria novos direitos e obrigações que não estão previstos no texto constitucional. (Abboud, 2019).

À luz do contexto brasileiro, haveria uma fragilidade constitucional, motivo pelo qual ter a atuação contra majoritária do Poder Judiciário, mesmo que viesse contra a vontade da maioria, mas consubstanciada na proteção de direitos fundamentais, seria elemento essencial à preservação do Estado Democrático de Direito. Destaca-se ainda que o exercício do controle de constitucionalidade, tal qual previsto expressamente pela Constituição Federal de 1988, não configura por si só, manifestação do ativismo. Tratando-se de uma função legítima e necessária atribuída ao Poder Judiciário para assegurar a supremacia da Constituição. (Abboud, 2019).

Porém, sob tal perspectiva, não há de se confundir o ativismo judicial com posturas judiciais que são legítimas sob a égide Constituição de 1988, como por exemplo: i) controle de atos legislativos e administrativos que contrariem, formal ou materialmente o texto constitucional; ii) a atuação contramajoritária do Judiciário para proteger direitos fundamentais contra o Estado ou das majorias oriundas da própria sociedade civil e iii) atuação normativa do STF na correção da ação da omissão legislativa nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, por meio de mandado de injunção. (Abboud, 2019).

Tais condutas não representam distorções institucionais, mas sim expressões do compromisso do Judiciário com a ordem democrática, nos exatos termos da Constituição.

O ativismo judicial, tal como deve ser compreendido no ordenamento brasileiro, consiste em uma atuação que ignora os marcos legais e constitucionais para substituir o direito por juízos subjetivos, ideológicos ou morais do julgador. Nesses casos, verifica-se o abandono do direito institucionalizado em prol de critérios pessoais, o que resulta na indevida ampliação da esfera de atuação do Poder Judiciário e na usurpação de competências dos Poderes Legislativo e Executivo. (Abboud, 2019).

É certo que, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, o Supremo Tribunal Federal afeta diretamente o campo de atuação do Legislativo. No entanto, essa interferência encontra respaldo no texto constitucional. O que se mostra inaceitável — e, por conseguinte, proibido — é a anulação de normas válidas com base apenas em discordâncias políticas ou preferências pessoais dos magistrados. Tal conduta representa a face mais preocupante da discricionariedade judicial: a negação do direito como parâmetro normativo autônomo e a sua submissão a critérios subjetivos alheios ao ordenamento jurídico. (Abboud, 2019).

## 2.4 O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Por mais que o ativismo judicial se mostre necessário, deve-se analisar como ele pode impactar positiva ou negativamente no Estado Democrático de Direito. Partindo de uma perspectiva positiva, ele pode acabar garantindo à sociedade a proteção aos direitos fundamentais e sociais. Porém, por outro lado, pode causar uma tensão entre os demais poderes, causando uma desarmonia entre eles, ferindo assim o artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

Uma possível questão é a de que quando o Judiciário e o Legislativo assumem funções que a eles não são atribuídas pela Constituição Federal, pode-se acabar causando algum tipo de favorecimento partidário na correção das omissões. O Ministro Barroso sustenta que:

O juiz: só deve agir em nome da Constituição das leis, e não por vontade política própria, deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis, não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo, é emana do povo e em seu nome deve ser exercido, razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia social na medida do possível. (Barroso, 2009, p.15)

Conforme dito anteriormente, também pode ocorrer uma tensão entre os demais poderes, trazendo assim uma crise no Estado Democrático de Direito, impactando negativamente na sociedade, conforme apresenta Gomes, sobre o assunto:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador e revelador, onde a criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra ou de um direito, como é no caso do artigo 71 do Código Penal, que trata sobre o crime continuado. Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa. (Gomes, 2009, p.1).

Também há alguns doutrinadores, como Pablo L. Manili que classifica o ativismo judicial entre “bom” e “mau” ativismo, sendo assim classificado baseado em suas consequências, como, por exemplo, a garantia dos direitos e a concretização da Constituição, sendo então um dever, e não algo opcional. (Abboud; Mendes, 2019).

Sobre a existência desse “bom ativismo”, Georges Abboud diz que o ativismo judicial seria prejudicial ao Estado Democrático de Direito, portanto não pode ser separado entre bom e mau. Ativismo seria uma decisão que se baseia em convicções pessoais do juiz e o seu próprio senso de justiça em detrimento da legislação vigente, entendida como “legitimidade do sistema jurídico” e não como aplicação estrita da lei ou a correspondência entre fato e norma. (Manili, 2008, p. 1147-1153 *apud* Abboud e Mendes, 2019.) Apesar de tal existir tal divisão, quem deve rotular se o ativismo foi bom ou ruim, no final, será o indivíduo que foi afetado por ele.

Por conta da ineficácia do estado na prestação dos direitos sociais e fundamentais previstos na Carta Magna, acaba-se por originar diversos problemas para população, faltando suporte para os cidadãos. Por conta disso, analisando de um lado positivo o ativismo judicial e por mais que muitas vezes pareça que o mesmo está interferindo na separação dos três poderes, ele está garantindo que os direitos fundamentais e sociais não se percam.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A presente pesquisa propôs-se a investigar o ativismo judicial no contexto do Estado Democrático de Direito, com especial atenção fundamentos, aos desdobramentos institucionais e, sobretudo, aos seus limites constitucionais. Partiu-se da constatação de que o Poder Judiciário, nas últimas décadas, vem assumindo crescente protagonismo na vida política e social do Brasil, muitas vezes, ocupando espaços deixados vagos pela

omissão ou inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. Essa realidade, embora compreensível diante das deficiências estruturais do sistema político brasileiro, suscita relevantes questionamentos quanto à legitimidade democrática e à estabilidade institucional do modelo constitucional vigente.

O estudo demonstrou que o ativismo judicial não é, em essência, uma violação automática da separação dos poderes. Ao contrário, a atuação judicial proativa pode, em determinadas circunstâncias, ser absolutamente necessária para a concretização dos direitos fundamentais — especialmente em uma realidade marcada por desigualdades históricas, exclusão social e ineficiência administrativa. Casos emblemáticos como a ADPF 54 (anencefalia), a ADI 4277 (união homoafetiva) e a ADO 26 (criminalização da homofobia e transfobia) ilustram que, diante do silêncio do legislador, o Supremo Tribunal Federal atuou para garantir a efetividade da Constituição e a dignidade da pessoa humana, valores nucleares do constitucionalismo contemporâneo.

Contudo, também se revelou que o ativismo judicial, quando exercido sem critérios objetivos e fora dos marcos constitucionais, pode acarretar sérias distorções no funcionamento do sistema republicano. A expansão ilimitada da jurisdição constitucional em áreas tradicionalmente reservadas à deliberação política majoritária compromete o princípio democrático, ao transferir para juízes — não eleitos — a tarefa de decidir sobre políticas públicas sensíveis e de elevado impacto social. Tal fenômeno, ainda que bem-intencionado, promove uma hipertrofia do Poder Judiciário em detrimento da autonomia dos demais poderes e da vontade popular, expressa pelas vias legislativas legítimas.

A análise histórica do caso *Marbury v. Madison*, marco do controle judicial de constitucionalidade, mostrou que a afirmação do poder de revisão judicial pode e deve ser acompanhada de moderação institucional. A decisão proferida por John Marshall revelou não apenas a fundação da *judicial review*, mas também a habilidade estratégica de resguardar a integridade da Suprema Corte sem desestabilizar o sistema político. Essa ambivalência entre afirmação e contenção, poder e prudência, constitui um paradigma importante para o Judiciário brasileiro, que precisa equilibrar seu papel contramajoritário com os princípios da legalidade, da deferência institucional e da legitimidade democrática.

Portanto, conclui-se que o ativismo judicial é um fenômeno complexo e ambivalente. Em sua dimensão positiva, representa uma resposta institucional válida para assegurar a supremacia da Constituição e garantir os direitos fundamentais em contextos de omissão legislativa ou falência administrativa. Em sua dimensão negativa, contudo, manifesta-se como uma forma de protagonismo político-judicial, que substitui o debate público pela

decisão judicial, enfraquecendo os pilares do sistema de freios e contrapesos e corroendo a confiança nas instituições representativas.

A pesquisa permitiu, assim, responder à problemática inicial: o ativismo judicial, embora possa contribuir para a concretização de direitos em curto prazo, revela-se problemático a longo prazo quando adotado como prática constante e sem freios constitucionais. A judicialização excessiva de temas políticos transfere para o Judiciário responsabilidades que, por sua natureza, deveriam permanecer com os poderes democraticamente eleitos, afetando a coerência institucional e o equilíbrio da separação dos poderes.

Diante disso, defende-se que o Judiciário deve, sim, atuar de forma firme na defesa da Constituição, mas com temperança, deferência e racionalidade institucional. O ativismo judicial não deve ser visto como um fim em si mesmo, mas como um instrumento excepcional, utilizado apenas em situações de evidente lacuna normativa ou risco de violação grave a direitos fundamentais. O papel do juiz constitucional não é o de substituir o legislador ou o administrador, mas o de assegurar que ambos atuem dentro dos limites constitucionais, preservando os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Portanto, as hipóteses levantadas por esta pesquisa questionam se o ativismo judicial se mostra necessário para garantir e proteger os direitos fundamentais e sociais nos casos de omissão ou inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. Diante do exposto, verifica-se que o ativismo não se faz necessário para garantir esses direitos fundamentais e sociais, pois acaba interferindo na predominância dos demais poderes e ainda, o ativismo, por mais que, muitas vezes, realmente possa assegurar alguns direitos, deve haver em si um limite para o mesmo, pois o Judiciário extrapola os limites permitidos pela Constituição e interferindo na atuação dos três poderes, gerando instabilidade jurídica a longo prazo. O exercício desmedido e constante do ativismo judicial pode comprometer o princípio da separação dos poderes, gerar instabilidade institucional e enfraquecer a legitimidade democrática, ao substituir o processo deliberativo dos representantes eleitos por decisões judiciais de caráter político.

A consolidação de um Judiciário forte e independente não exige ativismo constante, mas sim compromisso com a Constituição, com a democracia e com os limites do poder que lhe é confiado. Nesse sentido, o verdadeiro desafio do ativismo judicial está em saber quando não agir — ou quando agir com contenção —, reconhecendo que a legitimidade das instituições não se constrói apenas com boas intenções, mas com respeito ao pacto constitucional e à soberania popular.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. LUNELLI, Guilherme. ATIVISMO JUDICIAL E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. DIÁLOGOS ENTRE DISCRICIONARIEDADE E DEMOCRACIA. **Revista de Processo** | vol. 242/2015 | p. 21 - 47 | Abr / 2015. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 7/2015 | p. 1295 - 1321 | Ago / 2015 | DTR\2015\10959.

ABBOUD, Georges. MENDES, Gilmar Ferreira. **ATIVISMO JUDICIAL: NOTAS INTRODUTÓRIAS A UMA POLÊMICA CONTEMPORÂNEA**. *Judicial Activism: Introductory remarks on a recent polemical subject*. Revista dos Tribunais | vol. 1008/2019 | p. 43 - 54 | Out / 2019 | DTR\2019\40623.

AURÉLIO, Marco. STF – Pleno, **ADPF 54/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 26 out. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 30 ago. 2024.

BARROS, LUCAS DE OLIVEIRA. **ATIVISMO JUDICIAL PERANTE A INÉRCIA DO PODER EXECUTIVO E LEGISLATIVO**. GOIÂNIA-GO, 2022. 26 p. Trabalho de Conclusão de Curso (DIREITO) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

BITTAR, Educado C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. HISTÓRIA DO JUDICIAL REVIEW: O MITO DEMARBURY. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril\\_v53\\_n209\\_p115](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p115)>. Acesso em: 03 jun. 2025

**"Lochner v. New York."** Oyez, Disponível em: <[www.oyez.org/cases/1900-1940/198us45](http://www.oyez.org/cases/1900-1940/198us45)>. Acesso em: 03 jun. 2025.

MARTINS, Sérgio Merola. **Ativismo Judicial**: o que é histórico e exemplos. Portal Aurum, 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial>. Acesso em: 29 ago. 2024.

**Marbury v. Madison**, Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2025.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

MELLO, Celso de. STF – Pleno – **ADO 26/DF** – REL. MIN. CELSO DE MELLO. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 26 out. 2024.

MELLO, Ruy Nestor Bastos. **O ativismo judicial do STF em face do Legislativo: identificação de limites da jurisdição constitucional e análise crítica de decisões sobre a reforma política**. Tese (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017/2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. Saraiva, São Paulo, 2015. Acesso em: 13 out. 2024.

SEDRA, Gustavo Podestá. EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS UNIDOS E DA FRANÇA NO FINAL DO SÉCULO XVIII: A NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO COMO ÊXITO DO PODER CONSTITUINTE E DOS PODERES CONSTITUÍDOS. *The constitutional experiences of the United States and France at the end of the 18th century: the binding force of the Constitution as an outcome of the constituent power and of the constituted powers*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 94/2016 | p. 121 - 166 | Jan - Mar / 2016 | DTR\2016\4513.

SILVA, HYGOR FARIAS. **ATIVISMO JUDICIAL COMO ASSEGURADOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, FRENTE À INÉRCIA E À OMISSÃO DOS PODERES EXECUTIVOS E LEGISLATIVOS, SOB A ÓTICA DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO E À SAÚDE**. JOÃO PESSOA/PB, 2019. 56 p. Trabalho de Conclusão de Curso (DIREITO) - Universidade Federal da Paraíba.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017a.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132/RJ**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, 13 out. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4277/DF**. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 26 out. 2024

WALPIN, Gerald. **The Supreme Court vs. the Constitution**. New York: Significance Press, 2013.