

A ERA DO ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE ERA OF JUDICIAL ACTIVISM IN FEDERAL SUPREME COURT

Alice Jacob Younes Gomes¹
Muriel Amaral Jacob²

V. 6 N. 2
2025

ISSN: 2177-1472

✉ RECEBIDO: 31/03/2025
☑ APROVADO: 10/05/2025

RESUMO

Este trabalho analisa o fenômeno do ativismo jurídico, principalmente no que tange à atividade possivelmente desenfreada do Supremo Tribunal Federal do Brasil, avaliando de que maneira esse fato impacta a sociedade e o Estado. Estuda-se a origem, os desdobramentos, as premissas legitimadoras usadas por esses operadores do Direito e os impactos, sobretudo os prejuízos, da proatividade do STF. Por conseguinte, esta pesquisa justifica-se pela natural controvérsia que envolve o tema na atualidade, tanto entre os cidadãos em geral quanto na comunidade jurídica, uma vez que ainda não se sabe como frear o poder autocrático que ameaça a integridade da Justiça e do Estado, os quais deveriam, em tese, ser por ele resguardados. Assim, trata-se de um estudo bibliográfico, concomitantemente estruturado pela metodologia exploratória, a fim de que um resultado palpável seja exposto aos cientistas judiciais acerca do fenômeno do Ativismo Judicial.

Palavras-chave: ativismo judicial; poder judiciário; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This study aims to analyze the phenomenon of judicial activism, particularly concerning the potentially unrestrained activity of the Brazilian Supreme Federal Court (STF), and how this impacts society and the State. It examines the origins, developments, legitimizing premises used by these legal operators, and the impacts, especially the detrimental effects, of the STF's proactivity. Consequently, this research is justified by the inherent controversy of this current issue, both among ordinary citizens and the legal community, as it remains uncertain how to curb the autocratic power that risks the integrity of Justice and the State, despite supposedly being responsible for safeguarding them. Thus, the study employs a bibliographical approach, concurrently structured by exploratory methodology, to provide tangible results to judicial scholars regarding the phenomenon of Judicial Activism.

Keywords: judicial activism; judicial branch; Supreme Federal Court.

¹ Discente da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde (UniRV). Auxílio-pesquisa PIVIC.
E-mail: alicejyg1@hotmail.com.

² Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). Mestre em Direito pela UNIVEM - Marília/SP. Especialista em Direito Processual Civil. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde (UniRV) e Professora Permanente do Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da UniRV. Advogada.
E-mail: murieljacob@hotmail.com.



1 INTRODUÇÃO

O estudo tem por tema o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal (STF), destinado à análise de um possível comportamento interventor e expansivo em relação aos ditames constitucionais acerca dessa instituição. Partindo-se dessa premissa, sucede-se a questão: vivemos um período em que impera a supremacia do STF em detrimento dos demais poderes constituídos?

Sabe-se que o Direito Brasileiro se edificou com base em experiências registradas no continente Europeu, bem como pelos norte-americanos, de modo que, em ambos os estilos jurídicos, a Teoria da Tripartição dos poderes foi adaptada às necessidades e preferências culturais de cada sociedade. Nas duas conjunturas, nota-se a sobreposição de um dos Poderes Constituídos sobre o outro, seja pela distinção conferida aos Parlamentos inglês e francês, seja pela base estadunidense pautada num Judiciário expressivo.

De igual modo, no sistema tripartite brasileiro, historicamente, distintos Poderes se sobressaíram à ordem dos freios e contrapesos, adequando-se às prerrogativas de cada época nos contextos social, político e econômico. Para esse desequilíbrio, há quem defenda um mero protagonismo, necessário à segurança jurídica do Estado; por outro lado, há quem argumente pela caracterização do ativismo judicial, especialmente em referência a condutas recentes do STF, ora consideradas polêmicas, no mínimo.

Assim, a temática mostra-se interessante em vista da atualidade e da divergência doutrinária acerca de um mesmo posicionamento da Corte, o que pode provocar impactos opostos à própria ordem jurídica pátria, a saber, a legitimidade para proteção de direitos previstos no Texto Magno ou arbitrariedades estatais, por exemplo mediante a tutela da Cúpula sobre bens jurídicos, supostamente competências do Parlamento.

Dessa forma, o ativismo judicial é relevante para compreender a dinâmica dos Três Poderes no acesso à justiça, na manutenção da coesão estatal, na prevenção de arbitrariedades e nos colapsos constitucionais. Ademais, por meio do exame desse fenômeno no poder judiciário brasileiro, pode-se compreender a sua influência nos demais constituídos.

Assim, o estudo tem como objetivo geral estudar qual teoria se molda à realidade jurídica atual, em detrimento do sistema de *check and balances*. Especificamente, busca-se elucidar as razões da existência do Supremo Tribunal Federal para o Estado brasileiro, conhecer as origens históricas do ativismo judicial e analisar sua semântica em contraposição ao protagonismo judicial. Por fim, há breve reflexão das elucidações feitas à luz de um caso concreto que tramitou no STF, tudo com base no posicionamento da doutrina e da jurisprudência pátrias.

A pesquisa é bibliográfica, desenvolvida com base em material já publicado, como livros e artigos científicos, entrevistas jurídicas e estudos documentais, a exemplo de compilados jurisprudenciais, sentenças e acórdãos etc. Para isso, faz-se uso do método exploratório, visando maior familiaridade com o problema, seguido da abordagem dedutiva, que se pauta no alcance de uma conclusão baseada em verdades pressupostas e já conhecidas.



2 A FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em proêmio, a adoção da tripartição dos poderes busca contrabalançar, limitar e descentralizar a detenção das potencialidades do Estado, a fim de proteger o cidadão do risco que é uma máquina pública despótica em relação às faculdades individuais e básicas do ser humano.

O Supremo Tribunal Federal, então, é o membro do Poder Judiciário fundado precisamente para o exercício do controle de constitucionalidade, ou seja, a função primária do órgão é a análise da conformidade de demais incumbências e atos estatais à Carta Magna, com o fito de preservar o Estado Democrático de Direito e a própria tripartição. Para tanto, amparo-me nos ensaios kelsenianos:

A expressão ‘divisão dos poderes’ traduz melhor que a de separação, isto é, a ideia de repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros. E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão - concentração que seria perigosa para a democracia - mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele (Kelsen, 2013, p. 152).

Cada Poder foi dotado de autonomia administrativa, financeira e funcional, de modo que concessões de caráter político, sobretudo relacionadas a interesses econômicos, não os levassem a coligações. Tal estrutura visa possibilitar a revisão das ações de um poder sobre o outro e, consequentemente, a moderação do poder geral do Estado. Essa foi a forma pensada, e até hoje adotada por qualquer estado moderno e democrático de direito, para garantir o que se pressupõe na teoria da Tripartição dos Poderes (Kelsen, 2013).

Ainda segundo Kelsen (2013), além de uma medida asseguratória do Poder, deve essa instituição ser garantidora do Estado em si e, tais quais os demais poderes, revestida de autonomia:

Trata-se das garantias gerais que a técnica jurídica moderna desenvolveu quanto à regularidade dos atos estatais em geral. Elas são preventivas ou repressivas, pessoais ou objetivas. A) As garantias preventivas tendem a evitar a produção de atos irregulares. As garantias repressivas reagem contra o ato irregular uma vez produzido, tendem a impedir sua renovação no futuro, a reparar o dano que ele causou, a fazê-lo desaparecer e, eventualmente, a substituí-lo por um ato regular. Esses dois elementos também podem, naturalmente, ser unidos numa só e mesma medida de garantia. Entre as numerosas garantias puramente preventivas possíveis, encontra-se e deve ser aqui considerada antes de mais nada a organização em tribunal da autoridade que cria o direito, isto é, a independência do órgão - pela inamovibilidade, por exemplo -, consistindo essa independência em que ele não pode ser juridicamente obrigado, no exercício das suas funções, por nenhuma norma individual (ordem) de outro órgão, em particular de um órgão superior



ou pertencente a outro grupo de autoridades, e por conseguinte em que só está preso às normas gerais, essencialmente às leis e aos regulamentos (Kelsen, 2013, p. 139).

No mesmo alvitre, quanto a separação dos poderes atribua a cada um competências específicas, para que seja possível a adequação de uma norma proferida pelo Legislativo, o Judiciário deve ter a habilidade de influir sobre tal regra em específico. Nesse espectro, a cúpula constitucional porta-se como legislador negativo, isto é, sua competência à anulação de eventuais deformidades ao Texto Político, posto que não exerce criatividade política nos mesmos parâmetros do legislativo, pois a atividade daquele está restrita em totalidade (maior grau) à Constituição e tem a mesma natureza dos demais poderes.

Logo, por confirmação da universalidade e individualidade do Poder do Estado, a divisão das incumbências estatais permite o dimensionalismo entre cada Constituído. Sob tal ótica, a possibilidade de que o STF venha a revogar normas votadas pelo Congresso e vetadas pelo Presidente concretiza a sua própria capacidade legiferante. Porém, em grau bastante oposto.

Enquanto o legislador é totalmente positivo e está atrelado à ação representativa daqueles que o elegem, no caso brasileiro, a criação normativa por parte da Corte se edifica na exortação ou apenas revisão de dispositivos que não se alinham à Constituição. Dessa forma, também resulta em uma produção de regras individuais.

A grande diferença entre os órgãos está, portanto, no nível a que estão vinculados à Carta Magna, com o fito de executar o que a Constituição predispõe numa relação metalinguística sobre a funcionalidade e os encargos de cada um.

Quando, de outra feita, o STF, abstendo-se de sua função, discorre sobre pautas puramente políticas, não há que se falar em razão constitucional para tal suscitação em suas Turmas. O que ocorre é o exercício arbitrário da atividade legislativa negativa do STF, enquanto priva os órgãos constituídos de competência para tais debates. Assim extrai-se:

A legislação, de que tratamos aqui em primeira linha, não pode ser confiada a um tribunal, não tanto por causa da diversidade das funções legislativa e jurisdicional, mas antes porque a organização do órgão legislativo é essencialmente dominada por outros pontos de vista que não o da constitucionalidade de seu funcionamento. Aqui quem decide é a grande antítese entre democracia e autocracia. [...] E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo. Portanto poder-se-ia interpretar a anulação das leis por tribunal tanto como uma repartição do poder legislativo entre dois órgãos, quanto como uma intromissão no poder legislativo (Kelsen, 2013, p. 148-153).

Por sua vez, cabe refletir se eventual conduta ativista/protagonista do Supremo haveria de configurar um ato inconstitucional e irregular em si mesmo, tendo em vista que, para além desse ente, um juiz somente poderá deixar de aplicar uma lei ao caso concreto, com base em fundamentos de inconstitucionalidade.

Ademais, a atividade legislativa do STF resulta da função para a qual foi criado, rigorosamente. Ao afastar uma norma por violação ao Texto Magno, cria também prerrogativas sociais e normas individuais,



mas num contexto singularmente distinto daquele que se edifica a competência do Legislativo. Eis o que se infere da Teoria Geral da Jurisdição Constitucional supracitada.

Assim sendo, tem-se que a função do Tribunal Constitucional e, aproximando-se do caso em voga, do STF, é naturalmente semelhante à origem do legislativo, distinguindo-se no modo como se dá sua atividade criadora. Logo, não lhe é vedada a inovação, mas esta lhe ocorre na revisão e anulação de atos inconstitucionais, que, em diferente nível, faz surgir ou extinguir direitos materiais.

Dessarte, em que pese a própria CF/88 mesclar funções além de julgador, a Suprema Corte é limitada – caráter das fontes europeias – à revisão de qualquer ato legislativo, executivo ou administrativo à luz da Carta Magna, que veicula sua razão de existir – competência ao exercício do controle de constitucionalidade fundado, substancialmente, pelos norte-americanos no século XIX. Eis que a proatividade não pode ser aplicada desmedidamente, em prejuízo da segurança da ordem constitucional.

3 ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL

A Teoria da Tripartição dos Poderes nasceu eivada de vieses, tanto no âmbito prático quanto crítico, ressalvas estas feitas inclusive por seu próprio autor, ao julgar que o Judiciário, consequentemente os magistrados, seriam meramente “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor” (Montesquieu, 2000, p. 175).

Historicamente, na prática dos ordenamentos jurídicos modernos, a divisão e o contrapeso dos Poderes se provaram imperfeitos, à vista das recorrentes desigualdades e sobreposições de um dos constituídos. Provas disso se encontram no Direito do Velho Mundo, tendo em vista a desconfiança francesa de um Executivo despótico, até a efetiva Revolução, e do Judiciário, malquisto pela falta de representatividade popular, restando, assim, ao Parlamento o monopólio da atividade legiferante (Ramos, 2015).

De outra banda, o Judiciário norte-americano, devido, possivelmente, às mágoas contra o Parlamento Inglês, sempre desempenhou maior influência que mera atividade de subsunção legal. Assim, o paradigma do *judicial review*, inaugurado no caso *Marbury v. Madison*, contradisse a supremacia parlamentar da cultura europeia para “sediari uma prática institucional na qual juízes não democraticamente eleitos deixavam de aplicar leis editadas pelos representantes do povo” (Continentino, 2016). Claro que isso foi feito sobre procedimento anteriormente legalizado, o que viria a ser denominado “controle de constitucionalidade”.

Dessa maneira, sempre houve o ativismo de algum dos Poderes constituídos – há quem defina por mero protagonismo. Todavia, posto o desprestígio histórico no Antigo Continente, pode-se estranhar o papel hodierno das Cortes Supremas, sobretudo ao colocarmos em pauta o contexto brasileiro, em que, como objeto de estudo desta pesquisa, analisar-se-á uma possível apropriação, por parte da Cúpula Constitucional, de funções que não lhe foram incumbidas pela Carta Federal.

De mais a mais, em razão das fragilidades sociopolíticas experimentadas pelo aíss atualmente, o senso comum olha para o Judiciário como uma instituição corrompida e transgressora do espectro ideal de “freios e contrapesos” democráticos, tidos como a medida certa do Estado Democrático de Direito e



da Justiça. Outrossim, o próprio Poder Judiciário sente, por vezes, a necessidade de assumir encargos que seriam de outros poderes, quando estes não solucionam determinadas questões, revelando-se, assim, como um agente inovador. Eis o Ativismo Judicial, pejorativamente atribuído à realidade do Supremo Tribunal Federal em diversos contextos.

Nesse ínterim, tendo em vista que o Direito Brasileiro se inspira tanto em fontes europeias quanto norte-americanas, o fenômeno ativista pode ser interpretado duas maneiras: ou como indicativo de uma possível mutação constitucional, em detrimento de uma alteração válida do texto, ou como um conceito que tem adquirido proporções maiores, distanciando-se da realidade, quando pode haver apenas uma atuação mais incisiva do órgão em questão.

Dessarte, diante da expressa divergência doutrinária, independentemente da conclusão a que se chegue sobre o ativismo judicial nesta pesquisa, seja ele compreendido como um movimento superestimado ou como fonte de práticas inconstitucionais, trata-se de um tema de relevante interesse político-jurídico, razão pela qual este trabalho se limitará à análise do papel do STF brasileiro.

Precipuamente, o termo foi inaugurado pelo crítico social Arthur Schlesinger no artigo “The Supreme Court: 1947”, no qual denunciava a tensão política estadunidense experienciada na época em que Roosevelt intentava a aprovação do *new deal* (Campos, 2013).

Naquele momento, o Congresso barrava a política econômica pelos detalhes inconstitucionais de determinadas medidas. Por conseguinte, dotada de juízos ideológicos, a Suprema Corte recorreu a manobras intervencionistas em detrimento do Poder Legislativo Americano, possibilitando o aval do plano executivo.

Contudo, tal fenômeno tem sua gênese muito antes da disseminação terminológica cunhada no século XX. À vista disso, é possível identificar a desarmonia dos Poderes já no início do Constitucionalismo Moderno, após a Revolução Francesa. Nesse período, algumas nações, como a Grã-Bretanha e a França, superestimavam o Parlamento, enquanto em outras, como os Estados Unidos, mediante severa desconfiança dessa instituição, prevaleciam a força dos tribunais. Assim nos enuncia Sarmento e Souza Neto (2013, p. 73):

Desenvolveu-se na Inglaterra o princípio constitucional de soberania do Parlamento, segundo o qual o Poder Legislativo pode editar norma com qualquer conteúdo. [...]

O protagonista do processo constitucional no modelo constitucional francês é o Poder Legislativo, que teoricamente encarna a soberania e é visto como um garantidor mais confiável dos direitos do que o Poder Judiciário. Historicamente, esta concepção deveu-se tanto à desconfiança que os franceses nutriam em relação ao Judiciário, visto como uma instituição corrompida e associada ao Antigo Regime, como à valorização da lei, concebida, a partir da influência do pensamento de Rousseau, como a expressão da vontade geral do povo. [...] o culto à lei, emanada do Poder Legislativo, acabou se desvirtuando no legalismo formalista, em que os juízes eram vistos como aplicadores autômatos de normas elaboradas pelo legislador. [...] Uma ideia essencial do constitucionalismo estadunidense, derivada da sua matriz liberal, é a concepção de que a Constituição é norma jurídica que, como tal, pode e deve ser invocada pelo Poder Judiciário na resolução



de conflitos, mesmo quando isto implique em restrição ao poder das maiorias encasteladas no Legislativo ou no Executivo.

Nesse sentido, o ativismo partiu da corrupção – ou, para alguns doutrinadores, da atenuação – da teoria tripartite de poderes, legitimada por fatores sociais historicamente observados no auge das revoluções europeias. Diferentemente, era comum verificar muito mais abusos nas condutas dos demais poderes, seja por um monarca tirano e “escolhido por Deus” para realizar sua vontade, seja por um Parlamento expressivo que suprimia a atuação do Executivo e do Judiciário sob a justificativa de representação popular.

Hodiernamente, no Brasil, a juristocracia surge na Era Neoconstitucional, tendo em vista que, conforme se posiciona Luís Roberto Barroso, a nossa constituição desconfia do legislador e de modo prolixo permite o paternalismo jurídico (Barroso, 2012), o que já se nota pela extensão do nosso Texto Magno, ao positivar, inclusive, normas gerais e abstratas que são os princípios fundamentais, abrindo brechas para que estes se tornem fundamentos de quaisquer atos públicos, conforme se verifica a justificação ativista.

Assim, quando artifícios de proatividade são empregados pelo Poder Judiciário, tem-se a definição pelo ministro Ricardo Lewandowski³: “o século XIX fora do Executivo, o XX do Legislativo e o XXI pertence ao Judiciário”.

Sob esse viés, a produção acadêmica sugere que a Constituição de 1988 atenuou a tripartição para melhor desenvolver o sistema de “*freios e contrapesos*”, tendo em vista que distribui as mesmas competências a cada um dos constituídos de acordo com o que o legislador verificou propício. Faz-se oportuno transcrever as considerações de Jacob (2018, p. 2):

É por conta desta evolução do contexto social e histórico dos Estados modernos que há atualmente uma interligação na atuação dos poderes, fazendo com que a teoria de Montesquieu seja aplicada de forma atenuada. Assim, além do exercício de suas funções típicas (inerentes àquele poder/órgão), os poderes também exercem funções atípicas (que não são inerentes àquele poder/órgão). A própria Constituição Federal de 1988 expõe casos dos poderes exercerem funções atípicas em determinadas circunstâncias: o Legislativo pode administrar e julgar (artigos 51, IV e 52, XIII); o Executivo pode julgar e legislar (artigos 62 e 68, §2º); e o Judiciário também pode legislar e administrar (artigo 96, I, “a” e “f”). [...] Esta interligação mostra - se como mais um instrumento importante no controle e limitação do exercício do poder. A esta interligação deu-se o nome de “sistema de freios e contrapesos” ou “check and balances”. Importante destacar que este sistema não viola o princípio da separação dos poderes e, muito menos, autoriza a superposição de um sobre o outro, ou o exercício desenfreado de funções atípicas, afinal, as funções de cada poder são delineadas por normas constitucionais. Ademais, o constituinte originário inseriu a separação de poderes à categoria de cláusula pétreia, ou seja, intocável e insuprimível da Magna Carta (artigo 60, §4º, inciso III).

³ Informação fornecida em entrevista concedida durante a conferência de abertura do 17º Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Conamat), realizado pela Anamatra em Gramado (RS) em 2014.



Dessa maneira, constata-se que o próprio Texto Político permite a apropriação de funções e confere a intertextualidade entre os atos dos poderes, com o fito de aprimorar sua distribuição e a concretização das mencionadas garantias analisadas por Kelsen, o que possibilita que o Judiciário se sobressaia em determinado momento, devido ao inchaço do rol de fundamentos destinados à proteção do indivíduo contra um Leviatã.

Nesse liame, infere-se que o ativismo judicial foi cunhado mediante verificação, ou ao menos consideração, da deturpação do poder inventivo – criacionista – do Judiciário, uma vez que não lhe é inteiramente vedado e que o termo está eivado de pejoratividade quanto à análise do órgão. Dessa forma, influi, caso a caso, a materialidade sobre a qual a Corte age de modo desproporcional a sua “natureza”.

Recentemente, o ativismo tomou frente às críticas em razão dos rebuliços do escândalo de corrupção em 2005. Nessa seara, assevera o Ministro Barroso (2020), em entrevista à TV Cultura pelo projeto da transparência dos tribunais, que “o ativismo judicial é uma lenda; o que existe no Brasil é um certo protagonismo judicial [...]. O mensalão trouxe protagonismo para o Supremo”, gerando uma tensão entre este e o Congresso.

É oportuno destacar que a visibilidade conferida pela mídia à Corte não só revelou à população a real atuação do Judiciário, em especial do STF, como também criou uma amálgama entre as ideologias políticas que transitam o ideário coletivo.

Com efeito, numa sociedade que preza piamente por direitos e garantia de suas faculdades, banal seria a maximização da ação judiciária se comparada com os séculos anteriores. Por outro lado, a conotação negativa atribuída ao ativismo judicial manifesta-se nos momentos em que a atuação desse poder ultrapassa os limites impostos pela Constituição, uma vez que, ao contrário da criação legislativa, legítima por decorrer dos representantes do povo e não conter vícios procedimentais, trata-se da introdução de pautas próprias pelo Judiciário, como se observa, em certos momentos, nos debates do STF.

Destarte, nota-se a importância da reflexão contextual a respeito desse fenômeno, que é um produto de tempos de crise dos poderes. Dessa maneira, ainda que haja mero protagonismo, num momento de instabilidade política, a fim de conter a efusividade social; não se pode negar que é natural que o Judiciário se infla para dirimir questões pendentes no Executivo e no Legislativo. Entretanto, o resultado de tal posicionamento, isto é, essa absorção de funções impróprias, além de enfraquecer outros poderes, também abala as conquistas judiciais, uma vez que o desrespeito à lei, à Constituição, é o precedente necessário à instauração de uma onda de caos, despotismos e arbitrariedades.

4 ANÁLISE SEMÂNTICA DO ATIVISMO

A postulação semântica do instituto do Ativismo não é objetiva e convencionada, tendo em vista o valor polêmico desse tema, o qual ainda suscita divergências doutrinárias. Contudo, como ponto de partida, é necessária a adoção de uma fonte dogmática norteadora.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (Barroso, 2012, p. 26).

Assim, cabe a observação de que o Poder Judiciário foi pensado, constituído e investido a fim de resolver conflitos nos quais a legislação e o seu caráter coercitivo, advindos do Poder Legislativo para regular as condutas sociais, não foram suficientes para preveni-los nem os remediar sem intervenção de terceiro.

Ressalta-se ainda que o constituinte não deliberou aos tribunais, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, ao dispor sobre a competência do Judiciário no Capítulo III da CF/88, a incumbência de trabalhar livremente a letra da lei, modificá-la ou ignorá-la, e sim interpretar, avaliar e aplicar ao caso concreto em obediência à Constituição, material e formalmente. Outrossim, a legislação e administração são permitidas especificamente em conformidade com os artigos 96, II c/c 99 (Brasil, 1988).

Nesse espectro, recorre-se aos ensinamentos de Ramos (2015, p. 144):

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só. Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado etc.).

Caso o Judiciário encontre legitimidade para o referido cerceamento das atribuições de outros poderes, qual seja a suscitação de pautas legislativas e de criação de direitos, independentemente do termo usado para definir a deturpação de papéis, cria-se precedente para a desvinculação do Estado à Constituição. Isso, pois, a instituição criada para guardar a ordem Magna não a respeita formalmente, configurando-se uma preclusão lógica das razões do constituinte.

Por outro lado, o protagonismo jurídico, defendido em contraposição à negatividade com que se propagam as teses do ativismo, tende a ser usado pelos considerados acertos em que o Judiciário assumiu seu papel de legislador negativo, ou, mais do que isso, com maior empenho, a fim de sanar questões sociais polêmicas. Ademais:



Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade (Barroso, 2012, p. 23).

Há casos de interferência do STF, gerando, outrossim, a efervescência no Plenário; rigorosamente, a vedação de rede social internacional no país, criminalização da homofobia e transfobia ou a legalização do aborto, que podem ser interpretados pelas duas vertentes.

Segundo os enunciados de Barroso (2012), que buscam relativizar a criatividade da Cúpula, seria singelo Protagonismo, haja vista que questões importantes, que versam sobre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, não poderiam aguardar as providências legislativas.

Porém, como já citado, os mesmos precedentes podem assumir a interpretação sobre o óbice da segurança constitucional que é o ativismo, de modo que uma possível crise legislativa não justifica a vedação da liberdade comercial e de expressão (banimento de rede social) ou a criação de um tipo penal sem formalização legal (criminalização da homofobia), ou, ainda, a abolição de um crime sem projeto de lei no Congresso (permissividade do aborto).

Sob tal análise, a cultura política brasileira, do século passado até hoje, esteve corrompida, suscitando instabilidades nas entidades executivas e legislativas, produzindo um deslocamento exacerbado de autoridade ao Judiciário. Este, pleiteando a pacificação, contudo absorvendo ideologias políticas, tem se posicionado numa prática ativista, implicando assim numa alteração tácita e formalmente inconstitucional do Texto Político:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil (Barroso, 2012, p. 27).

Tem, então, o Supremo Tribunal legitimado a criação de direitos por inovação unilateral sobre a justificativa do múnus de proteção da Constituição ou da dignidade da pessoa humana, da dirimição de conflitos representativos etc.; todavia, tais atos mais implicaram prejuízos à ordem estatal do que de fato demonstraram as hipóteses que pretendem garantir.

Dado o exposto, o ativismo judicial é o fenômeno de apropriação funcional de um poder em relação a outro, para além da lei positiva e dos princípios normativos. Assim, quando o STF muda uma norma legal ao caso em pauta, ou chama a si temas naturalmente de competência legislativa ou administrativa, manifesta-se impropriamente segundo a Constituição.



Ademais, alternativamente, há o conceito de Protagonismo Judicial, que se manifesta quando o Poder Judiciário atua além dos limites esperados. Contudo, em prol da manutenção dos freios e contrapesos, essa atuação pode ocorrer quando algum outro poder está em déficit, ainda que fora das hipóteses estritas de inconstitucionalidade.

5 ATIVISMO OU PROTAGONISMO?

Segundo Barroso (2020), em entrevista supramencionada, não há que se falar em ativismo judicial no STF. Continuamente, Barroso argumenta que a ocorrência é infundada, tendo em vista que as interferências tidas como possivelmente ativistas foram válidas no tocante à evolução da defesa de direitos de gênero, raça, liberdade de expressão e democracia.

Na mesma conjuntura, o ministro cita casos em que o Supremo, em sua análise, agiu proativamente, mas de modo algum na acepção pejorativa do termo, a saber na garantia dos direitos de anencéfalos, debates sobre uniões homoafetivas e na criminalização da homofobia, “ali você estava na fronteira de criar um tipo penal por analogia; [embora] não acho que tenha sido”. Eis a distinção entre o ativismo e o protagonismo judicial.

Outros exemplos de divergência conceitual são as discussões acerca da legalização do aborto (Brasil, 2024a), o banimento do X no Brasil (Brasil, 2024b) e a chancela sobre a Lei de Drogas (Brasil, 2006): nessas situações, deve-se analisar se importam imperativamente às massas da população e, justamente por isso, a criação e modificação de direitos ocorre no âmbito Legislativo, pois, em tese, ao menos, são nessas Casas que estão situados os responsáveis por ascender às preocupações do cidadão; ou se, de fato, os casos se esbarram em ofensas à Magna Carta.

Ademais, a materialidade desses assuntos em nada se mostrou contrária à Constituição, portanto, sem motivo de ter alcançado o STF, tal qual será discutido adiante.

De toda forma, havendo mero protagonismo, isto é, extensão hermenêutica da Constituição tão somente para sua manutenção, não há que se falar em colapso da instituição estatal. Distinto é o posicionamento ativista no sentido depreciativo do léxico, qual seja: a apropriação da atividade legislativa por parte do Supremo e, como consequência, a modificação tácita da Constituição em detrimento do devido processo legal constitucional.

Destarte, defende-se que a teoria do mero protagonismo é defendida apenas para amenizar o viés negativista concebido pela categorização do ativismo judicial.

6 UM CASO CONCRETO

Como o objeto de estudo já foi previamente analisado, nesta seção nos limitaremos ao exame prático, a fim de verificar se há atuação do Supremo Tribunal Federal pautada pelo Ativismo ou Protagonismo Judicial.



Em 2019, o STF concluiu que o Legislativo cometeu a inconstitucionalidade de negligenciar a tutela da transfobia e homofobia na pauta de criminalização do racismo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 (Brasil, 2019a), de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733 (Brasil, 2019b), relatado pelo ministro Edson Fachin. O pressuposto formal para alcance do tema fora devidamente obedecido, a saber, a Cúpula analisava a inconstitucionalidade de ato de outro órgão público, inicialmente competente para tratar da matéria, isto é, criar uma prerrogativa criminal com anterioridade legal (art. 1º do Código Penal) (Brasil, 1940).

Entretanto, parece disfuncional a suscitação de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, que seja por omissão, para criar – “[...] obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia [...]” (Brasil, 2019a) – um tipo penal, ainda que por extensão, o que apenas diverge imediatamente com o princípio da anterioridade legal.

Toda forma de discriminação individual deve encontrar outorga legal para ser vedada, o que é posto em xeque é a legitimidade da Corte Constitucional para tanto.

No próprio voto, já supramencionado, debateu-se sobre a extração do critério da legalidade, bem como o risco de uma tipificação por analogia:

Assim, a Corte, amparando-se em escólio doutrinário, asseverou que: “[...] no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (*‘lex populi’* e *‘lex praevia’*, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida (...).” (Luiz Flávio Gomes/ Valerio de Oliveira Mazzuoli, ‘Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos’, vol. 4/122, 2008, RT). A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos. Ante o exposto, voto no sentido de que, parcialmente conhecida, seja parcialmente provida esta ação, de maneira a reconhecer a mera legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias. (Brasil, 2019a).

Sob essa via analítica, conquanto tenha sido reconhecida a necessidade de preservação da legalidade penal, a conclusão mandamental destinada ao Congresso Nacional não foi recebida, tanto pela mídia quanto pela sociedade, como mera imposição funcional.

De outro modo, o relatório claramente não deixa de estender um tipo penal e, sem opções ao Congresso, firma as bases incontestáveis para a criminalização da homofobia, discussão cuja matéria deveria estar concentrada na competência do Legislativo.

Diferente seria, como no voto, a criação de pauta emergencial no Parlamento para votar um projeto de lei criminal. Todavia, o resultado do *decisum* foi a instauração direta e imediata da tipificação.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial define a ação inovadora do Poder Judiciário, quando este se excede em suas competências e interfere na dos demais constituídos. Quando se analisa, em foco, tal fenômeno nas decisões do Supremo Tribunal Federal na perseguição de direitos constitucionais, atribui-se uma carga semântica pejorativa, a fim de criticar o intervencionismo.

Na perspectiva histórica, foi uma reação do mecanismo de *check and balances* para tentar corrigir a sobreposição de outros poderes, sobretudo do Legislativo, nas raízes do Velho Continente, a começar pela valorização do Judiciário no *common law, contrariamente ao Parlamento e ao Executivo* estadunidense.

Não se pode negligenciar que essa criatividade da Corte, ao menos para a atualidade do Brasil, foi útil na discussão de alguns temas legislativos que, por seu imediatismo, precisavam e só assim receberam tutela jurídica, garantindo à sociedade respaldo de prerrogativas necessárias, como a criminalização da homofobia.

De outro modo, há de se admitir, em que pese o alcance da finalidade interventora, que essa modalidade de debate não cabe, constitucionalmente, ao STF, uma vez que não prescindem do debate político, mas este não pode macular a discricionariedade do Judiciário. Até porque tomou a si discussões que jamais poderiam ser retiradas do espectro da representação popular, exemplificando a descriminalização do aborto.

Portanto, à vista dos julgados de ADO, ADPF, PET e APs, que não versam sobre desrespeitos constitucionais, mas questões políticas passíveis de solução no Congresso, há que se reconhecer que vivemos em uma era de ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, tal entendimento contrapõe a tese do protagonismo judicial, a qual diverge tão somente no que concerne à carga semântica do termo ativista, e não prático, cunhado desde as críticas jornalísticas norte-americanas para referenciar a sobreposição do Poder Judiciário.

De qualquer forma, independentemente da nomenclatura, o comportamento proativo da Suprema Corte Brasileira não deixa de caracterizar uma infração aos liames constitucionais de organização e limitação dos poderes estatais. Outrossim, à vista dos prejuízos a que a conduta arrisca o ordenamento e segurança jurídica pátrios, a melhor teoria que descreve o fenômeno conclui-se por ser o ativismo judicial.

8 REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (*Syn*)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 19 set. 2025.

BARROSO, L. R. *Roda Viva*: Luís Roberto Barroso. [Entrevista cedida a] Vera Magalhães. São Paulo: TV Cultura, 2020. 1 vídeo (92 min). Transcrição de vídeo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gxDsgIWkVJQ>. Acesso em: 4 mar. 2025.



BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 mar. 2025.

BRASIL. *Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 4 mar. 2025.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas: Sisnad. Brasília, DF: Presidência da República, 24 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 4 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL). Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgado em: 12 ago. 2024a. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 21 ago. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756703118>. Acesso em: 29 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 13 jun. 2019. Brasília, DF, 1 jul. 2019a. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 29 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em: 13 jun. 2019b. Brasília, DF, 29 set. 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/MI4733.pdf>. Acesso em: 29 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 12404*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em: 3 set. 2024. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 4 set. 2024b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6888934>. Acesso em: 29 maio 2025.

CAMPOS, C. A. A. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 320-348, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistadc/article/view/8782>. Acesso em: 20 out. 2025.

CONTINENTINO, M. C. História do judicial review: o mito de Marbury. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, 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. Acesso em: 29 maio 2025.

JACOB, M. A. Ativismo judicial: uma realidade no Judiciário brasileiro. *Status Libertatis*, Paranaíba, v. 1, n. 1, p. 64-79, 2018. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/libertatis/article/view/2590>. Acesso em: 29 maio 2025.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MONTESQUIEU, C. S., Barão de. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAMOS, E. S. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.