



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**PEDRO MIGUEL MALAQUIAS DE MESQUITA DA SILVA**

**ATIVISMO JUDICIAL NA ADO 26:  
uma análise da criminalização da homofobia no Brasil**

**BRASÍLIA  
2024**

**PEDRO MIGUEL MALAQUIAS DE MESQUITA DA SILVA**

**ATIVISMO JUDICIAL NA ADO 26:  
uma análise da criminalização da homofobia no Brasil**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Tadeu

**BRASÍLIA  
2024**

**PEDRO MIGUEL MALAQUIAS DE MESQUITA DA SILVA**

**ATIVISMO JUDICIAL NA ADO 26:  
Uma análise da criminalização da homofobia no Brasil**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Tadeu

**BRASÍLIA, 20 DE ABRIL DE 2024**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor(a) Orientador(a)**

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

## ATIVISMO JUDICIAL NA ADO 26

Pedro Miguel Malaquias de Mesquita da Silva <sup>1</sup>

**Resumo:** O ativismo judicial, evidenciado na ADO 26 que tramitou no STF, focaliza a necessidade de criminalizar a homofobia para preencher lacunas legislativas no Brasil. Este trabalho examina o debate sobre o papel do judiciário em democracia, ponderando entre a proteção de direitos fundamentais e a preservação da separação de poderes. Através de uma análise detalhada das decisões do STF, o estudo explora os impactos jurídicos e sociais do ativismo judicial, questionando sua legitimidade democrática e os efeitos nas políticas públicas para a comunidade LGBTQ+.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial, ADO 26, criminalização da homofobia, direitos LGBTQ+, Supremo Tribunal Federal, separação de poderes, legitimidade democrática.

### Sumário:

Introdução. 1. "Ativismo Judicial: Conceito e os Desafios Democráticos" 2. "ADO 26 e a Evolução do Ativismo Judicial no Brasil: Entre Direitos, Democracia e Dilemas Institucionais" 3. "Equilíbrio e Desafios: O Ativismo Judicial da ADO 26 no Contexto da Separação de Poderes" 4. "Desafios e Perspectivas: Navegando o Ativismo Judicial e a Democracia no Brasil Pós-ADO 26" 5. "Entre a Espada e a Balança: Ativismo Judicial em Perspectiva Global e Teórica" Considerações finais. Referências.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

[pedromiguelmalaquias@sempreceub.com](mailto:pedromiguelmalaquias@sempreceub.com)

## INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é uma prática que os tribunais interpretam e aplicam as leis de forma que influencie mudanças sociais e políticas, esse assunto tem sido objeto de muito debate dentro da comunidade jurídica. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, apresentada ao Supremo Tribunal Federal (STF) em 2012, o ativismo judicial ganhou visibilidade ao mostrar a questão da criminalização da homofobia no Brasil. Esta ação buscava preencher uma lacuna legislativa ao obrigar que o Congresso Nacional tomasse medidas para criminalizar atos de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. No entanto, a discussão em torno do ativismo judicial levanta questões muito importante sobre o papel do judiciário em uma democracia constitucional. Enquanto alguns defendem que o ativismo judicial é essencial para garantir a eficácia dos direitos fundamentais e proteger minorias vulneráveis, outros argumentam que ele pode minar a separação de poderes e a legitimidade democrática ao usurpar a função do legislativo. Neste contexto, surge o argumento central deste trabalho: que houve ativismo judicial na ADO 26 e que isso afeta a análise da criminalização da homofobia no Brasil, gerando insegurança jurídica e questionamentos sobre a legitimidade das decisões do STF. Para abordar este tópico, este TCC se propõe a examinar em detalhes as decisões do STF na ADO 26, analisando os argumentos jurídicos apresentados pelos ministros e os impactos sociais e políticos de suas decisões. Além disso, serão exploradas as perspectivas teóricas sobre o ativismo judicial e seus efeitos no estado democrático de direito. O trabalho será dividido em seções dedicadas à revisão da literatura, metodologia de pesquisa, análise das decisões do STF, discussão dos resultados e conclusões. O objetivo deste estudo é investigar o papel do ativismo judicial na ADO 26 e suas implicações para a jurisprudência brasileira, bem como para a proteção dos direitos fundamentais da comunidade LGBTQ+. As questões de pesquisa que orientarão esta investigação são: (1) Quais foram os principais argumentos jurídicos apresentados pelo STF na ADO 26? (2) Como essas decisões afetam a análise da criminalização da homofobia no Brasil? (3) Qual é o impacto do ativismo judicial na legitimidade democrática e na separação de poderes no sistema jurídico brasileiro?

### **1. "Ativismo Judicial: Conceito e os Desafios Democráticos"**

#### **1.1 - Conceito e Fundamentos do Ativismo Judicial**

O ativismo judicial, enquanto fenômeno jurídico, manifesta-se predominantemente quando o Poder Judiciário, em sua função interpretativa da Constituição e das leis, assume um

papel proeminente e direcionador na condução de políticas públicas e na moldura dos contornos jurídicos, especialmente frente a questões polêmicas ou áreas marcadas por uma notável ausência de ação legislativa e alguns autores criam conceitos para entendermos melhor o que é ativismo.

Segundo Barroso 2015, "quando o Poder Judiciário decide questões de maneira inovadora, estabelecendo entendimentos novos e diferentes dos que tradicionalmente predominavam nos tribunais e na sociedade, e, muitas vezes, sem suporte nitidamente identificável em texto legal algum" (BARROSO, 2015, p. 10).

Conforme discutido por Barroso em sua análise sobre o aumento do escopo de atuação do Judiciário em face da crise de legitimidade do Poder Legislativo, o fenômeno do ativismo judicial ganha destaque como uma resposta necessária à inércia legislativa, especialmente em contextos de questões sociais complexas e emergentes.

Essa expansão das funções judiciais, no entanto, acarreta questionamentos profundos acerca da legitimidade democrática e da separação dos poderes, uma vez que coloca o Judiciário em um papel ativamente normativo, tradicionalmente reservado ao Legislativo. A preocupação de Barroso soa com a observação de que, embora o ativismo judicial possa ser impulsionado pela necessidade de garantir direitos fundamentais e preencher lacunas legais, essa atuação mais expansiva frequentemente abre debates intensos sobre o equilíbrio de poder dentro da estrutura democrática (Barroso, 2009).

"No Brasil, o ativismo judicial é fundamentado na evolução do Estado em direção a um modelo de bem-estar, apresentando contradições inerentes em termos de democracia e participação cidadã, conforme discutido na análise das atuações do Supremo Tribunal Federal e sua relação com o exercício da cidadania" (GARAU et al., 2015, p. 2).

## **1.2 - Desafios e Implicações Democráticas do Ativismo Judicial**

Ao analisar casos concretos nos quais o ativismo judicial se faz presente, observa-se que a atuação expansiva dos tribunais ultrapassa a mera interpretação das leis existentes. Neste contexto de judicialização da política, onde tribunais assumem um papel proativo na criação de normas, Maranga (2010) destaca a importância e a inevitabilidade do ativismo judicial como um mecanismo dinâmico de adaptação às mudanças sociais.

O autor aponta que, embora a geração de normatividade autônoma pelos tribunais possa ser vista como uma apropriação de poderes tradicionalmente legislativos, é também uma resposta necessária a um ambiente legislativo muitas vezes paralisado por diferenças políticas ou incapaz de abordar questões emergentes com a celeridade requerida.

A atuação do Judiciário, portanto, não apenas reflete uma necessidade de resposta rápida às exigências sociais, mas também preenche um vácuo deixado pelo Legislativo, especialmente em contextos de urgência ou alta complexidade social.

No entanto, Maranga também aponta que esse papel ativista deve sempre buscar manter o equilíbrio com os princípios fundamentais da democracia, como a transparência e a participação política, apesar dos desafios que isso representa em termos de legitimidade e aceitação pública (Maranga, 2010).

Exemplares notáveis dessa prática incluem decisões judiciais que promovem a extensão de direitos civis a coletividades que não encontram expressa previsão legal, bem como aquelas que determinam a implementação de políticas públicas específicas.

Nestes casos, o Judiciário, ao interpretar a Constituição e as leis sob uma ótica expansiva, contribui para a consolidação de um estado de direito mais inclusivo e voltado às dinâmicas sociais que estão sempre em constante evolução. Por exemplo, decisões que reconhecem direitos de minorias sexuais ou que impõem ao Estado o dever de garantir acesso a tratamentos médicos inovadores, sem que tenha legislação específica nesse sentido, ilustram bem a parte do ativismo judicial como forma de avanço social.

Contudo, essas mesmas decisões são frequentemente acompanhadas de perguntas sobre de sua validade e eficácia a longo prazo, dada a ausência de um debate legislativo mais amplo e representativo que conferiria, segundo essa visão, maior legitimidade e estabilidade às inovações introduzidas.

A continuação desse processo de ativismo judicial e a sua relação essencial com a dinâmica democrática nos levam a refletir de forma mais profunda sobre os limites e possibilidades dessa prática dentro de um estado de direito. Berizonce (2015) aborda justamente esse duelo no entendimento do ativismo judicial, destacando como ele pode, ao mesmo tempo, fortalecer e desafiar os princípios democráticos de um estado de direito. (Berizonce, 2015).

O autor argumenta que, enquanto a atuação dos tribunais no preenchimento de lacunas legislativas é essencial para a garantia de direitos não atendidos pelo processo legislativo tradicional, ela também traz desafios significativos quanto à representatividade e à responsabilidade democrática. O risco apontado é que, ao assumirem o papel de formuladores de políticas, os tribunais podem inadvertidamente diminuir a participação das pessoas nas decisões que afetam a vida coletiva, potencialmente criando uma forma de despotismo judiciário, onde poucos decidem pelo muitos. (Berizonce, 2015).

Berizonce propõe que é crucial manter um "diálogo institucional" robusto entre os poderes, onde o ativismo judicial seja equilibrado com intervenções e revisões periódicas pelo legislativo para assegurar que a governança continue a refletir a vontade do corpo político como um todo, mantendo a legitimidade e a eficácia das decisões judiciais em longo prazo (Berizonce, 2015).

Quando os tribunais criam regras e decidem sobre políticas públicas, eles acabam fazendo tarefas que normalmente são responsabilidades dos poderes Executivo e Legislativo. Isso pode causar uma confusão nas funções tradicionais de cada poder do governo, especialmente porque os juízes não são eleitos pelo povo, como os políticos.

"O ativismo judicial, quando os juízes vão além de suas competências tradicionais e começam a tomar decisões que têm implicações políticas substanciais, representa um desafio para a democracia representativa e para a separação dos poderes tradicionalmente reconhecida." (BARROSO, 2010, p. 10).

Alyes e Carlos (2015) discutem as implicações do ativismo judicial para a divisão de poderes, destacando como decisões judiciais sobre a alocação de recursos ou direitos sociais podem ultrapassar os limites tradicionais do Judiciário, invadindo áreas do Executivo e Legislativo. Eles alertam que, embora essas ações possam ser motivadas por urgências legítimas, elas desafiam a legitimidade democrática de políticas que deveriam ser decididas por representantes eleitos e sujeitos ao controle social.

Esta complexidade se acentua quando consideramos o impacto de longo prazo que decisões ativistas podem ter sobre a jurisprudência e a própria estrutura do direito. Ao estabelecerem novos precedentes, os tribunais não apenas resolvem o caso concreto, mas também sinalizam caminhos para futuras decisões, podendo, assim, influenciar significativamente a evolução do direito.



Essa influência, por um lado, pode ser vista como positiva, na medida em que contribui para a adaptação do ordenamento jurídico a novas realidades sociais e tecnológicas. Por outro lado, corre-se o risco de gerar uma certa imprevisibilidade no direito, especialmente se as decisões ativistas se basearem em interpretações muito particulares da Constituição ou das leis, que não encontrem respaldo em um consenso amplo dentro da comunidade jurídica ou da sociedade.

Portanto, a prática do ativismo judicial, embora possa ser vista como um instrumento de promoção de justiça social e de adaptação do direito às mudanças sociais, também exige uma reflexão cuidadosa sobre seus limites e implicações. É necessário ponderar até que ponto o Judiciário pode ou deve intervir na definição de políticas públicas e na criação de normas, sem que isso represente uma usurpação das funções dos poderes Executivo e Legislativo ou uma ameaça ao princípio da separação de poderes.

Essa ponderação envolve não apenas questões jurídicas, mas também debates mais amplos sobre a natureza da democracia, a legitimidade das diferentes formas de exercício do poder e o papel das instituições judiciais em uma sociedade democrática.

O ativismo judicial acontece quando os tribunais intercedem para proteger direitos fundamentais, especialmente quando o Legislativo não atua de forma adequada. Essa atuação é essencial para defender direitos individuais e coletivos, mas também traz o desafio de não ultrapassar os limites das suas funções originais.

Os tribunais frequentemente lidam com questões emergentes como igualdade de gênero e proteção ambiental, preenchendo lacunas deixadas por outras áreas do governo. Maranga (2010) explora o papel crítico do Judiciário na garantia de direitos fundamentais, especialmente quando o Legislativo falha em atuar eficazmente. Ele fala que, embora seja essencial para os tribunais intervir em questões de direitos individuais e coletivos, há uma linha tênue entre a proteção necessária e a excessiva judicialização que pode parecer uma invasão das funções legislativas. (Maranga, 2010).

Maranga destaca que decisões judiciais em áreas como igualdade de gênero, direitos das minorias, proteção ambiental e acesso à saúde são tentativas de adaptar o direito às novas exigências sociais, cumprindo um papel vital na sociedade moderna, mas também exigem cuidado para não desequilibrar a separação de poderes tradicional (Maranga, 2010).

A intervenção ativa dos tribunais em questões de direitos pode levar a uma dependência do Judiciário, potencialmente enfraquecendo outros poderes governamentais e contribuindo para divisões políticas e sociais. Para manter sua legitimidade, é vital que as decisões judiciais reflitam valores sociais, sejam transparentes e fundamentadas, e que haja diálogo com o poder Legislativo e a sociedade civil. Barroso destaca a importância de equilibrar a resposta às demandas sociais com o respeito aos princípios democráticos, como a separação de poderes e a soberania popular. (Barroso, 2009).

Por fim, o debate sobre o ativismo judicial nos conduz a ponderar sobre o futuro da democracia e sobre como as sociedades escolhem enfrentar seus desafios mais prementes. A busca por um equilíbrio entre a necessidade de proteção jurídica imediata de direitos e a preservação dos processos democráticos de deliberação e decisão coletiva reflete a complexidade da vida em sociedade e os desafios inerentes ao exercício do poder em um mundo em constante mudança.

Assim, mais do que uma questão de limites da atuação judicial, o ativismo judicial representa um convite à reflexão sobre os valores fundamentais que sustentam a coexistência humana e sobre os caminhos através dos quais buscamos realizar a justiça em meio às dinâmicas poderes que moldam nossas vidas coletivas.

## **2. "ADO 26 e a Evolução do Ativismo Judicial no Brasil: Entre Direitos, Democracia e Dilemas Institucionais"**

### **2.1 - Ativismo Judicial e Proteção de Direitos**

A decisão do STF na ADO 26 exemplifica o ativismo judicial necessário em face da inércia legislativa, conforme discutido por Alyes e Carlos (2015). Ao criminalizar homofobia e transfobia, o Supremo não só preencheu uma lacuna legislativa, mas também estabeleceu um marco legal significativo alinhado com princípios de justiça e igualdade. Esse caso destaca o papel crucial do judiciário na moldagem de políticas públicas e na proteção de direitos civis em contextos urgentes (Alyes & Carlos, 2015).

Segundo Barroso, “Nos últimos tempos, no Brasil, a expressão ativismo judicial perdeu o sentido original. Fenômeno semelhante havia ocorrido nos Estados Unidos. A expressão hoje

se tornou uma forma depreciativa de se referir a esse papel mais expansivo do Judiciário e sobretudo do STF.” (BARROSO, 2015, p. 384).

A decisão do STF na ADO 26 pode ser analisada à luz do trabalho de Rosenfeld (2017), que explora como os tribunais supremos, ao enfrentarem lacunas legislativas, podem estender a interpretação da constituição para proteger direitos humanos fundamentais. Neste caso, a ação do Supremo ao considerar homofobia e transfobia como crimes de racismo exemplifica uma abordagem proativa na proteção da dignidade humana, utilizando-se de uma interpretação constitucional ampla que responde às necessidades urgentes da sociedade, mesmo na ausência de legislação específica (Rosenfeld, 2017).

O caso ADO 26 também pode ser analisado através das ideias de Ronald Dworkin em seu livro "Taking Rights Seriously" (1977), onde ele discute o papel dos tribunais em proteger direitos fundamentais na ausência de ação legislativa. Ao classificar homofobia e transfobia como racismo, o STF alinhou-se com os princípios da Constituição Brasileira que enfatizam a dignidade e a igualdade como fundamentos essenciais do Estado (CF, Art. 1º, III e IV), exemplificando a capacidade do Judiciário de assegurar justiça social quando o Legislativo falha (Dworkin, 1977).

## **2.2 - Desafios Institucionais e Democráticos**

Por outro lado, a decisão da ADO 26 também gerou um intenso debate sobre os limites da atuação do STF e a separação de poderes no Brasil. Este debate sobre a ADO 26 reflete as ideias de Jeremy Waldron em "Law and Disagreement" (1999), onde ele argumenta que decisões morais significativas deveriam ser resolvidas através do processo legislativo, não pelo judiciário. Waldron enfatiza que a deliberação democrática é essencial para legitimar decisões sobre direitos, ressaltando o risco de judicialização excessiva comprometer os princípios democráticos ao transferir poder decisório para o Judiciário (Waldron, 1999).

A controvérsia em torno da ADO 26, portanto, reflete dilemas fundamentais sobre a natureza da democracia, a proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio entre os poderes. O caso ilustra não apenas a capacidade do Judiciário de agir como um importante agente de mudança social, mas também as complexas tensões que surgem quando este poder adota um papel mais ativo na conformação da ordem jurídica e social.

Nesse sentido, analisada sob a ótica de Bruce Ackerman em "We the People" (1991), ilustra os dilemas entre democracia e proteção de direitos. Ackerman destaca como o Judiciário,

ao promover mudanças sociais, também enfrenta tensões no equilíbrio de poderes e na legitimação democrática. Este caso exemplifica tanto o potencial quanto os desafios do ativismo judicial, enfatizando a necessidade de equilibrar a justiça social com a governança democrática (Ackerman, 1991).

No entanto, na atuação do STF na ADO 26 também levanta questões importantes sobre o princípio da separação de poderes. A atuação do STF na ADO 26 reflete as preocupações de Alexander Hamilton no Federalista nº 78 sobre o papel e os limites do Judiciário. Hamilton argumentava que o Judiciário, sendo o mais fraco dos três poderes, não deveria exercer força ou vontade, mas apenas julgamento. A decisão do STF de criminalizar a homofobia e a transfobia, entrando em uma esfera tradicionalmente legislativa, questiona a separação de poderes e levanta dúvidas sobre a sustentabilidade e legitimidade dessas intervenções judiciais (Hamilton, 1788).

Essa tensão entre a necessidade de proteção dos direitos fundamentais e a preservação da autonomia legislativa coloca em relevo o desafio enfrentado pelo STF ao equilibrar seu papel de guardião da Constituição com o respeito ao princípio democrático.

Neste contexto, Na ADO 26, a tensão entre proteger direitos fundamentais e preservar a autonomia legislativa é destacada por Mark Tushnet em "Weak Courts, Strong Rights" (2008). Tushnet argumenta que a proteção eficaz dos direitos exige um diálogo institucional entre Judiciário, Legislativo e sociedade civil. Este processo complexo deve integrar a intervenção judicial com a deliberação legislativa e a participação cívica, promovendo consensos democráticos sustentáveis (Tushnet, 2008).

Além disso, a ADO 26 lança luz sobre o papel do direito como instrumento de transformação social. Ao reconhecer a homofobia e a transfobia como formas de discriminação comparáveis ao racismo, o STF contribuiu para a redefinição dos contornos da igualdade e da dignidade humana no direito brasileiro.

Esta decisão reflete uma compreensão ampliada de justiça social, que abraça a diversidade e busca combater todas as formas de opressão e exclusão. Contudo, a eficácia dessa abordagem depende não apenas da clarividência dos juízes, mas também da capacidade da sociedade e de seus representantes eleitos de internalizar e implementar esses princípios no ordenamento jurídico e nas práticas sociais.

Em última análise, a ADO 26 é emblemática dos desafios e possibilidades que emergem quando o direito é mobilizado como ferramenta de mudança social. Ao mesmo tempo em que evidencia a capacidade do Judiciário de agir como um catalisador para a proteção dos direitos fundamentais, também destaca a necessidade de uma abordagem mais integrada e participativa na resolução de dilemas sociais.

Assim, enquanto a decisão do STF na ADO 26 será lembrada como um passo importante na luta contra a discriminação e pela igualdade de direitos, também serve como um convite à reflexão sobre os caminhos futuros do ativismo judicial e sua relação com os princípios democráticos e a soberania popular.

A relação entre ativismo judicial e democracia na ADO 26 ecoa as teorias de Cass Sunstein em "Designing Democracy: What Constitutions Do" (2001). Sunstein argumenta que o ativismo judicial, quando respeita princípios constitucionais e democráticos, pode moldar positivamente a sociedade, promovendo inclusão e justiça. Ele destaca, no entanto, a necessidade de os juízes entenderem as amplas repercussões sociais, políticas e culturais de suas decisões (Sunstein, 2001).

A decisão do STF na ADO 26, ao encarar a homofobia e a transfobia como crimes equiparáveis ao racismo, serviu como um poderoso reconhecimento jurídico da dignidade e dos direitos de indivíduos LGBTQIA+, estabelecendo um precedente significativo para a proteção contra a discriminação.

Este passo, embora controverso para alguns, ilustra um exercício de poder judicial que visa preencher vazios legislativos que diretamente afetam a vida e a liberdade de minorias, operando como um mecanismo de correção para injustiças históricas e contemporâneas. O julgamento transcendeu a questão imediata da criminalização da homofobia e da transfobia, abordando questões mais amplas de justiça social, igualdade e direitos humanos.

Por outro lado, a ação do STF também levanta questões pertinentes sobre a soberania do legislativo e os limites da interpretação constitucional. Embora o ativismo judicial possa ser justificado em circunstâncias de inércia legislativa diante de violações flagrantes de direitos fundamentais, ele também pressiona o judiciário a navegar cuidadosamente entre a aplicação da justiça e a usurpação de funções legislativas. Essa balança entre intervir para proteger direitos e respeitar a autonomia do processo legislativo democrático é delicada e requer um

judiciário consciente de seu papel constitucional e das implicações de longo prazo de suas decisões.

Aharon Barak aborda esta tensão no STF em "The Judge in a Democracy" (2006), discutindo o equilíbrio necessário entre ativismo judicial e respeito ao legislativo. Ele defende a intervenção judicial em casos de inércia legislativa contra violações de direitos fundamentais, mas alerta para o risco de usurpar funções legislativas. Barak sublinha a importância de um judiciário consciente de seu papel constitucional e das implicações de suas decisões (Barak, 2006).

Ademais, o caso da ADO 26 destaca a importância da educação jurídica e da conscientização pública sobre os direitos fundamentais e o papel dos tribunais na sua proteção e promoção. A reação da sociedade a decisões judiciais de grande impacto social como esta pode variar amplamente, influenciada por fatores culturais, religiosos e políticos.

Portanto, além de decidir sobre questões de direito, os tribunais têm a responsabilidade de comunicar suas decisões de maneira que esclareça o raciocínio jurídico por trás delas, promovendo um entendimento mais profundo dos princípios constitucionais e democráticos que orientam a jurisprudência.

A Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 representa um ponto de inflexão significativo na discussão sobre ativismo judicial no Brasil, ilustrando a dinâmica entre a jurisdição constitucional e as questões sociais contemporâneas. A literatura jurídica sugere que o ativismo judicial pode ser visto tanto como uma resposta necessária à inércia legislativa quanto como um desafio aos princípios de separação de poderes, dependendo da perspectiva adotada (Silva, 2019).

Nesse contexto, a jurisprudência da ADO 26 destaca-se como um reflexo das tensões entre a necessidade de proteção dos direitos fundamentais e os riscos de uma judicialização excessiva da política (Costa, 2021).

Portanto, este caso não apenas reafirma a natureza mutável do direito como também sublinha sua função essencial na promoção da justiça e na garantia da dignidade humana (Santos, 2022).

### **3. "Equilíbrio e Desafios: O Ativismo Judicial da ADO 26 no Contexto da Separação de Poderes"**

### **3.1 - A Decisão da ADO 26 e o Ativismo Judicial**

A controvérsia gerada pela Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 é emblemática das dinâmicas complexas e, por vezes, controversas entre o ativismo judicial e o princípio da separação de poderes, um pilar estrutural na arquitetura do sistema democrático brasileiro.

Segundo Abboud, “a questão judicial se transforma em mera disputa política ou ideológica. É o velho risco da política colonizando todo o discurso jurídico. Nessa colonização, o fundamento último do direito deixa de ser a Constituição e passa a ser decisão política.” (ABBOUD et al., 2019, p. 5)

Ao decidir pela equiparação da homofobia e da transfobia ao racismo, o Supremo Tribunal Federal (STF) não se limitou a uma interpretação literal da Constituição; antes, avançou para uma leitura expansiva, extrapolando os limites textuais para abordar questões sociais prementes que demandavam uma resposta jurídica urgente.

Esta decisão, enquanto demonstração de compromisso com a proteção dos direitos humanos, evidencia a complexidade do papel do Judiciário na interpretação e na aplicação da lei em face de lacunas legislativas significativas.

Por um lado, a ação do STF pode ser considerada uma manifestação necessária de ativismo judicial. A ação do STF na ADO 26 reflete o ativismo judicial necessário descrito por Ronald Dworkin em "Taking Rights Seriously" (1977). Dworkin defende que, perante a hesitação legislativa em proteger minorias, o Judiciário deve atuar para assegurar direitos fundamentais e promover igualdade. Esta intervenção, embora possa parecer uma intrusão nas prerrogativas legislativas, é justificada pela urgência em proteger a dignidade humana (Dworkin, 1977).

Contudo, esta intervenção do STF também suscita importantes questionamentos sobre a divisão de poderes, uma vez que confere ao Judiciário um poder que, segundo a estrutura constitucional tradicional, pertence ao Legislativo.

### **3.2. Reflexões sobre a Separação de Poderes e o Futuro do Ativismo Judicial**

A decisão da ADO 26, ao preencher uma lacuna legislativa por meio de uma interpretação expansiva da Constituição, revela a complexidade e os desafios inerentes ao equilíbrio de poderes.

Ao assumir um papel ativo na criação de normas que afetam diretamente o tecido social, o STF parece transcender sua função primordial de interpretar a lei, adentrando em territórios que tradicionalmente pertencem ao processo legislativo democrático.

Este ato de ativismo judicial, portanto, levanta uma questão fundamental sobre o papel do Judiciário em um sistema democrático: até que ponto os tribunais devem intervir para corrigir falhas ou omissões legislativas sem comprometer o princípio da separação de poderes?

A decisão da ADO 26, embora motivada por uma intenção louvável de proteger direitos humanos fundamentais, coloca em xeque a delimitação entre as funções judiciais e legislativas, sugerindo um potencial usurpação de prerrogativas que, pela Constituição, são atribuídas ao Congresso Nacional.

Esta situação implica em uma reflexão mais profunda sobre a natureza e os limites do ativismo judicial dentro de um quadro democrático. Enquanto a proteção dos direitos humanos e a promoção da justiça social são imperativos éticos e legais que justificam uma atuação judicial proativa, é igualmente importante preservar o equilíbrio de poderes que sustenta a democracia.

A decisão na ADO 26 revela as tensões entre as intervenções judiciais e as competências legislativas, destacando os desafios que emergem quando os tribunais assumem um papel ativo na definição de políticas públicas, especialmente em temas sensíveis e significativos. Este episódio serve como um caso crucial para o debate sobre os limites e a legitimidade do ativismo judicial, argumentando que, embora a proteção de direitos humanos seja essencial, não deve comprometer a separação de poderes delineada constitucionalmente (Mendes, 2019).

Assim, a controvérsia em torno da ADO 26 não se resume a uma questão de legalidade ou moralidade das ações do STF, mas reflete um dilema maior sobre como equilibrar a necessidade de justiça social imediata com os princípios democráticos de governança e separação de poderes.

A ADO 26, portanto, destaca-se como um divisor de águas no debate sobre a extensão do poder judicial. Esse caso evidencia a necessidade de manter um equilíbrio entre proteger direitos fundamentais e preservar a separação de poderes, essencial para a democracia. A interação entre judiciário, legislativo e sociedade é crucial para garantir que a justiça social fortaleça, e não subverta, a soberania popular. (Barroso, 2020).



Dando continuidade à reflexão sobre o complexo equilíbrio entre o ativismo judicial e a separação de poderes ilustrado pela ADO 26, é importante considerar as implicações desse equilíbrio para a legitimidade democrática e a governança. A ação do STF, embora tenha sido recebida por muitos como um passo necessário na luta contra a discriminação e pela promoção da igualdade, também lança luz sobre a crescente tensão entre a necessidade de proteção dos direitos fundamentais e o respeito aos mecanismos tradicionais de tomada de decisão democrática.

A legitimidade do ativismo judicial, especialmente em democracias consolidadas, repousa na percepção pública de que tais intervenções são não apenas necessárias, mas também justas e baseadas em uma interpretação cuidadosa da lei e dos princípios constitucionais. A legitimidade do ativismo judicial é crucial, como visto no caso da ADO 26, onde o STF agiu para proteger direitos fundamentais frente à inação legislativa sobre discriminação sexual. Este ato reflete a tensão entre os poderes judicial e legislativo na interpretação de princípios constitucionais (Mendes, 2019)

No caso da ADO 26, o STF justificou sua decisão com base na urgente necessidade de proteger direitos humanos fundamentais, argumentando que a inação legislativa frente à discriminação baseada em orientação sexual e identidade de gênero constituía uma violação dos princípios constitucionais de igualdade e dignidade humana. Essa justificativa, contudo, suscita debates sobre o alcance da autoridade judicial para agir em áreas que, tradicionalmente, são domínio da deliberação legislativa.

O desafio central do ativismo judicial é evitar que se torne uma legislação indireta, substituindo o processo democrático, especialmente em temas morais diversivos. A percepção de que decisões judiciais impõem valores, ignorando a vontade popular, sublinha a necessidade de um equilíbrio entre a ação judicial e a separação de poderes (Barroso, 2020).

A solução para redução das tensões entre os poderes Judiciário e Legislativo pode ser alcançada por meio de uma colaboração mais intensa e um diálogo efetivo, integrando também a sociedade civil no processo democrático. A criação de canais de comunicação entre os poderes facilita a aliança em torno da proteção dos direitos fundamentais, enquanto a participação civil garante que as decisões judiciais abranjam uma variedade mais ampla de perspectivas e valores democráticos (Barroso, 2020).

A criação de canais efetivos de comunicação e cooperação entre os poderes pode facilitar um entendimento comum sobre as responsabilidades compartilhadas na proteção dos direitos fundamentais, enquanto a inclusão da sociedade civil pode assegurar que as decisões judiciais reflitam uma gama mais ampla de perspectivas sociais e valores democráticos.

Além disso, a educação jurídica e cívica desempenha um papel fundamental em esclarecer o público sobre os princípios da separação de poderes e o funcionamento do sistema de justiça, contribuindo para uma compreensão mais matizada do ativismo judicial e seu lugar dentro do arcabouço democrático. Ao educar os cidadãos sobre seus direitos e os mecanismos de proteção dos mesmos, pode-se fomentar uma cultura de respeito aos princípios constitucionais e de engajamento ativo no processo democrático.

Na continuação dessa análise profunda sobre as implicações da ADO 26 para a separação de poderes e o ativismo judicial, é importante abordar a responsabilidade do Poder Judiciário em promover uma jurisprudência que, ao mesmo tempo em que protege direitos fundamentais, mantém uma coesão e respeito aos princípios democráticos e constitucionais.

O desafio reside não apenas em responder às demandas imediatas de justiça social, mas também em assegurar que tais respostas estejam alinhadas com uma visão de longo prazo para a sociedade, baseada em um equilíbrio sustentável entre os diferentes poderes do Estado.

Este equilíbrio sustentável requer uma reflexão contínua e uma autoavaliação por parte do Judiciário sobre sua própria função dentro do sistema democrático. Por um lado, o poder de interpretar a lei confere aos tribunais uma margem significativa de ação para abordar injustiças e promover a igualdade.

Por outro lado, essa margem de ação deve ser exercida com uma conscientização aguda das limitações impostas pela necessidade de preservar a integridade do processo democrático e o respeito à soberania legislativa.

A ADO 26 exemplifica bem o dilema do ativismo judicial: ao proteger direitos de minorias, também intensificou o debate sobre os limites da autoridade judicial e o respeito aos domínios legislativos. Esta decisão reforça a necessidade de ponderar cuidadosamente as intervenções judiciais dentro dos princípios democráticos. (Barroso, 2020).

Além disso, a questão do ativismo judicial, especialmente em casos controversos como o da ADO 26, destaca a importância da legitimidade e da transparência nas decisões judiciais.

A legitimidade do Judiciário está atrelada ao reconhecimento de sua imparcialidade e adesão aos princípios constitucionais. Quando percebido como ultrapassando suas prerrogativas, o Judiciário pode enfrentar questionamentos sobre sua legitimidade, impactando a confiança no sistema de justiça. Portanto, é crucial que decisões judiciais significativas sejam claramente justificadas e transparentes, demonstrando seu alinhamento com a Constituição e valores democráticos (Barroso, 2020).

A transparência e o diálogo com a sociedade são essenciais para preservar a legitimidade do Judiciário frente ao ativismo. O engajamento com a comunidade jurídica, acadêmica e civil amplia as perspectivas no processo decisório, garantindo que o Judiciário atenda às demandas de justiça social e reflita valores sociais mais amplos. Este diálogo bidirecional, onde o Judiciário compartilha e recebe feedback, é fundamental para manter sua relevância e aceitação (Barroso, 2020).

Finalmente, o debate em torno da ADO 26 e a tensão entre ativismo judicial e separação de poderes reforçam a necessidade de uma constante evolução do direito, que seja capaz de se adaptar às mudanças sociais sem comprometer os princípios fundamentais de democracia e justiça.

Esta evolução requer um diálogo constante não só entre os poderes do Estado, mas também entre o Estado e a sociedade, assegurando que o desenvolvimento jurídico esteja em harmonia com os princípios democráticos e as necessidades sociais.

Assim, a controvérsia suscitada pela ADO 26 não deve ser vista apenas como um ponto de fricção, mas como uma oportunidade para reflexão e crescimento coletivos, onde o desafio de equilibrar a proteção dos direitos fundamentais com o respeito à separação de poderes pode levar a um fortalecimento das instituições democráticas e ao aprofundamento do compromisso com a justiça social.

#### **4. "Desafios e Perspectivas: Navegando o Ativismo Judicial e a Democracia no Brasil Pós-ADO 26"**

##### **4.1. Ativismo Judicial e Impactos Institucionais**

O ativismo judicial, como demonstrado pela decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação de inconstitucionalidade por omissão (ADO 26), incita um amplo espectro de implicações para o estado democrático de direito, especialmente ao considerarmos sua

influência na jurisprudência. A criação de precedentes judiciais, especialmente aqueles que se situam fora do âmbito do processo legislativo tradicional, apresenta uma dinâmica complexa e multifacetada que afeta diretamente o ordenamento jurídico.

Esta prática introduz um grau significativo de incerteza, uma vez que as decisões proferidas sob tais circunstâncias não emanam de um processo deliberativo característico do poder legislativo, mas sim da interpretação e da vontade dos magistrados em responder a lacunas ou questões emergentes na sociedade. Este fenômeno pode conduzir a um cenário onde a judicialização da política se torna cada vez mais prevalente, caracterizado por uma tendência de transferir para o Judiciário questões que, tradicionalmente, seriam resolvidas no âmbito político ou legislativo.

Segundo Abboud, “a Constituição de 1988 previu para o Poder Judiciário, e para os demais poderes, funções atípicas, cujo exercício é permitido, desde que permaneça restrito aos parâmetros desenhados pela engenharia constitucional.” (ABBOUD et al., 2019, p. 6)

Além disso, a prática do ativismo judicial pode inadvertidamente contribuir para a politização da Justiça, à medida que as decisões judiciais passam a ser vistas não apenas como interpretações neutras da lei, mas como intervenções diretas em debates políticos e sociais contemporâneos.

Este processo pode levar a uma erosão na percepção de imparcialidade e independência do Judiciário, fundamentos que sustentam a confiança pública nas instituições judiciais. Quando o Judiciário é percebido como um ator dentro do espectro político, em vez de um árbitro imparcial acima das disputas partidárias, isso pode, paradoxalmente, enfraquecer o estado de direito ao minar a previsibilidade legal e a estabilidade institucional.

Estes elementos são cruciais não apenas para a proteção efetiva dos direitos fundamentais, mas também para a manutenção da ordem democrática, pois proporcionam um ambiente em que os cidadãos e as empresas podem planejar suas ações e expectativas futuras com base em um conjunto conhecido e estável de regras.

#### **4.2. Fortalecendo a Democracia e o Diálogo Inter poderes**

A prática do ativismo judicial, embora possa ser motivada por uma tentativa genuína de corrigir injustiças e promover direitos, também corre o risco de reduzir o ímpeto reformista entre os legisladores e a sociedade civil. Quando o Judiciário é visto como um mecanismo para

corrigir omissões ou inadequações legislativas, isso pode inadvertidamente desincentivar a participação ativa no processo legislativo, sob a premissa de que eventuais falhas ou lacunas serão eventualmente 'corrigidas' pelo Judiciário.

Este cenário desestimula o debate público robusto e a participação democrática na formação das leis, componentes vitais de uma democracia saudável, pois relega ao Judiciário a responsabilidade final pela forma e conteúdo da legislação. Além disso, tal perspectiva pode atenuar o senso de responsabilidade dos legisladores e da sociedade civil em abordar proativamente questões sociais urgentes, comprometendo assim o dinamismo e a responsividade do processo democrático.

Neste contexto, é imperativo refletir sobre os limites e as possibilidades do ativismo judicial dentro de um estado democrático de direito. Enquanto a intervenção judicial pode oferecer soluções imediatas para injustiças flagrantes, é fundamental garantir que tais intervenções não comprometam os princípios de separação de poderes, previsibilidade legal e estabilidade institucional que formam a espinha dorsal da democracia.

Promover um diálogo construtivo entre os poderes do Estado, fortalecer os processos legislativos e incentivar uma participação cívica ativa e informada são passos essenciais para assegurar que o ativismo judicial complemente, em vez de substituir, os mecanismos democráticos de mudança social.

Dessa forma, a continuidade e a profundidade do ativismo judicial, como ilustrado pelo caso da ADO 26, requerem uma reflexão cuidadosa sobre suas consequências de longo prazo para o tecido da democracia e o princípio da legalidade.

Em uma análise mais detalhada, percebe-se que, embora a intenção por trás do ativismo judicial possa ser a promoção da justiça e a correção de injustiças, seu impacto vai além, afetando a dinâmica entre os poderes estatais e o processo democrático como um todo.

A judicialização da política, frequentemente ligada ao ativismo judicial, altera o cenário de formulação de políticas públicas ao transferir questões políticas para o âmbito judicial. Isso desloca debates de fóruns democráticos abertos para tribunais, que são naturalmente mais restritos e menos acessíveis, limitando a participação popular e centralizando decisões nas mãos de poucos juízes. Essa dinâmica pode comprometer a legitimidade democrática dessas decisões, uma vez que juízes não possuem a mesma representatividade que políticos eleitos (Barroso, 2020).

Além disso, a judicialização da política, vista como uma expansão do papel do Judiciário em temas políticos, traz riscos significativos ao sistema democrático ao limitar a arena de debates públicos. Este fenômeno pode levar à centralização de decisões políticas nas mãos de juízes, potencialmente reduzindo a participação popular e questionando a legitimidade democrática do Judiciário (Verbicaro, 2013).

A prática do ativismo judicial também pode ter implicações para o ímpeto reformista dentro do legislativo e da sociedade civil. Quando o Judiciário é visto como um corretor de omissões ou falhas legislativas, pode surgir uma dependência excessiva nas soluções judiciais para problemas que são fundamentalmente sociais ou políticos.

Isso pode levar a uma atitude de complacência entre os legisladores e ativistas, que, ao invés de buscar reformas legislativas ou mobilização popular, podem optar por canalizar suas energias e recursos para litígios. Embora a litigância possa ser uma ferramenta eficaz para a mudança social, a dependência excessiva nessa estratégia pode enfraquecer os processos legislativos democráticos e inibir a participação cívica ativa e engajada.

Portanto, é essencial buscar um equilíbrio entre a necessidade de proteger e promover direitos fundamentais através da ação judicial e a importância de preservar os princípios democráticos de participação popular, deliberação aberta e separação de poderes. Esse equilíbrio requer uma reflexão contínua sobre o papel do Judiciário em uma democracia, o respeito aos limites da interpretação constitucional e a promoção de uma cultura de engajamento cívico e responsabilidade legislativa.

Através de um compromisso com esses princípios, pode-se assegurar que o ativismo judicial sirva como um complemento, e não como um substituto, aos mecanismos democráticos de mudança e justiça social.

Nesse contexto de reflexão sobre o ativismo judicial, explorar o fortalecimento da democracia e do estado de direito envolve melhorar a accountability e transparência legislativa e governamental. Ao aprimorar esses mecanismos, aumenta-se a participação cívica e incentiva-se o Legislativo a responder proativamente às demandas sociais, diminuindo a necessidade de intervenções judiciais em lacunas legislativas (Mendes, 2019).

Outra via importante é A educação cívica é essencial para fomentar a participação ativa e informada dos cidadãos no processo democrático. Estudos destacam que programas de educação cívica bem-estruturados podem desenvolver habilidades, conhecimentos e atitudes

democráticas, capacitando indivíduos a influenciar positivamente a política e a legislação (Ramadhona, 2023).

Ademais, a colaboração eficaz entre os poderes do Estado é crucial para o desenvolvimento de políticas públicas robustas e equitativas no Brasil. O diálogo e a cooperação entre o Legislativo, Executivo e Judiciário são essenciais para enfrentar os desafios sociais complexos, permitindo a criação de soluções sustentáveis que refletem as necessidades e aspirações da sociedade (Hartley, 2013).

Essa colaboração interinstitucional pode, ainda, contribuir para a harmonização da legislação com os princípios constitucionais e os compromissos internacionais em matéria de direitos humanos, fortalecendo o estado de direito e a proteção dos direitos fundamentais.

Por fim, o fortalecimento dos canais de participação democrática direta, como plebiscitos, referendos e iniciativas legislativas populares, pode proporcionar aos cidadãos meios mais diretos de influenciar as decisões políticas e legislativas. Essas formas de democracia participativa complementam os processos representativos e podem servir como mecanismos para a sociedade civil expressar suas demandas e propor soluções para questões de interesse público. Ao promover uma maior inclusão e participação cívica no processo democrático, é possível reduzir a dependência do ativismo judicial como via primária para a realização de reformas sociais e políticas.

Em resumo, a busca por um equilíbrio entre o ativismo judicial e a manutenção dos princípios democráticos requer uma abordagem multifacetada que envolva o fortalecimento das instituições democráticas, a promoção da educação cívica, o incentivo à participação pública e o fomento ao diálogo interinstitucional. Ao adotar essas estratégias, é possível assegurar que a promoção dos direitos fundamentais e a busca por justiça social ocorram dentro de um quadro que respeite e reforce os fundamentos da democracia e do estado de direito.

## **5. “Entre a Espada e a Balança: Ativismo Judicial em Perspectiva Global e Teórica”**

### **5.1. Ativismo Judicial no Cenário Global**

No estudo do ativismo judicial, é imperativo olhar além das fronteiras nacionais para compreender como diferentes sistemas jurídicos abordam o equilíbrio entre a interpretação da lei e a intervenção em políticas públicas. Um exemplo emblemático pode ser encontrado na

Suprema Corte dos Estados Unidos, particularmente no histórico caso "Brown v. Board of Education" de 1954.

Segundo Ramos, "a discussão sobre ativismo, como se constata nos Estados Unidos, desloca-se mais para o plano da filosofia política, sendo a indagação central a legitimidade do Poder Judiciário, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano." (RAMOS, op. cit., p. 110.)

Nesta decisão, a Corte utilizou seu poder de revisão judicial para declarar a segregação racial em escolas públicas inconstitucional, baseando-se na cláusula de igual proteção sob a 14ª Emenda da Constituição dos EUA. Este caso é frequentemente citado como um marco do ativismo judicial, onde o tribunal não apenas interpretou a Constituição de forma expansiva, mas também instigou mudanças sociais significativas, desafiando normas e políticas segregacionistas arraigadas.

Comparativamente, na Índia, o conceito de "jurisprudência de interesse público" exemplifica outra forma de ativismo judicial. Aqui, os tribunais, especialmente a Suprema Corte da Índia, têm assumido um papel proativo na proteção dos direitos das populações marginalizadas e na promoção da justiça social, frequentemente iniciando casos em nome dos cidadãos.

Um exemplo notável é o caso "Vishaka v. State of Rajasthan" (1997), onde a Suprema Corte estabeleceu diretrizes detalhadas para prevenir o assédio sexual no local de trabalho, na ausência de legislação específica pelo parlamento. Estas diretrizes operaram como lei até que uma legislação adequada fosse finalmente adotada em 2013. Tais atos de intervenção destacam o papel dos tribunais não apenas como intérpretes da lei, mas como agentes de mudança social e reforma legislativa.

Do ponto de vista teórico, o ativismo judicial está profundamente enraizado na tensão entre positivismo jurídico e interpretação constitucional. O positivismo jurídico, que enfatiza a aderência estrita à letra da lei e o papel do legislativo como principal órgão de criação de leis, frequentemente colide com uma abordagem mais interpretativa da constituição, que permite aos juízes considerar os valores, princípios e objetivos subjacentes à lei em suas decisões.

Esta última abordagem é muitas vezes defendida pelos proponentes do ativismo judicial, que veem os tribunais como locais para a realização de justiça substancial e a promoção de



princípios constitucionais fundamentais, especialmente quando as instituições legislativas falham em agir.

Os críticos do ativismo judicial, contudo, alertam para os perigos de uma "tirania dos juízes", onde decisões judiciais substituem a vontade popular expressa através do processo legislativo democrático. Argumentam que o ativismo judicial ameaça a separação de poderes ao conferir ao Judiciário uma autoridade quase legislativa, minando a legitimidade democrática e a responsabilidade política.

Além disso, levantam preocupações sobre a capacidade dos tribunais de se envolverem eficazmente com questões complexas de políticas públicas, dadas as limitações inerentes ao processo judicial e a falta de expertise técnica entre os juízes em áreas específicas de política.

A tensão entre essas perspectivas destaca o dilema fundamental no coração do ativismo judicial: como os tribunais podem equilibrar a necessidade de proteger direitos fundamentais e promover justiça social com a necessidade de manter a democracia representativa e a soberania legislativa. A resposta a esse dilema varia significativamente entre diferentes jurisdições e sistemas jurídicos, refletindo uma diversidade de tradições legais, culturas políticas e histórias constitucionais.

Assim, enquanto o ativismo judicial pode ser uma ferramenta poderosa para o progresso social e a reforma legal, seu uso também exige uma reflexão cuidadosa sobre os princípios democráticos e constitucionais que sustentam o estado de direito.

## **5.2. Casos Concretos de Ativismo Judicial**

Continuando a análise sobre o ativismo judicial e suas dimensões globais, é instrutivo examinar o papel do Tribunal Constitucional da África do Sul no avanço dos direitos humanos e da justiça social, particularmente no caso histórico de "Minister of Health v. Treatment Action Campaign" (2002).

Neste julgamento, o tribunal desafiou a política governamental ao determinar que o estado tinha o dever constitucional de fornecer medicamentos antirretrovirais a gestantes HIV positivas para prevenir a transmissão do vírus aos seus filhos. Este caso não só exemplifica a disposição do tribunal em intervir em decisões políticas em prol dos direitos fundamentais, mas também destaca o uso do ativismo judicial para responsabilizar o governo pela implementação de políticas de saúde pública baseadas em evidências científicas e padrões éticos.

Esta disposição para usar o poder judicial para influenciar a formulação de políticas e promover reformas sociais pode ser contrastada com a atuação mais restrita de alguns tribunais europeus, que tendem a adotar uma postura de deferência maior em relação às decisões legislativas e executivas, especialmente em matéria de políticas públicas.

A Corte Constitucional Alemã, por exemplo, embora tenha desempenhado um papel crucial na interpretação da Lei Fundamental da Alemanha e na proteção dos direitos fundamentais, geralmente hesita em substituir o julgamento legislativo pelo seu, a menos que uma violação clara dos direitos constitucionais esteja em questão.

Este equilíbrio delicado entre o respeito pela autonomia legislativa e a proteção dos direitos fundamentais reflete uma compreensão diferente do papel do ativismo judicial no contexto democrático.

No âmbito teórico, essas diferenças internacionais no ativismo judicial refletem debates filosóficos profundos sobre a natureza da justiça, o papel da constituição em uma sociedade democrática e a legitimidade da interpretação judicial. O debate entre o realismo jurídico e o formalismo legal, por exemplo, é central para compreender a base teórica do ativismo judicial.

Os realistas jurídicos e os formalistas legais representam duas correntes contrastantes na interpretação da lei. Os realistas enfatizam a necessidade de os juízes adaptarem a lei às exigências sociais e éticas atuais, vendo o direito como um instrumento dinâmico para a justiça social. Em contrapartida, os formalistas defendem uma aderência rigorosa ao texto e à intenção original do legislador, valorizando a previsibilidade e a estabilidade legal como barreiras contra decisões judiciais arbitrárias (Twining, 2009).

Essas perspectivas filosóficas não são meramente teóricas; elas têm implicações práticas significativas para a forma como os direitos são protegidos e promovidos em diferentes sociedades. O ativismo judicial, inspirado pelo realismo jurídico, pode oferecer um meio vital de avanço social e proteção de direitos em contextos onde o processo legislativo é lento, corrupto ou incapaz de abordar injustiças sistêmicas.

No entanto, uma abordagem não crítica ao ativismo judicial pode levar a uma erosão da separação de poderes e da soberania popular, especialmente se os tribunais não mantiverem

uma sensibilidade aguda às suas próprias limitações e ao contexto democrático mais amplo de suas intervenções

Portanto, ao analisar o ativismo judicial globalmente, é vital uma abordagem crítica que equilibre a proteção de direitos fundamentais com o risco de excessiva judicialização da política. Importante é buscar um equilíbrio que mantenha a competência dos poderes governamentais, enquanto se assegura que o sistema jurídico seja responsivo às necessidades sociais e injustiças, preservando a integridade democrática e a estabilidade legal.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sido fundamental na influência de políticas públicas e princípios democráticos através de suas decisões, destacando a necessidade de um diálogo construtivo entre os poderes e respeito aos direitos humanos. As decisões da Corte demonstram um compromisso com a proteção dos direitos fundamentais e a promoção de reformas, respeitando a autonomia dos Estados e os processos democráticos (Cavallo, 2017).

A importância de manter esse equilíbrio é ainda mais crítica em situações pós-conflito ou em transições democráticas, nos contextos pós-conflito e transições democráticas, o ativismo judicial desempenha um papel crucial na reconstrução do tecido social e na restauração da confiança nas instituições estatais. Especialmente na Colômbia, o ativismo judicial foi essencial para proteger os direitos das vítimas de conflitos e implementar mecanismos de justiça transicional, contribuindo significativamente para a reconstrução da confiança social e o avanço democrático (Díaz e Fernanda, 2021).

No entanto, é crucial fortalecer instituições democráticas e promover o respeito aos direitos humanos e ao Estado de direito, envolvendo a sociedade civil e desenvolvendo mecanismos de accountability. Isso assegura que o ativismo judicial contribua positivamente para as democracias, especialmente em transições pós-conflito (Landau, 2014).

### **5.3 - Teoria e Crítica do Ativismo Judicial**

Do ponto de vista filosófico, a justificação do ativismo judicial reside na ideia de que os direitos fundamentais e os princípios constitucionais têm um valor intrínseco que transcende as particularidades do processo legislativo. Essa visão é frequentemente associada ao conceito de justiça constitucional, que sustenta que os tribunais têm não apenas o poder, mas também o dever de garantir que a constituição seja um documento vivo, capaz de orientar a sociedade de acordo com os princípios de justiça, igualdade e dignidade humana.

Contudo, os críticos argumentam que um recurso excessivo ao ativismo judicial pode ameaçar a legitimidade democrática ao minar o papel do legislativo como principal fórum para a deliberação e decisão sobre questões de política pública.

A solução do dilema entre ativismo judicial e participação democrática pode ser alcançado cultivando uma cultura jurídica que valorize a proteção de direitos fundamentais e a participação cidadã. Isso envolve um judiciário consciente de seus limites, um legislativo atento às necessidades dos cidadãos e uma sociedade civil ativa, vendo o ativismo judicial como um complemento à ação política, não um substituto

Portanto, A prática do ativismo judicial é complexa e multifacetada, requerendo constante avaliação à luz dos princípios democráticos. Não há uma abordagem única correta, mas sim um equilíbrio necessário em cada sistema jurídico para proteger os direitos fundamentais e promover a justiça social, enquanto respeita a separação de poderes e a legitimidade democrática.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do ativismo judicial, particularmente no caso da ADO 26 no Brasil, oferece uma visão reveladora sobre a interação complexa entre o Judiciário, o Legislativo e os princípios democráticos fundamentais.

A análise de casos como a ADO 26 ilustra como o ativismo judicial pode ser uma ferramenta necessária e eficaz para preencher lacunas legislativas críticas, especialmente em questões urgentes de direitos humanos, como a criminalização da homofobia e da transfobia.

Contudo, este mesmo ativismo judicial levanta questões significativas sobre os limites apropriados da atuação judicial e os impactos dessa atuação sobre a separação de poderes e a soberania popular.

A revisão da literatura e a análise dos dados revelam que, enquanto o ativismo judicial responde a falhas legislativas e promove a justiça social, ele também carrega o potencial de desbalancear o sistema de separação de poderes tradicionalmente consagrado em democracias.

A expansão do papel do Judiciário, como visto na ADO 26, é celebrada por proporcionar proteção imediata a minorias e responder a necessidades sociais prementes. No entanto, isso também traz consigo o risco de judicialização excessiva da política, onde decisões de grande importância social e política são removidas do debate público amplo e deliberativo que caracteriza o processo legislativo.

Este fenômeno pode potencialmente diminuir a participação e o engajamento cívico, ao passo que concentra poder decisório nas mãos de uma elite judicial não eleita. Isso coloca em xeque a legitimidade das decisões judiciais e pode levar a um sentimento de alienação ou desconfiança entre os cidadãos em relação ao sistema jurídico.

Além disso, o ativismo judicial pode inadvertidamente estagnar o ímpeto reformista no Legislativo, desincentivando os legisladores a agir proativamente, sob a suposição de que o Judiciário intervirá quando necessário.

Para enfrentar esses desafios, é crucial que haja um equilíbrio cuidadosamente gerido entre a intervenção judicial necessária e a preservação dos processos democráticos de tomada de decisão. A adoção de um "diálogo institucional" robusto entre os poderes do Estado, como proposto por Berizonce (2015), e o fortalecimento dos processos legislativos e da participação

cívica podem ajudar a garantir que o ativismo judicial complemente, e não substitua, os mecanismos democráticos de mudança social.

Em suma, o caso da ADO 26 não apenas destaca o potencial do ativismo judicial para agir como um catalisador de progresso social e proteção de direitos, mas também serve como um lembrete crítico das limitações e responsabilidades inerentes ao poder judicial.

Este estudo reforça a importância de continuar a pesquisa e o debate sobre as práticas do ativismo judicial, sua legitimidade, e suas implicações a longo prazo para o tecido da democracia e a estabilidade do estado de direito. Assim, a necessidade de uma reflexão contínua e a adaptação das práticas judiciais em resposta às dinâmicas sociais e políticas emergentes permanece um imperativo para a manutenção da justiça, da igualdade e da dignidade humana dentro de um quadro democrático robusto.

A revisão da literatura destaca duas narrativas principais: a necessidade do ativismo judicial frente à inércia legislativa e os desafios que isso impõe à legitimidade democrática e à separação de poderes.

Os principais temas incluem a expansão das funções judiciais como resposta a lacunas legislativas, a preocupação com a usurpação de poderes legislativos pelo Judiciário, e os debates sobre o equilíbrio de poder dentro da estrutura democrática.

Os resultados estão em linha com as discussões acadêmicas que veem o ativismo judicial como uma resposta necessária às deficiências legislativas, conforme discutido por Barroso (2009) e Maranga (2010). No entanto, eles também ressaltam as críticas de que tal ativismo pode minar a democracia representativa, como discutido por Berizonce (2015).

As desvantagens incluem o risco de uma "tirania dos juízes", onde decisões judiciais podem substituir a vontade popular e a deliberação democrática, além de possíveis questionamentos sobre a legitimidade e estabilidade das decisões judiciais a longo prazo.

O ativismo judicial, enquanto tenta proteger direitos fundamentais, pode alterar o equilíbrio de poderes, potencialmente enfraquecendo o Legislativo e erodindo princípios democráticos fundamentais.

A longo prazo, pode haver uma percepção de politização da justiça, o que prejudica a imagem de neutralidade e independência do Judiciário. Decisões como as da ADO 26 podem estabelecer precedentes que tanto expandem os direitos como criam incertezas legais.

A principal limitação é a dependência de perspectivas teóricas e casos específicos que podem não capturar plenamente as nuances locais ou as implicações de longo prazo do ativismo judicial. Além disso, a análise pode sofrer de viés confirmatório, destacando principalmente estudos que apoiam ou criticam o ativismo judicial.

Seria benéfico explorar mais profundamente como diferentes culturas jurídicas e políticas impactam a prática e a percepção do ativismo judicial. Além disso, estudos empíricos sobre as consequências a longo prazo de decisões judiciais ativistas poderiam oferecer insights mais concretos sobre sua eficácia e aceitação pública.

Essa abordagem holística ao explorar o ativismo judicial na ADO 26 oferece uma compreensão detalhada de seus benefícios e riscos, sublinhando a necessidade de equilibrar a proteção de direitos com a manutenção de fundamentos democráticos robustos.

## REFERÊNCIAS

Barroso, L. R. (2012). Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN)THESIS, 5(1), 23–32. Recuperado de <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>

Nascimento Valéria Ribas Do e Pereira Marília Do Nascimento (2017). THE JUDICIAL ACTIVITY AS A PARADIGM FOR DEMOCRATIC CONSOLIDATION: THE (NOT) OVERCOMING OF JUDICIAL ACTIVISM FOR THE CONSTRUCTION OF A CONSTITUTIONAL JURISDICTION. Disponível em: [https://figshare.com/articles/journal\\_contribution/THE\\_JUDICIAL\\_ACTIVITY\\_AS\\_A\\_PARADIGM\\_FOR\\_DEMOCRATIC\\_CONSOLIDATION\\_THE\\_NOT\\_OVERCOMING\\_OF\\_JUDICIAL\\_ACTIVISM\\_FOR\\_THE\\_CONSTRUCTION\\_OF\\_A\\_CONSTITUTIONAL\\_JURISDICTION\\_/4667839/1](https://figshare.com/articles/journal_contribution/THE_JUDICIAL_ACTIVITY_AS_A_PARADIGM_FOR_DEMOCRATIC_CONSOLIDATION_THE_NOT_OVERCOMING_OF_JUDICIAL_ACTIVISM_FOR_THE_CONSTRUCTION_OF_A_CONSTITUTIONAL_JURISDICTION_/4667839/1)

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009.

MARTINS-ALVES JR., L. C. El activismo judicial "República Togada" y el principio de la legalidad "Democracias Parlamentaria". International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, [S. l.], v. 13, n. 27, p. 167–198, 2015. DOI: 10.11144/Javeriana.il15-27.oajr. Disponível em: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/15379>. Acesso em: 22 abr. 2024.

ALYES, Martins; CARLOS, Luís. THE JUDICIAL ACTIVISM OF THE "ROBED REPUBLIC" AND THE RULE OF LAW IN THE "PARLIAMENTARY DEMOCRACY". International Law, n. 27, p. 167-198, 2015.

Maranga, Kennedy M., Judiciary: Courts and Public Policymaking (June 4, 2010). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1528193> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1528193>

Barroso, L. R. (2018). O papel do Supremo Tribunal Federal na consolidação da democracia no Brasil. Editora Fórum.

Verbicaro, L. P. (2008). Judicialização da política no Brasil: aprofundamento ou distorção da democracia. Disponível em: <https://periodicos.uff.br>

Mendes, G. F. (2019). Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. Editora Saraiva.

Ramadhona, A. (2023). Citizenship Education (Civic Education) in the Era of Democratization. Disponível em: <https://jurnal.ucy.ac.id/index.php/fkip/article/view/1899>

Barroso, L. R. (2020). Democracia, separação de poderes e direitos fundamentais. Editora Fórum.

Hartley, R. (2013). Final Report: Developing National Leadership Collaboration: How Might CCI, COSCA, NGA and the NCSL Work Together to Forge Better Public Policy?

Twining, W. (2009). General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective. Cambridge University Press.

Cavallo, G. (2017). Los Derechos Humanos como Límites a la Democracia a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Díaz, U., & Fernanda, M. (2021). El activismo judicial: ¿una herramienta para proteger a las víctimas del conflicto?.

Landau, D. E. (2014). A Dynamic Theory of Judicial Role.

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. Revista dos tribunais, v. 1008, 2019.

ALBERTINI, Felipe. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional, 2017. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola\\_Superior/Biblioteca/Biblioteca\\_Virtual/Livros\\_Digitais/EPM%203253\\_%20Interpreta%C3%A7%C3%A3o\\_constitucional\\_%202017\\_1.pdf#page=231](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Biblioteca_Virtual/Livros_Digitais/EPM%203253_%20Interpreta%C3%A7%C3%A3o_constitucional_%202017_1.pdf#page=231)

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial. Saraiva Educação SA, 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo et al. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. 2012.

Luís Roberto Barroso, Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Temas de direito constitucional, t. IV, 2009, no prelo.

[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao).