

DEMOCRACIA DESAFIADA: ATIVISMO
JUDICIAL, CENTRALIDADE DO DIREITO E
SOCIEDADE HIPERJURISDICIONALIZADA

*DEMOCRACY CHALLENGED: JUDICIAL
ACTIVISM, CENTRALITY OF LAW, AND A
HYPER-JURISDICTIONALIZED SOCIETY*

DEMOCRACIA DESAFIADA: ATIVISMO JUDICIAL, CENTRALIDADE DO DIREITO E SOCIEDADE HIPERJURISDICIONALIZADA¹

DEMOCRACY CHALLENGED: JUDICIAL ACTIVISM, CENTRALITY OF LAW, AND A HYPER-JURISDICTIONALIZED SOCIETY

João Gaspar Rodrigues²

RESUMO

A problemática abordada no estudo é o ativismo judicial, um fenômeno de crescente influência nas democracias modernas, que envolve o papel dos tribunais na política e o risco de desequilíbrio entre os poderes. O termo e a prática, inseridos num contexto de centralidade do Direito e de uma sociedade hiperjurisdicionalizada, são amplamente debatidos, a partir das ambiguidades conceituais que dificultam sua compreensão clara e objetiva. A metodologia utilizada neste ensaio consiste em uma análise avaliativa sistemática para esclarecer o significado do ativismo judicial em diferentes contextos, buscando eliminar a confusão conceitual. O objetivo é promover um debate equilibrado e esclarecedor sobre o papel dos tribunais e os limites do ativismo judicial na democracia brasileira.

Palavras-chaves: democracia; ativismo judicial; politização judicial; centralidade do direito; sociedade hiperjurisdicionalizada.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento natural da democracia defronta-se com fenômenos nunca antes vistos com tamanha imposição e tantos efeitos marginais sobre o convívio social e político. E que surgem envoltos, muitas vezes, em uma onda de passionalidade a dificultar a análise desinteressada e científica. Um destes destes fenômenos é o ativismo judicial ou jurídico, termo poroso e “escorregadio” (*slippery term*³) que recebe também outros

¹ Data de recebimento: 27/06/2025. Data de aceite: 29/04/2025.

² Mestre em direito pela universidade de Coimbra (Portugal). Especialista em direito penal e processo penal pela Universidade cândido mendes/RJ. promotor de justiça do ministério público do amazonas. Atualmente chefe do centro de estudos e aperfeiçoamento funcional do MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3728284485798564>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6512-4643>.

³ Expressão atribuída ao juiz norteamericano Frank Easterbrook (Kmiec, 2004, p. 1.442).

epítetos: governo de juízes, protagonismo judiciário, judicialização da política, *legislating from the bench* (legislar a partir do tribunal)⁴, política judiciária etc. A diversidade de identidade verbal já representa a primeira armadilha na análise do ativismo.

Há muito tempo prospera um debate paralelo no próprio processo democrático sobre o papel dos tribunais na vida política. Nem sempre, como já dito, com a isenção requerida pela matéria que, em si, desperta grande interesse para a definição dos rumos futuros da democracia em escala global. É questão que permanece no radar político, adotando-se em diversas partes do mundo, de tempos em tempos, medidas para restringir o poder dos tribunais.

Apesar da complexidade do tema e das paixões que o cercam, manter o debate aberto é importante, se não para encerrar a matéria, mas, pelo menos, conservar as mentes abertas, sensíveis à problemática e mobilizadas para encontrar soluções. Esta perspectiva molda o curso da presente investigação, mais preocupada em escandir pontos nebulosos e considerar as dinâmicas que impactam o Direito e a política, a partir de um protagonismo jurídico e judicial, que produz (ou é produzido por) uma sociedade litigiosa ou hiperjurisdicionalizada.

O presente estudo não busca atacar ou defender qualquer noção específica de ativismo judicial e os fenômenos correlatos, nem propõe uma teoria totalmente nova para o termo. O propósito, a partir de uma problemática já estabelecida, é esclarecer o sentido da expressão quando usada em diferentes contextos e eliminar, de maneira metodologicamente razoável, o desacordo sobre o que constitui ativismo e transformá-lo em uma ideia precisa ou conceitualmente coerente, por meio de um recorte avaliativo sistemático. Ademais, esse esforço avaliativo pretende alinhar argumentos sobre o papel dos tribunais numa sociedade democrática e o que constitui um comportamento antide-mocrático irresponsável/incontrolável por parte dos juízes, capaz de afetar o delicado equilíbrio de poderes na democracia brasileira (ainda qualificada de *baixa intensidade* ou de *baixa qualidade*).

O método adotado no ensaio foi o dedutivo. O procedimento metodológico é o histórico crítico e como técnica de pesquisa, utilizou-se documentação indireta com referências bibliográficas de fontes primárias e secundárias.

4 A expressão “*legislating from the bench*” refere-se à prática de juízes que, ao decidir casos, criam ou modificam normas e princípios legais de uma maneira que se assemelha ao trabalho do legislador. Em vez de simplesmente interpretar e aplicar a lei existente, esses juízes podem ser vistos como estabelecendo novas diretrizes ou padrões que influenciam significativamente o direito, ou “buscam funções, comportamentos e estratégias que normalmente são associadas ao ramo legislativo e a legisladores individuais” (Peabody, 2007, p. 195).

2 A CENTRALIDADE OU A SOBREVALORIZAÇÃO DO DIREITO E DO JUDICIALISMO NA CENA DEMOCRÁTICA

Quando o sistema judiciário era apenas um apêndice da estrutura estatal repressiva e moralística – um escravo do *status quo* -, as expectativas em relação a ele era de somente avalizar os humores do poder político e zelar pela integridade dos costumes. Quando o Estado se apequena diante da complexidade, diferenciação e variação intrínseca da vida social contemporânea, principalmente em democracias evolucionárias e competitivas (em que o *consensus* tende a decair ou exigir formas mais refinadas para ser alcançado), não distribuindo segurança, como antes se esperava dele, é para o sistema de justiça que os olhos ansiosos se voltam. Na busca de valores perdidos e sem o referencial tradicional de força e de segurança, o justo é colocado sob nova perspectiva. O Direito assume o centro do palco, não mais como instrumento de conservação social e fielmente submisso ao poder político, mas de contestação e de reivindicação, numa sociedade litigiosa, de extremos e em permanente ebulição, distante da mediania do consenso.

A centralidade do Direito (Frankenberg, 2007, p. 373; Capra e Mattei, 2018, p. 152) ou a sua sobrevalorização (Rodrigues, 2024a, p. 16) materializa-se a partir da modalidade vigente do positivismo jurídico ultrarracionalista, que obriga todos a entender o Direito como uma tecnologia irrefutável à qual só se pode ter acesso – se é que tanto – por meio de profissionais. Transformado numa tecnologia, o Direito deixa de refletir a vontade da sociedade e de suas diversas comunidades, assumindo um impulso próprio, dominador. Ou como diz Bretone (2004, p. 197), “o Direito constroi (para si) um mundo próprio”.

E de certa forma, essa ideia hierárquica ou vertical do Direito⁵, o emancipa do Estado e seu excesso pode desnaturalizar a democracia (e encaminhá-la para rumos não projetados, nem cogitados); o excesso de defesa, pode paralisar qualquer tomada de decisão; o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado (Garapon, 1999, p. 53). O declínio da responsabilidade pessoal em proveito de uma responsabilidade coletiva (o segurador universal materializado no Estado), favorece a irresponsabilidade geral (Goyard-Fabre, 2002, p. 337). De tanto ver tudo através do prisma deformador do Direito, corre-se o risco de criminalizar os laços sociais e de reativar o velho mecanismo sacrificial. A justiça, pela irrefutabilidade desse instrumento de trabalho a si confiado, não pode se colocar no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise

5 “Onde há centralização há uma estrutura hierárquica de poder”, escreve Paul Tillich (2004, p. 51). E na mesma página acrescenta: “Quanto mais próximo do centro um elemento está, maior sua participação no poder do todo. A antiga parábola da revolta dos membros do corpo contra o estômago e a resposta do estômago, que sem sua posição central todos os outros membros teriam fome, mostra a importância decisiva do centro para o poder de ser por cada parte”.

de identidade. Em resumo, o mau e excessivo uso do Direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso.

Stefano Rodotà (2010, p. 25-26) reconhece a saturação jurídica experimentada pela sociedade (*law-saturated society*):

Vivemos já em uma sociedade saturada de leis, uma sociedade repleta de Direito, de regras jurídicas das mais variadas origens, ditadas por poderes públicos ou privados, com uma intensidade que evoca não tanto uma necessidade, mas um desvio imparável.

A consciência social não consegue abarcar a complexidade de um fenômeno como este, que produz assimetrias e desequilíbrios enormes (de que são exemplos o judicialismo e o ativismo judicial, sem falar na própria hiperjurisdicionalização da sociedade), espaços cheios e vazios, com um Direito demasiado presente em alguns âmbitos e, às vezes, ausente nos lugares onde seria mais necessário.

Não é adequado esquecer, a partir de um ponto de vista epistemológico, que o Direito é um aparato de ordem interposto entre o mando e a obediência. Sem essa interposição, a violência (o *naked power*), a dominação direta e brutal do homem pelo homem, seria a regra. Nasce a lei e o aparato jurídico como instrumentos de manutenção da ordem, não como substitutos simbólicos da violência primitiva, como se passa na representação de uma sociedade governada unicamente pelo Direito.

É interessante observar que o homem do século XX, após duas sangrentas guerras mundiais, período no qual “mais pessoas morreram nas mãos de outros seres humanos do que em qualquer época da história” (Gray, 2014, p. 192), viu-se mergulhado numa aguda crise de identidade. Volta-se então, enfaticamente, para o Direito, como a instituição humana mais racional capaz de conferir segurança, dignidade e uma bússola identitária, no profundo cenário de irracionalidade. E isso se reflete no que vem a seguir. Após a II Guerra Mundial e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, uma avalanche de Revoluções por Direitos percorre o planeta (Pinker, 2018, p. 66): direitos civis, direito das mulheres, direitos dos homossexuais, direitos das crianças, direitos dos animais, direitos das pessoas idosas, direitos das pessoas com deficiência, direitos dos povos indígenas, direitos dos refugiados e dos migrantes, direitos dos trabalhadores etc⁶.

⁶ Esse excesso de regulação jurídica (em todos os setores da vida) revela, segundo Hans-Hermann Hoppe (2014, p. 94), “o poder quase totalitário de um governo democrático”.

Como guardião desse mecanismo racionalista central - o Direito - de uma democracia jurídica⁷, ao juiz é atribuído um poder inédito, nunca antes registrado nos anais da vida judiciária de qualquer país. Poder que o transforma num “superlegislador” ou num “superexecutivo”, seja como criador de normas (*legislador positivo*), seja como formulador de políticas públicas (item 4.2). Mas será que uma política pública não sancionada pelo debate periódico (não ritualizado) sobre seu alcance pode ser qualificada como democrática? O ineditismo dessas prerrogativas constitui um perigoso paradoxo para a própria higidez da democracia, pelo evidente risco de desvio da soberania e consequente concentração nas mãos de uma elite de agentes públicos (uma “aristocracia togada”). A acumulação desse poder inédito não se processa no vácuo, como se houvesse uma disponibilidade extra de poder apropriável, mas acontece às custas do povo (de onde vem a gênese de todo poder político e de onde ele emana, conforme os dizeres constitucionais).

A vida social moderna, política e econômica, materializa-se, em todas as suas formas de expressão, por meio da guardiania judicial (que, historicamente, “diz a última palavra”⁸ e é, supõe-se, o menos perigoso - *the least dangerous* - dos poderes constituídos). As numerosas e excessivas solicitações revelam um ponto de inflexão da moderna sociedade democrática que transfere para a justiça, sem qualquer métrica avaliativa, suas demandas não resolvidas. Tudo, num *locus* social litigioso, é motivo para provocar a manifestação do guardião da moral pública e das virtudes sociais. A sociedade democrática não se reconhece mais nas dinâmicas diretas e político-representativas (em cujo cerne estão o diálogo, a persuasão, o acordo e o consenso), mas na resposta judiciária que proporciona aspectos sensíveis ao ideal democrático (mas sem o ingrediente comunitário, social): debate, argumentação, diálogo ritualizado. Como escreve Garapon (1999, p. 51):

A justiça oferece o espetáculo de um poder desacelerado, dividido, susceptível de recurso, de apelação, de revisão. Essa cena é, portanto, essencialmente descentralizada, opondo-se à concentração do poder. Ela não pertence a ninguém, pois que cada cidadão pode ser atemadamente suplicante ou juiz.

O debate e a farta argumentação lançados na arena judicial não criam uma linha reta de comunicação das decisões judiciais para a cidadania (Schacter, 2017). Esses aspectos não gozam do selo democrático, não são cunhados para a maioria, mas para poucos

⁷ Guardiania esta inscrita até na etimologia da justiça: “juris – dição”, *dizer o direito*.

⁸ “O Judiciário é, talvez, o mais eficiente grupo de pressão que existe no Brasil, porque tem a decisão final sobre a maioria dos aspectos envolvendo o Estado Brasileiro” (Garschagen, 2019, p. 124).

iniciados. O lugar de visibilidade democrática reivindicado para a justiça é empanado por esses vieses aristocrático e adversarial.

O fascínio democrático da justiça ainda é enfatizado pela forma como é exercida. Diferentemente do poder político que tende à concentração personalística, a justiça dilui-se por diferentes ordens de jurisdição e por juízes alinhados pelo princípio da colegialidade, fornecendo uma experiência plural. A figura quixotesca de um juiz solitário, distribuindo decisões e assumindo um protagonismo na cena democrática, não resiste aos mecanismos recursais postos à disposição do sistema processual, nem tampouco ao imperativo epistemológico de que a figura do juiz não existe (nem resiste) fora da instituição judiciária. Este esboço revela, de forma inapelável, a distinção essencial entre uma decisão judicial adotada sob o modelo referido e a tomada de decisão da política democrática *mainstream*, dotada de imediatez e definitividade.

Na concepção clássica, o juiz é sujeito à lei e só exerce seu direito de julgar através dela (concretizado na expressão montesquiana *bouche de la loi*). Ele tende, no presente, a elevar-se acima da lei para tornar-se diretamente o porta-voz do Direito (Garapon, 1999, p. 50) e da democracia ou usa os princípios jurídicos (os mais porosos e indeterminados possíveis⁹) para efetivar seus próprios objetivos políticos preferidos. Este espírito judicialista, potencializado por uma sociedade litigiosa ou uma “sociedade hiperjurisdicionalizada”¹⁰ (Garapon, 1999, p. 93) e um saber jurídico colonizador de outros saberes, injeta um poder inusual em todo o sistema judiciário.

A ascensão do poder da justiça não é explicada apenas pela paralisação e relativa inércia – ou até crise - das instituições político-democráticas, mas também como expressão de uma evolução profunda e menos visível do individualismo possessivo moderno (em que a expectativa do direito pessoal ou individual é a medida do Direito). A justiça converteu-se no lugar eleito das paixões democráticas, e o tribunal, no último teatro da disputa política. Porém, esse interesse renovado pela coisa judiciária é ambíguo: ele revela tanto uma vontade de reforçar um contrapoder, quanto uma nova vocação, menos nobre, para a vingança (Garapon, 1999, p. 97). Esse novo teatro da democracia pode converter-se num programa circense, na medida em que oferece um espetáculo de maldade tornado mais excitante justamente pelo fato de que nele serão lançados à arena os poderosos. Essa forma sentimental e efusiva de se fazer política vai ao encontro de uma opinião pública órfã de um conflito central, que não consegue representar os laços sociais de outra maneira que não seja pelo código binário agressor/vítima.

9 Quando o assunto é o ativismo judicial no Brasil, duas situações se sobressaem: a adoção de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a legitimação de direitos de aplicação imediata (Gregório e Teixeira, 2024, p. 50).

10 Não é tanto a horizontalidade social que gera o fenômeno indicado de uma sociedade hiperjurisdicionalizada, mas certa infantilização dela em exigir sempre uma tutela do Estado-juiz para mediar os seus mínimos conflitos.

Uma vez que o poder está centralizado na hierarquia dos tribunais, abrir um processo torna-se o único “direito de resistência” ao alcance das pessoas (Capra e Mattei, 2018, p. 118). Qualquer concepção democrática diferente da centralidade jurídica e judicial, acaba sendo subalternizada, colonizada, o que reflete uma concepção de cima para baixo do Estado de Direito. Na verdade, uma concepção que se esgota no puro Estado de Direito (mais uma vez, ressaltando o centralismo colonizador do Direito), sem agregar, como ingrediente essencial, o democratismo.

3 ATIVISMO JUDICIAL

A ideia de ativismo judicial existe há muito mais tempo do que o termo em si (*avante la lettre*), como sói acontecer com a história das ideias (em quaisquer das suas formas de expressão). O berço da prática da judicialização da política pertence, sem dúvida alguma, aos Estados Unidos (Tate e Vallinder, 1995, p. 03; Ramos e Junior, 2014, p. 31). E o início do controle de constitucionalidade das leis do parlamento, no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, em 1803, pela Suprema Corte americana, é o primeiro ato de “ativismo judicial” que se registra na história, tratando-se mais de um ato político do que jurídico.

O primeiro uso do termo a atrair atenção substancial do público ocorreu em uma revista popular de atualidades, em um artigo de cinco páginas destinado ao público em geral, escrito por um historiador (Kmiec, 2004, p. 1.446). Arthur M. Schlesinger Jr. introduziu o termo “ativismo judicial” ao público em um artigo da revista *Fortune* (intitulado *The Supreme Court: 1947*) em janeiro de 1947.

No início, o termo “ativista judicial” tinha uma conotação positiva, muito assemelhada a “ativista dos direitos civis” do que propriamente “juiz abusando da autoridade”. Mas nenhuma doutrina ou casuística detém o privilégio da segurança e do triunfo absolutos, e desse modo, ao longo do tempo, o ativismo judicial tem sofrido contestações e discussões sobre sua admissibilidade e funcionalidade no processo democrático. Nenhum termo que tenha em sua estrutura sintática o indefectível “ismo”, dificilmente escapa de algum tipo de censura.

Dada a união entre a ideia (ou a prática) e a terminologia correspondente, ainda é preciso desconfiar da ambiguidade das palavras, pois nenhuma coisa existe por si mesma, contida no conceito que a designa (Rigaux, 2003, p. 16-17). E essa convicção é ainda mais presente quando se analisa o ativismo judicial.

É difícil discorrer sobre o ativismo judicial hoje sem acrescentar definições, aproximações, prescrições e qualificações (Kmiec, 2004, p. 1.442-1.443). É um tema presente nos debates públicos, em páginas editoriais, *blogs*, discussões políticas e até em redes

sociais. Ironicamente, à medida que o termo se tornou mais comum, vulgarizado, seu significado se tornou cada vez mais obscuro. Isso ocorre porque “ativismo judicial” é definido de várias maneiras distintas e até contraditórias; estudiosos e juízes reconhecem esse problema, mas persistem em falar sobre o termo sem defini-lo. Assim, o problema continua sem solução: as pessoas se comunicam de forma confusa, usando a mesma linguagem para transmitir conceitos muito diferentes.

Quando está em debate o ativismo judicial, sempre voltam-se as vistas para a Suprema Corte Americana, cujos poderes desenvolvidos – por meio de um ativismo, ora liberal, ora conservador - ao longo dos séculos é motivo de destaque na doutrina (Corwin, 1986, p. 166):

A Corte Suprema exerce hoje poderes tão vastos e indefinidos, na censura da legislação, tanto nacional como estadual, e na interpretação da primeira, que a filosofia social dos nomeados constitui, muito legitimamente, matéria de grande importância para as autoridades que participam da nomeação, o presidente e o Senado.

O ativismo judicial é, segundo Thomas Sowell (2011, pp. 262/281):

Um cheque em branco no qual se pode explorar qualquer direção, em qualquer questão, dependendo das predileções de cada juiz em particular. (...) E decisões judiciais guiadas por resultados sociais baseados nas preferências dos juízes, em vez de guiadas pela lei escrita, acabam produzindo um bom número de efeitos colaterais sobre a justiça das leis, vista como uma estrutura fundamental dentro da qual os membros da sociedade podem planejar suas ações. O efeito mais óbvio é que ninguém é capaz de prever quais resultados sociais os juízes se inclinarão a favorecer no futuro, deixando até mesmo as mais claras leis cercadas por uma neblina de incertezas a anunciar crescentes litígios.

E mais (Sowell, 2011, p. 248):

Juízes que tomam decisões com base em concepções próprias sobre o que é correto, caridoso ou está alinhado às diretrizes de justiça social estão realmente criando leis depois do fato, as quais são, antes de tudo, desconhecidas aos que se tornam sujeitos a ela.

Evidencia-se o ativismo judicial quando, entre muitas soluções possíveis, a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la (Garapon, 1999, p. 56-74), ou seja, um ativismo à esquerda ou à direita. Essa visão acolhe o raciocínio jurídico como maleável, em vez de científico, podendo fluir do livre-arbítrio, conforme expresso em sentimentos, desejos e escolhas pessoais. O juiz faz com que a democracia corra o risco do ativismo quando cria um direito pretoriano ou, ao contrário, um risco de imobilismo, impedindo reformas desejadas pela maioria. Em ambos os casos, ele causa danos a uma virtude cardeal de todo o sistema de direito, ou seja, à segurança jurídica (previsibilidade sobre como um magistrado pode resolver determinado conflito institucionalizado).

O juiz age, sob o capricho de seu temperamento, como se estivesse na vanguarda de uma revolução social que visa tornar-se política. Seu guião é antes uma escola particular (ou pessoal) de pensamento social que, propriamente, a lei, como ingrediente clássico do processo democrático. Pouco importa o viés, se conservador ou progressista, à esquerda ou à direita, o fato é que o ativismo judicial impõe uma agenda social, sem qualquer sintonia, muitas vezes, com as lições da história ou as “crenças populares” do momento (Cook, 2009). Faz-se, o juiz, portador de uma verdade autossuficiente, capaz de traçar, unilateralmente, o caminho a seguir pelas multidões, numa espécie de “despotismo judicial” claramente ameaçador do processo democrático.

Insere-se, o ativismo judicial, como um movimento de uma elite funcional – a “aristocracia togada” – tendente a conduzir as sociedades, endossando a crença na incapacidade moral e intelectual da grande e inculta população (Sowell, 2011, p. 38). E neste sentido, o juiz substitui os padrões coletivos e sociais por seus valores e sua compreensão íntima, para a partir deste referencial de predomínio intelectual e moral (“padrões extraleais”), tomar decisões sociais e políticas relevantes.

Aqui já se surpreende um risco do ativismo judicial: forjar decisões que ignoram a realidade social e desprezam as restrições econômicas (financeiras, orçamentárias, de planejamento etc). A justiça torna-se, então, o reino onde tudo parece ser sempre possível; em que o juiz pode se posicionar de qualquer lado sem esgarçar o tecido da lógica jurídica ou da realidade existencial; e onde os “vasos vazios” (ou padrões vagos) da Constituição e das leis podem receber qualquer sentido e oferecer, por esse viés “quântico”, várias respostas corretas¹¹. Os chamados “juízos técnico-jurídicos” são usados como pseudoargumentos para conferir sentido ou justificar decisões geneticamente políticas, que sequer tangenciam o interesse público, mas podem ser imputadas ao sistema

11 O documento normativo em si, como diz Ely (2010, p. 28) “e não nosso conceito do que é justo, decente ou correto - deve ser nosso guia. (...) Prefiro depositar minha fé nas palavras da Constituição do que apoiar-me nos padrões de justiça de juízes específicos, padrões estes que se modificam dia após dia”.

normativo posto (Rodrigues, 2022b, p. 100). O “intérprete” cria princípios pseudorracionais e, depois, os atribui ao legislador, para conferir-lhes verniz de autoridade.

A propósito do pseudorracionalismo jurídico dos juízes, anota Ely (2010, p. 58), com certo tom de ironia:

Há cerca de 40 anos, as pessoas descobriram que os juízes eram humanos e, portanto, em vários contextos jurídicos, tinham a predisposição, consciente ou não, de inserir seus valores pessoais em seus argumentos jurídicos.

Sob uma mentalidade de cruzada, como epigrafa Garapon (1999, p. 67), alguns juízes traçam estratégias para tocar suas causas. O recurso à mídia e às redes sociais é uma dessas estratégias. Mas seria o papel de um juiz, ter uma estratégia, alçar-se ao protagonismo político ou ideológico? Certamente, responde o mesmo autor, não é esse o papel de um magistrado, sob pena de acrescentar parcialidade à ilegalidade. A justiça sobrevive nos seus símbolos, e um dos mais característicos e identificadores é a imparcialidade.

Uma vez perdida a imparcialidade como credencial típica da magistratura, símbolo que a distingue de todos os outros atores democráticos, segue igual destino a confiança pública. O povo confia naqueles personagens que conseguem se comportar como ninguém o faz: fazer justiça de modo imparcial. Compare essa atitude de confiança com a noção de quem é competente para praticar medicina ou tocar em uma orquestra (Abramson, 2017). Praticamente ninguém confia em qualquer pessoa para ser um cirurgião ou o primeiro violinista, sem que possua a “credencial típica” da profissão (aptidão técnica). A conclusão parece ser muito óbvia: sem o atributo especial da imparcialidade, conspurcado pelo apelo político ou ideológico do ativismo judicial, o juiz perde, de igual modo, a confiança do povo.

O ativismo judicial é apenas um sintoma mais aparente, como enfatiza Garapon (1999, p. 26), de um fenômeno mais complexo composto de ingredientes como:

1- O enfraquecimento do Estado (principalmente, a partir do receituário neoliberal): sintetizado no crescente descrédito do político; na crise de representatividade e de legitimidade do Poder Legislativo, e no surgimento de outros atores planetários poderosos, como, por exemplo, as *big techs*, que, com seus algoritmos de inteligência artificial e aprendizado de máquina, exercem um controle maior sobre a população que o Estado. Exercem, no fim das contas, uma espécie prática de *soberania digital*.

Os Estados, limitados como são pelas fronteiras de suas jurisdições, não são fortes o suficiente para impor limites aos deslocamentos globais das grandes empresas (Capra e Mattei, 2018, p. 166-169), principalmente das referidas *big techs*. Há, claramente, uma

transferência da soberania dos governos para a propriedade empresarial, em que algumas empresas grandes e poderosas conseguem determinar a lei e a política, e até resistir agressivamente a decisões emanadas do Estado¹².

Uma vez debilitado o Estado, em suas funções de inserção social, surgem não apenas grupos privados (os chamados “poderes sociais” – Rodrigues, 2022a, p. 125), mas também abre-se a concorrência entre as instituições estatais ou públicas para assumir um protagonismo ou uma centralidade que não teriam em situações de normalidade. Isto porque nunca existe um vazio: uma ausência ou uma fragilidade de forças leva à assunção ou desenvolvimento de outras.

2- O empoderamento da sociedade civil: na defesa das minorias, pulverizando o governo da maioria numa “coleção de minorias”. A sociedade civil brasileira, com o rol expansivo de direitos fundamentais, reinsere-se no campo político e jurídico, reivindicando-os perante os órgãos judiciais. Aqui floresce a dúvida, costumeiramente lançada, de que as maiorias populares não asseguram os direitos das minorias. O cenário atual sugere uma radical mudança desses pólos (Rodrigues, 2024a, p. 13), com profundo empoderamento das minorias, a ponto de surgir uma sutil tirania.

3- A força da mídia: que ajuda a disseminar o sentimento de medo e de vitimização, a exigir um novo “anjo da democracia”. E a vitimização ou a identificação generalizada com a vítima, como anota Garapon (1999, p. 104), traz como consequência a diabolização do outro. Não é por outra razão que governos autoritários ou com predisposição autoritária buscam dominar a mídia e marginalizar os críticos, numa tentativa de se reapropriar de poderes populares.

E neste contexto, se surpreende a promessa ambígua da justiça moderna: os juízes se esforçam para se livrar dos políticos corruptos ou omissos, mas no processo desprezam (ou criminalizam) a própria política¹³ ou a cercam de uma cultura da desconfiança, quase por inércia, contribuindo para a sua desintegração e a criação de uma democracia liberta (purificada) dela.

Afirma Garapon (1999, p. 74) que “a justiça participa dessa repulsa ao político tanto pelo desvio aristocrático como pela tentação populista”¹⁴, acrescentando na mesma página:

12 Uma boa referência ao leitor pode ser encontrada na disputa/embate entre o Supremo Tribunal Federal do Brasil e o bilionário Elon Musk (dono da rede social X), visto “não apenas como um ataque ao Supremo – mas à própria soberania nacional” (Martins, 2024).

13 É interessante observar como a cultura popular demonializa a política. No filme *The Omen* (“A profecia”), de 2006, o anticristo usa o meio político para apresentar-se à humanidade: “O filho do demônio surgirá do mundo da política”.

14 Mas partidos, políticos e parlamentos, bem ou mal, sintetizam a vontade popular e ainda tornam possível a democracia. De acordo com Woldenberg (2019, p. 33), “a democracia se sustenta graças à existência de grandes partidos políticos que atuam como agregadores de interesses, redes de relações, plataformas de lançamento eleitoral, referências ideológicas, elos entre a sociedade civil e o Estado, e muito mais”.

O juiz torna-se o novo anjo da democracia e reclama um *status* privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará assim, o processo de despolitização da democracia...

Na democracia moderna é criado um lugar institucionalizado para os debates judiciais criativos, e um não-lugar, para as lutas políticas, um submundo onde vale tudo, guiado por uma lógica do provável que sempre comporta um “mas”. Não há um equilíbrio, como é da essência da democracia, entre esses dois espaços. Como volta a dizer Garapon (1999, p. 47), “o espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça”. Pelo menos, no plano estético, as chances de redenção estão do lado da justiça, pelo apelo a princípios estáveis como o devido processo legal, a duração razoável do processo e a inexorabilidade da coisa julgada.

O que caracteriza o ativismo judicial não é o fato de juízes e tribunais, quando instados por meios processuais regulares, se pronunciarem sobre matéria específica, dado o hábito de representantes políticos eleitos não enfrentarem assuntos polêmicos e que produzem cizânia na sociedade (atitude política que gera espaços vazios), preferindo “delegar estrategicamente” a solução para o arbítrio dos tribunais e de autoridades não eleitas (e, portanto, não responsivas ao eleitorado). É banal, mas não supérfluo, assinalar ao lado de qualquer investigador social que nenhuma instituição humana tolera o vazio (Harari, 2016, p. 29; Chomsky, 1999, p. 18). A prática ativista apresenta-se, efetivamente, não com o mero chamamento, mas pela forma como o juiz ou o tribunal ocupa esse espaço vazio e aprecia a matéria submetida: com autocontenção (self-restrain) ou não.

O processo judicial adversarial não constitui o melhor meio para levantar problemas da sociedade, nem, certamente, a íntima convicção do juiz é equiparável às crenças do cidadão ou do homem comum. Não há, em absoluto, como garantir que os membros vitalícios de instituições meritocráticas como o Judiciário (em todos os níveis de jurisdição, do juiz do grotão mais recuado aos membros das Cortes Superiores), recrutados e selecionados a partir de merecimentos técnicos, sejam pessoas que partilham dos valores dos cidadãos com nome e sobrenome que, sucessivamente, sentem medo na rua, amargam o desemprego (Rodrigues, 2024b, p. 268-269), não têm acesso a uma educação de qualidade para os filhos ou dedicam incansáveis horas nas filas de hospitais para receber um atendimento sofrível.

Juiz e processo judicial são apenas partes de um todo maior (democracia) que

reclamam uma necessária integração para construir um equilíbrio virtuoso. Nenhuma instituição humana pode alimentar a pretensão de assumir uma centralidade excludente, um fim em si mesma. Religião, economia, política, arte, ciência, já tentaram inutilmente (Freund, 2003, p. 14)¹⁵. Não é diferente com o judicialismo e o Direito.

O judicialismo, termo preferível aos neologismos judicialização ou judiciarização, representa um fenômeno que pode ser observado em nível global (Lima, 2018, p. 21): a ascensão da esfera judicial para deliberar e decidir questões polêmicas e sensíveis que dividem a sociedade. O último recurso que o ativismo judicial pode oferecer a uma democracia em apuros é, portanto, a substituição do mal-estar de poucos (os representantes políticos) pelo mal-estar de um só (juiz ativista). Em diversos lugares do mundo, é cada vez mais frequente presenciar problemas de fronteira entre a política, o Direito e a moral submetidos a um debate jurídico travado por profissionais do direito e sendo decididos, em última instância, por autoridades judiciárias.

4 MANIFESTAÇÕES DE ATIVISMO JUDICIAL

Existem diversas formas pelas quais o ativismo judicial se manifesta (Marshall, 2002): ativismo contramajoritário, ativismo não-originalista, ativismo de precedentes, ativismo jurisdicional, ativismo criativo, ativismo remediador, ativismo *partisan* etc. Abaixo são apresentadas algumas dessas formas, sem a pretensão, obviamente, de esgotá-las.

4.1 Invalidação de escolhas de outros ramos constitucionais

Neste item, decisões ativistas podem ser descritas como aquelas que expandem o poder judicial sobre outros ramos do governo (Hellman, 2002, p. 253) ou chegam a um resultado diverso ao que foi alcançado através do processo político. Veja-se que o “processo político” não inclui apenas atos do Legislativo e do Executivo, mas também ações diretas do eleitorado (ou da cidadania), como iniciativa popular, referendo, plebiscito etc.

Nos Estados Unidos há um exemplo prático dessa última forma de ativismo (contrariedade ao processo político). A Suprema Corte da Flórida invalidou uma emenda à Constituição do Estado que foi criada para preservar a pena de morte — uma emenda aprovada com mais de 70% dos eleitores (Hellman, 2002, p. 254).

¹⁵ E neste percurso de sobrevalorização, todas essas instituições humanas promoveram ou foram palcos de injustiças medulares. A redução do homem à política ou a sua total politização, por exemplo, resultou no totalitarismo (Bobbio, 2001, p. 87). O Direito não é imune a esse espetáculo, como anota Rigaux (2003, p. 21-22): “Não se matou, massacrrou e torturou menos sob a bandeira do Direito do que sob o estandarte da religião”.

Ainda nos Estados Unidos (Peabody, 2007, p. 199), decisões judiciais nas últimas décadas sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo, ações afirmativas, suicídio assistido e financiamento de campanhas também geraram acusações de que as questões envolvidas nesses casos poderiam ser tratadas de maneira mais apropriada e eficaz por legisladores. Em parte, porque essas figuras poderiam fomentar melhor o consenso, o compromisso, a publicidade e a discussão pública necessárias para garantir soluções políticas duradouras para esses assuntos.

Em maio de 1993, Bob Bullock, vice-governador do Texas, fez um apelo angustiado à audiência de um telejornal (Tate e Vallinder, 1995, p. 02): “Nós realmente precisamos de ajuda. Não sou um homem orgulhoso. Aceitarei sugestões de qualquer pessoa, porque realmente precisamos de ajuda!” Qual a causa da aflição de Bullock? Como presidente do Senado do Texas, ele estava reagindo à rejeição esmagadora, pelos eleitores do Estado, de uma emenda constitucional chamada Robin Hood, que os líderes estaduais haviam elaborado para equalizar o financiamento dos distritos escolares do Estado. A emenda tinha sido o mais recente esforço dos poderes Legislativo e Executivo do governo do Texas para resolver uma crise de financiamento escolar que se arrastava há quatro anos. A rejeição da emenda significava que a legislatura agora enfrentava a tarefa de apresentar mais uma solução para o dilema do financiamento — dentro de um mês, se quisessem evitar uma prometida interrupção do financiamento estadual e o possível fechamento das escolas públicas do Estado. De onde veio o dilema e o prazo? De um juiz de um tribunal estadual que estava implementando uma decisão da Suprema Corte do Texas, que havia declarado o sistema de financiamento da educação pública em conflito com os requisitos da própria Constituição do Estado.

Sobre o ativismo da justiça americana, dizem Tate e Vallinder (1995, p. 02):

Não tem sido muito comum no Texas que juízes estaduais coloquem os líderes de instituições governamentais eleitas em um dilema político tão difícil. O mesmo não pode ser dito dos juízes federais. De fato, um único juiz federal de primeira instância, William Wayne Justice, foi notório por suas decisões que obrigavam o Texas a reformular suas políticas em relação à educação pública, saúde mental, justiça juvenil, prisões e outras áreas. A experiência do Texas está longe de ser única. Praticamente todos os Estados americanos têm estado, nos últimos anos, sob uma variedade de mandatos de seus próprios tribunais ou dos tribunais do governo nacional para revisar suas políticas de provisão e financiamento de serviços públicos básicos de um tipo ou de outro.

No Brasil, o STF, sempre que lhe chega uma provocação, seja na órbita privada das relações familiares ou na gestão da máquina estatal (Ramos e Junior, 2014, p. 26), tem censurado as opções ou escolhas legislativas como violadoras de direitos fundamentais (contenção da atividade legislativa). Neste sentido, a título exemplificativo, aponta-se:

a) Em 2011, a Corte Suprema reconhece a validade jurídica das chamadas uniões homoafetivas, estendendo os mesmos direitos que eram concedidos às uniões estáveis entre homem e mulher (julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e ADPF 132/RJ, rel. Min. Carlos Ayres Brito, j. 4 e 5/5/2011), mesmo diante do silêncio do Código Civil (art. 1.723);

b) Censura à opção legislativa que reconhecia a briga de galos como manifestação cultural, afirmando haver aí violação a direito fundamental de terceira dimensão - ADI 1856, Relator Min. Celso de Mello, Pleno, julgado em 26/05/2011 (Valle, 2011);

c) Em 2012, a Suprema Corte brasileira reconheceu a impossibilidade de criminalização do aborto ou antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia do feto, estabelecendo uma nova hipótese de não punibilidade que não estava claramente prevista na legislação penal vigente, já que o Código Penal somente afastava a punição pela prática do aborto em caso de risco de vida para a gestante e de gravidez decorrente de estupro (STF, ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 11 e 12/4/2012);

d) No julgamento da ADI 4.275 em 2018, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a igualdade sem discriminação deve contemplar a identidade ou a expressão de gênero, por isso, incumbe ao Estado somente o papel de confirmá-la, nunca de constituí-la, pois comprovada a identidade de gênero diferente da que foi designada ao indivíduo quando do seu nascimento, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou de tratamentos medicamentosos, a alteração do prenome e do sexo no registro civil é medida legítima (Gregório e Teixeira, 2024, p. 60).

Em países que não permitem que a legislação seja invalidada (ou invadida) dessa forma pelo judicial review, anota Waldron (2022):

O próprio povo pode decidir em definitivo, por processos legislativos ordinários, se eles querem permitir aborto, ações afirmativas, *vouchers* escolares e casamento homoafetivo. Eles podem decidir por si mesmos se terão leis punindo a expressão pública de ódio racial ou restringindo os gastos dos candidatos nas eleições. Se eles discordarem sobre qualquer um desses assuntos, podem eleger representantes para deliberar e resolver a controvérsia por meio do voto no Legislativo.

Percebe-se, por esses parcos, mas sugestivos exemplos lançados acima, uma atuação

substitutiva do órgão judiciário e com pouca deferência à opção política (comissiva ou omissiva) dos demais poderes democraticamente constituídos. E se essa prática ativista estende-se à totalidade dos órgãos do Judiciário (singulares ou colegiados, de todos os níveis de jurisdição), dada a capilaridade do controle de constitucionalidade¹⁶, tem-se uma estimativa aproximada dos poderes inéditos (conforme referido no item 2) apropriados pelos juízes e tribunais deste país. Poderes derivados, como anota Dworkin (2011, p. 451), de uma “forma virulenta de pragmatismo jurídico”.

4.2 Formulação de políticas públicas

A partir de 2004 (período em que ocorre uma mudança substancial de sua composição, com a aposentadoria de Ministros nomeados durante o regime militar), o STF começa a dar indícios do abandono de um perfil autorrestritivo em abono a uma posição mais ativista, no exercício de sua jurisdição constitucional (Ramos e Junior, 2014, p. 26). E neste sentido, em decisão de 2004, na ADPF n. 45 (Rel. Min. Celso de Mello)¹⁷, o STF firmou sua competência para promover amplo controle sobre as políticas públicas que tivessem assento em comando constitucional. A partir deste *leading case*, a Corte tem reiterado essa competência numa grande extensão de direitos: saúde, educação, proteção da infância, letalidade policial etc.

A interferência judicial na formulação e na aplicação de políticas públicas afeta a capacidade institucional do Executivo e do Legislativo de, efetivamente, governar, a partir de um processo político democrático. Diante do ativismo, governar tornou-se meramente administrar (e cumprir decretos judiciais). Gerencia-se um país sem liderá-lo, sem ter a mínima ideia de onde o país estará daqui a 20 anos (Harari, 2016, p. 379), tamanha é a insegurança jurídica gerada a partir do multirreferido fenômeno judicial.

Tal ingerência revela ainda falta de deferência necessária a poderes democraticamente eleitos (Rodrigues, 2023b, p. 277). Aqueles que estão ou são indiferentes à ubiquidade dos decretos judiciais sobre políticas públicas podem se surpreender ao saber que o fenômeno de juízes formulando políticas públicas que anteriormente tinham sido feitas, ou que, na opinião da maioria, deveriam ser feitas por autoridades legislativas e executivas, parece estar em ascensão (Tate e Vallinder, 1995, p. 02; Hirschl, 2008). Na verdade, existem vários fatores que sustentam esse desenvolvimento, esse movimento

¹⁶ “É no campo do controle difuso, particularmente aquele que reclama omissões constitucionais do Estado, que se terá o terreno mais propício à judicialização da política” (Valle, 2011). Mas vale fazer uma ressalva importante: o ativismo judicial pode se utilizar de outros meios que não apenas o controle de constitucionalidade de leis, como, por exemplo, a interpretação arrojada das leis e o arbitramento dos conflitos entre o Executivo e o Legislativo. Em tese, conforme lição de Sadek (2011, p. 15), “não há decisão, quer proferida pelo Executivo, quer aprovada pelo Legislativo, que não seja passível de apreciação judicial”.

¹⁷ Também RE 410715 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006.

em direção ao que todos podem reconhecer como um padrão em escala global: a expansão do poder judicial.

Mas, efetivamente e na prática, a revisão judicial não é uma forma muito eficiente de formulação de políticas públicas. Os tribunais, embora versados nos cânones legais, não foram projetados ou desenhados para traduzir valores comunitários ou sociais em políticas públicas de ampla abrangência. Eles ainda apresentam um padrão inconsistente de envolvimento, interferindo, vivamente, numa área específica, mas negligenciando a inter-relação com outras. Em linguagem simples, a floresta se apresenta em sua exuberância sistêmica, mas o ativismo judicial não se desgarra da visão monocular que, teimosamente, só visualiza a árvore.

Os interesses da sociedade não se esgotam em alguns poucos e específicos ramos. Ao contrário, os fins sociais se interpenetram e são mantidos nesse equilíbrio holístico. A sociedade é compreendida como uma teia dinâmica de fatos inter-relacionados (Rodrigues, 2023a, p. 119), como uma realidade que se desenvolve por agregação de seus múltiplos elementos. Nenhum dos setores ou dos nichos de qualquer parte dessa teia é fundamental, ou seja, não há classificações hierárquicas de fenômenos sociais; todos eles decorrem das outras partes do todo social, e a coerência total de suas inter-relações determina a estrutura da teia. Por esquecer ou não ter a capacidade política de compreender essa inter-relação¹⁸, o ativismo judicial fracassa como vetor de formação de políticas públicas.

Por fim, como sustenta Waldron (2022), a revisão judicial de legislação é inadequada como um modelo de tomada de decisões definitivas em uma sociedade livre e democrática. Dentro da teoria política liberal, a supremacia legislativa é frequentemente associada ao autogoverno popular, e os ideais democráticos sempre permanecerão em uma relação desconfortável com qualquer prática que afirma que legislaturas eleitas devem operar somente sob o beneplácito de juízes não eleitos.

4.3 Ativismo de precedentes

O ativismo de precedentes reflete um fenômeno em que os juízes rompem com o princípio da aderência às decisões anteriores, movidos pela crença de que estão promovendo justiça em um contexto novo ou corrigindo equívocos passados. Embora essa prática possa ser vista como uma forma de adaptação do direito às realidades sociais e políticas contemporâneas, ela também carrega o risco de gerar insegurança jurídica e de aumentar o papel do Judiciário como intérprete principal da moral, dos

¹⁸ “Em certos casos, mais do que uma simples decisão judicial, o diálogo entre as instituições é imprescindível para a implementação de certas políticas públicas sensíveis ao corpo social” (Ramos e Junior, 2014, p. 36).

interesses e dos valores da sociedade, potencialmente em detrimento de outros poderes ou outros atores democráticos.

Nesse módulo, o juiz ativista rejeita os precedentes anteriormente estabelecidos ou jurisprudência consolidada, muitas vezes em nome de valores ou convicções que ele considera mais adequados para a realidade social atual. Soa condescendente dizer que magistrados competentes e corretos serão capazes de adotar as melhores decisões e subordiná-las ao bem público, mesmo contrariando precedentes. Mas juízes desse elevado quilate nem sempre estarão disponíveis nos quadros da magistratura.

Em sistemas jurídicos que adotam o *common law* (como o inglês e o norte-americano), os precedentes desempenham um papel central. Espera-se dos juízes, em grande medida, que sigam as decisões anteriores de tribunais superiores ou equivalentes, de modo a garantir a estabilidade, consistência e previsibilidade no sistema jurídico (Gico Jr., 2014, p. 165). Mesmo em países de tradição civilista, como o Brasil, os precedentes adquiriram grande importância nas últimas décadas, especialmente após o Código de Processo Civil de 2015, que valoriza decisões uniformes para promover segurança jurídica.

5 POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

No Brasil, o recrutamento de juízes por concurso público de provas e títulos é absolutamente democrático, mas a progressão na carreira, principalmente a composição dos tribunais (em especial, dos superiores), assume um tom acentuadamente político, que acaba sendo capilarizado de cima para baixo. As estruturas judiciárias inferiores não oferecem muita resistência às energias políticas superiores, principalmente de “altos magistrados que se equiparam à classe política”, segundo a análise de Garapon (1999, p. 63). Essas “energias políticas superiores” podem tanto funcionar como “aceleradores de carreira” quanto podem ser um terrível embaraço, dependendo para onde se move o pêndulo dos interesses do patronato.

Em *live* transmitida no dia 10.03.2021¹⁹, Edilson Mougenot, conhecido processualista penal, questiona, enfaticamente, como é de seu estilo retórico, a forma de escolha de ministros das Cortes Superiores. Diz ele:

O Ministério Público de São Paulo me indicou... Pronto, estou eu na lista para disputar um cargo no STJ. Me disseram então: “Agora você precisa ir de gabinete em gabinete para pedir voto”. Eu não sabia que a coisa era assim humilhante... chegar no beija-mão com

¹⁹ Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ywIPJN0fbv8&t=2428s>. Acesso em: 22. jan. 2025.

aquele que pode ser o seu colega amanhã. Um cargo dessa magnitude de fazer beija-mão antes?!...Descubram um outro método de transformar alguém em magistrado da Suprema Corte, do STJ. Inventem uma outra forma ou, pelo menos, disfarcem. (...) Não é se curvando que se faz autoridade de uma pessoa. Não é assim se curvando que se prestigia um ministro de uma Corte Suprema. E se ele começa se curvando desse jeito, ele vai se curvar sempre. Porque ali, se a vaidade humana não tem limite, o sonho dele é de um trampolim de lá para o Supremo²⁰. E aí continua se curvando.

Nas democracias ocidentais modernas, o direito de governar é concedido, ao menos em teoria, por diferentes formas de competição: campanhas e eleições, testes meritocráticos que determinam o acesso ao ensino superior e ao funcionalismo público (Applebaum, 2021, p. 25). Hierarquias sociais antiquadas geralmente fazem parte da mistura, mas, atualmente, em países com democracia consolidada (como Grã-Bretanha, Estados Unidos e França), a maioria presume que a competição democrática é a maneira mais justa e eficiente de distribuir poder. Os políticos mais competentes devem governar. As instituições estatais - o judiciário e o funcionalismo público - devem ser ocupadas tão somente por pessoas, intelectual e tecnicamente, qualificadas. As disputas entre elas devem ocorrer em um campo de jogo nivelado, a fim de assegurar um resultado justo.

O Estado de Direito nasceu com a Revolução Francesa. Suas notas definidoras são as seguintes: governo constitucional, divisão de poderes, garantia plena dos direitos subjetivos públicos; em resumo: frente ao governo dos homens, o governo da lei (Jimenez de Parga, 1971, p. 129; Pound, 1965, p. 77). Mas o ideal do governo de leis e não de homens, esconde, muitas vezes, de forma pérfida, a verdade do governo de homens agindo pela lei.

A politização do judiciário brasileiro refere-se à percepção de que decisões judiciais, em vez de serem baseadas exclusivamente na interpretação da lei, acabam influenciadas por interesses políticos, ideológicos ou sociais. Críticos apontam que certas decisões de tribunais, inventivas ou construtivas (*rechtsfortbildung* - Rigaux, 2003, p. 323), especialmente em casos de grande repercussão política, refletem mais uma agenda política do que um compromisso com a interpretação imparcial da lei.

A interferência política do Judiciário, em casos especiais, acaba afetando a governabilidade, compreendendo-a como a capacidade de um governo para fazer prosperar suas

20 De fato é assim, como descreve Harari (2016, p. 30): “A reação mais comum da mente humana a uma conquista, não é satisfação e sim o anseio por mais”. Ou como especifica em outra obra (Harari, 2018, p. 67), “o *homo sapiens* simplesmente não é programado para se satisfazer”. O desejo e a vontade humanas são como as cabeças da Hidra de Lerna, de que fala a mitologia: a cada uma decepada, duas crescem no lugar.

iniciativas no circuito da representação (Woldenberg, 2019, p. 23). Exemplo prático disso, passa-se com a recuperação ou reconstrução da BR-319, rodovia federal dotada com a capacidade de conectar ou integrar o Estado do Amazonas com o Estado de Rondônia e o resto do país (além de estabelecer uma ligação internacional – Peru e Bolívia – com acesso ao Pacífico). Múltiplas decisões judiciais, a nível cautelar, têm impedido ou embaraçado que uma iniciativa do governo representativo avance. Certa ou errada, a interferência judicial ao longo dos anos (quase meio século) tem determinado o rumo da política e funcionado como uma “cláusula de ingovernabilidade” (ou se preferir, de “governabilidade judicial”).

De outro lado, dado o nível baixíssimo de confiança interpessoal existente no Brasil (Bregman, 2022, p. 289), não é admissível supor a existência de instituições apartidárias ou apolíticas, ou ainda, neutras ou imparciais. Num país polarizado, fragmentado, não há espaço para a neutralidade ou o desinteresse partidário, medrando a aplicação da lei sob o primado da parcialidade. Desconfiança que potencializa ainda mais a politização judicial e o consequente descrédito ou desprestígio perante a população, proporcionando, também, a sobrevalorização do Direito, como instrumento indispensável de estabilidade de uma sociedade desconfiada e hiperjurisdicionalizada²¹.

Essa sociedade desconfiada, litigiosa ou hiperjurisdicionalizada fica evidente quando se verifica o acervo de processos e outros dados existentes na Justiça brasileira, incluindo Estadual, Federal, Eleitoral, Militar Estadual, Trabalhista e Tribunais Superiores (CNJ, 2024):

a) Em 2023, foram 35 milhões de processos novos, o maior número da série histórica de quase 20 anos, com aumento de 9,4% em relação ao ano anterior.

b) Em 2023 foram recebidos 3 milhões de casos novos a mais do que em 2022.

c) O ano de 2023 se encerrou com um acervo de 83,8 milhões de processos em tramitação. A Justiça Estadual tem o maior acervo: 64,9 milhões (77%).

d) As despesas da Justiça brasileira em 2023 foram de R\$ 132,8 bilhões, o que representa 1,2% do PIB ou 2,38% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Desse total, 119,7 bilhões (90,2%) é com pessoal. Entre os países mais ricos do mundo, no grupo da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), Israel é aquele com o maior peso do Judiciário, com 0,8% (Yeung, 2024).

Dado que o número da população brasileira até 01 de julho de 2024 era de 212.583.750

21 Claramente estabelece-se um círculo vicioso entre centralidade jurídica, ativismo judicial e sociedade hiperjurisdicionalizada. Quanto menos o Direito é seguro, dada a profusão de normas em todos os setores da vida, mas a sociedade se torna litigiosa e mais o Judiciário é chamado a intervir “criativamente”. “Apesar de tudo”, como diz Garapon (1999, p. 155), “é preciso julgar”.

milhões de pessoas (Brasil, 2024)²², isso significa que 1 brasileiro a cada 2,53 tem um processo no Judiciário. Em termos percentuais, 39,41% do povo brasileiro, por um motivo ou outro, permanece às portas do Judiciário. Números que crescem ano a ano, deixando claro o judicialismo e uma sociedade litigiosa, incapaz de resolver os conflitos pessoais (dos ínfimos aos maiores) por meios não litigiosos.

E mais: no Brasil, para cada grupo de 100.000 pessoas, há 39.420 processos. Nos Estados Unidos, esse número é de 5.806; Inglaterra, 3.681; Japão, 1.768. Na Europa, o país mais litigioso, a Alemanha, tem 12.300 (Yeung, 2024). Considerando somente os casos novos (35 milhões de processos em 2023), seriam 16.464 processos para cada grupo de 100.000 brasileiros, ainda à frente da Alemanha.

Esses números poderiam ainda ser bem maiores e inflados, se não fossem as dificuldades de acesso ao judiciário brasileiro, tido como “caro (caríssimo), ineficiente e acessado pelos mais ricos” (Yeung, 2024). Juntam-se a essa equação as cifras de atrito presentes, por exemplo, no trabalho investigativo da polícia judiciária brasileira que não consegue converter, anualmente, milhões de boletins de ocorrência em investigações formais e possíveis processos judiciais de responsabilização criminal.

Não há livro sobre justiça, ou relatório, que não constate, para deplorá-lo, o vertiginoso aumento da litigiosidade depois dos anos 70 do século XX. É inegável que, desde então e nas últimas décadas, em especial, todas as formas de contencioso judicial, cresceram exponencialmente. Percebida sempre, essa tendência raramente é interpretada. O que significa essa explosão? Que demanda ela traduz? De que maneira eram esses casos resolvidos antigamente?, indaga Garapon (1999, p. 139). De um lado, há uma sociedade hiperjurisdicionalizada e de outro, como anota Yeung (2024), “um Judiciário gigantesco, com recordes mundiais de litigância”, não sendo “motivo algum para admiração ou orgulho, nem representa ganhos para a sociedade”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia não se reduz à produção de normas jurídicas. Os atores da vida democrática não são simplesmente técnicos para criar e aplicar normas jurídicas. Logo, nem o Direito pode assumir a centralidade democrática, nem tudo precisa ser submetido ao juiz, como sacerdote da palavra irrefutável e do poder último. A cidadania (e o *homo democraticus* como elemento formativo fundamental) tem objetivos democráti-

²² É curioso observar, que muitos municípios brasileiros têm o que o IBGE denomina de “população judicial”. São municipalidades com população estimada pelo IBGE, mas também, paralelamente, com uma população determinada pela justiça. Esses municípios, os “sem Censo”, solicitam na Justiça a anulação dos números do Censo, visando, quase sempre, uma revisão a maior, por conta do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), recursos previstos na Constituição e de repasse obrigatório, cujo cálculo é feito com base na estimativa populacional.

cos que rompem, com folga, a esfera da narrativa judiciária e o espaço social litigioso (a exigir sempre mais Direito), não podendo ser limitada à qualidade de consumidora, telespectadora ou demandista, sob pena de sucumbir a uma organização clerical do poder e testemunhar um desvio de soberania, com clara defraudação do povo e do princípio democrático.

A centralidade do Direito e do ativismo judicial na cena democrática são fenômenos coevolutivos, cuja compreensão poderá indicar os novos rumos aceitáveis da democracia contemporânea ou a necessidade de ajustes para corrigir uma jornada que pode levar a um beco sem saída. Essencialmente, a base política, conceitual, central, verdadeira e legítima da democracia é o povo, o *demos* – de onde emana todo o poder –, não suas instituições ou seus subprodutos culturais que, além de provisórios em sua estruturação, desempenham uma função instrumental. Se a democracia quiser ser uma forma política predominante, ecoando vivamente nos corações e mentes das pessoas, só pode como uma democracia popular, não simplesmente jurídica ou judicial.

Na equação criação/aplicação do Direito, são esquecidos ou negligenciados os constituintes fundamentais: os usuários, as redes de comunidades que, em essência, são o Direito (o “Direito democrático”, a “legalidade democrática”²³). Devolver a ciência jurídica à sua instrumentalidade intrínseca e histórica, refletindo as condições e as necessidades comunitárias, é o passo básico para reconhecer-lhe como força legítima e justa, verdadeiramente estruturadora de um Estado de Direito caro à calibragem democrática.

O ativismo judicial põe, frente a frente, algumas dicotomias essenciais à democracia: autoridades não eleitas *versus* documentos normativos promulgados democraticamente; uso estrito *versus* criativo de precedentes; política *versus* Direito; poder *versus* autoridade; controle de constitucionalidade *versus* lei. Mas para superar todas essas dicotomias, o ideal é voltar-se para o propósito de qualquer esquema estratificado de valores dentro de uma sociedade, promovendo as tendências e os hábitos, entre seus cidadãos, que permitam a busca da felicidade e da melhoria de vida de geração após geração: os filhos não podem ser destinados a viver pior que seus pais. O ativismo, a rigor, não contribui para promover essa expectativa, e dada a insegurança jurídica de que é portador, apenas funciona como metáfora de preenchimento de vazios e concentração de poder nos estratos burocráticos da justiça, preso ainda, à bagagem ideológica da modernidade.

Quando a democracia perde ou tem reduzida a capacidade de criar as condições adequadas para que a cidadania tenha a expectativa factível de melhoria de vida, pode-se dizer, razoavelmente, que ela está em apuros ou diante de grandes desafios (inclusive, identitários). O ativismo, como um dos fenômenos indiciários dessa crise,

23 Como vem inscrito na Constituição portuguesa: “O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática” (art. 3º.).

além de hipertrofiar subjetividades²⁴, injeta altas doses de incerteza e de instabilidade jurídica no sistema. De outro lado, a sobrevalorização do Direito traz consigo a expansividade das normas jurídicas, impulso característico de qualquer expressão de poder, de modo a tornar a sociedade refém de um modelo patologicamente litigioso que favorece (ou é favorecido por) uma explosão de individualismo absoluto contemporâneo (que acaba compondo uma forma inédita de *sociedade hiperjurisdicionalizada*). Esses dois fenômenos, intrinsecamente aderentes e adaptados às condições de uma era litigante, acabam convertendo a democracia popular de horizonte aberto às possibilidades numa democracia jurídico-judicial, restrita a um projeto democrático cada vez mais deficitário (e autoritário).

DEMOCRACY CHALLENGED: JUDICIAL ACTIVISM, CENTRALITY OF LAW, AND A HYPER-JURISDICTIONALIZED SOCIETY

ABSTRACT

The issue addressed in the study is judicial activism, a phenomenon of growing influence in modern democracies, which involves the role of the courts in politics and the risk of imbalance between the branches of government. The term and practice, set within a context of the centrality of Law and a hyper-litigious society, are widely debated, based on conceptual ambiguities that hinder a clear and objective understanding. The methodology used in this essay consists of a systematic evaluative analysis to clarify the meaning of judicial activism in different contexts, aiming to eliminate conceptual confusion. The goal is to promote a balanced and enlightening debate about the role of the courts and the limits of judicial activism in Brazilian democracy.

Keywords: democracy; judicial activism; judicial politicization; centrality of law. hyper-jurisdictionalized society.

REFERÊNCIAS

ABRAMSON, Jeffrey. Trust and Democracy. 2017. Disponível em: <https://www.aspeninstitute.org/wp-content/uploads/2017/07/Abramson.Trust-and-Democracy.pdf>. Acesso em: 27 out 2024.

24 “Na experiência brasileira, a pulverização das demandas – e a superposição de competências no exercício do controle de constitucionalidade difuso – culmina por oportunizar um espaço ao voluntarismo no que toca ao real papel do Judiciário no controle de políticas públicas e à dosimetria do conteúdo e da intensidade dos deveres estatais diretos em matéria de efetividade de direitos fundamentais” (Valle, 2011).

APPLEBAUM, Anne. **O crepúsculo da democracia**. Tradução de Alessandra Bonrquer. 1a. ed. Rio de Janeiro:Record, 2021.

BOBBIO, Norberto. **Entre duas Repúblicas**. Às origens da democracia italiana. Tradução de Mabel Malheiros Bellati. Brasília:Editora UnB, 2001.

BRASIL. **Portaria IBGE-1.041, de 28 de agosto de 2024**. [Brasília, DF]:Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 2024, Diário Oficial da União, publicado em: 29/08/2024. Edição: 167. Seção: 1. Página: 163. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-ibge-1.041-de-28-de-agosto-de-2024-581181581>. Acesso: 28 out. 2024.

BREGMAN, Rutger. **Humanidade**. Uma história otimista do homem. Tradução de Claudio Carina. 5a. reimpressão. São Paulo: Planeta, 2022.

BRETONE, Mario. **Diritto e tempo nella tradizione europea**. Roma/Bari: Laterza, 2004.

CAPRA, Fritjof.; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**. O Direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018.

CHOMSKY, Noam. **Segredos, mentiras e democracia**. Tradução de Alberico Loutron. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2024**. Brasília:Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 28 out. 2024.

COOK, Catherine. **Legislating from the Bench**. Harvard Political Review, 2009. Disponível em: <https://harvardpolitics.com/legislating-from-the-bench/>. Acesso em: 24 set. 2024.

CORWIN, Edward S. **A Constituição norteamericana e seu significado atual**. Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2a. edição. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FRANKENBERG, Güther. **A gramática da Constituição e do Direito**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FREUND, Julien. **¿Qué es la política?** Tradução de Sofia Noël. Buenos Aires: Editorial Struhart, 2003.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARSCHAGEN, Bruno. **Direitos máximos, deveres mínimos**. Rio de Janeiro: Record, 2019.

GICO JR., Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo (RDA), v. 267, set./dez. 2014, p. 163-198.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAY, John. **A busca pela imortalidade**. A obsessão humana em ludibriar a morte. Tradução de José Gradel. 1a. ed. São Paulo: Record, 2014.

GREGÓRIO, Daniely Cristina da Silva.; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. **Os reflexos do ativismo judicial em face da ampliação do acesso ao Poder Judiciário como instrumento de tutela dos direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Rev. Fac. Direito UFMG, n. 85, jul./dez. 2024, p. 47-64.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus. Uma breve história do amanhã**. Tradução de Paulo Geiger. 1a. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século XXI**. Tradução de Paulo Geiger. 1a. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HELLMAN, Arthur D. **Judicial activism: the good, the bad, and the ugly**. Mississippi College Law Review, 21, 2002, p. 253-265. Disponível em: https://scholarship.law.pitt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1255&context=fac_articles. Acesso em: 16 Out. 2024.

HIRSCHL, Ran, **The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts**. Annual Review of Political Science, vol. 11, 2008, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1138008>. Acesso em: 25 out. 2024.

HOPPE, Hans-Hermann. **Democracia, o Deus que falhou**. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

JIMENEZ DE PARGA, Manuel. **Los regimenes políticos contemporaneos**. Madrid: Tecnos, 1971.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”**. California Law Review, vol. 92, n. 5, 2004, pp. 1441-1477.

LIMA, George Marmelstein. **A Judicialização da Ética**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, (Série monografias do CEJ; v. 30), 2018.

MARSHALL, William P. **Conservatives and the seven sins of judicial activism**. University of Colorado Law Review, vol. 73, 2002, p. 101-140.

MARTINS, Laís. **Elon Musk não desafia apenas o STF – mas a soberania nacional**. 2024. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2024/08/30/elon-musk-desafia-soberania-nacional/>. Acesso em: 12 out. 2024.

PEABODY, Bruce G. **Legislating from the bench: a definition and a defense**. 11 Lewis & Clark L. REV. 185, 2007, pp. 185-232. Disponível em: <https://law.lclark.edu/>

live/files/9581-lcb111peabodypdf. Acesso em: 29 set.2024.

PINKER, Steven. **O novo Iluminismo**. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Tradução de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. 1a. Edição. São Paulo:Companhia das letras, 2018.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo:Ibrasa, Col. “Clássicos da Democracia”, n. 30, 1965.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa.; JUNIOR, Jorge Ferraz de Oliveira. **Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil**. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. Brasília:Revista de Informação Legislativa, ano 51, número 204, out./dez. 2014, p. 25-42.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução de Edmir Missio. 1a. ed., 2a. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RODOTÀ, Stefano. **La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho**. Tradução de Andrea Greppi. Madrid:Editorial Trotta, 2010.

RODRIGUES, João Gaspar. **Hiperdemocracia e democracia defensiva**. Análise política e social. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2024a.

RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público resolutivo: guardião das promessas constitucionais**. Lisboa:Revista do Ministério Público (Sindicato dos Magistrados do Ministério Público - SMMP), v. 177, Janeiro:Março 2024b, p. 247-278.

RODRIGUES, João Gaspar. **O continuum político-burocrático e o pseudorracionalismo jurídico**. Revista CEJ, Brasília, Ano XXVI, n. 84, jul./dez. 2022b, p. 94-105.

RODRIGUES, João Gaspar. **Controle externo da atividade policial**. Um projeto inacabado. Análise política e social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022a.

RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público resolutivo e ativismo político ou ideológico**. Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Fortaleza-Ce, Ano 15, n. 2, JUL./DEZ. 2023b, p. 261-285.

RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público resolutivo: o guardião das promessas constitucionais**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2023a.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCHACTER, Jane S. **Putting the politics of “judicial activism” in historical perspective**. Supreme Court Review, 2017. Disponível em: <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2019/03/Jane.S.Schacter-Putting-the-Politics-of-Judicial-Activism-in-Historical-Perspective-2018.pdf>. Acesso em: 20 set. 2024.

SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. Tradução de Maurício G. Righi. São

Paulo:É Realizações, 2011.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics.** In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. (Eds) **The Global Expansion of Judicial Power.** New York and London: New York University Press, 1995.

TILLICH, Paul. **Amor, poder & justiça.** Tradução de Sérgio Paulo de Oliveira. São Paulo: Fonte Editorial, 2004.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde podem nos levar as asas de Ícaro. **Themis: Revista de direito (Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa)**, Ano 2011, Ano 11, Número 20-21, p. 185-210.

WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial. Escola de direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas: **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 18, n. 2, 2022. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/167678/cerne_posicao_contraria_waldron.pdf. Acesso em: 01 nov. 2024.

WOLDENBERG, José. **En defensa de la democracia.** México: Cal y Arena, 2019.

YEUNG, Luciana. **A Maior Justiça do Mundo:** estaria Coase impressionado? 2024. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/direito-e-economia/a-maior-justica-do-mundo-estaria-coase-impressionado>. Acesso em: 29 out. 2024.