

Democracia desafiada: ativismo judicial, centralidade do Direito e sociedade hiperjurisdicionalizada

João Gaspar Rodrigues
Promotor de Justiça

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. A CENTRALIDADE OU A SOBREALORIZAÇÃO DO DIREITO E DO JUDICIALISMO NA CENA DEMOCRÁTICA. III. ATIVISMO JUDICIAL. IV. MANIFESTAÇÕES DE ATIVISMO JUDICIAL. 1. Invalidação de escolhas de outros ramos constitucionais. 2. Formulação de políticas públicas. 3. Ativismo de precedentes. V. POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

I. 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 fenômenos é o ativismo judicial ou jurídico, termo poroso e “escorregadio” (*slippery term*^[1]) que recebe também outros epítetos: governo de juízes, protagonismo judiciário, judicialização da política, *legislating from the*

[1] Expressão atribuída ao juiz norteamericano Frank Easterbrook (KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*. California Law Review, vol. 92, n. 5, 2004, p. 1.442).

bench (legislar a partir do tribunal)^[2], 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

[2] 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, Bruce G. *Legislating from the bench: a definition and a defense*. 11 Lewis & Clark L. REV. 185, 2007, p. 195. Disponível em: <https://law.lclark.edu/live/files/9581-lcb111peabodypdf>. Acesso em: 27 fev. 2025).

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 antidemocrático 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.

II. 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 avaliar 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.