



NOVOS DIREITOS E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO OLHAR CRÍTICO DE ENRIQUE DUSSEL

Caio Rogério da Costa Brandão*
Jeferson Antonio Fernandes Bacelar**
Frederico Antonio Lima de Oliveira***

Resumo:

Apresenta a proposta de Enrique Dussel relativa ao surgimento e reconhecimento dos novos direitos fundamentais. Analisa a judicialização do direito, como ferramenta político-jurídica de efetivação de novos direitos e, por fim, discute vieses do ativismo judicial, face mais complexa da atuação recente dos tribunais brasileiros. As lutas sociais têm transposto as ruas e passaram a ser travadas nas pautas de julgamento dos Tribunais. Os precedentes destas cortes têm se convertido em essencialidade do direito vigente, com legitimidade outorgada pelas instituições e justificada pela necessidade de conferir efetividade e concretização aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Novos Direitos; Judicialismo; Legitimidade; Direitos Fundamentais; Enrique Dussel

NEW RIGHTS AND JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL: A REFLECTION FROM THE CRITICAL VIEW OF ENRIQUE DUSSEL

Abstract:

It presents a proposal by Enrique Dussel regarding the treatment and recognition of new fundamental rights. Analyze the judicialization of the law, as a political-legal tool for the realization of new rights and, finally, discuss issues of judicial activism, face more complex the recent performance of the Brazilian courts. Social struggles have passed like streets and are now covered in the court's guidelines. The precedents of these courts have been converted into an essential one of the current law, with legitimacy granted by institutions and justified by the need to verify the effectiveness and implementation of fundamental rights.

Keywords: New Rights; Judicialism; Legitimacy; Fundamental rights; Enrique Dussel

* Advogado. Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia. Especialista em Direito Tributário e Direito Processual Civil pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais São Paulo/SP. Professor de Direito Processual Civil, Processo Constitucional e Direito do Consumidor da UNAMA - Universidade da Amazônia. E-mail: caiobrandoadv@gmail.com

** Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos na UNESA-RJ. Mestre em Direito do Estado pela Universidade da Amazônia. É membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Professor Titular da Universidade da Amazônia - UNAMA, na graduação e na Pós-Graduação Lato e Stricto Sensu (Mestrado em Direitos Fundamentais). E-mail:jafbacelar@yahoo.com.br

*** Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito de Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Universidade da Amazônia- UNAMA, na Graduação e Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Promotor de Justiça de 3ª Entrância do Ministério Público do Estado do Pará. E-mail: frederico81@hotmail.com





INTRODUÇÃO

O processo que fundamenta, com legitimidade, o surgimento e reconhecimento de novos direitos, é um interessante objeto de estudo jurídico. O ciclo real desde a relação social insólita que se estabeleceu, passando pelas oposições (negação, resistência, criminalização?) que surgiram, até a aceitação e posterior positivação vão muito além do processo metódico de elaboração de um projeto de lei e sua conseqüente aprovação em um Parlamento ou da construção de um precedente judicial, fruto do trabalho interpretativo de um Tribunal.

Segundo Bobbio (2004, p. 83), sob a perspectiva sociológica, a multiplicação ou proliferação de direitos ocorre por três razões: o aumento da quantidades de bens que passam a ser considerados merecedores de proteção e reconhecimento; a ampliação da titularidade de direitos típicos a novos sujeitos de direitos; e a nova significância dada ao ser humano, não mais sendo visto como um ser abstrato (ente genérico), mas sim como um ser concreto, específico, o que geraria a ampliando de seu “status” individual. Assim, novos bens, novos sujeitos, novos status exigem, e continuarão exigindo, novos direitos. É, assim, um fluxo constante e inexorável.

O diálogo que se propõe é com um recorte do pensamento de Enrique Dussel, filósofo argentino e um dos expoentes do pensamento crítico latino-americano. Propositor de uma tese sobre o surgimento de novos direitos que apresenta fases bem definidas e que se ajustam a maior parte das experiências pretéritas no que concerne ao reconhecimento formal de novas expressões jurídicas, portanto, respaldadas pelo ordenamento vigente. Contudo, parece não ter contemplado peculiaridades, ora presentes e marcantes, no sistema jurídico brasileiro.

O presente artigo se traduz numa pesquisa qualitativa, que por intermédio de análise documental-bibliográfica tem como objetivo identificar e reconhecer como (e se) o fenômeno do ativismo judicial (ou judicialismo) no Brasil, enquanto fonte criadora de novos direitos, se ajusta ou não a proposta dusseliana.

A teoria crítica, no pensamento de Dussel, é decodificadora dos anseios políticos, sociais e econômicos, assumindo também a função legitimadora de um direito desconhecido e desprovido de validade e legitimidade em relação ao direito vigente, que é composto por interesses hegemônicos que são garantidos pela força do Estado. Em seu pensar, enfatiza a luta social travada pelos excluídos e renegados pelo sistema das leis e dos juízes, legitimador de um direito vigente opressor, como sendo a mola propulsora do surgimento de novos



direitos ou futuros direitos vigentes.

Assim, a premissa que defende geraria inquietação na medida em que o mundo ocidental, do século XXI, vivencia uma tendência de amalgama de tradições jurídicas com intuito de se apresentar soluções para a crise de eficácia dos sistemas jurídicos internos, como no caso do Brasil, em que a tradição civil law pura vem sendo mitigada pelo judicial review, pelo que as transformações sociais e as mudanças de paradigmas não mais dependem unicamente do surgimento de leis, emanadas do Estado-legislador e que teriam como fonte material as lutas ou reivindicações dos, outrora, excluídos.

A tese de dusseliana ignoraria o fenômeno da judicialização do direito na América Latina ou estaria ele abarcado pelo processo final de “legalidade”, última fase do processo de surgimento de um novo direito?

1. A TESE DUSSELIANA PARA O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS: INCOMPLETUDE DIANTE DO JUDICIARISMO BRASILEIRO?

A importância do pensamento de Enrique Dussel para a filosofia, a teologia e a historiografia críticas são inquestionáveis. No campo teológico dedicou-se a historiar e analisar a Teologia da Libertação, pensada a partir dos marginalizados, e, nascida para além das fronteiras da colonização europeia. Também concebeu uma ética e uma filosofia para a libertação. Sua Ética da Libertação pode ser resumida assim: “Trata-se de uma ética cotidiana, desde e em favor das imensas maiorias da humanidade excluídas da globalização, na presente ‘normalidade’ histórica vigente” (DUSSEL, 2000, p. 15).

Já seu método para uma Filosofia da Libertação foi denominado “analético”. Uma forma de pensar “original” que pretendeu superar os pensamentos kantiano, hegeliano e heideggeriano, que concebiam os latino-americanos em como objetos ou coisas, restrita a um mundo a parte e peculiar (DUSSEL, 1986, p. 190). O método analético é uma versão positiva do método dialético, ou como explica uma: “expansão dominadora da totalidade desde si; a passagem da potência para o ato de ‘o mesmo’. É a transposição ao justo crescimento da totalidade desde o outro e para ‘servi-lo’ criativamente”. Portanto, parte do desvelamento do outro e pensa sua palavra. Seria “[...] a filosofia latino-americana, única e nova, a primeira realmente pós-moderna e superadora da europeidade” (DUSSEL, 1986, p. 196-197). Para Dussel a filosofia latino-americana que surge como um novo momento da história da filosofia humana, precisa ser analógica, superadora da modernidade europeia ou norte-americana. A filosofia do futuro seria: “[...] a filosofia dos povos pobres, a filosofia da libertação humano-



mundial”, no sentido de uma humanidade analógica, “[...] onde cada pessoa, cada povo ou nação, cada cultura possa, expressar o que lhes é próprio na universalidade analógica que não é nem universalidade abstrata [...], nem a universalidade concreta” (DUSSEL, 1986, p. 212).

É nesse contexto filosófico e sociológico, bem como econômico, que promove incursões no campo do direito e em especial dos direitos humanos. No texto “Derechos Vigentes, Nuevos Derechos y Derechos Humanos”, elabora a tese que o trabalho analisa com mais detalhamento.

Segundo Dussel (2010, p. 230) direitos vigentes são aqueles aceitos pela coletividade na medida em que fundados em consenso político e social, gozando de legalidade e legitimidade, bem como protegidos pela coação estatal. Abrangeriam tanto a Constituição quanto os direitos fundamentais, bem como todo o ordenamento jurídico. Por sua vez, os novos direitos seriam aqueles ignorados pelo direito vigente, e, portanto, negados e rejeitados pelo sistema das leis e pelo sistema de justiça. Destarte, quando se deflagra o processo de reconhecimento dos novos direitos estaria em curso uma crise de legitimidade, que se não for identificada e reconhecida, tornaria o sistema de justiça em cúmplice de um “direito em crise”, ainda que vigente (DUSSEL, 2010, p. 231). Seria a consciência de necessidades não satisfeitas pelo direito vigente a força motriz que produziria a crise deste sistema. Surgiria, então, uma luta social sem tempo definido até que o “[...] nuevo derecho, en un primer momento ilegal e ilegítimo para el derecho vigente presente, hasta que llegue a ser legal y legítimo en el momento de un derecho vigente futuro” (DUSSEL, 2010, p. 231).

É na senda deste argumento que identifica as seis as fases para que um novo direito alcance reconhecimento. Desde a conscientização limitada quanto à existência do mesmo, na medida em que sua legitimidade é aceita apenas por um determinado grupo, mas sem o amparo da legalidade; passando pelo sofrimento de injustiças impostas às vítimas da negação, e à conseqüente luta (violenta) para que a segurança da moral e da legalidade que respaldam o paradigma, que parecia eterno, sejam destruídas. Até a conquista: primeiro a transformação da legitimidade crítica, considerada outrora anti-hegemônica, na nova legitimidade vigente, e, por fim, a pretendida legalidade, suplantadora da legitimidade e a legalidade anteriormente vigentes (DUSSEL, 2010, p. 232).

Para Dussel, é imperioso construir um sistema aberto de direitos vigentes recepcionado dos novos direitos, que inevitavelmente irromperão, sem a necessidade de “lutas ferozes”, muitas vezes sacrificadoras de vidas, para que sejam reconhecidos e implementados



(DUSSEL, 2010, p. 235). Como se afirmou os novos direitos são o resultado de um processo contínuo, persistente e longo de lutas, até que alcancem legalidade e legitimidade. Sabe-se que em muitos loci a dinâmica legiferante é lenta e insuficiente. A percepção que se tem é que a velocidade das mudanças sociais é incomensuravelmente maior do que àquela implementada pelas estruturas estatais responsáveis pela criação do “direito novo”.

Nas democracias representativas é nos Paramentos que se encontra, tradicionalmente, a legitimidade majoritária que recepciona e legaliza as rupturas sociais relevantes. Contudo, nem sempre a regra da maioria, sozinha, deve prevalecer. Como lembra Alexy “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples” (2011, p. 446). Por isso, o mesmo autor assevera que “A concepção formal de direitos fundamentais expressa um problema central dos direitos fundamentais em um Estado Democrático”. (ALEXY, 2011, p. 447). É o papel contramajoritário das normas de competência negativa que garantem às minorias, proteção e garantia contra as maiorias, sejam reais ou de ocasião. Haveria, portanto, uma tensão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais.

Novais analisa a questão, na direção que o texto pretende avançar:

a força de resistência dos direitos fundamentais pode inibir um pleno exercício do poder democrático e fazê-lo tão mais efectivamente quanto, em primeiro lugar, um poder não eleito – o poder judicial – tenha, em nome da salvaguarda dos direitos fundamentais, a possibilidade constitucionalmente garantida de condicionar, invalidar ou impedir a execução das medidas decididas pelos órgãos legitimamente eleitos para governar (NOVAIS, 2006, p. 21).

Os direitos fundamentais, inclusive os novos, sempre foram “trunfos contra a maioria”! sejam uma expressão omissiva ou comissiva. Logo, em tese, provocar a função Judiciária do Estado é buscar ampliar ou restaurar graus de efetividade de direitos fundamentais que foram ou estão sendo negados. E se há ações constitucionais antevistas pelo constituinte originário (e.g. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO), é, sem dúvida, pela via hermenêutica que as principais alterações têm ocorrido no Brasil contemporâneo.

São as omissões do Legislativo (e.g. não elaboração de diversas leis complementares) e do Executivo (e.g. não implementação de políticas, programas ou ações públicas necessárias a operabilidade garantidora de acesso a direitos fundamentais) que geram não apenas a atuação interpretativa extensiva do Judiciário, como em alguns casos outras



ações que podem ser avaliadas como típico exercício legiferante ou mesmo administrativo (próprio e típico). Explicar um fato não lhe garante caráter de justificação, assim como a legalidade pode carecer de legitimidade nas democracias. São conceitos e categorias distintas, ainda que inseparáveis e imprescindíveis em coexistência. Por isso, mesmo se reconhecendo como necessária a intervenção do Judiciário em diversas situações em que se exige uma atualização ou efetivação de direitos fundamentais, críticas ainda precisam ser consideradas quanto ao ativismo judicial, que acobertaria uma discricionariedade sem limite e sem medida.

A seguir discute-se sobre judicialização e ativismo judicial, como conceitos próximos, mas distintos, e como esses processos de política judiciária se encaixam à tese dusseliana relativa aos novos direitos.

2. A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS NO BRASIL

A evolução quanto à efetividade dos direitos fundamentais é reflexo de uma mudança de paradigma, pela qual o Poder Público tem o poder/dever de garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais, promovendo o desenvolvimento de suas potencialidades, autonomia e participação social (PIOVESAN, 2013).

Barroso (2013) aponta uma mudança na concepção tradicional dos direitos fundamentais, preteritamente considerados simples garantias dos direitos de defesa do cidadão, em face do Estado, e, atualmente, direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte capacidade de gerar mobilização, seja individual seja social. Inclusive, e em especial, pela via da jurisdição, visto que o processo justo e a efetividade qualificada seriam também direitos fundamentais. Segundo Sousa Neto (2010) havia prevalência da ideia de que somente quando autorizado pelo legislador o Judiciário poderia se manifestar, sendo sua atuação restringida pelas normas editadas e positivadas. Foi a adesão ao neoconstitucionalismo que ofereceu o respaldo à intervenção do Judiciário na Administração Pública, no que atine a provisão de prestações sociais.

Direitos fundamentais precisam ser efetivados! Se estiverem pendentes de legislação regulamentadora, esta precisa ser, obrigatoriamente, elaborada. Se a pendência é de uma política específica, manifestada em programas ou ações governamentais, estas requerem implementação. Havendo omissão o Judiciário pode ser acionado para intervir. Segundo Dexheimer (2012), a atuação interpretativa do Judiciário é indispensável e legitimada, visto que a norma transcende o texto formal e assume uma reconstrução de sentido, que deve ser



realizada pelo intérprete à luz do caso concreto, em sua estreita relação com os direitos fundamentais.

Portanto, o que alguns denominam (com desconfiança e crítica substancial) como “judicialização” seria apenas o exercício potencializado das funções constitucionais do Judiciário, o pleno desenvolvimento de suas competências, tanto instrutórias quanto decisórias, para que as demandas possam realizar-se com segurança, mas principalmente com efetividade.

Contreras (2018. p. 374-375) afirma que “Estudiar la judicialización de la política consiste principalmente en un estudio sobre límites y fronteras” entre os poderes estatais. Explica que, desde Montesquieu, passando por Hamilton, Madison y Jay, “Las esferas de cada uno de estos ámbitos se han tornado difusas y en los hechos se suelen solapar”. Afirma tratar-se de um problema para a democracia mesma, visto que não se trata de decidir se os tribunais podem ou não criar uma política pública ou novos direitos, mas sim se devem ou não fazer isso. Em uma tentativa de conceituar o termo delimita assim:

Por un lado, y en un sentido más general, la judicialización de la política sería una dimensión de un proceso más amplio, en que la vida social entera estaría dominada por el derecho: nuestra cultura –también la política– sería una eminentemente jurídica. Por otro lado, en un sentido más acotado y preciso – y que por lo tanto da más información– hay judicialización cuando los jueces toman decisiones autoritativas sobre la creación de políticas públicas y derechos (ya sea creándolos o reforzando los ya existentes en un sistema) (CONTRERAS, 2018, p. 377).

Logo, a ação ou omissão por parte de qualquer agente estatal, ou mesmo, de atores socioeconômicos representantes da iniciativa privada, em detrimento à realização de direitos, corresponderia a violação dos mesmos, podendo a sua efetividade ser alcançada por meio de ações perante o Poder Judiciário, sejam de natureza individual ou coletiva.

O Supremo Tribunal Federal - STF, a título de exemplo, aplicando a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, já se posicionou no caso concreto criando o precedente de que a judicialização do direito a acessibilidade, considerada uma intervenção indireta do Poder Judiciário nas atividades da Administração Pública, não configura violação ao princípio da separação de poderes[†]. Interessante o voto do Ministro

[†] Cf. STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 440.028 - SÃO PAULO. RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO, 2013; STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 940.615 - PERNAMBUCO RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO, 2016.



Marco Aurélio no qual se lê que seriam três os requisitos que poderiam viabilizar a incursão judicial em políticas públicas: “a natureza constitucional da política pública reclamada, a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais e a prova de que há omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública (STF, 2013, RE 440028 / SP, p. 4)”, sem justificativa razoável para a mora ou omissão. Não deixa, contudo, de observar que:

o princípio da separação de Poderes, que funciona não apenas como uma técnica de contenção do arbítrio [...], mas também como instrumento de racionalização e eficiência no exercício das funções públicas, mostra-se indispensável reconhecer que a intervenção judicial em políticas públicas deve ser realizada pelo meio menos gravoso possível (STF, 2013, RE 440028 / SP, p. 5).

Sarlet (2009, p. 304), analisando a judicialização da saúde pública, destaca que o papel do Judiciário não está na criação de políticas públicas, cabendo-lhe apenas a efetivação do cumprimento de políticas já existentes e não realizadas, a contento, pela Administração Pública. Mas a prática dessa teoria não é tarefa fácil. Agir discricionariamente é típico do gestor público, mas o magistrado que adentra pela senda da judicialização também assume discricionariedades para as quais pode ou não estar preparado, ou até mais grave, pode ou não estar amparado por suas competências e prerrogativas.

Discricionariedade excessiva é o problema apontado para outro fenômeno que vem sendo observado e combatido, por parte do pensamento jurídico, qual seja: o ativismo judicial. Seria considerada uma desvirtuação das funções do Judiciário, ou seja, uma disfuncionalidade, na medida em que determinadas decisões se constituiriam em substitutivos de atos políticos criadores de políticas públicas, como se a própria lei fosse, impingindo “reserva legal” aos atos administrativos.

A relação entre judicialização e ativismo é de muita proximidade, a ponto de Barroso afirmar que “são primos”, pois vindo da “mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens”. Pelo que explica:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2012, p.



25).

É inequívoco que a Constituição de 1988 criou um quadro muito generoso de oportunidades para a litigância constitucional, com ênfase em sede do Supremo Tribunal Federal. Destarte, chegam para análise do órgão de cúpula do Judiciário temas com conteúdo e relevância sortidos (tribunalização da vida) e cujas soluções requerem respostas interpretativas, muitas vezes inovadoras e até criativas. Significa dizer: a ordem constitucional pós-1988 estabeleceu condições institucionais que permitiram a manifestação do Judiciário em importantes questões políticas e sociais, tradicionalmente restritas à deliberação e à atuação resolutivas das arenas políticas: Legislativo e Executivo (CAMPOS, 2013, p. 7901).

Mas o principal argumento favorável ao controle judicial em direitos fundamentais continua sendo do Texto Magno, contido no art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988, que assim dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2015). Logo, o constituinte antecipadamente legitimou o Judiciário para se manifestar em quaisquer situações que desrespeitem direitos fundamentais. Sua legitimidade não precisa ser afirmada ou confirmada, já o é pela própria Constituição.

Não há e nem poderia haver bloqueios, portanto, à atuação de magistrados na garantia da máxima efetividade dos direitos fundamentais, inclusive no reconhecimento de novos direitos, especialmente pelo constante no § 2º, Art. 5º, da Constituição federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. Não há bloqueios da tutela jurisdicional, mas há limites! limites de intervenção do juiz no campo político. Os limites, destarte, se direcionam ao ativismo judicial.

3. ATIVISMO JUDICIAL E NOVOS DIREITOS NO BRASIL

O termo ativismo judicial (judicial activism) têm na experiência constitucional norte-americana sua origem e as melhores tentativas de explicar essa postura arrojada do Judiciário em intervir nas decisões políticas dos demais poderes. Como explica Barroso (BARROSO, 2012, p. 26):

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dred Scott v. Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (West Coast v. Parrish, 1937). A situação se inverteu completamente a partir



da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953- 1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Contreras (2018, p. 383) informa que a atuação estratégica de um juiz não significa que está agindo com ativismo, pois pode ser movido também por “*ciertas disposiciones interiores y actitudes exteriores que los jueces reflejan en la fundamentación de sus sentencias*”. Na verdade, os magistrados se encontrariam em determinadas situações extremas nas quais ficam entre:

la idea de un ir y venir entre el razonamiento formalista (caracterizado por silogismos simples, identificando los hechos del caso concreto y vinculándolos a la regla, previamente establecida, que corresponda en el caso) y un razonamiento moral libre de ataduras (caracterizado por referencias a principios abiertos como «equidad», «igualdad», «proporcionalidad», etc.).”

Neste dilema procedural, na lida judicante, quanto menor a opção pelo formalismo, menor a sujeição e maior o espaço de criatividade desenvolvido, mais ampliada a possibilidade de ação interventiva no campo das políticas públicas concretas. Esse seria o perfil de um ativista! Ainda Contreras, ao apontar distinções entre judicialização e ativismo explica que:

por un lado, el empoderamiento del juez –en otras palabras: la falta de deferencia hacia el legislador– supone una determinada disposición interior, una voluntad, a actuar más allá de lo que una estricta separación de poderes permite (la judicialización supone una actitud activista); por otro lado, que un juez realice una interpretación extensa o evolutiva de la ley, o fundamente su fallo en consideraciones más morales o políticas que estrictamente jurídicas, supone que exista una cultura en que otras esferas de la vida social estén impregnadas por un lenguaje y lógica jurídica (CONTRERAS, 2018, p. 383).

O Brasil, mesmo sendo um país de tradição Civil Law, e portanto, vinculado ao direito continental europeu, desde a Constituição de 1891 já sinalizava aproximação jurídico cultural com o sistema constitucional norte americano, baseado no judicial review, pelo que o atual estágio de atuação do Poder Judiciário Brasileiro poderia ser esperado na medida em que as complexidades sociais aumentassem, e o Legislativo não correspondesse ao exercício efetivo de sua função elementar: legislar quantitativa e qualitativamente.

É diante da ineficiência dos poderes políticos (legislativo e executivo) quanto à



realização dos direitos fundamentais e à crise de representatividade dos anseios populares, os quais derivam do aumento da complexidade do sistema social em razão da constante necessidade de adaptação às transformações da modernidade, o Poder Judiciário tem agido com maior intensidade e proatividade.

Para Dimoulis e Lunardi existem duas variáveis que possibilitam a compreensão do ativismo judicial: um quantitativo e outro qualitativo. O viés quantitativo está relacionado à quantidade de vezes em que o Poder Judiciário intervém nas decisões dos demais Poderes, sendo que tal variável conduz à ideia de ativismo a conduta demasiadamente praticada, em total prejuízo à separação e o equilíbrio entre eles. Por sua vez, o viés qualitativo não importa a frequência com que o Poder Judiciário interfere na esfera dos demais poderes, mas o que deve ser considerado são os critérios utilizados para tal fim (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 461- 462). Tais vertentes são frágeis na medida em que não se tem a definição do que seria pouco ou muito para dizer se há ou não ativismo (quantitativo) assim como também não se estabelece critérios claros que diferencie o ativismo (qualitativo) da usurpação de função de outro poder. Conforme os mesmos autores:

Ainda que se estabeleça um quadro comparativo no tempo e entre países, mostrando uma atividade particularmente intensa em certo período ou país, isso não permite concluir algo sobre o “ativismo”, pois o grande número de declarações de inconstitucionalidade não significa que um tribunal seja ativista. Sua atividade intensa pode ser consequência da atuação sistemática do legislador em desrespeito à Constituição ou da amplitude das competências judiciais em certo ordenamento.

[...]

Essa perspectiva é promissora, mas exige que sejam formulados critérios claros, deduzidos de uma teoria de interpretação do direito. [...] Isso se deve à dificuldade de distinguir entre ativismo qualitativo e atuação inconstitucional- ilegal do julgador. Aquele que atua além dos limites constitucionalmente estabelecidos contraria a Constituição e abandona o papel de seu guardião. Em tais casos, quem se refere ao ativismo usa um eufemismo para a violação do direito (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 461-462).

Não obstante a inexistência de uma formulação teórica consistente sobre o conceito de ativismo judicial, há um discurso homogêneo no sentido de entendê-lo um modo proativo e expansivo de interpretação constitucional, inclusive para levá-la a situações que não foram expressamente contempladas, seja pelo constituinte originário ou derivado, assumindo posturas não previstas ou não respaldadas pela Constituição ou pela legislação.

Com efeito, os tribunais brasileiros, sob a ótica do ativismo judicial, têm se auto-



constituído fontes criadoras de novos direitos na medida em que a interpretação constitucional acerca do direito posto, quando não o negam ou restringem, o estendem às situações não contempladas expressamente pelo legislador ordinário. Tal função criadora ou inovadora exercida pela jurisprudência traduz a existência de um fenômeno ignorado por Dussel em sua análise diacrônica sobre direitos vigentes e novos direitos quando o referido autor defende a existência de seis etapas, compreendidas como pressupostos válidos de reconhecimento da legitimidade e da necessidade de legalização dos novos direitos, em total superação aos direitos vigentes, quais sejam: a) a conscientização social; b) a reivindicação; c) a repressão; d) a crise; e) o debate e o reconhecimento político e; f) a legalização do novo direito (DUSSEL, 2010).

Em primeiro lugar, a conscientização social representa o reconhecimento da existência de um direito legítimo de determinados grupos de interesse, cuja tutela da legalidade não os alcança. Após reconhecido como existente, ainda no campo metajurídico, o direito passa a ser pauta de movimentos sociais representativos da “voz dos excluídos”. A repressão, por sua vez, está relacionada ao uso da força por parte do Estado no intuito de manter a estabilidade e a permanência do ordenamento jurídico posto por meio do controle da legalidade dos comportamentos sociais.

A crise é representada pelo aumento gradativo da intensidade dos movimentos sociais por parte daqueles que não mais reivindicam como “foras da lei”, mas sim como “vítimas” do sistema vigente que assume pela repressão a condição de opressor das minorias. O reconhecimento da existência e relevância de uma espécie de discurso social em que as reivindicações de ruas, antes tidas como “anti-hegemônicas” ou “ilícitas”, passam a fazer parte do debate político, dá origem ao que o autor denomina de “nova legitimidade vigente”. Por último, o debate político por meio da representatividade viabiliza a legalização dos novos direitos que até então só são legítimos, anulando a legalidade do antigo direito que por mais que fosse vigente já restava desprovido de legitimidade que garantisse sua eficácia.

Assim sendo, Dussel constrói, a partir de uma abordagem sociológica, uma espécie de processo de construção de novos direitos dentro de uma determinada sociedade, o que o sistema jurídico somente reconhece como processo legislativo pelo qual a lei nova (novos direitos) assume o lugar de vigência daquela que sofre a revogação a partir da perda de sua legitimidade.

No Brasil, especialmente a partir da Constituição de 1988, em que a participação





popular na fiscalização da legalidade e na construção da ordem social e jurídica é garantida pelos variados instrumentos jurisdicionais de controle do Poder Estatal em prol dos direitos fundamentais, os quais são executados a partir do direito de ação e do acesso à justiça (controle difuso de constitucionalidade, ação popular, ação civil pública), sem prejuízo da iniciativa direta para criação de leis pelo parlamento, o Poder Judiciário vem desempenhando uma função atípica sob a ótica do surgimento de novos direitos e que não pode ser ignorada.

Neste sentido, Barroso faz a seguinte reflexão:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, 2012, p. 06).

Compreende-se que algumas posturas da Suprema Corte Brasileira têm refletido um espectro de ativismo que acaba se espraiando por todo o Poder Judiciário, que não se limita à interpretação constitucional, uma vez que todo o ordenamento jurídico infraconstitucional tem sofrido mutações sem qualquer reforma legislativa por meio de súmulas, precedentes (uniformizadores e vinculativos).

Muito embora se reconheça que direitos vigentes não se limitam àqueles objeto de positivação, mas se admite também a ideia de direitos consuetudinários (DUSSEL, 2010), o processo de construção de novos direitos descrito por Dussel reflete uma leitura, através de uma lente sociológica, da origem das leis para explicar o positivismo com base numa legitimidade weberiana, ignorando a transmutação das tradições jurídicas do ocidente, especialmente na América Latina, pela qual não é mais possível identificar um sistema jurídico puramente civil law ou common law, mas sim um sistema misto.

A função criadora de direitos pelo Poder Judiciário é característica nos países de origem common law, enquanto a lei é a principal fonte primária do direito no sistema civil law. No Brasil, muito embora a jurisprudência ser considerada fonte secundária do direito sob a ótica do positivismo clássico, a construção do ordenamento jurídico nas últimas duas décadas está consubstanciada em precedentes judiciais através dos quais o juiz exerce o papel de criador de um direito não prescrito em lei ou mesmo prescrito de forma insuficiente, sendo



a hermenêutica o instrumento de construção de novos direitos na medida em que o poder legislativo se torna inoperante.

O fenômeno tal qual como descrito alhures, exige um reexame acerca do sentido e alcance do princípio da separação dos poderes bem como induz a um novo conceito de “freios e contrapesos” para o neoconstitucionalismo experimentado pelos países, incluindo o Brasil, a partir do século XX.

Portanto, Dussel, indubitavelmente, elabora uma tese sociológica de construção do direito com viés no positivismo clássico, o que se revela de extrema relevância para se compreender o surgimento das leis a partir do fato social, todavia, o sistema jurídico tem se desenvolvido de forma a não sofrer bloqueios em razão da falta de efetividade das leis e ineficiência do Poder Legiferante em face da hipercomplexidade da sociedade moderna cada vez mais plural.

CONCLUSÃO

Enrique Dussel constrói uma significativa tese sociológica acerca do processo social de formação do direito, cuja legalidade é formada a partir de conceitos do positivismo e a eficácia da lei compreendida à luz da força e da legitimidade.

A partir do neoconstitucionalismo vivenciado com mais vigor, a partir do século XX, nos países de tradição Civil Law, com especial atenção ao Brasil, o Poder Judiciário exerce um protagonismo distinto no processo de construção de novos direitos, pelo qual a função legiferante atribuída ao Poder Político passa também a ser exercida através da função jurisdicional, a qual diferentemente da função política, não necessita de um processo legislativo formal.

O ativismo judicial, com todo respeito às críticas reveladoras de pontos negativos acerca desse fenômeno, não pode ser ignorado como fonte geradora de novos direitos na medida em que o Poder Legislativo se revela inoperante frente às necessidades e transformações inerentes a uma sociedade moderna, complexa e plural.

A constituição de 1988 se de um lado cria mecanismos de estabilidade do sistema jurídico por meio das funções e competências atribuídos a cada poder constituído (Separação dos Poderes), por outro, estabelece instrumentos de controle dos poderes e, especialmente, integração e efetivação de direitos na hipótese de o Poder Político (legislativo) não exercer ou exercer insuficientemente a sua função primária, é o que atualmente se concebe também como freios e contrapesos diante da ação ou omissão de quaisquer dos poderes que formam o



Estado Constitucional.

Assim, não é um conceito munido de precisão atribuir a função de legislar ao Poder Judiciário quando este preenche a lacuna de uma lei ou satisfaz a necessidade de segurança jurídica em relação a determinada situação ainda não proposta, deliberada, sancionada, promulgada e publicada pelos Poderes Políticos, uma vez que a existência um direito legítimo não está condicionada a um processo legislativo formal, mas sempre dependerá de uma declaração de direito dotada de força e legitimidade a partir da supremacia da própria Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contra majoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. Jacarezinho/PR: **Rev. Argumenta**, nº 20, p. 33-45, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. SOUZA NETO, Claudio Pereira de. e SARMENTO, Daniel (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista (Syn) Thesis**. Rio de Janeiro/RJ, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. **RIDB**, Ano 2, nº 8, 2013.

CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo Judicial: conceitos e preconceitos. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo – SP, n. 129, p. 76-82, dez. 2013.

CONTRERAS, Fernando. Judicialización de la política: algunas notas sobre el concepto y origen judicialization of politics: some notes about the concept and its origin. **Revista de derecho público**. Número especial (2018). p. 373-187.

DEXHEIMER, Vanessa Grazziotin. Atuação do juiz na condução do processo civil no estado constitucional. In: **O processo civil no Estado constitucional**. Daniel Mitidiero (coord.). Salvador: Juspodivim, 2012, pp. 481-548.





DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de.

NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. São Paulo: Jus Podvim, 2011.

DUSSEL, Enrique. **Derechos vigentes, nuevos derechos y derechos humanos**. In: **Revista crítica jurídica**. México: UNAM. ene/jun 2010– n°. 29, pp. 229-235.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

DUSSEL, Enrique. **Método para uma filosofia da libertação**: superação analética da dialética hegeliana. São Paulo: Loyola, 1986.

NOVAIS, Jorge. Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. [MinhaBiblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502618480/> Acesso em: 21 mar. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRIMEIRA TURMA. **Recurso Extraordinário n. 440.028** - São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Data: 29/10/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4919884>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 940.615** – Pernambuco. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: file:///C:/Users/55919/Downloads/texto_308827236.pdf.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV** [online]. 2012, vol.8, n.1, pp. 037-057. ISSN 1808-2432. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100002>>_ Acesso em 27 mar.2020.