

DIREITO AO RECONHECIMENTO: AS AÇÕES AFIRMATIVAS E O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS.

RIGHT TO RECOGNITION: AFFIRMATIVE ACTIONS AND JUDICIAL ACTIVISM AS INSTRUMENTS FOR THE REALIZATION OF RIGHTS.

Wendell Luís Rosa¹

Juvêncio Borges Silva²

Resumo: O presente artigo busca analisar as teorias de Axel Honneth e Nancy Fraser em face das lutas por reconhecimento na contemporaneidade, e aferir em que medida as ações afirmativas e o ativismo judicial se constituem como instrumentos de concretização de direitos. Desta forma, num primeiro momento considera-se o direito ao reconhecimento, constatando que na segunda metade do século XX, mormente após a derrocada da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e do socialismo por ela propugnado, as lutas de classe foram substituídas pelas lutas por reconhecimento intersubjetivo. De um lado Honneth defende que o desrespeito atinente à falta de reconhecimento é a raiz dos conflitos sociais e, por conseguinte, a força motriz para os movimentos sociais; de outro lado Fraser, por sua vez, trabalha com duas perspectivas: o reconhecimento e a redistribuição, fundamentando que a falta de reconhecimento não implica necessariamente em desigualdade econômica. Fato é que o direito ao reconhecimento tem sido objeto de judicialização e, não raramente, têm recebido respostas ativistas. Da pesquisa pôde-se concluir que, se por um lado a judicialização decorre do fenômeno da constitucionalização do direito, o ativismo, por outro, atenta contra a estabilidade institucional, a separação de poderes e a própria democracia. Por sua vez, tanto o reconhecimento quanto a redistribuição enfrentam óbices no que se refere à mudança das estruturas sociais, fazendo-se necessária uma ação transformativa da realidade social. O método utilizado foi o analítico-dedutivo, com fulcro em livros e artigos científicos.

Palavras-chave: reconhecimento; judicialização; ativismo.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade de Franca (2005) e mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (2008). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processo Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: teoria geral do direito penal, legislação penal especial e prática penal. Atualmente encontra-se em vias de concluir seu doutoramento junto à Universidade de Ribeirão Preto. Email: wendell_yah@yahoo.com.br

² Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor pela Unesp. Mestre pela Unicamp. Pós-graduado em Didática e Planejamento do Ensino Superior pela Faculdade de Filosofia de Passos (lato sensu). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Graduado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto. Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Coletivos, Políticas Públicas e Cidadania. Editor Adjunto da Revista Paradigma e da Revista Reflexão e Crítica do Direito. Membro associado do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Email: juvencioborges@gmail.com

Abstract: This article seeks to analyze the theories of Axel Honneth and Nancy Fraser in the face of struggles for recognition in contemporary times, and to assess the extent to which affirmative actions and judicial activism constitute instruments for the realization of rights. Thus, at first, the right to recognition is considered, realizing that in the second half of the 20th century, especially after the collapse of the Union of Soviet Socialist Republics and the socialism it advocated, class struggles were replaced by struggles for recognition intersubjective. On the one hand, Honneth argues that disrespect regarding lack of recognition is the root of social conflicts and, therefore, the driving force for social movements; on the other hand, Fraser, in turn, works with two perspectives: recognition and redistribution, arguing that the lack of recognition does not necessarily imply economic inequality. The fact is that the right to recognition has been subject to judicialization and, not infrequently, has received activist responses. From the research it was possible to conclude that, if on the one hand the judicialization arises from the phenomenon of constitutionalization of the law, activism, on the other hand, attacks against institutional stability, the separation of powers and democracy itself. In turn, both recognition and redistribution face obstacles in terms of changing social structures, making transformative action in social reality necessary. The method used was the analytical-deductive one, with fulcrum in books and scientific articles.

Keywords: recognition; judicialization; activism.

1 O DIREITO AO RECONHECIMENTO

Nas democracias constitucionais contemporâneas, a luta por reconhecimento se tornou sinônimo de reivindicações políticas. Por meio delas, indivíduos e grupos projetam sua compreensão da justiça de modo a tentar concretizar direitos menosprezados e, assim, promover a igualdade substancial.

É certo que não se deve mensurar a qualidade das relações sociais pelo exclusivo prisma da repartição material de riquezas, uma vez que o Estado Social e Democrático de Direito vislumbra outras nuances de reivindicações ligadas aos direitos civis e sociais, os quais, não necessariamente, são traduzidos em pecúnia ou patrimônio. Nestes termos, identidades socialmente reprimidas (minorias, por exemplo) podem e devem clamar por emancipação.

Além disso, há que se ressaltar que a busca por reconhecimento não ocorre somente perante o Estado, mas, também, diante da própria comunidade onde o indivíduo está

inserido. Assim, aquele que de algum modo é menosprezado em virtude de um atributo particular, quer ser respeitado por aqueles com os quais convive.

Costa Júnior (2020) ressalta que:

A autodeterminação do indivíduo só se constrói na relação com o outro no sentido de que sua liberdade só pode ser realizada em esferas intersubjetivas do jogo social: a liberdade de um pressupõe a do outro, já que que o outro não é só limite, mas condição de possibilidade da minha própria liberdade.

Como isso nem sempre é possível, o reconhecimento pleno de um indivíduo se mostra como uma realidade quase utópica. Destarte, na gramática dos conflitos sociais invariavelmente se apresenta algum grau de desprezo ou privação de reconhecimento, o que exacerba o sentimento de injustiça e de desvalorização.

Diuturnamente indivíduos desrespeitados experimentam tamanho constrangimento que notam não possuir a mesma imputabilidade moral de seu concidadão, sentindo-se, por conseguinte, inferiorizados.

Esses sentimentos negativos ligados ao desrespeito, muitas vezes servem de mote para mobilizações políticas, ações coletivas e movimentos sociais, de modo a atenderem às expectativas individuais por reconhecimento.

Buscando compreender os conflitos sociais, Axel Honneth indica como cerne destas lutas um fator moral inerente ao reconhecimento intersubjetivo. Para o filósofo alemão tal modalidade de reconhecimento é o combustível para a autodeterminação, autoconsciência e autoconfiança, de modo que a satisfação das justas pretensões individuais passa pela experiência da consideração alheia.

Nesse sentido, a liberdade da auto-realização depende de pressupostos que não estão à disposição do próprio sujeito humano, visto que ele só pode adquiri-la com a ajuda de seu parceiro de interação. Os diversos padrões de reconhecimento representam condições intersubjetivas que temos de pensar necessariamente quando queremos descrever as estruturas universais de uma vida bem-sucedida (HONNETH, p. 273).

Para tanto, Honneth estabelece três dimensões de reconhecimento intersubjetivo recíproco: o amor, o direito e a solidariedade. Na perspectiva do amor, as relações familiares e os laços de amizade são essenciais para a construção da autoconfiança do indivíduo. Na dimensão do direito, o sujeito constrói a sua imputabilidade como titular de direitos e obrigações, isto é, nela a pessoa edifica o respeito próprio. Por fim, na esfera da

solidariedade, a valorização da diferença e das peculiaridades individuais, contribui para a consolidação da estima social de uma pessoa, o que lhe permite autodeterminar-se.

Com efeito, a constituição de uma sociedade justa e igualitária pressupõe a participação plena dos membros da sociedade em interações de reconhecimento recíproco, de modo que a existência de cada um seja reificada na alteridade.

Nessa lógica, a luta por reconhecimento deflagrada por grupos de pessoas com expectativas frustradas implica em tendências de comunitarização, que, ao menos em longo prazo, tende a resultar em influência política sobre os centros de poder por meio da participação democrática.

Nesse sentido, Gonçalves (2017, p. 263) exorta que:

Esse processo de influência do poder decisório central inicia-se pela formação da opinião em espaços públicos informais, que invadem os espaços considerados formais de deliberação, chegando à esfera de aplicação do direito, como também podem atingir o legislativo e a administração pública.

Por exemplo, se homossexuais se sentem menosprezados em um determinado país por serem tolhidos do direito de se casarem, é natural que o desrespeito de direitos individuais seja canalizado a grupos formados por pessoas igualmente desrespeitadas, os quais pleitearão o reconhecimento desse direito civil a essa parcela da população.

Outro exemplo de violação é o ultraje sofrido pelos praticantes de religiões de matriz africana no Brasil, que frequentemente são vilipendiados pela intolerância por parte dos grupos dominantes (majoritários) que consideram tais crenças inferiores ou de menor valor. É de se esperar que indivíduos ofendidos se aglutinem para que a liberdade de culto seja reafirmada e os valores das religiões de matriz africana sejam revigorados.

Nestes dois casos a desvalorização se dá nas duas últimas dimensões apontadas por Honneth: no direito e na estima social. Note que no caso dos homossexuais que não podem se casar (como fazem naturalmente os heterossexuais) há a exclusão de um direito e isso lhes afeta o autorrespeito. Já no caso dos praticantes de religiões de matriz africana, não desfrutam de boa estima social, uma vez que estas práticas religiosas não possuem *status* diante da cultura dominante. Entretanto, em ambos exemplos, o reconhecimento é negado a esses seguimentos da sociedade.

Vale destacar que a atuação desses grupos não se dará de modo uniforme, mas poderá influenciar informalmente na concepção coletiva acerca desses temas e até mesmo servir como fatores de pressão para que órgãos públicos se movimentem no sentido de reconhecerem direitos aos desrespeitados, de modo a reificar valores de um segmento social por meio do reconhecimento jurídico e da promoção de estima social.

De acordo com Galvão (2015, p. 19):

[...] não é uma identidade de um grupo específico, mas o status de todos os membros da comunidade como verdadeiros parceiros de interação social. Dessa forma, o não reconhecimento significa subordinação social no sentido de se negar a participação do indivíduo como um membro efetivo na vida social.

Isso já ocorreu em outros momentos históricos tais como na luta das mulheres por direito ao voto. O filme “As sufragistas³” retrata bem a luta de mulheres no início do século XX por reconhecimento, as quais além de não terem direito ao voto, não possuíam acesso ao ensino superior, logo, não tinham participação na vida social e, por conseguinte, lhes restava a subordinação aos interesses dos homens.

O reconhecimento implica em participação. A participação, por sua vez, resulta em exposição de um ponto de vista. Daí a importância da articulação de indivíduos desrespeitados em grupos de pressão, uma vez que por meio deles é possível garantir a participação das minorias na política.

Nesse sentido, Martinez (2017, p. 163) ressalta que:

A transformação do potencial cognitivo presente nesses sentimentos em uma convicção política e moral capaz de motivar uma resistência depende, com efeito, das possibilidades de articulação de movimentos sociais na estrutura política e cultural da sociedade.

Não obstante a inegável relevância desse processo para grupos oprimidos, é importante alertar para uma possível subversão desse reconhecimento formal por meio de instituições jurídicas, isto é, uma espécie de “tirania” em nome do reconhecimento. Noutros termos, existe a possibilidade de que o grupo outrora oprimido reivindique a manutenção de sua autoafirmação, de modo a perpetuar o desenvolvimento de suas próprias identidades.

³ As Sufragistas é um filme franco-britânico de 2015, do gênero drama biográfico, realizado por Sarah Gavron e escrito por Abi Morgan, retrata o combate à opressão masculina através do direito ao voto às mulheres.

Essa anomalia poderia promover o separatismo e a enclausurar grupos em detrimento da interação social, de modo a prejudicar as mudanças sociais e a conformação da cultura de grupo.

Fora isso, discute-se se o reconhecimento em si seria suficiente para promover a isonomia entre os membros da sociedade. Noutros termos, questiona-se se o mero reconhecimento seria o bastante para permitir a distribuição equitativa de riquezas e oportunidades, de modo a acabar ou atenuar as desigualdades entre as elites dominantes e as minorias.

Segundo Axel Honneth, a distribuição deve ser um problema periférico, consequencial, fruto de um desvirtuamento do reconhecimento intersubjetivo. Visto de outra perspectiva, o problema da distribuição é uma das facetas da injustiça e do desrespeito.

Embora sem defender nominalmente, o ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa (2003 a 2014) desenvolve raciocínio que pode coadunar com o pensamento de Honneth. Segundo o ex-membro da Suprema Corte “[...] é preciso uma ampla conscientização sobre o fato de que a marginalização socioeconômica a que são relegadas as minorias, especialmente as raciais, resulta de um único fenômeno: a discriminação (GOMES, 2005, p. 50).

De acordo com Nancy Fraser existe um dualismo entre distribuição e reconhecimento. Para a filósofa norte-americana, em síntese, o mero reconhecimento não é suficiente para sanar os problemas de desigualdade existentes no mundo.

Vários estudos apontam para uma divergência entre os estudos de Axel Honneth (visão monista) e de Nancy Franser (visão dualista). De outra banda, Galvão (2015, p. 21) afirma que:

[...] não parece haver contradição entre os argumentos redistributivos de Fraser e a Teoria do Reconhecimento de Honneth. Trata-se, na verdade, de uma evolução natural da “luta por reconhecimento” para legitimar os mais diversos movimentos sociais que lutam não apenas por reconhecimento de sua identidade, mas também por uma política de redistribuição paritária da vida social [...].

Nessa linha a singela autorrealização individual pelo reconhecimento não parece ter o condão de satisfazer plenamente as necessidades materiais de alguns grupos, nem tampouco, de dirimir as desigualdades historicamente acumuladas.

Tome-se como exemplo o MST (Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra), que busca reconhecimento e distribuição de terras para a realização de sua função social. Entretanto, não é possível vislumbrar de modo concreto que o mero reconhecimento do direito à reforma agrária produza de fato a redistribuição tão almejada pelo grupo.

Note-se que a Constituição Federal nos artigos 184 e seguintes reconhece o direito à reforma agrária e prevê, inclusive, a possibilidade desapropriação por interesse social de propriedades que não estejam cumprindo sua função social. Desse modo, na perspectiva do MST não há precipuamente uma luta por reconhecimento, mas sim por redistribuição.

Nessa lógica, “[...] a questão do reconhecimento deixa de ser apenas uma patologia cultural e passa a ser visualizada como uma relação de subordinação social institucionalizada” (GALVÃO, 2015, p. 20).

Diferentemente de Honneth, para explicar as incongruências materiais da pós-modernidade, Fraser (2001, p. 249-250) trabalha com duas dimensões de injustiça, uma socioeconômica e outra cultural.

A primeira, material, ligada à exploração do trabalho mediante a apropriação de seus frutos por terceiros, marginalização econômica por meio de trabalhos mal remunerados e a privação de um padrão material adequado de vida.

A segunda, cultural (ligada ao reconhecimento), segue a linha da iniquidade arraigada por padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, mediante a imposição de uma cultura dominante (geralmente majoritária) que “sufoca” uma cultura dominada (geralmente minoritária).

Ainda, nesta segunda dimensão, a filósofa americana indica a invisibilidade (quando uma cultura é ignorada) e o desrespeito cultural por meio de representações estereotipadas, tais como a construção negativa de uma determinada raça ou etnia ligada à criminalidade ou terrorismo.

O fato é que alguns grupos como o MST carecem quase que exclusivamente de distribuição enquanto outros necessitam tão-somente de reconhecimento, como é o caso dos grupos LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros), uma vez que seus membros se distribuem em diversas classes da sociedade e aqui não parece haver uma relação direta entre discriminação e “classe explorada”.

Deste modo, enquanto as reivindicações do MST possuem fundo econômico em razão de uma má distribuição de recursos, os pleitos dos grupos LGBT têm raiz na homofobia construída pela cultura da heterossexualidade.

Entretanto, existem grupos etiquetados por Fraser como “coletividades bivalentes”. Segundo ela, tais grupos são atingidos pelas duas formas de injustiça, material e cultural, as quais interagem e se reforçam.

Coletividades ambivalentes, em suma, podem sofrer injustiças socioeconômicas e não-reconhecimento cultural em formas nas quais nenhuma dessas injustiças é um efeito indireto da outra, mas em que ambas são primárias e originais. Nesse caso, nem remédios redistributivos nem de reconhecimento isoladamente são suficientes. Coletividades ambivalentes precisam de ambos (FRASER, 2001, p. 259).

Um exemplo de coletividade ambivalente é a “raça negra”.

É fácil perceber que a cultura ocidental é eurocêntrica, pautada pelos padrões europeus de moda e beleza. Assim, de acordo com esse padrão, tudo que não é branco não é moda.

Basta observar que até pouco tempo não existiam bonecas negras, de modo que crianças negras não podiam desfrutar de sua negritude por meio da interação com um brinquedo que levasse as suas características pessoais.

Nessa mesma perspectiva, somente nos últimos anos surgiram produtos cosméticos que passaram a atender as reais necessidades do público afrodescendente. Antes, consumidores negros eram obrigados a consumir produtos inapropriados para si.

Pior do que isso é perceber que nas fileiras dos bancos escolares da educação superior pouquíssimos negros ousam romper a barreira da “opressão racial”. O retrato de uma sala de aula em uma universidade no Brasil parece ter sido tirada em outro país cuja demografia racial não corresponde aos índices do IBGE.

Trata-se de um racismo cultural escancarado, uma espécie de invisibilidade social.

Por isso é possível afirmar que há uma simbiose perversa entre desrespeito e exploração econômica, os quais produzem um círculo vicioso de mais pobreza e invisibilidade. Noutros termos, quanto mais rebaixadas forem os membros do grupo em termos de reconhecimento (direitos, acesso à educação, representatividade política), maior será o nível de desigualdade econômica perante o resto da sociedade (exploração econômica).

Feito esse “diagnóstico”, cumpre propor uma “cura”. Fraser assevera que a conciliação entre distribuição e reconhecimento não é uma tarefa fácil, uma vez que aquele tende a diluir as diferenças e este a reafirmá-las.

Por conta disso, a filósofa norte-americana propõe dois “remédios” para essa “patologia social”: um afirmativo (mais usual) e outro transformativo (inovador e revolucionário).

Por remédios afirmativos para injustiça entendem-se remédios voltados para a correção de resultados indesejáveis de arranjos sociais sem perturbar o arcabouço que os gera. Por remédios transformativos, em contraste, entendem-se remédios orientados para a correção de resultados indesejáveis precisamente pela reestruturação do arcabouço genérico que os produz (FRASER, 2001, p. 265-266).

Os remédios transformativos tendem a desconstruir dicotomias de modo a diluir as tensões entre o grupo dominante e aquele que carece de reconhecimento. A opção dessa solução não representa uma reafirmação das diferenças do grupo discriminado, mas sim uma reestruturação do sistema produtivo de modo a possibilitar uma melhor distribuição de riquezas e, por conseguinte, diminuir as desigualdades e melhorar as condições de vida para todos.

Porém, esta não tem sido uma opção frequente entre os países ocidentais, os quais optam por remédios afirmativos em busca de promover Estado de Bem-Estar social.

Os remédios afirmativos funcionam com uma metodologia diversa, porquanto promovem grupos discriminados, sem, contudo, dissolver a estrutura social que provocou o desnível social a ser combatido.

O problema é que remédios afirmativos são enxergados pelo grupo dominante como medidas populistas, destinadas a aglutinar votos por meio da criação de grupos favorecidos, sob a pretensa desculpa de corrigir equívocos do passado.

Além disso, os beneficiários dessas práticas são vistos como privilegiados insaciáveis, uma vez que, na visão do grupo dominante, sempre demandam por mais amparo social e são cuidados de uma maneira especial pelo Estado.

Urge consignar que sob a óptica privatista, os remédios afirmativos sequer se sustentam, uma vez que os autores das injustiças (aqueles que promoveram a escravização, por exemplo) não podem mais ser responsabilizados por seus atos, porquanto já pereceram.

Dáí não resta alternativa senão orar aqueles nada fizeram para gerar ou agravar um ilícito. Noutros termos, alguém estaria pagando indevidamente por um erro que não cometeu.

Assim, quando uma política afirmativa é instituída para possibilitar o acesso de afrodescendentes ao ensino superior por meio do sistema de cotas, os beneficiários são vistos por alguns, injustamente, como privilegiados, e que a maioria dominante estaria sendo prejudicada, eis que não é causadora direta da discriminação ou da desigualdade presente.

Entretanto, os remédios afirmativos não devem ser concebidos na perspectiva privatista, mas sim sob o prisma publicista, em que o Estado, promotor, incentivador, ou legitimador do sistema escravagista de outrora permitiu a concretização tanto da injustiça econômica quanto da injustiça cultural.

Vieira Júnior (2005, p. 90) ressalta que as políticas afirmativas devem ser encaradas como responsabilidade do Estado, de modo a substituir a lógica da responsabilidade subjetiva pela objetiva, o caráter individualista pelo coletivo, a natureza privada pela pública.

Não obstante a aparente correção da fundamentação jurídica apontada por Vieira Júnior, isso não é suficiente para pacificar os ânimos e evitar conflitos, pois não há como negar a “dinâmica estigmatizante” dos remédios afirmativos apontados por Fraser. Como a estrutura do grupo dominante persiste intacta, é natural que haja uma reação negativa além da “sabotagem” inicial.

Essa “sabotagem” inicial é assim rotulada tendo em vista a frequente judicialização contra medidas afirmativas, cujo fundamento central é a violação da igualdade formal e o prejuízo experimentado por quem não deu causa à discriminação ou injustiça.

Mesmo após a superação das fases iniciais, os remédios afirmativos encontram óbices dramáticos, visto que possuem efeitos colaterais aparentemente insanáveis, posto que, como visto acima, as estruturas sociais permanecem intactas, de modo que o desrespeito culturalmente arraigado não é facilmente removido do inconsciente coletivo.

Fraser é cirúrgica ao afirmar que a

Redistribuição afirmativa para reparar injustiça racial na economia inclui ação afirmativa, o esforço para garantir que pessoas de cor tenham participação justa nos empregos existentes e lugares educacionais, enquanto deixa intactos a natureza e o número desses empregos e lugares. Reconhecimento afirmativo para reparar injustiça racial na cultura inclui nacionalismo cultural, o esforço para assegurar as pessoas de cor respeito por meio da valorização da “negritude”, enquanto deixa

intocado o código binário branco/negro que dá sentido à relação (FRASER, 2001 p. 277).

De acordo com esse raciocínio, tanto a redistribuição quanto o reconhecimento afirmativo não são instrumentos hábeis para produzir transformações socioeconômicas definitivas, uma vez que não conseguem dissolver cabalmente a dicotomia entre negros e brancos de modo a amenizar os atritos e promover a igualdade econômica substancial.

Inobstante isso, os remédios afirmativos são adotados com certa frequência com fito na diminuição da desigualdade e preconceito, sendo a política de cotas a mais conhecida e polêmica entre os brasileiros.

Vale destacar que as ações afirmativas não se limitam à política de cotas, uma vez que podem ser desenvolvidas estratégias de estímulo por meio de bônus e incentivos fiscais de modo a promover minorias.

Nesse sentido, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa assevera que “as ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física” (GOMES, 2005, p. 49).

O fato é que a própria Constituição Federal brasileira prevê em seu bojo remédios afirmativos com o escopo de remover ou amenizar a desigualdade socioeconômica de alguns segmentos minoritários da sociedade. Dentre eles podem ser citadas as mulheres e os portadores de deficiência.

No caso das mulheres, a Carta Magna no seu artigo 7º, inciso XX, prevê o incentivo para proteger o mercado de trabalho feminino. Para o segundo caso, o artigo 37, inciso VIII, da Constituição, garante uma cota de vagas no serviço público para pessoas deficientes.

Note-se que a Constituição Federal promoveu o reconhecimento jurídico – na dimensão do direito de Honneth –, mas isso não garante a estima social, nem, tampouco, o bem-estar material desses grupos.

Todavia, o constituinte não se atreveu ou ousou propor ações afirmativas no âmbito constitucional para reificar a negritude e promover uma isonomia material entre

brancos e negros. Por conta disso, nas últimas três décadas, medidas afirmativas foram reguladas à margem do cânon constitucional, em leis federais e estaduais.

É obvio que a força normativa destes instrumentos legais sempre sofreu diante da enxurrada de ataques contrários à implementação das ações afirmativas (especialmente das cotas), porquanto, não se tratava de uma política programática consagrada na Carta Magna e, por isso, passível de ser questionada à luz do princípio da igualdade (formal), consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

Apesar disso, remédios afirmativos são implementados especialmente no Brasil por meio de leis, pela atuação do poder público, pela judicialização de políticas públicas e até mesmo pelo ativismo judicial.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

No Estado Absoluto, o Poder Executivo guardava lugar de proeminência, restando aos juízes o papel simbólico de intérprete da lei que, na verdade, sempre se curvava perante os interesses do soberano.

No Estado Liberal, o protagonismo foi transferido ao Poder Legislativo, o legítimo instituidor dos direitos fundamentais de 1ª geração (liberdades). Nessa época os juízes figuravam como meros aplicadores da lei: “o juiz era a boca da lei”.

Após os impactos negativos da industrialização e o advento dos movimentos de democratização, o clamor por justiça social se acentuou em diversos países do mundo. Por conta disso, alguns direitos sociais passaram a ser reconhecidos pelo Estado. Nesse momento surgiu o chamado Estado Social – um Estado prestador de serviços voltado a atender as novas demandas da sociedade –, o qual passou a promover e a garantir os direitos fundamentais de segunda geração (reconhecidos como aqueles que exigem comportamentos ativos do Estado).

No entanto, percebeu-se que a mera positivação destes direitos sociais era ineficaz para harmonizar e garantir a convivência dos indivíduos daquela época. Daí que após a segunda guerra mundial e a verificação das atrocidades que lhe foram inerentes, iniciou-se

uma série de movimentos para a potencialização destas garantias por meio da atribuição de força constitucional. A esse movimento se deu o nome de neoconstitucionalismo.

Pode-se dizer que entre as principais características do constitucionalismo moderno (neoconstitucionalismo) estão a:

[...] aplicação direta de princípios constitucionais, emprego de conceitos jurídicos indeterminados, ampliação do controle de constitucionalidade, busca da solução mais justa no caso concreto, valorização dos precedentes judiciais, maior juízo de ponderação em detrimento da mera subsunção do fato à norma e superação da proeminência do positivismo e da atividade legiferante (ARANHA, 2014).

De acordo com Lenio Streck (2016, p. 729), foi nesse momento que o Direito abandonou o seu caráter ordenador e assumiu a função transformadora da realidade, passando o Poder Judiciário a desempenhar um papel de protagonismo.

O pós-guerra trouxe muitas incertezas, visto que a Europa arruinada temia por um lado um liberalismo desenfreado e, por outro, o comunismo avassalador vindo do Leste. A saída foi encontrar uma alternativa moderada que pudesse afastar essas duas possibilidades, garantindo, ao mesmo tempo, prosperidade e paz para a população.

As políticas de bem-estar social, também conhecidas como *welfare state*, tiveram como objetivos principais a organização do capitalismo e a promoção da harmonia entre as classes sociais (BICCA, 2012). No entanto, a legislação que permeia um Estado estruturado sobre essas premissas padece de algumas características que “empoderaram” ainda mais o Poder Judiciário, tornando-o uma espécie de “legislador implícito”, porquanto estruturaram o sistema com normas abertas, indeterminadas, programáticas e dirigentes.

Enquanto o *welfare state* esteve em ascensão, os problemas foram mitigados, haja vista que a prosperidade coletiva de certo modo atenua a insatisfação e o sofrimento de determinados grupos, de modo a minar rebeliões significativas.

Com o neoliberalismo e a falácia do retorno ao “Estado mínimo”, o *welfare state* passou a ser desmontado e, por conseguinte, a implementação de direitos sociais por meio de políticas públicas usuais se tornou cada vez mais enfraquecida.

De acordo com Bobbio (2018, p. 159) isso explica em parte a insatisfação do povo com a democracia, já que o *welfare state* construiu um aglomerado de promessas não cumpridas, as quais, agora, são canalizadas na forma de expectativas de direitos para o Poder Judiciário.

Além disso, há que se levar em conta que o acesso à justiça tem sido facilitado por meio de mecanismos que de algum modo barateiam os custos de uma demanda judicial e, por consequência, facilitam a judicialização, tais como a *class action* norte-americana, os juizados de pequenas causas e a gratuidade judicial no Brasil.

Tudo isso tem promovido o protagonismo do Poder Judiciário, que é instado a agir diante das promessas feitas por um sistema constitucional voltado ao *welfare state* e pelas omissões dos Poderes Executivo e Legislativo seduzidos em boa parte pelo neoliberalismo.

O problema é que o usual acionamento do Poder Judiciário para suprir omissões de outros Poderes tem provocado “anomalias jurídicas” que frequentemente produzem atrito entre as instituições.

Por isso, é importante fazer a devida distinção entre judicialização da política e ativismo judicial.

Com efeito, a judicialização da política é um procedimento legítimo, por meio do qual o Poder Judiciário decide sobre questões que deveriam ter sido tratadas pelos outros Poderes, mas que se quedaram inertes. Nesse caso não há qualquer sombra para ilegalidade ou arbitrariedade, pois este foi o modelo adotado pela Constituição, e o Poder Judiciário faz aquilo que lhe cabia fazer.

Luiz Roberto Barroso (2008, p. 3) salienta que a:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Pode-se dizer que a judicialização da política é um fenômeno cultural comum aos países que verdadeiramente se organizam sob a forma de um regime democrático, uma vez que não há a menor hipótese de se cogitar que um juiz diga a um autocrata o que deve ser feito acerca de uma política pública.

Por isso é possível afirmar que a judicialização é um dos mecanismos viabilizadores da democracia, porquanto, sem ela, a implementação de algumas garantias constitucionais talvez jamais fosse alcançada.

Parafrazeando Antoine Garapon, Oliveira (2012, p. 3) assevera que a judicialização consiste em

[...] um tipo degenerado de democracia que tende a se legitimar a partir da perspectiva de que a possibilidade de o próprio indivíduo poder buscar a tutela jurisdicional na defesa de seus interesses juridicamente protegidos representaria um tipo de democracia direta (que, pretensamente, estaria livre dos desvios éticos a que está sujeito o processo político baseado no tradicional modelo representativo de democracia).

Especificamente no Brasil, o desenvolvimento tardio, a inefetividade dos direitos fundamentais, a abundância legislativa e o alto grau de litigiosidade fazem com que a judicialização seja um caminho fácil e rápido para a implementação de direitos.

Destarte, quando a Constituição estabelece em seu artigo 208, inciso I, que a educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade e esse direito é desrespeitado, cabe ao Poder Judiciário suprir a omissão no tocante a esta norma programática tão importante. O mesmo pode ser dito quando um município deixa de investir recursos públicos em saúde e alguém carece de atendimento médico. O desrespeito ao artigo 194, inciso I, da Carta Magna é flagrante e não há dúvida que o Poder Judiciário deverá agir para suprir a necessidade do munícipe em prejuízo do erário público.

Em suma, a judicialização é um mero deslocamento do polo de decisão que originariamente caberia aos Poderes Executivo ou Legislativo, que por falta de interesse político ou óbices orçamentários, se omitem, permitindo a atuação supletiva e subsidiária do Poder Judiciário.

De outra sorte, no ativismo judicial o magistrado age de modo proativo, à margem da lei, de modo a interpretar a Constituição de acordo com seus valores pessoais, para expandir o sentido e o alcance do texto.

Nessa perspectiva, o ativismo judicial consistiria numa atitude, num modo específico e proativo de interpretar a Constituição, propiciado pela possibilidade de aplicação direta de normas constitucionais (mesmo sem intermediação legislativa) e por fatores como a prerrogativa de declaração de inconstitucionalidades e de imposição de deveres ao Poder Público.

Luis Roberto Barroso (2008, p. 6) adverte que:

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.

Com o emprego de decisões ativistas, motivadas por convicções conservadoras ou progressistas, o magistrado visa a alterar contextos político-sociais mediante a expansão de direitos individuais. Ocorre que, em muitas ocasiões, a vontade do juiz destoa diametralmente da comunidade política, o que provoca inegável fissura institucional e, por conseguinte, uma desconfiança na democracia por parte da população, a qual se sente traída por órgãos contramajoritários (FAZIO, 2014).

Nesse sentido, Streck(2016, p. 724) acrescenta que:

O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão “avanço”, seja para manter o status quo). Ativismo é, assim, um behaviorismo judicial.

Dworkin (apud ALVIM, 2014, p. 185) vai além:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Embora seja um fenômeno distinto, o ativismo é uma anomalia jurídica proveniente de países em que a judicialização da política é possível, isto é, inerente às nações genuinamente democráticas. Não se cogita imaginar a judicialização da política, nem, muito menos, ativismo judicial em países dominados por governantes autocratas.

Vale destacar que a ação proposta não necessariamente busca uma solução ativista, uma vez que esta é uma característica própria da decisão e não do pedido. Assim, o

requerente pode simplesmente almejar a realização de uma política pública garantida em lei e, ainda assim, o magistrado ir além, manifestando-se proativamente.

Há que se ressaltar que a protagonização da magistratura é um fenômeno recente, posterior à segunda-guerra mundial, concomitante a implementação de direitos fundamentais de segunda dimensão e do neoconstitucionalismo. Há quem afirme se tratar de um processo de americanização do mundo, por meio do qual o sistema de precedentes judiciais (“judge made law”) se infiltrou até mesmo no modelo continental europeu (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 755-756).

Independentemente disso, a expressão ativismo judicial é fruto de um artigo escrito em 1947 na Revista Fortune pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., que se dedicou a estudar o comportamento e as tendências dos juízes da Suprema Corte norte-americana, tendo classificado como ativista aqueles que extrapolavam os limites interpretativos da Constituição (MOTTA, 2018).

Ocorre que, com o aumento da demanda por direitos fundamentais e a discrasia entre os Poderes Executivo e Legislativo e a população, a canalização desses pleitos ao Poder Judiciário tem se tornado cada vez mais frequente.

Assim, o aumento da demanda e a transferência de responsabilidades formaram o caldo de cultura perfeito para o – tentador – cometimento de arbitrariedades ao arpejo das leis, claro, tudo em nome da concretização de direitos fundamentais inegavelmente violados ao longo da história. Porém, o que se discute é se esse é o caminho correto.

Nessa dinâmica, o magistrado assume uma função criativa ao invés de se sujeitar à rigidez metodológica do delimitado âmbito das normas jurídicas positivas, manobrando em especial as cláusulas gerais, os enunciados abstratos, os princípios e os direitos fundamentais de acordo com o seu alvedrio, sob o argumento de utilização do Direito como instrumento de transformação social, na medida que regula as ações do Estado, especialmente, determinando as políticas públicas.

A prática ativista não é autorizada pela lei, uma vez que ao contrário do que pode parecer, é uma atitude antidemocrática, uma sabotagem ao escrutínio político, uma espécie de “ditadura” judicial, obviamente, sempre remida pela “aura purificadora” da concretização de direitos fundamentais.

Vale destacar as contundentes críticas feitas por Trindade e Oliveira sobre o ativismo no Brasil, pois, segundo eles, a recepção feita pelo direito brasileiro é equivocada, descontextualizada e incompleta, além de alimentada pela “[...] falácia de que o ativismo é imprescindível para a implementação dos direitos fundamentais” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 763).

Os autores complementam ao dizer que:

[...] o ativismo no Brasil vem marcado pela absoluta falta de racionalidade na produção das decisões judiciais, que não seguem qualquer padrão, metodologia ou critério capaz de conferir a mínima coerência e integridade ao ordenamento jurídico (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 765).

Como exemplo de ativismo judicial podem ser citados os frequentes casos de antecipação de certificação do ensino médio, que constituem flagrantes violações ao direito constitucional à educação básica e ao pleno desenvolvimento da pessoa, conforme estatui o artigo 205 da Constituição Federal, que, diga-se de passagem, só aumenta a desigualdade entre estudantes abastados e hipossuficientes (SOUZA, 2019).

Outro exemplo flagrante de ativismo judicial é a determinação para fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA. Vale destacar que o artigo 19-T da Lei nº 8.080/90 que veda esse tipo de custeio. Ademais, o Código Penal considera crime hediondo a importação de fármaco sem registro na ANVISA (artigo 273, §1ºB, I, do CP).

Fora os exemplos aqui já elencados, em inúmeras outras ocasiões os tribunais têm se manifestado para fazer cumprir aquilo que a lei determinar ou, pior, para criar e estabelecer padrões fora do alcance da norma. Vale destacar que em algumas dessas hipóteses o chamado “direito ao reconhecimento” é invocado como pano de fundo para justificar a atuação proativa do Poder Judiciário, inclusive, para implementar ações afirmativas.

3 O DIREITO AO RECONHECIMENTO EXERCIDO POR MEIO DA JUDICIALIZAÇÃO OU DO ATIVISMO JUDICIAL

Como bem observa Nancy Fraser, a luta por reconhecimento substituiu a reivindicação por direitos sociais e econômicos nas últimas décadas do século XX, de modo que, hoje, os embates entre classes foram arrefecidos e a união de pessoas em torno de grupos identitários se mostra cada vez mais comum e robusta.

O fato é que para amenizar a falta de reconhecimento e tentar fazer cessar o desrespeito histórico, muitas políticas públicas de cunho afirmativo têm sido adotadas por meio da atuação regular dos Poderes encarregados deste mister (Executivo ou Legislativo) e, em alguns casos excepcionais, o Poder Judiciário tem assumido a missão de implementar ações destinadas à promoção da igualdade substancial.

Ocorre que a atuação do Poder Judiciário fito na suposta concreção de direitos fundamentais pode como já comentado acima degenerar em “decisionismo judicial” (ALVIM, 2014, p. 189), de modo a não se sustentar juridicamente, mas sim eticamente, assentando-se em um discurso politicamente correto e destinado ao bem estar geral, contudo, desprovido de debate político.

Para demonstrar a correlação entre direito ao reconhecimento, ações afirmativas e ativismo judicial, propõe-se exemplificativamente a análise de três manifestações do Poder Judiciário brasileiro (sendo duas do Supremo Tribunal Federal e uma do Tribunal Superior Eleitoral): 1. O reconhecimento do direito à união estável entre pessoas do mesmo sexo; 2. A equiparação da homofobia ao racismo para fins criminais; 3. O estabelecimento de cotas raciais em eleições.

É imperioso ressaltar desde já que não se quer aqui deslegitimar ou mitigar as pretensões analisadas pelo Poder Judiciário, as quais, diga-se de passagem, são louváveis e merecem toda atenção do Estado. Na verdade, o que se questiona é a forma e não o conteúdo, porém, para que o estudo se aprofunde, necessário recorrer à casuística.

O primeiro caso a ser estudado é o da união estável homoafetiva.

O Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo constituírem união estável, além dos reflexos inerentes a esse reconhecimento.

Dois ações foram propostas perante a Corte: uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4277) pela Procuradoria-Geral da República e a uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 132) ofertada pelo ex-governador do Rio de

Janeiro, Sérgio Cabral. Ambas as medidas judiciais foram submetidas à relatoria do então ministro Ayres Britto.

Seguindo o entendimento do ministro-relator, em maio de 2011, o Tribunal Pleno atribuiu ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Além disso, a Corte reforçou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual.

Vale destacar o trecho em que o ministro Ayres Britto fez uma interessante afirmação em seu voto:

[...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco) (VOTO DO MINISTRO AYRES BRITTO, p. 10-11).

Não obstante a indiscutível razão no pleito, é possível identificar algumas características neste julgado que relacionam reconhecimento e ativismo judicial.

Note-se que, outrora, as pessoas homossexuais que pretendiam formalizar sua união eram desrespeitadas em seu direito, não sendo imputáveis de respeitabilidade perante a sociedade, porquanto eram tratados de forma diferente diante de situações absolutamente semelhantes.

De acordo com Gonçalves (2017, p. 268):

[...] o direito e suas instâncias formais teriam um papel extremamente importante em captar esses pleitos sociais e “devolvê-los” à sociedade na forma de um “reconhecimento oficial” ou ao menos uma apreciação da justiça e legitimidade da demanda social.

É inegável que a decisão em comento promove uma sensação de justiça, e de que este era o caminho mais correto a ser percorrido. Na verdade, não era.

Certo mesmo era o enfrentamento da questão pelo Poder Legislativo, de modo a promover o debate público sobre a vida e o direito dos cidadãos.

Quando um órgão contramajoritário é acionado para fazer a função de outro eleito democraticamente, de um modo ou de outro acaba promovendo uma “fissura institucional”, já que isso pode levar à suspensão do direito vigente (OLIVEIRA, 2012, p. 3), gerando, por conseguinte, desconfiança sobre o processo democrático.

Sem tecer qualquer juízo de valor sobre a justiça desse julgamento, fato é que a decisão do Supremo Tribunal Federal contrariou frontalmente não apenas o texto legal estabelecido no *caput* do artigo 1.723 do Código Civil, mas também a redação da Constituição Federal em seu artigo 226, §3º, que expressamente reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher.

Muito embora a decisão tenha representado um grande avanço para os homossexuais e não tenha representado prejuízo algum para coletividade, fato é que esta decisão ativista somada a tantas outras tem contribuído para o desgaste da imagem institucional do Supremo Tribunal Federal, que é tachado por encarnar uma verdadeira “ditadura da toga”.

O segundo caso relaciona-se à equiparação da conduta de homofobia ao crime de racismo determinada pelo Supremo Tribunal Federal em junho de 2019.

O posicionamento da Corte é fruto de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO n. 26), de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI n. 4733), relatado pelo ministro Edson Fachin.

Mais uma vez é possível reiterar a inteireza do pleito, porém, refuta-se com vigor ainda maior o resultado do provimento judicial, visto que contraria os princípios mais elementares do direito penal para, supostamente, promover a dignidade da pessoa humana.

É inegável o fato de que os homossexuais são desrespeitados diuturnamente por causa de uma condição pessoal e carecem por isso da tutela estatal. Sobre isso não se discute. No entanto, mais uma vez, a criminalização de uma conduta deveria obedecer às regras do jogo democrático.

Não se pode olvidar de que no Brasil o Poder Legislativo muitas vezes não toca em alguns assuntos “sensíveis” para não perder capital político e, por isso, prefere se

omitir, deixando a cargo do Poder Judiciário a determinação de políticas públicas ou de medidas impopulares.

Ocorre que, desta vez, o Supremo extrapolou todos os limites do ativismo judicial ao criar uma figura típica penal imprescritível, violando frontalmente alguns preceitos constitucionais, dentre eles os artigos 22, I e o 60 da Carta Republicana. Noutros termos, na perspectiva da tipificação penal o Supremo usurpou a função do legislador ordinário; na dimensão da imprescritibilidade do delito, a Corte açambarcou a atribuição de um quórum qualificado destinado à reforma da Constituição.

Com efeito, reconhecendo a postura omissa e evasiva do Congresso Nacional, oito dos onze ministros (Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes) votaram pelo enquadramento típico da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei n.7.716/89) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.

Para justificar o amoldamento de condutas homofóbicas aos tipos penais descritos na Lei n.7.716/89, o Supremo considerou que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.

Mais uma vez o Tribunal tropeçou. Nem de longe é possível comparar os motivos geradores da vulnerabilidade da população negra com os dos homossexuais. Além disso, a adoção de um conceito aberto de racismo que admita outros tipos de vulnerabilidades dá azo para que outros grupos vitimados também sejam “justiçados” por meio de uma lei que em sua teleologia não foi criada para esse fim.

Frise-se mais uma vez que a decisão judicial se valeu de princípios gerais, de conteúdo abstrato, para justificar um posicionamento da Corte e, por conseguinte, promover uma mudança social por meio do Direito.

Galvão (2015, p. 20) ensina que o Direito pode verdadeiramente ser utilizado como mecanismo de transformação social.

[...] detectando onde estão os pontos de subordinação social em dado momento, o direito tem a capacidade de impor uma reestruturação institucional apta a sanar as patologias de reconhecimento e de redistribuição, independentemente da moralidade de social, transformando-se em um instrumento de emancipação social completo.

Não obstante o inegável caráter emancipatório do Direito, não se pode cogitar que tal virtude seja alcançada por meio de remendos institucionais que violam ilegalmente a separação e a harmonia entre os Poderes.

É interessante mencionar que a Corte consignou que essa interpretação se estabelecerá até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.

Caso este fato tivesse sucedido em algum país em que a democracia está mais consolidada, certamente o Poder Legislativo, por vergonha coletiva, prontamente teria iniciado debates sobre o assunto colocado *sub judice*. Contudo, como o fato ocorreu no Brasil, nada foi feito, afinal, o desgaste institucional já foi suportado pelo Supremo Tribunal Federal e talvez não seja interessante em termos políticos levantar bandeiras sobre o assunto neste momento.

O terceiro e último caso relaciona-se a cotas para candidatos negros.

Em agosto de 2020, o Tribunal Superior Eleitoral se manifestou sobre uma consulta formulada pela deputada federal Benedita da Silva (PT-RJ) acerca da aplicação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão em prol de candidatos negros.

Suscintamente, o Tribunal estabeleceu as seguintes regras: a) o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) já destinado a incentivar candidaturas femininas deverá ser partilhado na proporção de 50% para as mulheres brancas e outros 50% para as mulheres negras; b) o tempo em rádio e TV deverá ser dividido na mesma proporção entre mulheres brancas e negras; c) a destinação mínima de 30% do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) para financiamento de candidatos negros; d) a distribuição proporcional do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão para os negros, observando-se o mínimo de tempo destinado a cada partido, conforme o TSE entendeu para a promoção da participação feminina.

Note-se que mais uma vez o Poder Judiciário se adiantou com intuito de promover mudanças no injusto e desigual processo eleitoral brasileiro. Assim, esse processo de inclusão do negro na política faz parte de um projeto maior de reconhecimento e de redução das desigualdades inter-raciais. Além disso, somente mediante representantes genuínos os representados passarão a ter voz e, com isso, demonstrar seu ponto de vista sobre os mais diversos assuntos que afligem a sociedade.

Gonçalves (2017, p. 260) afirma que:

[...] o modelo da luta por reconhecimento deve cumprir duas tarefas: ser um modelo para a interpretação e o entendimento do surgimento das lutas sociais e, ao mesmo tempo, um modelo do processo de desenvolvimento das identidades e da moral.

Não obstante toda a justiça no regramento estabelecido pelo TSE, é inegável que haverá reações de toda espécie. Primeiramente pode haver algum tipo de sabotagem interna nos próprios partidos contra os candidatos negros. Segundo, é possível a regra seja objeto de contestação do Supremo Tribunal Federal. Terceiro, pode existir uma retaliação no Congresso via legislação. Quarto, grupos de extrema direita poderão fazer uso deste fato para construir uma narrativa acerca de um “grupo favorecido”.

Em suma, o ativismo movido pelo reconhecimento pode ser justo em sua essência, contudo, efeitos colaterais deverão ser suportados. O problema é: o que fazer quando esses “desvios” fogem do controle do juiz? Qual postura adotar quando as decisões ativistas passam a fazer parte do leque de argumentos de autocratas?

Ainda assim há quem veja o ativismo judicial com bons olhos e defenda essa prática como uma verdadeira ferramenta de transformação social. Nesse sentido, o ministro Barroso (2008, p. 19) assevera que:

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo.

A distopia na visão do nobre ministro é o fato de que o ativismo também contribui para a disfunção da democracia brasileira, uma vez que por meio dele um órgão contramajoritário impõe a vontade de seus membros não eleitos. Porventura isso seria legítimo em termos democráticos? Acaso as decisões ativistas produzem no povo um resgate da representatividade?

Ao contrapor essa visão positiva do ativismo, Streck(2016, p. 724) afirma que:

O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser

ruim ou pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa.

Sinteticamente, enquanto na judicialização o juiz cumpre o papel que a lei lhe impõe, no ativismo o juiz abusa da atribuição que lhe foi conferida, impondo a terceiros suas convicções e sentimentos pessoais. Pode até ser que a motivação destas decisões ativistas esteja realmente calcada na consecução de fins estabelecidos na Constituição para alcançar o bem comum. No entanto, mesmo assim, há um preço a se pagar, o custo democrático, o qual, ainda que não seja percebido de imediato, cobrará com juros os ônus pelas frequentes invasões institucionais que alijam o debate político.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visa mostrar que a luta por reconhecimento é inerente à condição humana, uma vez que, segundo Honneth, a autoconfiança, o autorrespeito e a autoestima são construções psíquicas realizáveis por meio do reconhecimento intersubjetivo, de modo que os conflitos sociais, direta ou indiretamente, emergem de alguma forma de desrespeito nessa seara.

Fraser acrescenta a esse escólio a ideia de redistribuição, considerando que nem sempre a falta de reconhecimento induz à miséria ou vice-versa. Podem ser citados como exemplo o MST e os grupos LGBT. Enquanto o MST clama por redistribuição, os grupos compostos por homossexuais lutam basicamente por reconhecimento, uma vez que são contínua e especialmente desrespeitados em seus direitos e na estima social.

Vale destacar ainda que as nações democráticas liberais têm com frequência adotado políticas afirmativas para coibir ou mitigar situações de desrespeito. Entretanto, o que se percebe é um contrafluxo dessas medidas, isto é, os grupos hipossuficientes beneficiados por algum “remédio afirmativo” acabam a longo prazo sendo estigmatizados e parecem não atingir o objetivo ao qual a política pública se propõe.

É válido mencionar aqui a experiência retratada por Rita Segato (2006, p. 214) em Cuba: “Constatarei, de fato, por meio de entrevistas, que uma democratização profunda do acesso à educação naquele país levou muitos estudantes negros e pobres a profissões de prestígio, antes inacessíveis, mas não erradicou o problema racial”.

Deveras, as ações afirmativas não se mostram como ferramentas suficientes para aniquilar as nefastas consequências impostas pelo desrespeito gerado pela falta de reconhecimento. Isso também pode ser constatado facilmente na experiência norte-americana com as ações afirmativas. É possível dizer que nos Estados Unidos este mecanismo fez com que negros acendessem econômica e socialmente? Sim. Pode-se afirmar que isso lhes garantiu reconhecimento e respeitabilidade social? Obviamente a resposta é negativa.

Todavia, como afirmou-se acima, os remédios afirmativos são os mais adotados pelos governos democráticos, talvez porque não implique em uma grande mudança estrutural da sociedade e, por isso, sejam mais fáceis de serem implementados. O seu manuseio não implica em uma ruptura abrupta com o *status quo* e visa uma mudança gradativa e de longo prazo.

Ocorre que muitas vezes essas iniciativas não são simplesmente arquitetadas e executadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Ao contrário, por vezes o Poder Judiciário é chamado a implementar políticas públicas.

No Brasil é possível perceber que vários assuntos atinentes ao reconhecimento intersubjetivo foram judicializados, especialmente porque o Congresso Nacional se furtou a enfrentar temas sensíveis que poderiam representar prejuízo eleitoral para os congressistas. Em alguns casos, é possível perceber que houve omissão dolosa por parte do Poder Legislativo.

O problema é que nessas oportunidades o Poder Judiciário tem ultrapassado o limite da sua função de “dizer o direito”, assumindo tiranicamente a atribuição de “criar o direito”, sem, é claro, promover qualquer debate público consistente para sustentar essa atitude.

Destarte, o ativismo, por mais bem intencionado que possa parecer e que ainda esteja apoiado em princípios orientadores do sistema constitucional, resultará em efeitos colaterais de curto e longo prazo.

Cedo ou tarde, o ativismo, que é uma anomalia da judicialização, dará ensejo em maior ou menor grau a um desarranjo institucional, visto que a constante intromissão do Poder Judiciário na seara dos outros Poderes engendrará um discurso de “ditadura judicial” que servirá para que autocratas refutem, desmereçam ou se recusem a cumprir decisões judiciais.

Em síntese, o ativismo é duplamente antidemocrático: é antidemocrático na origem, pois não promove o debate político para a tomada de uma decisão vinculatória, usurpando a função de um órgão constitucionalmente investido dessa atribuição, que é o Poder Legislativo (ou o poder Executivo em alguns casos); e outrossim, é antidemocrático por via indireta, porquanto decisões ativistas servem para que autocratas desmereçam as instituições democráticas, ou seja, o Poder Legislativo por sua inação, e o Poder Judiciário pelo seu “autoritarismo”.

O ideal seria a criação de um mecanismo constitucional que obrigasse o Poder omissivo (Legislativo ou Executivo) a se manifestar sobre o assunto judicializado dentro de um determinado prazo, sob pena de “travamento” de suas atividades.

No caso do Poder Legislativo uma solução semelhante já ocorre quando o Congresso deixa de apreciar a medida provisória emitida pelo Poder Executivo dentro do prazo de quarenta e cinco dias. É o que dispõe o §6º, do art. 62 da CF:

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

Frise-se que a luta por reconhecimento é sim de extrema importância e implica direta ou indiretamente, mediata ou imediatamente, em mudança econômica e social. No entanto, o simples reconhecimento não é suficiente para satisfazer os anseios dos grupos sociais que demandam por direitos.

Além disso, as ações afirmativas não parecem ter o condão de, por si, promover a igualação desejada, nem, tampouco, extirpar o desrespeito. O que se deve buscar acima de tudo são os remédios transformativos, esses sim, com fito numa mudança mais ampla e profunda da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Processo constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2014.

ARANHA, M. D. C. C.; PINTO, F. C. S. Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 96, n. 1, p. 139-154, 2014.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, dez. 2008. Retrospectiva 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11>. Acesso em: 13 set. 2020.

BICCA, C. S. Judicialização da política e ativismo judicial. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 121-139, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo**. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018.

COSTA JUNIOR, E. S. A pobreza e sua dimensão moral: (re)pensando a teoria do reconhecimento a partir do debate entre Nancy Fraser e Axel Honneth. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1011, n. 1, p. 357-374, 2020.

FAZIO, C. C. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 939, n. 1, p. 109-126, 2014.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-moderna. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UnB, 2001, p. 245-282.

FUHRMANN, N. Luta por reconhecimento: reflexões sobre a teoria de Axel Honneth e as origens dos conflitos sociais. **Barbaroi**, Santa Cruz do Sul, n. 38, p. 79-96, 2013.

GALVÃO, J. O. L. Direito e transformação social: contributos teóricos para a (re)construção de uma teoria jurídica emancipatória. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 52, n. 208, p. 7-24, 2015.

GOMES, J. B. B. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: SANTOS, S. A. (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005. cap. 2, p. 45-80.

GONÇALVES, R. J. O direito em Axel Honneth: a luta por reconhecimento em desenvolvimento. **Revista direito e liberdade**, Natal-RN, v. 19, n. 2, p. 253-275, 2017.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral de dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed. 34, 2003.

MARTINEZ, M. B. Axel Honneth e a luta por reconhecimento. **Revista de Filosofia**, Amargosa-BA, v. 16, n. 2, p. 148-168, 2017.

MAYA, A. M.; LORENZONI, P. C. Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 151, n. 1, p. 189-213, 2019.

MOTTA, F. J. B.; TASSINARI, C. Ativismo judicial e decisões por princípio: uma proposta de fixação dos limites da atuação do poder judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 283, n. 1, p. 481-499, 2018.

OLIVEIRA, R. T. Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial. **Consultor Jurídico**, dez. 2012. Seção Diário de Classe. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 12 set. 2020.

RAVAGNANI, H. B. Luta por reconhecimento: a filosofia social do jovem Hegel segundo Honneth. **Kínesis – Revista de estudos dos pós graduandos em filosofia**, Marília, v. 1, n. 1, p. 39-57, 2009.

SEGATO, R. L. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **MANA**, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 207-236, 2006.

SILVA, E. P. B. Repensando a redistribuição: Nancy Fraser e a economia política. **Civitas**, Porto Alegre, v. 18, n. 3, p. 563-579, 2018.

SOUZA, M. C. O direito constitucional à educação básica e a judicialização da certificação antecipada da conclusão do ensino médio aos menores de 18 anos no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 113, n. 1, p. 177-200, 2019.

STRECK, L. L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, 2016.

TRINDADE, A. K.; OLIVEIRA, R. T. O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, v. 11, n. 2, p. 751-772, 2016.

VIEIRA JUNIOR, R. J. Rumo ao multiculturalismo: a adoção compulsória de ações afirmativas pelo Estado brasileiro como reparação dos danos atuais sofridos pela população negra. In: SANTOS, S. A. (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005. cap. 3, p. 81-100.

Submetido em 10.11.2021

Aceito em 05.02.2022