VIDERE
V. 14, N. 29, JAN-ABR. 2022
ISSN: 2177-7837

Recebido: 14/01/2022.
Aprovado: 03/03/2022.

Páginas: 153-176.

DOI:
https://doi.org/10.30612/videre.v14i19.14864

*
Doutor em Direito (UNISINOS, 2004) PPGDH/UNIJUÍ
andre.leonardo@unijui.edu.br
OrcID: 0000-0003-1087-1195
**
Doutor em Direito (UNISINOS) PPGDH/UNIJUÍ
doglasl@unijui.edu.br
OrcID: 0000-0003-3703-3052

CC BY NC SA

ATIVISMO JUDICIAL, LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À DIFERENÇA[1]

JUDICIAL ACTIVISM, DEMOCRATIC LEGITIMACY AND EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO DIFFERENCE

ACTIVISMO JUDICIAL, LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y EFICACIA DEL DERECHO A LA DIFERENCIA

André Leonardo Copetti Santos*
Doglas Cesar Lucas**

RESUMO
O presente trabalho objetiva analisar possibilidades de legitimação democrática do ativismo judicial na efetivação do direito à diferença. Partindo de reflexões no campo da filosofia política, o trabalho delimita o sentido do direito à diferença em termos de possíveis demandas judiciais. Tais ponderações apontam para a ideia de que a diferença se traduz em pleitos por reconhecimento e por redistribuição, os quais podem levar a adoção de remédios judiciais de afirmação e transformação. Posteriormente, o artigo analisa decisões judiciais paradigmáticas para investigar se há um ativismo judicial em demandas nas quais o mérito gira em torno da ideia de diferença. Os resultados preliminares apontam para a ocorrência, no Brasil, de um ativismo judicial da diferença, que pode ser considerado legítimo democrática e constitucionalmente, uma vez que tem se pautado por materializar medidas consistentes em reconhecimentos identitários e redistribuições de bens sociais a minorias. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo.
PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Direito à diferença. Legitimidade democrática. Reconhecimento. Redistribuição.

ABSTRACT
The present work aims to analyze possibilities of democratic legitimation of judicial activism in the realization of the right to difference. Starting from reflections in the field of political philosophy, the work delimits the meaning of the right to difference in terms of possible judicial demands. Such considerations point to the idea that the difference translates into claims for recognition and redistribution, which can lead to the adoption

1 Artigo produzido na execução do Projeto DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS DIFERENÇAS IDENTITÁRIAS NAS DECISOES DO STF, com financiamento pelo edital CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021.

of judicial remedies of affirmation and transformation. Subsequently, the article analyzes paradigmatic judicial decisions to investigate whether there is judicial activism in demands in which the merits revolve around the idea of difference. The preliminary results point to the occurrence, in Brazil, of a judicial activism of difference, which can be considered democratically and constitutionally legitimate, since it has been guided by materializing measures consistent in identity recognition and redistribution of social goods to minorities. The method used was the hypothetical-deductive.
KEYWORDS: Judicial activism. Right to difference. Democratic legitimacy. Recognition. Redistribution.

RESUMEN
El presente trabajo tiene como objetivo analizar posibilidades de legitimación democrática del activismo judicial en la realización del derecho a la diferencia. Partiendo de reflexiones en el campo de la filosofía política, el trabajo delimita el significado del derecho a la diferencia en términos de posibles demandas judiciales. Tales consideraciones apuntan a la idea de que la diferencia se traduce en pretensiones de reconocimiento y redistribución, que pueden conducir a la adopción de remedios judiciales de afirmación y transformación. Posteriormente, el artículo analiza sentencias judiciales paradigmáticas para indagar si existe activismo judicial en demandas en las que el mérito gira en torno a la idea de diferencia. Los resultados preliminares apuntan para la ocurrencia, en Brasil, de un activismo judicial de la diferencia, que puede ser considerado democrática y constitucionalmente legítimo, ya que ha estado orientado por la materialización de medidas consistentes con el reconocimiento de la identidad y la redistribución de bienes sociales a las minorías. El método utilizado fue el hipotético-deductivo.
PALABRAS CLAVE: Activismo judicial. Derecho a la diferencia. Legitimidad democrática. Reconocimiento. Redistribución.

1 INTRODUÇÃO

Em trabalho anterior, tentamos estabelecer uma crítica, no sentido kantiano do termo – crítica como delimitação dos limites de algo -, acerca das possibilidades de atuação proativa do Poder Judiciário, para a solução de problemas sociais que envolvessem pleitos à diferença, originariamente de competência dos ramos políticos do Estado legitimados eleitoralmente, nos termos da teoria política e constitucional mais tradicional. Nesta ocasião, partindo de uma distinção estabelecida pela filosofia política contemporânea – demandas de redistribuição e demandas de reconhecimento -, nos posicionamos no sentido da legitimidade democrática dos ativismos judiciais somente quando o objeto das decisões fosse o reconhecimento de identidades (étnicas, raciais, religiosas, de gênero etc.) ou a determinação de atuação dos demais poderes, desde que não houvesse repercussões orçamentárias decorrentes dessas deliberações judiciais. Ou seja, um ativismo judicial da diferença seria democraticamente legítimo nas "demandas de reconhecimento", sendo questionável, nos marcos do constitucionalismo democrático e social de Direito, em relação a "demandas de redistribuição".

Com a continuidade de nossas pesquisas acerca do tema da legitimidade democrática dos ativismos judiciais nos Estados democráticos de Direito em conflitos que envolvam a questão da diferença, chegamos a novas conclusões que trazem algumas modulações às nossas reflexões anteriores acerca da legitimidade democrática do protagonismo judicial. Ao comungar mais proximamente com a posição de Fraser de que alguns problemas de desigualdade reclamam conjuntamente tanto remédios de redistribuição quanto de reconhecimento, não pudemos evitar a ampliação de nossas preocupações para além da legitimação dos ativismos judiciais restritos ao âmbito

cultural dos reconhecimentos identitários, o que nos levou a debruçarmo-nos com mais profundidade e detalhamento em possíveis alternativas de ativismos judiciais legitimamente democráticos nos quais o reconhecimento está associado umbilicalmente à eliminação de injustiças socioeconômicas, mesmo com implicações de aumento de despesas públicas, situação que, em certa medida, se distancia de nossa posição anterior.

Em nada modificamos nossa posição acerca da legitimidade democrática dos ativismos judiciais que visem a atender demandas de reconhecimento, mas, por outro, avançamos para possíveis situações de protagonismos do Poder Judiciário democraticamente legítimos quando o objeto da deliberação, além do reconhecimento, aponte também para a redistribuição de bens sociais que, distante de ser uma função que não deva ser atribuída ao Estado, é um fim genuíno das organizações estatais, que ganham em legitimidade ao fazê-las igualitariamente, pois a eliminação de desigualdades econômicas potencializa a supressão de outras desigualdades.

Assim, o objeto do presente trabalho, partindo de uma delimitação teórica acerca do que pode significar a diferença em termos de demandas judicializáveis, busca investigar os sentidos que têm sidos atribuídos ao direito à diferença por algumas decisões paradigmáticas do Poder Judiciário brasileiro, além de se tais interpretações são democraticamente legítimas nos marcos constitucionais do nosso Estado Democrático de Direito.

2 O QUE PODE SIGNIFICAR A IDEIA DE DIFERENÇA EM TERMOS DE CONFLITOS JUDICIALIZÁVEIS? UMA REFLEXÃO ACERCA DAS DEMANDAS DE REDISTRIBUIÇÃO E DE RECONHECIMENTO

Para tentar estabelecer uma melhor forma de construção de nossas instituições sociais, bem como de atuação dos poderes públicos para a efetivação de políticas públicas relacionadas à eliminação de desigualdades e/ou garantia de posições sociais de diferença, especialmente do Poder Judiciário, nos marcos de um Estado democrático de Direito, parece-nos importante buscar uma melhor aproximação acerca das relações entre violências/injustiças socioeconômicas e culturais e, consequentemente, possíveis respostas voltadas a sua eliminação ou mitigação.

Partindo do pressuposto por nós já colocado de que, como propõem as grandes tradições teóricas igualitaristas, das violências/injustiças socioeconômicas e culturais decorrem demandas por redistribuição e/ou reconhecimento, é importante entendermos em que medida tais gramáticas conflituais possuem uma dinâmica e uma racionalidade próprias, reclamando soluções institucionais isoladas e específicas, ou, noutro sentido, se há pontos de interseção, de relacionamento causal e, consequente-

mente, de possíveis respostas institucionais combinando políticas de reconhecimento e redistribuição.

Um primeiro conjunto de reflexões teóricas a respeito dessas relações convoca a deixar de lado a ênfase nas injustiças socioeconômicas e em políticas de redistribuição para focar a atenção nas relações sociais como um componente essencial da igualdade. Em sua crítica ao igualitarismo de sorte, Elizabeth Anderson sugere que a insistência da filosofia igualitária contemporânea em corrigir o que ela chama de injustiças cósmicas (o resultado de talentos naturais pobres e da má sorte em geral) resultou em um distanciamento do que essa autora entende que são os objetivos políticos próprios do igualitarismo. De acordo com Anderson, os objetivos negativos da justiça igualitária não são eliminar o impacto da má sorte, mas acabar com as relações sociais opressivas, e seu objetivo positivo é o de criar uma comunidade de sujeitos em relação de igualdade. Nesta perspectiva, para Anderson, a desigualdade está mais relacionada às relações entre pessoas "inferiores" e "superiores" que com a distribuição da riqueza (1995, p. 288). Conforme este ponto de vista, o igualitarismo deve buscar a abolição deste tipo de relações sociais e não a mera compensação por desvantagens não merecidas. A reflexão de Anderson é importante na medida em que, por sua crítica ao igualitarismo de sorte, vai mais além do paradigma da redistribuição como elemento central para o desenho das instituições sociais e para a delimitação dos limites da atuação dos poderes públicos.

O deslocamento da ênfase das injustiças/violências distributivas para as relações sociais também é compartilhado por outros proponentes da política de reconhecimento como Taylor, por exemplo. No artigo denominado "A política do reconhecimento" (2000) e em seu opúsculo/ensaio "El multiculturalismo y la política del reconocimiento" (2001), Taylor situa o começo do discurso de reconhecimento no deslocamento que sofreu o antigo conceito de honra para a ideia moderna de dignidade (2001, p. 242). A honra é, por definição, um conceito excludente; para que alguns tenham honra é preciso que outros não a tenham. A dignidade, ao contrário, é um conceito inclusivo: o mesmo repousa no pressuposto de que é compartilhada por todos. Segundo Taylor, com o colapso do sistema hierárquico que caracterizou o Antigo Regime e o nascimento da democracia, era inevitável que o conceito de honra fosse deslocado (2001, p. 242).

Em consequência disto, certas formas de reconhecimento assumiram um papel essencial na nova cultura democrática. Nas palavras do próprio Taylor: "A democracia levou a uma política de igual reconhecimento, a qual tomou várias formas através dos anos, e retornou na forma de demandas pelo igual status de todas as culturas e gêneros" (2001, p. 243). O discurso do reconhecimento se intensificou ao final do século XVIII com o nascimento de uma nova maneira de entender o conceito da identidade

individual, ao qual Taylor identifica com o ideal da autenticidade. Este ideal está relacionado à ideia de que os seres humanos possuem a capacidade para distinguir o "bem do mal". Taylor associa esta ideia à concepção rousseauniana da moralidade como o "seguir a voz da natureza em nós". Mas é em Herder onde Taylor encontra o ideal moral que se apresenta nas democracias contemporâneas[2].

Se todo mundo tem uma maneira original de ser, a ideia de uma identidade rígida, baseada na posição social, característica das sociedades hierárquicas, deve ser rechaçada, pois dita maneira particular de ser não pode ser socialmente derivada, mas gerada por cada indivíduo. Mas, se eu gero minha própria identidade, qual é a relação entre esta e seu reconhecimento, o qual necessariamente envolve a presença de outros? Para Taylor, a identidade se negocia através de um diálogo em parte externo, em parte interno, com os demais: nossa identidade sempre é o resultado de nossas relações e diálogo com os *outros* (2001, p. 248). Tal como assinala Olchowy (1999), os seres humanos não podem seguir assumindo que possuem identidades autossuficientes.

Taylor não pretende argumentar que em épocas anteriores o reconhecimento não fora importante. O que distingue a época moderna é o fato de que, já que como as identidades não estão arraigadas a uma posição social, o reconhecimento tem que ser "ganho" e, como sugere Taylor, a tentativa de obtê-lo pode falar. Assim, o reconhecimento se torna crucial, pois seu rechaço pode causar um dano real àqueles a quem é negado, resultando em uma forma de opressão, encarcerando alguém a um modo falso, distorcido e reduzido de ser. O reconhecimento igual é, inevitavelmente, a modalidade adequada a uma sociedade democrática saudável (TAYLOR, 2001, p. 249).

Assim, o discurso de reconhecimento tornou-se familiar em dois níveis. Em primeiro lugar, na esfera íntima, em que compreendemos que a formação da identidade e do *Self* ocorre num contínuo diálogo e luta com outros significativos. E, em segundo, na esfera pública, na qual uma política de reconhecimento igual veio a desempenhar um papel cada vez mais importante (TAYLOR, 2001, p. 250). Na verdade, ela veio significar duas coisas bem diferentes, vinculadas, respectivamente, com as duas mudanças que Taylor descreve. Com a passagem da honra à dignidade de todos os cidadãos, veio uma política do universalismo que enfatizou a igual dignidade de todos os cidadãos, política cujo conteúdo tem sido a equalização de direitos e privilégios. Em contrapartida, a segunda mudança, o desenvolvimento da moderna noção de identidade,

2 Com as palavras do próprio Taylor: "O ideal da autenticidade assume caráter crucial graças ao desenvolvimento pós-Rousseau que associo ao nome de Herder – mais uma vez, antes como seu primeiro articulador do que como seu originador. Herder apresentou a idéia de que cada um de nós tem um modo original de ser humano: cada pessoa tem sua própria "medida". Essa idéia mergulhou profundamente na consciência moderna. Ela é uma nova idéia. Antes do final do século XVIII, ninguém pensava que as diferenças entre os seres humanos tivessem esse tipo de significação moral. Há um certo modo de ser humano que é *meu* modo. Sou chamado a levar minha vida assim, e não imitando a de outrem" (TAYLOR, 2001, p. 244-245).

originou a política da diferença, pela qual *todos* devem ter reconhecida sua identidade peculiar. Com a política da diferença, pedem-nos para reconhecer a identidade peculiar desse indivíduo ou grupo, aquilo que o distingue de todas as outras pessoas. A ideia é de que é precisamente esse elemento distintivo que foi ignorado, distorcido, assimilado a uma identidade dominante ou majoritária. E essa assimilação é o pecado capital contra o ideal da autenticidade (TAYLOR, 2001, p. 250-251).

Subjaz a essa exigência um princípio da igualdade universal. A política da diferença, para Taylor, está repleta de denúncias de discriminações e recusas que produzem cidadanias de segunda classe. Isso dá ao princípio da igualdade universal um ponto de entrada na política da dignidade. Contudo, uma vez dentro dela, suas exigências não se assimilam a essa política com facilidade. Por isso, ele pede que demos reconhecimento e *status* a algo que não é universalmente partilhado. Por outras palavras, só damos o devido reconhecimento àquilo que está universalmente presente – todos têm uma identidade – por meio do reconhecimento do que há de peculiar a cada um. A exigência universal fortalece o reconhecimento da especificidade (TAYLOR, 2001, p. 251).

Para Taylor, por fim, se a redefinição socioeconômica justificou programas sociais redistributivos altamente controversos, ao abrir oportunidades especiais oferecidas a certas parcelas da população, e consideradas pelos críticos como formas de favoritismo indevido, conflitos semelhantes advêm hoje em torno da política da diferença. Onde a política da dignidade universal lutava por formas de não discriminação que fossem "cegas" às maneiras pelas quais os cidadãos diferem, a política da diferença redefine com frequência a não discriminação como algo que requer que façamos dessas distinções a base do tratamento diferenciado, o que leva a que certos grupos de uma mesma população nacional tenham certos direitos e poderes que outros, dentro do mesmo espaço geopolítico, não tenham, ou que certas minorias tenham o direito de excluir outras a fim de preservar sua integridade cultural (TAYLOR, 2001, p. 251).

Outra perspectiva completamente distinta da política da diferença busca desenvolver uma concepção de justiça que integre problemas culturais e econômicos. Aqui podemos alocar as políticas da diferença de Iris Marion Young e Nancy Fraser. Young tenta deslocar a discussão acerca da justiça desde a mera distribuição da riqueza até um enfoque cujo ponto central seja a dominação e a opressão (1990). Nas palavras da autora:

> Existe um sem-número de demandas sobre justiça e injustiça em nossa sociedade que não tratam primordialmente acerca da distribuição de salários, recursos ou posições. Concentrar-se na distribuição de bens materiais e recursos restringe de maneira inapropriada o alcance da justiça, pois não logra colocar sob avaliação as estruturas sociais e os contextos institucionais (YOUNG, 1990, p. 20).

A partir de uma análise dos movimentos sociais contemporâneos e da limitação que os paradigmas distributivos apresentam no tratamento de diversas demandas que não são redutíveis à lógica da distribuição, tal como direitos, oportunidades e autorrespeito, Young propõe uma definição de injustiça como dominação: o constrangimento institucional à autodeterminação; e opressão: o constrangimento institucional ao autodesenvolvimento. De acordo com essa definição que, segundo Young, recupera a maneira pela qual os novos movimentos sociais concebem a injustiça, justiça social diz respeito ao grau em que uma sociedade promove as condições necessárias para o autodesenvolvimento, definido como desenvolvimento e exercício da capacidade dos sujeitos de expressarem suas capacidades, e à autodeterminação, entendida como participação do sujeito na determinação de suas ações e das condições destas.

Para Young, a opressão é uma condição estrutural que atinge os *grupos sociais* e no sentido mais geral se caracteriza pelas injustiças às quais alguns grupos são submetidos, resultado da inibição de suas habilidades para desenvolver e exercer suas capacidades, assim como para expressar suas necessidades, ideias e sentimentos (YOUNG,1990, p. 40). São práticas sociais sistemáticas e muitas vezes inconscientes, que colocam certos grupos em posição de desvantagem perante os grupos dominantes. Desta forma, as relações de opressão estão sempre atreladas à noção de grupo. "Opressão faz referência a fenômenos estruturais que imobilizam ou diminuem um grupo" (YOUNG, 1990, p. 42). Assim, a opressão na visão de Young consiste em uma série de processos institucionais sistemáticos que impedem que algumas pessoas aprendam a utilizar destrezas satisfatórias em cenários sociais reconhecidos ou processos institucionais que inibem a habilidade das pessoas interatuar e de comunicar-se com os demais ou expressar seus sentimentos e perspectivas sobre a vida social em contextos onde outros possam escutá-los (YOUNG, 1990, p. 38).

As ideias de Young foram fortemente criticadas por Fraser, que insiste em que ainda que a versão de Young da 'política do reconhecimento' aparente atender ao mesmo tempo tanto problemas de natureza cultural quanto de ordem econômica, seu enfoque privilegia o primeiro tipo de injustiça em detrimento do segundo (FRASER, 1997).

Segundo Fraser, a construção de Young se caracteriza por uma tensão não resolvida. Ela contém uma cara cultural, exemplificada nas cláusulas que se referem à inibição da habilidade das pessoas de interatuar com os demais e expressar suas experiências em contextos públicos. Nestas cláusulas, a opressão se identifica com certa inibição da expressão e da comunicação, enraizada na falta de reconhecimento cultural. A cara político-econômica da definição pode identificar-se nas referências a limites no desenvolvimento e exercício das capacidades e nos "processos institucionais sistemáticos que impedem que algumas pessoas aprendam a utilizar destrezas

satisfatórias em cenários sociais reconhecidos". Aqui, a opressão se define como uma inibição no desenvolvimento de destrezas, enraizada em desigualdades na divisão do poder (FRASER, 1997, p. 193).

Esta visão, assinala Fraser, não integra de maneira adequada as injustiças do tipo cultural e as de ordem econômica. Por um lado, a dimensão cultural da definição sugere que os oprimidos possuem certas capacidades e talentos que se encontram intactos. A injustiça desta dimensão da definição consiste na inibição e na falta de reconhecimento de modos específicos de expressão cultural (FRASER, 1997, p. 193). Por outro lado, a dimensão econômica da definição sugere que algumas capacidades e destrezas dos grupos oprimidos se encontram subdesenvolvidas (FRASER, 1997, p. 194). Neste sentido, o que se sofre é uma falta de oportunidade para aprender e desenvolver destrezas relacionadas ao mundo da produção. Para remediar esta injustiça seria necessário prover à gente que sofre oportunidades para o autodesenvolvimento, e isso é um assunto redistributivo que a política da diferença não contempla.

Fraser também encontra um problema similar com o que Young entende por 'grupo social'. Young define 'grupo social' como um coletivo de pessoas que têm afinidade entre si como resultado de uma série de práticas ou modos de vida compartilhados, que se diferencia ou pode ser diferenciado de pelo menos outro grupo (YOUNG, 1990, p. 186). Para Young, as afinidades que constituem um grupo social surgem como resultado do compartilhamento de uma posição na divisão do trabalho, ou como resultado de uma experiência comum de hostilidade proveniente do exterior (FRASER, 1997, p. 195). Tal como sucede em sua definição da opressão, Young utiliza um só conceito – neste caso, 'grupos sociais') – para referir-se a um fenômeno que é cultural e econômico ao mesmo tempo.

Ainda que a concepção de Young dos grupos sociais possua a vantagem de incluir distintos tipos de coletividades, Fraser insiste em que a mesma não deixa de ser problemática. A assimilação de grupos raciais, étnicos, de gênero e de classe no conceito de 'grupo social', pode resultar no não fazer justiça a cada um deles. A preocupação de Fraser é que a política da diferença privilegia aos grupos sociais baseados na cultura, cujo paradigma é o grupo étnico. No caso deste grupo, a afirmação da diferença pode ser emancipatória, mas quando as diferenças não repousam na etnicidade, mas na posição de um grupo no mundo da produção, a afirmação da diferença perde relevância e o que a justiça requer é precisamente fragilizar a diferença e reestruturar a divisão do trabalho (YOUNG, 1995, p. 2007).

Em sua tentativa por oferecer uma solução a este problema, Fraser pede que imaginemos um espectro conceitual de coletividades sociais no qual em um extremo se situariam grupos que entrariam no modelo redistributivo e, em outro, grupos que entrariam no modelo do reconhecimento. Neste espectro conceitual poderíamos

identificar a 'classe' como o grupo ideal da redistribuição e os grupos diferentes por sua sexualidade como o grupo ideal para o reconhecimento. Em outras palavras, 'classe' (conforme o marxismo tradicional) é um modo de diferenciação social claramente enraizado na estrutura econômica da sociedade, enquanto os grupos diferenciados por sua sexualidade, como os homossexuais, sofrem uma injustiça sofrida claramente fundada na cultura. O remédio para a injustiça sofrida pelos membros da classe explorada seria a redistribuição, enquanto o remédio para aqueles rechaçados por sua sexualidade é o reconhecimento.

O problema surge com coletividades localizadas no centro do espectro conceitual, que combinam, por exemplo, características da classe explorada com características dos grupos discriminados por sua sexualidade. Fraser identifica tais coletividades como 'coletividades bivalentes'. Estas coletividades se distinguem tanto na cultura quanto na economia, e em consequência disto, necessitam de remédios redistributivos e de reconhecimento (FRASER, 1997). Mais recentemente a autora fala ainda sobre a necessidade desses grupos terem representação e participação nos setores sociais estratégicos de decisões políticas. Assim, para eliminar as injustiças socioeconômicas relacionadas à violência de gênero, seria necessário abolir a divisão do trabalho baseada nestas diferenças. Mas o gênero também envolve injustiças culturais (por exemplo, normas sociais que privilegiam traços associados com a masculinidade) (FRASER, 1995).

Nesse sentido, quando a mulher sofre dois tipos de injustiças e necessita dois tipos de remédio, surge o dilema redistribuição-reconhecimento: a lógica da redistribuição aponta para a abolição do gênero, enquanto a lógica do reconhecimento aponta até a valorização da sua especificidade. Para enfrentar este dilema, Fraser propõe dois tipos de remédios distintos: a afirmação e a transformação. No caso das injustiças de tipo cultural, os remédios afirmativos apontam até a revalorização das identidades dos grupos sem modificar seu conteúdo nem os dos grupos dos quais são diferenciados. Por exemplo, no caso dos homossexuais, isto simplesmente significaria afirmar a diferença (FRASER, 1995, p. 79). De acordo com esta perspectiva, esta positividade subsistirá por si mesma, necessitando somente reconhecimento adicional. Em contraste, os remédios transformativos, ao serem aplicados à cultura, atenderiam o caso da homossexualidade desestabilizando identidades e diferenciações de grupos existentes, criando diferenças sexuais ambivalentes e constantemente em modificação, ou, de outra forma, as políticas de cotas destinadas a afrodescendentes, situação em que há o reconhecimento/afirmação da identidade ao mesmo tempo que se redistribui bens sociais (vagas em universidades públicas) equalizadores no plano socioeconômico.

Diferentemente de Fraser, para Axel Honneth, o reconhecimento é uma categoria moral fundamental, suprema, sendo o problema da distribuição apenas uma derivação. O ideal socialista da redistribuição é considerado como uma decorrência, como uma subespécie da luta por reconhecimento. Honneth entende que o conceito de reconhecimento, desde que bem compreendido, pode levar a uma versão modificada do paradigma marxista de redistribuição econômica. O autor sugere que as injustiças distributivas devem ser entendidas com a expressão institucional da falta de respeito social ou, melhor dizendo, de algumas relações injustificadas de reconhecimento. Argumentando contra o posicionamento de Fraser, Honneth alega que "orientar en sentido normativo una teoría social crítica hacia las demandas públicamente perceptibles de los movimientos sociales tiene la consecuencia no buscada de reproducir las exclusiones políticas" (HONNETH, 2006, p. 100). De tal modo, o autor acredita que o pensamento de Fraser dá a impressão de que os grupos sociais estão lutando basicamente por recursos materiais ou pelo reconhecimento cultural, de modo que se surpreende que Fraser não encontre nenhuma expressão sistemática para a luta pela igualdade jurídica.

O autor alemão, igualmente a Hegel, que o inspira, considera que os conflitos sociais são constitutivos, tanto de intersubjetividades, quanto dos próprios sujeitos. O conflito é travado intersubjetivamente e caracteriza-se por uma luta moral na medida em que os sujeitos lutam por reconhecimento recíproco de suas identidades, o que gera uma pressão social para o estabelecimento prático de instituições garantidoras da liberdade. Apoiado em Georg H. Mead, psicólogo americano, Honneth reafirma o caráter social da identidade e a ideia de que se pode perceber a evolução moral da sociedade nas lutas por reconhecimento. A identidade se constrói de modo conflitual, intersubjetivo, visando a um reconhecimento que decrete o fim de uma situação de violência causada pelo não reconhecimento. São os conflitos sociais, intersubjetivos, que constituem as diferentes lutas pelo reconhecimento recíproco de cada uma das identidades conflitantes.

Honneth valoriza os padrões de reconhecimento intersubjetivo na estrutura das relações sociais. O reconhecimento não é uma categoria que se esgota nos processos coletivos de socialização, nas formas institucionais da vida pública apenas. Nas relações privadas, interpessoais, intersubjetivas, residem as principais experiências de reconhecimento que resultam na identidade pessoal. Para Honneth, atualizando Hegel (que já falava em amor, Direito e eticidade como três esferas do reconhecimento) e Mead, esses padrões de reconhecimento intersubjetivo seriam o amor, o direito e a solidariedade.

O amor, o afeto, é a primeira esfera de reconhecimento que liga o sujeito ao semelhante mais próximo, aos seus familiares. Apoiado em Winnicott, defende que as

relações afetivas da primeira infância entre mãe e criança formam laços de confiança substanciais, reforçam o amor do outro e a confiança no outro, que geram autoconfiança e amor em si mesmo. Justamente por precisarem uma da outra, criança e mãe necessitam construir um pouco de independência para si para continuar a vida. O amor, para Honneth, é um fundamento estrutural de toda a eticidade.

A segunda esfera de reconhecimento intersubjetivo se dá pelo Direito. Segundo Honneth (2003), o reconhecimento jurídico está sustentado na natureza ética dos sujeitos que pretendem afirmar seus direitos mediante a supressão dos particularismos e posições unilaterais subsistentes na relação das diferenças. Nos conflitos multiculturais, as lutas por reconhecimento se caracterizam por um aspecto fundamental da coexistência positiva das diferenças. Honneth entende que a lei, por ser constituída de maneira universalista, sob condições modernas, tutela os direitos de forma igualitária, desvinculando o reconhecimento jurídico de qualquer espécie de status social ou estamento. O reconhecimento jurídico cumpre um papel importante na formação do autorrespeito na pessoa, consubstanciado pela possibilidade de se referir a si mesmo de modo positivo, como sujeito de direitos e participante dos acordos discursivos de uma coletividade.

O terceiro padrão de reconhecimento intersubjetivo descrito pelo autor é a solidariedade. Em palavras objetivas, solidariedade é uma forma de reconhecimento baseada em relações sociais de estima simétrica entre sujeitos individualizados. As pessoas se ligam reciprocamente por considerarem importantes as potencialidades e capacidades do outro nas ações comuns. Relações desse tipo são solidárias porque acolhem e dão valor positivo à particularidade individual de outro sujeito, demonstram interesse afetivo pelo outro e cuidam para que tais propriedades possam desenvolver-se e tornarem possíveis os interesses comuns. Em condições de solidariedade, o sujeito sabe-se estimado pelos outros, se reconhece como "membro de um grupo social que está em condições de realizações comuns, cujo valor para a sociedade é reconhecido por todos os demais membros" (HONNETH, 2003, p. 209). E esse sentimento tende a ficar ainda mais intenso em momentos de dificuldade, como acontece nos casos de guerra.

Após estabelecer os três padrões de reconhecimento, Honneth inverte a análise e pontua situações de desrespeito e degradação que impedem a realização do indivíduo em sua totalidade. Cada padrão de reconhecimento pode ser interpretado, na direção do não reconhecimento, como uma espécie de ofensa. A violência física afeta a integridade corporal dos sujeitos e é uma forma de ofensa que fragiliza a autoconfiança básica. Esse tipo de ofensa, além da dor física propriamente dita, comenta Honneth, priva o ofendido de seu próprio corpo e compromete seu senso de realidade; o ofendido deixa de pertencer-se por conta do ato violento. A privação ou negação

de direitos é retratada pelo autor como uma segunda forma de não reconhecimento, pela qual é negado ao sujeito o direito de interagir com os demais membros da comunidade em igualdade de condições. A humilhação ou desvalorização dos estilos de vida é a terceira forma de não reconhecimento. Essas ofensas ao reconhecimento funcionam como mecanismos de autocompreensão negativa, que destroem a identidade e, por conta disso, tendem a desprestigiar ou mesmo eliminar as diferenças. Por isso, a degradação da estima social, a violação da autonomia e a privação de direitos são compreendidas, pelo autor, como provocações que devem estimular a ação política em favor das lutas por reconhecimento.

Sendo, para Honneth, o conflito social a base da interação, sua gramática, a luta por reconhecimento, inclui um modelo de compreensão da realidade social num momento em que os conflitos sociais, mais do que a demanda por uma justa distribuição de bens materiais, incluem em pauta a luta pela dignidade humana, pela integridade física e pelo reconhecimento do valor das diversas culturas e modos de vida. Portanto, "é possível ver nas diversas lutas por reconhecimento uma força moral que impulsiona desenvolvimentos sociais" (HONNETH, 2003, p. 18). Dessa forma, Honneth acaba por impor um peso enorme na luta por reconhecimento, relegando, a segundo plano, a luta de classes pela detenção do capital simbólico existente na sociedade contemporânea. Do mesmo modo, entende que todos os conflitos sociais têm sempre a natureza do reconhecimento se sobrepondo à luta pela redistribuição de renda.

3 ATIVISMO JUDICIAL, IGUALDADE E DEMOCRACIA

O devir da diferença nas últimas seis décadas pode ser escalonado em três grandes movimentos de desterritorialização e reterritorialização, não separados de modo claro em termos de sucessão temporal. O primeiro foi marcado pelas grandes resistências, revoltas e, segundo alguns, revoluções culturais e comportamentais, que ocorreram a partir dos anos 60, período que culminou no Maio de 68; o segundo grande movimento foi o teórico, caracterizado pelo surgimento e consolidação de toda uma tradição de vertente crítica, cujo ponto central das reflexões tem sido a diferença. Assim, por exemplo o pós-estruturalismo francês, o criticismo negro, o feminismo em suas múltiplas manifestações etc.; por fim, o terceiro passo desse vir-a-ser da diferença é a sua institucionalização política e jurídica. Sem nos adentrarmos, em razão da limitação espacial do trabalho, com profundidade no primeiro aspecto, e após uma breve mas considerável delimitação do que se tem entendido por diferença em termos de possibilidades de estabelecimento de políticas públicas e demandas judicializáveis (reconhecimento e redistribuição, afirmação e transformação), o tópico central deste trabalho refere-se a como têm se materializado e operado institucio-

nalmente estas ideias igualitárias, a partir da propulsão gerada pelo(s) conceito(s) de diferença, especialmente no plano de atuação do Poder Judiciário.

Um primeiro aspecto dessa questão é a de se as ideias igualitárias que tem como elemento central a diferença poderiam aspirar a uma positivação constitucional (internacional e nacional) e infraconstitucional. A este questionamento, algumas respostas já foram elaboradas (COPETTI SANTOS e LUCAS, 2015a; 2019b), demonstrando a prodigalidade do constitucionalismo internacional em termos de convenções e declarações de direito, bem como do constitucionalismo latino-americano na normatização da tutela da diferença. A tendência a incorporar nos textos constitucionais referências normativas a direitos que visem a tutelar minorias, especialmente naqueles que se situam nos marcos do constitucionalismo democrático e social de Direito, tem se demonstrado cada vez mais forte, inobstante os espasmos xenofóbicos, misóginos, racistas e homofóbicos, dentre outras possibilidades de manifestações discriminatórias abomináveis que têm movido contemporaneamente alguns governos radicais ultraconservadores. Já no âmbito infraconstitucional, esse movimento de positivação não tem tido a mesma potência do que acontece no plano constitucional, havendo várias lacunas que, não raro, têm exigido sua colmatação pela atuação judicial.

Essa última situação tem colocado um grande interrogante sobre os papéis que devem cumprir os órgãos políticos e judiciais na implementação democrática dessas ideias. O que aqui se coloca como problema a ser resolvido no plano institucional diz respeito ao alcance do poder dos órgãos judiciais em contraste com os ramos políticos do Estado na concretização de direitos de minorias, cuja demanda central seja o reconhecimento de uma diferença identitária ou a eliminação de diferenças socioeconômicas. O que se nota nos sistemas jurídicos que adotaram modelos constitucionais principiológicos é um significativo aumento do protagonismo judicial no atendimento de demandas cuja tutela não foi estabelecida normativamente pelo ramo político-legislativo do Estado ou através de políticas públicas pelo Executivo. Tal situação tem gerado um forte debate sobre os limites e a legitimidade democrática do ativismo judicial[3].

Uma questão importante a ser respondida para melhor entender e justificar o ativismo judicial em termos de efetivação do direito à diferença, refere-se aos fatores que explicam um significativo aumento do protagonismo do Poder Judiciário em termos de concretização de políticas públicas. A literatura tem identificado distintos fatores causais deste fenômeno. Dentre vários elementos que podem ser apontados como causa deste fenômeno, destacamos três, que entendemos serem de fundamental importância. Em primeiro lugar, destacamos os fatores que estão vinculados com

3 Sobre as dimensões do ativismo judicial do STF, ver AZEVEDO CAMPOS (2014). Para uma compreensão conceitual detalhada acerca do que seja ativismo judicial, ver RAMOS (2015). Acerca da diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, ver STRECK (2016).

as mudanças da estrutura de oportunidades de regulação (SLUMOVITZ, 2008, p. 291). Um dos principais pilares da intervenção judicial sobre as políticas públicas voltadas à efetivação do direito à diferença reside na ordem normativa existente. Tais mudanças normativas ocorreram nas últimas décadas tanto no âmbito internacional, com a edição de um grande número de Cartas e Convenções, quanto no plano nacional (COPETTI SANTOS e LUCAS, 2019b). No caso brasileiro, inobstante uma série de avanços no plano infraconstitucional a partir de indicações normatizadoras presente na CF/88, ainda permanecem debilidades e lacunas, tanto em termos materiais quanto procedimentais. Entretanto, com a promulgação da Constituição de 1988 foram positivados uma série de princípios e de regras programáticas que permitiram novas possibilidades hermenêuticas da Constituição, criando condições normativas para atuações interventivas do Poder Judiciário a partir de silêncios dos ramos políticos do Estado. Em outras palavras, a partir de uma institucionalização normativo-constitucional, emergiram as condições para uma institucionalização judicial da diferença. Esta alteração da estrutura normativo-constitucional foi muito significativa, pois jamais ocorrera em nosso constitucionalismo uma positivação da ideia de um igualitarismo que tomasse como ponto de partida a diferença. O que ficou claro, ao longo de 32 anos da promulgação da CF/88, é que foi sobre este marco normativo constitucional que tem se apoiado o ativismo judicial no Brasil.

À existência deste marco normativo constitucional soma-se um segundo fator, de cariz institucional, qual seja, o acontecimento de uma cultura jurídica de valorização do texto constitucional, desde as faculdades de Direito até portões institucionais de acesso às profissões jurídicas, fator que repercutiu enormemente na formação dos operadores jurídicos. Uma nova geração de profissionais do Direito, com uma base constitucionalista em sua formação, deu origem a novas demandas, a novos pareceres e posicionamentos e a novas decisões judiciais. Tratam-se de novos advogados, defensores, procuradores, promotores e juízes que lavraram uma nova jurisprudência bastante inovadora, especialmente aquela baseada em demandas igualitárias. Some-se a isto novas tecnologias processuais, que ainda precisam ser aperfeiçoadas, mas que já têm permitido levar adiante essas novas demandas.

Um terceiro fator relevante, que opera sobre o fenômeno da intervenção judicial ativista em matéria de direito à diferença, diz respeito à presença de importantes "estruturas de apoio", conformadas por organizações que garantem o desenvolvimento dos litígios, especialmente através da provisão de conhecimento especializado e financiamento. Ainda que a literatura tenha posições desencontradas acerca da importância da presença de estruturas de apoio para o desenvolvimento do ativismo judicial, o certo é que no caso da intervenção judicial para a concretização de políticas antidiscriminação tais estruturas têm sido fundamentais.

Enumeradas e analisadas brevemente estas causalidades do protagonismo judicial na efetivação de políticas públicas, mais especificamente em relação à efetivação do direito à diferença, outra pergunta que não pode ser evitada refere-se a que conteúdos podem ter as decisões do Poder Judiciário neste campo tão nebuloso em termos de ações estatais, separação dos poderes, interpretação da Constituição e efetivação da democracia? Aqui, como ponto de partida, servimo-nos da seguinte classificação proposta por Abramovich, cujo cerne são possíveis relações entre decisões judiciais e políticas públicas e, por consequência, possíveis interferências do Poder Judiciário na atuação do Poder Executivo[4].

Em termos jurídicos mais restritos, especificamente no âmbito processual, os êxitos obtidos nos tribunais, as dificuldades registradas na implementação de decisões favoráveis e as inovações produzidas pelo protagonismo judicial têm propiciado debates e reflexões sobre os remédios judiciais (SABEL, SIMON, 2004; BERGALLO, 2005; RODRÍGUEZ GARAVITO, RODRÍGUEZ FRANCO; 2010). Alegre (2012, p. 205) refere, neste aspecto, que os juízes que assumam seu dever de proteção dos direitos socioeconômicos básicos, aos quais acrescentaríamos os direitos culturais com base na ideia de diferença, têm ao seu alcance diversas formas de forçar o resto do Estado. Podem invalidar medidas que vulnerem o mínimo social, ordenar as prestações que lhes correspondam, declarar a inconstitucionalidade de normas etc. Aqui, também, cabe uma vez mais destacar a caracterização de Abramovich relativa aos tipos de medidas buscadas nos processos judiciais, que podem classificar-se em:

> a) remedios declarativos; b) emisión de órdenes detalles y completas de cumplir prestaciones y servicios; c) emisión de instrucciones generales para definir políticas o cursos de acción al gobierno o al Congreso y un sistema de supervisión; d) emisión de instrucciones generales de definir una política y diseño de procedimientos de diálogo, concertación o intercambio de información para calificar el proceso de elaboración o implementación de esta política (ABRAMOVICH, 2009, p. 57).

Trazendo essas classificações para o âmbito mais empírico das decisões judiciais, buscaremos prospectar e analisar os sentidos políticos (reconhecimento e/ou redistribuição, afirmação e/ou transformação) que têm sido dados pelo Poder Judiciá-

4 De acordo com Abramovich, as decisões judiciais que se relacionam com políticas públicas podem ser classificadas da seguinte forma: "a) decisiones judiciales que invalidam políticas públicas por ser contrarias a estándares jurídicos; b) decisiones judiciales que disponen la implementación de políticas públicas definidas por las instancias políticas y no ejecutadas por las burocracias inferiores o locales; c) decisones judiciales que obligan a definir políticas públicas o empreender reformas estructurales de los sistemas de proteccción social, a partir de la aplicación directa de normas constitucionales; d) decisiones judiciales que reconfiguram aspectos parciales de políticas públicas, obligando a extender las prestaciones y servicios a supuestos no contemplados; e) decisiones judiciales que ordenan reformular los procediemientos para la elaboración o implementación de las políticas, los espacios de participación o los niveles de información" (ABRAMOVICH, 2009, p. 50).

rio brasileiro em algumas decisões paradigmáticas nas quais um dos pilares argumentativos centrais tenha sido a ideia de diferença.

3.1 O ativismo de reconhecimento/afirmação

Renovamos, com um aprofundamento empírico de justificações, nosso entendimento de que são legitimamente democráticos e adequados aos marcos do constitucionalismo social republicano os ativismos judiciais voltados especificamente ao reconhecimento de diferenças identitárias, sem repercussões em termos de aumento de despesas no orçamento público, materializados através de remédios judiciais declaratórios afirmativos. Ilustram bem esta situação de legitimidade uma sequência de decisões, pelos tribunais brasileiros, que criou um espaço de cidadania, sem precedentes em nossa história, para os indivíduos que amam e desejam pessoas do mesmo sexo. Decisões que foram inicialmente tomadas em tribunais inferiores culminaram com a decisão prolatada na ADI 4277 (BRASI, 2011), decorrente da encampação dos argumentos da ADPF 132, que reinterpretou o art. 1.723 do Código Civil, para reconhecer a união homoafetiva como instituto jurídico, aproximando o mundo artificial das instituições do mundo natural da vida em suas mais eróticas manifestações[5].

Essa postura reiteradamente ativista dos tribunais brasileiros na tutela das demandas dos homossexuais também foi positivada na decisão prolatada na ADO 26 (BRASIL, 2019), a qual: a) declarou a inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional, por ausência de edição de lei penal incriminadora que tornasse efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, consequentemente, o estado de mora inconstitucional e determinando a cientificação do Poder Legislativo para a colmatação do estado de mora constitucional; b) concedeu interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional. Esta decisão, que tem sido que alvo de fortes críticas por parte de penalistas mais tradicionais, aferrados ao princípio da legalidade, é tipicamente o que entendemos com um julgado ativista legitimamente democrático, pois, diante da estagnação legislativa em produzir uma pro-

5 Essa decisão veio na esteira de outras decisões referentes a casais homoafetivos que se referiam a outros tipos de demandas, tais como: a adoção de menores por casais homossexuais (Recurso Especial nº 889.852 – RS 2006, Ap. Cível n° 1.0470.08.047254-6/001/MG, Ap. Cível 582499-9/PR), o reconhecimento das uniões homoafetivas como sociedades de fato para fins de partilha de bens (Resp. 648.763/RS), o reconhecimento do direito à pensão por morte de um dos membros da união homoafetiva em razão da morte do titular do plano de previdência (Resp. 1.026.981/RJ, 238.715⁄RS), a geração do direito a um dos membros da união homoafetiva de ser incluso no plano de saúde do companheiro (Resp. 238.715⁄RS), reconhecimento do direito à herança (Apelação Cível n. 0007309-38.2003.8.19.0204/RJ), reconhecimento do direito a verbas rescisórias do de cujus a serem divididas igualitariamente entre sua filha e seu companheiro (Ap. Cível n. 0003873-96.2002.8.19.0207/ RJ).

teção normativa para uma minoria historicamente violentada, sacramentou, por via judicial, uma tutela absolutamente importante para um avanço civilizatório de nossa sociedade.

Também relevante para a suavização das relações de gênero foi a decisão do STF na ADPF 291 (BRASIL, 2016), que reinterpretou o art. 235 do Código Penal Militar, que prevê o crime de "pederastia ou outro ato de libidinagem". Decidiu a Supre Corte brasileira pela não recepção parcial do referido dispositivo legal pela Constituição de 1988. O entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões "pederastia ou outro" e "homossexual ou não", contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. A manutenção da redação original do artigo consistiria em "manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados".

Por fim, o coroamento de um ativismo judicial de reconhecimento absolutamente democrático, construído para a atendimento das demandas dos homossexuais, foi estabelecido na decisão recente da ADI 5543 (BRASIL, 2017), na qual o STF, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, as quais criaram uma política restritiva para a doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras. Trata-se, segundo a excelsa Corte, de discriminação injustificável, pois não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido deles a possibilidade de serem como são, de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria".

Duas outras decisões em sede de controle de constitucionalidade revelam esse ativismo de reconhecimento perpetrado pelo STF. Referimo-nos especificamente à ADI 4424 (BRASIL, 2014) e ADC 19 (BRASIL, 2014a). Reconhecendo o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônico com a Constituição Federal, uma vez que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira, o STF, na primeira, dando interpretação conforme à Constituição aos artigos 12, inciso, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentou a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticada contra a mulher no ambiente doméstico, enquanto na se-

gunda, declarou a constitucionalidade dos artigos 33 e 42 da mesma Lei, para firmar a conveniência da instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e afastar a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes de violência doméstica, medidas declaratórias que afastaram qualquer traço de menor potencial ofensivo neste tipo de delito.

3.2 O ativismo de redistribuição para consolidação do reconhecimento da diferença

Por outro lado, seguindo a reflexão de Fraser exposta no item anterior, que se posiciona no sentido de que questões de reconhecimento e redistribuição estão integradas, entendemos que há algumas situações em que, mesmo com consequências redistributivas e orçamentárias, os ativismos judicias são legítimos sem afetarem as virtudes democráticas de um sistema de divisão de poderes constitucionalmente institucionalizado.

Aqui, de forma preliminar a este nosso raciocínio, lançamos mão da concepção igualitarista de Alegre. Para o professor argentino, o igualitarismo, em termos socioeconômicos, pressupõe um piso e um teto. Sobre o piso refere Alegre que o igualitarismo deve tirar proveito de certas intuições acerca da especial relevância de determinadas *necessidades básicas*. É claro que os igualitários pretendem muito mais que a satisfação destas necessidades, mas seria insensato não aproveitar a aceitação quase universal, até mesmo por liberais não igualitários, da ideia de que é tarefa inafastável dos Estados o atendimento destas necessidades. O igualitarismo na visão deste autor deve desenvolver o princípio da prioridade, mostrando como de sua aceitação se seguem outras importantes consequências. E se é responsabilidade do Estado a atenção a interesses básicos, então não é seu dever garantir, referindo-se ao teto, a satisfação de interesses frívolos ou despojados de qualquer conteúdo de necessidade ou urgência (2012, p. 192).

De um apoio simultâneo na visão de Fraser acerca da necessária imbricação entre políticas de reconhecimento e de redistribuição e na de Alegre relativa à prioridade das ações estatais voltadas a atender o piso das necessidades existenciais básicas, emerge, em nosso entendimento, um novo campo de legitimação democrática para uma atuação ativista do Poder Judiciário, especialmente quando há lacunas deixadas pela inércia dos ramos políticos do Estado. Neste sentido, temos a convicção da total legitimidade democrática de uma atuação judicial interventiva proibindo que se viole este mínimo ou ordenando que se adote medidas tendentes à satisfação, quando ações políticas de reconhecimento dependem de uma complementação material através de políticas de redistribuição, como forma de garantir a consolidação da posição sociojurídica reconhecida, pela satisfação de um piso existencial. Entendemos que

ativismos judiciais com este escopo são absolutamente legítimos. Se diferenças culturais ou comportamentais reclamam uma ação redistributiva associada, não temos qualquer dúvida que um ativismo judicial com tal escopo igualitário reforça a qualidade democrática não só das instituições de Estado, mas da própria sociedade.

Não há dúvida de que os ramos políticos dos poderes de Estado são os principais responsáveis pelos programas igualitários, especialmente por apoiarem sua legitimidade sobre a regra da maioria, e notadamente quando referidos a um teto existencial. A regra da maioria, no plano formal/procedimental, considerado como um método idealizado de tomada de decisões, é essencial à democracia, e assim sendo, seria um contrassenso democrático que minorias pudessem tomar decisões que viessem a afetar a maioria, e uma forma distinta de tomar decisões coletivas implicaria o reconhecimento de que certas pessoas ou grupos são merecedores de maior respeito ou que possuem uma maior dignidade. Mas no plano material/substancial a situação é um pouco distinta. Se no âmbito formal/procedimental uma tomada de decisões por minoria é uma violação do sentido igualitário desta regra, no plano material/substancial a negação de um direito a uma minoria, seja ele socioeconômico ou cultural/comportamental, também se constitui como uma violação ao princípio igualitário. Assim, tanto negar o acesso a uma pessoa a um mínimo de recursos fundamental para sua existência, quanto negar o reconhecimento de uma determinada condição diferencial de uma pessoa ou grupo, ou, ainda mais, negar as duas situações quando a consolidação de ambas somente se perfaz conjuntamente, são situações em que a maioria, impondo uma condição de indignidade, está violando o caráter igualitário da democracia. E deste modo, não constitui uma boa resposta normativa, frente a uma pessoa que não dispõe do mínimo necessário ou do reconhecimento de sua identidade para levar uma vida com um sentido de dignidade, dizer-lhe que deve respeitar a decisão majoritária que a comunidade, diretamente ou por representantes, tomou em seu desfavor.

A violação do sentido igualitário da regra da maioria e, por consequência, da própria democracia, levou à construção, no plano jurídico-constitucional, das concepções/funções contramajoritárias das Constituições contemporâneas, as quais traduzem, institucionalmente, o resultado das lutas pelo relaxamento dos limites impostos às minorias pelas maiorias. Os textos constitucionais de nosso tempo possuem uma verdadeira potencialidade terapêutica contra possíveis abusos de uma maioria constante reificada, seja no que toca às imposições de abstenções discriminatórias, seja em relação às determinações de realização de ações de afirmação da cidadania em seus mais variados aspectos.

No plano institucional de funcionamento dos poderes públicos, este constitucionalismo contramajoritário tem sido um dos principais, senão o principal funda-

mento de legitimação democrática dos ativismos judiciais que visem à afirmação de uma condição diferencial identitária ou transformação de uma condição de desigualdade socioeconômica negativa. Ora, se é aceita, sem maiores questionamentos quanto a sua legitimidade democrática, a atuação do Poder Judiciário para invalidar ou declarar a inconstitucionalidade de atos dos outros poderes públicos, que vulnerem demandas de minorias com base na diferença, porque razão devem ser considerados danosos à democracia os protagonismos judiciais que ordenem prestações ou reconheçam determinados *status* diferenciais de minorias, quando os ramos políticos do Estado que deveriam fazer tais ações simplesmente silenciam?

Algumas decisões importantíssimas da Suprema Corte brasileira adotam este viés simbiótico entre reconhecimento e redistribuição, entre afirmação e transformação. Neste sentido, emblemática e portadora de uma substancial filosofia da alteridade é a decisão na Ação Popular nº 3388, distribuída no ano de 2005, que decidiu pela demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol. A decisão dessa ação vem exatamente ao encontro de demandas históricas dos povos originários no sentido da reivindicação de territórios por eles ancestralmente ocupados. Esse julgado consagrou os dispositivos constitucionais constantes nos Arts. 231e 232 da CF/88 que determinam a tutela dos direitos originários dos indígenas sobre suas terras. Houve o reconhecimento da condição indígena da área demarcada, em sua totalidade, com a adoção de um modelo contínuo de demarcação, consolidando-se, assim, um regime constitucional de demarcação/redistribuição das terras indígenas, a partir da Constituição Federal como estatuto jurídico da causa indígena. Os argumentos da decisão são relevantes na medida em que consideram a demarcação das terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal e, também, reforçam a importância da demarcação como fator de inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

Mas, provavelmente, a decisão exarada na ADPF 186 (BRASIL, 2012) seja das mais simbólicas no que tange à associação de medidas de reconhecimento e redistribuição, quando se trata de materializar remédios judiciais em demandas por diferença. Ao julgar improcedente esta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o STF reconheceu a constitucionalidade dos atos que instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Entendeu o STF que o sistema de cotas não só não contraria, mas, ao contrário, prestigia o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, que se constitui numa possibilidade ao Estado de lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo

a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. Neste julgado, reconheceu a Corte que o modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. Nas razões de decidir dessa ADPF, fica demonstrada cabalmente a adoção, pelo STF, da ideia de diferença, materializada em um remédio judicial que, concomitantemente, reconhece e redistribui, afirma e transforma[6].

A título de encerramento, cabe destacar que uma característica importante que tem singularizado o ativismo judicial no Brasil, seja ele de reconhecimento/afirmação, seja de redistribuição/transformação, aplicados separados ou em conjunto, é a de que a sua atuação tem se dado dentro dos marcos constitucionais, utilizando-se, majoritariamente, dos remédios disponíveis no sistema de controle de constitucionalidade. Os conteúdos das decisões têm sido mais no sentido de invalidação de espécies normativas em decorrência de sua inconstitucionalidade, tanto por ação quanto por omissão (esta última em um número mais reduzido), ou então de confirmação de constitucionalidade. Em menor quantidade também há remédios que substancializam emissão de instruções gerais para definir políticas ou cursos de ação ao governo ou ao Congresso e um sistema de supervisão, tal como classificado por Abramovich (2009).

4 CONCLUSÃO

O silêncio e a leniência dos ramos políticos dos poderes públicos (legislativo e executivo) diante de uma estrutura normativa constitucional que positiva possibilidades de tutela a direitos baseados na diferença e legítimos meios para sua defesa, com a consequente não efetivação de tais direitos, têm levado a que diferentes atores e grupos sociais encontrem no Poder Judiciário uma boa opção para tentar obter reconhecimento e materialização desses direitos. Isso gerou uma tendência de atuação ativista por parte dos órgãos judiciais em vários países do mundo, conjuntura que não tem sido diferente no Brasil, notadamente após a promulgação da Carta da República de 1988. Esse protagonismo político judicial tem recebido sérias críticas, cujo cerne repousa sobre a ilegitimidade democrática dessa atuação, que constituiria uma invasão na seara de competência dos demais poderes.

6 A seguinte passagem da referida ADPF ilustra bem a ideia de diferença como reconhecimento e redistribuição, afirmação e transformação: "Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles (BRASIL, 2012).

Esse ativismo judicial para tutela da diferença tem construído um importante conjunto jurisprudencial em alguns assuntos que envolvem demandas de minorias, como direitos de homossexuais, indígenas, afrodescendentes, pessoas com deficiência etc., e os remédios judiciais têm propiciado reconhecimento/afirmação e redistribuição/transformação.

A partir da jurisprudência compilada na presente investigação é importante destacar a utilização, em boa parte delas, como fundamentos da decisão, não só da Constituição Federal ou da legislação infraconstitucional, mas também de documentos normativos do âmbito constitucional internacional.

Esse modelo de ativismo brasileiro, que, para alguns, sequer pode ser chamado de ativismo, em função de sua base material principiológica constitucional, está muito longe de ferir qualquer sistema democrático de separação de poderes. Ao contrário, pelos tipos de remédios que vem utilizando e pelos resultados socioeconômicos que vem gerando, elevando consideravelmente os avanços civilizatórios em nossa sociedade, encontra-se perfeitamente legitimado dentro dos marcos do nosso Estado Democrático de Direito constitucionalizado e dentro do movimento histórico emancipatório do constitucionalismo internacional e latino-americano.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH Victor. El rol de la justicia em la articulación de políticas y derechos sociales. In: **Revisión judicial de políticas sociales. Un estúdio de casos.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.

ALEGRE, Marcelo. Igualitarismo, Democracia y Activismo Judicial. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (Orgs.). **El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitário**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

ANDERSON, Elizabeth. What is the point of equality. **Ethics**. v. 109, n. 2, 1999, p. 287-337.

AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BERGALLO, Paola. Justicia y experimentalismo. La función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. In: **Seminario Latinoamericano de Teoria Constitucional y Política. Derecho y Pobreza (SELA)**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.277**. 2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=4277&numProcesso=4277. DJ 14 out. 2011. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26**. 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADO&documento=&s1=26&numProcesso=26. Julgada em Plenário em 13 jun. 2019. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 291**. 2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=291&numProcesso=291. DJ 11 mai. 2016. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.543**. 2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=5543&numProcesso=5543. Julgada em Plenário em 26 out. 2017. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.424**. 2014. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=4424&numProcesso=4424. DJ 01 ago. 2014. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 19**. 2014a. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADC&documento=&s1=19&numProcesso=19. DJ 29 abr. 2014. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186**. 2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=186&numProcesso=186. Julgada em Plenário em 26 abr. 2012. Acesso em: 22 nov. 2020.

COLÓN-RIOS, Joel; HEVIA, Martín. De la redistribuición ao reconocimiento. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (Orgs.). **El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitário**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

COPETTI SANTOS, André Leonardo; LUCAS, Douglas César. **A (In)Diferença no Direito. Minorias, Diversidade e Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019b. v. 1. 287p.

EPP, Charles. Law as an Instrument of Social Reforms. In: CALDEIRA, Gregory A. (Ed). **Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

FRASER, Nancy. **Justice Interrupts: critical reflections on the "Postsocialist" condition.** London: Routledge, 1997.

FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? Dilemmas on justice in a "post-socialist age. **New Left Review,** v. 68, 1995.

FRASER, Nancy. Feminist Politics in the age of recognition: a two-dimensional approach to gender justice. **Studies in Social Justice,** v. 23, n. 1, 2007, p. 23-35.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World. **Courting Social Justice: Judicial Enfor-**

cement Of Social and Economic Rights in the Developing World. New York: Cambridge University Press, 2008.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento**. A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

RAMOS, Eival da Silva. **Ativismo Judicial.** Parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César.; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. In: **Derechos Sociales**: justicia, política y economia en América Latina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2010.

SABEL, Charles; SIMON Willian H. Desestabilization rights: how public law litigation suceeds. **Harvard Law Review,** v. 117, n. 4, 2004, p. 1015-1101.

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

SMULOVITZ, Catalina. La política por otros médios. Judicialización y movilización legal em la Argentina. **Desarollo Económico, Revista de Ciencias Sociales**, 48, jan. 2010, p. 287-303.

TAYLOR, Charles. **Hegel**. Cambridge: Cambridge University Press, 1975.

TAYLOR, Charles. **El multiculturalismo y la política del reconocimiento**. México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 2001.

YOUNG, Iris Marion. **Justice and the politics of difference.** Princeton: Princeton University Press, 1990.