

A busca pela efetivação dos direitos fundamentais através da luta pelo reconhecimento individual no cenário do ativismo judicial

The search for the effectiveness of fundamental rights through the fight for individual recognition in the scenario of judicial activism

Orlando Moraes Neto¹

335

Resumo: O presente artigo procura externar as características passadas e atuais das sociedades estatais, bem como promover uma reflexão sobre a atual postura do cidadão, elemento individual, como protagonista dessa luta pelo devido reconhecimento.

Palavras-chave: sociedades estatais; cidadão; luta por reconhecimento.

Abstract: This article seeks to highlight the past and current characteristics of state societies, as well as promote reflection on the current stance of the citizen, an individual element, as the protagonist of this struggle for due recognition.

Keywords: state societies; citizen; due for recognition.

1 Introdução

Os direitos inerentes à pessoa humana não foram reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida dos homens em sociedade, por isto é de extrema importância, para entender seu significado atual compreender como eles foram observados em eras passadas para eliminar os erros e aperfeiçoar os acertos.

¹ Mestre em Direito pela Faculdade Damas e Doutorando pela UNICAP - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil. Orcid: <https://Orcid.org/0000-0003-0398-4757>. E-mail: orlandomoraismet@gmail.com

Recebido em: 04/09/2024
Aprovado em: 07/12/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



No texto que se apresenta procura-se, a partir da análise histórica dos direitos fundamentais, dissecar sua atual conjuntura social, no que tange à sua efetivação pelo Estado, como também externar o papel que o indivíduo ocupa na sociedade moderna.

Como bem se sabe, a mudança de paradigma acerca da atuação do Estado diante dos reflexos econômicos e sociais está levando os cidadãos, cada vez mais vitimizados pela inércia governamental na concretização de garantias fundamentais, à procura individual de soluções pontuais pelo Poder Judiciário.

2 Direitos fundamentais e sua evolução

Os indivíduos e os grupos sociais somente podem formar a sua identidade quando forem reconhecidos intersubjetivamente (Honneth, 1999).

Foi no cenário dominado pelo absolutismo estatal que a classe burguesa, então em ascensão, no intuito de alavancar e estabilizar sua pujança econômica, procurou, através da releitura do humanismo e fulcrado em ideais de liberdade, estabelecer limites à atuação monopolista do Estado.

“Para que a lógica do capitalismo funcionasse, sobretudo em seu período inicial, mercantilista, era preciso que um burguês de Amsterdã fosse concebido igual a um burguês de Lisboa” (Galuppo, 2003, p. 219).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão dispôs esse contraponto ao Estado absolutista, como também conferiu musculatura aos ideais dos direitos naturais do homem, com especial destaque conferido à liberdade, à participação política, às garantias processuais e à propriedade.

A declaração das Nações Unidas de 1948, que foi regulamentada pelos Pactos de 1966, determina, em nível universal, que não só os direitos eminentemente pessoais, mas os direitos sociais básicos são direitos humanos, isto porque estes estão na ordem natural das coisas e sem eles a personalidade do homem não possui a capacidade de se expandir se aprimorar e, assim, chegar a sua plenitude (Demarchi, 2023).

Tais garantias, chamadas de primeira geração e fincadas em ideias de liberdade, alocam o homem como o centro e destinatário de todo o direito.

Em contrapartida, vale mencionar que as garantias constitucionais de primeira geração somente podem ser desenvolvidas na sua plenitude se existirem condições materiais básicas.

De nada adiantaria, por exemplo, assegurar-se a liberdade de expressão se não é garantida a educação.

Dessa maneira, observou-se que os direitos constitucionais de primeira geração, limitadores do Poder Estatal, não seriam, por si só, suficientes para garantir uma vida calcada na dignidade da pessoa humana. Tal constatação evidenciou a relevância das garantias fundamentais de segunda geração – direito de crédito.

Em sentido oposto dos direitos fundamentais de primeira geração, para cujo exercício pleno exige-se, tão somente, que o Estado não adentre objetivamente (faceta negativa), os direitos sociais necessitam de uma intervenção estatal concreta, no sentido de implementar estas garantias constitucionais. Por estes motivos, são chamados de direitos de crédito, que denotam poderes de exigir prestações sociais estatais. Tais direitos fundamentais não estão destinados a garantir a liberdade frente ao Estado e a proteção contra o Estado, mas são prestações do indivíduo ou do grupo ante o Estado.

Tal verificação evolutiva externa a complementaridade entre os direitos de primeira e segunda dimensão, tendo em vista que estes últimos buscam elementos asseguradores do pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando quaisquer impedimentos.

São os chamados direitos econômicos, sociais e culturais que devem ser prestados pelo Estado através de políticas de justiça distributiva. Abrangem o direito à saúde, trabalho, educação, lazer, repouso, habitação, saneamento, greve, livre associação sindical, dentre outros.

Observa-se que os direitos fundamentais de segunda geração necessitam de uma conduta estatal intensa, mediante atuação positiva, vale mencionar, sempre onerosa, o que, efetivamente na prática, principalmente no cenário nacional, está longe de ser concretizado.

Neste aspecto, necessário se faz entender que a escassez de recursos (reserva do possível) não pode ser utilizada como obstáculo intransponível para a concretização dos direitos constitucionais sociais mínimos, posto que, se assim o fosse, estas garantias fundamentais tornar-se-iam simples esperanças insatisfeitas.

Ou seja, a reserva do possível não pode transformar as garantias sociais em promessa constitucional inconsequente, não devendo, igualmente, ser clamada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Posteriormente, num cenário mundial mergulhado em constante desenvolvimento tecnológico e científico surgem os direitos fundamentais de terceira geração, também chamados de direitos transindividuais. Tais garantias voltam-se para problemas ligados, por exemplo, às relações econômico-sociais e ao meio ambiente.

O ser humano, como parte de uma coletividade, é titular de direitos que envolvem a solidariedade e a fraternidade, isto é, que vão além dos interesses do indivíduo por se relacionarem diretamente com a proteção do gênero humano. São direitos contendo alto teor de humanismo e universalidade.

O conceito de direitos humanos não é dotado por aquilo que o historiador brasileiro José d'Assunção Barros denominou “alto potencial generalizador diacrônico”. Esta característica refere-se à elevada capacidade que alguns conceitos têm de serem estendidos a situações históricas diferenciadas que se sucederam no tempo (Silva, 2023)

São considerados direitos coletivos por excelência pois estão voltados à humanidade como um todo. Têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, em um momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Incluem-se aqui o direito ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, ao meio-ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade, à informação, ao pluralismo, à democracia direta, etc.

Por fim, ainda que se fale em gerações, cabe deixar claro que não existe nenhuma hierarquia ou sucessão entre os direitos fundamentais, devendo ser tratados como valores interdependentes e indivisíveis. Além do mais, a evolução desses direitos não seguiu a ordem cronológica liberdade, igualdade, fraternidade em todos os lugares ou situações históricas, ou seja, nem sempre foram reconhecidos os direitos de primeira geração para somente depois serem reconhecidos os de segunda e terceira. Dessa forma, a doutrina mais moderna vem defendendo a ideia de acumulação de direitos, preferindo, assim, a utilização do termo dimensões de direitos fundamentais

3 A luta por reconhecimento diante da mutação da sociedade e o papel isolado do indivíduo diante da política de desrespeito estatal

A evolução gradativa de tais direitos no decorrer da história da sociedade implicou também numa mutação constante da figura do Estado, no sentido de permitir que este instituto

pudesse salvaguardar efetivamente estes anseios traduzidos em Garantias Fundamentais formalizadas na Carta Magna.

De toda sorte, importante destacar a influência do tempo aliado aos pleitos da sociedade na construção efetiva do Estado, no que tange à política governamental de concretização de garantias constitucionais essenciais.

No atual estágio de inércia estatal, no que se refere às garantias constitucionais mínimas legais, é que ressurge a teoria do reconhecimento de Axel Honneth como meio possível para a efetivação dos ditos direitos.

Foi a partir da obra de G. W. F. Hegel, em sua *Fenomenologia do Espírito*, que o conceito de reconhecimento ganhou característica filosófica. O viés filosófico de reconhecimento não se relaciona, tão somente, a identificação cognitiva de uma pessoa, mas a atribuição de um valor positivo a essa pessoa, algo ligado ao respeito.

A reformulação contemporânea de uma teoria do reconhecimento nasce a partir de duas obras: “The Politics of Recognition”, de Charles Taylor e “Luta por Reconhecimento, de Axel Honneth.

Para Taylor,

[...] nossa identidade é em parte formada pelo reconhecimento ou pela falta dele, e muitas vezes pelo reconhecimento errôneo por parte dos outros, e assim uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer um dano real, uma distorção real, se as pessoas ou a sociedade em torno lhe espelharem em retorno uma imagem limitada, aviltante ou desprezível dela própria. Por isso, o devido reconhecimento não é apenas uma cortesia que nós devemos às pessoas. É uma necessidade humana vital (Taylor, 2009, p. 25).

Diferente de Taylor, Honneth não aplica simplesmente um conceito acabado de reconhecimento aos fenômenos políticos, mas procura demonstrar, arrimado nos ensinamentos de Hegel, que é a luta por reconhecimento que constitui a gramática moral dos conflitos sociais.

Para o renomado teórico alemão, é através de uma luta por reconhecimento intersubjetivo e não por auto-conservação que os indivíduos e grupos sociais são inseridos na sociedade atual.

A experiência do desrespeito é a fonte emotiva e cognitiva de resistência sociais e de levantes coletivos. Dessa forma, deve-se entender a luta social como “[...] o processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento” (Honneth, 2009, P. 257).

As três formas de reconhecimento (tipologia progressiva) são as seguintes: o amor, o direito e a solidariedade. A luta por reconhecimento sempre inicia pela experiência do desrespeito dessas formas de reconhecimento. A auto-realização do indivíduo somente é alcançada quando há, na experiência de amor, a possibilidade de autoconfiança, na experiência de direito, o auto-respeito e, na experiência de solidariedade, a autoestima.

A esses três padrões de reconhecimento intersubjetivo correspondem a três formas de desrespeito, qual sejam, a violação, a privação de direitos e a degradação, respectivamente. É em resistência a essas maneiras de desrespeito que se iniciam os conflitos sociais, tendo por resultado a sua superação paulatina.

O amor é uma forma mais elementar de reconhecimento e, por meio dele, o indivíduo desenvolve uma confiança em si mesmo, indispensável para seus projetos de auto-realização pessoal. Para Honneth, o amor somente surge quando a criança reconhece o outro como uma pessoa independente, ou seja, quando não está mais num estado simbiótico com a mãe (dedicação emotiva).

Como dito alhures, no amor, esse reconhecimento surge, porque há a dedicação emotiva da mãe, mesmo estando distante da criança. No direito, porque existe o respeito. Em ambos, todavia, independente da diferença do modo como o reconhecimento se externa, é necessário a verificação da autonomia do outro.

A solidariedade remete à aceitação recíproca das qualidades individuais, julgadas a partir dos princípios fincados na sociedade. Através dessa esfera, constrói-se a autoestima, ou seja, uma confiança nas realizações pessoais e na posse de capacidades reconhecidas pelos membros da sociedade.

Em suma, quando não existe um reconhecimento ou quando esse é falso, ocorre uma luta em que os indivíduos não reconhecidos almejam as relações intersubjetivas do reconhecimento. Toda luta por reconhecimento surge através da experiência de desrespeito.

Consoante externado alhures, o desrespeito, no caso concreto de nossa atual sociedade, é gerado por meio da falta de conduta ativa por parte do Estado – Sociedade de Risco, no que tange à efetivação concreta de direitos sociais mínimos corporificados em sua própria legislação maior.

É exatamente sobre esta lacuna ocasionada pela presente postura de inércia do Estado e pela total impossibilidade de identificação de uma categoria social estável susceptível de representação que procuramos desdobrar a luta pelo reconhecimento de Honneth através do viés individual do ativismo judicial.

Por exemplo, a demanda judicial, por casos que transbordam a pauta dos movimentos sociais, por serem mais individuais que coletivos, e que, de uma forma ou de outra, ainda não se encontram positivados, serve como instrumento de concretização do reconhecimento?

Como bem sabemos, no século XX, surge o Estado-providência, figura esta que, mergulhada nos ditames jurídicos da filosofia das primeira e segunda dimensões dos direitos fundamentais, busca garantir políticas governamentais ligadas ao bem-estar geral, à liberdade e à igualdade. Procura-se controlar os mais relevantes riscos sociais através da aplicação de regras de conduta calcadas em generalizada segurança jurídica pró-futuro. Para tanto, surgem as Constituições sociais que adotam esta concepção protetiva dos indivíduos.

O Estado Social externava-se sob a forma de um Estado de prestações, uma enorme máquina de redistribuir os rendimentos com vista a uma progressiva igualização, tudo isso calcado em ditames de solidariedade e visando sempre a felicidade social.

Interessante destacar que, a tarefa do Estado não se limita a ser redistribuidor de renda, com fins de assegurar a felicidade social. Deve ativamente conduzir nessa mudança social, intervindo, de fato, em todas as frentes em que um impulso se revele necessário.

Entretanto, o contexto econômico e social moderno contribui sobremaneira para o declínio desta sociedade assistencial e surgimento da sociedade de risco, estágio este que simbolizou o regresso em força do mercado e uma reprivatização das relações sociais.

A atual sociedade encontra-se pautada na insegurança, na holística do medo e do princípio da precaução. Os riscos hoje são imprevisíveis e irreversíveis. A ameaça já não é mais só da natureza; ela vem dos próprios homens: riscos ambientais, alimentares, tecnológicos, sanitários, etc.

O regresso do medo coloca em pauta de urgência questionamentos acerca de segurança, como também passa-se a analisar como elemento secundário aspetos futuros ligados à solidariedade.

Os indivíduos encontram-se expostos aos ditames sem controle do mercado, como se a desinstitucionalização das proteções sociais externasse a regressão ao estado de natureza econômico. Existe, de fato, um novo isolamento dos indivíduos que cada vez menos encontram na mediação de agentes coletivos, como os sindicatos, os órgãos naturais susceptíveis de os representarem (OST, 1999, p. 340).

Nesse cenário, torna-se impossível identificar uma categoria social estável susceptível de representação e de proteção abstrata e geral pela via do direito.

É justamente nesse momento que aparece figura da vítima, cidadão este isolado pelos golpes do destino que o vão atingindo, e que reclama justiça, à falta de poder aspirar ainda a um direito: “quando a justiça distributiva declina, fica a justiça comutativa” (OST, 1999, p. 341).

Diante do sentimento de total insegurança acerca da concretização futura dos seus direitos fundamentais, vale mencionar, calcados formalmente na Carta Magna, ao indivíduo somente sobra a busca pelo Poder Judiciário como solução instantânea na satisfação da inércia estatal.

A queixa (em justiça) substitui então a reivindicação (política) com o risco de transformar a instância judicial em recurso ilusório contra todos os males sociais (OST, 1999, p. 341).

Consoante à expressiva lição de Luís Roberto Barroso, a ideia do ativismo judicial está associada a uma atuação mais intensa do Poder judiciário, na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos dois poderes. O ativismo judicial é caracterizado: a) pela aplicação direta da Carta Magna a situações não expressamente contempladas em seu texto, e independentemente da manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas e abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de políticas públicas. (Barroso, 2009, p. 75).

Elival da Silva Ramos destaca que a singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional está, pois, diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito; o caráter nomogenético de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio, o que amplia sua incidência a outros quadrantes do ordenamento, porém, torna menos intensa sua capacidade regulatória direta; a fluidez e a decorrente imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais, que dizem respeito a aspectos básicos da organização estatal e de seu relacionamento com a sociedade civil; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição, quer por lhes incumbir, a título

exclusivo, o controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (sistema europeu), quer por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense). (Ramos, 2008, p.144-145.)

Nesse contexto histórico, ocorre uma alteração de paradigma, tendo em vista que a vítima substitui a sociedade civil e o juiz passa a figurar como o político. Tal alteração, sem programar qualquer perspectiva de futuro solidário, remenda, em cada situação posta, as disfunções do passado.

Tal posicionamento compensatório distante de garantir futuramente o reconhecimento de direitos fundamentais universais tem, ao contrário, como consequência conectar as transferências sociais à ocorrências cada vez mais individualizadas e necessariamente ligadas com fatos pretéritos cujos danos importa ressarcir. Longe de criar um amanhã solidário, esta alteração de paradigma, tão somente, detém o condão de remendar, caso a caso, os erros do passado.

A queda do Estado-providência e o crescimento da sociedade de risco aliada à generalização dos tempos real e efêmero, além de atingir o conceito de progresso, nebulou o futuro como forma de promessa. É o presente que concentra toda a carga de expectativa habitualmente dirigida sobre o futuro, e é “urgência” que a ação é chamada a operar-se.

Como dissemos, no atual modelo de sociedade, as grandes mobilizações sociais são substituídas pelas lutas individuais e os densos debates ideológicos dão lugar a uma gama imensa de clivagens superficiais.

A urgência, apoiando-se no estado de necessidade e aproveitando o movimento permanente do ordenamento jurídico, impõe-se como tempo normal, transformando-se, assim, numa exceção generalizada, de onde parecem ausentes as noções de adquirido e de revogabilidade.

Como bem se sabe, é elemento da urgência fazer prevalecer o fato sobre o direito, garantindo o retorno do real sobre o formalismo dos textos e instalando-se no centro das relações mantidas pelo direito com a realidade social. Ao fazer isso, é uma forma de raciocínio pragmático e utilitarista que prevalece sobre o respeito pelas normas e a ligação às formas, como se o fim, presumido bom, justificasse necessariamente os meios (OST, 1999, p. 362).

Do que fora externado, sem, contudo, deixar de enaltecer e de reconhecer a necessidade das medidas excepcionais, importante deixar registrado que o aspecto “urgência”, atualmente utilizado em larga escala, afeta a liberdade, atinge a ordem constitucional, como também obsta a construção de um futuro.

A política recente de estancar momentaneamente os problemas do cotidiano sem projetar uma promessa concreta de acabar com suas dificuldades, abusando assim de “expedientes hábeis”, está levando nossa sociedade a um estado de incerteza e de insegurança jurídicas. Calçado nos mandamentos da urgência e no enfraquecimento da sociedade de cunho social e protetivo, brota no Estado o fenômeno da desinstituição, onde opera a ausência de regras e de instituições estáveis, bem como a existência de um individualismo generalizado.

A busca constante e urgente por uma solução judicial, no que tange à concretização de pleitos fundamentais sociais, externa uma realidade eivada de ausências de promessas de futuro.

O indivíduo, ausente de inserção num grupo social específico capaz de defender suas demandas sociais, ao se deparar com a realidade de inércia estatal e sofrendo de constante “desrespeito”, se vê obrigado a recorrer ao Judiciário como forma de alentar o descaso que sofre numa atual sociedade de risco.

4 Considerações finais

Como dito alhures, o Estado-providência, imensa máquina protetora calcada em mandamentos de solidariedade e de felicidade social, diante do atual contexto econômico e social, deu lugar a uma sociedade em que a figura do Estado não consegue mais efetivar, por si só, a gama de direitos fundamentais garantidos pela sua própria legislação.

Neste cenário de vulnerabilidade, aos cidadãos, vítimas, agora isoladas, do constante desrespeito ocasionado pela postura inerte do Estado, somente resta a busca pelo Poder Judiciário como solução instantânea.

Esta política de compensação através da via judicial causa uma falsa ilusão de resolução da falta de concretização de direitos fundamentais, porém, ao contrário, detém o condão de calcar uma sociedade cada vez mais distante de premissas futuras ligadas à solidariedade.

Anseios externados por justificativas de urgência generaliza situações de excepcionalidade e detonam elementos adquiridos, fazendo prevalecer o fato sobre o direito.

A busca por reconhecimento, diante da política de desrespeito do Estado atual em face dos direitos fundamentais mais básicos, toma um viés individual calcado na premissa de “cada um por si”.

As lutas de grupos ligado por uma ideologia comum esvaziou-se na presente sociedade de risco e o cidadão, cada vez mais isolado e frágil, procura o único caminho efetivo e imediato para salvaguardar seus pleitos sociais, qual seja, o Judiciário.

O tempo aliado às exigências de mercado desvirtuou a figura solidária do Estado-providência somente restando ao indivíduo, carente das benesses sociais fundamentais, buscar, neste palco de isolamento e de desrespeito, medidas paliativas e imediatas através de um ativismo judicial.

Referências

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que chegamos. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, ano 4, n. 13 p. 71-91 jan./mar. 2009.

DEMARCHI, Clovis. Direitos humanos e Direitos da personalidade em tempos de COVID 19 no contexto brasileiro. **Duc In Altum-Cadernos de Direito**, Recife, v. 15, n. 37, 2023.

OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

RAMOS, Elival da Silva, **Ativismo judicial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

SILVA, Anderson Santos da. **Tradição de Direitos Humanos no Terceiro Mundo? Uma crítica da crítica**. **Duc In Altum-Cadernos de Direito**, v. 15, n. 37, 2023.

TAYLOR, Charles. **The Politics of Recognition**. [S. l.]: Amy Gutmann. 2009.