

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS
CECH – CENTRO DE EDUCAÇÃO E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA

O Sistema Judiciário brasileiro e o reconhecimento de
identidades sociais

Rodrigo Umbelino da Silva

Orientador: Prof^a Dra. Maria do Socorro Sousa Braga

São Carlos

2011

Rodrigo Umbelino da Silva

**“O Sistema Judiciário brasileiro e o reconhecimento de
identidades sociais”**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de São Carlos, como parte dos requisitos exigidos para a obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Orientador: Prof^a Dra. Maria do Socorro Sousa Braga

**Ficha catalográfica elaborada pelo DePT da
Biblioteca Comunitária da UFSCar**

S586sj

Silva, Rodrigo Umbelino da.

O Sistema judiciário brasileiro e o reconhecimento de identidades sociais / Rodrigo Umbelino da Silva. -- São Carlos : UFSCar, 2011.

127 f.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal de São Carlos, 2011.

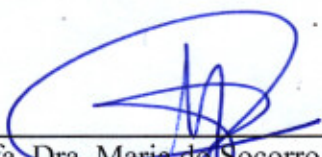
1. Ciência política. 2. Poder judiciário. 3. Brasil - ministério público. 4. Reconhecimento social. 5. Identidade. 6. Direito.
I. Título.

CDD: 320 (20^a)

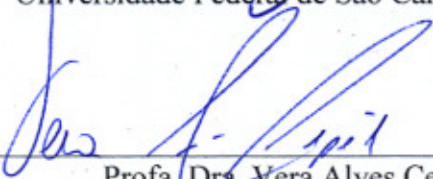


PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA
BANCA EXAMINADORA DA DISSERTAÇÃO DE MESTRADO DE
Rodrigo Umbelino da Silva.


22/08/2011



Prof. Dra. Maria do Socorro Sousa Braga.
Universidade Federal de São Carlos/UFSCar



Prof. Dra. Vera Alves Cepêda
Universidade Federal de São Carlos/UFSCar



Prof. Dra. Carla Gandini Giani Martelli.
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho/Unesp

Submetida à defesa em sessão pública
Realizada às 10h30 no dia 22/08/2011.

Banca Examinadora:
Prof. Dra. Maria do Socorro Sousa Braga.
Prof. Dra. Vera Alves Cepêda.
Prof. Dra. Carla Gandini Giani Martelli.

Homologado na CPG-PPGPOL na
20ª Reunião no dia 28/09/2011

Prof. Dr. Eduardo Garuti Noronha
Coordenador do PPGPOL

RESUMO

Este presente trabalho tem por intuito analisar o Poder Judiciário e o processo de construção das identidades sociais no Brasil após a Constituição de 1988.

A pesquisa tem como pressuposto que após o processo de redemocratização, o Estado brasileiro vivenciou um novo constitucionalismo, fomentando novo momento para busca efetiva das garantias constitucionais, configurando o que será denominado de judicialização da política, nesse entremeio a participação do Poder Judiciário, do Ministério Público e da sociedade civil pela ação dos Movimentos Sociais, conduzirá para uma busca incessante do reconhecimento e conseqüentemente para construção das identidades sociais.

Entender a relação direito e política, faz parte desse arranjo teórico, sendo orientada pelo debate contemporâneo dos fenômenos da judicialização e ativismo judicial.

A lógica de qualquer pesquisa que configure a análise conceitual e empírica das transformações sociais, orientadas pela ação daqueles que estruturam o Estado, está no entendimento que tudo que será construído terá como base um verdadeiro estado democrático de direito, orientando grosso modo a efetiva organização daquela sociedade que se quer pesquisar.

Palavras chaves: *Poder Judiciário, Ministério Público, Judicialização da Política, Ativismo Judicial, Reconhecimento, Identidade, Movimento Negro.*

ABSTRACT

This present work is meant to examine the judiciary and the process of construction of social identities in Brazil after the 1988 Constitution.

The search is assumed that after the process of democratization, the Brazilian state has experienced a new constitutionalism, encouraging new time to seek effective constitutional guarantees, setting up what will be called judicialization of politics in this inset the participation of the Judiciary, the Ministry public and civil society by the action of social movements, lead to a relentless pursuit of recognition and therefore construction of social identities.

Understanding the relationship between law and politics, theoretical part of this arrangement, being guided by the phenomena of the contemporary debate legalization and judicial activism.

The logic of any research that set the conceptual and empirical analysis of social transformations, guided by the action of those that structure the State, is the understanding that everything will be built will be based on a true democratic state of law, directing roughly the effective organization that society we want to search.

Key-words: the judiciary, prosecution, Legalization of Politics, Judicial Activism, Recognition, Identity, Black Movement.

AGRADECIMENTOS

Todos sabemos o quanto é difícil e ao mesmo tempo gratificante escrever um texto de pós graduação, pois para muitos o universo acadêmico é algo muito distante, podendo até de certa forma torna-se algo impossível.

Mas como o passar dos tempos as dificuldades que antes se apresentavam como algo negativo, começam a ceder espaço para algo concreto e motivador, começamos a entender que com dedicação e ajuda todos temos plenas condições de entrar e navegar em mares muitos antes inavegáveis.

A principio tenho que agradecer logo nos primeiros contato dentro do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Ufscar a figura do professor Fabiano Engelman, que em diversas reuniões me mostrou o real caminho da pesquisa, me ajudando a tornar real , aquilo que antes ainda estava no imaginário acadêmico de qualquer estudante, com sua contribuição , tive acesso a uma gama de autores dentro da temática proposta do projeto de pesquisa, posso afirmar com todas as letras sem a sua ajuda não teria conseguido iniciar esse trabalho.

No decorrer do desenvolvimento da pesquisa tive contatos com diversos professores do Programa, acredito que todos, sem sobra de dúvida me ajudaram, mas não posso deixar de agradecer aos professores Thales Haddad e a professora Vera Cêpeda

Ao professor Thales pelas dicas nas aulas de Seminário de projeto e a professora Vera pela sua contribuição na banca de qualificação e posterior banca defesa da dissertação.

Muitas coisas mudam com o passar do tempo, e não seria diferente no meu caso , meu orientador foi para outra Universidade , e com o prazo para defesa estava quase no final , fui encaminhado para orientação da professora Socorro . Se existe um exemplo de dedicação e profissionalismo na área acadêmica , esse exemplo é a professora Maria do Socorro, sem a sua participação não teria tempo hábil de finalizar esse texto.

Professora Socorro agradeço de coração toda sua contribuição acadêmica, posso dizer que foi um orgulho ter sido aluno.

No conjunto das impossibilidades a vida continua e ao mesmo o cotidiano no que tange as responsabilidades dificultam um pouco a construção do projeto inicial, no entanto quando temos pessoas que acreditam em outras , tudo tende a tornar-se mais fácil , assim sendo, agradeço também o Sr Jose Jorge e Sra Regina pela paciência e liberdade pela ausências do trabalho que tive para cursar as disciplinas da pós-graduação.

Aos amigos, agradeço a todos sem exceção.

A minha família, minha mãe Izilda, meus irmãos Adriana, Adriano e Marcio, meus queridos sobrinhos Michel e Sara, laços inseparáveis.

A Deus, pela existência.

SUMÁRIO

Introdução.....	7
CAPITULO PRIMEIRO: A normatividade jurídica e a compreensão dos fenômenos sócio-políticos das sociedades contemporâneas.	
1.1. Introdução.....	13
1.2. O direito e a política: aspectos iniciais para seu entendimento.....	14
1.2. A construção de um modelo de justiça igualitária.....	23
1.3. Abordagens de uma teoria crítica para construção das identidades: o que se entende por reconhecimento.....	39
1.4. Aspectos conceituais da judicialização da política.....	47
CAPITULO SEGUNDO: A sociedade brasileira como objeto de estudo: a relação entre os órgãos normativos da justiça e a sua inserção nos paradigmas sociais.	
2.1. Introdução.....	61
2.1.O Ministério Público e a judicialização da política após a redemocratização no Brasil.....	63
2.2. O processo de construção da judicialização da política no Brasil	
2.2.1.As primeiras análises conceituais desse processo.....	75
2.2.2. A judicialização da política no Brasil.....	84
CAPITULO TERCEIRO: Os procedimentos de reconhecimento das identidades sociais no Brasil.	
3.1. Introdução.....	94
3.2. A construção das identidades sociais: um pequeno debate sobre a participação do movimento negro nesse contexto.....	96
3.3. Aportes do legislativo frente às demandas sociais: O Estatuto da Igualdade Racial.....	108
3.4. Aplicabilidade das políticas de cotas dentro do contexto da construção das identidades sociais.....	111
Considerações Finais.....	121
Referências bibliográficas.....	123

LISTA DE TABELAS E GRÁFICOS

1. TABELA 1: DISTRIBUIÇÃO ANUAL DE ADINS(1988-1998).....	87
2. TABELA 2: DISTRIBUIÇÃO ANUAL DE ADINS POR AUTORES(1988 – 1998).....	88
3. GRÁFICO 1 – ADINS - CATEGORIA FEDERAL – NORMAS CONTESTADAS.....	90
4. FLUXOGRAMA DAS DEMANDAS PARA O MINISTERIO PÚBLICO.....	74

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por intuito analisar o poder judiciário brasileiro e o processo de construção das identidades sociais no Brasil após a Constituição de 1988. A pesquisa tem como pressuposto que após o processo de redemocratização viu-se no Brasil uma construção de um ideal de participação política do sujeito por meio de organizações sociais, vinculadas a movimentos sociais, provocando de certa forma o poder judiciário brasileiro a dar respostas aos seus questionamentos por meio de garantias constitucionais do cidadão como uma abertura e conseqüente acesso a justiça .

Por outro lado, quando se fala em análise do poder judiciário, mas precisamente sobre o fenômeno amplamente discutido da judicialização da política faz-se necessário o entendimento da relação direito e política, ou seja, tentar identificar também se os mecanismos da politização da justiça brasileira influenciaram e corroboram na construção das identidades sociais.

A Constituição de 1988, de forma clara e objetiva, determina que o Ministério Público (MP) deixe de ser um braço do Executivo, para buscar a construção e valorização das garantias coletivas das questões que estejam ligadas direta ou indiretamente a sociedade brasileira como: meio ambiente, habitação, educação e etc. Agindo por meio de instrumentos processuais como Ação Civil Pública e Ação Direta de Inconstitucionalidade. Assim, o MP, passaria a configurar como figura determinante para a construção dessas categorias de análise, visto que os anseios dos grupos coletivos para conquista das garantias. Ora suprimidos em determinados períodos da história brasileira, conseguem obter terreno favorável, associado à crescente lógica da construção do processo democrático brasileiro.

Com intuito de descrever todo esse processo, direcionei esta pesquisa para a revisão de alguns trabalhos cujo objeto encaminha para a lógica da redemocratização nesses mais de vinte anos da carta constitucional, fazendo a leitura de autores que buscam identificar nessa nova conjuntura um sistema judicial aparentemente forte institucionalmente e também oferecedor de

garantias e anseios a determinados grupos sociais antes imêmorens na sociedade brasileira.

Como o problema incidiu também sobre a judicialização da política e abertamente sobre as relações sociais, procurei construir uma ponte interpretativa entre a construção do fenômeno da judicialização, abordando seus aspectos teóricos e modelos utilizados internacionalmente, associando a forma que essa judicialização aplicou-se no Brasil, e também como as questões sociais se inter relacionam como objetivo único desse processo, que já de antemão, contribuiu para participação ativa dos movimentos sociais.

Para desenvolver qualquer pesquisa acadêmica a principio é preciso ter uma curiosidade sobre o problema a ser pesquisado, atrelando a esse processo inicial a uma lógica objetiva para o tema e qual o grau de relevância e colaboração para o meio acadêmico que tal trabalho poderá ter. Embora nem todas as pesquisas científicas sigam um caráter de construção de algo novo, mas em determinadas situações suas respostas apresentam-se como releitura e associado a um novo prisma para determinado bloco bibliográfico que dá sustentação ao tema pesquisado.

Mynaio (1993, p.23) vendo por um prisma mais filosófico, considera a pesquisa como “atividade básica das ciências na sua indagação e descoberta da realidade. É uma atitude e uma prática teórica de constante busca que define um processo intrinsecamente inacabado e permanente”.

A idéia central da pesquisa é entender o processo de construção das identidades sociais a partir das ações individuais e coletivas frente às novas demandas interpostas no ambiente do Poder Judiciário. Assim também, identificar o papel do Estado, no que diz respeito às políticas públicas e o seu nível de contribuição para o que será a busca pelo “reconhecimento” das identidades sociais e nível de compreensão das diferenças abrangidas pela lógica do valorização do sujeito.

No conjunto entender o funcionamento das instituições jurídicas seria mais determinante, mas não elucidaria o entendimento de todo o processo que os

fazem pensar as garantias dos grupos sociais, que direcionam suas incertezas ao corpo jurídico. Assim, a sociedade em determinados momentos direciona os seus questionamentos ao Poder Judiciário, onde estes como responsáveis por uma interpretação do texto constitucional corroboraria para a construção de garantias e objetivos reais, direcionando para construção de um igualitarismo dos direitos, e também dos acessos a justiça pela via democrática.

No desenvolvimento do trabalho, foi possível verificar que um dos temas em destaque nas pesquisas em ciência política é o direito, tanto para uma vertente mais normativa como para a construção de um objeto ligado as raízes institucionais (visto o modelo de constitucionalismo brasileiro) como também em determinadas situações a sua ligação com as teorias políticas contemporâneas mas precisamente com a idéia do reconhecimento, tema esse, com grande inserção dentro do universo acadêmico da ciência política nas últimas duas décadas (1988-2008), e que no entender desse campo de análise é possível construir a relação: instituição jurídicas e movimentos sociais, como forma de buscar os aspectos conceituais da teoria da justiça como pressuposto para o entendimento da construção de uma teoria de justiça distributiva que estará associada ao ativismo judicial de determinados membros do poder judiciário.

Para melhor entender essa lógica relacional entre *direito e política* pelo foco da normatização dos operadores do direito, as pesquisas realizadas por Luiz Wernerck Viana e Rogério Bastos Arantes somado a outros que buscam discutir temas relacionados à teoria da causalidade acumulativa de Gunnar Myrdal, da teoria da justiça de John Rawls e sobre as teorias do reconhecimento de Axel Honneth e Charles Taylor e contradições interpostas por Nancy Fraser, dentre outros autores foram cruciais no desenvolvimento dessa pesquisa.

Em um ambiente nacional, Viana (2002) e Arantes (1997) apresentam de forma distintas visões sobre esse fenômeno. De um lado, Viana aponta o Poder Judiciário como fonte matriz desse processo, e de outro lado, Arantes, indica o Ministério Público como o ator definidor. E ambos analisam a participação

dessas instituições e de seus atores antes e depois da redemocratização brasileira.

Para ampliar e facilitar o entendimento da construção dessas identidades sociais, pela via institucional, tendo como referente um Poder da República, não basta apenas analisar a instituição em si, mas a base de construção do que é verdadeiramente justiça, e forma associativa dos indivíduos quando estes pensam em obter garantias, e serem reconhecidos pelo grupo social e pelo próprio Estado. Isto posto, essas análises contribuíram para a tentativa de elucidar a questão principal da pesquisa: de que forma as instituições jurídicas trabalham a construção e o reconhecimento das identidades sociais?.

Embora o tema fale em identidades, não podemos pensar em algo individual, mas uma lógica coletiva de valorização das identidades do indivíduo a qual esta submetida às contradições vigentes da sociedade brasileira.

A análise que fomenta esse trabalho é sem dúvida o processo de redemocratização brasileira, mas precisamente após a promulgação da carta constitucional de 1988, onde se vê que sem os avanços a ela atribuídos algumas questões como: ativismo judicial, participação política dos movimentos sociais, acesso a justiça dentre outros jamais poderiam ser objeto de estudo, sendo o recorte temporal de análise, portanto, o período de 1988 até os dias atuais, onde através da revisão da literatura apoiada em pesquisas já desenvolvidas ou mesmo em andamento sobre a judicialização da política e as formas de ativismo judicial do Poder Judiciário, ações do Ministério Público, organização e funcionamento dos movimentos sociais em específico o movimento negro, e as políticas públicas relacionadas ao tema, cada um com sua particularidade e participação no contexto sócio-político brasileiro, darão base para elucidar uma lacuna que ao meu ver ainda existe dentro da ciência política.

Para encaminhar este trabalho, esta dissertação foi estruturada de forma a abordar grande parte da literatura que discute a lógica da judicialização da política e em alguns casos a politização da justiça, juntando a esse bloco a

construção teórica sobre o mesmo tema agora analisado as obras de pesquisadores brasileiros.

Essa discussão, realizada no primeiro capítulo, será ampliada com teóricos que lançam luz sobre o debate da relação direito e política os quais, por sua vez, foram às referências dos estudiosos no Brasil. Esse capítulo ainda busca a compreensão normativa e a participação mais efetiva do Ministério Público e do Poder Judiciário na construção da judicialização da política no Brasil, observando-se situações negativas e positivas, entraves, posições e definições da tutela das garantias constitucionais.

No segundo capítulo serão apresentadas as formas que as instituições jurídicas se manifestam quando da utilização de mecanismos jurídicos procedimentais para garantia dos direitos difusos e coletivos como a ação civil pública e as ações direta de inconstitucionalidade(ADI) em suas diversas instâncias jurídicas.

O terceiro capítulo terá como foco a análise dos procedimentos jurídicos que estão relacionados à construção e valorização das identidades sociais, tendo como elemento a discussão do Estatuto da Igualdade Racial e temas relacionados o reconhecimento jurídico e construção das identidades sociais. Sendo também analisado a audiência pública sobre os programas de ações afirmativas no Supremo Tribunal Federal.

Estatuto da Igualdade Racial nasceu de um projeto de lei que surgiu dentro do corpo legislativo¹, mas precisamente no Senado Federal, ficando aproximadamente dez anos para ser apreciado e votado pelo Congresso Nacional, gerou bastante repercussão entre diversos setores da sociedade civil, mas precisamente pelo movimento negro, pois trata-se de um projeto que tentaria por força de lei diminuir os diversos problemas característicos da população negra brasileira. Como o projeto trata de questões de cotas e reservas de vagas, em concursos públicos e em Universidades, coube uma ampla discussão no próprio Congresso Nacional, e também no Supremo

¹ Tornou-se lei em 20/07/2010 sobre o número Lei 12.288/2010. ver http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm

Tribunal Federal, sendo convocada uma audiência pública para discutir a questão das cotas raciais em algumas das Universidades Federais Brasileiras, sob a luz da Constituição, evidenciado, mas um caso de ativismo judicial por parte do Poder Judiciário , visto o legislativo não deliberar sobre esse assunto.

Pretende-se nesse terceiro capítulo demonstrar que a lógica da judicialização é mais aparente do que imaginamos e de que forma podemos identificar do ponto de vista do Judiciário a construção das identidades sociais. Em última instância o Poder Judiciário foi acionado visando respaldar os diversos grupos sociais prós e contras a esses projetos de lei que daria sustentação a formulação políticas públicas desse gênero.

Portanto, a pesquisa tem como finalidade demonstrar que sem a participação do Poder Judiciário, não poderíamos abrir se quer uma discussão sobre a construção das identidades sociais. Pensando esse processo de construção das identidades pela fase do reconhecimento dos direitos dos grupos marginalizados, tanto pela sua caracterização racial ou de gênero , objetivando demonstrar que quando fala-se em democracia , vale- se o entendimento que a sociedade deverá fazer valer o seu estado de direito e perfaça a lógica da liberdade e igualdade de ações tanto individuais como coletivas.

Assim, ao final do trabalho, espera-se demonstrar de forma objetiva que quando os indivíduos agem e estão apoiados em instituições políticas e jurídicas corrobora-se para que em determinadas situações as políticas públicas tendem a ser melhor elaboradas e conseqüentemente aplicadas.

**Capítulo Primeiro: A normatividade jurídica e a compreensão
dos fenômenos sócio-políticos das sociedades
contemporâneas.**

1.1 Introdução

Nesse primeiro capítulo a análise recai sobre o entendimento da relação entre o direito e a política. A construção argumentativa do texto, tem como parâmetro a linha tênue que liga em certos aspectos as interpretações de uma ideologia do direito a alguns aspectos da desconstrução da participação da política, no que tange os procedimentos iniciais para as questões ligadas a judicialização da política.

A construção teórica para o compreensão dessa chamada normatividade jurídica e seus aspectos sócio-políticos tem como fundamento ao que Gisele Cittadino(2003) irá evidenciar exemplarmente os modelos interpretativos do direito em sociedades democráticas e o grau de ativismo judicial de alguns membros do Poder Judiciário..

Jose Eisenberg (2003), preocupa-se em construir a relação entre os chamados elementos que dariam corpo e alma ao direito, oriundos dos processos do Estado de Bem – Estar Social, ressaltando aos reais questionamentos inerentes a esse contexto sobre a procedimentalização do direito.

Nesse contexto busca-se associar a essa discussão, as visões interpretativas daquilo que se objetiva construir em termos da relação direito e política, quando pensado se de fato a análise recai na lógica do pragmatismo ou se a compreensão tem como referencial um modelo de direito reflexivo.

Grosso modo a análise esta voltada para valorização dos procedimentos para uma verdadeira formação democrática, como algo mais objetivo e concreto ou para valorização de conteúdos e valores simbólicos, e estimar a soberania popular.

1.2- O direito e política: aspectos iniciais para seu entendimento

O maior controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é hoje objeto de discussões na ciência política na sociologia jurídica e na filosofia do direito, em face das decisões tomadas pelos chamados tribunais constitucionais e também pela desvinculação de outros poderes como as instituições político-representativas. Esse novo quadro aparente de análise envolve, segundo Arantes (1999), o que se institui de “ativismo judicial” que foi fortemente constituído pelo processo de mobilização política da sociedade e do voluntarismo do Ministério Público (MP).

Nesse sentido em países como Estados Unidos e Inglaterra onde configura o direito pelo *common law*, o ativismo judicial é mais favorecido (Cittadino,2003) pois valendo-se da jurisprudência para determinados assuntos, as ações jurídicas embora sob a corpo da lei, não tem como forma de controle decisões lógicas interpretativas dos problemas, em tese os textos constitucionais tem em seus artigos princípios gerais que determinem dentro dos Estados Democráticos de Direito o seu modelo básico, configurando o que será chamado de um direito judicial².

De modo geral a maior participação do judiciário nas sociedades contemporâneas fica mais evidente quando na ampla defesa da Constituição e da real concretização das garantias por ela asseguradas dentro do Estado de Direito. Essa participação do Poder Judiciário pode ser vista tanto em países desenvolvidos (centrais) quanto como nos países subdesenvolvidos (periféricos).

Para dar maior ênfase na análise, podemos ressaltar que as sociedades cujo os processos históricos denotam transições pós autoritárias, assemelhadas aos regimes ditatoriais dos países latino americanos, associados ao amplo

² A idéia de direito judicial aparece em contraposição a lógica do direito legal, dentro do campo de análise da Judicialização da política. (ver a respeito,Cittadino,2003).

debate para a elaboração de Constituições democráticas, as magistraturas juntamente com o Ministério Público aparecem não apenas como órgãos novos da estrutura institucional normativa, mas também investigativa e algumas vezes conciliadora, reafirmando ainda mais o ativismo judicial a qual se busca compreender.

Assim, essa nova estrutura corrobora para o que será chamado “criminalização da responsabilidade política”, em diversas situações órgãos da justiça interferem na estrutura política visando elucidar casos de corrupção que envolvem a classe política³.

A discussão que segue sobre a relação entre direito e política, e as formas de sobreposição de importância de um em relação ao outro, gerando para muitos uma confusão dos pesquisadores quando da construção de democracias jurídicas em detrimento de democracias políticas, essa lógica afirmativa, conduz a hipótese de que confundir direito e política é levar a desestruturação de qualquer sociedade democrática.

No entanto, cada um com sua peculiaridade “ não podemos abrir mão da política e tampouco devemos renunciar à força do direito. Sobretudo não devemos nos impressionar com uma ideologia do direito que afirma que a idade do direito participa da desconstrução da política”(Cittadino,2003 apud Mongin, 1992).

Embora haja preocupações quanto à estrutura definida de que o direito ao conciliar a resolução de problemas de cunho legislativo associando as decisões jurídicas , estaria escapando de uma normatização da sua atividade jurisprudencial, ficando a justiça nesse sentido livre de qualquer controle ou investigação social que se queira fazer para medir o nível de participação e solução de conflitos que cabe resposta ao corpo da magistratura, ou seja até que ponto o direito na figura do sistema judiciário, em determinadas situações assume a função de legislador e também qual o risco que poderia ocorrer pelo feito da chamada “tribunalização do política”.

³ Embora seja um tema bastante atraente , essa questão da moralidade plena do judiciário será alvo de críticas (Dworkin,1996)

Assim posto vemos um direcionamento de uma constitucionalidade demasiadamente construída em democracias contemporâneas, mas cujo histórico leva a construção de um patriotismo constitucional carregado de aspectos antagônicos que evidenciam de um lado um ideal político construído e de outro a associação voluntária de cidadãos na busca de um reconhecimento do seu próprio direito, obviamente esse novo modelo de patriotismo constitucional requer uma participação mais efetiva do judiciário frente as demandas a eles interpostas pela sociedade em geral.

Ao contrario da visão substantiva para compreensão das questões constitucionais e também da formação de bases democráticas, Habermas(1997) afirma que um modelo de democracia constitucional não se fundamenta em valores e nem conteúdos substantivos, mas sim em procedimentos, que vão evidenciar assegurando a formação democrática da opinião e da vontade com base em uma chamada “nação de cidadãos”, onde o aspecto “cultural” não é primordial para construção da identidade política.

Quanto maior a comunidade de intérpretes da Constituição, maior será o rearranjo do entendimento político e conceitual das questões democráticas, ou seja, a partir do momento que as sociedades entendem a importância do Judiciário em estabelecer a aproximação do direito e a realidade histórica, teremos um processo hermenêutico de todas as forças políticas da comunidade, não haverá um bloco fechado, condensado para interpretação da Constituição, corroborando para construção de uma cidadania ativa. Assim o processo de democratização da hermenêutica constitucional visa a realização e determinação forte para uma Constituição que será o documento cuja interpretação condiz com a realidade das democracias contemporâneas, visando uma maior discussão dos valores e do ideal de igualdade que as sociedades tanto anseiam.

Na linha da análise constitucional para o entendimento da lógica da participação democrática e concomitante a participação efetiva dos movimentos de defesa dos direitos humanos nos anos 70 , o texto Constitucional de 1988 tem como primazia a construção dos direitos fundamentais, tornando o núcleo básico do ordenamento jurídico constitucional,

determinando de certa forma uma orientação das questões do aspecto da construção e valorização da cidadania, a valorização da dignidade da pessoa humana e o pluralismo político ⁴.

Por outro lado, a reconquista dos direitos, de participação política nos anos 80 e sua real efetivação no seu final com a promulgação da Constituição de 1988 mesmo estando assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, em uma sociedade fraterna e sem preconceitos, não há claramente uma efetiva garantia e certeza que esses direitos serão implementados, pois, embora sejam os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição tal fato é cabível de discussão como afirma O'Donnell(1993) ao dizer que o que caracteriza uma "cidadania de baixa intensidade", ou seja, referindo-se às democracias cujos Estados são incapazes de tornar efetivas as suas próprias regulações e fazer valer os direitos dos seus cidadãos.

Ainda segundo O'Donnell (1993,b) se em determinados momentos os direitos políticos são respeitados, ausência de coerção direta ao voto, e a livre capacidade de organização e manifestação da opinião são constituídos em situações reais, por outro lado a cidadania é seriamente mutilada no que se refere à negação dos direitos liberais às camadas populares e a outros setores estigmatizados, violência policial, impossibilidade de acesso aos tribunais e etc.

Dentro do debate da estrutura do modelo constitucional brasileiro, que segundo Cittadino(2003, b), foi influenciado pelo pensamento constitucional português e espanhol, especialmente pelos processos constituintes destes países dos quais resultaram na Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição espanhola de 1978, onde os regimes autoritários de ambos os países antecederam a formulação da carta constitucional, contribuindo com a construção do pensamento jurídico brasileiro que de certa forma irá encaminhar para um "constitucionalismo societário e comunitário"(Cittadino,2003 apud Siqueira Castro,1995), resultando assim, em

⁴ Artigo 1º, incisos II, III e V do texto Constitucional.

uma Constituição envolvida por uma estrutura de valores, valores esses que devem fazer parte da existência da comunidade.

No que tange os estados democráticos , cujos modelos de Constituição, como afirma Cittadino(2003,b): “ tenham como base conteúdos normativos(direito comunitário), extranormativos(usos e costumes) e metanormativos(valores e postulados morais)”, estando esses conteúdos ligados a uma valorização do nexos de uma solidariedade social e de uma dignidade humana, cujo marco principal é o entendimento do grupo social, da base de uma valorização dos direitos fundamentais que terão também na soberania popular, um ponto primordial que ira contribuir no entendimento e na definição sólida desses modelos democráticos e seu grau de influência frente a esses grupos , Pois de certa forma esses conteúdos agora transformados em valores passariam sobre o crivo do entendimento mútuo para inserção geral daquilo que se compreende como direitos fundamentais.

A abertura constitucional seria determinante na compreensão de uma dignidade humana arraigada em uma eticidade em conjunto com princípios morais de uma participação político-jurídica de todos os indivíduos que buscassem a interpretação da Constituição. Assim, a ligação entre direitos fundamentais e democracia participativa desencadearia dentro dos debates públicos pelos: cidadãos, partidos políticos e associações etc, uma melhor solidificação da Constituição, ou seja, a lei existe, as normas estão postas, mas a sua efetividade necessita da participação geral da coletividade(Cittadino,2003,c)

No que diz respeito ao aspecto da efetivação dos direitos garantidos na Constituição, a utilização de instrumentos processuais como: mandato de injunção e ação de direta inconstitucionalidade contribuiria principalmente com relação a efetivação dos direitos sociais , direitos esses que são considerados deveres do Estado e omitido de certa forma pelos poderes público entendido pelo Executivo e até mesmo pelo Legislativo que deveria corroborar para viabilidade da participação político – jurídico (elaboração e aprovação de leis de interesse geral) ,onde o objetivo final visasse a garantia dos valores, associando a dignidade dos indivíduos cujo os objetos de análise

requer a utilização desses mecanismos processuais como forma de tornar a sociedade menos densa .

No centro dessa análise, a crítica que se faz ao protagonismo do Poder Judiciário e também a uma clara separação dos poderes, como consta na Constituição brasileira de 1988, passa a ser também evidenciada visto que dentro de uma democracia constitucional a garantia dos direitos dos cidadãos em conjunto com a lógica da soberania popular que iria resultar no que será denominado “ativismo judicial”, perfaz ainda mais um temor pela judicialização da política.

Grandes decisões políticas de origens de uma cidadania clássica e organizada tende a serem respeitadas tanto pelos agentes do Poder Judiciário quanto pelos detentores do poder representativo, ou seja, algumas normas coletivas criadas e determinadas pela sociedade , tendem a influenciar as decisões majoritárias , corroborando para que em determinados momentos os legisladores sintam-se obrigados a ouvir o clamor de determinado grupo e assumir a legitimidade através da criação de leis e ementas a Constituição caso o ponto levantado obrigue a tal.

No entanto o que se questiona é também, que para viabilizar essa dualidade ativismo judicial e a conseqüentemente lógica democrática, o Poder Judiciário deveria se abster , para não violar a deliberação política, como afirma Cittadino(2003,d) em Maus(2000) “ pois quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social, uma resposta para esse imbróglio é verificar que dentro do constitucionalismo democrático brasileiro os tribunais não se atrevem a “criação do direito”, mas sim como diz Cittadino(2003,e) “ as decisões de principio proferidas pelas cortes supremas não podem ser equiparadas a emissões de juízo que ponderam objetivos , valores e bens coletivos”, como afirma Habermas :

[...] entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação

democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem supra positiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político. (Habermas,1997,99).

Ao falar em cidadania ativa, a lógica da associação entre o Estado de Direito e democracia, leva análise de que o cidadão não se vê apenas como receptor ou destinatário dos direitos, mas também como membro livre e igualmente participante da comunidade jurídica, constituindo dentro da democracia deliberativa um viés de participação político-jurídico , favorecendo a “judicialização da política”.

Embora esses indivíduos sejam também interpretes do texto constitucional , a idéia do ativismo judicial e da cidadania ativa devem fomentar o entendimento entre direito e democracia, onde o nexos do processo hermenêutico , vislumbra uma comunidade ética , que de corpo e vida aos princípios já determinados pela Constituição (Cittadino apud Peter Harbele,1997).

Portanto , no Brasil quando se fala em “judicialização da política” ou melhor, na efetiva participação do judiciário nas questões que ligam a busca das garantias constitucionais , é importante ressaltar que os processos que levaram a reconstrução do Estado de Direito denota o fim dos regimes ditatoriais, sendo amplamente observados e debatidos nos processos constituintes, que darão fomento e forma para a carta constitucional , e onde nesse texto os princípios que regem uma cidadania juridicamente participativa para com um aparato de um judiciário consciente das leis por ela estabelecidas , associados a uma pressão popular e mobilização política, corroboraria para um determinado modelo, podemos assim chamar de “ judicialização da política .

Nesse contexto as condições para uma judicialização da política I, esta atrelada como explica Tate(1995) a algumas condições políticas como :democracia,

separação dos poderes, inefetividade das instituições majoritárias e uso dos tribunais pelos instrumentos como as ADINS.

No Brasil, a judicialização da política ganha terreno, tendo como destaque os anos após o período da ditadura militar, pois como informado acima, para a concretização de um ativismo judicial, faz-se necessário um modelo constitucional e democrático.

Assim, o aumento expressivo das ações judiciais, evidencia uma forma de participação da sociedade civil. Obviamente toda essa construção esta ligada ao Supremo Tribunal Federal, e o aprofundamento dos mecanismos causadores do processo de expansão e a maior diversidade em suas abordagens, não deixando de ressaltar a grande importância da transformação do mundo político e sua relação com a justiça.

No estudo de uma política comparada , Eisenberg(2003, b) apresenta as diversas visões que darão base conceitual para o processo da judicialização da política, segundo ele , embora vivamos uma discussão moderna sobre os fenômenos de uma “ gestão legal do Estado de Bem- Estar Social, devemos também interpretar que a organização desse Estado está também vinculada as etapas de construção de uma lógica do direito que busque em determinadas situações, um comportamento ligado ao fiel papel do Poder Judiciário de interprete das leis ou buscar o entendimento das transformações decorrentes das mudanças conduzidas pelos legisladores no âmbito do processos constitucionais.

De certa forma, Eisenberg(2003,a) oferece dois eixos de reflexão teórica para mostrar os fatores que podem levar as virtudes e vícios da judicialização da política. Teríamos por uma lado, o eixo *Habermas-Garapon*, que aponta para a valorização das questões sociais, consolidadas dentro do Estado de Bem Estar Social, contribuindo para a reorganização desse tema quando associado ao fortalecimento de uma cidadania ativa dentro da sociedade civil, restabelecimento da idéia de soberania popular em Estados cuja base dos modelos democráticos deve estar ligada aos seus respectivos textos constitucionais. Assim o Poder Judiciário, na visão de Eisenberg , funcionaria

como um contrapeso em relação as desigualdades sociais resultantes dos diferentes modelos. No que se refere ao outro eixo interpretativo, Cappelletti-Dworkin vão apontar que os juízes devem exercer o papel de defensores da Constituição, buscando sempre as garantias determinadas pelo “ contrato” que vislumbra um horizonte normativo a ordem política democrática. Para eles o Poder Judiciário deveria intervir quando necessário ativamente nos processos políticos, buscando a coerência dos fatos e procedimentos de uma ordem jurídica constituída pelos direitos e compartilhada por todos os cidadãos.

Obviamente, a soberania popular atrelada ao viés interpretativo das garantias constitucionais, quando pensando os direitos, tende a uma compreensão da judicialização da política, já sendo possível visualizar o quanto a lógica: individuo e sociedade de um lado e as instituições jurídicas de outro ,e também as instituições jurídicas enquanto fonte primeira da interpretação constitucional encaminharia para uma melhor análise do problema da pesquisa , pois não é possível falar em judicialização da política, sem pensar as instituições sejam elas políticas ou jurídicas e muito menos, deixar de fora dessa análise os atores sociais e a construção de suas identidades sociais .

Uma análise do Sociólogo Canadense Erving Goffman⁵,afirma que os indivíduos assumem determinados papéis sociais composto por um teatro imaginário(sociedade),e cujos os atores sociais: sociedade civil e cidadãos comuns buscam através do judiciário uma hermenêutica que conduza a contemplação das garantias sociais, nesse sentido temos uma valorização da ação individual para construção de modelo normativo que contemplo tanto as interpretações do texto constitucional pelo Poder Judiciário , como também a determinação de indivíduos plenos de direitos.

⁵ Esta obra de psicologia social “ A representação do eu na vida cotidiana “ (2006) estuda profundamente o conhecimento que o homem tem de si mesmo. Aborda o comportamento humano em sociedade e sua forma de manifestação. Sem sair de seu rigor científico, o autor serve-se de uma linguagem teatral, como estrutura de exposição dos conteúdos, pois o homem em sociedade sempre utiliza formas de representação para se mostrar a seus semelhantes.

1.3–A construção de um modelo de justiça igualitária

Visando aprimorar o entendimento da relação direito e política, faz-se necessário a compreensão de alguns modelos teóricos que funcionariam como compreensão de um modelo de sociedade que se apresente como igualitária (Vita,2007) e necessita antes do entendimento da relação que antecede a dualidade direito e sociedade, recaindo sobre a real construção da lógica da justiça. Para essa concepção, é necessário buscar na construção teórica de John Rawls através da análise sobre a obra *“Uma teoria justiça”*, mecanismos que irão nortear o aprofundamento de temas como, reconhecimento e até o multiculturalismo. A apresentação inicial segue a visão interpretativa de Vita(2007a) ao transpor a crítica de Habermas sobre a questão das liberdades fundamentais em contraposição a busca de igualdade socioeconômica, ou seja, a dualidade que se constrói segundo Habermas sobre a preeminência dos direitos liberais sobre o direito de autogoverno democrático. Segundo Vita(2007b), Habermas argumenta contrariamente a primazia da lógica filosófica sobre a deliberação democrática, ou seja a crítica a esse contratualismo ora permeado de concepções que ligam os chamados direitos liberais a construção do ideal de justiça que se quer construir. Pois bem, a contraposição da crítica apresentada por Habermas, esta no entendimento de que antes de qualquer concessão e deliberação ao processo democrático é necessário o acesso aos direitos civis, exemplificados como: liberdades de pensamento, de expressão, de associação.⁶

Em mais uma crítica, Habermas busca apreender na teoria rawlsiana uma linha divisória entre a chamada identidade pública e não pública, contrapondo a essa questão Vita(2007,c), evidencia que toda identidade privada procede à análise da identidade pública, em casos cujas situações levam a observação da conduta e dos modelos construídos no cotidiano. Pensar uma força moral especial dos direitos civis, em detrimento do autogoverno democrático não seria, em linhas gerais, algo tão complexo, visto que tudo está baseado na

⁶ Vita, Alvaro *“A justiça igualitária e seus críticos”*. 2007 pg 203.

criação de condições institucionais que tornam esses direitos amplamente aceitos e que contemplem a todos, sobretudo os mais destituídos em contraposição a participação política. No Brasil, por exemplo, temos participação política, mas em termos de construção e valorização da cidadania, associada logicamente aos direitos, verificamos uma grande lacuna e processos frequentes visando diminuir esse espaço.

Nas palavras de Vita (2007:2004): “ A cidadania não envolve somente os direitos que temos como agentes políticos mas também os direitos sem os quais não é possível participarmos como iguais da sociedade civil”. Tal aspecto é crucial para a construção de um liberalismo rawlsiano que nos remete à análise de que pelo princípio que a justiça protege, está a não primazia de uns sobre outros tanto como os direitos de liberdade pessoal como de participação política.

De acordo com Rawls, o princípio das liberdades iguais para todos deve ser entendido como a liberdade inerente a uma organização do Estado visando fornecer mecanismos para as necessidades básicas dos indivíduos. Esse é o caso, por exemplo, da garantia da integridade física, de nutrição adequada, do acesso a água potável, ao saneamento básico, ao atendimento médico e etc. Esse princípio, portanto, estabelece um nível de aceitação para esse grupo de indivíduos dentro do estabelecido e reconhecido na prioridade atribuída as liberdades civis e políticas, grosso modo, justifica-se certas ações dentro de um princípio de justiça igualitária para o acesso do que é caracterizado por Rawls como primeiro princípio que norteia certas ações. Segundo Rawls:

“O primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades fundamentais e iguais, pode facilmente ser precedido de um princípio lexicamente anterior prescrevendo a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, na medida em que a satisfação dessas necessidades é necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma proveitosa esses direitos e liberdades. É evidente que

um princípio desse tipo tem de estar pressuposto na aplicação do primeiro princípio”⁷

Assim, pelo entendimento da teoria rawlsiana, certas ações como o Movimento dos Sem Terra dentre outros estariam em consonância com esse princípio, pois ante a conquista das necessidades básicas para que se precipite ao exercício das liberdades iguais fundamentais.

Como diz Rawls, “ conforme melhoram as condições de civilização, diminui o significado marginal para o nosso bem de ulteriores benefícios econômicos e sociais em comparação aos interesses de liberdade, que se tornam mais fortes conforme as condições para o exercício das liberdades iguais são mais plenamente realizadas”⁸.

A lógica de uma “sociedade bem ordenada” compreende não só as necessidades básicas dos indivíduos, mas, sobretudo também as necessidades dos cidadãos, pois não basta somente garantir, segundo Rawls, o mínimo social, sem antes tornar reais as condições para o exercício das faculdades morais desses indivíduos, nas suas palavras, constituem a identidade pública das pessoas como: a capacidade de constituir e de entender a concepção do limite de seu bem e de outros indivíduos, e também, principalmente, a construção da capacidade de poder agir com o senso de justiça.

Não podemos deixar de ressaltar que Rawls é um teórico do liberalismo, e como tal, a dita sociedade liberal justa é associada à distribuição dos bens primários que são: os direitos e liberdades fundamentais, as vantagens e prerrogativas associadas às posições de responsabilidade em instituições

⁷ Rawls,1993, pg7

⁸ Rawls,1997, pg 542

econômicas e políticas , a renda e a riqueza e as bases sociais do autogoverno.

De acordo com Vita (2007,d), em Rawls as bases sociais do autogoverno, uns dos bens primários mais importantes irão contribuir para que os cidadãos exercitem plenamente as duas faculdades morais explicitadas acima. O senso de justiça prevalece segundo Rawls , quando se torna possível encontrar condições institucionais, dentro de uma chamada sociedade justa, uma base para fomentar os seus questionamentos, afastando qualquer meio coercitivo e também toda e qualquer influência ideológica.

No campo do formalismo da proposta de Rawls, a “ teoria ideal de justiça”⁹, está também na distinção entre as liberdades fundamentais e o chamado “ valor” dessas liberdades. Assim posto, pela ótica da justiça social, há uma construção de uma liberdade efetiva, onde os indivíduos façam de seus direitos e liberdades o uso que quiserem. No entanto Rawls vai nos chamar atenção, afirmando que em uma sociedade liberal e justa, a via da institucionalidade vai garantir os direitos e ampla abertura de oportunidades para todos. E a idéia do “valor” dessas liberdades não igual para todos .

A dimensão que Rawls apresenta sobre o “ valor” diz respeito ao grau e forma que se insere esse valor dentro da concepção das liberdades individuais, onde a estrutura institucional que determina as garantias e os mesmos direitos , isenções , e oportunidades para todos Vita(2007,e) não compreende o valor dos objetos dessa estrutura institucional para todos.

Para Vita (2007, f) “a pobreza e a ignorância incapacitam uma pessoa de se valer desses direitos e oportunidades que lhes são institucionalmente

⁹ Para Rawls a compreensão de duas teorias por ele proposta, sendo a “ teoria ideal de justiça e a teoria não ideal de justiça , afim de esclarecimentos prévios a teoria ideal esta ligada a uma aproximação da estrutura básica da sociedade, tendo como base uma logica a suposição de que todos aceitam conformar sua conduta aos princípios de justiça publicamente reconhecidos.

garantidos, em uma sociedade bem ordenada, os que têm mais renda e riqueza podem tirar proveitos dos recursos institucionais”¹⁰.

A partir do momento que se busca maximizar os chamados bens primários com relação às liberdades individuais para buscar a equalização da diferença apontada entre os menos privilegiados com relação aos mais privilegiados no âmbito da sociedade liberal, Rawls afirma que, grosso modo, estaria dando cabo da lógica da “justiça social”, pois o que vale dentro do arranjo institucional, mais do que qualquer princípio distributivo é o entendimento da liberdade efetiva para todos, ou seja, a busca gradual pelo direito do acesso a justiça, a propriedade e a educação, Com isso as instituições democráticas não estariam sobrepondo e nem impondo um menor valor equitativo às liberdades políticas.

A teoria de Rawls defende que componentes liberais e igualitários, a excessiva concentração de riqueza e de propriedade, degrada o valor das liberdades políticas e de igualdade equitativa de oportunidades, dentro do governo democrático para os menos privilegiados.

Outro ponto interessante aqui se refere a adoção de normas de financiamento público das campanhas eleitorais, para os partidos políticos, assunto de grande debate dentro do meio político e difícil aceitação por alguns parlamentares. Para Rawls, mais precisamente pelo princípio da diferença, os chamados “grandes eleitores”, de certa forma controlariam o ordenamento eleitoral, e estariam sempre na espreita de obter as garantias ora contratadas no meio e final do processo eleitoral. ¹¹

Vita(2007,g) a luz da crítica de Rawls, ressalta o fato ocorrido em 1976 por uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, que considerou como inconstitucional alguns limites aprovados pelo Congresso, em 1974, com

¹⁰ Vita, pg 210

¹¹ No Brasil o que vemos a uma corrupção excessiva moldada em parâmetros diametricamente organizados com vista a obtenção de garantias, fato é a lista encabeçada por grandes construtoras e empreiteiras de obras públicas e pela mídia eletrônica comercial.

relação as contribuições financeiras a candidatos e partidos políticos e sobretudo aos gastos dos candidatos em campanhas eleitorais, chamando para si os poderes da “ revisão judicial”. Rawls aponta que a Corte confundiu a proposta de uma maior competição política como uma disputa entre iguais com imposição de restrições ao conteúdo da expressão política, correndo o risco de influenciar seriamente nos rumos da lógica democrática vigente. De acordo Vita (apud Rawls) “para essa visão, a democracia é uma forma de competição regulada entre classes econômicas e grupos de interesses na qual se julga ser apropriado que o resultado reflita a capacidade e a disposição de cada um de se valer de seus recursos e capacidades financeiros, notoriamente desiguais, para fazer que seus desejos prevaleçam”¹² .

Na análise desse contexto, não se busca um padrão ou mesmo, segundo Vita(2007,h) de ideal “ético”, de cidadania participativa, mas a construção por parte dos indivíduos de uma cidadania ativa, obviamente não em pé de igualdade, mas que seja antes de qualquer coisa assegurada uma equidade política, sem as quais muito dificilmente a democracia produzirá resultados justos. Assim, conciliar as exigências da liberdade e da igualdade, no que condiz a teoria da justiça, é demasiadamente justificável, e desde que aja empenho no implemento das instituições básicas da sociedade.

É comum a afirmação que os únicos direitos genuinamente humanos são os direitos civis e políticos, mas muito nos perguntamos, tomando como base a Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu artigo 25, “ a garantia de um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem estar”. Pela análise do artigo, podemos associar os chamados direitos econômicos e sociais, embora não estejam como base forte no entendimento dos direitos humanos, mas sim como uma chamada a um destinatário indeterminado. Isso porque, classificar os direitos civis e políticos em um nível assim chamado “superior”, segundo o entendimento dos teóricos é entender a plenitude desses direitos, é como se estivessem na espinha dorsal do organismo social vivo.

¹² Rawls, 1993^a, p 361.

Sem eles as sociedades iriam em ponto de colisão, e um governo abster-se-ia de praticar certas ações que garantiriam os direitos civis e políticos. Isso poderia de certa forma, acarretar grandes revoltas internas e chamaria atenção do mundo para determinada sociedade. Nos países do Oriente Médio e algumas partes da África, estamos assistindo insurreições por parte da população contra governos autoritários que estão em alguns casos há décadas no poder, desrespeitando as garantias básicas dos indivíduos, chamando atenção de organismos internacionais que intervém da forma clássica, pela força. Em alguns casos visando, segundo os seus discursos, à manutenção do mínimo estabelecido pelos direitos civis e políticos. Contudo, quando se fala em direitos econômicos e sociais, dificilmente vemos ações internacionais visando o equilíbrio entre os mais pobres em comparação com os mais ricos, pois a questão exige recursos substanciais, e de onde viriam esses recursos?

Assim, os chamados direitos de liberdade (direito ao voto, às liberdades de expressão, e de associação), se tornam prioritários, e buscam, de certa forma, um equilíbrio mas ainda deixam a desejar quando pensamos na construção de uma chamada justiça igualitária. Vita (2007, i), ao apresentar essa diferença discute o conceito de “obrigações especiais” de Nozick e Gauthier. Segundo ele, são os “deveres e obrigações que temos para com as pessoas com as quais mantemos vínculos específicos e ou estamos ligados por laços afetivos”¹³, ou seja, temos obrigações com nosso familiares(pais , filhos) e membros de uma mesma comunidade ou associação. Mas com estranhos não , que determina de certa forma um certo direito moral desses laços, não podendo exigir esse mesmo direito de cidadãos de outros Estados.

No que se refere a isso, embora se tenha programas de cunho global para ajuda humanitária a países em condições de pobreza absoluta do mundo, ¹⁴a

¹³ Vita(1997) pg 225.

¹⁴ Segundo a ONU 1,3 bilhão de pessoas vivem em uma condição de pobreza absoluta no mundo, vivendo sem solidas considerações normativas.

melhor estratégia, segundo Vita (apud Paul Streeten), está na implementação dos direitos, e não necessariamente na transferência de renda, pois, um combate mais eficiente contra o analfabetismo e o fornecimento de condições básicas de saúde e alimentação, resultariam a longo prazo em melhores condições e atenção as suas necessidades do que qualquer tentativa de transferir dos países ricos para os países pobres.

Tal fato se justifica pela concepção do liberalismo igualitário de Rawls. Segundo o seu entendimento, os direitos econômicos e sociais devem sim ser reconhecidos como direitos genuínos, mesmo em face de todos os empecilhos.

Como essa parte do texto apresenta a construção ideal de uma justiça igualitária, deve-se ressaltar a forma como Vita(2007,i), apresenta os aspectos dos direitos “negativos e positivos”. Segundo as suas palavras “ a garantia efetiva de todo e qualquer direito impõe à autoridade política o direito de abster-se de praticar certos atos e de (positivamente)praticar outros”.

Essa afirmação é ilustrada pela comparação de índices de violência e o trato social dos moradores de dois bairros paulistanos: Perdizes e Jardim Ângela, De acordo com Vita(2007,j) , a garantia dos direitos esta ligada a administração feita por parte do Estado, para garantir o mínimo de segurança aos indivíduos desses bairros. No entanto, um ponto principal, está na representação individual do agente público.

Em particular, como se trata de violência a policia, onde esta deve de fato olhar para o “cidadão” como detentor de direitos e deveres, buscando cumprimento do “*mínimo ético*” necessário dos indivíduos envolvidos nesse contexto e também para sobrevivência da sociedade. Assim, a efetivação desses direitos necessita de um Poder Judiciário que esteja preparado para oferecer a melhor prestação de justiça para aqueles que não a detém, sem as quais, ficaria inviável qualquer tentativa de construção de uma justiça igualitária, pois estaria longe de qualquer processo real de uma justiça social, deixando de arbitrar quando solicitado frente aos conflitos oriundos da desestrutura social. Como a

cisão entre os agentes individuais, o poder público dentro de uma estrutura institucional (Vita,2007,l).

Na construção de um modelo de justiça distributiva, Rawls apresenta três tipos de bens que segundo ele, são norteadores para compreensão desse processo, sendo: a renda, a riqueza, o acesso a oportunidades educacionais e ocupacionais e a provisão de serviços; alguns bens relacionados ao conhecimento e ao auto-respeito, que segundo Rawls, não podem ser distribuídos, mas podem ser afetados pela distribuição dos primeiros; e os bens como as capacidades físicas e mentais de cada indivíduo.

A teoria de Rawls evidencia a relação clara entre os dois princípios de justiça com a estrutura básica que a sociedade deverá criar bem como as suas bases sociais primordialmente ligadas à caracterização do auto-respeito. Rawls desenvolve esse argumento partindo do princípio de que dentro dos conjuntos das liberdades fundamentais, o respeito mútuo que os cidadãos devem ter pelas formas de vida e associado a concepção de bem por eles desenvolvidas, devem estar dentro de um limite da aceitação. Isso desde que não seja incompatível com o princípio de justiça.

A base, segundo Rawls, para a construção individual e coletiva de uma lógica de igualdade, compreende passar sobre a análise segundo os seus argumentos de uma liberdade natural e de uma igualdade democrática. Aqui cabe buscar o entendimento da principal idéia por ele argumentada: como proceder a distribuição de benefícios sociais e econômicos, através da conceituação de três princípios: liberdade natural, igualdade liberal de oportunidades e a igualdade democrática. No que tange o princípio da liberdade natural deve-se montar a estrutura de análise dentro do conjunto de um complexo institucional que combine uma economia competitiva de mercado com uma igualdade formal (ou legal) de oportunidades.

De modo geral associar a lógica do mercado à liberdade natural foge ao campo de análise, pois, as únicas instituições segundo os autores capazes de garantir

a objetivação a todos os mesmos direitos legais de ter acesso as posições privilegiadas, são aquelas relacionadas a estrutura do Estado, embora quando pensado a discriminação chamada por Vita(2007,m) de “ institucionalizada”, determina a restrição no nível de igualização das barreiras legais ao exercício dos próprios talentos e capacidades de cada individuo.

Deve-se tomar cuidado e construir meios de evitar a influencia dos chamados “ recursos iniciais determinados por fatores naturais e sociais, que estão fora do alcance da escolha individual”, ou seja, a distribuição de riqueza , renda e de benefícios sociais de modo geral, devem seguir um principio logico e não determinado por estruturas convencionais das sociedades. O principio da igualdade liberal está ligado a chamada “ meritocracia equitativa” , ou seja, faz-se necessário o empenho das instituições e políticas públicas, visando, quando possível, a neutralização das contingências sociais e culturais que condicionam de certa forma as perspectivas de cada pessoa, em cultivar seus próprios talentos. Em outras palavras, a valorização individual, implica combater os efeitos da discriminação racial e de gênero praticada e muitas vezes “institucionalizada” pela sociedade, como afirma Vita(2007,n).

“As exigências mínimas, que se apresentam na estrutura institucional de uma sociedade comprometida com a igualdade equitativa de oportunidades, são as de impedir uma excessiva concentração da propriedade e da riqueza, garantir oportunidades educacionais e de acesso a serviços básicos de saúde equitativa para todos” (Vita, 2007, p.240).

Tomando como exemplo a sociedade brasileira, onde a relação igualdade equitativa de oportunidades está para contingências sociais como objeto determinante do tipo de escola, atendimento médico e hospitalar que as pessoas têm acesso.

De modo geral, a igualdade liberal, está condicionada a não moralidade que influencie todos os fatores ambientais que interferem nas perspectivas de vida

de uma pessoa, como as classes sociais e “background” social e cultural (Vita, 2007,o).

Assim, dentro de uma sociedade liberal justa, a classe social de uma pessoa não deverá determinar o quanto ela deverá receber ou ter de benefícios, o que constituirá o princípio da cooperação social. Algumas medidas que são utopicamente debatidas, como por exemplo, taxaço sobre grandes fortunas, ou melhor, traduzindo os confiscos sobre a riqueza, visando impedir vantagens sociais e culturais, oriundas da desigualdade de classes, não acabam surtindo o efeito desejado. De outro lado, além da questão da acumulaço temos também a questão das dificuldades em obter as qualificaço, pela lógica desigual das oportunidades. Pensar a justiça social como um todo, a transferênça pura e simplesmente de renda, ficaria em segundo plano, ao comparar com as diferenças de qualificaço que acabam tornando-se mais importantes , contribuindo para a geraço das desigualdades sociais.

As evidências empíricas traduzem melhor essa questão. O livro “The End of Equality” (O fim da igualdade) de Mickey Kaus (1990), aponta que o crescimento da desigualdade de renda nos Estados Unidos está associado ao também aumento da desigualdade social, visto que os relatos demonstram o aumento de uma pequena parcela da população em níveis de renda significativos , ao passo que o numero daqueles que estavam sofrendo perdas em seu padrão de vida aumentava significativamente , engrossando o contingente dos pobres e dos chamados *underclass*¹⁵ , causando uma certa estranheza.

A razão de todo esse processo, segundo Kaus, seria a “ meritocracia”, associados ao aumento da renda dessa pequena parcela de privilegiados relacionados a utilizaço dos benefícios sociais daqueles que têm os talentos e as qualificaço profissionais mais valorizados no mercado, são os chamados “

¹⁵ Termo empregado nos Estados Unidos para descrever as varias formas de destituiço de algumas pessoas como: membros de familias uniparentais , vinculo fraco ou quase sem escola e com força de trabalho

analistas simbólicos”¹⁶. Assim, certa parcela da sociedade produtiva, dentro de um sistema muitas vezes que não exige uma qualificação para o desempenho de suas funções, corrobora para redução de salários desse setor, Contudo, são os serviços que tem o seu grau de importância dentro da estrutura social, embora não condicionem a elevação do padrão de vida dos trabalhadores desse grupo social.

Uma questão abordada por Vita(2007,p) no que tange aos aspectos do liberalismo igualitário remete a real interpretação da desigualdade social fundada no talento e na qualificação. Pois segundo o autor, o talento e a qualificação em determinadas situações são abordados como algo que congrega o aspecto individual daquele grupo social, segundo Kaus:

Uma coisa é existir uma distribuição desigual de renda. Outra muito diferente é ter a mesma distribuição de renda rigorosamente determinada pela escolarização e pelas qualificações. Nessa última situação, aqueles que têm mais dinheiro estarão em condições de sustentar que têm não somente mais dinheiro, mas algo mais, o conhecimento, que os torna mais valiosos. A tendência ao pagamento-por- qualificações confere a todas as diferenças de renda, grandes ou pequenas, um cunho meritocrático detestável (Kaus, 1992, p.37).

Na concepção da igualdade liberal de oportunidades de Rawls, não cabe a interpretação da Kaus, pois se deve entender os fatores ambientais que condicionam as oportunidades que cada um tem de adquirir as qualificações mais valorizadas. Grosso modo, aspectos como as garantias de oportunidades educacionais iguais, não gerariam um ambiente totalmente igual se fossemos tomar como a lógica da meritocracia verdadeira, uma vez que , dentro do ambiente escolar há todo um conjunto de atitudes inerentes ao desenvolvimento intelectual do educando: estrutura familiar e a organização

¹⁶ Inclui nessa lista os : advogados, consultores de bancos comerciais e de investimentos, consultores gerenciais , programadores de computador, pesquisadores científicos, acadêmicos , executivos de relações públicas , editores e escritores músicos, produtores de cinema e televisão(1992 , p.38.

em grupo , sendo influenciado pelos colegas de salas, que por sua vez, congregam a experiência de suas vidas , que mais cedo ou mais tarde influenciaria na vida desses e dos outros alunos, sem falar ainda na concorrência com outros estabelecimentos particulares de ensino. O que irá fomentar de fato esse liberalismo igualitário de Rawls, é sem duvida os efeitos sociais das instituições das políticas que tenham como objetivo igualizar , tornando a participação desses indivíduos nesse conjunto de possibilidades algo mais concreto.

Embora tenhamos instituídos treinamentos profissionais para as diferentes camadas sociais, visando a sua inserção no mercado, não podemos esquecer que uma certa parcela da população já passou por esse treinamento e estaria em uma situação mais adiantada. Notemos as quantidades e variedades de cursos de direito, cujo objeto é tornar-se advogados de imediato, mas depois de um certo tempo poder prestar concurso para magistratura ou promotoria de justiça. Dados provam que muitos não conseguem se quer passar no exame da ordem. Sendo assim, como almejar uma carreira jurídica que exige um amplo conhecimento jurídico em níveis de interpretação da sociedade? Assistimos anos após anos a sobra de vagas que não são preenchidas e quando muito para conseguir passar em concurso desse nível, faz-se necessário buscar um curso preparatório visando dar mais base para poder enfrentar as etapas.

Da mesma forma temos hoje a falta de professores em seus diversos níveis, visando uma forma de acabar com a falta propiciando um cargo ainda que não reconhecido, mas muito respeitado pela sociedade de modo geral, temos faculdades com curtos períodos de formação, dificultando o entendimento por parte desse individuo do real sentido da sua profissão , corroborando para uma abertura de um abismo entre os melhores e os piores do grupo analisando, advogados, somente bacharéis e professores , que não conseguem o mínimo desejado para o enfrentando diário de uma sala de aula. Assim, Rawls, afirma que é preciso dar um passo além da igualdade liberal de oportunidades, encaminhando para o que ele chamará de “ igualdade democrática”, conforme ele próprio afirma:

“ O princípio de igualdade equitativa de oportunidades só pode ser realizado de forma imperfeita, pelo menos enquanto a instituição da família existir. O grau em que as capacidades naturais se desenvolvem e encontram fruição é afetado por todos os tipos de condição social e de atitude de classe. Mesmo a própria disposição de realizar um esforço de se empenhar, e por isso ter mérito no sentido ordinário do termo, depende de circunstâncias sociais e familiares afortunadas, Como é impossível , na prática , assegurar oportunidades iguais de realização e cultura para aqueles que têm aptidões semelhantes, podemos querer adotar um princípio que reconheça esse fato e mitigue também os efeitos arbitrários da própria loteria natural” (Rawls, 1971, p.74)..

Nesse sentido, Rawls , direciona sua interpretação para a lógica da igualdade equitativa não direcionando para as questões individuais, que acarretariam a ineficiente conquista de melhores condições. A idéia por ele defendida do ponto de vista moral, é pensar as diferenças naturais de talento, não como as geradoras das desigualdades, no sentido de uma justiça social, mas sim que essas desigualdades são geradas por determinantes institucionais.

Dentro do raciocínio proposto, ao comparar a “igualdade democrática” com a “ igualdade equitativa”, ele demonstra que não basta somente buscar uma igualitização das condições sociais e culturais com intuito de exercer de fato seus talentos e ocupar posições melhores na sociedade, mas sim, no sentido inverso, a busca deve ser pela reivindicação dos benefícios próprios oriundos do talento ora construído, e que haja um reconhecimento que contribua para essa concepção democrática.

A fonte crucial para construção de modelo de justiça igualitário está na analogia do princípio da diferença, onde Rawls apresenta de forma categórica, como as sociedades através de uma lógica moral poderão trabalhar com a idéia das desigualdades. Vale-se do entendimento que moralmente as desigualdades sociais e econômicas só são legitimamente instituídas para melhorar a participação daqueles que estão à margem da distribuição democrática, ou seja, dentro do aspecto da desigualdade devem-se priorizar as perspectivas de

vida daqueles que estão na posição mínima, contrapondo a exaltação das expectativas.

A estrutura montada dentro do arranjo institucional é garantir que grupos diferentes sempre trabalhem com a perspectiva da melhora, em comparação com o grupo inferior, assolando de vez a idéia de injustiça social. Assim, a preocupação é que os arranjos institucionais direcionem em termos absolutos a garantia do acesso aos bens primários para todos, mesmo que essa distribuição não seja igual, comparado aos que estão acima da média estabelecida, mas que seja mantida dentro de um ordenamento social. As perspectivas desses indivíduos, portanto, de acordo com o princípio da diferença, coaduna de certa forma com a preocupação fundamental, que será direcionada às questões ligadas as bases institucionais para uma convivência em termos mutuamente aceitáveis.

A preocupação aqui, não é quanto cabe a cada um em termos de renda, riqueza e bens materiais, pensando já a lógica daqueles que se encontram dentro dos planos das desigualdades, mas sim, o que cabe de recursos se é suficiente para que cada individuo possa se “ empenhar na realização de seu próprio plano de vida e concepção do bem e, dessa forma desenvolver um sentido de auto-respeito” Vita(2007,r).

Dentro de uma estrutura de justiça distributiva o ponto principal requer o mínimo. Esse mínimo seria a distribuição igual dos bens primários que deverá valer para o entendimento da satisfação a médio prazo do processo inicial de igualdade, fortalecendo a lógica do auto- respeito. Nesse caso, acabaria ferindo o modelo democrático vigente. O princípio da diferença e de uma justiça distributiva obedece à seguinte forma:

“Em uma estrutura básica na qual há representantes a serem considerados, maximize primeiro o bem- estar do homem representativo que se encontra na pior posição; a seguir, para um mesmo nível de bem-estar deste último, maximize o bem estar do homem representativo na pior situação, e assim, por

diante até o último caso que consiste em maximizar, mantendo-se o mesmo nível de bem-estar para todos os representantes $n-1$, o bem estar do homem representativo que se encontra na posição mais favorável”(Rawls, 1971, p.83).

A preocupação nessa parte do trabalho foi apresentar um pequeno aspecto da “ Teoria da Justiça” de John Rawls, pelas palavras de Alvaro de Vita . pois não podemos pensar a contribuição do Poder Judiciário , sem antes entender o como se dá o processo de construção das igualdades sociais, pensando não só a necessidades individuais , mas objetivando a compreensão dos fenômenos que direcionam para uma verdadeira sociedade justa. Não apresento nessa sessão uma disparidade entre classes sociais, mas sim pela contribuição teórica de Rawls, a valorização das liberdades naturais em conjunto com as garantias da distribuição de benefícios sociais e econômicos estabelecidas nas condições institucionais.

“ Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade , renda e riqueza e as bases sociais do auto-respeito- devem ser distribuídos igualmente , a não ser que uma distribuição desigual de quaisquer valores, ou de todos eles, beneficie a todos.

A injustiça, então consiste simplesmente em desigualdades que não se estabelecem em benefício de todos ” (Rawls, 1971,62)

1.4 - Abordagens de uma teoria crítica para construção das identidades: o que se entende por reconhecimento

A lógica do auto respeito é amplamente discutida por Axel Honneth(2003)¹⁷ na apresentação da sua teoria do reconhecimento, complementando a compreensão dessa construção lexicológica proposta por Rawls. Para isso Honneth utiliza o conceito de reconhecimento para buscar o entendimento de que na transição para a modernidade evidencia uma espécie de mudança estrutural na base da sociedade, á qual corresponde também ao que se irá construir nas relações de reconhecimento, como denota o sistema jurídico, e também a compreensão que não é mais permitido atribuir exceções e privilégios às pessoas em função do seu status.

Segundo Honneth, a idéia é que o sistema jurídico deverá combater esses privilégios, pois estando o direito às bases tanto do Estado como da sociedade civil, ele deve ser geral e suficiente para levar em consideração todos os interesses de todos os participantes da comunidade. A luta por reconhecimento deveria então ser vista como uma pressão, sob a qual permanentemente novas condições para a participação na formação pública da vontade vêm à tona.

Honneth, se apóia nos pressupostos conceituais naturalistas de George Herbert Mead(1972)¹⁸ para tentar reconstruir os conceitos da teoria da subjetividade do jovem Hegel, associado a defesa da constituição social da identidade, ampliando a evolução moral da sociedade pela luta por reconhecimento .

A partir da conexão desses *insights*, Honneth sistematiza uma *teoria do reconhecimento*, afirmando que “são as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a

¹⁷ Honneth, Axel, 2003 .cap 1

¹⁸ Mead, H. George, 1972.

se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades” (HONNETH, 2003a, p. 156).

Mead dedica-se a construção de uma psicologia social, mas que também associa a luta por reconhecimento, o ponto referencial de uma constituição teórica que deve explicar a evolução moral da sociedade, onde através da psicologia e sua compreensão empírica dos fenômenos sociais contribuiria para elevar nosso saber sobre as operações cognitivas particular do ser humano, tendo como fim as construções do reconhecimento.

A questão colocada por Mead, ao adotar um princípio funcionalista para sua análise pelo viés psicológico, está ligado à resposta para a questão muito mais fundamental de como um sujeito pode de modo geral alcançar uma consciência do significado social de suas manifestações práticas, para ter controle sobre o comportamento de outros, o “ator”, necessita conhecer o seu próprio sentido de ação.

Outra idéia da concepção de Mead que nos interessa neste trabalho, é também entender como o processo de interação humana pode desenvolver uma consciência das ações sociais, associado ao entendimento do indivíduo . Onde essa consciência só será total quando a reação causada do outro, por sua manifestação comportamental gere um nível de “conscientização próprio” de valorização do outro.

De acordo Mead o indivíduo só consegue conscientizar de si mesmo na posição do objeto. Assim, segundo o autor, o “ME”, corresponderia ao campo de visão e resultado da interação do indivíduo construído pela relação; de outro lado o “EU”, esta afastado desse campo de visão é algo que precede a consciência que o sujeito possui de si mesmo, corresponde as manifestações práticas mantidas conscientemente no “ME”. Portanto entre o “EU” e o “ME”, existe na personalidade do sujeito, uma relação comparável ao relacionamento entre parceiros de um diálogo.

No processo de entendimento do sujeito social, Mead, afirma que o “EU”, passa por um processo de domínio da autonomia individual ou no da realização pessoal, sendo paralelamente a liberdade de leis e realização da identidade.

Assim, o sujeito em determinadas situações agiria, mas a não realização desse ato, muitas vezes está vinculada ao impedimento das normas rígidas que estão ligadas ao meio social, para isso ele necessita antecipar, segundo Honneth, uma coletividade que de fato explore e de vida ao seu “EU”, que configure uma maior ação para a via do reconhecimento ampliado de direitos.

Nessa lógica, Mead observa que o processo subsequente valoriza o “EU”, a preservação da identidade pessoal e a sua auto-realização, ocasionado pela impulsividade do “EU”. Esse mecanismo caracterizaria, portanto, um movimento que constitui o processo de evolução social. Podemos entender aqui a ligação da proposta de Mead, com o conceito hegeliano de “luta por reconhecimento”.

Honneth, explica que os sujeitos mesmo após a efetuação de reformas sociais, só podem defender as exigências do seu “EU”, antecipando a uma coletividade que concede mais espaço de liberdade. Assim origina-se uma cadeia histórica de idéias normativas que apontam na direção do crescimento em autonomia social direcionando para o que Mead irá chamar de uma “libertação da individualidade”.

Outra questão apontada diz respeito ao reconhecimento jurídico que segundo Hegel configura o processo de formação da vontade comum, e Mead se refere a evolução moral das sociedades. Por meio do conceito de individualidade corrobora para uma maior abertura para a liberdade jurídica. Mead, explica que o ponto inicial dos movimentos sociais, de certa forma está relacionado ao processo causado pelo “outro generalizado”, ou seja, sujeitos., esses, desempenham papéis e se utilizam de idéias morais construídas para influir sobre a consciência de grupos maiores, daí resultaria no reconhecimento de pretensões jurídicas, redundando na institucionalização do problema.

A divisão social do trabalho, dentro da análise de Mead, compreende também um processo que contribuiria para proporcionar uma consciência de sua particularidade individual, através da idéia de um vínculo entre “auto-realização” e a experiência do trabalho socialmente útil”. Associa a isso a sua importância dentro do coletivo. Segundo Honneth (2003,b) da obra Mead em sua psicologia

social, , não consegue problematizar a altura a questão da integração ética das sociedades modernas.

Mead estaria se utilizando do trabalho para mostrar que o indivíduo alcança a coletividade com vias de um reconhecimento, em comparação com a questão proposta pelo jovem Hegel de uma “luta por reconhecimento socialmente efetiva”, as relações solidárias.

Hegel, diz que dois modos são precedentes ao reconhecimento, sendo o “direito” e ao “amor”, o vínculo emotivo da assistência ,para a “eticidade” seria o gênero da relação social, ou seja, surge quando do amor sobre pressão cognitiva do direito se purifica constituindo em uma “solidariedade universal” entre os membros da coletividade, o reconhecimento recíproco pelo respeito à individualidade. Nesse sentido Hegel, buscar esclarecer que dentro do aspecto da construção do reconhecimento, a etapas a serem antes alcançadas e compreendidas que inerentes em determinadas situações a capacidade humana de construção social do auto- respeito, o “amor” e o “direito” fazem parte desse processo da reciprocidade que corroboraria para objetivo, a valorização das individualidades e o reconhecimento.

Honneth procura mostrar, ao contrário de Hegel e Mead, que com a transição da sociedade tradicional para a sociedade moderna surge um tipo de individualização que não pode ser negado. Ainda assim também o modelo de luta por reconhecimento proposto por Honneth deverá ser explicado pela execução de duas tarefas: de ser um modelo de interpretação do surgimento das lutas sociais e outro do processo de desenvolvimento moral. Parte da premissa que e evolução moral e histórica das sociedades juntamente com o modelo de reconhecimento buscaria um ponto de visto normativo, contribuindo para um estágio presente do desenvolvimento moral da sociedade.

Assim esse processo estaria ligado ao momento histórico e também à interpretação dos acontecimentos sociais, que por sua vez, o seu entendimento e solução estariam ligados ao que irá chamar de gramática dos conflitos sociais. Uma “semântica cultural”, interligada as experiências de injustiça,

sendo defendidas e colocadas em prática por indivíduos de modo coletivo, ampliando as possibilidades das formas de reconhecimento.

Charles Taylor, em sua obra “Multiculturalismo e a política de reconhecimento” (1993) conduz a análise do contexto multicultural para a necessidade de construção da política de reconhecimento das diferenças por parte das instituições, visando a garantia da identidade dos indivíduos por meio de suas manifestações culturais. A estrutura normativa para o entendimento das diferenças está ligada, a solução para os problemas provenientes da convivência entre os indivíduos e os diferentes grupos culturais que buscam viver conjuntamente dentro do mesmo *locus* social.

No conjunto interpretativo do reconhecimento das diferenças de ambos os autores, é possível identificar ou mesmo associar dentro da “Teoria da Justiça” de Rawls o que tange a construção de ideal de justiça igualitária ou mesmo de ações distributivas, somada a uma perspectiva democrática.

Evidencia-se dentro do aspecto de uma justiça distributiva, mecanismos para uma política de legitimidade que garanta a sobrevivência das comunidades culturais presentes nas sociedades multiculturais que funcionaria como ponto chave para formação das identidades humanas. (Silva, 2006)

A noção de cidadania, na visão de Taylor, está associada a garantia dos direitos aos grupos culturais específicos, obviamente pela obtenção, *sine qua non*, dos direitos fundamentais obedecidas as suas individualidades para a construção posterior de conquistas coletivas. Taylor é enfático ao apontar que todo o processo de reconhecimento antecede a busca de uma identidade, assim o ato de reconhecer, torna-se visto como “uma necessidade vital” (Taylor, 1993, p 45), pois a forma das identidades estão ligadas a ele.

Visando compreender as categorias de reconhecimento e identidade, o autor afirma que “característica peremptória da vida humana que é o seu caráter fundamentalmente dialógico” (Taylor, 1993, p 52), a linguagem humana em conjunto ao real valor do entendimento do que é ser agente humano e

construtor de possibilidades que estão inerentes nos atributos da “ verdadeira” identidade a ser reconhecida.

Dessa forma , “ a identidade se define mediante o dialogo com as coisas que nossos outros significantes desejam ver em nós , e às vezes em luta com elas, e ainda depois de termos deixado [...] e desaparecerem de nossas vidas, a conversação com eles continuará em nosso interior enquanto nós vivamos (Taylor,1993, p 53) , ou seja a descoberta da identidade, ocorre mediante o dialogo em parte aberto , em parte interno com os demais (Taylor, 1993, p 55).

Na acepção de Taylor por um modelo pautado nas políticas de diferença dentro do contexto do liberalismo, o que se coaduna é o entendimento “dos juízos que ocupam um lugar importante na integridade das culturas” (Taylor,1993, p 91), associado ao trabalho que o Estado deve ter na complementação de políticas publicas que visem esse processo de aceitação em primeiro lugar das diferenças, do reconhecimento das diferenças e na construção das identidades olhando para o coletivismo. As defesas dos direitos fundamentais das minorias, como direito a vida, à liberdade, ao processo legal, à livre expressão, à livre pratica religiosa não podem ser confundidas como o resultado pratico da conquista, mas como o ponto crucial que dará cabo ao processo do reconhecimento.

A grosso modo, Taylor justifica sua escolha por um modelo liberal como segue:

“Uma sociedade com objetivos coletivos forte pode ser liberal, segundo esta perspectiva, desde que seja capaz de respeitar a diversidade, em especial, quando considera aqueles que não compartilham dos objetos comuns, e desde que possa proporcionar garantias adequadas para os direitos fundamentais. Concretizar todos estes objetivos irá provocar, sem dúvida, tensões e dificuldades, mas não é nada de impossível, e os problemas não são, em principio, maiores do que aqueles que qualquer sociedade liberal encontra e tem que combinar, por exemplo, liberdades com igualdades ou prosperidade com justiça” (Taylor, 1993, p. 89)

A defesa pelo reconhecimento dentro de um Estado liberal está antes de mais nada na busca pelo valor igual das diferentes culturas, não basta somente a sua exposição, mas sim o reconhecimento de seu valor. A hermenêutica constituída do assunto proposto, tende a construir, como afirma Taylor, em uma “ fusão de horizontes”. O ambiente deve estar ligado a tudo aquilo que busque a compreensão de modos culturais diferentes. É um exercício constante e mutante, pois os processos culturais não são estáticos. Por fim, a idéia de Taylor remete a seguinte interpretação:

“Mas o que o pressuposto exige de nós não são juízos de valor peremptórios e falsos, mas uma disposição para nos abirmos ao estudo comparativo das culturas do tipo de nos obrigar a deslocar os nossos horizontes nas funções resultantes. Acima de tudo, exige que admitamos que estejam muito aquém desses últimos horizontes que poderá tornar cientes o valor relativo das diferentes culturas. Tal significaria desfazer uma ilusão que ainda domina muitos “ multiculturalistas”- assim como os seus mais acirrados opositores (Taylor, 1993, p. 107) ”¹⁹

Honneth, embora aborde a idéia de reconhecimento e o conceitue de forma clara buscando a compreensão dos conflitos sociais pela lógica do “estigma social”, Charles Taylor, com uma visão culturalista dos procedimentos hermenêuticos, que juntamente com Honneth buscam construir através da política do reconhecimento mecanismos para compreensão das divergências sociais, são alvos de críticas ao que está no centro a proposição da valorização do indivíduo, pela construção de suas identidades . Uma das críticas a eles atribuídas está na transformação de uma chamada “ retificação da identidade” , pelos critérios e categorias por eles utilizados ao ponto de tornar a identidade como algo anterior a lógica a estrutura social.

¹⁹ Taylor, Charles (1993, p 107) em em Silva , Larissa Revista Estudos Jurídicos, 2006, Vol 11 – n-2 , pg 319.

Nesse contexto uma das críticas mais ferozes dessa construção teórica ideológica do reconhecimento Taylor- Honneth, é Nancy Fraser. Ela aborda em um caráter imediatista a dupla relação : redistribuição e reconhecimento , enfatizando de forma categórica uma visão marxista, aprofundada pelo viés economicista.

Segundo Fraser, a redistribuição estaria ligada ao fator de diferenciação grupal, , ao modo que o reconhecimento estaria alicerçado no que é particular ao grupo. Juntas essas duas questões tornam-se um problema, mas devemos aqui deixar claro que entendimento vigente da pesquisa é a dualidade: identidade e reconhecimento, onde o aspecto econômico não é a principal categoria de análise a ser discutido, embora não se propõe também um reducionismo a espreita cultural, mas sim o entendimento da afirmação jurídica como meio desse processo.

Contudo, de forma categórica Fraser afirma: “o que requer reconhecimento não é a identidade específica do grupo, mas o status de seus membros individuais como parceiros por completo na interação social” (Fraser,, 2000, p. 113), embora seja interessante deixar claro que *status* é totalmente diferente de *classe*, tornando esse um dos pilares divergentes de Honneth em relação à construção teórica de Fraser.

1.5- Aspectos conceituais da judicialização da política

Dentre os autores que buscam construir o conceito da judicialização da política Eisenberg (2003, p.47) afirma que o fenômeno da judicialização da política, é algo cujo viés interpretativo está ligado a junção desses dois conceitos separadamente judicialização e tribunalização da política .

Também como Eisenberg (2003 apud Vallinder(199 5) explica que “a judicialização corresponde ao processo de infusão de processos decisórios jurídicos e de procedimentos típicos de tribunais nas arenas políticas onde estes processos e procedimentos não se faziam presentes”²⁰.

Assim, a judicialização da política torna-se um processo que pela lógica interpretativa está ligado a dois movimentos. O primeiro está ligado a ampliação do poder de legislar e executar leis do sistema judiciário, caracterizando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e Poder Legislativo para os juízes e tribunais, sendo denominado de politização do judiciário. E o segundo é marcado pelo modo de tomada de decisões do Poder Judiciário frente aos outros poderes, sendo denominado de “tribunalização” da política.

Uma diferença central apontada pelos autores na conceituação desses termos é basicamente entender que no aspecto judicialização há uma transformação das normas e formas de atuação dos membros do poder judiciário, ao contrário do outro movimento que estabelece a força dos tribunais aos outros dois poderes e conseqüentemente e seus membros.

Como argumenta Eisenberg(2003,c), apud Luhmann(1995), o direito tem como lógica um princípio de seleção estrutural, que parte do algo conflitante a fim de formar e reproduzir expectativas generalizantes, ao contrário da política que explora sim os conflitos, mas no fim resultaria, caso ocorra em formar e reproduzir decisões vinculantes, ou seja haveria uma abertura para o

²⁰ Vallinder(1995:13)

entendimento do problema , seja ele qual fosse e caberia a política uma ampla divulgação, somados as opiniões e fatos concernentes ao que está em debate. Posto isto, falar em uma judicialização da política é dizer que o Judiciário está buscando explorar os conflitos e reproduzir decisões vinculantes, deixando a função sistemática de produzir decisões comportamentais generalizadas, suas decisões de certa forma passam a ser influenciadas pelas práticas políticas, algo quase sempre inesperado, temos então uma invasão do direito pela política, permeando o campo de construção da judicialização da política. .

No contexto do entendimento do conceito de pragmatismo , mais precisamente na busca de uma interpretação da relação política e direito, Eisenberg(2003) apresenta dois campos de reflexão do pragmatismo sendo : o pragmatismo jurídico e o pragmatismo político.

O pragmatismo jurídico – representado por autores como Richard Posner, Thomas Grey, Daniel Farber , Philip Frickey e Martha Minow e o pragmatismo político representado pelo movimento conhecido como Critical Legal Studies(CLS) dos autores Roberto Mangabeira Unger e Duncan Kennedy, colocam o direito a serviço das necessidades humanas e sociais, onde um dos elementos essenciais para essa discussão, como afirma Eisenberg(2003,d), os projetos éticos , políticos e jurídicos sejam julgados e avaliados por sua conformidade com necessidades humanas e sociais, e não por critérios supostamente objetivos e impessoais.

Logo o pragmatismo direciona para uma heterogeneidade de recursos utilizados do direito visando uma grande produção de resoluções políticas para os questionamentos. Assim, como definem os autores, um juiz pragmatista deverá trabalhar com idéia de criação do direito, e a sua decisão deverá estar pautada de critérios que tenha como ponto crucial as necessidades humanas e sociais . “O pragmatismo implica assim, que aquele que opera com a aplicação do direito adote um ponto de vista experimental, secular e instrumental e progressivo, isto é, orientado para o futuro” (Posner, 1991:36).

De outro lado o pragmatismo jurídico está ligado à autonomia do direito, ou seja à sua integridade e à sua coerência, deverá produzir interpretações próprias de quais são as necessidades sociais e humanas no momento.

Ser pragmático quando se pensa o direito é “ analisar o direito considerando que as teorias se tornam impraticáveis quando seu grau de abstração e generalidade é excessivo. Raciocinar teoricamente não é um vício, mas não se deve conferir autoridade última a uma teoria, já que o objetivo crítico de raciocinar teoricamente não é chegar a abstrações praticáveis, mas, sim, explicitar pressuposições tácitas quando elas estão cursando problemas práticos” Posner(1993,p.36)

Não se trata aqui de afirmar que o pragmatismo jurídico é um “ modelo” , mas sim de método de argumentação, pois o pragmatismo exige dos operadores do direito não somente a análise das normas que regem os fatos, mas também os fatos sob as quais as normas se assentam socialmente, estando ligado a um direito que esteja atendo as demandas oriundas de contexto social, passando ato normativo da interpretação dos operadores do direito.

Nesse contexto, como afirma Eisenberg(2003e) a judicialização da política, isto é , a ampliação do alcance da ação executiva e legislativa do Judiciário, é interpretada como uma expansão das demandas por resolução de conflitos sociais, que gerem a necessidade de o direito raciocinar sobre novas conseqüências desejáveis. Para o pragmatismo jurídico, a judicialização da política, tão quanto a tribunalização da política, conforme apenas a necessidade de se olhar para os atores do sistema judiciário de modo a entender uma conseqüência de atividades inerentes a suas decisões. Agora para um melhor entendimento desse fenômeno, a perspectiva sociológica determinaria um viés que corroboraria na compreensão das transformações determinadas pelas demandas e novas finalidades do aspecto social naquele contexto.

Sendo assim, o pragmatismo jurídico busca inserir a judicialização da política dentro de um panorama sociológico, ficando caracterizado como uma ação dos atores dos três poderes.

Por outro lado, o pragmatismo político privilegia a discussão da judicialização da política, apontando para uma agenda que determine o seu caráter produtivo, evidenciando certo ativismo judicial, no qual o papel fundamental dos agentes do sistema judiciário é impedir a solidificação, ou melhor, a consolidação definitiva de modelos jurídicos de desigualdades sociais e econômicas. Para alguns pesquisadores como Vianna(2002), Arantes(1999) e Habermas (1997) não bastaria somente o ativismo judicial, mas também aplicação de medidas que visem a não demarcação normativa de conflitos que são demasiadamente discutidos no âmbito das sociedades.

De modo geral o ativismo judicial se diferencia da judicialização , apenas pelo fato do operador do direito, partir da premissa de uma interpretação da Constituição , visando expandir seu alcance de ação. Assim, em temor de interferência nos outros poderes (Judiciário e Legislativo), o ativista judicial conforme explica Barroso (2009) evidencia : aplicação direta da Constituição , independentemente da manifestação do legislador, declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios ligados a violação da Constituição, e também quando da ausência do Poder Público , com atos referente a execução de políticas públicas.

Um dos primeiros exemplos do ativismo judicial remete aos Estados Unidos , na análise da jurisprudência norte-americana, no períodos aos períodos obscuros daquela sociedade , relacionados a segregação racial. Levando ao confronto entre o Executivo na figura do Presidente Roosevelt e Corte Norte-Americana.

A partir da década de 1950, a Suprema Corte , sob a presidência de Warren(1953-1969), produz jurisprudência progressista voltada para as matérias de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo aos negros americanos.

No Brasil, essa linha ganha força a partir da Constituição de 1988. Portanto a análise positiva desse aspecto relaciona-se com a atenção dispensada por parte do Poder Judiciário, no atendimento das demandas da sociedade, não satisfeitas pelo Legislativo, exemplo: greves no serviço público, eliminação do

nepotismo, questões de cotas nas Universidades, união civil entre pessoas do mesmo sexo.

De certa forma, não podemos fazer vista grossa, para um Legislativo, que nesse contexto aparece fraco, pois as reformas essenciais para desenvolvimento sócio-político da sociedade brasileira não acontecem.

Maciel(2002) e Koerner(2002) afirmam que é possível compreender que a judicialização da política :

“ requer que operadores da lei prefiram participar do *policy making* e deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não-decisão . Daí que a idéia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais” (2002, p 114).

Dentro da expansão dos poderes dos juízes, Vallinder como afirma Ernani Ferreira (2004) considera que existem dois tipos ou formas de judicialização sendo²¹ :

a) *from without* , corresponde a reação do Judiciário frente a provocação de terceiro, que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer a revisão o Judiciário ampliaria seus poderes.

b) *from within*, é utilização de membros do Judiciário na administração pública,; corresponde a incorporação da metodologia e procedimento judiciais pelas instituições administrativas que eles ocupam.

²¹ Ernani Rodrigues de Carvalho. A judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem . 4º Encontro Nacional da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política. Riode Janeiro: PUC- RIO, 2004, p.12.

Dos tipos mencionados, podemos associar para o modelo brasileiro a *from without* , pois segundo o mesmo autor, a lógica que estabelece essa conceituação esta no caráter procedimental da atuação judiciária, essa modalidade reflete em determinadas situações quais são os parâmetros para interveniência do Judiciário, em questões como: políticas públicas que ensejam melhor qualidade de vida para determinados indivíduos.

Uma definição formulada por Tate & Vallinder (1995) diz respeito a judicialização da política sendo “ a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro , e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político, tomando como base a Constituição. Assim, segundo os autores ao fazer a revisão, o Judiciário estaria ampliando seu poder com relação aos demais poderes”. A lógica argumentativa para o entendimento da judicialização da política geral e no Brasil, recai sobre o entendimento da construção e análise de argumentos empíricos para sua existência e concretude, como também analisar os motivos da expansão do poder judicial, buscando uma ponte interpretativa da democracia (sistema político) e os juízes frente aos textos constitucionais.

A principio sabemos que dentro do ambiente teórico algumas vertentes como Dworkin(2001) e Cappelletti(1993) são a favor da judicialização. De outro modo, Habermas(1997) e Garapon(1999) são também a favor, mas que seja estabelecido limites para participação desses frente aos outros poderes.

Na análise da Suprema Corte dos EUA frente à judicialização da política, Melo(2003), afirma que o Federalismo e a separação de Poderes, juntamente com a criação de um tribunal superior independente, são as essências para conceituação dessa relação justiça e política.

No âmbito da sociedade americana, a transformação da instituição judiciária tem como fundamento um controle judicial de constitucionalidade das leis. O *judicial review* é objeto de grande discussão quando se pensa em estabelecer um limite para intervenção judiciária. A lógica da tradição da *commom Law* anglo-americana, com o Poder Judiciário independente, direciona para a

criação da forma de fazer direito que corresponderia a criação jurisprudencial do direito. Como afirma Melo (2003,b:64) “de fato o aprisionamento do precedente em um paradigma positivista esbarra, com a acelerada mudança social, na necessidade de traduzir os princípios constitucionais em guias efetivos para adjudicação”.

A transformação da instituição judiciária segundo Melo(2003,c:65) está direcionada para as variações conjunturais, decorrentes do corpo da Corte Judiciária, assim “ observa-se uma progressiva autonomização do direito , em um processo que combina a fixação de princípios constitucionais abstratos, para além da letra da Constituição, com procedimentos de adjudicação²² atentos aos imperativos do tempo e às demandas da sociedade.

A lógica dos princípios busca questionar a dupla relação: instituição judiciária e algumas incertezas. Segundo Melo(2003,d:65) nas referências de Dworkim “ traduzem o esforço de assentar teoricamente as mudanças, que aceleradamente divorciam instituição judiciária do Estado e associam a emergência de uma cidadania que atribui ao direito autonomizado o papel de um autêntico sujeito do processamento das expectativas de igualdade”.

Assim, a instituição judiciária terá que se afirmar como um novo território de representação, através de uma revolução passiva em junção com o nexos da soberania popular, vencendo barreiras propostas pela *judicial review* , incorporando-se ao mundo dos direitos sujeitos sociais até então excluídos, buscando de certa forma a construção de um princípio de igualdade.

Segundo Viana (2003), ao tratar do tema direito e ciências sociais a dualidade encontrada está direcionada para compreensão de dois fenômenos, a judicialização da política, visto por alguns como um tema que garante ao direito certo protagonismo, e a jurisdicização das relações sociais que iriam encaminhar o debate para a construção de um soberania popular pelo ativismo judicial. A emergência de um constitucionalismo democrático no pós guerra, e a abertura democrática de muitos países anos 70, corrobora para uma

²² Adjudicação está ligada a concessão e a posse de algo por decisão ou sentença judicial, buscam atribuir.

universalização do *judicial review*, abrange o conceito de soberania e os cidadãos através de representatividade da suas vontades através das provocações interpostas junto ao Poder Judiciário, cujo objetivo é expor o sistema do direito associado a acesso a justiça por demandas coletivas tendo como ponto chave uma maior possibilidade de uma democratização social.

Habermas critica de certa forma esse ativismo judicial, no entanto ele mesmo afirma que de modo racional, o direito, depende da livre deliberação dos cidadãos. Cada cidadão tem direito de representação de suas razões, onde prevaleceria a vontade da maioria. Esta intrínseco nessa análise a noção de um ideal de soberania, pois a vontade da maioria está dentro do qualificado desejo da vontade geral.

No entendimento do real valor do direito para esse processo de construção dos valores sociais e da obtenção das garantias individuais, Gramsci segundo Viana(2003,b) irá construir a relação entre Estado e sociedade. Mas precisamente, a sociedade civil, para ele, o direito não se reduz a um instrumento de controle social, nem de garantia da ação dos agentes econômicos no mercado. O direito deve tomar um lugar de mudança social.

“Tarefa educativa e formativa do Estado, cujo fim é sempre o de criar novos e mais elevados tipos de civilização, de adequar a “civilização” e a moralidade das mais amplas massas populares às necessidades do continuo desenvolvimento do aparelho econômico de produção e, portanto, de elaborar também fisicamente tipo novos de humanidade”
Gramsci, 2000, v.3 :23

Para Gramsci, o direito funciona como uma das fontes de domínio da sociedade civil. Para ele, a racionalização pelo direito deveria levar a uma esquematização normal e consensual na condução do cotidiano do indivíduo, contraponto a idéia de Weber(1999), que na racionalização do direito, um aspecto do desenvolvimento das relações jurídicas, que seriam encaminhadas

para ordenamento das sociedades através dos contratos e pela livre iniciativa dos indivíduos alicerçados na lógica de soberania.

[...] questão do “direito”, cujo conceito deverá ser ampliado, nele incluindo aquelas atividades que hoje são compreendidas na fórmula “indiferente jurídico” e que são de domínio da sociedade civil, que atua “sem sanções” e “sem obrigações” taxativas, mas que nem por isso deixa de exercer uma pressão coletiva e de obter resultados objetivos de elaboração nos costumes, nos modos de pensar e de atuar, na moralidade etc. Gramsci , 2000, v.3 23-24.

Weber discute os antagonismos dos valores evidentes nas sociedades modernas, cuja busca de uma construção de teoria ética, iria satisfazer a vontade humana em primar os valores éticos de uns sobre outros. Nesse contexto a questão de uma ordem legal baseada em contrato livre pode ser determinada como:

- o positivismo intrínseco das profissões jurídicas, que auspiciava a crença na ordem legal exclusivamente por seu valor instrumental prático;
- a expansão da burocracia estatal com sua ideologia do bem estar social;
- os movimentos e organizações das classes trabalhadoras em busca de justiça social.

Assim, como no “mundo moderno se confrontam valores múltiplos e fins últimos que, por sua pluralidade e diversidades, impossibilitam que aqueles que os enlaçam possam justificar racionalmente a primazia de seus valores e fins últimos diante dos outros” (Andrade e Serti,2009,98)²³.

²³ Max Weber e o Direito, 1999

“O pleito científico, em princípio, é desprovido de sentido, porque as várias esferas de valor do mundo estão em conflito irreconciliável entre si...E desde Nietzsche nós percebemos que algo pode ser belo não só a despeito daquele aspecto em que não é bom, mas justamente nesse aspecto . Encontramos essa idéia expressa antes em “Fleurs Du mal”, como Baudelaire chamou seus poemas. É comum observar que algo pode ser verdadeiro, mas não belo, nem sagrado ou bom. Na verdade, pode ser verdadeiro precisamente nesses aspectos. Mas esses são apenas os casos mais elementares da luta em que estão empenhados os deuses das várias ordem e valores (Max Weber,1991)

A explicação de Weber direciona para compreensão de que o direito, ao contrário da visão gramsciana, tornou-se um mero instrumento, visto que cristalizar os interesses corporativos de grupos sociais politicamente organizados acaba segundo seu entendimento sendo alvo de disputa por grupos sociais distintos para obtenção em determinadas situações de privilégios econômicos e sociais.

A contribuição desses dois teóricos, Gramsci e Weber, para entendimento da relação entre o uso e o desuso do direito pelos indivíduos e seu real papel na sociedade, irá influenciar na formulação de um modelo de judicialização da política, que contemple a relação entre as instituições jurídicas e as instituições políticas e o real entendimento de sociedade e de participação do sujeito.

No sentido de buscar a compreensão e o enquadramento teórico da judicialização da política no modelo brasileiro, duas análises devem ser amplamente discutidos por Rogério Bastos Arantes em o “Ministério Público e política no Brasil“ e “A democracia e três poderes no Brasil”, organizada por Luiz Werneck Viana. Os trabalhos associam de forma crucial duas linhas interpretativas, embasados em um empirismo que determinaria a concepção, o enfoque e o escopo dessas idéias, sendo também abrangentes as visões interpretativas das relações entre constitucionalismo e democracia no Brasil.

Na busca de um estudo mais sistematizado da judicialização no Brasil, Ariosto Teixeira(1997) e Marcus Faro de Castro(1997) fizeram uso das análises de ações de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Apontaram para a invariância do conceito com a sua utilização frente ao pouco ativismo dos ministros da mais alta corte jurídica do Brasil. Ao fazer uso das transformações constitucionais do pós -1988, Werneck Viana(1999) em “ A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, estabelece um campo teórico de análise e pesquisa sobre o tema, contribuindo para o debate público. Nesse estudo, a expressão passa a ser utilizada de forma normativa e apresenta dupla relação: sistema judicial e democracia brasileira passam a fazer parte do campo teórico de operadores do direito, sociólogos e, principalmente, cientistas políticos.

A judicialização é tomada como um processo objetivo que teria como objetivo primordial a defesa de propostas de mudanças na organização do Judiciário, considerada retrograda em relação às demandas sociais. Nesse contexto, os macroprocessos de mudança social que forçariam a associação entre direito, política e sociedade são vistos como ponto chave para compreensão da judicialização da política no Brasil. De outro lado alguns pesquisadores afirmam que o Ministério Público teria ganhado participação e responsabilidade sobre a judicialização, visto serem esses responsáveis em levar demandas de conflitos à justiça, obrigando o judiciário a pensar problemas antes demandados a própria esfera social ou mesmo dependentes em muito de atitudes do executivo e do legislativo. Como afirmam Maciel e Koerner (,2002) a expressão *savoir-faire* faz parte do repertório das ações de grupos políticos que defendem o recurso das arenas jurídicas para ampliar a proteção estatal à efetividade de direitos de grupos discriminados ou excluídos²⁴.

Castro(1997), explica que o funcionamento das cortes judiciais quando pensando seu papel na democracia tem sido pouco estudada pela Ciência

²⁴ O Estado deverá estar em sintonia com uma Constituinte Planetária , devendo se valer da consolidação dos valores éticos e morais da nova sociedade, a começar pela América Latina,, temas como a homossexualidade devem ser pensados pelo Estado nacional, e determinados juridicamente , associando que a homossexualidade não é uma inversão ou doença, mas sim uma opção sexual (Martins,2002).

Política. Para ele é necessário o entendimento da atuação de juízes, advogados privados e do setor público (procuradores, promotores e defensores) na construção do processo político democrático de qualquer sociedade. Segundo Castro a utilização de ações judiciais (processos criminais, ações civis públicas, ações diretas de inconstitucionalidade etc.), a mobilização social “judicializada” de grupos de advogados e ações proferidas por juízes podem influir na definição e reforma de instituições públicas e privadas. Isso ocorreria, principalmente, na formulação de políticas públicas e na busca de uma definição de identidades sociais. O processo judicial tornar-se-ia exercício necessário que implicaria na associação da política com o direito nas democracias constitucionais.

Nesse campo de estudo o entendimento entre a interação entre o processo judicial e o sistema político democrático (executivo e legislativo) e a formulação e implementação de políticas públicas consistentes tem ganhado espaço. Assim o “termo judicialização” vem a como já pensando a sua conceituação teórica, no papel político dos juízes que tange os tribunais constitucionais.

Em termos gerais a judicialização da política apresenta-se, segundo Castro(1997b), em dois componentes: (1) um novo “ativismo judicial”, isto é, uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (até então deixadas a cabo pelo Legislativo ou pelo Executivo; e (2), o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar, procedimentos semelhantes aos processos judicial e parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações (muitas vezes, o Judiciário é politicamente provocado a fornecer parâmetros).

Embora o conceito “ativismo judicial” e “judicialização” apresente aspectos diferentes, onde esse ativismo judicial é caracterizado pelo ação direta dos magistrados e dos tribunais, no que tange atitude, decisão e seus comportamentos, sobre forma de revisar temas e questões de competência de outras instituições principalmente do Legislativo.

Esse ativismo judicial pode ser praticado tanto no exercício da prestação jurisdicional(por meio dos autos dos processos) como também de forma

extrajudicial (entrevistas , posses e pronunciamentos dos membros da corte). Nesse segundo aspecto do ativismo extrajudicial deixa explicito a sua dimensão de “ politização do judiciário”.

Embora, tenha uma caráter progressista, há também o aspecto crítico que acompanha seu entendimento principalmente com relação as decisões tomadas, cujo objeto deveria passar pelo Legislativo(células tronco, união homoafetivas) cujo o custo de uma decisão torna-se um peso político, acaba sendo direcionado para o Judiciário manifestar-se.

Como afirma Tate(1997) “ o ativismo judicial constitui uma atitude ou comportamento dos juizes no sentido de participar da elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras instituições mais ou menos hábeis”.

Do ponto de vista do processo político, a judicialização da política contribui para o surgimento de um padrão de interação entre os poderes: Judiciário, Executivo e Legislativo, não sendo, segundo alguns pesquisadores do tema, danoso a democracia.

Para alguns autores esse fator é essencial para o desenvolvimento das democracias, ou seja, é necessário que ocorra uma “expansão” do poder judicial (Tate, 1995). Associar esse amplo debate ao processo de implementação e formulação de políticas públicas fortaleceria as democracias contemporâneas, pois, a judicialização da política ocorre quando os tribunais são chamados a se pronunciar²⁵ em determinadas situações para garantia de interesses próprios. Mas no contexto geral, a interpretação cabe ao mal funcionamento decisório do Executivo e o Legislativo, mostrando perante a sociedade como são insuficientes e insatisfatórios. Sobre certa demanda aproximação entre Direito e Política torna-se evidente, fortalecendo o desenvolvimento de uma “política de direitos” (Tate, 1995b).

²⁵ O ministro do Supremo Tribunal Federal , Gilmar Ferreira Mendes , diz “ O modelo de convivência entre controle difuso e concentrado produziu, na democracia brasileira, o fenômeno da judicialização da política com contornos desconhecidos nas democracias maduras. Derrotadas nas arenas majoritárias , as minorias políticas procuram revogar na Justiça as decisões da minoria. A politização dos atores judiciais criou o ambiente atual, em que vigoram cerca de um milhão de liminares.”

Por outro lado, a judicialização da política corresponde como afirma Castro (1997) a politização da justiça, onde o processo de jurisdição está associado a, sobretudo as regras orgânicas dos tribunais ou do poder judiciário. Dessa forma, em determinadas situações o recrutamento da composição, de competências e procedimentos dos tribunais são importantes para construção de uma judicialização da política. Tal fato se explica pelo modelo Francês, onde os membros da Corte Constitucional, ambos são nomeados em partes iguais sendo três para cada representante da estrutura política daquele estado : Presidente da República (três), pelo Presidente da Assembléia Nacional (três) e pelo Presidente do Senado(três) auxiliando a politização da justiça.

A interação político-judicial, como pode ser visto no caso francês, determinou diversas iniciativas de reforma e revisão de projetos políticos que iriam desencadear decisões não favoráveis em políticas públicas a vista da população, tais como a política universitária e a política de competitividade na Lei de Imprensa de 1984(Stone,1994). Na decisão do Tribunal Constitucional Francês foi bloqueado o projeto de nacionalização do governo François Mitterrand²⁶. Utilizando-se da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, foi alheio as medidas econômicas adotadas. Também na Alemanha, segundo Castro (1997.c), decisões do Poder Judiciário foram determinantes na dinâmica do processo político. Isso ocorreu desde a política externa, política universitária e a política de relações industriais. Na Inglaterra medidas tomadas pela mão de ferro da primeira ministra Margaret Thatcher, medidas essas que visavam uma proibição administrativa de formação de sindicatos no serviço público inglês, fechamento de escolas do sistema público de ensino secundário sofreram intervenção dos tribunais.

Como pode ser visto, na Europa a interação político-judicial contribuiu para a formulação e posterior implementação de políticas públicas que em muitas vezes iriam à busca de ajuste fiscal, mas que traria prejuízos a grande parcela da população. Nesse sentido a participação dos tribunais deu outra tonicidade à lógica vigente.

²⁶ **François Maurice Adrien Marie Mitterrand** , governou a França de 21/05/1981 a 10/05/1995, oriundo do Partido Socialista Francês , no seu governo aboliu a pena de morte.

No conjunto das interpretações da relação direito e política , associados a construção de alguns conceito como : ativismo judicial e judicialização , esse primeiro capítulo teve como objetivo a construção das categorias ligadas aos conceitos amplamente debatidos , tendo como base teórica a reflexão de diversos autores contemporâneos que no arrojo das diversas interpretações vislumbram os aspectos no neo-constitucionalismo para inserção desse debate.

De modo análogo as sociedades democráticas, vivem uma contemporaneidade positiva, onde auto-afirmação do sujeito perante as novas conjunturas sócio-políticas, evidenciam o melhor posicionamento que os diversos grupos sociais devem seguir, sendo uma hora pelo questionamento jurídico, e outra pela ampla pressão de valorização e reconhecimento das suas diferenças.

A “*ágora*” brasileira é formada não só por aqueles que querem sua identidade reconhecida, embora vivamos uma democracia, mas também, por uma grande participação senão essencial de outros atores como: promotores, juízes, juristas, cientistas sociais, onde cada um a seu modo, procura demonstrar pelo seu lócus interpretativo, uma nova reorganização da normatividade jurídica brasileira, obviamente no que esta ligado as garantias individuais e coletivas, defendidas pelo texto constitucional.

No capítulo seguinte, o foco é compreender a construção de uma judicialização da política brasileira, associados a interpretação de seus maiores operadores: Poder Judiciário e Ministério Público, e de que forma a construção lógica do reconhecimento começa a ocupar espaço no debate das instituições brasileiras.

Capítulo Segundo

A sociedade brasileira como objeto de estudo : a relação entre os órgãos normativos da justiça e sua inserção nos paradigmas sociais

2.1 – Introdução

A redemocratização brasileira, oriunda de diversos processos políticos findando com a promulgação da Constituição de 1988, assim sendo buscar compreender, reorganizando e orientando novas as atribuições dos diversos órgãos normativos da estrutura jurídica brasileira.

Nesse contexto o texto constitucional em seu artigo 127 define as atribuições gerais do Ministério Público como órgão de justiça brasileira responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais até então indisponíveis.

Assim, essa segunda parte do trabalho além de contemplar com as diversas construções teóricas dos referidos órgãos Ministério Público e Poder Judiciário, busca também orientar para lógica da judicialização no seu modelo interpretativo brasileiro. A hipótese a ser construída e elucidada é que de fato nesses mais de vinte de anos da Constituição brasileira, a justiça assumiu diversas funções e orientou para processos legislativos, acompanhando em sua base empírica exemplos da judicialização em países como Estados Unidos e Itália.

Podemos afirmar que existe uma modelo de judicialização da política brasileira, que irá fomentar o terreno para o debate do reconhecimento das identidades sociais.

2.2 – O Ministério público e a judicialização da política após a redemocratização no Brasil

Na busca de maior entendimento sobre a construção da judicialização no Brasil, cabe a análise da participação de um dos operadores do direito: o Ministério Público (MP). Segundo Arantes (1999), o órgão passou por um processo de reconstrução institucional tendo na normatização de direitos coletivos a emergência de novos instrumentos processuais, favorecendo o espaço para o acesso à Justiça no Brasil.

Isso teria ocorrido, principalmente, com relação aos conflitos coletivos, determinando o Ministério Público muitas vezes como o principal instrumento dos atores sociais na solução de conflitos coletivos, visto que em grande parte a luta assume uma conotação política. Isso corroboraria para a construção da judicialização de conflitos políticos e quando em sentido inverso para a politização do sistema judicial.

No jogo dessa ampla abertura dos processos de normatização de direitos algumas áreas, segundo Arantes (1999, b, p.84), encontravam excluídas do ordenamento jurídico. No primeiro momento foram as áreas do meio ambiente, patrimônio histórico e cultural e direito do consumidor. Em seguida, ficaram de fora os direitos fundamentais como: saúde, educação, trabalho, segurança e lazer. A ação civil pública²⁷ torna-se o instrumento capaz de buscar, de forma determinante, a defesa judicial de tais interesses e direitos, redundando em real garantia para determinados setores por ele atendidos.

A redemocratização brasileira, do ponto de vista político configurou um forte impacto no sistema judiciário como afirma Arantes (1999, c, p.84) “De um lado, a demanda por justiça, em grande parte represada nos anos de autoritarismo inundou o Poder Judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo

²⁷ Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (conhecida como Lei da Ação Civil Pública), cuidou-se de instituir regras especiais para a defesa de interesses de grupos de pessoas, especialmente no tocante à legitimação para agir, coisa julgada, fundo para reparação dos danos.

regime militar ao seu livre funcionamento. De outro lado , a democratização e o retorno do Estado de direito recolocaram a necessidade de juízes e árbitros legítimos para decidir eventuais conflitos entre sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado. Esse papel foi atribuído em grande medida ao Poder Judiciário”.

O marco jurídico e político foi delimitado, pela Constituição de 1988. Através da consolidação em seus artigos de mudanças legislativas no que tange aos direitos difusos e coletivos, fornecendo as bases para ampliação de novos direitos transindividuais.

Entende-se por direitos transindividuais pela lógica jurídica, a principio os interesses coletivos, que referem-se a grupos de pessoas podendo ser classificado de acordo com a sua abrangência e origem tais como afirma Mazzili (2004):

“difusos são os interesses que não podem ser quantitativamente divididos entre os integrantes de um grupo indeterminável de pessoas, reunidas pela mesma situação de fato (p. ex., os moradores de uma mesma região, alcançados por um acidente ecológico). Coletivos, em sentido estrito, são os interesses que também não podem ser quantitativamente partilhados entre os integrantes de um grupo já agora determinado ou determinável de pessoas, que se encontram unidas por uma relação jurídica comum (p. ex., os pais de alunos que se rebelam contra o aumento ilegal de mensalidades escolares). Por fim, individuais homogêneos são os interesses que podem ser quantitativamente divididos entre os integrantes de um grupo determinado ou determinável de pessoas, unidas pela mesma situação de fato (p. ex., os consumidores do mesmo bem produzido em série, com o mesmo defeito)”²⁸.

A constituição brasileira de 1988 configura um campo maior para análise política das esferas judiciais, ampliando as formas de controle judicial de atos

²⁸ MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 17a ed. São Paulo : RT, 2004.

constitucionais (como fiscal da lei) e normativos dos poderes Executivo e Legislativo. Tal fato se configura da retirada do Ministério Público do Poder Executivo, deixando bem definido o caráter da defesa do Estado e o guardião dos direitos da sociedade. Associado a isso uma ampla aceitação por parte dos membros do Ministério Público na busca constante pela transformação de seus atos, em um instrumento de luta crucial pela construção de uma cidadania ativa.

O Ministério Público tem como funções principais: a) fiscal da lei (custos legais) e b) titular da ação penal pública. Como explica Arantes (1999,d), o MP deve acompanhar a aplicação da lei pelo juiz, em casos concretos envolvendo direitos individuais. Esses casos estão relacionados à áreas da família, sucessões e defesa dos incapazes.

Assim o MP se configura como órgão interveniente, caracterizado como terceiro elemento, mantendo a lógica da responsabilidade constitucional de zelar pelos direitos dos indisponíveis e interesses de indivíduos considerados incapazes. Já ação penal pública dá ao MP a função de acionar o Poder Judiciário em nome do Estado. Como é sabido cabe somente ao Estado o direito de punir e o órgão que o representa é o MP.

A ampliação do seu rol de atribuições ficou evidente com a Constituição de 1988, através de mudanças legislativas, que determinariam a acumulação e atribuição de novos procedimento jurídicos, que lograriam a promoção e defesa de direitos transindividuais ,caracterizados como direitos difusos e coletivos.

O importante é destacar que até algumas questões relacionadas aos interesses difusos e coletivos, embora não estivessem determinados como objeto definidor na Constituição de 1988, ,ou melhor, como marco inicial , eles já existiam de forma não normativa constitucionalmente falando, por exemplo : em se tratando das questões ambientais, a Lei 6938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente em 1981, pode ser considerada um marco inicial nas questões de interesses difusos e coletivos no Brasil. Associado ao MP a proposição da ação civil pública, como um dos seus instrumentos de ação. Como afirma Arantes (1999, e):

“No caso da lei sobre o meio ambiente, o mecanismo aparece como forma nova, melhor adaptada à tutela de um tipo novo de interesse, que por ser difuso não encontra na organização tradicional do processo judicial meio adequado à sua defesa”

Nesse contexto é interessante analisar que algumas questões ligadas à democracia racial, como as ações afirmativas, aparecem permeio a essa nova ordem institucionalizada, como outro ponto de grande debate dentro da esfera política e jurídica brasileira, e novamente o MP, aparece para intermediar ou interpolar o mérito do assunto em debate.

Não podemos negar que a redemocratização , com a promulgação da nova carta constitucional e posterior ampliação das atribuições do Ministério Público , estabelecem uma evolução legislativa e processual, ensejando afeição pelo processo democrático anteriormente reprimido pelos anos do regime ditatorial brasileiro.

Nos termos da lei 7347/85²⁹ que disciplinou a ação civil pública no quadro das questões envolvendo os danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico estético, histórico e paisagístico. Confere a atribuição de responsabilidades a seus autores, visando a proteção dos direitos e interesses, direcionando para o pagamento em dinheiro ou pela análise do fazer ou não fazer, como base no entendimento da sentença judicial proferida. Muito cabe essa análise, pois dentro do conjunto das interpretações do processo de judicialização da política , ação civil pública , aparece como um instrumento que dá vida as questões anteriormente esquecidas ou se importância pequena para a sociedade em geral.

A promoção desse instrumento jurídico não é monopólio do MP como muitos entendem. Pela constituição da Lei 7347/85, a União, estados e municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista também tem legitimidade em propor a ação, ainda assim, também as

²⁹ Maiores detalhes sobre a lei , ir em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm.

associações civis que existam a pelo menos um ano cujo seu objeto social esteja direcionado para a proteção do meio ambiente, ao consumidor e ou patrimônio histórico e cultural detém também tal legitimidade. Mas o que vemos segundo Arantes (1999, e) é grande parte desses grupos nos bancos dos réus, no caso das associações segundo o autor, um pouco de desconhecimento geraria a baixa demanda pela propositura desse instrumento, ficando em grande parte o MP, seu maior agente.

A Constituição de 1988, além de consolidar diversas inovações de cunho processual, acentuadas principalmente pela Lei da Ação Civil Pública, outros direitos coletivos e sociais também obtiveram sua tutela pela legitimidade dada ao Ministério Público, tornando esse um agente defensor da cidadania.

Arantes explica que embora tenhamos uma carta constitucional que deixa bem esclarecido o conteúdo e os mecanismos judiciais, a participação do MP é de grande importância, visto que a construção institucional do MP, associado aos avanços na regulamentação legislativa de novos interesses e direitos, corrobora para a melhor organização e fortalecimento das instituições na solução de conflitos de interesses de caráter difusos e coletivos. Tal fato pode ser visto com a instituição da Lei 8078 de 11 de Setembro de 1990, instituindo o CDC, Código de Defesa do Consumidor.

Para Arantes (1999, p 88), “a pressão sobre o ordenamento jurídico e sobre o próprio aparato judicial tem sido crescente nas últimas décadas, justamente na tentativa de forçá-los ao reconhecimento da dimensão coletiva de certos conflitos até então tratados individualmente” ou seja, esse reconhecimento implicaria de certa forma na possibilidade de uma judicialização de conflitos políticos. Assim, alguns direitos difusos e coletivos, estão ligados às políticas públicas, que ficam na dependência da ação governamental para solucionar esses conflitos, que por sua vez recai sobre a Constituição.

Embora não se possa dizer que o texto constitucional tenha definido perfeitamente o conteúdo de alguns direitos e os mecanismos judiciais para que certas medidas sejam tomadas como verdade, o Ministério Público nesse sentido torna-se instrumento importante corroborando para determinadas

situações decisivas no processo de afirmação e solução de conflitos coletivos, não podendo deixar também de ressaltar que avanços na produção legislativa que estejam direcionados a normatividade da construção e valorização dos direitos contribuem para uma melhor aplicação e fundamentação do papel desse agente do direito.

Notadamente, ao analisarmos a forma clássica da concepção do direito brasileiro, veremos um terreno permeado por incongruências, tais como o terreno que compreende a lógica entre a esfera dos direitos privados e a esfera pública. Essa análise tem que ser feita, pois segundo Arantes (1999,f, p 90) o direito moderno nasce na separação entre o Estado e a sociedade, ou seja entre a esfera pública e a esfera privada.

A filósofa alemã Hannah Arendt³⁰ explica que no entendimento das esferas pública e privada requer a busca da real participação do sujeito em momentos cujo mecanismo evidencia a construção do homem como animal político, determinando que a política é a realização máxima da moral e da conduta ética.

Também há compreensão de que a partir do momento que o homem, busca a ascensão na esfera pública é possível identificar o enriquecimento da esfera privada, assim o individualismo perderia terreno, o que passa a valer é uma orientação alicerçada no subjetivismo das questões políticas e orientação para as questões de cunho coletivo .

Assim, a figura do “homem” para Arendt, pode ser traduzido de modo *sui generis* a realidade vivenciada pelo Ministério Público, pois, esse “homem”, ao participar ativamente da vida pública e decidir sobre os destinos da comunidade(privada) busca dar uma novo significado a idéia que o individuo tem da sociedade, valendo-se da construção individual para que direcione o foco para coletivismo.

A economia moderna também contribui para que os indivíduos busquem em determinadas situações uma transformação social, direcionando para uma

³⁰ Arendt, Hannah. A condição humana.

reestruturação da sociedade em grupos, categoria e classes, tornando a lógica do coletivismo algo pertencente à realidade social. No entanto, a busca individual dentro do campo jurídico será a base que irá coordenar todo esse processo de transformação das sociedades. O que se vê é uma luta constante pelo reconhecimento da dimensão coletiva de certos conflitos até então pensados de forma individual.

Contudo, mesmo com mecanismos que tornariam o campo das garantias menos construtivos, mesmo estas garantias estando de certa forma determinadas pelo texto constitucional e ligando também ao já existente direitos difusos e coletivos na Constituição , temos ainda uma grande dependência do aparelho governamental e também de certo modo das ações políticas representativas nesse processo, pois , mesmo com a existência dos direitos propriamente ditos no texto constitucional não determinaria sua real efetividade.

Obviamente o que se vê no caso brasileiro é uma nova possibilidade da abertura do entendimento dos conflitos antes somente restritos à esfera pública, ganhando espaço dentro do ambiente judicial, podemos caracterizar com um novo encaminhamento de conflitos de interesses diversos da política para a Justiça, sendo denominado por ora de judicialização da política.

Tal fato se explica pela condução dada ao Ministério Público pela própria Constituição, ao estabelecer que a existência de órgão do próprio Estado, teria como função cobrar os direitos estabelecidos como em seu artigo 6 : “ São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer , a segurança , a previdência social , a proteção à maternidade e à infância , a assistência aos desamparados. Embora todos saibamos que o Estado deveria propor tais políticas para atender as demandas estabelecidas, a lógica que se configura é ordenar ao MP a defesa de tais interesses , buscando não mais uma instância política, mas sim uma resolução de conflitos que tenha como direção a instância judicial.

Ao buscar uma interpretação pela visão do Ministério Público para o fenômeno da judicialização da política dentro do campo de trabalho dessa instituição, é

possível compreender de imediato que de defensor do Estado, o MP passou a ser defensor da sociedade. Esse fato primordial se explica pelo caráter endógeno atribuído aos integrantes do MP, pois a convicção determinante é a de estar a serviço da construção de uma cidadania plena.

Outros fatores como a alta sustentação desse órgão estando separada de certa forma das sombras do Estado e também do próprio Poder Judiciário, contribui para sua auto afirmação no que diz respeito às suas reais funções.

Como também é compreendido pelo MP os diversos problemas da sociedade, são em grande parte responsabilidade dos próprios agentes públicos, da incapacidade da sociedade civil em mobilizar-se para luta de busca dos direitos, e também a ineficiência da Justiça aumentando o desrespeito dos direitos constitucionais do cidadão.³¹

Segundo dados de pesquisa³² realizada com membros do Ministério Público, o entendimento que tem a maioria é que a “sociedade brasileira é hipossuficiente, isto é incapaz de defender autonomamente os seus interesses e direitos, e por isso as instituições da justiça devem atuar afirmativamente para protegê-la. E também que o “o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem de ser sensível aos problemas sociais”. Outro ponto importante também diz respeito ao entendimento que “ a maior parte da população não tem acesso a justiça “. E por fim, de modo relevante, a lógica que “ o Ministério Público deve ser canal de demandas sociais com vistas ao alargamento do acesso a Justiça, transformando o Judiciário em um lugar privilegiado para a solução de conflitos coletivos”³³.

³¹ Arantes, Bastos Rogério – RBCS Vol 14 nº 39 Fevereiro de 1999- Direito e Política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Pg 91.

³² Pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Economicos, Sociais e Politicos de São Paulo(Idsop) em 1993. Survey realizado entre juizes de cinco estados brasileiros.

³³ Os dados da pesquisa atribuídas aos membros do MP com relação as Questões sobre o papel da Justiça na sociedade brasileira, pode melhor ser analisando na RBCS Vol 14 nº 39 Fevereiro de 1999- Direito e Política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Pg 95 ver tabela 2.

Assim, podemos verificar que a existência de oposição entre as instituições políticas representativas e uma sociedade civil fraca, desorganizada, e incapaz de defender seus direitos, contribui para esse protagonismo do MP, mesmo sendo abertamente criticado por pensadores do pensamento político brasileiro, pois, temos um redirecionamento dos atributos das matrizes da sociedade civil. Mas de que forma eficiente e normativa, conduz ao MP esses atributos e a objetivação do instituto judicial para a real garantia dos direitos?

Segundo Arantes (1999,g) “ é preciso que o MP traga as grandes questões ao Judiciário e que este funcione como instancia de substituição dos poderes políticos incapazes que estão de atender aos apelos da sociedade, por omissão ou mesmo por má -fé”.

Todo esse quadro amplamente analisado nesse capítulo, visa mostrar que não podemos falar em judicialização da política no Brasil, sem analisar a participação e contribuição do Ministério Público. Como foi discutido, segundo os autores que se dedicaram a essa temática, e com as reflexões aqui inseridas, a sociedade civil se mostra ineficaz como ente garantidor de direitos, e o Poder Judiciário em si, não poderia, sem a manifestação clara e bem argumentada, responder as questões as quais são submetidos, função essa que a Constituição Brasileira deixa claro ao Ministério Público, e esse faz uso de um instrumento constitucional Ação Civil Pública, para arregimentar os pilares da sociedade moderna. Esse quadro institucional mostra claramente a possibilidade de uma ampla discussão da judicialização, desencadeando de certa forma conflitos políticos , mas o objetivo fim é a busca da efetividade dos direitos constitucionais do cidadão.

O MP foi consagrado pela Constituição Federal de 1988, como função essencial a administração da justiça. Tendo como missão a defesa da ordem jurídica, os direitos sociais e individuais indisponíveis, ou seja, assume um papel importante da construção da cidadania, que segundo conceito de Hanna Arendt aplica a sua importância de “direitos a ter direitos”.

De modo geral o MP não está vinculado como a nenhum dos três poderes republicanos (Legislativo, Executivo e Judiciário), ele surge basicamente para servir a cidadania dentro de sociedade cujo o modelo democrático se faz vigente. Embora na história do referido órgão, principalmente nos períodos da ditadura militar o MP, deixou de lado sua reação função. Como afirma Mazilli :

Em rigor, portanto, o Ministério Público pode existir seja num regime autoritário, seja num regime democrático; poderá ser forte tanto num como noutro caso; Porém, só será verdadeiramente independente num regime democrático, porque não convém a governo totalitário algum que haja uma instituição ainda que do próprio Estado, que possa tomar, com liberdade, a decisão de acusar até mesmo os próprios governantes ou de não processar os inimigos destes últimos. (Apud PEDRO RUI DA FONTOURA PORTO, p. 159)

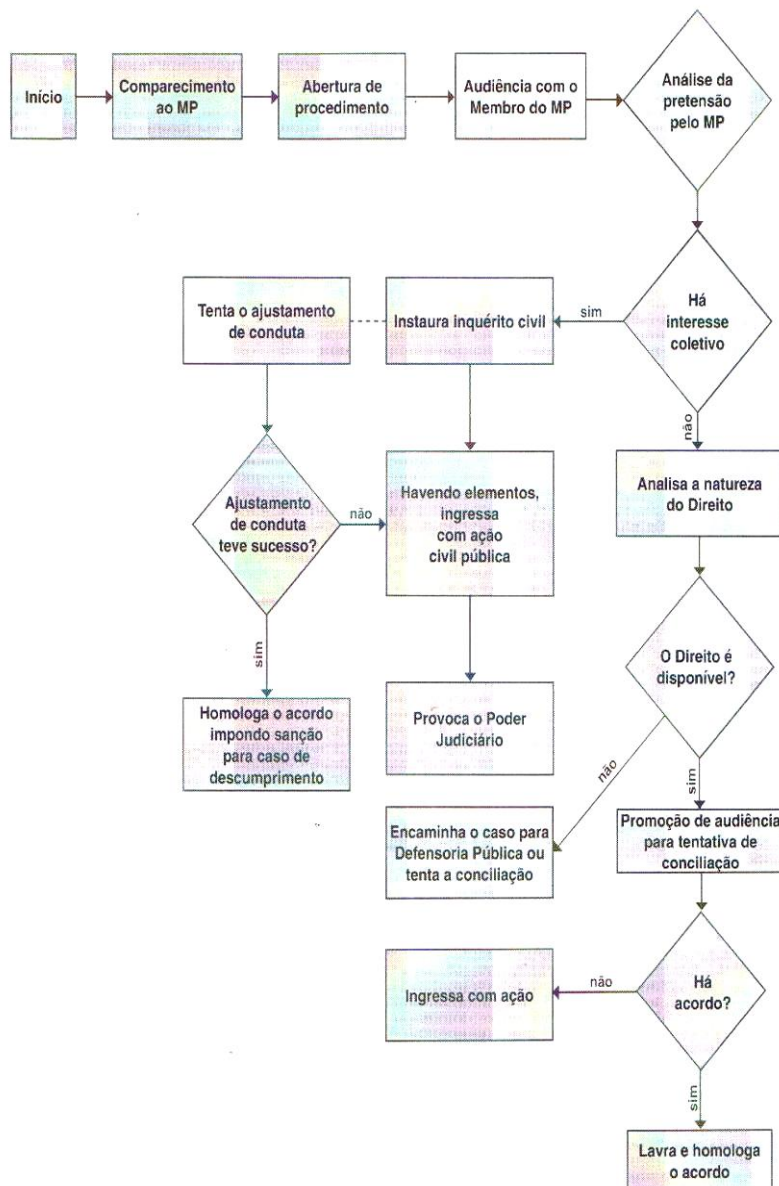
Contudo, sendo a democracia o único regime compatível com a dignidade humana, e sendo o MP um de seus maiores vigilantes, não podemos se quer imaginar essa instituição não trabalhando para garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, dentro do estabelecido Estado de Direito.

O MP assume o protagonismo no chamado Estado Social, prevalecendo da defesa das liberdades públicas, e dos princípios que vigoram a uma justiça social, assunto densamente debatido e confirmado no estabelecido artigo VII da Constituição Federal, onde o MP representará a sociedade nos processos de:

- Punição dos infratores da legislação criminal.
- Proteger os direitos relacionados à infância e juventude.
- Velar pelos interesses das pessoas idosas e deficientes.
- Fiscalizar, de maneira permanente, o processo de criação e funcionamento das fundações e entidades de interesse social.
- Buscar mecanismos que viabilizem a proteção.
- Recuperação do meio ambiente, do patrimônio histórico, cultural e paisagístico.

Portanto, na análise do reconhecimento das identidades sociais, o MP tem um papel fundamental, pois todo processo está ligado a forma como a sociedade está organizada, fortalecendo a busca pelas garantias individuais, mas que no final irá atender o ente coletivo. Tal fato se explica pela ampla aceitação dos pareceres dos membros do MP federal em sua instância máxima Procurador Geral da República, pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, o entendimento das questões de crivo social, da base social, são definitivamente objetos que regimentam a estrutura desse órgão da Justiça brasileira.

Fluxograma de uma Demanda ao Ministério Público



Fluxograma do Ministério Público, fonte Universidade Aberta do Nordeste, extraído de um curso para o entendimento das funções do MP.

2.2 – O processo de construção da judicialização da política no Brasil

2.2.1- As primeiras análises conceituais desse processo

A construção da judicialização da política no Brasil está associada ao envolvimento do Poder Judiciário às questões sociais na medida em que foi se deixando um pouco de lado o positivismo jurídico kelseniano. A partir dessa lógica, o Poder Judiciário aparece como elemento fundamental da democracia brasileira, no que se refere à ligação com questões políticas e sua intervenção no ambiente social.

Essa construção não é tão fácil aparentemente, visto que as divergências estruturais que alicerçam as relações entre o Judiciário e os outros poderes irão identificar em determinado momento uma briga institucional. Foi possível acompanhar diversas medidas de origem do legislativo e do executivo visando um maior controle do Poder Judiciário, principalmente medidas relacionadas às questões salariais, ameaças a autonomia dos juízes e sua própria instituição, como por exemplo: Comissão Parlamentar de Inquérito do Judiciário³⁴ e a proposição da Reforma do Poder Judiciário.

Nesse contexto, a sociedade, de modo geral, através de proposituras constitucionais, mas diretamente pela construção de uma democracia constitucional, viu no âmbito do Poder Judiciário, um ponto chave que ligaria dentro do limites entre o executivo e o legislativo, um lugar para manifestação das insatisfações gerais, sendo convocado ao real exercício de seu papel primordial, ou seja, de guardião dos valores fundamentais dispostos na Constituição Brasileira.

³⁴ CPI do Judiciário criada em março de 1999, durante o governo Fernando Henrique Cardoso por requerimento do então Senador Antonio Carlos Magalhães. Sendo amplamente criticada pelos magistrados visto ser considerada uma afronta a separação dos três poderes.

Podemos dizer, que a lógica inaugural do problema “judicialização da política”, ganha terreno nesse contexto, pois é característico desse fenômeno os países em cujas democracias se encontram literalmente fortalecidas, ou melhor o processo democrático está além de muitos outros países fora da contexto da construção democrática.

No que emerge a lógica da expansão do princípio democrático, a participação do sujeito esta amplamente ligada à institucionalização do direito na construção da vida social. Tal fato passa a atuar no campo da esfera privada. Os novos detentores do direito, como, por exemplo, o movimento operário no século passado, contribuiu para a aproximação entre o Estado e a sociedade civil.

Notadamente é importante ressaltar o grande destaque que se dá a uma tipologia do direito que emerge nesse contexto, especificamente, o direito do trabalho, apoiado principalmente pela construção da relação entre a compra e venda da força de trabalho e as mais variantes participações do sindicalismo, apoiados por diversos setores da sociedade civil. Fato marcante entre o final do século XIX e início do século XX.

O direito do Trabalho se incorporou ao Direito, buscando a contento, uma maior participação desses setores da sociedade civil, através de uma regulação jurídica que garanta um tipo de compensação as essas partes menos favorecidas economicamente. Contudo, explicar todo esse fenômeno do trabalhismo do final do século XIX e início do século XX, requer maior entendimento do chamado welfare state³⁵.

O Estado de Bem Estar social, apresenta sua construção vigente anterior a discussão sobre a contribuição do direito do trabalho. A aproximação entre a administração pública do mercado e as mudanças na operacionalização do sistema de direito, escapando um pouco do controle do direito público e do direito privado, embora o direito privado sendo regido pelos pressupostos da auto-limitação dos indivíduos e também pela liberdade individual, o que se vê

³⁵ Esse conceito foi desenvolvido pelo economista e sociólogo sueco Karl Gunnar Myrdal. Em contraposição as políticas liberais, Myrdal defende o desenvolvimento e a formulação de políticas sociais pela mão de ferro do Estado.

é uma construção de uma rede de proteção dos economicamente desfavorecidos, pela participação efetiva do direito do trabalho, remetendo a um novo significado da chamada justiça social, nas palavras de Viana apud Habermas, o que vemos são “ considerações de ética social”, infiltrando -se em regiões do direito que , até então , se limitavam a garantir a autonomia do direito privado somente , ou melhor visualizam somente os mecanismos do ordenamento da administração pública. .(Habermas,1997, p. 242)

Na relação justiça e direito, tanto quanto a participação do direito do trabalho dentro das esferas liberais, segundo Cappelletti(1993), remete uma ênfase maior na noção de futuro.

Para pensar políticas sociais, é necessário prescrever programas de desenvolvimentos futuros, acelerando uma dissociação das esferas públicas e privadas, onde a esfera privada ganharia maior notoriedade. De acordo com Vianna (1999), uma vez reconhecida a existência de um direito desigual para sujeitos substancialmente desiguais, as relações desiguais passam a fazer parte do conjunto de leis que ditam relações mercantis e também no fortalecimento da relação mercado e organização sindical, mantendo de forma clássica a relação movimento social e welfare state. Mas uma vez a partir do momento que se desenvolve uma judicialização do mercado de trabalho, pois deve se buscar no direito, temas de justiça social em arenas livres para debate como: sociedade civil , partidos e a relação com o parlamento.

Nesse sentido o welfare state nasce condicionado a uma legislação protetora do trabalho, juntamente com o grande associativismo sindical . O que vemos então é o aumento da participação da administração pública e de suas normas, configurando o chamado “capitalismo organizado” segundo Pzeworski³⁶.

A formula dessa lógica da valorização do trabalho é desenvolvido sobre a tutela do chamado compromisso keynesiano, que arremete a realização de dois

³⁶ Przeworski, Adam, Capitalismo e Social – Democracia, São Paulo, Companhia das Letras, 1989, p 247. O autor se preocupa em explicar a lógica reinante entre socialismo e formas de participação pela política, através do jogo parlamentar. Narra todo o processo de ascensão de mudança do processo democrático da lógica socialista.

programas: primeiro pleno emprego e igualdade, onde , o princípio de uma regulação do nível de emprego por meio da administração e o segundo consistia na formulação de uma rede de serviços sociais que deveriam compor o chamado “Estado do Bem – Estar”.

De acordo com o compromisso keynesiano, além de estabelecer que coubesse ao governo regular à economia, cabia-lhe também a administração do social, como o desenvolvimento de programas de emprego de mão de obra, políticas de assistência familiar, projetos habitacionais, programas de saúde e etc., Matérias essas que estavam atreladas a produção de leis para uma busca mais rápida e específica. Da construção de uma justiça social já associada ao direito privado, e que ganha corpo específico dentro do chamado direito do trabalho. Contudo muitas dessas conquistas passam a ser associadas à administração pública, assim as relações sociais passariam a ser mediadas por instituições políticas democráticas.

A partir dessa mediação, o direito dos grupos organizados, direciona para uma jurisdicização das relações sociais, incorporando de fato ao capitalismo essa nova prerrogativa de entendimento das questões sociais determinadas pela lógica democrática vigente.

Embora a mediação contribua para incorporação das questões sociais no âmbito das questões gerais, ou melhor, passando a ter corpo próprio, o direito através da sua própria indeterminação, é que buscará sua orientação pela análise das questões surgidas no presente, e de certa forma contribuirá para o novo entendimento dos poderes. Ou seja, a lei é originária do Poder Legislativo, é dentro desse campo de poder que são elaboradas, votadas gerando um ordenamento para a sociedade. O Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil, busca estabelecer um sentido para as leis, que nasce com motivações distintas a “certeza jurídica”.

Assim, o Poder Judiciário, de forma análoga, é investido de um papel de “legislador implícito”.

Segundo Vianna(1999) essas determinações irão contribuir para uma agenda de igualdade que irão reportar uma difusão da sociabilidade do direito , redefinindo de certa forma a relação entres os três poderes.

Não obstante , para que o Poder Judiciário exerça o controle dessa agenda igualitária , deverá ser capaz de estabelecer parâmetros, controlar e tendo como base a Constituição, no que tange as ações do legislador e do administrador,e indubitavelmente promover uma transformação desse Poder Judiciário na busca da construção dessa nova agenda igualitária é em determinados momentos permitindo lhe associar a si o justo contra a lei.

A inserção dos direitos fundamentais, tomando como base a Declaração universal dos Direitos do Homem, corrobora para a formulação de idéia de justiça, reforçando de forma conclusiva os processos originários do Welfare State, aproximando a discussão entre direito e política.

Vianna(1999,b) afirma que a democratização social e nova institucionalidade da democracia política, principalmente após os anos 70, com o fim de vários dos regimes autoritários (europeu e americano), e a elaboração de novas constituições baseadas na positivação dos direitos fundamentais, contribuíram de forma definitiva para inclusão do Poder Judiciário no espaço da arena política.

Nesse contexto Cappelletti (1993), irá afirmar que os novos processos sociais provocarão a emergência de conflitos coletivos. Esses conflitos entre os grupos sociais, direcionando para produção de interesses coletivos e difusos, tem sido objeto de uma massificação da tutela jurídica, onde o direito na construção da sociabilidade , movido pelas ações favorecem a formação de identidades e de núcleos de organização social, que darão sustentação a essa nova lógica vigente, corroborando para uma nova pauta de entendimento mútuo, fortalecendo de certa forma dentro do tecido social o acesso a justiça.

Embora essa idéia da utilização do direito pelo Poder Judiciário para a busca de igualdade através da construção e valorização dos direitos sociais, para muitos induziria a um problema no que diz respeito a cidadania, pois para muitos a igualdade somente daria bons frutos se viesse acompanhada por uma

cidadania ativa, cujas praticas levassem a continuidade e a aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos. Esse eixo interpretativo ficou conhecido por **procedimentalista**, sendo profundamente defendido por J. Habermas e A. Garapon. Segundo seus defensores haveria o entendimento de que a invasão da política pelo direito, mesmo que em nome da igualdade, levaria a perda da liberdade, caracterizando a chamada “ privatização da cidadania”. De outro lado, outro eixo explicativo elenca fatores que darão um melhor suporte ao entendimento e fortalecimento das relações entre política e direito, por meio da criação jurisprudencial do direito. Para Cappelletti e Dworkin, inevitáveis frente a novas mudanças constitucionais, eixo denominado de **substancialista**, garante que um dos principais personagens dessa lógica, os juízes, sejam identificados como personagens de uma **intelligentzia**, pois esses deteriam o poder de compreender e transportariam alguns princípios já declarados socialmente para a área procedimental do direito.

Mesmo com as diferenças conceituais, a idéia central que deve fixar tanto os defensores dos eixos procedimentalistas ou substancialistas, está ligada ao reconhecimento do Poder Judiciário, como uma instituição importante e estratégica nas democracias contemporâneas, tendo como papel determinante a garantia da autonomia individual e cidadã.

No caso brasileiro em específico, a discussão sobre o processo de judicialização da política remete a análise histórica das variantes constitucionais que marcaram a construção e evolução da nossa jovem democracia.

As Constituições de 1891, 1934 e de 1946 foram definidoras de processos conclusos que irão reestruturar algumas questões legislativas que influenciaram a sociedade. Como sabemos, em 1930 a questão social passa a ser entendida por primazia como objeto de Estado.

Mas, seguramente em 1945, tivemos novos rumos na construção de uma democracia representativa, após oito anos de regime autoritário de 1937. Ao contrario da carta de 1988, cujo processo não foi definido por um anteprojeto,

no seu contexto real prevaleceu as grandes mudanças oriundas do processo de transição do autoritarismo a democracia política.

Para muitos pesquisadores de textos constitucionais como Habermas(1997) quem formulou o conceito de Constituição aberta , a Constituição é a “ sociedade mesma constituída, e sua interpretação é um processo aberto que envolve, no Estado de direito, uma democracia de cidadãos”.Habermas (1997,b) retoma os conceitos rousseauianos, que estão de certa forma inseridos nos textos constitucionais como o de 1988 como transcreve a definição de Rousseau “ a noção do povo como essência e expressão da vontade geral”.

Embora para termos um terreno sólido e buscar efetivamente o entendimento proclamados tanto por Habermas(associação entre Constituição e democracia) e Rousseau outro pesquisador dessa temática Paulo Bonavides, irá afirmar que a aplicação de uma Constituição aberta , requer alguns requintes básicos de consenso democrático, base social estável , pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida , fatores esses que são difíceis de encontrar em sistemas políticos e sociais nas nações tidas subdesenvolvidas ou em desenvolvimento como a brasileira.

Portanto para uma real aplicação de aceitação da garantias constitucionais, é necessária uma sociedade capaz de assimilar as construções cívicas e de cultura política democrática, com sua participação ou quando não do real entendimento do contexto que se aplica.

Cittadino(2000), conclui que “ é , portanto, pela via da participação político-jurídica, que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa ”³⁷.

Assim, a política encaminha-se para a judicialização, na medida em que as efetividades dos direitos assegurados constitucionalmente busquem viabilizar o encontro da comunidade geral os propósitos definidos, já declarados pela Constituição.

³⁷ Giselle Cittadino, Pluralismo,direito e justiça distributiva,p 19.

Paulo Bonavides, segundo Vianna, apresenta a mais lógica justificação para a necessidade da judicialização da política em países como o Brasil, afirmando o seguinte:

“A Constituição aberta levanta, entre outras, a questão medular da validade da democracia representativa clássica e tradicional ao modelo vigente na América Latina, de natureza presidencialista [...]. Sem os meios de produzir legitimidade capaz de manter os titulares do poder no exercício de uma autoridade efetivamente identificada com os interesses da cidadania, o bem estar, a justiça e a prosperidade social. A velha democracia representativa já nos afigura em grande parte perempta, bem como desfalcada da possibilidade de fazer da Constituição [...] o instrumento da legítima vontade nacional e popular [...]. A Constituição aberta, que põe termo a uma ordem constitucional assentada sobre formalismos rígidos e estiolantes, somente se institucionalizará, a nosso ver, em sociedade por inteiro franqueada à supremacia popular. De tal sorte que a politização da juridicidade constitucional dos três poderes possa fazer assim legítimo o sistema de exercício da autoridade, com o funcionamento dos mecanismos de governo transferidos ao arbítrio do povo”. (Bonavides, 1993, p 9-10).

No cerne dessa discussão, a lógica constituinte para muitos autores logrou grande êxito no que tange a participação efetiva de uma comunidade de interpretes da Constituição, que viria a desencadear em um amplo processo de questionamentos oriundos de diversas instituições e de grupos da sociedade civil.

Esse prognóstico é direcionado a participação da chamada *intelligentia* jurídica, pelo grande prestígio e domínio de temas do direito constitucional, da Carta portuguesa de 1976 e da teoria construída pela filosofia do direito alemã.

Embora a divisão de poderes muito bem definida pelo texto constitucional brasileiro, não vemos novas práticas sociais, mas apenas a limitação no cumprimento das funções simbólicas, por um Supremo Tribunal Federal,,

adverso a qualquer tentativa de entendimento jurisprudencial capaz de equacionar conflitos ,.

Com a promulgação da Constituição vemos uma intensa valorização das instituições da democracia representativa, orientados pelo clamor de mudanças nas estruturas sociais., pela via de projetos eleitorais consistentes , apoiados em candidatos que demonstravam uma aparente mudança social.

Os anos 90 teve como personagem desse contexto o Ministério Público associado às instâncias de representação política e as novas vias abertas pela Constituição para uma democracia participativa.

O MP se destacaria como instituição que mobiliza a participação de grupos sociais, , construindo dentro da sociedade, particularmente nas camadas mais pobres e desprotegidas uma idéia de proteção social.

O Poder Judiciário, como afirma Vianna (1999) torna-se um lugar para a busca da proteção social, processo subsequente a deslegitimação do Estado , frente as demandas do setores mais pobres e desprotegidos , vendo nesse órgão do Estado um pouco de expectativa de direitos e cidadania..

Como os autores aqui analisados defendem a judicialização da política brasileira, foi concretizada mais diretamente não por alguns determinantes institucionais, como o Poder Judiciário, mas sim, pela descoberta da sociedade civil, e também pela leitura da obra legislativa do constituinte de 1988, como de fato se comprova nos Juizados Especiais, para o acolhimento de pequenas causas.

Esses fóruns propiciaram uma forma de democratização social pela facilitação do acesso a justiça. Assim, a mobilização de uma sociedade para defesa dos seus interesses e direitos, contribuirá em muito para reconstituição do “tecido da sociabilidade (Vianna,1999) por meio de ambientes institucionais oriundos do processo desencadeado pelas novas vias de acesso a justiça.

2.2.2 – A judicialização da política no Brasil

O entendimento construído remete a um modelo interpretativo da judicialização da política no Brasil, para elucidar esse fenômeno, em específico do caso brasileiro, dediquei nessa parte do trabalho a análise dos instrumentos processuais como ADINS(Ações direta de inconstitucionalidades) e Ações civis públicas.

No tocante a isso, por meio de tabelas e gráficos, busco demonstrar os períodos que melhor definem de fato a inserção da judicialização nos processos democráticos brasileiro.

A estrutura da judicialização da política brasileira remete a interpretação de que a partir do momento que o Judiciário exercer o controle sobre a vontade do soberano, e adotar em contrapartida o controle abstrato da constitucionalidade das leis através da intermediação de um grupo de intérpretes do texto constitucional.

Fato esse, orientado por uma sociedade civil organizada e estando todo esse contexto associado à estrutura democrática vigente, estaria incorporando definitivamente o Judiciário na estrutura pública.

Os novos mecanismos processuais como ADINS (ações direta de inconstitucionalidade), figuram como um instrumento para defesa dos direitos da cidadania e também em muitos casos para “ *racionalização da administração pública*”³⁸.

A figura aparente do Supremo Tribunal Federal (STF), como o órgão institucional capaz de exercer um controle abstrato da constitucionalidade das leis, mediante as provocações a que são submetidos pela sociedade civil e também pela comunidade de interpretes do texto constitucional, evidenciam

³⁸ Viana, Luiz Werneck, 1999. “ A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan. P.47. Podendo ser visto nas ADINS, propostas pelos governadores estaduais.

uma nova organização jurídica que dará sustentação ao processo democrático vigente.

Nos anos 90, com a construção do ideal neoliberal, principalmente devido à vitória de partidos defensores desses princípios no processo eleitoral, e o arranjo político construído pela formação da composição das maiorias dentro do Congresso, vislumbra o alinhamento da aprovação das reformas propostas pelo Executivo. É histórica e decepcionante a quantidade de reformas de cunho econômico que a sociedade brasileira foi submetida nesses períodos. Tal fato se comprova pela criação, afrouxamento e decepção popular do Plano Cruzado. A utilização de mecanismos ditos constitucionais pelo Executivo em grande parte exige uma releitura de alguns conceitos-chaves da estrutura da sociedade como: relação entre público e privado, a ideia de nação e a ideia de indivíduo como também, a valorização da eficiência econômica

Nesse contexto o que vemos é um ativismo legislativo do Executivo, associado ao instituto das medidas provisórias, utilizadas como instrumentos para regular a sociedade, principalmente as questões relativas à natureza econômica³⁹. Assim, a estrutura montada transforma o Legislativo em continuação do Executivo, sem expressão política de contestação, abdicando de certa forma as suas atribuições legislativas.

De acordo com Octavio Amorim e Paulo Tafner a forma de organização política possibilita que “ao participarem de coalizões governativas, os partidos estabeleçam mecanismos não institucionais de supervisão e controle sobre a ação do Executivo, entre os quais o acesso e participação na formulação de políticas de governo”. Essa definição torna-se fato ao analisar os dois governos de Fernando Henrique Cardoso, que pelo uso em demasia dos instrumentos de medidas provisórias, provocaram de certa forma um desmonte no processo legislativo pela via do controle parlamentar da produção de leis. O contexto determina então o favorecimento pela participação de atores sociais como:

³⁹ No governo Sarney 74 das 147 MP tiveram esse caráter, no governo Collor, das 157, 85 tiveram o mesmo caráter, no governo Itamar Franco 54,1% ou 275 das 508 MP tiveram esse mesmo caráter apontado pela pesquisa de Castro (1993) e também no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso 55,6% das 1971 medidas provisórias estavam relacionadas as questões econômicas.

sindicatos e partidos políticos no exercício da interpretação da constituição, a fim de provocar o Poder Judiciário na execução de funções de *checks and balances* dentro do organismo político constituído. Resulta daí a configuração de um poder como um ator social e político plenamente participante, legitimado dentro da estrutura definida como uma nova leitura do processo decisório. Assim as hipóteses de Tate e Vallinder sobre a lógica da construção da judicialização da política, aparecem como um recurso legítimo das minorias contra a não participação real da maioria parlamentar, vinculadas as vontades do Executivo legislador.

Alguns pesquisadores utilizaram da análise dos mecanismos processuais como as ADINS, para fortalecer a idéia da construção da judicialização da política no Brasil. Conforme análise da tabela 1 abaixo, nos períodos de 1988 até 1996, é possível verificar que a judicialização da política aparece como algo crescente. As inovações da Carta de 1988 começam a ganhar formato real, principalmente por parte dos procuradores e governadores. Para uma melhor compreensão das ADINS, principalmente nos anos 1990, 1991 e 1997, conforme destaque da tabela 1, é possível analisar que dentro do cenário pós – constituinte, em face da grande utilização das medidas provisórias, provoca um certo desconforto com a forma clássica de produção das leis. Assim, uma busca contrária para esse novo padrão de administração pelo executivo, favorece os partidos políticos (principalmente de esquerda) e dos sindicatos no exercício de interpretes da Constituição, acionando o Poder Judiciário pelas ações, evidenciando as funções de *cheks anda balances* no sistema político, afim de contrapor quando necessário mecanismos do presidencialismo de coalização.

Segundo Viana(1999: 51) apud Castro “daí que, por provocação da sociedade civil, principalmente do mundo da opinião organizada por partidos e do mundo dos interesses, nos sindicatos, o Poder Judiciário se vem consolidando como ator político e importante parceiro no processo decisório”.

É importante ressaltar também que nos anos de 1990 e 1991 o grande número de Adins, mantém co-relação com o processo de elaboração das Constituições estaduais, tendo seus artigos contestados junto ao Supremo, ressaltando a

ação de membros de chefes do executivo estadual, nas proposições dessas ações. Segundo Vianna(1999) , esta atitude caracterizaria ainda mais a fomentação da judicialização da política no Brasil.

De modo análogo a iniciativa dos interpretes da Constituição quando da proposição das ADINS, fortaleceria uma atitude mais favorável do Supremo Tribunal Federal, em assumir outros papeis, como o de guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana.

TABELA 1: DISTRIBUIÇÃO ANUAL DE ADINS (1988-1998)

ANO	NÚMERO DE ADINS	%
1988	11	0,6
1989	159	8,2
1990	255	13,2
1991	233	12
1992	166	8,6
1993	162	8,4
1994	198	10,2
1995	210	10,9
1996	159	8,2
1997	205	10,6
1998	177	9,1
TOTAL	1935	100

Fonte: Dados retirados da pesquisa O Duplo caráter da Judicialização da política no Brasil, do livro “ A Judicialização da política no Brasil e das relações sociais,1999 pg 52 .

Cappelletti(1985),afirma que todo esse processo é heterogêneo , pois , análise feita de diversas mecanismos processuais, são também de origem dos partidos políticos , sindicatos e também em grande escala dos movimentos que estão ligados ao entendimento da democratização determinando o acesso a justiça.

Na pesquisa realizada pelos autores que buscam entender o processo de consolidação da judicialização da política no Brasil, de modo empírico, após a redemocratização com o advento da carta constitucional de 1988, observa-se grande número de proposições de ADINs frente ao Poder Judiciário.

Em determinados momentos a junção entre a sociedade civil e os partidos políticos de esquerda configuram um novo padrão para essa nova ordem estabelecida, atribuindo a estes, a lógica clássica da construção da judicialização da política, quando se pensa a participação das minorias na construção desse processo.

A tabela 2 demonstra de forma objetiva o crescimento das ações coletivas desses grupos da sociedade civil (organizações de trabalhadores profissionais e de empresários) e dos partidos de esquerda. Em contraposição observa-se o declínio paulatino das ADINS tanto de governadores quanto de procuradores:

TABELA 2: DISTRIBUIÇÃO ANUAL DE ADINS POR AUTORES (1988 – 1998)

AUTORES	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	TOTAL
GOVERNADORES	2	58	100	57	47	40	32	61	26	59	25	507
PROCURADORES	0	22	64	67	63	49	69	47	12	40	26	459
ASSOCIAÇÕES DE TRABALHADORES	1	12	24	39	14	29	33	27	38	31	48	296
PARTIDOS DE ESQUERDA	1	9	20	32	17	10	20	41	34	35	31	250
ASSOCIAÇÕES DE EMPRESARIOS	5	29	18	13	3	17	28	17	18	9	22	179
Total geral	9	130	226	208	144	145	182	193	128	174	152	1.691

Fonte: Dados retirados da pesquisa O Duplo caráter da Judicialização da política no Brasil, do livro “A Judicialização da política no Brasil e das relações sociais, 1999 pg 52

Embora as ADINS dos governadores e procuradores apareçam em maior quantidade, o que podemos notar é o aumento, com o passar dos anos, desses instrumentos processuais por parte da sociedade civil, revelando certo aumento progressivo na participação desses grupos como interpretes da Constituição.

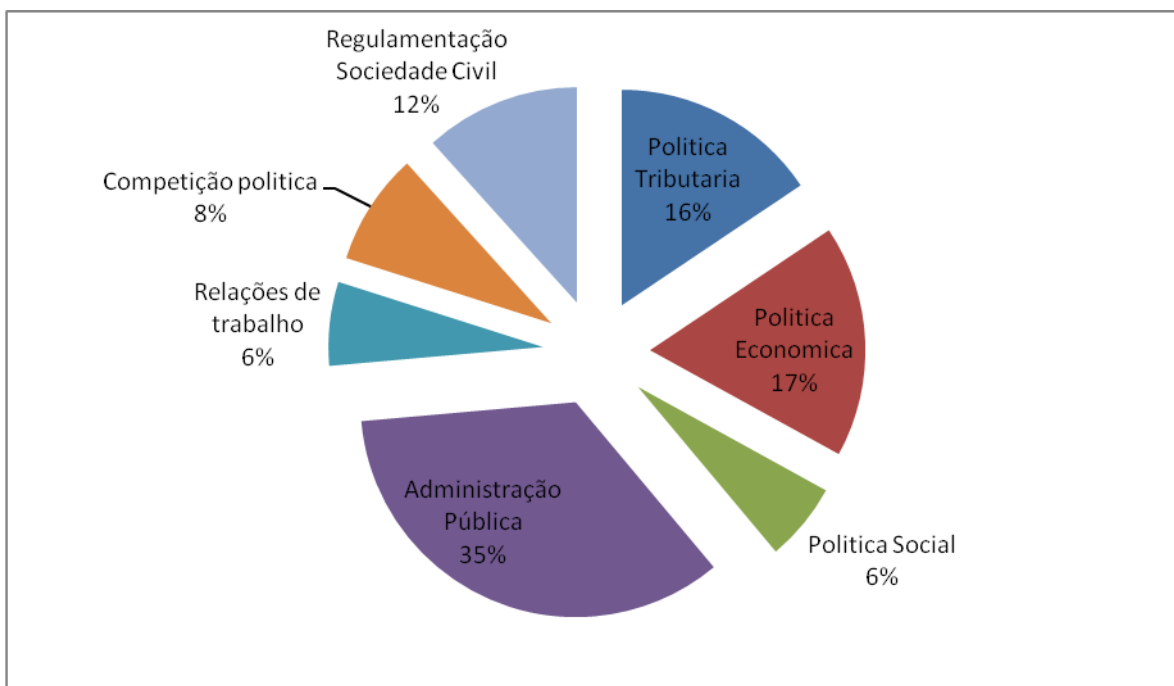
Outro aspecto importante apontado diz respeito ao verdadeiro papel institucional da mais alta corte desse país, o Supremo Tribunal Federal, pois, na maioria das ADINS propostas, o que o configura de modo definidor são os temas relacionados a administração pública, o que para alguns pesquisadores estaria descaracterizando o verdadeiro papel desse órgão normativo. Segundo Viana :

“O STF, foi criado para cumprir o papel de corte constitucional de tipo americano e de corte de cassação, tendo incorporado, pelo exercício do controle em abstrato da norma, as funções de tribunal constitucional de tipo europeu continental, agora, sob a provocação das ADINS, vem fazendo às vezes, como se sugeriu acima, de um órgão superior da administração pública (Viana: 1999 p. 66).

Portanto, em face da demanda de ações cujo objeto estava relacionado à administração pública, começou-se a questionar se o STF não estaria identificado com a definição e entendimento da Carta de 1988, cuja intenção era efetivar a lógica dos princípios programáticos e, não de criar mais uma instância administrativa que fosse baseada no direito administrativo.

O gráfico 1 abaixo demonstra em porcentagens a relação entre as ADINS em um âmbito federal segundo a norma a qual foi contestada.

GRÁFICO 1 – ADINS - CATEGORIA FEDERAL – NORMAS CONTESTADAS



Fonte: Dados retirados da pesquisa O Duplo caráter da Judicialização da política no Brasil, do livro “ A Judicialização da política no Brasil e das relações sociais,1999 pg 67. .

Pela análise do gráfico acima, é possível verificar que a grande maioria das normas contestadas diz respeito à administração pública. Muito se deve a participação efetiva dos governadores e do ministério público na proposição desses instrumentos de contestação perante o órgão máximo do judiciário brasileiro.

Contudo , quando inserimos nesse contexto interpretativo do processo de judicialização da política a participação dos partidos políticos, com efeito da utilização dos instrumentos processuais por grupos políticos de orientação popular, mas precisamente por partidos minoritários, é possível entender o que

Tocqueville irá chamar de recurso da minoria contra a “ tirania da maioria”⁴⁰. Cabe chamar atenção para essa conceituação de Tocqueville, com intuito de compreender que a ampla participação dos partidos políticos de esquerda, evidência um crescimento da participação política de grupos que tinham como objetivo aprofundar a relação entre as instituições da democracia política com o Poder Judiciário, tendo como objetivo final aquisição e defesa dos direitos.

Na análise de alguns instrumentos processuais, como as ADINS, que evidenciaram uma ampla participação de grupos sociais organizados, determinaram efetivamente um modelo de construção da lógica da judicialização da política no Brasil, que de fato colocaria o Poder Judiciário , na conjuntura daquilo que se espera como tipo ideal de democracia. Tomando como base toda a estrutura teórica acima analisada, e os argumentos construídos pela análise empírica dos dados postos a prova, o que se vê é a busca incessante da regulação da sociabilidade e das praticas sociais.

Nesse sentido, questões consideradas normas de conduta da esfera privada, fazem parte do campo de questionamento da sociedade civil como: relações de gênero, questões ligadas ao consumo de drogas, compreensão maior da consciência ecológica, questões ligadas à estrutura social, dentro outros. Nesse sentido, o judiciário se condiciona a uma determinante institucional, para intervir nesses planos.

A idéia de justiça emerge fortemente como um rio que busca de certa forma ocupar espaços já ocupados, sem destruir aquele ambiente, e o Direito logra a participação na vida social, estabelecendo o que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais. A contento, essa construção é característica de democracias consolidadas, onde a figura dos Poderes

⁴⁰ Tocqueville, Aléxis , explica “Considero ímpia e detestável a máxima de que, em matéria de governo, a maioria de um povo tem o direito de fazer tudo, e no entanto, atribuo às vontades da maioria a origem de todos os poderes. Estarei em contradição comigo mesmo? Existe uma lei geral que foi feita, ou ao menos adotada não somente pela maioria deste ou daquele povo, mas pela maioria de todos os homens. Esta lei é a justiça. A justiça forma, então o limite do direito de cada povo” (cit in Weffort, 1989, p.172. O populismo na democracia brasileira , 1989. Editora Paz e Terra.

Legislativo e Executivo em determinadas condições alteram seu caráter procedimental, não assumindo definitivamente as suas funções de “administração do bem estar social” , ficando pura e simplesmente ligadas as organização burocrática do Estado e quando muito na valorização dos seus próprios interesses.

Nesse ambiente, o que reina é a emergência do Judiciário para servir de “avalista” das causas sociais, tendo como base uma estrutura construída pela bandeira do direito, visando obtenção das garantias definidas pelos textos constitucionais, mas que ainda estão aquém de determinados grupos sociais, muitas vezes aspectos ideológicos, de estrutura religiosa e também as construções familiares. Contribuem para essa lacuna, e como dizia Vianna (apud Antoine Garapon) “a justiça se torna um lugar em que se exige a realização da democracia (1999, p.31)”.

Ao que se afirma, o Direito e seus procedimentos no campo dos debates das sociedades democráticas, estão ligados a valorização que os grupos e os indivíduos buscam dentro dessas sociedades, configurando a base de um ideal igualitário que tenha como parâmetro o reconhecimento de identidades, pela idéia construída e amplamente discutida da judicialização que envolve as questões sociais.

Aspectos simbólicos recaem sobre essa análise, pois desde o entendimento das relações familiares, embora estejam alocadas de modo estritamente privado, até na busca consciente de um ambiente interativo de indivíduos de diferentes origens étnicas, que se baseie na normatividade do direito, exemplo a legislação que rege o crime de discriminação e preconceito racial no Brasil .

Portanto, a segunda parte do trabalho teve como objetivo o entendimento do processo de construção da judicialização da política, apresentando através do movimento das ADIN’S e da Ações civis públicas, a pluralidade dos debates para o enfrentamento das demandas sociais.

De modo complementar, a ampla participação da sociedade civil, dos partidos políticos principalmente de esquerda em determinados períodos, logram a

característica de um verdadeiro Estado democrático, tanto na busca dos interesses individuais e coletivos. Nesse contexto, o Poder Judiciário, assume as grandes demandas no bojo dos tribunais, caracterizando um novo modelo interpretativo dos questionamentos que a sociedade obrigou-se compreender a como fato de deslegitimação do executivo.

Não temos aqui uma usurpação de poderes e nem mesmo novas atribuições, até porque a Constituição de 1988 fomenta todo esse processo. Podemos então concluir que a judicialização da política, associadas às ações do Ministério Público e do Poder Judiciário, fundamentam aquilo que iremos abordar no capítulo seguinte, no que tange ao reconhecimento das identidades sociais.

Tal análise recai sobre a compreensão de alguns movimentos sociais, e também das relações alicerçadas no aspecto de gênero, buscando a correlação entre justiça social e identidade social no Brasil.

Capítulo Terceiro : Os procedimentos de reconhecimento das identidades sociais no Brasil

3.1- Introdução

Embora o segundo capítulo tenha dado uma visão mais exploratória sobre a participação do poder judiciário e suas ações frente às demandas interpostas por outros setores pertencentes à estrutura do Estado e também pela sociedade civil, esse terceiro capítulo procura demonstrar como o aspecto das políticas públicas evidenciam uma maior visibilidade dos problemas inerentes a estrutura social dos grupos marginalizados em específico aos ligados as questões raciais.

Nesse contexto torna-se importante buscar a compreensão da participação efetiva dos diversos elementos do Estado tais como: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, como também da sociedade civil pela participação efetiva dos movimentos sociais , e de que forma corroboram no processo de reconhecimento de suas diferenças como também na construção de suas identidades.

De cunho mais normativo, a efetivação do Estatuto da Igualdade Racial, insere-se nesse contexto, ao inserir no cotidiano um novo padrão de reconhecimento pela via legal, antes soltos de alguns posicionamentos legislativos. Embora exista uma lei, não conseguimos visualizar a participação direta do Poder Judiciário na efetivação dos pontos definidos pelo Estatuto.

Assim também um dos aspectos que influi nesse debate e que está ligado a compreensão dos fenômenos do reconhecimento são as políticas de ação afirmativa, que serão apresentadas e discutidas visando identificar o que se tem construído quanto ao aspecto não mais determinado por opiniões e interpretações do senso comum , mas sim por parte do Poder Judiciário , principalmente quando esse órgão do direito é questionado sobre a constitucionalidade dessas conjecturas.

O capítulo será organizado em três seções, num primeiro momento a pesquisa buscou construir o paralelo entre as questões raciais e uma pequena abordagem sobre a discussão de gênero no Brasil, apresentando o processo de construção dessas identidades sociais. Na seqüência, visando apresentar a lógica do reconhecimento, a análise do Estatuto da Igualdade Racial, busca identificar, através de uma legitimidade os mecanismos para garantia dos direitos de um grupo não reconhecido, corroborando para uma afeição da construção das identidades sociais.

Para maior compreensão do leitor, o capítulo é finalizado apresentado os debates contemporâneos relacionados às políticas de ação afirmativa, identificando seu processo histórico e críticas, tendo como objetivo principal apresentar de que forma o Poder Judiciário, manifesta-se frente essas novas demandas, oriundas tanto da sociedade civil organizada como também pela ação dos operadores do direito.

3.2- A construção das identidades sociais: um pequeno debate sobre a participação do movimento negro nesse contexto

Dentro daquilo estabelecido e que podemos considerar como “marginalizado” na sociedade brasileira, é possível agrupar conceituando as diversas variantes interpretativas dos quem fazem parte desse grupo, aspectos históricos, sociais e políticos relacionados.

Assim, podendo ser considerado dentro desse conjunto: os negros, homossexuais, idosos mulheres, cada um sendo submetido as varias formas exclusão social .

De outro lado vemos também elementos desses grupos marginalizados, associados ou não na busca individual e coletiva das garantias constitucionais ora constituídas que irão definir a forma de inserção no ambiente social .

Obviamente a inserção, não é apenas de modo singular, dentro do campo do entendimento dos indivíduos e seu grau de compreensão daquilo que está sendo questionado como processo de reconhecimento.

O ponto fundamental recai sobre o reconhecimento das diferenças pela sociedade, mas o foco e normatividade estão associados ao aspecto legal dos procedimentos que serão adotados tanto por aqueles que almejam o entendimento da luta de valorização das suas identidades como também pelo Poder Judiciário, funcionando como um lugar central para construção de debates, valendo-se do embasamento jurídico.,

Por outro lado essa construção debates foge em muitas situações a rotina e aos procedimentos do Poder Legislativo, em face das dificuldades de compressão do objeto e das variantes sócio-culturais que estão no campo de batalha.

As nuances interpretativas da compreensão do campo dos grupos marginalizados é tratado assim neste capítulo , pelo vigor que se quer da

construção e reconhecimento das diferenças e não uma igualização das diferenças .

No que tange a problemática das relações discriminatórias tanto de gênero como de raça, o ambiente social favorece um campo de debate sobre a real lógica da construção de um ideal de cidadania, e esta amplamente associada à emergência dos movimentos sociais como maior expressão no final da década de 70. A cidadania dentro desses processos passa a ser construída por meio de lutas constantes, formando novos sujeitos e novas identidades políticos-culturais.

No âmbito do entendimento desses grupos sociais , dois conceitos devem ser explorados de um lado “gênero” de outro o “racismo”. O conceito de gênero em determinadas situações, favorece o instrumento político para a compressão das relações construídas socialmente entre homens e mulheres. Ele aparece como um conceito multidimensional, segundo a definição de Moraes (2011) “o sentido do termo gênero é diferente de papéis, porque gênero constitui sujeito, faz parte de sua construção social, ultrapassa a idéia de desempenho de um simples papel que lhe é determinado por outrem”.

É possível abordar essa discussão tanto pelo aspecto do social quanto pela dimensão do biológico. No que se refere a esse último aspecto, a lógica regente e que aparece como fonte crucial é a relação homem e mulher e os seus aspectos de condução da vida humana. Em determinadas situações os papéis por eles exercidos e a forma que a sociedade determina o grau de importância de um com relação ao outro recai sobre as questões da divisão sexual do trabalho. Obviamente as relações de gênero são vistas de formas amplamente desiguais e diferentes em diversos aspetos da vida cotidiana.

Com o objetivo de proporcionar debate mais homogêneo com rigor normativo, no dia 1 de Janeiro de 2003, no então governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foi editada a medida provisória 103, mais tarde transformada na Lei 10683/2003, que criou a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, tendo como função enfrentar as desigualdades e diferenças sociais, raciais, sexuais,

étnicas e das mulheres deficientes⁴¹, através de uma ação nacional, que teria como finalidade a construção de políticas públicas relacionadas a questões de gênero e raça.

De modo análogo o processo constituinte que deu vida a carta constitucional de 1988, aborda a igualdade entre pessoas independente de sua raça e gênero.

No entanto como afirma O'Donnel(1993) “a cogitação do desenvolvimento de condições que restrinjam a institucionalidade democrática, em países como o Brasil, impondo um padrão de "cidadania de baixa intensidade", decorrente da "legalidade truncada", expressa de certa forma a incapacidade do Estado de assegurar a todos os seus cidadãos os direitos que lhes são genericamente reconhecidos”.

Portanto, vemos na exposição acima de um lado um documento (Constituição) que contempla as garantias, e de outro a análise teórica de um modelo brasileiro que não entendi essas diferenças, mas também há de se questionar porque somente após quase 20(vinte anos) da constituição de 1988, políticas públicas verdadeiramente começam a ser construídas, como forma de uma órgão especial para normatividade dessas questões.

De modo geral, dentro do processo de inclusão social, com via para construção de uma sociedade justa, igualitária, e um ambiente que a cidadania de homens e mulheres, passe obrigatoriamente pelo reconhecimento das diferenças e da diversidade, forçando em todos os lados os mecanismos discriminatórios de gênero e raça.

Como o objeto do gênero é a “mulher” e a questão da raça é o “ negro”, cabe então buscar conceituar a construção do processo de identidade negra no Brasil e os mecanismos para o reconhecimento, desde as abordagens sociológicas e políticas para o fato a ser explorado.

⁴¹ Ver em <http://www.sepm.gov.br/sobre>

No artigo “Construindo Identidades Sociais” ⁴² Kabengele Munanga em “Algumas considerações sobre a diversidade e Identidade negra no Brasil, 2003” afirma:

(...) justamente porque os que coletivamente são portadores das cores da pele branca e amarela não passaram por uma história semelhante à dos brasileiros coletivamente portadores da pigmentação escura. Essa história a conhecemos bem: esses povos foram seqüestrados, capturados, arrancados de suas raízes e trazidos amarrados aos países do continente americano, o Brasil incluído, sem saber por onde estavam sendo levados. Uma história totalmente diferente da história dos emigrados europeus, árabes, judeus e orientais que, voluntariamente, decidiram sair de seus respectivos países, de acordo com a conjuntura econômica e histórica interna e internacional que influenciaram suas decisões para emigrar. Evidentemente, eles também sofreram rupturas que teriam provocado alguns traumas, o que explicaria os processos de construção das identidades particulares como a “italianidade brasileira”, a identidade gaúcha etc. Mas, em nenhum momento, a cor de sua pele clara foi objeto de representações negativas e de construção de uma identidade negativa que, embora inicialmente atribuída, acabou sendo introjetada, interiorizada e naturalizada pelas próprias vítimas da discriminação racial (Munanga, 2003, p. 37).

Nesse contexto, o aspecto do negro analisado por Munanga, contribui para o entendimento da caracterização da formação da identidade, como componente dos processos sociais reais, orientados pelas práticas sociais e constituídas das relações sociais diversas.

“A identidade como processo social surge da relação dialética existente entre indivíduos e sociedade, e só pode ser compreendida em conexão com a produção das diferenças, pois a sua construção social se produz sempre num contexto caracterizado pelas relações de força” (Moraes, 2005).

⁴² Moraes, Eunice Lea. “Relação gênero e raça na política pública de qualificação social e profissional”.

Existem três formas de identidade, seguindo origens diferentes como aponta (Moraes,2005 apud Munanga):

- a) A identidade legitimadora, que é elaborada pelas instituições dominantes da sociedade, a fim de estender e racionalizar sua dominação sobre os atores sociais;
- b) A identidade de resistência, que é produzida pelos atores sociais que se encontram em posição ou condições desvalorizadas ou estigmatizadas pela lógica dominante;
- c) A identidade-projeto , quando os atores sociais, com base no material cultural à sua disposição, constroem uma nova identidade que redefine sua posição na sociedade e, conseqüentemente, se propõem em transformar o conjunto da estrutura social.

A construção de uma identidade especificamente negra, segundo Costa(2002), passa pelo debate sócio - antropológico, da questão de raça, embora não seja esse o assunto a ser discutido neste trabalho, a idéia de raça perfaz o caminho que orientará a construção da identidade negra, e os aspectos políticos que determinarão , com uma base jurídica as formas de reconhecimento , oriundas dessas relações sociais. A “realidade estrutural” das desigualdades raciais seguem conseqüências políticas, onde por intermédio das classificações raciais branco e não branco, torna-se a base para o que será oferecido de oportunidades sociais, deixando de lado a idéia de uma democracia racial no Brasil.

Parte-se do principio do próprio reconhecimento por parte desse grupo social de sua condição de “negro”, como fator preponderante a sua percepção de uma racialidade, ou seja, para a construção de uma identidade com base no imperativo político, que direcionaria ações próprias contra as estruturas que reproduzem as desigualdades raciais.

Costa(2002,b) afirma que “ esse modelo racializado de identidade” deveria ser tanto encorajado pelo Estado , quanto pela ação do Movimento Negro, não obstante orientado, pela noção gramsciana de bloco histórico.

Costa(2002,c) apud Hanchard, afirma que a identidade negra a ser construída no Brasil deve ser menos “*diasporic*” e mais nacional, apostando na formação de um leque amplo de alianças”.

Na historiografia do movimento negro, se construiu como definição como o movimento que se constituiu da luta dos negros na perspectiva de resolver seus problemas relacionados a preconceitos, discriminações raciais, marginalização do mercado de trabalho, com relação à educação, aspectos políticos, sociais e culturais. Logicamente nesse entorno a questão já discutida da idéia de “raça”, liga-se fortemente ao que será objeto primordial da construção de uma identidade racial, estando sempre com arranjo a situações que envolvem as reivindicações políticas, e os caminhos para o entendimento jurídico das problemáticas oriundas dessa busca incessante pelos reconhecimentos das suas diferenças.

Não obstante, Joel Rufino dos Santos (1994,p 157), grande escritor da cultura africana, descreve de forma compreensiva uma definição do movimento negro, definição que não aborda o lado questionador do movimento associado ao ideal político, mas como um agrupamento militante, como sendo:

(...) todas as entidades, de qualquer natureza, e todas as ações, de qualquer tempo [ai compreendidas mesmo aquelas que visavam a autodefesa física e cultural do negro], fundadas e promovidas por pretos e negros(...). Entidades religiosas [como terreiros de candomblé, por exemplo,], assistências [como as confrarias coloniais], recreativas [como “ clubes de negros”], artísticas [como os inúmeros grupos de dança, capoeira, teatro, poesia], culturais [como os diversos “ centros de pesquisa”] e políticas [como o Movimento Negro Unificado]; e ações de mobilização política , de protesto anti- discriminatório, de aquilombamento, de rebeldia Armada, de movimentos artísticos, literários e folclóricos – toda essa complexa , ostensiva ou encoberta , extemporânea ou cotidiana, constituiu movimento negro.

O movimento negro brasileiro somente de fato começa a construir e ser reconhecido pela sociedade quando as comemorações festivas da abolição da escravatura em 13 de Maio transformou-se em Dia Nacional da Denúncia Contra o Racismo, posteriormente o dia 20 de Novembro conhecido como Dia Nacional da Consciência Negra (possível dia da morte de Zumbi dos Palmares). A partir daí vemos um movimento negro organizado, buscando construir reivindicações específicas, com algum reconhecimento público.

O Movimento Negro Unificado(MNU) fundado em 1978, tinha como característica as reivindicações para uma desmistificação da idéia de democracia racial brasileira, uma melhor organização política da população negra, conseqüentemente maior participação em sindicatos e partidos políticos.

A partir daí algumas ações de cunho pedagógico começam a ser constituídas. Um exemplo foi a luta pela introdução da História da África e do Negro no Brasil nos currículos escolares em 2003, que na visão do governo a sociedade brasileira deveria ter oportunidade de conhecer a história da formação da cultura negra, suas raízes e as formas de manifestações.

A luta torna-se algo concreto, vide a lei 10639/2003, no governo do Presidente Luiz Inacio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores, tornando obrigatório o ensino de História da África e do Negro no Brasil⁴³, vemos aqui um feito para valorização da nossa pluralidade cultural.

.Embora não seja ainda possível medir quais os efeitos dessa lei nas cadeiras escolares e no entendimento da sociedade em geral e também por parte dos indivíduos a elas submetidas, ainda que a contribuição político - ideológico seja positiva, ainda carregamos a idéia de sermos um país que não valoriza suas raízes, apenas segue padrões culturais já prontos, muitas vezes discriminatórios.

Para o movimento negro, ações como : Dia Nacional da Consciência Negra e a introdução da disciplina de História da África e do Negro fortalecem ainda mais,

⁴³ Ver em <http://portal.mec.gov.br/setec/arquivos/pdf/lei10639.pdf>

a busca pelo reconhecimento de suas diferenças, embora dentro de um contexto que seja validada a lógica da igualdade de direitos.

Algumas questões relacionadas ao movimento negro, como a políticas de cotas raciais, em determinados momentos demonstram uma fragmentação. Contudo, o objetivo que é o reconhecimento de suas identidades sociais, contribua para um movimento devidamente uniforme.

A caracterização dessas ações associadas à questão da desigualdade e da discriminação racial no Brasil, são impactantes ao confrontar que 45% da população brasileira são de afrodescendentes. Em termos gerais, essa população de aproximadamente 76,4 milhões de pessoas, segundo dados do IBGE é a maior população de afrodescendentes fora da África.

Apesar de tudo, ainda estão sujeitos a precárias condições de vida e exclusão social. Outros dados, como os calculados pelo índice de desenvolvimento humano (IDH) evidenciam que a posição dos negros brasileiro é 108º comparado com a população branca que ocupa 49º posição. Os altos níveis de violência maior numero de homicídios, deixando a margem e sem expectativa principalmente jovens de 15 aos 24 anos.

Embora a discussão não seja a análise do movimento negro, não podemos deixar de ressaltar os processos de luta pelo reconhecimento e de suas identidades sociais, em um primeiro momento, como também a luta corrente pelas garantias constitucionais de direitos básicos para esse contingente de "homens livres" na chamada sociedade "democrática e igualitária".

A participação do Estado está no desenvolvimento de políticas públicas que ataquem diretamente a problemática da desigualdade racial e social, de outro lado questiona-se também que modelo democrático estaria inserido nesse contexto e também se é possível associar essa nova abordagem de busca pelo reconhecimento com o pleno desenvolvimento da cidadania, no chamado Estado de direito.

Assim, como afirma Lemos(2003)⁴⁴ “ pode-se pensar em pelo menos quatro tipo de políticas para enfrentar essa questão: políticas repressivas, universais, valorizativas ou persuasivas e afirmativas. Dentre as quatro, a com maior veemência e concretização são as políticas afirmativas, embora sejam de fácil compreensão ainda causam certo estranhamento por parte de alguns setores da sociedade, principalmente sobre a sua aplicabilidade .

De acordo com as informações do quadro citado em Lemos(2003,b) podemos caracterizar os distintos fenômenos da desigualdade racial e as políticas públicas brasileiras para enfrentá-los, como segue :

Fenômeno a ser enfrentado	Tipo de política a ser implementada	Descrição da política
Racismo	Persuasiva ou valorizativa	Tem como objetivo reconhecer e valorizar a pluralidade étnica que marca a sociedade e valorizar a comunidade afrodescendente , destacando tanto o seu papel histórico como sua contribuição contemporânea à construção nacional. Visa atingir não só a população desvalorizada contribuindo para que ela possa se reconhecer na historia e na nação, mas toda a população, permitindo identificar-se na sua diversidade étnica e cultural.
Preconceito racial	Persuasiva ou valorizativa	Idem
Discriminação racial direta	Repressiva	Implementação da legislação criminal existente
Discriminação racial indireta	Afirmativa	Garantir a oportunidade de acesso dos grupos discriminatórios, ampliando sua participação em diferentes setores da vida econômica, política, institucional cultural e social . Elas se caracterizam por serem temporárias e por serem focalizadas no grupo discriminado; ou seja, por dispensarem , num determinado prazo, um tratamento diferenciado e favorável com vistas a reverter um quadro histórico de discriminação e exclusão.

Fonte : Jaccound e Beghin, 2002:67 . As autoras constroem esse resumo olhando a experiência brasileira.

⁴⁴ Lemos, Ana Tereza , 2003, “ Justiça sem o Judiciário? Estado de direito e desigualdade como desafios a sustentabilidade da democracia brasileira.

No conjunto entre as políticas públicas, as políticas de ação afirmativa, necessitam enquanto matéria de direito de um debate que consolide verdadeiramente a sua construção ideológica e a eticidade presente nessas proposições, visando relacionar ao que se determina como problema oriundo das ações discriminatórias e qual o seu grau de influência nas estruturas sociais vigentes.

O debate contemporâneo sobre as políticas de ação afirmativa, quando levadas a campo no que compreende a participação do sistema jurídico em determinadas conceituações normativas, contribuem efetivamente para uma real determinação dos padrões a serem seguidos. Ou seja, o sistema jurídico deve tomar a si o *accountability* do executivo em fomentar políticas públicas, visto serem os alvos das demandas existentes Lemos (2003,c).

Um dos pontos interessantes da discussão apresentada do ambiente jurídico para a compreensão do *locus* normativo da interpretação jurídica, diz respeito a forma que alguns países trabalharam com esses modelos de políticas públicas mas especificamente de ação afirmativa.

Lemos(2003,d) apud Sansone(1998) apresenta dois sistemas de relações raciais dos países de grande população africana por exemplo Estados Unidos, onde o apartheid era legalmente organizado , e no Brasil, onde as divisões étnicas eram mais manipuláveis.

Um dos dados interessantes apontados pela autora, é a afirmação de que nos como Estados Unidos considerados “etnófilos” as políticas de ação afirmativa tendem a ser aplicadas de forma mais eficaz e debatidas e politizadas muito mais que em países “etnófobos” exemplo o Brasil (Lemos, 2003 , apud Sansone, 1998:2), além do que esses países passaram por profundos problemas de cunho racial ,no entanto o que de fato implicaria no melhor desenvolvimento dessas políticas, segundo Lemos (2003,e) seria que “ a polarização facilitaria a politização e explicaria as demandas e soluções , enquanto as ambigüidades dificultariam a organização política dos discriminados”.

Outro ponto a salientar está relacionado ao Estado de Direito nestes países mais consolidados, encaminhando conflitos para o campo do jurídico. A apreciação pelas leis e sua existência não garante a efetividade dessas políticas, mas sim a sistematização das normas sociais, sendo mais claras e objetivas, associada a uma cidadania jurídica de cunho educativo.

Um dos pontos nevrálgicos do sucesso ou insucesso das políticas de ação afirmativa, diz respeito ao não direcionamento da questão racial pura e simplesmente, mas de políticas que corrobore para coibição sistemática de práticas de discriminação. Outro ponto identificado pelos autores que comparam Estados Unidos e Brasil, diz respeito à diferença de percepção, abrangendo modelos distintos culturalmente próprios dos países em questão “ a principal característica como fato de que a discriminação nos EUA foi vista desde os seus primórdios , pós abolição , sendo um problema explicito a ser resolvido, enquanto no Brasil , ele é costumeiramente negado pelo mito da democracia racial, visto portanto como um não problema. Portanto sem admitir a percepção de um problema não é preciso pensar e encaminhar soluções ” (Lemos , 2003,f).

A forma como o mito da democracia racial brasileira é estabelecido e também a delimitação do entendimento e reconhecimento dos problemas oriundos das abordagens da questão da discriminação e o não reconhecimento por partes dos indivíduos como parte do problema, aceitando o *status quo* , determinam o paradoxo racial no Brasil.

A ausência de políticas públicas funciona como mecanismos de perpetuação do racismo, do preconceito e aumenta significativamente as discriminações, desencadeando apenas a ponta do iceberg, mas que gerará um atraso na compreensão das categorias que levam um país a condição de atraso, e conseqüentemente de um determinante da desigualdade social.

De modo geral esta seção teve como objetivo apresentar de que forma as relações raciais, estão sendo inseridas no contexto geral brasileiro. Para isso a análise do movimento negro torna-se fator chave para entender a construção das identidades sociais, não deixando de apresentar alguns aspectos da

discriminação racial. No entanto, a ausência de liderança pelo Estado nesse processo evidencia também em determinados momentos um legislativo, que não cria leis direcionadas elucidar esses problemas.

Como afirma Sansone(1998), Em face dessas negligências , o Movimento Negro, busca perante a sociedade e através de cobranças direcionadas ao Estado:

- 1.Ação afirmativa ou sistema de cotas raciais;
2. Reparação;
- 3.Apoio aos moradores remanescentes de quilombos no reconhecimento legal da posse da terra;
- 4.Melhora no acesso ao negro à educação e revisão dos currículos e textos escolares, nos moldes anti-racistas e/ou do multiculturalismo.

Portanto, não poderia falar em construção de políticas públicas, sem antes demonstrar as variantes do reconhecimento das relações raciais, objetivando a valorização das identidades sociais.

3.3- Aportes do legislativo frente às demandas sociais: O Estatuto da Igualdade Racial:

Nesses 123 anos da abolição da escravatura, fato que se deu em 13 de maio de 1888, pela assinatura da Lei Áurea pela princesa Izabel, decretando a liberdade aos negros do Brasil, configurou um novo momento a esses brasileiros, que agora buscavam de fato um lugar dentro da sociedade brasileira. Sabemos que toda a construção da lei que deu liberdade aos negros brasileiros é fruto, como mostra a historicidade brasileira, de uma grande participação política e do jogo de interesses econômicos inerentes a situação da época. De modo geral, esse novo sistema político não assegurou ganhos materiais ou simbólicos para população negra, apenas contribui para elevação de um grande contingente de indivíduos que agora passariam a beirar a marginalização principalmente dos grandes centros da época.

A gênese da busca por ideal de igualdade perfaz os anos subseqüentes ao processo da abolição da escravatura, adentrando o século XX e configurando através da criação das leis que visavam diminuir a exclusão social sofrida por essa parcela da população brasileira. Tal fato se comprova pela aprovação em 1951 da lei 1390 conhecida como lei Afonso Arinos, como vertente de um principio de igualdade. Essa lei não foi muito generalizante e visava confrontar o caráter casuístico do preconceito racial, tornando--o uma contravenção penal, embora a intenção fosse a melhorar a idéia e atacar o preconceito racial tornando o verdadeiramente crime, ficava a margem da interpretação das hipóteses das situações que levavam ao ato discriminatório. A lei 7716/1989, mas conhecida como lei Caó de autoria do deputado Carlos Alberto de Oliveira, punia com mais severidade as praticas de racismo.

De certa forma, vemos ações que visavam tornar o racismo como pratica condizente de crimes, sendo objetos de ações penais como o caso da lei 9459 de 1997 criando uma categoria processual de injuria racial dentro do Código Penal.

A Constituição de 1988 torna-se também um instrumento contra a discriminação racial, estabelecendo em seu artigo 5º inciso XLII o racismo como crime inafiançável e imprescritível, dando um novo caráter legal a essa problemática.

Embora tenhamos constitucionalmente esse caráter jurídico que visava direcionar as práticas racistas para a arena jurídica, muito ainda se tem discutido sobre os processos de desigualdades já no campo social que os afrodescendentes estariam sendo sujeitados e os mecanismos que corroborassem para tentar diminuir as grandes diferenças econômicas e sociais oriundas do atraso que teve como fonte o processo escravocrata brasileiro. Da mesma forma que a *III Conferência mundial contra racismo e discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata em Durban 2001*, deixou claro que a escravidão e o tráfico transatlântico de escravos, caracterizou como uma das maiores tragédias da humanidade, é que os africanos e os afro-descendentes continuam ainda sendo vítimas desse trágico fato histórico. Nesse contexto o Brasil concordou com as determinações de comprometer-se em adotar mecanismos que eliminassem o racismo, preconceito racial e falta de oportunidades em todos os sentidos para o afro-descendentes brasileiros.

Tal fato, foi evidenciado pela criação do Estatuto da Igualdade Racial, de autoria do Senador Paulo Paim- PT/RS. O Estatuto da Igualdade Racial iniciou seu trâmite no Congresso Nacional no ano de 2006, aprovado pelo Senado Federal em 16/06/2010, sendo sancionado e tornando-se a lei 12.288 em 20 de Julho de 2010, as disposições preliminares que reza a estrutura desse documento conforme o inciso I do artigo 1º dialoga com inúmeros diplomas legais, ratificando o entendimento com o já construído no artigo 1º da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial da Organização das Nações Unidas em 1969, como segue

“Esta lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e as demais formas de intolerância étnica” ⁴⁵

Na construção de um texto ideal, repleto de contribuições e críticas das mais diversas variantes do movimento negro, de um lado e de outro, das análises do legislativo, o texto final construído e aprovado caracterizou de certa forma um novo marco nesse processo de valorização de construção das identidades e reconhecimento das diferenças da população afro-descendente, vislumbrando um novo aporte jurídico para determinadas questões ora estabelecidas pelo Estatuto da Igualdade Racial.

Outra importante questão a ser levantada sobre o Estatuto da Igualdade Racial, institui como mecanismos de promoção da igualdade racial através das políticas de ação afirmativa como forma de buscar através do Estado e também pela iniciativa privada procedimentos para correção das desigualdades raciais e para promoção das igualdades de oportunidades como estabelecido no inciso VI do artigo 1º e no parágrafo único do artigo 4º do referido documento.

No que tange a ampla discussão das políticas de ação afirmativa, o debate contemporâneo recai sobre algumas determinantes como exemplo: as políticas de cotas nas universidades e concursos públicos. Travando um grande debate, chegando até o Supremo Tribunal Federal, por meio da Audiência Pública para análise da constitucionalidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental 186 através do Recurso extraordinário 597.285.

Como afirma Castro(1994) “, a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas. A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o

⁴⁵ Ver texto inteiro em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm

funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios.

Sob tais condições, ocorre certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um "direito" e um "interesse político" (Castro, 1994), sendo possível caracterizar o desenvolvimento de uma "política de direitos" (Tate, 1995).

3.4- Aplicabilidade das políticas de cotas dentro contexto da construção das identidades sociais

Outros aspectos a serem discutidos dizem respeito ao papel do Poder Judiciário de manifestar-se sobre as questões das políticas de cotas, que fazem parte do conjunto das políticas afirmativas e também a construção teórica das políticas públicas. Buscar-se-á analisar seu argumento normativo contribuindo para o entendimento da sociedade dessa problemática.

A constituição brasileira de 1988 assumiu seu caráter de “constituição cidadã” entrando de fato para a contemporaneidade e absorvendo as questões oriundas da dimensão sócio-estrutural brasileira, entendendo por essa dimensão sócio-estrutural, mecanismos que norteiem as questões que assolam negativamente alguns indivíduos, tanto com relação aos seus anseios como também pelas ações que esses indivíduos sofrem pela caracterização de marginalizados ou estigma a qual estão sempre envolvidos.

No conjunto a ser construído desse terceiro capítulo, a sociedade é o ator principal, mas a elucidação dos problemas a elas interpostas são objetos de estudos por membros tanto da sociedade civil, dos operadores do direito e também do executivo e legislativo brasileiro.

O foco a ser analisado é entender o processo de construção das políticas de ação afirmativa, a problemática sobre o tema, e como os direitos e também a política abordam essa normatividade.

O Supremo Tribunal Federal (STF) é a instituição participe desse grande debate, como pode ser visto através da chamada para audiência pública pelo referido órgão do mais alto grau da magistratura brasileira . Essa chamada buscou construir um objeto jurídico e social pela análise da ADPF (Arguição de descumprimento de preceito fundamental) nº 186 interposta pelo partido Democratas (antigo PFL/DEM) contra as Universidades de Brasília pela constitucionalidade das políticas de cotas. Através da análise de diversos argumentos dos envolvidos (sociedade civil, especialistas, membros de outros poderes)na problemática da política de cotas uma interpretação que tenha parâmetro constitucional .

No texto de abertura dos trabalhos, na mais alta corte da justiça brasileira (STF), o relator do processo Ministro Ricardo Lewandowski, apresenta o caráter democrático da sociedade brasileira, quando do ato de discutir e interpretar a Constituição de 1988. Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, as audiências públicas, são convocadas quando temas de grande repercussão da sociedade precisam ser juridicamente definidos como, por exemplo: julgamento de células tronco embrionárias, questão dos territórios indígenas, e também a reserva de vagas nas universidades públicas. Conforme afirmação do Supremo Tribunal Federal (STF) na figura do eminente relator, ele chama a responsabilidade para o colegiado do Supremo Tribunal Federal, ouvindo a sociedade geral e os cidadãos brasileiros.

Através da análise empírica dos argumentos levantados como forma de construir melhor o entendimento sobre o objeto em questão, embora essa participação seja pelo lado da contribuição teórica e o que valerá mesmo será a decisão do Supremo, é possível verificar que a sociedade vislumbra sobre as questões das cotas, mas precisamente sobre as controvérsias das políticas de ação afirmativa pelo aparato judicial brasileiro.

De modo oportuno, podemos considerar a audiência pública para discussão da constitucionalidade ou não das políticas de cotas, como um grande debate a cerca da real situação do negro no Brasil como nunca antes tivemos no Brasil. Isso para muitos estudiosos da ciência política brasileira deixa claro mais uma vez o caráter ativista do judiciário, e também a afirmação de uma verdadeira judicialização das questões sócio-políticas brasileira.

Para elaboração do texto final do Estatuto da Igualdade Racial Brasileira, os relatores do processo em sua fase de tramitação final, deveriam caracterizar uma democracia participativa, chamar a sociedade para discutir ouvindo alguns especialistas e também os principais envolvidos na questão , mas tal fato não ocorreu. De modo contrário ao Supremo, entende que questões cujo razão denota as raízes sócio-culturais brasileira, devem sim, ser objeto de estudo daqueles que a pensam e constroem , tendo visto que o direito é algo inerte a sociedade, e não está nem acima e nem abaixo da sua estrutura matriz conceitual.

No contexto geral do instituto da ação afirmativa no que tange os debates em torno das “medidas compensatórias”, evidenciamos dois motivos que devem direcionar para essas ações. Em primeiro lugar, conforme afirma Barbosa (2001) uma incidência direta sobre um dos nossos mais graves problemas sociais, que esta ligada as nossas raízes históricas associadas às diversas formas de discriminação, exclusão e alijamento , influenciando na vida e “*locus*” que expressivo percentual da população brasileira (45%) sendo descendentes de africanos estão inseridos nesse universos. Em segundo lugar, por se tratar de um tema inserido no direito constitucional e também no direito internacional, a ação afirmativa começa agora a aparecer no debate brasileiro no que tange a sua constitucionalidade, requerendo um amplo debate.

Barbosa(2001,b) a luz da construção jurídica ou melhor da possibilidade jurídica para o tema, busca os exemplos dos mecanismos de integração social já adotados nos Estados Unidos sob a denominação de “ *affirmative action*” (ação afirmativa) e na Europa “ *discrimination positive*” (discriminação positiva) e “ *action positive*” (ação positiva).

A grosso modo a noção de igualdade , como categorização jurídica, remete as construções revolucionárias do século XVIII, principalmente das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França, contribuindo para edificação do conceito de igualdade dentro do aparato legal . Segundo Barbosa (2001,c) “ uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilegio, devendo o aplicador fazê-lo incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais”, devendo ser abortado qualquer forma de privilégios específicos a determinada classe , desfazendo qualquer tentativa de construir processos assumidamente discriminatórios.

Em Barbosa(apud Dray 1999) conceitua o “ principio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nesse medida intoleráveis” . Em resumo esse conceito de igualdade buscar dar uma sustentação jurídica e afirmar que lei tem que dar igual para todos.

Temos então um ideal de igualdade construído, alicerçado em diversos processos de construção das liberdades individuais. No entanto, não bastaria somente ter uma concepção de igualdade, perante a lei para garantir plenamente a igualdade de direitos, pois ela não seria suficiente para tornar acessíveis como afirma Barbosa(2001,d) quem era socialmente desfavorecido as oportunidades dos indivíduos socialmente privilegiados.

Assim, dever-se-ia adotar uma concepção substancial de igualdade, que objetiva-se dirimir qualquer risco de discriminação. “Barbosa utiliza-se da explicação da Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lucia em seu artigo “Ação afirmativa: o conteúdo democrático do principio da igualdade jurídica” de 1996 no que diz: “ conclui-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do principio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão somente o principio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito

manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica”.

O ideal de igualdade oriundo dos processos liberais, franceses e americanos no século XVIII, foram importantes para abriremos o debate que se adentra a contemporaneidade, devendo agora construir perpetuação da igualdade substancial ou material com vias ao enfrentamento das desigualdades engendradas pela própria sociedade. Cabe ao legislador e aos operadores do direito a compreensão para os aspectos discernentes da concepção de igualdade, evitando toda e qualquer situação que impeça a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas (Barbosa, 2007e).

Da passagem das conceituações, igualdade “estática” para o novo conceito de igualdade “ substancial” , evidencia a nova concepção caracterizada como igualdade de “ oportunidades” , tendo como foco as novas experiências constitucionais , ligando nas necessidades da extinção das desigualdades econômicas e sociais, como forma de solidificar a justiça social.

Se pudermos caracterizar como transformadores todos os processos acima descritos, não poderíamos deixar de afirmar que os diversos ordenamentos jurídicos nacionais são influenciados e construídos tendo como base o Direito Internacional dos Direitos Humanos⁴⁶. Flavia Piovesan afirma “do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentro outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo especificado, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.

(Piovesan, 1998, p.130).

⁴⁶ Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965); Convenção da ONU sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher (1979); Pacto Internacional sobre Direitos econômicos, sociais e culturais (1966); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966).

Essas políticas que serão construídas visando atingir ao “indivíduo especificado” como ensina Piovesan(1998), são as chamadas políticas sociais. Tendo puro e simplesmente o objetivo de concretizar a igualdade substancial ou material, denominando-a “ação afirmativa”.

Nesse conjunto do entendimento das igualdades Piovesan(2005) afirma que três vertentes podem ser destacadas no que tange a concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “ todos são iguais perante a lei”(sendo importante para abolição dos privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade , raça e etnia e demais critérios).

Assim, ao lado do direito, a igualdade emerge como um direito fundamental, ou mais precisamente o direito a diferença. O importante agora é buscar o respeito pela diferença , associando a lógica da diversidade, assegurando a esses indivíduos como: as mulheres, as crianças, a população afrodescendente , pessoas portadoras de deficiência , dentre outras categorias vulnerais uma melhor condição social.

“ The concept of human rights may at times be brandished as an all-purpose and universal tonic, but it was developed to protect the vulnerable. The true value of human rights movement’s central documents is revealed only when they serve to protect the rights of those who are most likely to have their rights violated. The proper beneficiaries of the Universal Declaration of Human Rights (....) are the poor and otherwise disempowered” (Paul Farmer 2005, pg. 196).

No entendimento de Nancy Fraser (2000-2001) a justiça exige simultaneamente a redistribuição e o reconhecimento de identidades. Segundo a autora “ O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição , porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe(...). Reciprocamente , a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento,

porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em função de status”.

47

Em outro aspecto interpretativo Barbosa (2007,f), utilizando novamente da argumentação da Ministra Carmem Lucia do STF, nas palavras da magistrada:

“em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação de venceram-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade, etc, continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa, e comprometida, deixados que são a margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política” (Rocha,1996, pg.85).

Os Estados Unidos foram os pioneiros na execução das políticas de ações afirmativas, onde essas políticas tinham como objetivo o enfrentamento e

⁴⁷ Fraser afirma “ O reconhecimento não pode se reduzir a distribuição , porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. Tomemos o exemplo de um banqueiro afro americano de Wall Street, que não pode conseguir um taxi. Neste caso, a injustiça da falta de reconhecimento tem pouco a ver com a má distribuição. (...) Reciprocamente , a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente da função de status. Tomemos, como exemplo, um trabalhador industrial especializado, que fica desempregado em virtude do fechamento da fabrica em que trabalha, em vista de uma fusão corporativa especulativa. Neste caso, a injustiça da má distribuição tem pouco a ver com a falta de reconhecimento.(...)Proponho desenvolver o que chamo concepção bidimensional da justiça. Esta concepção trata da redistribuição e do reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas da justiça. Sem reduzir uma à outra, abarca ambas em um marco mais amplo” (Nancy Fraser, Redistribución, reconocimiento y participation: hacia un concepto integrado de La justicia, in Unesco, Informe Mundial sobre la cultura,2000-2001, PP 55-56).

solução para aqueles conflitos que muitos estudiosos chamaram de o “dilema americano: a marginalização social e econômica do negro na sociedade americana”. As ações afirmativas podem ser definidas como políticas públicas (e privadas) que estejam associadas ao princípio constitucional da igualdade substancial, cujo objetivo maior é neutralizar os efeitos da discriminação racial, de gênero dentre outros. Nesse sentido a lógica do princípio jurídico, sendo agora um objeto constitucional deve plenamente estar no seio das relações dos Estados e compreendidos pela sociedade.

Como já explicado, não podemos dissociar a idéia de ação afirmativa com a de justiça, visto que o objeto principal é a concretização da igualdade de oportunidades, configurando as transformações de ordem cultural, pedagógica, e psicológica, que no imaginário coletivo, estaria apta a deteriorar a subordinação de uma “raça” com relação à outra e do homem em relação à mulher (Barbosa, 2007, g).

Também podemos associar como um dos objetivos das ações afirmativas a implantação de certa “diversidade” e de uma maior “representatividade” dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública. Onde o que se vê, é a ausência de uma representatividade e ou sub-representatividade de indivíduos em posições estratégicas nas empresas públicas e privadas, caracterizando ainda mais o nível desigualdade a que esta parcela da população esta sujeitada.

As ações afirmativas têm por incumbência eliminar as “barreiras artificiais e invisíveis” que atravancam o avanço dos negros no geral e também das mulheres e outros grupos minoritários , ⁴⁸criando de certa forma uma nova

⁴⁸ Joaquim Barbosa, nesse artigo, repassa a declaração de um professor da Faculdade de Direito da USP: “A constituição dispõe que o ensino será ministrado com base no princípio da “ igualdade de condições” para acesso e permanência na escola; no entanto, dando aulas há 28 anos na Faculdade de Direito da USP, para , em média, 250 alunos por ano, e tendo aproximadamente 7.000 alunos,dou me testemunho de que nem cinco eram negros ! (Professor Antonio Junqueira de Azevedo, Folha de São Paulo de 15 Novembro, 1996, SP .2-3.

personalidade quando as ações já constituídas, configurando uma maior valorização das identidades dos indivíduos envolvidos.

Em um aspecto de cunho mais teórico Fabio D. Walternberg (2007), propõe uma discussão para as políticas de ações afirmativas, ou melhor, para a construção políticas de reservas de vagas em universidades brasileiras, dentro de um contexto da contribuição das teorias de justiça de John Rawls(1971) e a teoria de “igualdade de oportunidades” de John Roemer(1998).

No que compreende a teoria da justiça de Rawls, que já foi amplamente discutida nesta dissertação, e a sua lógica de uma justiça distributiva, associados ao nível das políticas públicas relacionadas. O que concerne a teoria de “igualdade de oportunidades “ como afirma Walternberg(2007) Roemer (1998) parte da idéia de que as “ vantagens sociais” (ex, renda, posição social , nível de educação, etc.) que os indivíduos possuem não deveriam depender inteiramente de suas circunstâncias relevantes, isto é , daquilo que não podem controlar e que tem algum impacto na determinação de suas chances futuras(ex: terem nascido numa família carente), caracterizando alto grau de desigualdade , de forma amplamente ilegítima.

Roemer(1998) traça um paralelo entre o que será denominado de “variáveis finais condicionadas por variáveis processuais”, ou seja, partindo da premissa da existência da desigualdade, devemos caracterizá-la por seu nível de responsabilidade e também por critérios dispares de responsabilidade ou mesmo mérito(quando pensando ações que identificam situações de ganhos maiores pelo seu nível de produção, aumenta sua renda).

Na construção desse marco teórico – conceitual, embora não seja este o objetivo desta pesquisa o aprofundamento das teorias que constituem as ações afirmativas, é possível identificar⁴⁹, direcionando para uma resposta plausível a essa questão como assevera Walternberg(2007) que “ a construção da teoria

⁴⁹ Do estudo da teoria de justiça distributiva, cabe a discussão sobre as quatro escolas que compõem a sua base sendo: utilitarismo, igualitarismo, libertarismo e igualitarismo liberal. As teorias ainda têm como base alguns princípios éticos quem corroboram o que se está construindo perante a sociedade sendo: igualdade, liberdade, solidariedade, equidade, pluralismo , neutralismo.

acaba não provando , apenas alicerçando, que uma política de cotas específica é justa, mas procuramos mostrar que políticas de cotas podem aumentar as oportunidades de certos grupos sociais, substancialmente desfavorecidos, sem atentar contra a meritocracia, nem ferir a eficiência; sem vilipendiar as liberdades individuais, nem negligenciar preocupações igualitárias” .

Ao término do terceiro capítulo talvez o leitor possa observar que o objetivo foi apresentar em três momentos os procedimentos de reconhecimento e a construção das identidades sociais, sendo: na primeira análise fiz o levantamento das nuances do movimento negro e sua inserção na estrutura do Estado, fomentando mecanismos de inserção social, na segunda parte, fica evidente a relação já concretizada dos anseios desse movimento quanto da elaboração e aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, portanto o Legislativo de fato, evoca seu papel institucional, elaborar, discutir as leis para o interesse público, vemos então aqui uma associação entre a sociedade civil, pela participação do movimento negro com relação ao Estado. Para concluir essa terceira parte, tive como preocupação, e espero que o leitor tenha acompanhado, a variantes teóricas das políticas de ação afirmativa.

Em termos gerais, para elucidar o problema levantado na dissertação que é a relação entre o Poder Judiciário e reconhecimento, é possível dividir o trabalho em dois blocos teóricos: de um lado a judicialização da política, no seu aspecto do direito e da política, e a participação dos outros atores na solução desses conflitos sociais. No outro bloco, visando um caráter, mais exploratório de pesquisa, centro a análise no movimento negro e nos processos que desencadeiam a formação da identidade social, dos indivíduos compreendidos.

Considerações Finais

Esta dissertação abordou a construção das identidades sociais no Brasil por meio da discussão de diversos campos de análise envolvendo a atuação normativa do Poder Judiciário e o seu ativismo judicial. A argumentação foi desenvolvida sob ângulo das teorias da judicialização da política e, suas diversas ramificações dentro do contexto da dualidade política e direito, como campo de construção de modelos de reconhecimento social.

O intuito foi investigar como se deu no Brasil o entendimento da relação entre reconhecimento e construção de identidades, por meio de uma perspectiva teórica- conceitual, e em determinados momentos crítica. A pesquisa foi norteada por pressupostos identificados nos textos analisados sobre a compreensão acerca do real problema da marginalização de membros da sociedade brasileira (negros, mulheres, homossexuais, deficientes e etc), mas tendo como enfoque a população negra brasileira, e os critérios utilizados para determinar os reais níveis da discriminação racial, e também não deixando de ressaltar os aspectos relevantes das questões de gênero e a grande dificuldade na quebra de paradigmas que estruturam grande parte da nossa sociedade.

Em um primeiro momento a discussão foi orientada pelo entendimento dos modelos de justiça igualitária, analisando a construção do ideal de cidadania, sendo alicerçada nos parâmetros conceituais da liberdade e igualdade. A máxima da relação observada foi busca constante dos indivíduos nas sociedades modernas por um espaço de garantias reais de seus direitos individuais e coletivos. Ressaltamos ainda a participação da estrutura do Estado como mediador e definidor de algumas políticas públicas que orientam esse novo momento.

As construções das identidades sociais aparecem como seqüência a essa abordagem quando utilizamos das teorias de reconhecimento de Axel Honneth

e Charles Taylor, e também as vertentes contraditórias dessa construção pós moderna das identidades sociais pela visão de Nancy Fraser.

No que tange os aspectos normativos, o capítulo 2 desta dissertação teve como foco a interpretação do fenômeno da judicialização da política. Segundo a visão de Gramsci (2003) e Weber (2003) “a lógica da judicialização da política, será amparada pela relação entre as instituições jurídicas e as instituições políticas” associadas a uma maior participação política que determinados grupos sociais irão desenvolver como consequência do ambiente que surge atrelado a Constituição de 1988.

Novos atores emergem sendo amplamente amparados pelo seu próprio nível de compreensão do ambiente social, apoiados por alguns operadores do direito como exemplo o Ministério Público, associados ao advento de novos procedimentos legais como: Ação Civil Pública e as Ações Direta de Inconstitucionalidade. O uso desses mecanismos compreende um leque maior de possibilidades para garantia de direitos difusos e coletivos, que influenciam o desenvolvimento de qualquer sociedade dita democrática.

A construção de uma cidadania ativa, associada às vertentes de uma democracia participativa, contribui para “judicialização da política”, visto que a compreensão de problemas de cunho político - jurídico, como a chegar até o poder judiciário, obrigando esse órgão a uma manifestação das questões oriundas de determinados grupos sociais, cujo objetivo é reconhecimento de seus direitos e garantias individuais *a priori* tendo consequência a construção de suas identidades.

No arranjo institucional após a Constituição de 1988, associados às diversas manifestações internacionais com relação ao aspecto da discriminação racial, e também das questões de gênero, finalizo a dissertação, ou melhor, o terceiro capítulo, apresentando dois aspectos : um normativo e outro interpretativo . O aspecto normativo, se refere ao fato de quando da aproximação da justiça as questões relacionadas a discriminação racial e também a aplicabilidade de políticas públicas, ou melhor ações afirmativas , que tem como objetivo maior trazer para o debate tanto acadêmico como jurídico, ações que visassem

diminuir a lacuna orientadas pelo preconceito racial dessa população marginalizada.

Grandes debates formam-se nesse contexto, sendo assim, apresentamos como aspecto interpretativo esses debates, que em determinadas situações acaloram os ânimos, mas refrescam a alma daqueles que estão sujeitos a esse nível de desigualdade. As interpretações partem tanto da sociedade civil organizada (movimento negro), das universidades e suas políticas próprias de ação afirmativa, quanto também do legislativo brasileiro.

Portanto, ao final dessa pesquisa exploratória, cujo feito está basicamente na análise e interpretação dos conteúdos bibliográficos sobre o tema: judicialização e identidades sociais são possíveis afirmar categoricamente que o poder judiciário, em específico o brasileiro, contribui em muito para fomentar a construção de nossas identidades sociais.

Portanto, a todo o momento vemos questões serem levadas aos quadros do judiciário, no anseio do reconhecimento de quem se propõe ser visto pela sua diferença e quando as decisões são tomadas positivamente ou mesmo com a abertura do debate, todos os processos de construção das identidades sociais se fortalecem ainda mais, fazendo valer seu ideal de cidadão dentro de um Estado de direito.

Referências Bibliográficas

Appio, Eduardo, 2003. “ A judicialização da política em Dworkin”. Revista Seqüência, nº 47 , p. 81-97.

Arantes, Rogério Bastos. 1997. “Judiciário e Política no Brasil”. São Paulo. Editora Sumaré.

Arantes, Rogério Bastos. 2002. “Ministério Público e política no Brasil”.

Arantes, Rogério Bastos.1999. “Judiciário e democracia no Brasil”. Novos Estudos. Cebrap, nº 54.

Barroso, Luis Roberto “ Judicialização , ativismo judicial e legitimidade democrática”.

Bourdieu, Pierre, 1989. “ O poder simbólico”.

Carvalho, Ernani Rodrigues, 2004. Revista Sociologia e Política, Curitiba nº 23, p.115-126. Novembro.

Costa, Sergio,2002. “A Construção Sociológica da Raça no Brasil”. Revista Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, nº 1, 2002, p. 35-61.

Castro,Marcus Faro de .1999. “ O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da politica”. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol 12 nº34.

Carvalho, Ernani,2007. “ Revisão judicial e judicialização da politica no direito ocidental: Aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento”.Revista de Sociologia e Política, Curitiba,28, p 161-179.

Cittadino, Gisele.2000. “Pluralismo , direito e justiça distributiva . Elementos da filosofia constitucional contemporânea”. Rio de Janeiro. Lumem Júris.

Domingues, Petrônio, 2006. “ Movimento Negro Brasileiro: alguns apontamentos históricos.

Educação anti-racista : caminhos abertos pela Lei Federal nº 10.639/03 , Brasília 2005. Coleção Educação para todos.

Elias, Norbert, 1994. “ A sociedade dos indivíduos”- Capítulo “ A individualização no processo social , p. 103 – 127. Jorge Zahar Editor . Rio de Janeiro.

Engelmann, Fabiano, 2006. “ Sociologia do campo jurídico” – juristas e usos do direito. Sergio Antonio Fabris Editor

Eisenberg, Jose. “ Para que serve o pragmatismo jurídico?.

Faria. Jose Eduardo.1999. “ O Supremo e a judicialização da política”. O Estado de São Paulo.

Gomes, Joaquim B. Barbosa , 2001. “ A recepção do instituto de ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro”. Brasilia a. 38 nº 151 jul/set.2001 p. 129.

Guerra, Gustavo Rabay,2008. “O papel político do Judiciário em uma democracia qualificada: A outra face da judicialização da política e das relações sociais”. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, vol 4.

Habermas, J. 1997. “ Direito e Democracia- entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

Kinzo, Maria D’Alva, 2001. “ A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. São Paulo em perspectiva, p. 3-11.

Lemos, Tereza Ana, 2003. “ Justiça sem o Judiciário? Estado de direito e desigualdade como desafios à sustentabilidade da democracia brasileira.

Maciel & Koerner, 2002. “ Sentidos da judicialização da política: duas análises. Revista Lua Nova Nº57 , p. 113-133.

MAZZILI, Hugo Nigro, 2004. “*A defesa dos Interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*”. 17a ed. São Paulo : RT.

Melo, M. C 1998. "Constitucionalismo e ação racional. Lua Nova, São Paulo nº 44.

Moraes, de Eunice Léa,2005. " Construindo Identidades Sociais- Relação gênero e raça na política pública de qualificação social e profissional". Volume 1, Brasília.

Piovesan, Flavia,2002. "A litigância de direitos humanos no Brasil: desafios e perspectivas no uso dos sistemas nacional e internacional de proteção" Direito e Mudança Social . RJ , Fundação Ford.

Rawls, John, 2002. "Justiça e democracia". Martins Fontes, São Paulo.

_____, 2000. "Uma teoria da justiça". Martins Fontes, São Paulo.

Sadek, M. T, 2002 Estudos sobre o sistema de justiça. In : O que ler na Ciência Social brasileira(1970-2002). São Paulo: Associação Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Ciências Sociais.

Santos, Boaventura de Sousa(org),2003. "Democratizar a democracia: os caminhos para democracia participativa. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro.

Vallinder, T & Tate, C Neal. 1995. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics . New Your : New York University.

Viana , Luiz Wernerck,1997. " Corpo e alma da magistratura brasileira". 2º Edição Editora Revan.

Viana, Luiz Werneck, 1999. "A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan.

Viana, Luiz Wernerck (org). 2002. "A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte. Editoria UFMG.

Vieira, O V. 1993. O Supremo Tribunal Federal e a consolidação da democracia: 1988 a 1993. Dissertação de Mestrado em Ciência Política – USP.

Vita , Alvaro, 2007. "A justiça igualitária e seus críticos". Martins Fontes. São Paulo.

Walterberg, D. Fabio,2007. "Cotas nas Universidades Brasileiras: A contribuição das teorias de justiça distributiva ao debate".Revista Sinais Sociais, Rio de Janeiro , v.2 nº4, p.8-51.