

Uma questão de vida ou morte: para uma concepção emancipatória de acesso à justiça¹

A matter of life and death: towards an emancipatory conception of access to justice

Élida Lauris

Doutora em Pós-colonialismos e Cidadania Global pelo Centro de Estudos Sociais e Faculdade de Economia, da Universidade de Coimbra. Foi pesquisadora do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Actualmente é coordenadora executiva e investigadora em pós-doutoramento do Projeto ALICE, onde desenvolve o projeto de investigação "Hérculeos juízes, cidadãos vulgares: estudo comparativo dos usos, do alcance e dos sentidos da transformação social escrita nas constituições da África do Sul e do Brasil". Tem experiência na área de Direito, com ênfase na sociologia do direito e dos tribunais e direito constitucional, actuando principalmente nos seguintes temas: acesso à justiça, independência judicial, reforma do judiciário, separação de poderes, judicialização da política, constitucionalismo e hermenêutica constitucional.

Artigo recebido e aceito em fevereiro de 2015.

¹ Este capítulo integra o quadro de reflexão e pesquisa da tese de doutorado da autora (Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece. Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)tivas de acesso à justiça no Brasil e em Portugal). Faz parte igualmente do referencial teórico e de investigação seguido pela autora no âmbito do projeto ALICE - Espelhos estranhos, lições imprevistas: definindo para a Europa um novo modo de partilhar as experiências do mundo, financiado pelo Conselho Europeu de Investigação (FP/2007-2013) / ERC Grant Agreement n. [269807].

Resumo

O desafio analítico proposto por este artigo é explorado primeiramente a partir dos seus limites, o que vou denominar, com base em Santos (2007a), divisões abissais do acesso à justiça. O meu principal argumento é que a ação soberana do Estado que cinde o desenvolvimento civilizacional em zonas democráticas e estados de exceção é necropolítica (Mbembe, 2003), isto é, na medida em que distribui de forma excludente e desigual os recursos políticos e económicos exerce um direito de veto sobre as condições de vida e, conseqüentemente tem um poder de decisão sobre a exposição à morte, dos grupos marginalizados. Um exercício de veto que uma estrutura de assistência jurídica pode interromper circunstancialmente, mas não pode derrubar. Nesse sentido, o papel da política pública de acesso à justiça não manifesta a garantia de livre desenvolvimento democrático do indivíduo dentro do Estado, mas a abertura de redes de ação e luta social empreendidas em diferentes escalas de realização do direito. Na parte final, pretendo demonstrar que adotar uma conceção emancipatória do direito implica substituir a afirmação única da democratização promovida pelo direito estatal através do acesso à justiça pela repetição dupla e recíproca dos regimes epistêmicos da democracia e sua exceção.

Palavras-chave: Acesso à justiça, pensamento abissal, necropolítica, poder, governamentalidade

Abstract

This paper posits an analytical challenge exploring for its limits, what I will call, based on Santos (2007a), access to justice abyssal divisions. State's action as sovereign split the civilizational development into democratic zones and states of exception, emerging a necropolitics of access to justice (Mbembe, 2003). By necropolitics of access to justice, I refer to a standard mode of distributing society political resources with implications on the living conditions or the exposure to death of underprivileged groups and poor people. A veto power of the sovereignty over life that a provision of legal aid could suspend extraordinarily but could not derogate. I will argue that, instead of operating as

indicator of the levels of individual opportunities and state's democratization, the provision of legal aid should aim the replication of social struggles networking in different scales of law and justice. In the final part of the paper, I will argue that an emancipatory conception of law replaces the sole affirmation of the State's democratization through access to justice with the double and reciprocate affirmation of the epistemic regimes of democracy and its exception.

Keywords: access to justice, abyssal thinking, necropolitics, power, governamentality

Introdução

Em 12 de março de 2011, Dileone foi perseguido por dois policiais militares após o relato de um roubo de carro, que colidiu contra o portão de uma casa na Zona Leste de São Paulo. Após a colisão, abandonou o veículo. Durante a perseguição, atingiram-no com um tiro na perna, de seguida, algemado, foi colocado dentro de uma viatura policial, com vida. Testemunhas narraram à própria Polícia Militar que presenciaram a execução de Dileone pelos policiais, depois de ter sido retirado da viatura e conduzido até ao interior do Cemitério Parque das Palmeiras. Uma das testemunhas ligou para o 190 (número de telefone do atendimento de emergências da Polícia Militar) e denunciou o ocorrido. Em 30 de maio do mesmo ano, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ingressou com um pedido administrativo ao governo do estado de indenização em favor dos pais de Dileone. O pedido incluía o ressarcimento de danos morais e o estabelecimento de uma pensão vitalícia para cada um dos pais, para além da cobertura das despesas assumidas pela família com velório, transporte e sepultamento (R\$ 2349,33). A defensoria ainda mobilizou a justiça do estado requerendo exumação, transporte dos restos mortais e retificação da certidão de óbito².

Em 26 de dezembro de 2011, o estado de São Paulo concordou em conceder indenização à família. O acordo entre as partes determinou o pagamento de uma indemnização de R\$ 100 mil, pensão mensal no valor de 1/3 do salário mínimo e reembolso dos gastos com o sepultamento. No relatório emitido acerca do caso, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo aceitou o facto de que “Está claro que o óbito de Dileone foi causado pela ação dos policiais militares, que agindo nessa condição, o levaram para o interior do cemitério, onde a vítima levou um tiro no peito. Depois disso seguiram para o hospital, no intuito de simular que socorreram a vítima, e que a morte se deu em razão dos ferimentos produzidos durante a troca de tiros, anteriormente ocorrida”. Com o encerramento do caso, a defensora pública responsável salientou a ineficácia do acordo como medida de reparação, mas a sua oportunidade enquanto reconhecimento da responsabilidade por parte do

² A descrição dos casos acompanha as notas de imprensa da Coordenadoria de Comunicação Social e Assessoria de Imprensa da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Estado: “O valor não indeniza a dor dessa família, mas o acordo é importante e foi aceite pela Defensoria Pública porque houve concordância dos familiares com seus termos. Prolongar a discussão do caso é prolongar a dor. Assim, reconhecemos a atitude positiva do Estado de ter-se prontificado a indenizar com certa agilidade em uma composição extrajudicial, atitude essa que deve ser estimulada”.

Noutro caso, em Agosto de 2011, a defensoria pública ingressou com uma ação judicial de indenização por danos morais e materiais em favor de duas pessoas portadoras de autismo. A ação denuncia os maus-tratos sofridos numa casa de cuidados conveniada com o governo do estado e dedicada à prestação de serviços a pessoas portadoras de deficiência. De acordo com a defensora pública responsável pelo caso, o trabalho desta entidade apresenta diversas irregularidades, atestadas em laudos técnicos realizados por representante da secretaria de saúde, por perito judicial e por assistente técnico da defensoria. “As pessoas com autismo eram alocadas numa enfermaria, sem qualquer distinção de idade, gravidade ou mesmo força física, onde ficavam aprisionados por grades. O banheiro utilizado era comum, com vasos sanitários sem tampa e sem papel higiênico disponível”. As mães dos pacientes, por denunciarem as irregularidades, sofreram restrições no regime de visitas aos filhos. A visita foi circunscrita às áreas externas da instituição, não sendo admitida a entrada no local onde os pacientes recebiam o tratamento.

Em decorrência das denúncias, os pacientes foram transferidos para outra entidade conveniada com o Estado. Realizaram-se diversos exames que demonstraram um quadro clínico não apresentado antes do internamento (desnutrição, micose, piolho, escoriações nos braços e pernas, etc). A ação pede indenização no valor de 200 salários mínimos para cada um dos autores. A defensora salientou a atuação preventiva e de compensação da medida, através da denúncia dos atos danosos, responsabilização e admoestação acerca das consequências: “A indenização é uma forma de compensar e advertir pelos danos morais sofridos. A recompensa é capaz de minimizar os problemas causados pela não fiscalização do Estado e pelo serviço de má

qualidade ao qual os pacientes foram submetidos; e a advertência serve para que esse ato não se repita, já que outras pessoas com autismo se encontram no mesmo local”.

Utilizo esses dois casos para introduzir a discussão acerca do encontro com a justiça daqueles/as convencionalmente referidas/os como população pobre e/ou grupos vulneráveis. O que estes casos enunciam sobre a experiência de conquista de direitos por parte daqueles e daquelas que são sistematicamente privados do direito? De um lado, um direito decorrente da morte, subtração da vida pelo próprio Estado numa ação em defesa da segurança da sociedade; de outro, um direito a condições dignas de vida, exercido contra uma instituição reconhecida e financiada pelo poder público para assegurar o cuidado a pessoas portadoras de deficiência economicamente carentes. Ambos os casos receberam atendimento jurídico e um encaminhamento que se pode considerar bem-sucedido, enquanto num deles o pedido realizado foi correspondido por decisão acordada entre as partes, noutro, ainda sem desfecho, foi assegurada uma medida cautelar para interrupção da situação abusiva. O encontro com a defensoria, ainda que na forma de vitória do caso, não alterou substancialmente as condições de vulnerabilidade enfrentadas por aquelas famílias. O tratamento desses casos em particular sequer permite abordar outras dimensões em que a pobreza se manifesta como falta de direitos. As vitórias também não transformaram a situação de sujeição em face das intempéries do sistema jurídico, que marca o cotidiano de tantas outras famílias expostas à violência institucional.

Com base nestes dois exemplos, neste artigo, proponho analisar a afirmação segundo a qual o acesso à justiça é um indicador da democratização dos estados. No caso de São Paulo, a criação da defensoria pública em 2006 foi, sem dúvida, um momento de ampliação democrática da forma de prestação de serviços jurídicos no estado. Uma mudança cuja realização é uma conquista partilhada tanto por profissionais de assistência jurídica quanto por movimentos sociais. Contudo, como se vê nos casos acima, o aprofundamento da missão da defensoria pública, quando democrática (independente, pró-ativa, dedicada às causas de vitimização das/os pobres), demonstra a

involução do Estado em matéria de igualdade. Em termos simples, defendo que um sistema de acesso à justiça democrático só é um indicador político se funcionar como um indicador social. Isto é, o facto de os estados contemporâneos assentarem-se em princípios e instituições democráticos ganha relevância apenas e na medida em que esta normatividade esteja a serviço do desvelamento de violências estruturais que, não advindo mais de regime político ditatorial, é social (Santos, 2003).

De facto, os sistemas de acesso à justiça na atualidade estão colocados perante uma encruzilhada entre a vulnerabilização ou o aprofundamento da democracia. No âmbito de um movimento de enfraquecimento da democracia, a defesa de que os sistemas de acesso servem como indicativos da evolução da igualdade de todas/os perante a lei é feita através de uma disjunção entre acesso e justiça. Procurei demonstrar até aqui que uma democratização fraca do acesso nada mais representa do que um movimento de maximização da oferta de serviços no âmbito de reformas judiciais dirigidas ao controle da carga de litigiosidade dos tribunais. Esse maior acesso reflete uma dinâmica de combinação geopolítica entre os recursos de um Estado considerado fraco e uma sociedade tomada como forte (Santos, 2007b). Neste ponto, sem detrimento da expansão da violência do Estado, aposta-se na cooperação com a sociedade civil como meio de promoção de um acesso à justiça próximo e desjudicializado. O envolvimento da comunidade resulta numa resolução de conflitos a partir de baixo que funciona como alternativa de consumo contentora do aumento da demanda judicial. A soberania do Estado pronuncia-se democrática através de um conjunto poliforme de instituições e procedimentos que asseguram a ampliação do acesso à justiça oficial. Este é um contexto que efetiva um conceito de democracia mínimo em que a permanência de regimes de exclusão radical no interior do Estado não tem qualquer impacto na retórica de ampliação da legitimidade política.

Num movimento de aprofundamento democrático, a maximização do acesso através da pluralização geral das estruturas jurídicas atende apenas a um requisito de democracia formal. A defesa material de democratização do acesso à justiça dirige-se a uma ação estratégica de desvelamento das

condições de privação de direitos invisibilizadas pela normalização difundida pela ordem jurídica. A lógica de auto-preservação do direito como instrumento de dominação política constrói-se por meio de linhas de divisão abissal (Santos, 2007a). Neste sentido, a defesa da justiça como democracia, reconhecimento de direitos fundamentais e acesso a instâncias de resolução de conflitos oculta a existência de uma justiça que corrobora a violação sistemática de direitos em franjas de exceção jurídica. Se o espaço de violência, apropriação e dano sistemático vividos pelas populações descartáveis do sistema é separado da reprodução da justiça como igualdade, o acesso ao direito das/os pobres e grupos vulneráveis não se dá no interior de um estado de direito democrático. As mulheres e homens marginalizadas/os pelo sistema jurídico, quando o acedem, fazem-no a partir dos estados de exceção a que estão relegados. A reprodução de estados de exceção, por sua vez, resulta do próprio exercício da soberania do Estado enquanto técnica de sujeição política.

Como demonstram os casos, a experiência de acesso ao direito apenas excepciona circunstancialmente o estado de não acesso ao(s) direito(s) a que estão subjugados as/os destinatárias/os da assistência jurídica. Defender que o acesso nessas circunstâncias integra um movimento de avanço das/os pobres a um futuro de democratização apenas corresponde a uma conceção débil de democracia que equipara igualdade jurídica à existência de um espaço de reclamação e apoio mantido pelo Estado ou por programas de inclusão. É nesse quadro de manutenção de uma democracia débil que a política pública, para afirmar o seu compromisso com a igualdade, mais facilmente concede na construção de mecanismos de resolução de conflitos e de assistência jurídica do que altera o sistema para inverter de facto a desigualdade no acesso à distribuição dos recursos políticos e económicos. Cabe perguntar, então, qual o papel do acesso à justiça no contexto de uma reprodução abissal do direito? Enquanto medida de normalização das divisões abissais mantidas pelo sistema, a assistência jurídica só atende ao compromisso com a defesa da igualdade no âmbito de uma conceção de acesso à justiça pós-abissal, como desenvolve a seguir (Santos, 2007a).

Neste artigo, a partir dos testemunhos de acesso à justiça de representantes e defensores/as das organizações e dos movimentos sociais da região metropolitana de São Paulo, pretendo discutir o papel de aprofundamento democrático da assistência jurídica fornecida pelo Estado. Os esquemas de assistência jurídica criam um espaço de expectativa acerca da mudança do direito pelos tribunais em resposta à necessidade das franjas da sociedade. Este aspeto, o fato de as estruturas de assistência jurídica acomodarem as/os pobres do sistema de justiça, faz com que este tema seja particularmente enriquecedor aos olhos da sociologia. A inclusão vigiada das/os pobres na ordem jurídica, através de mecanismos criados pelo próprio sistema, oferece um campo de análise único acerca das relações de poder, dos usos e dos abusos da autoridade, das dinâmicas monopolistas de atuação profissional e dos efeitos de exclusão do controlo do conhecimento. Em decorrência deste largo potencial analítico, é expectável que a assistência jurídica deva ser compreendida numa perspectiva mais abrangente. Os serviços de assistência jurídica podem referir-se a uma vasta tipologia de intervenções: informação e consulta jurídicas, patrocínio judiciário, aconselhamento, resolução extrajudicial dos conflitos, articulação em campanhas e movimentos de pressão, lobbying e outras atividades dirigidas à reforma do direito e à compreensão das relações de poder subjacentes ao conflito social. No caso brasileiro, a Defensoria Pública tem assumido papel protagonista nas dinâmicas de acesso à justiça.

O desafio analítico proposto por este artigo é explorado primeiramente a partir dos seus limites, o que vou denominar, com base em Santos (2007a), divisões abissais do acesso à justiça. O meu principal argumento é que a ação soberana do Estado que cinde o desenvolvimento civilizacional em zonas democráticas e estados de exceção é necropolítica (Mbembe, 2003), isto é, na medida em que distribui de forma excludente e desigual os recursos políticos e económicos exerce um direito de veto sobre as condições de vida e, conseqüentemente tem um poder de decisão sobre a exposição à morte, dos grupos marginalizados. Um exercício de veto que uma estrutura de assistência jurídica pode interromper circunstancialmente, mas não pode derrubar.

Nesse sentido, o papel da política pública de acesso à justiça não manifesta a garantia de livre desenvolvimento democrático do indivíduo dentro do Estado, mas a abertura de redes de ação e luta social empreendidas em diferentes escalas de realização do direito. Na parte final, pretendo demonstrar que adotar uma concepção emancipatória do direito implica substituir a afirmação única da democratização promovida pelo direito estatal através do acesso à justiça pela repetição dupla e recíproca dos regimes epistêmicos da democracia e sua exceção. O potencial emancipatório do acesso ao direito está, por isso, assente em três premissas: (1) o reconhecimento da dinâmica de acesso à justiça como indicadora dos estados de exceção que se reproduzem no interior de estados democráticos, (2) a aceitação dos limites do acesso à justiça no contexto de um Estado cujo exercício da soberania assenta na reprodução de regimes de exceção, (3) a afirmação do caráter democrático do acesso à justiça enquanto copresença radical (Santos, 2007a) entre os modos de normalização de uma institucionalidade democrática débil e os regimes ocultos de exclusão e violência.

2. A necropolítica do acesso à justiça

As lógicas de alimentação recíproca entre a sustentação do acesso ao direito como garantia de direitos contra o Estado, os regimes epistêmicos de exclusão e as técnicas de organização e dominação política do corpo social foram desenvolvidas por Foucault (1979 e 2005). De acordo com este autor, a expansão do controlo social nas sociedades modernas esteve baseada na combinação de diferentes manifestações de reconhecimento jurídico e exercício do poder no âmbito da relação entre soberania política, regime disciplinar e governamentalidade.

Primeiramente, a relação entre poder soberano e poder de sujeição individual destaca a diferença entre uma análise do poder de acordo com a sua funcionalidade económica e outra em que o poder se manifesta como

repressão. O economismo do poder funda a soberania política ao estabelecer entre súditos e soberanos uma relação contratual³. Neste caso, o poder iguala-se a um bem que se pode transferir ou alienar total ou parcialmente. O ato de alienação ou transferência do poder para os governantes, a soberania, e o resguardo de um contrapoder por parte dos súditos, os direitos individuais fundamentais, permitiu criar as sociedades políticas como sociedade unitária, a nação imaginada (Anderson, 1993). Contudo, como argumenta Foucault (2005), a manifestação do poder nas sociedades não é a de um bem de que se dispõe livremente. O poder existe em ato, é exercido. Trata-se de uma relação de força fundamentalmente exercida como repressão.

Desponta-se, assim, a relação entre um poder jurídico e um poder disciplinar. Cumpre ao poder político, fundado na soberania (poder jurídico), reinserir nas instituições, nas desigualdades económicas, na linguagem e, em última instância, nos próprios corpos uma relação de força (poder disciplinar) que desemboca numa constituição bifurcada dos sujeitos políticos. O interior das sociedades políticas é assim cindido em sujeitos, indivíduos instituídos de contrapoder soberano em face do poder jurídico, e sujeit(ad)os, corpos subjugados por uma relação de força incessante colocada em prática substancialmente através das instituições disciplinares modernas (a família, a escola, o hospital, as prisões, os asilos psiquiátricos, os quartéis militares). Este quadro rascunha dois esquemas de subordinação: o esquema contrato-opressão e o esquema dominação-repressão.

No esquema jurídico, contrato-opressão, o poder é um direito original do qual se abdica no ato de constituição da comunidade política. Neste caso, à opressão, que resulta do abuso do poder soberano, contrapõem-se os direitos subjetivos resguardados com a separação de um domínio civil, a sociedade. No esquema disciplinar, dominação-repressão, não estão demarcados limites a partir dos quais se configura o abuso de poder, perpetuando-se uma relação de domínio imanente. Daí que Foucault (2005) inverta a formulação de Clausewitz de acordo com a qual a guerra é a política continuada por outros

³ Outro exemplo de economismo do poder, jurídico, está na teoria marxista, em que o poder integra a superestrutura que cria as condições ideológicas de subjugação em favor do desenvolvimento das relações capitalistas de produção.

meios. A política é a guerra continuada por outros meios, isto é, a uma pseudopaz declarada na existência de limites à opressão política subjaz uma situação de guerra contínua. A continuidade da guerra integra uma mecânica disciplinar sub-reptícia que repete um confronto perene entre luta e submissão.

De um lado, regras de direito, que delimitam formalmente o poder; de outro, os efeitos de verdade que o poder político legalmente legitimado chancela e que reconduz ao exercício do poder enquanto repressão. O aparelho de sujeição política é bastante refinado. A redução do político às fronteiras legais-rationais da soberania, ao circunscrever a obediência à relação liberdade-submissão entre soberano e indivíduo, não limitou os direitos soberanos sem estreitar igualmente a noção de domínio exercido sobre o corpo social. Enquanto a teoria do poder e dos direitos subjetivos se concentraram numa relação de poder global de um sobre todos, as múltiplas formas de dominação que se podem exercer sobre a sociedade não foram incorporadas na discussão sobre a defesa dos direitos subjetivos e das liberdades. A própria noção de indivíduo enquanto átomo isolado da liberdade política remete para um exercício de dominação que investe um sujeito atomizado de obediência para libertá-lo como corpo periférico em que transitam diferentes formas de sujeição.

Alegoricamente, o estudo do poder é movido do Leviatã unitário para a multiplicidade de corpos isolados constituídos como súditos (Foucault, 2005). Esta mudança implica em primeiro lugar analisar como as relações de dominação são constituídas a partir das extremidades. Para além das regras de direito que organizam e delimitam o poder, o exercício das relações de força manifesta-se no conjunto de instituições mais regionais e locais investidas em técnicas e instrumentos de dominação, muitas vezes, violentos. Noutro sentido, afasta-se da análise da vontade, das razões de dominação, para o estudo efetivo da constituição material dos corpos dominados. Consequentemente, desconsidera-se a representação maciça e homogênea do poder para dar a conhecer um poder funcional, em trânsito, que circula por

átomos primitivos (corpos, gestos e discursos individualizados) assim constituídos pelos próprios efeitos do poder.

Não é, portanto, despiendo que a análise feita por Foucault sobre a mecânica moderna do controlo social tenha sido uma análise de baixo para cima, isto é, a partir de mecanismos infinitesimais (e.g., de exclusão da loucura, de controlo do delinquente e da sexualidade infantil), cuja tecnologia e solidez foram incorporadas em formas de dominação global. Este é o quadro em que se enuncia o poder disciplinar, que extrai dos corpos tempo e trabalho (mais do que bens e riqueza), que se exerce por vigilância (e não por sistemas gerais de sanções jurídicas) e que se traduz numa nova economia de crescimento, tanto das forças sujeitadas quanto da eficácia da força que as sujeitam. O código desse poder não se assenta na vontade do soberano em forma de lei, remetendo-se antes a um edifício teórico e a um saber das regras naturais, que produz, através das ciências humanas e de um saber clínico, a normalização.

Na minha opinião, o engenho da distinção entre poder jurídico e poder disciplinar reside no estabelecimento da sujeição política como condição resultante da mútua fertilização entre soberania e disciplina dos corpos. Apesar da previsão feita por Foucault de que os mecanismos disciplinares tenderiam a um aperfeiçoamento que suplantaria o próprio poder jurídico⁴, soberania política e mecânica disciplinar sustentam-se reciprocamente. O controlo social através das múltiplas formas de sujeição adapta-se a, e depende de, um funcionamento da sociedade política assente no princípio de poder como contenção de abusos da soberania. Noutras palavras, a mecânica disciplinar moderna depende da imaginação do Estado como centro (Santos, 2002). Tal consonância ajusta-se a uma lógica de exercício da dominação que é seletiva e determina o poder visível e as relações de dominação ocultas.

⁴ Que, atualmente, o poder se exerça ao mesmo tempo através desse direito e dessas técnicas, que essas técnicas da disciplina, que esses discursos nascidos da disciplina invadam o direito, que os procedimentos de normalização colonizem cada vez mais os procedimentos da lei, é isso, acho eu, que pode explicar o funcionamento global daquilo que eu chamaria uma “sociedade de normalização”. (Foucault, 2005: 46)

De facto, soberania e disciplina, legislação, direito da soberania e mecanismos disciplinares são duas peças absolutamente constitutivas dos mecanismos gerais de poder em nossa sociedade. (Foucault, 2005: 47)

De um lado, a teoria da soberania foi, no século XVIII e ainda no século XIX, um instrumento crítico permanente contra a monarquia e contra todos os obstáculos que podiam opor-se ao desenvolvimento da sociedade disciplinar.

(...), de outro, essa teoria e a organização de um código jurídico, centrado nela, permitiram sobrepor aos mecanismos da disciplina um sistema de direito que mascarava os procedimentos dela, que apagava o que podia haver de dominação e de técnicas de dominação na disciplina e, enfim, que garantia a cada qual que ele exercia, através da soberania do Estado, seus próprios direitos soberanos. Em outras palavras, os sistemas jurídicos, sejam as teorias, sejam os códigos, permitiram uma democratização da soberania, a implantação de um direito público articulado a partir da soberania coletiva, no mesmo momento, na medida em que e porque essa democratização da soberania se encontrava lastrada em profundidade pelos mecanismos da coerção disciplinar. De uma forma mais ou menos densa, poderíamos dizer o seguinte: uma vez que as coerções disciplinares deviam ao mesmo tempo exercer-se como mecanismos de dominação e ser escondidas como exercício efetivo do poder, era preciso que fosse apresentada no aparelho jurídico e reativada, concluída, pelos códigos judiciais, a teoria da soberania. (Foucault, 2005: 44)

Com a manutenção de uma teoria da soberania democrática, em que o poder político é controlado pelo direito através da organização e separação de poderes e previsão de direitos fundamentais, a produção de um regime de verdade através dos códigos jurídicos coaduna-se com o regime de normalização difundido na mecânica disciplinar. O outro lado desta dinâmica de controle político desenvolve-se através das técnicas de governo. Interessa aqui a noção de governamentalidade desenvolvida por Foucault (1979). A governamentalidade refere-se a um avanço dos modelos de Estado de justiça e Estado administrativo através da produção de um conjunto de técnicas e saber especializado para o controle da população. As técnicas de governo acabam por se sobrepor à soberania e à disciplina como mecânica de poder. Na história dos estados modernos, a noção de governo altera-se progressivamente, abandonando a administração das coisas ou a proteção do

território e encarregando-se da administração das pessoas. Essa alteração é acompanhada do ponto de vista técnico com a adoção de conhecimento e tecnologias dedicadas à elaboração de informação numérica e contabilística sobre o corpo social, de que é exemplo a crescente utilização da estatística como medida de observação e planeamento na gestão das populações.

Nesse quadro de dominação política tripartida (soberania, disciplina e governamentalidade), a criação do direito e sua aplicação pelos tribunais atende a objetivos específicos. No que toca ao exercício de funções instrumentais⁵ (resolução de conflitos, controle social, etc.), os tribunais atendem aos objetivos de governamentalidade garantindo o bom funcionamento das relações contratuais e do domínio doméstico através da resolução dos conflitos privados. Ficam asseguradas, tanto a segurança jurídica, como a segurança da sociedade, esta última especialmente através da justiça penal. No campo das funções políticas e simbólicas (criação judicial do direito, legitimação do sistema político, etc.), a aplicação do direito sustenta o regime de verdade que concerne quer aos princípios de soberania política quer à normalização. Por um lado, circunscreve-se aos tribunais o espaço de interpretação soberana dos códigos jurídicos; por outro lado, a aplicação oficial do direito introduz no corpo social contradições que apelam à mecânica disciplinar.

O exercício da justiça oficial tem efeitos ideológicos na reprodução de categorias como justo e injusto, adequado e inadequado. O direito oficial e sua aplicação pelos tribunais re-apresentam um todo social diferenciado por classes, valores, costumes, comportamentos, etc. O código jurídico produz e valida como neutras categorias morais relativas à honestidade, respeito, defesa da propriedade e dos valores familiares, entre outros. Destaca-se, de um lado, uma elaboração jurídico-oficial destinada ao cerceamento da liberdade daquelas/es consideradas/os a-morais (mendigos, ladrões, vigaristas, prostitutas, homossexuais). Por seu turno, os processos sociais de interdição ganham forma jurídica através da produção de conceitos como o de

⁵ A distinção das funções dos tribunais em instrumentais, políticas e simbólicas, segue a classificação de Santos, *et al.* 1996.

capacidade, que serviu para o estabelecimento de regimes de tutela, apropriação e colonialidade. Estes, por sua vez, utilizados em anos de afirmação da incapacidade jurídica e política das mulheres e povos indígenas ou, ainda, na transformação das/os escravas/os em propriedade senhorial. O direito, nesse sentido, assume uma função constitutiva legitimando, em nome do poder investido pela comunidade política, a normalização.

A discussão da dinâmica entre código jurídico, norma disciplinar e governo das pessoas enquanto arquétipo da dominação política moderna não pode ser feita sem considerar uma outra dimensão. Refiro-me ao controlo e subjugação investidos, a partir dos estados modernos ocidentais, na constituição de relações imperiais, retratado tanto no binómio colónias-metrópoles, como na sua extensão neocolonial – dependência, subdesenvolvimento e separação entre centro e periferia do sistema mundo⁶. Como bem salientou Santos (2007a), o relato de ascensão e crise das instituições modernas é adequado ao assinalar a existência de uma tensão entre regulação e emancipação e o sobredimensionamento da primeira em prejuízo da última, a jaula de ferro do controlo social de Foucault. Contudo, esta é uma abordagem que oculta o facto de a expansão dos modos de organização política dos estados soberanos europeus ter assentado no estabelecimento de uma linha de divisão abissal que invisibilizou os regimes de violência e apropriação a que foram submetidos os povos periféricos. Para lá da linha abissal, a imposição política não corresponde aos esquemas contrato-opressão ou dominação-repressão.

⁶ Aplico o conceito de sistema-mundo de acordo com a crítica às diferentes posições ocupadas pelos estados-nação no contexto da economia capitalista mundial. Neste sentido, sigo os autores das teorias do sistema mundo e da dependência na distinção que fazem entre sociedades centrais, semiperiféricas e periféricas (Ver Braudel, 1977 e Wallerstein, 1974 e 1984). No que toca ao processo de previsão e eficácia do(s) direito(s) pela ordens jurídicas nacionais, acompanho a aplicação daquele conceito feita por Boaventura de Sousa Santos. Santos distingue o processo sociopolítico de afirmação dos tribunais nas sociedades contemporâneas. Assim, se nos países centrais é possível identificar claramente três períodos na trajetória histórica dos tribunais (Estado liberal, Estado-Providência e crise do Estado-Providência); nos países periféricos e semiperiféricos, processos como a colonização e a vigência de estados autoritários e desenvolvimentistas marcaram uma trajetória de afirmação sociojurídica demarcada por chocantes desigualdades sociais e com deficientíssima aplicação dos direitos sociais, económicos e culturais (Santos *et al.*, 1996:35).

O exercício do poder imperial atém-se a uma formulação inteiramente diferente, enunciada no trinómio apropriação-violência-exclusão radicais. Por um lado, constitui uma relação de força contínua e multiforme que se utiliza instrumentalmente do direito, da normalização disciplinar e do emprego de técnicas de controlo das populações nativas. Por outro lado, é mantida sem a cobertura democratizadora dos limites contratuais do poder soberano. O poder imperial é aplicado de maneira radical, daí que resulte num processo de exclusão igualmente extremo, que repulsa a ideia de subjugação como constituição de sociedades ou indivíduos autodeterminados. Basta ter em conta que a forma de controlo sobre a população própria do imperialismo foi o extermínio dos povos indígenas.

Faço uso da referência a um tipo de poder abissal, específico das relações imperiais, para enfatizar que a dominação política pode ser ainda mais violenta e menos distribuída do que aquela imaginada por Foucault. A retroalimentação entre poder jurídico e disciplinar não dá conta de explicar as situações demarcadas por relações de colonialidade em que o controlo e a diferenciação do outro não apenas normalizam, rejeitam ou interditam, mas principalmente o reproduzem dentro de uma outra norma, a de invisibilidade total. O desvelamento de um exercício abissal do poder indica a insuficiência do esquema jurídico-disciplinar de dominação em dois aspetos; na identificação da reprodução de fascismos sociais no interior de estados democráticos (Santos, 2003); e no reconhecimento de uma forma ainda mais excessiva de domínio, a necropolítica (Mbembe, 2003).

Ao contrário do que prognosticava Foucault – a perpetuação das relações de força no interior do edifício da soberania política – nas sociedades contemporâneas, o entrecruzamento das lógicas de desigualdade e exclusão comprometem a funcionalidade económica do contrato social. Tanto a desigualdade socioeconómica se consagra como um regime civilizacional em que a pobreza interdita culturalmente o envolvimento nas sociedades políticas, como as dinâmicas de interdição e rejeição da a-normatividade aplicam-se como critérios de integração subordinada no acesso aos recursos (Santos, 1999). A hierarquização dos processos de desigualdade e exclusão

determinam a entrada na esfera de cobertura do contrato social. A racionalidade de dominação política global, que igualiza os indivíduos, na verdade, fragmenta o exercício de soberania classificando hierarquicamente a extensão oficial do estatuto de cidadã/ão.

Nesse sentido, Santos (2003) questiona a inaplicabilidade do conceito unitário de sociedade civil, reivindicando a sua tripartição em círculos concêntricos cuja abrangência da proteção dos direitos é progressivamente adelgada. No âmbito da relação soberano-súdito, fundam-se pelo menos três sociedades civis: a sociedade civil íntima, a sociedade civil estranha e a sociedade civil incivil. Enquanto, a sociedade civil íntima é hiper-incluída, com acesso a um leque completo de direitos (civis, políticos, económicos, sociais e culturais); a sociedade civil incivil é relegada a um estado de natureza cuja rigidez da mecânica de subordinação e exclusão invisibiliza os sujeitos, transformando-os em fantasmas da comunidade política. A sociedade civil estranha, por sua vez, ocupa um círculo intermediário em que o acesso aos direitos é seletivo, situando-se fundamentalmente nos direitos civis e políticos.

A dinâmica irregular de distribuição de direitos no interior das sociedades evidencia a flexibilidade arquetónica do aparelho de soberania política. O Estado de direito enquanto preservação de direitos e liberdades individuais estende-se timidamente alcançando, no máximo, e de forma parcelar, uma sociedade civil que lhe é estranha. Politicamente, as lógicas de contenção da presença do Estado de direito determinam o fascismo social (Santos, 2003). O fascismo social caracteriza-se pela agudização dos processos de subordinação económica e diferenciação social como condições de desproteção político-jurídica, determinada quer pelo absentismo do Estado, quer pela atuação predatória de agentes não-estatais. A flexibilização e a gestão de prioridades da política pública submetem os critérios de proteção jurídica e regulação do acesso aos recursos aos interesses de atores políticos e económicos, nacionais e transnacionais, influentes. O fascismo social manifesta-se por conseguinte na forma de um *apartheid*⁷, em que a ação

⁷ Santos (2003) distingue cinco formas de fascismo social: (a) do apartheid social, (b) fascismo para-estatal (que inclui o fascismo contratual e o fascismo territorial), (c) fascismo da

estatal e não-estatal se cindem num duplo padrão de atuação, um destinado a zonas civilizadas e outro dirigido a zonas selvagens.

As zonas selvagens estão expostas aos efeitos perversos da flexibilização das relações sociais e económicas, da política de segurança e da especulação financeira. Como o espaço selvagem está arredado do guarda-chuva da soberania política, o desequilíbrio das relações de poder é chancelado pelo próprio direito. É sensivelmente nas zonas selvagens em que pesa o desnível de posição das partes nas relações contratuais e se constituem consumidoras/es, trabalhadoras/es, familiares, tomadoras/es e prestadoras/es de serviços e moradoras/es cuja integração desigual na sociedade é feita às custas de um constante incumprimento dos direitos. No mesmo sentido, enquanto as zonas civilizadas se encastelam em enclaves protecionistas, as zonas selvagens estão vulneráveis à falta de segurança da posse e condicionadas pela permanente ameaça de despejos e deslocamentos forçados. O Estado oscila entre uma intervenção protetora dos direitos (ainda que muitas vezes ineficaz ou pouco fiável) e outra aniquiladora, de acordo com a sua presença nos espaços civilizados ou selvagens. No caso das zonas selvagens, a insegurança é acrescida por episódios de violência protagonizada pelo próprio Estado, delimitando um estado de exceção em que a força pública é demonstrada pela falta de limites.

No que respeita à soberania política como forma de exercício de poder, as dinâmicas de fascismo social colocam em jogo a tensão entre pré-contratualismo e pós-contratualismo. Santos (1998) chama atenção para o que denomina crise do contratualismo moderno. A arquitetura do esquema contrato-opressão teve por base três pressupostos: um regime geral de valores, um sistema comum de medidas e um espaço-tempo privilegiado. Do ponto de vista do regime geral de valores, a vontade de todos e a definição do bem comum como vontade geral criaram a agregação que tornou possível, simultaneamente, a unidade da comunidade política como sociedade civil

insegurança e (d) fascismo financeiro. Para os fins deste capítulo, proponho-me a analisar o fascismo do apartheid social, defendendo que a atuação ambígua da proteção jurídica do Estado na distinção entre zonas civilizadas e zonas selvagens expõe estas últimas aos efeitos das outras formas de fascismo social.

singular e sua atomização num universo de indivíduos livres e iguais. O sistema comum de medidas, por sua vez, normalizou como característica coletiva e universal o menor denominador comum do contratualismo moderno (homem, branco, europeu/americano, proprietário).

A partir do regime geral de valores e dos denominadores comuns, a representação do contrato social é difundida com base em critérios de interdição e rejeição entre quem compõe a comunidade política e quem não compõe, quem pode ser governante e quem será governado, quem é autónomo, livre e titular de direitos e quem é tutelado. Estabelecendo uma lógica linear, que assume como escala os estados nacionais, o sistema comum de medidas apresenta os estados nação europeus como denominador comum para a distinção entre civilização e barbárie, entre caos e ordem. O espaço-tempo privilegiado do contratualismo moderno é, por sua vez, o espaço nacional, de racionalização do governo através do direito e da constituição e de construção das instituições da identidade nacional (o parlamento, o judiciário, o executivo, as forças armadas e de segurança). O edifício jurídico identifica-se desse modo com a construção do Estado-Nação e com o seu sistema de medidas: uma língua, uma moeda, um direito, uma nação sem diferenças culturais, uma força coercitiva global etc.

A turbulência de valores, medidas e escalas a que estão submetidos os fundamentos do contratualismo moderno conduziu o exercício da soberania política a uma administração de défices e excessos. Esta administração é feita tendo em consideração dois momentos de bloqueio às promessas do esquema contrato-opressão: pré-contratual e pós-contratual. Diante da fragmentação do espaço nacional, quer pela imposição da globalização hegemónica sobre o sistema comum de medidas do Estado – impondo lógicas de segurança nacional ameaçadoras das liberdades individuais e lógicas de privação de direitos ameaçadoras da estabilidade da ordem social –, quer pelo questionamento dos denominadores comuns do contrato social – impondo lógicas de pertença e reconhecimento comprometedoras da homogeneidade do Estado-Nação –, o contratualismo esvanece-se. De um ponto de vista pré-contratual, as expectativas de inclusão são sistematicamente defraudadas,

tanto por uma prática de exercício e de distribuição de direitos que reproduz estados de natureza e estados de exceção, quanto pela inadequação da própria proposta contratualista. A agregação das sociabilidades em fórmulas genéricas e mitificadoras da fundação da soberania não atendem ao vocabulário de direitos reivindicados e às expectativas de inclusão da sociedade civil estranha e incivil. Do ponto de vista pós-contratual, aquelas pessoas antes incluídas pelo contrato social vêm-se empurradas para zonas de desproteção e fascismo social, o conteúdo dos direitos sofre uma forte sobrecarga simbólica tendo que ser reescrito e reinterpretado pelos próprios grupos sociais em confronto com o Estado e com entes privados cuja atuação nas zonas descontratualizadas é viciosa.

As dinâmicas de contenção pré-contratual e expulsão pós-contratual são realidades palpáveis do nutrimento recíproco da desigualdade e da exclusão nas sociedades contemporâneas. A pergunta subjacente a este entendimento perscruta qual o impacto que a crise da contratualidade social moderna impõe à promessa do acesso à justiça. Uma resposta ligeira defenderia uma relação proporcional direta entre a ampliação dos mecanismos de acesso à justiça e a eliminação das barreiras impostas pelos regimes pré e pós-contratualistas. Contudo, como tentei demonstrar, as dinâmicas de dominação política envolvem processos de exclusão cuja radicalidade não se compraz com a simples hipótese de maximização do direito como promoção da democratização.

A meu ver, num contexto de proliferação de relações abissais de poder, o acesso à justiça como promessa democrática dirige-se a confrontar a aposta democrática dos estados. Noutros termos, a missão do sistema de acesso ao direito consiste em desvelar os estados de exceção que se reproduzem maciçamente no interior de soberanias cujo fundamento democrático é cada vez mais frágil. Esta reformulação implica defender não apenas uma maximização formal do direito, mas o seu desdobramento e interpenetração em redes de atuação estratégicas e instrumentais apoiando a insurgência de uma legalidade a partir de baixo (legalidade cosmopolita subalterna, nas

palavras de Santos) nas zonas de contato⁸ entre espaços selvagens e espaços civilizados (Santos, 2003). Esta reorientação de entendimento torna-se imprescindível na medida em que a realidade do acesso à justiça, num contexto de imposição hegemônica neoliberal, crise financeira e desmantelamento dos resquícios do Estado-providência, é necropolítica.

De acordo com Mbembe (2003), a necropolítica define a soberania como o poder de ditar quem pode viver e quem deve morrer. O controlo sobre a mortalidade e a definição das condições de vida são atos soberanos que determinam, em última instância, o desenvolvimento e a manifestação do poder nas sociedades. Trata-se de um modo de dominação que ultrapassa as fronteiras foucaultianas do biopoder uma vez que nele se estabelecem as circunstâncias práticas do direito de matar, da permissão para viver e da exposição à morte. Por outro lado, o exercício do necropoder transcende o isolamento ou a periferização do corpo sujeit(ad)o, desenhando um traço de animosidade que determina o controlo sobre a morte. Assim, a mecânica disciplinar, às vezes violenta, dos corpos periféricos isolados, na necropolítica, diferencia e organiza a violência perante linhas que são definidas como inimigas. Como exercício do necropoder, a soberania política encarna a conceção de Carl Schmitt, isto é, o exercício soberano define-se pelo poder de declarar a exceção (suspensão/extinção dos direitos e garantias subjetivas, inclusivamente o direito à vida).

A necropolítica evidencia que a resposta aos bloqueios impostos pela crise do contratualismo moderno é a construção de uma prática política seletiva que define as condições de vida (inclusão no contrato social) ou à exposição à morte (espaços pré e pós-contratuais). Enquanto política de

⁸ Em Santos (2003: 43), o conceito de zona de contato é desenvolvido a partir da abordagem de Mary Louise Pratt: *Mary Louise Pratt (1992:4) define zonas de contacto como “espaços sociais em que culturas díspares se encontram, enfrentam e entrechocam, muitas vezes em relações de dominação e subordinação altamente assimétricas – como no caso do colonialismo, da escravatura ou das respetivas sequelas tal como são hoje vividas em toda a face do planeta”.* Nesta formulação, as zonas de contacto parecem implicar encontros entre totalidades culturais, mas, de facto, não tem que ser assim. Com efeito, a zona de contacto pode envolver diferenças culturais seletivas e parciais, precisamente aquelas que num dado tempo-espaço competem entre si para conferir sentido a uma determinada linha de ação. Além disso, as trocas desiguais estendem-se hoje em dia muito para lá do colonialismo e das suas sequelas, ainda que – como os estudos pós-coloniais vieram revelar – aquele continue a desempenhar uma papel mais importante do que gostaríamos de admitir.

acesso aos direitos, o necropoder constitui-se num fascismo de apartheid social, remetendo tanto à preservação de campos civilizados, onde impera o Estado de direito; quanto à delimitação de zonas onde a violência do estado de exceção opera ao serviço da civilização (Mbembe, 2003). A promessa do acesso à justiça desenvolve-se assim no âmbito de uma relação imperial fundada num Estado em que está definido, à partida, pela distribuição dos recursos de poder, quem é descartável ou não. É por essa razão que a afirmação emancipatória do acesso à justiça depende da capacidade de se substituir a retórica acerca das tendências de democratização progressiva do Estado pelo compromisso com o desvelamento das inclinações socialmente fascistas como parte do exercício cotidiano da soberania política. Por outro lado, é no trinômio luta por direito(s)-fascismo social-necropolítica que os mecanismos de acesso à justiça, nomeadamente a assistência jurídica, encontram os seus limites, convocando uma conceção emancipatória de estado de direito.

3. Poderá o acesso à justiça ser emancipatório?

A disjunção de efeitos entre o âmbito de aplicação do Estado de direito e a declaração de estados de exceção pode ser explicada de acordo com a criação do fenómeno do direito em diferentes escalas (Santos, 2002: 190-203). Se numa escala maior o Estado de direito é representado enquanto racionalidade total de eficácia ampla, a análise micropolítica dos âmbitos menores de aplicação efetiva do direito manifesta a perpetuidade das relações de repressão. Nestes casos, a efetividade dos direitos fundamentais como medidas de resistência relaciona-se com a abrangência e eficácia dos circuitos de acesso ao direito e à justiça. A dinâmica de acesso ao direito é também recriada à medida da escala de análise multiplicando-se em diferentes campos de proteção social, de limitação legal do poder e franjas de exceção. Nessa miríade, a experiência de acesso ao direito das populações pobres e grupos marginalizados é uma experiência de fronteira.

Os momentos de acesso ao direito marcam a existência de zonas de contato (Santos, 2003) entre os modos de funcionamento do estado de direito e dos estados de exceção. Nas zonas de contato⁹, o acesso ao(s) direito(s) ou à justiça oficial pode primeiramente representar o acirramento da violência por meio da repressão penal, da criminalização e do abuso da força pelo Estado. É a experiência de violência que representa a caracterização segundo a qual o acesso à justiça dos/das pobres é feito pela porta dos fundos (justiça criminal). Enquanto experiência de exceção, a violência do acesso ao direito manifesta-se sem delimitação externa oficial, transformando o uso legítimo da força pelo Estado em necropolítica.

Numa segunda dimensão a experiência de acesso ao direito apela à coexistência na zona de contato. Neste caso, vigora uma relação de instrumentalidade em que a informalidade e ilegalidade são consentidas e uma justiça, pacificadora, funciona como meio de inclusão e resolução formal dos problemas e necessidades da população pobre. Ao tolerar a ilegalidade, a soberania política não admite o papel que desempenha na reprodução de zonas de exceção. O ilegal é então assumido com um modo de autorreprodução das relações sociais inteiramente alheio ao exercício político global da dominação. Consequentemente, o Estado de direito mantém reservado o poder de normalização da ilegalidade, convertendo a relação de coexistência em violência. Trata-se de um poder de interferência e declaração da verdade sobre o legal e o ilegal, sobre o reconhecido e o desprotegido, que caracteriza o poder do Estado de direito como necropoder de declarar as condições de vida das populações marginalizadas.

No exercício da violência e da coexistência, os mecanismos de acesso à justiça oficial funcionam ao serviço da governamentalidade e da manutenção ideológica das contradições que sustentam a desigualdade no corpo social. Numa terceira dimensão, a zona de contato configura-se como campo de luta e insurgência de uma legalidade subalterna (Santos, 2003), neste caso, as

⁹ Santos (2003) enumera quatro modos de interação nas zonas de contato: (1) violência; (2) coexistência; (3) reparação e (4) convivialidade. Para os fins da análise do acesso ao direito num contexto de fascismo do *apartheid* social, utilizo como categorias centrais a violência e a coexistência.

contradições entre os princípios do Estado de direito e a prática dos estados de exceção são utilizadas como mecanismo de formulação de um campo de resistência e defesa a partir de baixo. É nesta esfera que os mecanismos de acesso ao direito podem resgatar o compromisso com o aprofundamento da democracia enquanto mecanismos de denúncia da violência estrutural.

É um processo próprio o de constituição da comunidade política e formatação do indivíduo titular de direitos nas sociedades modernas. Procurei demonstrar a vigência de um *apartheid* em que enunciação do sujeito é feita a par da virulência seletiva da sujeição. A diferenciação entre quem é ou não descartável no sistema político-jurídico corresponde a uma lógica de distribuição dos recursos em que a promoção de mecanismos de acesso à justiça pelo Estado ou atendem a objetivos de governamentalidade, disciplina e controlo de uma população consumidora de justiça ou demarcam as fronteiras entre os princípios de um Estado de direito e a submissão a estados de exceção. A primeira nota é, portanto, a de existência de uma ambivalência subjacente ao campo jurídico. A imaginação utópica do direito e o seu exercício concreto oscilam entre a afirmação simbólica dos direitos e a delimitação da ordem, a previsão de garantias pessoais e a violência da exceção, a justiça como resolução neutra de conflitos e a justiça enquanto mecanismo político de reconhecimento do abuso e dos danos da privação sistemática do direito.

Numa segunda referência cumpre clarificar os círculos híper-visíveis e os círculos não-visíveis (Santos, 2007b) do funcionamento dos mecanismos de acesso à justiça. A defesa de democratização do Estado através da promoção do acesso à justiça delimita um campo de ação instrumental do judiciário híper-visível. O campo de ação com alta visibilidade remete para a promoção do desenvolvimento enquanto fortaleza de uma instituição de segurança jurídica na resolução dos conflitos privados. Neste círculo visível ficam iluminadas divisões sociais neutras, com base no estatuto jurídico das partes em conflito (comerciantes, proprietários, trabalhadores, consumidores, delinquentes). Estas divisões visíveis cumprem um papel ideológico. Uma função ideológica obliterada na medida em que o pressuposto de

funcionamento axiológico do sistema é a neutralidade. O campo de governamentalidade e disciplina mantido pela justiça oficial é, assim, o da diferenciação de classes, do reconhecimento desigual da pertença das identidades culturais e da inclusão subordinada e precária dos círculos não íntimos no interior do contrato social.

Este processo de controlo, cuja eficácia geral depende da imaginação do Estado como centro (Santos, 2002), também alimenta a imaginação utópica dos direitos para aqueles e aquelas localizadas/os à margem do contrato. De um lado, é certa a diferenciação ideológica e jurídica promovida através da utilização instrumental do direito e dos tribunais como mecanismos de dominação política. De outro, as regras de reconhecimento social do exercício do poder assentam num princípio de igualdade na racionalização e organização do Estado. Consequentemente, as divisões invisíveis da dinâmica Estado-sociedade civil alimentam uma ambição de reconhecimento e proteção igualmente legítimos de acordo com os princípios inaugurados pelas raízes modernas do Estado (igualdade perante a lei) e ampliados com a opção pelo constitucionalismo social e económico (igualdade material).

A estratégia de maximização do acesso ao direito oculta a tensão entre igualdade formal e exclusão radical através de uma sujeição sem autodeterminação e liberdade disfarçada na forma de um “ainda não” (Chakrabarty, 2000) dirigido às populações pobres e marginalizadas. Na espera eterna da condição de falta de acesso aos direitos e à justiça, o “ainda não” visibiliza uma dinâmica de acesso ditada de cima para baixo. Um processo de reforma social orientada que ordena as condições de entrada e permanência no contrato social através de protótipos de participação na sociedade política. Promove-se uma inclusão vigiada num contrato social que preserva os denominadores comuns e o sistema geral de valores da ordem jurídica.

Se as dinâmicas de acesso à justiça enquanto governamentalidade obscurecem o facto de que a ordem jurídica democrática diferencia, discrimina e aparta para incluir sob divisões liberais neutras, o reconhecimento social da legitimidade da ordem jurídica depende da elasticidade do papel de integração social do direito (Santos, 2002). Cria-se simultaneamente as condições de

impunidade dos excessos da ordem, disciplina e necropoder e os termos a serem re-enunciados pelos processos de resistência. A imaginação de uma soberania legítima, o controle da população e a aplicação impune da exceção cria nos corpos subalternos regimes híbridos de manifestação do direito que enunciam a subordinação, a desistência total, a redenção e/ou a resistência. Partidos como o leviatã, os corpos subalternos amalgamam, através das diversas classificações jurídicas visíveis, da força dos regimes disciplinares sem limites e da violência limite da necropolítica, uma multitude de fragmentos de enunciação do direito.

A legalidade cosmopolita subalterna, na qual a previsão legal de acesso à justiça, e especialmente a assistência jurídica, pode refundar o seu potencial democrático, manifesta-se nas dinâmicas de repetição/resinificação e deslocalização do direito exprimidas nas fronteiras entre o Estado de direito e os estados de exceção. Interessa perscrutar como as dinâmicas de resistência e contraposição à dominação político-jurídica amplificam a hibridização do direito nos corpos periféricos revigorando o sentido e o alcance da previsão de direitos; visibilizando as/os principais interessadas/os na imposição de limites ao poder do Estado e confundindo as funções ideológicas da justiça.

A meu ver, o potencial emancipatório do direito não reside no campo legal em si mas no que denomino corpo jurídico subalterno híbrido. Se é certo que os corpos periféricos são conformados pelo poder, como afirmou Foucault, não é menos verdade que, nas franjas contraditórias do exercício da soberania política podem ser ensaiadas práticas de transformação do uso do direito. Neste contexto, é possível aos sistemas de assistência jurídica ampliar o espaço de controvérsia acerca da aplicação hegemônica do aparato jurídico-institucional. O sistema de acesso ao direito, de acordo com as características e orientação política dos seus serviços, pode ampliar a visibilidade das relações viciosas de coexistência e violência entre poder jurídico e necropoder, demarcando nos corpos subalternos linhas de ação em resposta à violência e ao dano sistemático.

4. Estado de Direito e Apartheid social: Cidadania e exceção na luta pelo(s) direito(s)

Trago para esta seção experiências de hibridação entre os regimes de verdade do direito como regra e da violência arbitrária como exceção. Exemplifico, através de testemunhos e exemplos de intervenção da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e da advocacia popular e estratégica, o que vou denominar exercício da contra-justiça pelos corpos jurídicos híbridos subalternos. Como pretendo demonstrar, o exercício da contrajustiça incide especialmente no processo de enunciação do direito (quem enuncia e o que deve ser enunciado). A contrajustiça é exercida em contexto de hibridação na medida em que potencia caminhos cruzados de transformação, isto é, que têm impacto tanto nos modos de atuação institucional e profissional, quanto nos métodos e nas alternativas de ação social.

Os exemplos aqui apresentados centram nos testemunhos de acesso à justiça obtidos junto de defensoras/es públicos e integrantes de movimentos sociais de São Paulo. Nesta cidade, a cisão no modelo tradicional de prestação de serviços provocada com o advento da Defensoria Pública, bem como os modos de organização desta instituição – através de núcleos dedicados ao tratamento de conflitos estruturais – tem contribuído para aprofundar o processo de hibridização a que estão submetidos os sujeit(ad)os políticos.

Recaindo primeiramente sobre as formas de interpretação e produção do direito, a primeira ampliação da hibridação jurídica reside no rompimento das fronteiras entre quem conhece, traduz e fala do direito com autoridade e quem dele precisa. Na dinâmica de direito como assistência, é clara a distinção entre uma autoridade que detém o direito e apoia quem dele necessita e aquelas/es que não detêm as condições culturais e econômicas necessárias para acedê-lo diretamente. A identificação da diferença nos modos de funcionamento do Estado de direito no que concerne à replicação de estados de exceção implica uma outra consciência subjetiva. Este elemento subjetivo é lógico: se a necessidade de conhecimento do direito é maior em face das situações de dano e violência sistemática, se de facto a experiência de exceção

é de apartheid social, então, a necessidade do direito enquanto experiência de sofrimento decorrente da constante falta de acesso à justiça pertence exclusivamente aos corpos periféricos.

O reconhecimento desta distinção fenomenológica salienta que a correspondência entre a erudição do direito e do seu papel de contraposição ao abuso de poder depende de uma transversalidade de conhecimento entre a autoridade porta-voz do campo jurídico e o corpo recetáculo da violência. Se deter o direito como poder pode afastar a experiência da sua manifestação como fascismo social, a autoridade de ditar os termos de entendimento do direito deve ser realocizada como espaço de enunciação daquelas/es que dominam os termos de incidência do sofrimento e da exceção.

Quando eu me envolvi com essa questão, por conta de um filho meu, caçula, que se envolveu com drogas e com atos infracionais. Eu tentei de todas as formas, no atendimento do tratamento da dependência, do abuso de drogas, e eu não achei. Como não tinha nenhuma proposta, nenhuma política de tratamento para essa causa, eu fui pagando traficantes, pagando polícia e as coisas foram-se complicando muito e aí chegou o momento em que não dava mais para encher aquele saco sem fundo que é a droga. É uma desgraça. Ele terminou roubando e indo preso. Foi quando ele foi para a Febem que eu me deparei com outra realidade. De alguma forma eu tive esperança que, contido, e numa soberania do Estado, como era a fundação, grande e com muitos recursos. Na minha cabeça, eu achava que teria ótimos profissionais na área da saúde, da psicologia, da assistência social, da pedagogia, da psiquiatria, enfim, tudo o que você possa imaginar. E que poderia encontrar uma solução que era a dependência, o uso de drogas que levou ele a infracionar. Quando eu me deparei com aquela realidade, eu percebo que aquilo não recuperava ninguém. Que era opressão, tortura, sujeira e era tudo muito ruim, muito muito ruim para ser uma fundação estadual com o nome de bem-estar do menor. Eu comecei a questionar aquela situação e a querer mudar. Fomos organizando e começamos a juntar grupos e estudar o Estatuto da Criança e do Adolescente, estudar políticas públicas, a questão da dependência química, que era uma coisa que se repetia muito. Eu comecei a participar de tudo quanto era debate, seminário, palestra, tudo o que existia. Eu comecei a participar de tudo. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), eu li tudo. Na altura se alguém perguntava de determinado assunto, eu falava: “no estatuto, o artigo tal fala sobre isso”. Eu passei a conhecer a lei, mesmo sem ser doutora, sem ser advogada, eu conhecia tudo da legislação juvenil. Era um instrumento de luta para mim. Eu fui estudar também sobre dependência química, sobre droga, tudo sobre escola, qualidade

de ensino, políticas públicas direcionadas para família, para a juventude. Eu precisava daquilo para sobreviver, para poder aguentar aquela barra. O meu filho então sofreu um acidente na Febem, caiu da muralha, quebrou o calcanhar e ficou internado por três dias. Ninguém me avisou. Uma evangélica que estava evangelizando no hospital me avisou que o meu filho estava lá agonizante e pediu pelo amor de Deus para ela me ligar. Foi assim que eu tomei conhecimento que o meu filho estava no hospital. Eu passei por todo o tipo de humilhação, de exclusão, porque o meu filho era infrator. Foi uma humilhação. Eu não podia ver o meu filho. Tem que ter autorização da FEBEM para poder entrar para ver. Na hora que eu fui para a visita também não podia ver, porque o meu filho era criminoso, tinha cometido ato infracional, estava com escolta da FEBEM e eu não podia. Eu, então, corri no fórum, no procurador judiciário para poder garantir a minha visita, com toda uma humilhação. Uma carta que me autorizava a visitar, que eu tinha que apresentar, desde o vigilante e da faxineira, em baixo, até o diretor do hospital. Todos os dias eu fazia isso. Depois, passada essa crise, eu ganhei um ECA, eu não tinha, eu lia o dos outros. Então, estava folheando o ECA e aí me deu uma ideia de olhar o artigo 12 e lá dizia que se garantia a presença dos pais ou responsáveis dentro dos ambientes hospitalares quando tivessem crianças e adolescentes internados. Eu percebi aí o quanto todos os meus direitos tinham sido violados. Tinha uma outra família que estava passando pela mesma situação que eu. Eu peguei aquele artigo 12 e mandei ela no fórum pedir para o advogado garantir, que ela queria ficar com o filho no hospital e o advogado, fundamentou dentro do artigo 12 e o juiz deu. Assinou a fundamentação. As mães começaram a me procurar, quando tinham problemas. Começaram a me procurar para encontrar uma solução. E eu comecei cada dia a estudar mais, encontrando as soluções que a gente poderia ir ao juiz garantir dentro do ECA. Aí é quando a gente se fortalece realmente, grupo de mães, tornando-se uma organização, uma associação. Nós estruturamos as famílias, mas não dentro de índices de estrutura, nós estruturamos dentro do poder jurídico. O conhecimento jurídico do que ela tem direito. Porque a lei é nossa, não é do advogado, do promotor, nem do juiz não. Se eu sofro as consequências da lei, sou eu que tenho que conhecer ela (Conceição Osório, Associação de Mães e Amigos dos Adolescentes em Risco).

A transgressão da fronteira entre autoridade que aplica e corpo sobre o qual recai a força da lei traduz-se numa polifonia de intérpretes e criadores/as do direito. O sentido e o alcance das normas legais têm o valor e a utilidade resinificados na medida em que a manifestação do corpo subalternizado transcende a aplicação cotidiana dos institutos e conceitos jurídicos. Por exemplo, muito embora o direito de ir e vir esteja solidamente consagrado na

jurisprudência das liberdades civis e como técnica de defesa criminal com a garantia do *habeas corpus*, a repetição desse direito pela população em situação de rua da cidade de São Paulo é feita para desobedecer a autoridade oficial de ordenamento e reordenamento do espaço, revigorando o próprio campo de aplicação do *habeas corpus*.

Então a rua é isso. A rua é dolorosa para quem está na rua. E a gente tem pessoas que não saem mais da rua. É porque ela já criou um vínculo na rua – a rua é a casa, é tudo dela. Você não faz mais trabalho nenhum com aquela pessoa. Aí, qual é o trabalho enquanto movimento? É ir buscar o direito de justiça para aquela pessoa. Quer viver na rua... vamos ver qual é qual é o direito dela de viver na rua. Ela tem 40 anos de rua. Em 40 anos, você não tira mais uma pessoa da rua. Agora é o que a gente quer, porque a constituição errou. Os constituintes erraram. Tinha que estar mencionado na constituição: todo brasileiro tem direito de ir, de vir e de ficar. Porque aí você não tinha o cidadão ou cidadã da rua. Eu não posso falar porque na época de 1988 eu era uma criança ainda. Claro que eu vi pela televisão, vi a luta mas eu não podia, tinha 12 anos, não podia nem participar. Mas hoje eu falo isso, não tiro. A constituição é importante. Mas tinha que estar isso no artigo 5º porque, aí, você pode ficar onde você quiser, se você quiser ficar no seu estado você pode ficar. O direito de ir e vir é-te assistido mais ou menos na justiça, mas o de ficar não. Hoje pode-se falar para o indivíduo “você pode ir para onde você quiser”, mas “você não pode ficar aqui” e aí te tiram dali e te jogam para um lugar mais ruim ainda. Então nós, o movimento da população em situação de rua, tem essa preocupação. Tem dois olhares. O primeiro olhar é de querer que ninguém fique na rua, a rua não foi feita para ser dos humanos, para morar. A rua é um espaço muito ruim. E o segundo, aquele que quiser ficar a gente tem que respeitar e tem que defender o direito dele de ficar. Se ele quiser sair a gente tem que ajudar ele a sair. Mas, se ele quiser permanecer, a gente tem que respeitar e lutar para que ele permaneça. Continua sendo direito dele. “Mas não é direito digno de um cidadão”, não é, mas ele quer ficar. É que nem a gente fala hoje, ele criou vínculo ali. Vínculo familiar, vínculo de amigos, ele faz daquele espaço a casa dele. É público não é privado. Se é público, é de quem? É de todos. Mas aí a gente tem que conciliar com o companheiro ou companheira. Hoje eu estava ouvindo e me veio na cabeça... Muita gente fala que temos direitos e deveres. Mas quais são os nossos deveres? É cobrar, aquele que você colocou no poder, a dar banheiros públicos, espaços melhores. Esse é o seu dever. O seu direito, como cidadão, é ter acesso à justiça, a ter acesso à rua. É direito meu. Se eu quiser ficar sentado a vida inteira eu fico. E agora o dever (Anderson Lopes Miranda, Movimento Nacional da População de Rua).

Ganhou repercussão no Brasil a liminar em pedido de *habeas corpus* conseguida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de um morador de rua. Com base no pedido feito pela defensoria, um dos desembargadores do tribunal de justiça estadual concedeu ao morador de rua Carlos Eduardo Magalhães, de 41 anos, o direito de ir, vir e permanecer em via pública sem ser abordado pela Polícia Militar, “salvo por ordem judicial ou em caso flagrante delito”. De acordo com o pedido de *habeas corpus* preventivo formulado pela defensoria:

[...] desde o início do corrente mês [Janeiro de 2012], a Polícia Militar do Estado deflagrou operação no bairro da Luz e adjacências, região popularmente denominada de “Craquelândia”, com o objetivo declarado de coibir o tráfico de substâncias entorpecentes e resgatar as pessoas em estado de vulnerabilidade. A operação foi intitulada de “Sufoco”, substantivo que, nos dicionários do vernáculo, tem como significado “ato ou efeito de oprimir, impedir, impressionar, comover, causar profundo abalo no ânimo, aflição”. Por certo, nenhum conflito com o ordenamento jurídico resultaria da Operação se a opressão fosse exclusivamente dirigida ao tráfico de entorpecentes. No entanto, o “sufoco” anunciado está sendo explicitamente dirigido a uma parcela ampla de pessoas, dentre elas, aquelas não flagradas em cometimento de delitos, tendo autoridade pública declarado explicitamente que o objetivo da operação é impingir “dor e sofrimento”.

O paciente do presente *habeas corpus*, atendido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, relatou, nesta semana, ter sofrido as seguintes ameaças em sua liberdade de locomoção: “3 abordagens em 7 dias, repetindo a averiguação do nome e nos colocando para esperar em posição desconfortável, com xingamentos como ‘cu de burro’, ‘lixo’ etc” Relatou que, na Praça Coração de Jesus, um agente policial identificado como Soldado Velasco “xingou-me e ameaçou de ‘dar uma porrada na cara’ do rapaz que estava sendo abordado junto a mim”. Relatou, ainda, que os policiais envolvidos na “operação sufoco” têm utilizado spray de pimenta sobre a face dos moradores da região que se recusam a circular. Em vídeo gravado pela Defensoria Pública no ato de seu atendimento, o paciente complementa que: “quer dizer é, tratando como alguém que não tem direito nenhum, ou que cometeu um crime, que no caso meu nome não consta, em nenhum [...] e não tem processo” e “tô pedindo meu Direito Constitucional de ir e vir, eu não posso ficar num lugar, outro dia eu não pude passar numa rua, que todos os pedestres passavam”. E, de fato, o paciente sequer possui inquérito policial contra si, muito menos processo ou condenação criminal, No que concerne às pessoas em situação de rua, inexistente qualquer disposição em nosso ordenamento que determine a

remoção compulsória dessas pessoas dos locais onde estão, especialmente por meio de expedientes violentos, vexatórios ou intimidadores.

Neste contexto, a mobilização jurídica, apesar do alcance limitado e posterioridade em relação à violação de direitos, baralha a função ideológica de diferenciação entre a classe trabalhadora e os outros (marginais, bandidos, vadios), tradicionalmente mantida pela justiça. A defensoria ainda tem impetrado ações no estado de São Paulo para impedir a detenção de moradores de rua com base na contravenção penal de vadiagem. É ainda exemplificativa a liminar obtida junto do tribunal de justiça do estado determinando que o Comando do Batalhão da Polícia Militar de Franca deve abordar as pessoas apenas em situações autorizadas pela lei, e não somente porque mendigo e morador de rua, devendo ser observado que a busca pessoal somente será procedida quando fundadas razões a autorizarem [...], de modo a não se consumir abordagens arbitrárias pelo simples trânsito em via pública ou mesmo que nela estejam dormindo¹⁰.

A hibridação dos corpos subalternos reflete-se no direito vincando as divisões sociais ocultas ou menosprezadas que devem estar visíveis nos modos de aplicação e estruturação da justiça oficial. Um exemplo notório remete à reivindicação do movimento feminista no que toca às oportunidades de acesso à justiça das mulheres. Trata-se não apenas de uma reivindicação de diferenciação estrutural (juizados, delegacias da mulheres, serviços sociais) mas a consagração de espaço pluriversalistas de cidadania em que as diferenças de gênero e o papel do direito em perpetuá-las ganham voz.

Nós estamos batalhando pelo acesso à justiça num mundo neoliberal. O Estado é o maior violador dos direitos. Na verdade, nós vamos buscar do estado a resolução do nosso conflito com o próprio Estado, na maioria das vezes porque até os conflitos interpessoais (o caso da violência doméstica e familiar) você não pode analisar só interpessoalmente. Você tem que analisar socialmente, na relação inclusive com as instituições e com as próprias políticas públicas, porque a mulher está separada, desempregada. Se ela tivesse um emprego, uma casa, outras coisas que não é necessariamente só a violência doméstica que ela revelou, não é só isso.

Nesse trabalho que a gente faz com essas mulheres, ele é voltado para o acesso à justiça e para organizar as mulheres para reivindicar, para pressionar o Estado porque há uma resistência muito grande do estado em permitir que as mulheres exerçam o

¹⁰ <http://dp-sp.jusbrasil.com.br/noticias/3142635/a-pedido-da-defensoria-publica-de-sp-tj-sp-concede-liminar-contra-detencoes-de-moradores-de-rua-por-vadiagem-em-franca-interior-de-sp>, acessado em 23 de Março de 2013.

seu direito de recorrer à justiça. O acesso à justiça, a gente entende de uma forma mais ampla, que é a justiça fora do teor judiciário. É você ter direitos, saber que têm direitos e que pode usar esses direitos e exercê-los independente de pedir autorização para o estado. Não precisa pedir autorização ao Estado para ter direitos e ser uma cidadã. Isso é o principal do nosso trabalho porque o estado tem que garantir as políticas públicas para você ter condições melhores de sobrevivência. Uma coisa que não podemos perder de vista é que o próprio acesso à justiça requer políticas públicas, essa bandeira, se não for acompanhada com políticas públicas, é vazia. E nós vivemos há alguns anos um neoliberalismo, que é a redução das políticas públicas. Então vivemos essa contradição e é difícil motivar as mulheres e ter motivação constante. O grande mérito que temos com essa bandeira mais politizada, e talvez por acreditarmos muito nas transformações sociais, conseguimos transmitir isso às mulheres – vamos mobilizar, vamos brigar etc. Fazemos pequenas ações, mas que têm muito sentido para a capacitação e fortalecimento das mulheres. Pequenas ações como um abaixo-assinado; uma carta ou um protesto para reclamar do funcionamento de uma instituição, de uma propaganda institucional discriminatória em relação a mulher. São pequenas coisas, mas que têm muito sentido. Para as mulheres, o fato de terem protestado contra isso, terem sabido protestar, terem elaborado uma carta e discutido coletivamente é importante. (Amelinha Teles, União de Mulheres de São Paulo)

Do ponto de vista dos modos de funcionamento da justiça, os corpos periféricos enunciam uma justiça popular. Sob os auspícios do centralismo jurídico contemporâneo em regimes em que o juricídio (Santos, 2007b) massivo resultou num estadocentrismo absoluto das formas de realização liberal, capitalistas e individualistas do direito, a potencialidade da justiça popular não se enquadra em manifestações reformistas, socialistas, comunitárias ou anárquicas. Utilizo aqui as categorias de Merry (1993), que distingue diferentes tradições culturais da justiça popular. Primeiramente, nos estados liberais democráticos e capitalistas a verve popular da justiça é reformista, isto é, investida no aumento da eficiência do sistema oficial com ampliação da sua acessibilidade. Mantendo inalteradas as relações de poder, uma justiça reformista tem em consideração os interesses populares quando procura corrigir a ineficiência do sistema jurídico, e não a sua injustiça. Dirige-se, por isso, a falhas de funcionamento que são vistas como fardos ao aperfeiçoamento das instituições e não a problemas estruturais do exercício do poder numa ordem jurídica capitalista.

Numa tradição socialista, a justiça popular mira a subversão total das relações de poder, perscrutando o potencial de apropriação das formas jurídicas pelas massas como símbolo de superação da ordem capitalista e meio de capacitação para um outro tipo de sociedade. A tradição cultural comunitária, por sua vez, remete às formas de organização e ordenamento enquanto ordens sociais e códigos morais diferenciados da justiça do Estado. Por fim, a justiça popular anárquica expõe-se como manifestação *ad hoc* em que as pessoas ordinárias investem em formas e linguagem paralelas a do direito do Estado para punir um inimigo comum, fora dos circuitos de aplicação legítima da força. Trata-se de um levante espontâneo e aleatório, dos quais os linchamentos são um perfeito exemplo. Sua existência e continuidade nas sociedades contemporâneas desafiam a hierarquia social e autoridade dos agentes do Estado.

No meu ponto de vista, a legalidade cosmopolita subalterna revigora o conceito de justiça popular na medida em que explora caminhos para potenciar o que denomino contrajustiça. A contrajustiça expõe a corroboração ideológica hegemónica da justiça oficial, confrontando o regime geral de valores e o sistema comum de medidas do contrato social. Impõe-se a presença dos grupos invisíveis no campo de reconhecimento admitido pelo sistema jurídico, abrindo espaços para a utilização direito por estes grupos. A contrajustiça explora, assim, a ambivalência do Estado de direito para escancarar a presença dos estados de exceção como a outra face da comunidade política ordenada. Como parte da ordem jurídica, os corpos de exceção reivindicam não só proteção nos termos consagrados pelo direito hegemónico, mas convocam especialmente um espaço próprio de recriação e interpretação do direito. Enquanto medida de readequação da ordem social, a utilização contra-hegemónica do direito contesta os princípios de funcionamento da soberania política. Nesse sentido, o recurso a este instrumento hegemónico, o campo legal, é em si provisório, guarda um carácter intrinsecamente limitado e assume uma dimensão instrumental. Consequentemente, a apropriação subalterna não é da racionalidade jurídica total mas das brechas e contradições que a luta contra-hegemónica impõe

como elementos a serem integrados pelo direito. Uma apropriação que exige resistência, imaginação utópica e criatividade permanentes.

A judicialização com todos os problemas e limitações que ela tem, tem uma coisa positiva. Acho que não podemos ser derrotistas e dizer que foi tudo em vão, que a lei é ótima, mas na realidade não dá. Eu acho que tem mudado sim e alguns casos são muito emblemáticos. Eu acho que a gente tem que se apropriar deles e divulgar em todos os meios possíveis para dar mais força. As vitórias, os pareceres, as decisões, a gente tem que os usar para fortalecer a luta. Porque é que eu acho que, apesar da judicialização, talvez a gente não consiga vencer esse sistema podre. Esse sistema se reinventa e se reinventa se apropriando de coisas que são muito graciosas para a nossa luta. Vê o exemplo da participação, todas as instituições de financiamento incorporam a participação agora. Não na concepção do Paulo Freire que é aquela transformação de participação ativa, de que as pessoas afetadas possam realmente ser parte do processo. Mas incorpora como formalidade, faço uma audiência pública, legítimo, apresento e acabou. Pronto, participação. Por isso que o sistema não cai, ele vai-se apropriando. A judicialização também vai-se reinventar e incorporar outras coisas. Vê, por exemplo, o fato de hoje as remoções em São Paulo, pelo que a gente tem visto, estarem muito mais baseadas em laudos geológicos, laudos técnicos de risco. Que advogado vai contestar o laudo técnico dizendo que tem risco? O sistema vai-se apropriando desses outros argumentos. Com a judicialização de direitos, discussão de direitos, o estatuto da cidade, a gente teve ganhos e eles vêm falando que é um risco. E a gente não tem conseguido vencer nesses casos. A gente também tem que se reinventar na luta para dar conta porque senão eles se reinventam, se apropriam daquilo que a gente lutou muito para construir, deturpam e se mantêm aí apesar de toda a exclusão. Então, a gente tem que se reinventar no centro das nossas vitórias porque elas são muitas e são muito importantes (Advogada, Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, participação em focus group).

[...] os processos de poder se adaptam muito rápido aos processos de resistência. Então, se você não fizer diferente, você não perde simplesmente a luta mas você perde a esperança na luta. Porque muitas vezes a gente luta, sai derrotado, mas a gente se sente vitorioso moralmente. O problema é quando você perde e você se sente derrotado moralmente porque você utilizou de todos os esforços possíveis de tentar fazer alguma coisa diferente. A utilização da justiça é um instrumento só. Eu acho que utilizar o sistema de justiça é uma das coisas. Eu acho que pode utilizar a imprensa, pode utilizar manifestações na avenida paulista, podem-se utilizar um milhão de coisas diferentes. O importante é pensar, pensar em coisas diferentes, estabelecer processos de resistência que confundam porque quanto mais confundir pior vai ser para os sistemas de poder atacar os processos de resistência.

Os movimentos sociais têm que ser dinamistas. Eu, pessoalmente, acho que essa criatividade que os movimentos sociais devem ter passa também por uma postura diferente em relação aos enfrentamentos. Eu acho que, e eu posso estar enganado, é importante você ir na frente da secretaria da habitação, é importante você ir na frente do tribunal de justiça, é importante. Mas também é importante motivar outras formas de resistência menos agressivas e mais, digamos assim, de animação, de beleza, de estética, de mística porque isso alimenta, não só o sonho daqueles que participam, como também contradizem a ideologia dos movimentos sociais serem violentos que é, inclusive, o que justifica a criminalização. Então eu acho que é preciso perceber que talvez fosse necessário uma variação dos processos de luta para construir processos de resistência não menos indignados mas mais criativos no sentido de se estabelecer uma certa estética, uma certa mística, alguma coisa que impulse positivamente (Defensor Público, participação em focus group).

Neste contexto, o principal desafio colocado a um sistema oficial de acesso à justiça é ultrapassar o cativo do papel assistencial de inclusão vigiada das/dos pobres como consumidoras/es de sistemas de resolução de conflitos e criminosos carentes de justiça. Entendo que a transcendência dos limites do acesso à justiça/assistência jurídica tem como pré-requisito a presença simultânea deste mecanismo como promessa, manifestação da democratização do Estado de direito, e como transgressão, meio de desvelamento dos estados de exceção. Esta copresença radical (Santos, 2007a) representa, em primeiro lugar, a criação de soluções de serviços jurídicos que amplifiquem os pontos de contato da hibridação dos corpos subalternos. Em segundo lugar, remete à atualização perante o Estado de direito dos diferentes modos de criação do sujeito no exercício da contrajustiça e, vice-versa, à atualização perante os corpos subalternos dos diferentes processos de enunciação da sujeição pela soberania política. Em face da necropolítica, a copresença, não imprimindo a simultaneidade entre a ação violenta e a afirmação dos direitos, visa, pelo menos, reduzir o espaço diacrónico de uma para outra.

No caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, é um exemplo de co-presença a atuação das/dos defensoras/es e do Núcleo de Direitos Humanos na operação da Política Militar na região conhecida como Cracolândia, no centro da cidade de São Paulo. A Operação Centro Legal,

encabeçada pela polícia militar e dirigida ao combate do tráfico de drogas na região da Nova Luz, em janeiro de 2012, foi acompanhada pela unidade móvel da defensoria pública. O objetivo da presença da defensoria no local era o de avaliar ocorrências de violação de direitos da população em situação de rua resultantes de possíveis excessos da abordagem policial. A ação registou as denúncias e divulgou informação sobre os direitos das/os cidadãs/ãos, nalguns casos, avançando com soluções jurídicas de garantia pessoal das/os moradores de rua, como, por exemplo, pedidos de *habeas corpus* preventivo.

Na verdade a defensoria se propõe a ser uma instituição mais arrojada no sentido de não ficar encastelada nos seus gabinetes arrumando um ofício. É claro que tem essa parte, mas a defensoria de São Paulo e outras defensorias, elas pretendem, elas se propõem a ter um arrojo maior, a não reproduzir talvez alguns equívocos que outras instituições, ao longo dos anos, foram produzindo, se encastelando. Na verdade, a defensoria tem uma unidade móvel que é uma van com ar condicionado, computador, cadeira, um escritório móvel que faz deslocamentos em cidades onde a defensoria não existe, onde vai ser implementada ou quando há um atendimento emergencial. Isso já existe. Por outro lado, a defensoria, através do núcleo [de direitos humanos], já vinha acompanhando a questão dos moradores de rua. Nós temos um atendimento todas as terças e quintas pela manhã no Serviço Franciscano de Solidariedade. Nós já vínhamos fazendo um trabalho para essa população de rua e nós vínhamos também visitando a Cracolândia, conversando com o tribunal de justiça, com outros organismos, com ONG, a respeito do que fazer com aquela situação. Até que a 3 de Janeiro vem a mega operação e, na verdade, nós nos sentimos no dever, que é o mínimo, de observar.

[...] a defensora chegou lá e a polícia não está acostumada a agir sendo observada. O que eu acho é que essa antipatia que alguns policiais têm firmado com a defensoria é porque eles estão acostumados a abordar, e eu já vi isso como cidadã “n” vezes, abordar um cidadão e ninguém nem sequer olha para o que a polícia faz, seja porque não é da minha conta, seja porque eu tenho medo, seja porque se a polícia aborda deve ser bandido. Então, o que eu percebo, a polícia está muito costumada a agir na

terra de ninguém, sem ser observada... que é sobretudo a parte repressiva, da PM (Polícia Militar), que acontece normalmente, na verdade é meio que sinónimo da PM, a polícia que seria de inteligência seria a PJ. Mas o treinamento da PM é sobretudo um treinamento de guerra, de combate ao inimigo. Essa parte preventiva permeia alguns organismos, tipo polícia comunitária, que ainda é muito incipiente em termos numéricos. O que você percebe na Cracolândia era a força tática, a cavalaria como se fosse a faixa de gaza. Foi basicamente isso. Então, a primeira coisa que os defensores que foram nos primeiros dias perceberam era a PM obrigando a retirada do grupo que não fazia nada de ilícito. Havia relatos que a polícia de moto fazia esse trabalho e foi presenciado por defensores. Chegou a obrigar a retirada de pessoas que nada faziam de ilícito, de ameaçar fisicamente com a moto passando perto do pé ou por cima do pé das pessoas. A primeira ação foi de madrugada e isso a defensoria não acompanhou porque também foi pega de surpresa. Às 5 da manhã, o que eles denominavam de buraco, que é um casarão que provavelmente foi demolido na ação de ontem ou anteontem, onde viviam cerca de 400/500 pessoas. Eles retiraram as pessoas que ali viviam por anos algumas, sem ordem judicial. Nós estávamos lá enquanto braço do Estado inclusive. ... Causou muita antipatia um simples folheto, que inclusive está disponível no site do núcleo. O folheto dizia: numa abordagem policial é direito de toda a pessoa sempre ser tratada com educação e respeito, só ser presa com ordem judicial ou em flagrante delito, não ter que abaixar a cabeça ou fazer qualquer conduta vexatória numa abordagem policial humilhante, ter o direito de ir e vir, permanecer e se reunir pacificamente. Claro que se algum ilícito a pessoa comete, autoriza-se a intervenção da polícia [...] Então, era um folheto sóbrio que causou um reboliço e que era sóbrio. Eu até chamei de educação de educação em direitos no olho do furacão, porque uma missão da defensoria é a educação e direitos, é dever da defensoria pública. O que fizemos ali não era uma educação em direitos na escolinha. Nós fizemos algo muito importante e continuamos fazendo, que é educação e direitos no plano real da pessoa com aquele problema em concreto. E na verdade sugeriu-se que os defensores estariam estimulando aquela população a resistir à polícia ou a resistir ao enxotamento. Porque, na verdade, o que acontece é uma expulsão da população pobre daquela região. (Daniela Skromov, Defensora Pública, Núcleo de Direitos Humanos, Programa Justiça e Democracia da Associação Juizes para a Democracia)

A copresença radical está, por sua vez, condicionada a arquitetura dos serviços jurídicos, às condições financeiras e estrutura disponível de funcionamento da assistência jurídica, à pluralização das instâncias de recurso ao litígio estratégico, ao impacto dos princípios de independência corporativa (Santos *et al.*, 1996) das profissões, às pressões políticas sobre o alcance e

extensão do acesso à justiça aos pobres, entre outros. A maior ou menor abertura para dinâmicas de copresença determina a (re-)configuração de um sistema de justiça destinado ao tratamento disciplinar das divisões visíveis da dominação política e, portanto, de repressão ou de reconhecimento das linhas de divisão abissal que determinam os conflitos sociais.

5. Conclusão

Este artigo localiza o dilema dos sistemas de acesso à justiça entre a realização de uma democracia de baixa ou de alta intensidade (Santos e Avritzer, 2003). No âmbito de uma concepção democrática de alta intensidade, o sistema de acesso à justiça é politicamente engajado. Por sua vez, os modos de produção e reprodução do direito e da ciência jurídica, atendendo aos padrões democráticos de baixa intensidade da governança liberal, amparam-se num senso comum teórico de aplicação apolítica do poder jurídico. A expectativa de realizar a previsão de direitos fundamentais da ordem política assenta nas antinomias entre o conteúdo das normas, as/os suas/seus destinatárias/os e o princípio de erudição e autoridade exclusiva de conhecimento e interpretação do direito.

A transversalidade do reconhecimento de uma dominação poliforme (da soberania política, do poder disciplinar e do necropoder) desvincula direito e autoridade no projeto político de democratização da justiça. Não se trata de defender uma autoridade soberana, um intérprete exclusivo, e uma hermenêutica politicamente neutra, mas antes admitir que essa separação não existe. O desvelamento do sentido político da neutralidade da justiça e do ativismo judicial (Santos, 2007b) desponta como ação estratégica favorável às lutas sociais e à utilização contra-hegemónica que estas fazem do direito.

A clássica fórmula política de divisão entre Estado (limitado) e sociedade civil (com os direitos protegidos) deve ser re-escrita atentando para os níveis de super-inclusão e super-exclusão resultantes da gestão do contrato social moderno. Face à tolerância das estruturas constitucionais diante da coexistência num mesmo Estado moderno de uma sociedade civil íntima, super-incluída; uma sociedade estranha, medianamente incluída e excluída; e

uma sociedade civil incivil, super-excluída (Santos, 2003), parece evidente que a ampliação do acesso à justiça se justifica mais pela flexibilidade de aplicação seletiva da sua forma do que pelo papel simbólico do seu conteúdo. Importa que a degeneração da forma não implique a degeneração da função do acesso à justiça nas sociedades contemporâneas. Perante o diagnóstico dos danos e da violência sistemática da privação de direitos, a reconstrução do acesso à justiça questiona a manutenção da própria soberania política enquanto representação dos interesses da coletividade. Trata-se de uma reformulação radical, a política da diferença, tratada ou de forma otimista, como gestão da exclusão e da inclusão no âmbito dos contratos sociais modernos; ou, de forma cética, como exclusão abissal inultrapassável, é reescrita na (i)legalidade híbrida dos corpos subalternos.

A copresença radical (Santos, 2007a) dos modos de funcionamento do direito e da violência dos estados de exceção é assim uma medida de transparência. As escolhas morais dos agentes políticos e dos operadores do direito são colocadas às claras, de modo que a retórica e a racionalidade jurídica possam servir também às lutas populares. A defesa da razão política ou jurídica e da ampliação do acesso à justiça só está a serviço da legitimação social do Estado na medida em que está a serviço da defesa da democracia por uma legalidade subalterna. Ao contrário do que defende o liberalismo político, não há método objetivo através do qual se faz direito e não política. Consequentemente, descortinar o carácter político e de livre escolha do processo de interpretação e criação do direito abre espaço para que este possa ser apropriado pelas partes que permanecem invariavelmente excluídas do contrato social.

Referências Bibliográficas

ANDERSON, Benedict (1993). *Comunidades imaginadas*. México: Fundo de Cultura Econômica.

BRAUDEL, Fernand (1977). *Afterthoughts on Material Civilization and Capitalism*. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.

CHAKRABARTY, D. (2000). *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*. Princeton: Princeton University Press.

FOUCAULT, Michel (1979). *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal.

FOUCAULT, Michel (1999). *Vigiar e Punir. O nascimento da prisão*. Petrópolis: Editora Vozes.

FOUCAULT, Michel (2005). *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes.

MBEMBE, Achille (2003). "Necropolitics". *Public Culture*, 15(1): 11-40.

MERRY, Sally Engle (1993). "Defining Popular Justice". Merry, Sally Engle;

MILNER, Neal (orgs.). *The possibility of Popular Justice. A case study of community mediation in the United States*. Michigan: The University of Michigan Press: 3-30.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1998). "Tempo, códigos barrocos e canonização". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 51:3-20.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1999). "A construção multicultural da igualdade e da diferença". *Oficina do Ces*, 135. Coimbra: Centro de Estudos Sociais.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2003). "Poderá o direito ser emancipatório?" *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65: 3-76.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2002). *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. Porto: Afrontamento. 2.ª ed.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2007a). “Para além do pensamento abissal: das linhas globais à ecologia de saberes”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 78: 3-46.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2007b). *Sociología jurídica crítica*. Madrid: Trotta.

SANTOS, Boaventura de Sousa *et al.* (1996). *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Coimbra: Almedina.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo (2003). “Introdução para ampliar o cânone democrático”. Santos, Boaventura (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Porto: Afrontamento.

WALLERSTEIN, Immanuel (1974). *The Modern World System*. Volumes 1 e 2. Nova Iorque: Academic Press.

WALLERSTEIN, Immanuel (1984). *The Politics of the World Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.