

Aprender com/a partir do Sul : redefinindo conceitos, contextos, vozes e narrativas para uma nova política de direitos humanos na América Latina	Titulo
Santos, Élide de Oliveira Lauris dos - Autor/a;	Autor(es)
Buenos Aires	Lugar
CLACSO	Editorial/Editor
2015	Fecha
	Colección
Defensoria pública; Violência; Igualdade; Racismo; Brasil; América do Sul; São Paulo;	Temas
Doc. de trabajo / Informes	Tipo de documento
*http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20151015051351/ensaioelida.pdf	URL
Reconocimiento-No Comercial-Sin Derivadas CC BY-NC-ND http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/deed.es	Licencia

Segui buscando en la Red de Bibliotecas Virtuales de CLACSO

<http://biblioteca.clacso.edu.ar>

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO)

Conselho Latino-americano de Ciências Sociais (CLACSO)

Latin American Council of Social Sciences (CLACSO)

www.clacso.edu.ar



Aprender com/a partir do Sul²: redefinindo conceitos, contextos, vozes e narrativas para uma nova política de direitos humanos na América Latina³

Introdução

A importância e atualidade dos direitos humanos decorrem de um sentido de urgência e autoevidência. É urgente e autoevidente falar de direitos humanos porque, quando a justiça e o direito fazem falta, quando os regimes de verdade⁴ nos quais a justiça e o direito assentam cometem faltas, a defesa de uma agenda de direitos humanos passa a integrar a ordem do dia. A escassez de um bem ou de um instrumento, a exclusividade ou a unicidade de um valor expõem a necessidade da sua apropriação, utilização e/ou resignificação por aquelas e aqueles que deles mais precisam. Neste contexto, faz-se necessário evidenciar o carácter contraditório da relação direito-direitos e do valor justiça que lhe é inerente.

Persiste no ideal de progresso/desenvolvimento através do direito tanto um papel de emancipação, pelo reconhecimento e garantia dos direitos, quanto uma função repressiva, de controlo e estabilização das relações sociais. O direito e a justiça como promessas e os direitos humanos como resposta não estão confrontados num registo de tensão criativa dos modos de distribuição dos direitos nos estados democráticos contemporâneos. A relação entre direito e direitos tem-se integrado numa modesta fórmula acumulacionista em que a previsão de mais direitos equivale a mais justiça. A estratégia de acumulação entre direito (s) e justiça pode ser assim expressada: se os direitos fazem falta devem ser correspondidos, preferencialmente em abundância, pelo direito. A previsão formal de direitos, por sua vez, funciona como indicador da realização do valor justiça nas sociedades.

A estratégia de acumulação é integracionista na medida em que direito e a justiça se submetem a uma única fonte de legitimidade, o Estado. Nesse sentido, enquanto o

* Élida Lauris é Doutora em Pós-colonialismos e Cidadania Global pelo Centro de Estudos Sociais e Faculdade de Economia, da Universidade de Coimbra. Foi investigadora do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Actualmente é co-coordenadora 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". Sua tese de doutorado "Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece. Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal" foi distinguida com o Prémio CES para Jovens Cientistas Sociais de Língua Portuguesa em 2015. 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.

² O título deste ensaio inspira-se na proposta de Boaventura de Sousa Santos (2002a:342): aprender que existe um Sul, aprender a ir para o Sul, aprender a partir do Sul e com o Sul.

³ Este ensaio foi desenvolvido no âmbito das discussões e resultados do projeto de investigação "ALICE, espelhos estranhos, lições imprevistas", coordenado por Boaventura de Sousa Santos (alice.ces.uc.pt) no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra - Portugal. O projeto recebe fundos do Conselho Europeu de Investigação, 7.º Programa Quadro da União Europeia (FP/2007-2013) / ERC Grant Agreement n. [269807].

⁴ Foucault, 1999.

cumprimento da justiça é reduzido à justiça oficial do Estado, a promessa do direito é expandida através da previsão de direitos. Este é um quadro em que os obstáculos à realização da justiça são assumidos como uma questão de acesso. As oportunidades de acesso ao(s) direito(s), em seus diferentes desdobramentos, passam a ser consideradas como indicadores centrais da democratização das comunidades políticas, atestando o comprometimento do Estado com a igualdade e com o bem-estar dos cidadãos. Para o estudo do direito, o campo de trabalho aparece claramente delimitado nas deficiências e nas fragilidades dos sistemas de justiça, no âmbito da discussão sobre aplicação e efetividade dos direitos humanos. A este propósito, a estratégia de acumulação contribuiu para um estreitamento discursivo no campo de direitos humanos. A crítica do direito e do funcionamento da ordem jurídica fica delimitada no âmbito de uma engenharia social de construção e reconstrução de sistemas de proteção de direitos eficazes.

Num eterno retorno da falta de acesso aos direitos, o discurso sobre a aplicação dos direitos humanos afunila-se num reformismo social orientado. De um lado, a exposição das fraquezas e dos obstáculos dos sistemas de justiça; de outro, a discussão de respostas para o seu fortalecimento. Enquanto as soluções e as políticas de direitos estão permanentemente submetidas ao escrutínio de um sistema que se reproduz como sistema de poder e opressão, a crítica ao direito é disciplinada através das reformas e das soluções para a construção de uma justiça efetiva. A experiência de acesso aos direitos é, assim, descontextualizada e deslocada do presente. A atualidade dos discursos convencionais acerca da aplicação dos direitos humanos é a de uma proposta que fracassou no passado, a bordo da pretensão de construção de um Estado-providência – à semelhança dos modelos dos estados europeus – e de um objetivo a alcançar no futuro, em consonância com o progresso civilizacional do direito. Os propósitos de emancipação social vêm-se assim subsumidos ao reformismo jurídico.

Entre a transgressão das denúncias da(s) falta(s) do(s) direito(s) e a promessa do progresso do direito e pelo direito como emancipação, o debate sobre direitos humanos acaba por encerra-se nos limites de uma hegemonia discursiva, a inefetividade/inaplicabilidade dos direitos. Com efeito, em sociedades radicalmente desiguais, a desigualdade de acesso ao(s) direito(s) como promoção é inversamente proporcional à desigualdade de acesso ao direito e à justiça como repressão. Consequentemente, quem mais sofre o impacto da repressão do direito é quem menos aproveita da promoção do direito como bem-estar. Falar de direitos humanos é assim afirmar os termos da uma negação. Em sociedades em que o reforço de utilização do direito como repressão não é equivalente ao esforço de promoção do direito como bem-estar social, não se fala de direitos, mas sim da falta de direitos. Contraditoriamente, quanto maior o impacto transgressivo da denúncia da falta de direito, maiores as expectativas quanto às promessas de emancipação social do direito e pelo uso do direito.

O sentido realista e atual dos direitos humanos como denegação exige uma necessária escolha entre a transgressão e a promessa. As denúncias presentes da falta de direitos vêm-se deglutidas e distendidas num horizonte de aperfeiçoamento infinito do direito e da democratização dos estados, perdendo urgência e atualidade. Se a estratégia de acumulação entre Estado, direito e justiça é futura, o discurso da falta de direitos é presente e separa os termos da acumulação: a reivindicação de mais justiça ressalta da evidência de menos direitos. A separação entre oportunidades oferecidas pelo sistema jurídico e judiciário e os resultados alcançados compromete, por sua vez, a legitimidade do Estado: se os direitos não são efetivos, a justiça não é justa.

É consabido que a carência e inefetividade dos direitos apelam para sua importância. Contudo, a polarização argumentativa entre a defesa do(s) direitos e a denúncia da sua falta não se resolve com a escolha de um dos dois lados. A defesa dos direitos humanos enquanto progresso da justiça e do direito do Estado extenua a crítica na medida em que ela é integrada no movimento de aperfeiçoamento e de ampliação do reconhecimento pelo direito estatal. A denúncia da falta de direitos enquanto componente de um sistema jurídico estatal excludente e repressivo, por sua vez, retira o significado das reformas e das políticas de direitos humanos ao demonstrar a sua ineficácia.

A meu ver o impacto da promessa e o potencial da denúncia e da transgressão no campo dos direitos humanos têm que ser investigadas a partir do que foi invalidado como experiência histórica, seja a trajetória da luta social por direitos dos países periféricos, sejam as experiências e saberes daqueles e daquelas para as quais a ideia de acesso aos direitos é experienciada como denegação.

Ao centrar-se na discussão sobre uma nova agenda de direitos humanos para a América Latina e Caribe, este ensaio assenta na viragem teórica que traz à tona a importância de uma aprendizagem a partir do Sul e com o Sul. O Sul é concebido metaforicamente a partir dos desafios epistémicos que a condição estrutural de subalternidade lança à necessidade de reparação dos danos e impactos sistematicamente causados pelas relações imperiais de poder, nomeadamente pelo capitalismo, pelo colonialismo e pelo patriarcado (Santos, 2002a; Santos e Meneses, 2010). As condições políticas e culturais de produção deste texto, numa primeira dimensão, reivindicam aliar as noções de aprendizagem e reciprocidade. O Sul global, relegado a uma posição de atraso face à linha evolutiva da história universal, emerge inversamente, isto é, na condição pioneira de fornecer pistas e lições que colocam sob outras luzes a discussão sobre possibilidades e alternativas aos desafios e limites enfrentados no Norte global. Comaroff e Comaroff, 2010 argumentam a vantagem histórica das sociedades do Sul Global, as primeiras a sentirem os efeitos negativos das forças mundiais do capitalismo e do imperialismo. A vantagem decorre de uma posição charneira de onde, a partir do imperativo da exclusão radical, criam-se possibilidades de experimentação e de desenvolvimento de alternativas decorrentes da emergência subalterna em face dos domínios de expansão do capital e da violência do Estado. Numa segunda dimensão, especificamente no que toca aos direitos humanos, defronta-se um outro Sul, este em condições de ocupar a dianteira no intercâmbio das lições de antagonismo à tendência neoliberalizante de restrição dos direitos (especialmente dos direitos territoriais, à autodeterminação e direitos sociais e económicos), as/os denegadas/os no acesso aos direitos.

O historicismo dos direitos humanos: corpos ocultos e silenciados na expansão da cidadania

É importante atentar para o que se pode denominar evolucionismo dos direitos humanos. A ideia de aprofundamento gradual da cidadania, de ampliação paulatina dos campos de proteção dos direitos tem sido responsável por uma gestão positiva das expectativas acerca da intensidade de democratização dos estados. Trata-se de uma estratégia historicista de acordo a qual, para conhecer a dinâmica de acesso aos direitos com a qual estamos familiarizadas/os – leia-se o direito do Estado e os sistemas de proteção jurídica nacionais e regionais – bastaria conhecer as etapas de evolução do pensamento jurídico e político ocidental. Esta narrativa histórica exporia o testemunho das mudanças sociopolíticas do Estado, as transformações no papel dos tribunais e o trânsito de

definição/redefinição, retração/expansão do catálogo de direitos e sua eficácia. O testemunho destas etapas tem renovado indefinidamente a esperança num projeto político e social a ser realizado pelas sociedades políticas, cujas evidências empíricas, experimentadas nalguns estados europeus e em parte nos Estados Unidos, são defendidas como exemplo a seguir no âmbito de uma universalização do Estado de direito e dos direitos humanos.

A ideia das gerações/dimensões dos direitos humanos tem nesse sentido funcionado como alegoria universalizante de um percurso cuja concretização, de fato, pertence essencialmente a alguns países europeus. As potencialidades da promessa de igualdade e liberdade ficam retratadas e simultaneamente capturadas no curso declarado da evolução do Estado de matriz liberal ocidental, isto é:

- a) Na trajetória de afirmação do Estado liberal, no âmbito das lutas contra o absolutismo monárquico e pela afirmação da liberdade política individual e da igualdade formal.
- b) De acordo com os princípios de um Estado-providência, uma defesa de direitos com base na igualdade material e na justiça social.
- c) Na ampliação da titularidade e materialidade dos direitos, acolhendo direitos difusos, a qualidade de vida e do meio ambiente, etc.

Está acima de qualquer controvérsia o fato de este histórico deter uma poderosa mensagem de importância simbólica e progressista, não apenas por responsabilizar o Estado perante os direitos, mas especialmente por refletir os traços inacabados e idiossincráticos de uma luta gradual por redistribuição e reconhecimento empreendida por diferentes povos e grupos sociais. Não pretendo extrair desta história o seu valor político e simbólico, contudo, pretendo discutir os efeitos negativos do que, com base em Chakrabarty (2000) vou denominar abordagem historicista dos direitos humanos.

Chakrabarty (2000) argumenta que o historicismo apresenta o ideal de modernidade europeia aos povos não europeus como um “ainda não”. Para ilustrar o argumento, recorre à defesa feita por Stuart Mill [sobre a liberdade e do governo representativo] de que o autogoverno, apesar de constituir uma forma de governo exemplar e mais elevada, não deveria ser concedido aos indianos ou aos africanos, uma vez que estes ainda não eram totalmente civilizados para se governarem a si mesmos. A consciência historicista contém em si uma recomendação, a de que os povos colonizados, subalternizados, devem esperar até alcançarem o espírito público, a consciência e a razão adequados para serem livres. Chakrabarty sugere, então, que esta perspectiva diacrónica representa um passaporte para o que denomina a sala de espera da história. O sentido desta posição de espectador reside na defesa da universalidade de um processo histórico singular que conduziu à modernidade na Europa⁵. Nesse sentido, aos não-europeus caberiam a expectativa e a disciplina de “bons selvagens” que, sob a tutela do colonizador, progrediriam com

⁵ Integro a modernidade no movimento radical de transformação dos modos de vida e de organização vivido inicialmente na Europa a partir do século XVI. As origens, as consequências e o impacto da modernidade na política, na razão, no direito e até no quotidiano têm sido analisados sob diferentes matizes por diversos autores. Para ficar entre os fundadores do pensamento sociológico, basta mencionar Marx, e a análise dos efeitos das desigualdades testemunhados na modernidade com o aparecimento e consolidação do modo de produção capitalista; Durkheim, e a complexidade da organização social na modernidade com a influência do industrialismo; e Max Weber, e os processos de racionalização, legitimação legal-racional e burocratização típicos da modernidade. A teoria pós-colonial, por sua vez, veio lançar novas luzes no debate sobre a modernidade, alertando para a íntima relação entre o projeto cultural moderno e o projeto colonial.

sucesso nas etapas necessárias para alcançar a civilização e os benefícios da vida moderna.

A crítica do historicismo exige, então, que se denunciem determinadas categorias como cidadania, Estado, sociedade civil, esfera pública, igualdade perante a lei, sujeito, soberania popular, justiça social como genealógicamente locais, isto é, refletem o pensamento e a história de uma realidade contextualmente demarcada, neste caso, na Europa. Tendo sido naturalizadas como pressupostos do que há de universal e secular no humano, estas categorias converteram-se em fundamentos universais dos modos de organização e gestão de conflitos das sociedades⁶.

A par da experiência do colonialismo, o projeto moderno de universalização do Estado de direito repercutiu na penetração violenta de uma racionalidade exógena na vida dos povos que pretendeu submeter. Na escala do Estado-nação estendeu o presente de expansão de uma ordem racional e disciplinar através da promessa futura de liberdade que adviria do reconhecimento jurídico de indivíduos iguais. No projeto imperial, invisibilizou a violência e a apropriação (Santos, 2007a) dos povos não europeus através do artifício salvacionista da criação de uma ordem que conduziria da barbárie à civilização. O fim do colonialismo como projeto político não encerrou o fim do colonialismo *enquanto relação social, enquanto mentalidade e enquanto forma de sociabilidade autoritária e discriminatória*, afirmou Boaventura de Sousa Santos (2006: 26). No mesmo sentido, *mutatis mutandi*, a conversão do direito do Estado, como razão jurídica e presença administrativa geral, e a expansão das dimensões dos direitos humanos não resultaram na realização efetiva e ampla da igualdade, formal ou material. De fato, conferiu-se eficácia disciplinar global a uma razão jurídica concebida para ser seletivamente acessível.

É certo que a violência do ato de impor o direito como uniformidade e gerar a exclusão de outros direitos, saberes e práticas não absorve a totalidade da experiência de violência e apropriação sofrida pelos povos colonizados. A utilização que faço do argumento de Chakrabarty pretende apenas ilustrar que o problema da falta de acesso aos direitos, acesso entendido como igualdade e direitos entendidos como emancipação e autodeterminação, tem reunido na sala de espera da história aqueles/as que “ainda não” reuniram condições para serem livres e iguais aos olhos de quem as/os domina.

Sigo a reflexão empreendida por Foucault ao afirmar que a seletividade no acesso aos direitos é uma questão moderna inerente a uma estratégia de disseminação do poder através da criação de uma ordem de verdade. Por outro lado, como demonstrou Max Weber, a exclusividade/inclusividade desta ordem sustenta-se num aparato de legitimidade decorrente da organização administrativa-racional exercida através do direito e para a sua aplicação. A discussão contemporânea dos direitos humanos, como progresso linear de um Estado de direito, tem sua origem num ato de imposição da autoridade política. A instrumentalização do direito como poder e mecanismo de dominação exclusiva do Estado tem-se exercido através da especialidade de uma ciência jurídica bifurcada em dois saberes, o saber jurídico científico e o saber jurídico

⁶ Chakrabarty argumenta que esta visão tem sido tão poderosa nos seus efeitos que acaba por fundamentar as críticas contra práticas sociais injustas tanto na Europa como fora dela. Neste último caso, dá o exemplo de utilização pela erudição pós-colonial de certos universais como a figura abstrata do humano e da razão, chamando ainda atenção para o facto de as correntes teóricas e analíticas europeias dominarem o circuito de discussão intelectual das ciências humanas fora da Europa.

profissional, titulares do poder de enunciar o regime de verdade (Foucault, 1999b) dos direitos. Quanto mais interesses em disputa em torno da titularidade do discurso deste regime de verdade e maior a carga simbólica de princípios fundamentais (dignidade, igualdade, liberdade, justiça), maior a agitação em torno dos sentidos e expectativas atribuídos aos direitos humanos.

A história de afirmação do legalismo como promessa de liberdade do indivíduo e igualdade no âmbito de uma organização do poder racional significou a imposição de um sistema de eficácia limitada no que toca à arbitrariedade do poder e à desigualdade nas relações sociais. Ignorando a parcialidade dos seus resultados, a modernização do Estado trouxe consigo a totalidade da sua racionalidade jurídica⁷. Utilizando a expressão de Boaventura de Sousa Santos (2002b), a razão jurídica manifesta-se como razão metonímica, isto é, o todo (direito do Estado) impõe-se em detrimento das partes (outras tecnologias disciplinares). A totalidade da racionalidade do direito do Estado implica primeiramente o epistemicídio (Santos, 2007b:47) dos outros saberes-poderes que não possam ser integrados de forma subordinada ao marco da regulação jurídica estatal.

Noutra dimensão, a totalidade da dominação pelo saber jurídico tem um poderoso efeito simbólico, cria as condições de igualização dos indivíduos como súditos, dando o suporte necessário para que o todo nação possa ser imaginado (Anderson, 1993). Por fim, a totalidade da razão jurídica cria a ambiguidade entre poder e resistência no âmbito do direito do Estado. Detentor do monopólio de dizer o direito e declarar os direitos, o regime de verdade da razão jurídica controla os termos enunciação do justo e do injusto estabelecendo ao mesmo tempo o nominalismo da dominação e da resistência. Assim, o debate em torno da justiça ou da injustiça ou, se quisermos, da legitimidade ou da ilegitimidade do que é legal apela igualmente aos termos e aos princípios integrantes da razão jurídica: a defesa da propriedade e a defesa da função social da propriedade, a defesa da segurança e a defesa dos direitos individuais, entre outras.

A consolidação da centralidade do Estado na produção de uma razão jurídica total não significou a garantia efetiva de igualdade e a correção das distorções através do sistema jurídico, tão pouco afastou, na prática, a existência de outras tecnologias disciplinares da vida social⁸. Nesse contexto, a expansão do poder e da regulação do Estado moderno não pode ser entendida como uma expansão dos direitos e das garantias sem o outro lado da moeda, ou seja, a expansão do controlo e da disciplina social. Em face da baixa intensidade de realização do princípio da igualdade com que sempre lidou o Estado moderno e a justiça oficial, a imposição do direito moderno, antes de representar a passagem de um sistema de juridicidade difusa para um sistema técnico e racional de previsão e proteção dos direitos, como queriam os contratualistas⁹, representou a

⁷ Um bom exemplo da razão uniformizadora que está na base de construção do Estado moderno pode ser lida em Scott, 1998.

⁸ Como, aliás, os estudos de segunda geração sobre o pluralismo jurídico vieram demonstrar. Com Merry (1988), distingo como estudos de pluralismo jurídico de segunda geração aqueles dedicados a demonstrar a pluralidade de ordens jurídicas no interior de sociedades capitalistas pós-coloniais, que representaram uma mudança de orientação epistemológica em relação ao pluralismo jurídico clássico, centrado nas relações jurídicas e de resolução de conflitos nas antigas colónias.

⁹ Santos (2002a: 112-129) demonstra, no âmbito das teorias contratualistas em Locke, Hobbes e Rousseau, a tensão imanente entre emancipação e regulação que exigia que estes dois pilares fossem desenvolvidos de forma equilibrada pelo projeto cultural moderno.

passagem de um sistema disciplinar difuso para um sistema punitivo técnico e racional, como bem demonstrou Foucault (1999).

A igualdade jurídica é assim uma fantasia, como afirmou Luis Alberto Warat (1992). De acordo com este autor, representa a igualização, a uniformidade e a homogeneização dos indivíduos ante a uma instância que lhes é superior, servindo para facilitar o exercício do poder e não para impedi-lo. Com a ampliação do alcance e da eficácia da racionalidade jurídica moderna, na função de disciplina e controlo social, o acesso ao direito do Estado e à justiça oficial passaram a ocupar o centro. No que toca à previsão e à garantia de direitos, o lugar do Estado e da justiça oficial reiteram uma imaginação do centro (Santos, 2005: 48).

Não pretendo afirmar que à sombra do direito do Estado (Galanter, 1993) não existem dinâmicas disciplinares que muitas vezes desfrutam de maior eficácia do que a aplicação da legalidade estatal, ou ainda que o exercício da disciplina e da repressão pelo direito do Estado é plenamente eficaz. Não é igualmente minha intenção defender a inexistência de soluções favoráveis à garantia de direitos e de resolução dos conflitos no âmbito dos mecanismos estatais de acesso à justiça ou propugnar uma sociedade orwelliana em que todas as questões e conflitos devem ser apreciados pelo Estado. Estou igualmente de acordo com a evidência de que a ineficácia da repressão de alguns fenómenos criminosos retira a confiança na centralidade do Estado na condução do aparelho de repressão e controlo social, sendo os problemas de combate à corrupção o mais perfeito exemplo desta realidade.

Utilizo a noção de direito repressivo central e direito promocional como centro imaginado para destacar que a experiência de exercício dos direitos humanos para aqueles e aquelas estruturalmente excluídas do projeto político da modernidade é uma experiência de acesso real ao direito, enquanto instrumento racionalizador, disciplinador e hierarquizante, e uma expectativa de acesso imaginado à justiça, como igualdade e cidadania inclusiva¹⁰. A este respeito, é interessante notar que o entendimento das funções dos tribunais nas sociedades contemporâneas sempre foi pacífico em relação ao desempenho de funções instrumentais de controlo e pacificação social, isto é, repressão e disciplina dos conflitos, enquanto a assunção de funções políticas pelos tribunais, bem como a criação judicial do direito tendo em vista o garantismo de direitos, sempre foi objeto de controvérsia (Santos *et al.*, 1996: 51-56).

Neste ponto distingo as funções dos tribunais tal como apresentadas por Santos *et al.* (1996: 51-56). No âmbito das funções instrumentais de controlo social e disciplina dos conflitos, o Estado e os tribunais ocupam o centro. Nas funções políticas e simbólicas, exercidas com a atuação contramajoritária dos tribunais e com o garantismo de direitos, a centralidade do Estado é imaginada. É o esforço de concretização desta imaginação que conduz à defesa de ampliação da legitimidade do direito do Estado através do exercício de funções simbólicas e políticas pelos tribunais. No mesmo sentido, é a consciência da imaginação do centro que leva a que se advirta para a necessidade de a utilização contra-hegemónica do direito depender de uma atuação alargada que não se limite à mobilização

¹⁰ Excluo desta noção à experiência bem-sucedida de universalização dos direitos económicos e sociais dos Estado-providências nalguns países centrais, em que o Estado assumiu o centro da distribuição da justiça. Contudo, devo advertir que a crise do Estado-providência e a crise económica e financeira global recolocam a ideia de imaginação do Estado como centro nos países centrais do sistema mundo, nalguns casos, convertendo a ideia para uma nostalgia de quando o Estado era o centro.

nua e crua do campo jurídico. A utilização do direito no âmbito de uma mobilização política de largo espectro, como defende Boaventura de Sousa Santos (2003), permite tanto explorar o simbolismo quanto denunciar o realismo da imaginação do Estado como centro da distribuição igualitária dos direitos.

A disjunção entre a centralidade real e imaginada do aparato jurídico-estatal evidencia-se empiricamente quando se constata que as experiências de acesso ao direito e à justiça das populações pobres e dos grupos vulneráveis são maioritariamente experiências com a justiça criminal. Noutras palavras, a justiça a que se acede não corresponde à justiça à qual se precisa aceder. A evanescência da presença do Estado na proteção e garantia dos direitos é uma escolha política. Como argumenta Baxi (2008), nos estados democráticos contemporâneos, a previsão de um extenso catálogo de direitos humanos e fundamentais convive com a existência de regimes de emergência e de exceção¹¹ impostos pelo próprio Estado e nem sempre oficialmente declarados¹².

A imposição do paradigma legalista apresenta diferentes faces, de acordo com Hespanha (1993:17). Uma face autoritária, em que a afirmação da autoridade da lei corresponde à afirmação da autoridade do Estado, e uma face tecnocrática, em que o legalismo implica a racionalização das relações sociais. Noutra das faces, democrática e igualitária, a lei subordina a todas e todos, possibilitando a participação geral no universo oficial da vida política e jurídica e assegurando o acesso a um direito e a uma justiça iguais, sem particularismos ou favoritismos. Com exceção de um período específico de prosperidade dos Estado-providências nalguns países centrais europeus, a literatura acerca da aplicação dos direitos humanos tem debatido a incapacidade crónica dos estados em assegurar a efetividade, a universalidade e o igualitarismo dos direitos.

As previsões de direito à igualdade e acesso à justiça que comportam as constituições dos estados democráticos contemporâneos têm representado, assim, uma maneira de os estados dizerem às/aos cidadãs/ãos “ainda não”. No “ainda não” recebido pelos povos colonizados, a violência e a apropriação do projeto colonial foram mascaradas como tutela e confiança do colonizador na evolução da/do colonizada/o numa trajetória de conquista meritória da igualdade e da liberdade. No “ainda não” que o Estado profere às/aos excluídas/os do acesso aos direitos humanos, a apropriação da igualdade pelos mecanismos de dominação política e de controlo social e a violência da inércia do Estado perante as violações de direitos disfarçam-se como processo evolutivo da capacitação e do merecimento das cidadãs e cidadãos e progresso do Estado de direito.

As questões relativas à efetividade dos direitos trazem consigo um potencial de denúncia e exposição das fragilidades e deficiências do Estado. Contudo, esta crítica tende a perder a sua radicalidade quando canibalizada no universo referencial de uma utopia jurídica¹³. Se é certo que o desafio de aplicar os direitos humanos exige do Estado um conjunto de transformações, a defesa de uma evolução natural da ordem jurídica transforma as alterações conquistadas em mudanças sancionadas por um Estado seletivo. A

¹¹ Os cortes orçamentais decididos pelos estados para atender a exigências de ajustamentos em face dos mercados financeiros são exemplos atuais de imposição não-oficial de regimes de exceção e de emergência que bloqueiam o acesso aos direitos humanos.

¹² Daí a afirmação, em Santos (2003), segundo a qual ultrapassados os perigos do fascismo político, as sociedades contemporâneas vivem sob um regime de fascismo social, como desenvolve mais abaixo.

¹³ De acordo com Boaventura de Sousa Santos (2002a: 162), a utopia jurídica é apresentada como a capacidade e plasticidade do direito de oferecer incessantemente respostas aos problemas, integrando todas as soluções num mesmo futuro.

transformação social é deglutida no âmbito daquilo que se considera uma “mudança normal”. A “mudança normal” estende a ideia de que a mudança social é um processo contínuo de transformações fragmentárias e graduais, sancionadas pelo direito estatal que, por sua vez, também vai evoluindo contínua, gradual e legalmente (Santos, 2000: 162). Como argumenta Santos, o direito serve perfeitamente os propósitos de sustentação de uma mudança social normal, uma vez que tem a plasticidade necessária para integrar como unívocas soluções fragmentárias e mesmo ideologicamente divergentes. Todas as soluções são possíveis de serem integradas no progresso do direito e, convém lembrar, na manutenção das relações de poder. Assim, a crítica é neutralizada, por um lado, convertendo o problema presente em solução futura. Por outro lado, a plasticidade das soluções assegura a aprovação de uma audiência de interesses diversificados.

No âmbito de uma mudança normal, se os estados são vistos como progressivamente mais democráticos invisibiliza-se que os estados, afinal, não são democráticos. No mesmo sentido, a ideia de que a ampliação do catálogo de direitos torna os estados cada vez mais democráticos oculta que a necessidade de ampliação do rol de direitos e sua efetividade é uma prova cabal da radical falta de democratização no interior dos estados. Por outro lado, a conceção de direitos como “apoio” ou “assistência” a quem precisa absorve o poder-saber monopolizado por um direito excludente e inacessível na moral de um Estado e de uma elite política e económica generosos. Noutros termos, domina-se o processo de legitimação da autoridade política através da criação controlada de mecanismos de proteção contra a arbitrariedade do poder e de garantia dos direitos. Dentro dos limites e condições de aplicação dos direitos estabelecidos de cima para baixo, o “ainda não” converte-se em “mais do que isso, não”.

O “ainda não” representa uma liberdade e igualdade concedidas que devem ser merecidas, quer pelo bom selvagem, quer pela/o excluída/o com méritos, transformando as linhas abissais (Santos 2007a) produzidas pelo Estado numa linha evolucionar de progresso do direito para o colonizado tutelado e para a/o excluída(o)/necessitada(o). Entendo que questionar o historicismo dos direitos permite-nos apurar a invisibilidade de um linha de separação abissal entre: (1) um projeto político e social europeu, que é negado à partida aos povos colonizados, e (2) um projeto igualitário de racionalização da ordem e de distribuição de direitos cuja igualdade é denegada àquelas e àqueles que não estão em condições de acedê-la. Noutras palavras, quem está do lado em que o direito e a justiça como violência é a regra, não pode estar do outro lado: em que vige um direito e uma justiça como cidadania. Coincido com o que afirma Boaventura de Sousa Santos (2007a), é inerente ao pensamento social moderno tanto o estabelecimento de divisões visíveis quanto a invisibilidade de divisões abissais. Como denomina Santos, a linha abissal, que separa a racionalidade de dois modos de vida e reprodução das relações sociais, regulação/emancipação e violência/apropriação, distingue dois universos referenciais que não existem em simultâneo, isto é, a presença de um lado da linha torna o outro lado inexistente. Uma nova agenda de direitos humanos na América Latina revê-se nesse sentido a par de um pensamento pós-abissal¹⁴, ou seja, demanda a inversão de uma realidade em que a experiência da justiça e do direito como violência retiram o sentido, a utilidade e a verdade da experiência da justiça como cidadania.

¹⁴ Santos 2007a defende que uma concepção pós-abissal tem como condição a co-presença radical, isto é, a presença e visibilidade simultânea dos dois lados da linha abissal que separa violência/apropriação da regulação/emancipação.

Com a imposição da razão jurídica, nas sociedades modernas, a centralidade do controle e da disciplina social pelo Estado permitiu uma agregação das sociabilidades em que o sentido de pertença é replicado pela imaginação dos indivíduos como comunidade de iguais (Anderson, 1993), pela imaginação do Estado como soberano e pela imaginação do direito como razão e instrumento de progresso. Aquelas e aqueles a quem faltou os meios necessários para tomar parte da metáfora de gestão da inclusão e exclusão conhecida por contrato social têm reservada a sala de espera da história (Chakrabarty, 2000). A trajetória de imposição do direito moderno reflete, assim, a experiência de acesso aos direitos como uma experiência integral do passado, em que coexistiam sistemas jurídicos tradicionais próximos e acessíveis, e de plenitude futura, trazida pelo aperfeiçoamento progressivo do direito e do Estado. O reflexo contemporâneo dessa trajetória é a transformação da experiência dos excluídos e das excluídas de denegação de direitos, de acesso à repressão do direito e de acesso seletivo ao contrato social num “presente eterno” (Santos, 1998).

Direitos humanos, tribunais e emancipação social: utilidade ou centralidade?

Entendo que a formulação de universalismo dos direitos humanos é tão auspiciosa quanto tem exponenciado um monumento de fragmentos, fracassos e justificativas do falhanço de democratização dos estados, mantendo, contudo, um lugar reservado como promessa de futuro para as sociedades. A discussão desta promessa e sua falência tem sido desenvolvida a par de dados empíricos, propostas e agendas de reforma cujo sentido crítico se extenua no âmbito de uma mudança normal do direito e da reforma legal orientada. Num primeiro plano, a reflexão empírica e normativa sobressai pela sua utilidade na demonstração real das deficiências na aplicabilidade dos direitos e na construção de agendas reformistas. Num segundo plano, oscila entre a utilidade pragmática e a inutilidade realista, uma vez que a concretização dos direitos humanos está condicionada pela vontade dos governos. Trata-se de uma matriz dilemática que cativa um lugar de espera pela vontade política, uma espera oscilante que, ora afirma a necessidade de efetividade dos direitos, ora demonstra os seus fracassos e/ou propõe soluções para o seu êxito.

No entanto, a esperança de sair da posição de espectador/a da vontade política e tornar-se parte do processo de decisão dos sistemas de governo tem sido confiada à possibilidade de acesso aos direitos e à cidadania. Aposta-se na mobilização das agências governamentais e do judiciário para, colocando em pauta a efetivação de direitos, questionar os rumos do sistema jurídico e as escolhas da política pública. Neste caso, espera-se o acesso aos direitos para não ter que se esperar mais. Esta relação entre esperanças e expectativas no âmbito do debate acerca dos direitos humanos é complexa, a dupla esperança é também dupla dependência: a esperança a depender das oportunidades de acesso, as expectativas a dependerem da lógica operativa das instituições. A equação entre esperanças e expectativas por recusar o “ainda não” repetido pelos estados em matéria de direitos humanos não pode ser resolvida no domínio da administração rotinizada dos conflitos pelo sistema jurídico, requerendo uma mudança do foco de análise da institucionalidade cotidiana do Estado para o papel ativo das instituições na transformação social. Noutras palavras, implica o debate da justiça como instituição política.

Esta discussão tem, contudo, padecido de um afunilamento do seu alcance compreensivo. O debate acerca da função de transformação social pelo direito tem-se exaurido nos

limites e possibilidades de realização da emancipação social pelos tribunais. A reivindicação de uma solução dos tribunais sobre a titularidade dos direitos, muito embora aparente ser uma solução meramente técnica, assume seguramente um forte conteúdo de mudança do *status quo* social e político (Santos, 1986). Como afirma Santos, não se deve perder de conta que uma decisão sobre a partilha de direitos, em regra, contrapõe interesses sociais divergentes (empregadores *versus* trabalhadores, consumidores *versus* produtores, homens *versus* mulheres, cidadão *versus* Estado, etc.). Contudo, devido às suas potencialidades no âmbito da transformação e justiça social, a noção de acesso aos direitos deve desenvolver-se num quadro conceptual amplo de articulação entre agência e estrutura na distribuição dos direitos, o que inclui a mobilização de procedimentos e mecanismos judiciais (representação em juízo, consulta jurídica, defesa adequada, devido processo legal), instituições estatais não judiciais (administração pública) e instituições não estatais (partidos políticos, organizações não-governamentais) através da iniciativa de cidadãos, empresas e grupos sociais, circunscrevendo não só conflitos individuais, mas também questões coletivas e de direitos difusos, com especial atenção aos conflitos estruturais e às clivagens socioeconómicas existentes (género, classe, etnicidade, etc.).

O acesso ao poder judiciário acaba por assumir a centralidade da discussão uma vez que, no campo da disputa pela distribuição dos recursos políticos, o papel dos tribunais enquanto órgão de soberania dedicado à aplicação e à garantia dos direitos sobressai-se como órgão de última instância. Neste domínio, emergem as contribuições da análise institucionalista do judiciário.

A abordagem institucionalista, ao propor levar as estruturas a sério, deixa de lado leituras behaviouristas do funcionamento dos tribunais, substituindo a atenção que se dá à atitude dos profissionais como ponto irradiador do posicionamento político dos tribunais pela atenção à instituição tribunal. O judiciário é, assim, contextualizado no interior do sistema político como mais uma das suas instituições¹⁵ (Shapiro, 1964). Esta contextualização traz consigo uma necessidade de reenquadramento do papel dos tribunais pelo menos em três aspetos, como argumentam Gisburg e Kagan (2005: 3).

Em primeiro lugar, demarca-se a relação de poder entre os diferentes órgãos do Estado. Reconhece-se que o judiciário exerce poder. As decisões judiciais não se limitam a ditar o destino de litigantes individuais, elas fazem política e afetam o comportamento de agentes governamentais, empresas e grupos de cidadãos. Como decorrência lógica, também os tribunais se submetem a um contexto de legitimação constante, procurando mais consenso e apoio do que oposição e resistência. Trata-se de uma conjuntura em que a questão acerca da legitimidade de ação circunscreve as possibilidades de intervenção dos tribunais tal e qual ocorre com os poderes executivo e legislativo.

Em segundo lugar, os tribunais interagem num processo dinâmico com outros órgãos do governo submetendo-se igualmente à pressão externa de ideias, ideologias e políticas, o que significa dizer que não basta compreender a ideologia que compromete a ação individual de juízes sem entender o fluxo de interação ideológica entre tribunais e

¹⁵ A discussão do judiciário como instituição política ganhou popularidade com a ideia de expansão global do poder judiciário e judicialização da política, pioneiramente formuladas por Tate e Valinder (1995). Em linhas gerais, Tate e Valinder delimitam a ideia de judicialização como um processo de generalização da forma do processo judicial, o que pode implicar tanto o deslocamento do processo de decisão acerca de direitos do legislativo e das agências do executivo para os tribunais, quanto o extravasamento do modo de adjudicação para fora do lugar que lhe é próprio, o judiciário.

academia, media, grupos sociais organizados e outras instituições políticas. Neste contexto, é evidente que as decisões judiciais são tão influenciadas por princípios quanto pelos limites do que é politicamente possível. Os limites da política possível requerem atenção a prováveis retaliações ou estratégias dos órgãos e agentes políticos que podem contornar a eficácia das sentenças judiciais ou recusar a sua aplicação.

Em terceiro lugar, os tribunais exercem influência nos rumos do sistema político e têm autoridade no debate público. Daí que a forma como os tribunais são organizados e geridos, o controlo hierárquico e disciplinar do campo comunicativo, as imposições deontológicas e a defesa da neutralidade do juiz influenciam o impacto discursivo dos tribunais na política. Do ponto de vista da relação entre direito e emancipação social, a abordagem institucionalista aponta mais limitações do que vantagens¹⁶ para o exercício de uma função transformadora pelos tribunais.

O campo de debate acerca do potencial de transformação dos tribunais tem sido, assim, clivado pelo confronto entre confiança institucional e ceticismo acerca da real eficácia e papel social dos tribunais. A adoção de um dos dois polos é variável de acordo com a possibilidade de a ação do poder judiciário conseguir extravasar a camisa de força da sua posição como órgão do Estado.

A maior vantagem da abordagem institucionalista é o facto de afirmar o judiciário como poder político a par da contextualização dos seus limites. Nesse sentido, descortina o facto de que muitas das tentativas de utilizar a judicialização como concretização da imagem do Estado como centro da promoção de direitos tem servido para construir o que a literatura sociojurídica denomina o mito dos direitos. O mito dos direitos reforça a centralidade do Estado e do seu direito, apostando no papel a ser desempenhado pelos tribunais como instância última da proteção dos indivíduos e da probidade da política. Trata-se de um raciocínio especialmente sedutor pela linearidade que estabelece entre o papel de ativistas, profissionais do direito, tribunais e mudança social.

Conforme formulado por Scheingold (2007), o mito dos direitos sucumbe primeiramente ao não reconhecer a distância entre a enunciação de um direito no ordenamento jurídico e a sua efetiva garantia. Acreditando, muitas vezes ingenuamente, que essa distância pode ser percorrida nos tribunais, profissionais do direito tendem a investir na litigação como se a mudança social fosse decorrer de uma estratégia de tentativa e erro junto dos tribunais, ignorando, assim, o possível efeito despolitizador da tramitação de uma demanda social e política quando convertida em conflito jurídico entre duas partes e, consequentemente, investindo em estratégias de litigação que consomem os recursos do que poderia integrar uma estratégia coordenada de manobras políticas de maior impacto. A realização dos direitos a partir da garantia judicial torna-se, assim, um concurso de vontades e de recursos entre as partes envolvidas.

Com base nesses argumentos, Scheingold (2007) sugere a substituição da centralidade da litigação pela utilidade da litigação, e do mito de direitos por uma política de direitos. Esses dois polos – centralidade/utilidade dos tribunais, mito/política de direitos – têm dividido a reflexão académica acerca da relação entre ativismo social, direitos e papel dos tribunais. Este estranhamento tem sido ultrapassado aos poucos através da análise de

¹⁶ Como afirmou Santos (2011: 14): *Ante os desafios e dilemas do acesso ao direito, do garantismo de direitos, do controlo da legalidade, da luta contra a corrupção e das tensões entre a justiça e a política, os tribunais foram mais vezes parte do problema do que parte da solução.*

categorias híbridas às duas reflexões disciplinares, como mobilização do direito¹⁷ ou advogados populares¹⁸, que circulam na fronteira entre estrutura e ação jurídicas. Neste ponto, a abordagem institucionalista e positivista ganha novos contornos com a introdução de uma análise do papel constitutivo do direito.

A abordagem constitutiva do direito interessa-se pelos meios através dos quais os processos jurídicos constituem a realidade social e são constituídos por ela. Trata-se de uma visão ampla do campo jurídico e do seu significado cultural, das formas como o papel do direito é culturalmente produzido e como produz significados culturais, identidades e resultados materiais. Recusando a imagem do Estado como centro do/s direito/s, a principal contribuição dessa abordagem é de-centrar o direito. Mais do que falar do Estado ou falar para o Estado, vê-se o fenómeno do poder e do direito espriar-se em domínios que extrapolam a esfera do Estado, questionando a univocidade do seu contraponto, a sociedade civil. É neste âmbito que Boaventura de Sousa Santos (2002a: 243-303), por exemplo, defende a necessidade de uma conceção pós-moderna de direito que deve compreender a interlegalidade inerente à manifestação do poder jurídico e disciplinar em distintas unidades de práticas sociais como o sexismo, o racismo, o produtivismo, o consumismo.

A abordagem constitutiva do direito ajuda a reescrever a relação entre tribunais e emancipação social. Como argumentei mais acima, a abordagem positivista e institucionalista reforça a imagem do Estado como centro, afirma a essencialidade dos tribunais na redistribuição dos recursos políticos em conflito e traz à tona a questão sobre o que os tribunais podem fazer pela emancipação social. Esta pergunta, por sua vez, tem uma resposta manifesta, em face dos seus limites institucionais, os tribunais, por si, pouco ou nada podem fazer. A abordagem constitutiva reforça não a imagem, mas a imaginação do Estado como centro. Assim, sem abrir mão da análise do Estado como esfera da cidadania, o vasto espaço de não-concretização da centralidade do Estado é um espaço de investigação das formas que podem ser assumidas pela produção e reprodução do poder, do direito e da resistência. O recurso aos tribunais é apenas uma das formas de reprodução possível do direito. É importante enfatizar que este local de análise inverte os termos da pergunta sobre o potencial emancipatório dos tribunais. Uma abordagem interpretativa indaga o que as narrativas de resistência e produção do direito fora do centro podem fazer pelos/com os tribunais, bem como com outras agências do Estado, uma vez que ampliam o campo de visão sobre as formas de poder e os modos do direito, questionando a sua unidade discursiva através da resistência.

A abordagem constitutiva do direito e a sociologia interpretativa adequam-se às possibilidades de discussão da política e do direito num mundo pós-moderno. Trata-se de um mundo fracionado pelos nacionalismos, racismos, machismos, destruição ambiental, etc. Neste mundo, que não comporta a solução de uma subjetividade unívoca (o indivíduo) ou de macrossubjetividades de síntese ou antítese dialética (o Estado, o partido, o proletariado), a análise do direito é mais desconstrutiva, do que construtiva, não sendo claro qual o caminho a ser seguido pela teoria social do direito para manter o seu compromisso com a emancipação e a justiça social. As questões, as reivindicações e as demandas levantadas pela ação social não referem a uma macro-conceitualização

¹⁷ Para um conceito de mobilização do direito interdisciplinar, ver Mccan, 2006. Para uma abordagem unidisciplinar da mobilização do direito, ver Black, 1973.

¹⁸ Ver Sarat e Scheingold, 1998, 2001 e 2005.

tampouco a uma visão consensual unificada. Por sua vez, as pontes de diálogo com racionalidades de transformação social totalizantes, como o marxismo ou liberalismo, são estreitas, o que significa defender a transformação social sem uma teoria geral para sustentá-la¹⁹.

Movemo-nos de um terreno seguro, a defesa de um movimento universal de direitos humanos que tem como protagonista o Estado e como principais favorecidos, os cidadãos e cidadãs – beneficiárias/os diretas/os da construção de uma sociedade justa e igualitária – para um domínio de desconstrução do direito como narrativa emancipatória. Este mundo pós-foucaultiano deixa a descoberto teorias universalistas da igualdade, desestabilizando a autoridade do direito e do raciocínio jurídico com contra-narrativas de opressão e disciplina, levadas a cabo por uma microssociologia do poder. Este é o mesmo lugar em que as dinâmicas de falta de reconhecimento e de injustiça distributiva aproximam desigualdade e exclusão (Santos, 1999).

Como argumenta Boaventura de Sousa Santos, cada vez mais a subordinação de classe cria interditos culturais que negam o reconhecimento a quem não está integrada/o no setor produtivo (desempregados, trabalhadoras domésticas, moradoras e moradores de rua), bem como os critérios de interdição do reconhecimento multiplicam a diferenciação na distribuição de recursos às/aos desiguais (aumento na diferenciação no trabalho entre homens e mulheres, brancos e negros, etc.). As micronarrativas de opressão, nesse sentido, não podem abrir mão da crítica e da luta macroestrutural por igualdade e reconhecimento de direitos. Esse contexto parece forçar a discussão sobre os direitos humanos a optar entre a desconstrução da autoridade e do poder do direito e a construção de uma política macroestrutural de redistribuição e reconhecimento de direitos. Em uma proposição direta, a reivindicação no âmbito dos direitos humanos ou avança o presente pelo que nele há de pós-moderno ou avança o que há de moderno no presente.

Proponho neste ensaio uma agenda política de crítica pós-moderna e pós-colonial aos direitos humanos que assenta em três momentos: uma autoavaliação epistemológica, uma autoavaliação política e uma autoavaliação pragmática.

A autoavaliação epistemológica desconstrói a autonomia e autoridade do conhecimento jurídico científico evidenciando o juricídio (Santos, 2007b: 29-81) que comporta e o seu papel ideológico na naturalização do discurso da dominação política. No âmbito da combinação entre desigualdade e exclusão, reconhece ainda o papel da autoridade do discurso jurídico na interdição do reconhecimento através de um universalismo anti-diferencialista e da integração subordinada das/os desiguais na dinâmica de gestão da exclusão e da inclusão feita pelo contrato social moderno (Santos, 1999).

A autoavaliação política descentra o poder e o direito do Estado, esse descentramento está ao serviço tanto da democratização do poder, evidenciando esferas de opressão que foram afastadas da esfera pública de liberdades e de direitos, quanto do reconhecimento da resistência, que aceita o nominalismo dos direitos e das liberdades instituídos pelo Estado mas recusa a exclusividade do seu regime de verdade. Aposta-se, neste âmbito, numa construção do direito através do diálogo entre as diferentes experiências de poder, opressão e conquista de direitos.

¹⁹ Ao propor uma sociologia das ausências e das emergências, Boaventura de Sousa Santos (2002b) propugna a necessidade de se construir um pensamento alternativo de alternativa face à impossibilidade pós-moderna de uma teoria geral da emancipação social.

A autoavaliação pragmática assenta-se na evidência de duas impossibilidades, a impossibilidade de se construir uma teoria geral de emancipação social através do direito e a impossibilidade de abjurar a política de direitos do Estado. Como tenho argumentado, o discurso liberal e social de direitos integra um regime epistemológico de interdição e um regime político de dominação e gestão da exclusão e inclusão. Neste contexto, a perda de fé nos direitos, na visão radicalizada dos *Critical Legal Studies*, só gera consequências danosas para os interditos do direito. É preciso estimar que a, a partir da exclusão e das margens do direito, a aposta na linguagem dos direitos pode atuar como motor para a refundação do seu valor nas sociedades.

A luta por direitos afirma-se como um processo dinâmico de tradução entre a afirmação dominante dos direitos, a afirmação da opressão, das várias manifestações do poder e da denegação dos direitos, a repetição e a contra-afirmação dos direitos pelas/os dominadas/os. Formulada nestes termos a teoria crítica dos direitos densifica-se ao repensarmos, antes de mais, a relação Estado-Sociedade Civil.

Sociedade Civil: divisões visíveis, invisíveis e abissais

O enquadramento da sociedade civil no âmbito da discussão dos direitos humanos tem igualmente uma história linear que acompanha a evolução do seu contraponto, o Estado. Pode-se dizer que à sociedade civil se tem reservado à sociedade civil um quadro de atuação secundário, aprisionando-a à função passiva de utente da evolução do Estado. Este sim, protagonista da reforma social dedicada à evolução dos direitos humanos. Assim, no conteúdo de estados sociais e desenvolvimentistas, espera-se que uma sociedade civil, entendida como beneficiária da política pública, corresponda aos modos de funcionamento da providência do Estado especialmente em face da burocratização de direitos económicos e sociais. Face à expansão do neoliberalismo esta relação foi alterada, emergindo uma sociedade civil panaceia dos males do acesso aos direitos e da fraqueza do Estado. A sociedade civil panaceia pode assumir três sentidos de acordo com Comaroff e Comaroff, 2006:

- a) A sociedade civil contra o Estado, onde as questões relativas ao acesso aos direitos são resolvidas pela autorregulação das partes.
- b) A sociedade civil de soluções privadas, celebrada como alternativa económica e eficaz de oferta de serviços jurídicos.
- c) A sociedade civil comunidade, enquanto organização, agente ou ação coletiva que partilha os custos e as responsabilidades da governação.

É curioso notar esta recuperação da dicotomia Estado-sociedade civil em face do reconhecido malogro da categoria sociedade civil na realização da promessa moderna de igualdade.

Na teoria política ocidental moderna, a dimensão política da liberdade e da igualdade manifesta-se como uma experiência da esfera pública. A limitação do poder do Estado, ao circunscrever um espaço de relações privadas – a esfera da sociedade civil, interrompeu, neste domínio, a fluidez do exercício da cidadania e da titularidade de direitos. Neste sentido, a teoria crítica feminista, racial e os estudos pós-coloniais vieram desvelar a igualdade enquanto experiência particular erigida com base num poder marital e branco, em que, mesmo a integração subordinada dos oprimidos e das oprimidas como força de trabalho, foi submetida a processos de diferenciação e exclusão. Nesse sentido,

Gordon e Fraser (1995) argumentam que a negação da mulher como indivíduo livre e titular de direitos e sua exclusão do contrato social atuou como condição de democratização da igualdade entre os homens proprietários. O poder patriarcal, senhorial, foi ao mesmo tempo travestido em poder democrático/igualitário, na governação liberal do Estado moderno, e transferido, sem limites, para o espaço da família. Neste mesmo espaço privado, a dominação proprietária foi estendida a tudo o que se considerasse natureza, nomeadamente os escravos.

Esta dominação política subjaz a uma afirmação de superioridade racional-racial que influenciou igualmente as relações de dominação política no sistema-mundo²⁰. Neste sentido, a coincidência entre o projeto de Estado de direito moderno e os interesses mercantis da burguesia europeia, que via no formalismo jurídico a solução para a garantia e a segurança das transações comerciais²¹, não se traduziu, no eixo de dominação colonial, na incorporação dos povos colonizados como força de trabalho de um sistema capitalista mundial. Como lembra Quijano (2005), a imposição de regimes de servidão e escravidão ao mundo colonizado não acompanhou a lógica de expansão do capitalismo como modo de produção e de transformação da liberdade individual em força assalariada, tal como ocorreu na Europa. À razão fundada no racismo coube qualificar o colonizador como sujeito-razão, livre, e o colonizado e a colonizada como objeto-natureza, escravo/servo. Os grandes movimentos de inspiração da luta por liberdade política no seio do Estado moderno, que separaram um domínio de poder – o Estado – de um domínio de liberdade – a sociedade civil – estabeleceram-se à custa da invisibilidade da desigualdade e da exclusão vivenciadas pelos/pelas que não foram consideradas/os termos desta equação.

Como demonstra Roberto Mangabeira Unger (1979), no âmbito do princípio ocidental moderno de igualdade perante a lei, é preciso pressupor um afunilamento da conceção de poder do Estado de direito. Só é possível afirmar que o Estado de direito assegura a igualdade na distribuição do poder se o poder se resumir ao político (do Estado), em sentido contrário, se a esfera do Estado concentrar por si todas as modalidades de poder, estaríamos diante de um Estado totalitário. Por outro lado, escapam à esfera do Estado a maior parte das relações do poder, por exemplo, as que se dão nos domínios da família, do trabalho, da escola, do comércio, entre outros²². A afirmação da igualdade perante a lei não resolve essas distorções que tão pouco são solucionadas a curto prazo por outros meios na democracia liberal.

²⁰ 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).

²¹ Ver Tigar, 2000 e Weber, 2004.

²² É neste sentido que Santos argumenta a existência de uma fragmentação e hibridação jurídica entre diferentes espaços tempo do poder e da dominação política nas sociedades capitalistas. Ver Santos, 2002a, capítulo 5.

A teorização crítica do acesso aos direitos fica a padecer diante deste facto: face à evidente insuficiência da dicotomia Estado-sociedade civil, o uso da categoria sociedade civil não foi acompanhado da uma correlata problematização do seu papel como esfera de realização dos direitos e das liberdades. Assim, a sociedade civil é reiteradamente recuperada como parte da solução para o problema de denegação dos direitos, num contexto em que a construção da própria categoria sociedade civil é um exemplo inegável de injustiça histórica na distribuição dos recursos políticos do Estado moderno.

Enquanto categoria clivada de tensões, a dicotomia Estado-sociedade civil tem resistido como os polos opostos de uma equação de liberdade e igualdade quando: (a) livres e iguais nunca foram atributos estendidos a todos e a todas; e (b) a própria ideia de liberdade das transações individuais sempre esteve dependente de alguma regulação econômica e social por parte do Estado. Contudo, como discute Boaventura de Sousa Santos, a definição de uma oposição em que o Estado é a outra face da sociedade civil tem sido utilizada para asseverar que o fortalecimento da sociedade civil não se pode realizar noutro caminho que não o do enfraquecimento do Estado, e vice-versa. Esta relação, contudo, não atenta para o facto de que a produção de uma sociedade civil forte depende da força do Estado para legalizar e deslegalizar a sua fraqueza (Santos, 2007b: 454-508).

Segundo esta lógica que representa a partilha e a transferência de responsabilidades do Estado na relação com a sociedade civil, ainda de acordo com Santos (1990), a força da sociedade civil tem ocultado a expansão do Estado em forma de sociedade civil, com a criação de governos indiretos, paraestatais e, ainda, com a reprodução deliberada pelo Estado de sociedades civis, sociedades civis secundárias²³. Esta estatização da sociedade civil ou liberalização da esfera do Estado, por sua vez, é feita sem o espartilho da defesa da igualdade e da proteção contra a arbitrariedade do poder que orienta a dicotomia liberal clássica Estado-sociedade civil. Defendo que a sociedade civil como panaceia da falta de acesso aos direitos tem reproduzido sobre aquela dicotomia uma dupla invisibilidade: (1) a invisibilidade da manutenção da burocracia e da violência²⁴ nos domínios de reprodução da justiça através da ou com a participação da sociedade civil, (2) a invisibilidade da participação social nos domínios profissionais exclusivos do sistema político e de justiça.

A meu ver, o carácter problemático da sociedade civil como solução no âmbito do acesso aos direitos emerge da dinâmica entre divisões visíveis, divisões invisíveis e divisões abissais (Santos, 2007a) que a categoria binária estado-sociedade civil provoca. A divisão visível é a própria dicotomia entre sociedade civil e Estado, esta distinção sobressai-se pela maleabilidade com que se adequa às dinâmicas de expansão e retração de cada um daqueles dois polos, assegurando que as metamorfoses do Estado sejam sempre consideradas democráticas desde que compreendam a separação entre uma esfera pública de poder e uma esfera privada de direitos. A clareza desta distinção tem a vantagem de estabelecer com nitidez o lado da política e do direito e o lado da cidadania, uma límpida separação em que esta última decorre da vocação anti-diferencialista e de justiça social dos dois primeiros, relação cujos traços evolutivos foram tão bem retratados por Marshall (1964). O Estado populista, o Estado interventor, o Estado-providência, a sociedade civil

²³ Ao conceituar a sociedade civil secundária, Santos dá o exemplo da utilização da capacidade reguladora do Estado para criar, no âmbito da privatização do Serviço Nacional de Saúde, espaços de atividade económica e empresarial privada, promovendo o associativismo corporativo, associando o capital privado ao sector público e incorporando áreas altamente lucrativas. (Santos, 1990)

²⁴ Em Santos 2007b, a burocracia, a violência e a retórica são apresentadas como elementos estruturais do direito.

individualista, a sociedade civil comunitária, a sociedade de classes, apesar das diferenças entre e elas e na inter-relação com Estado, estiveram sempre incorporadas numa síntese dicotômica (estado *versus* sociedade civil).

A hipervisibilidade da dicotomia Estado e sociedade civil ofuscou a discussão em torno de outras distinções dentro de cada um destes extremos. A invisibilidade das distinções na sociedade civil foi definitivamente colocada em causa com a emergência das subjetividades pós-modernas. A sociedade civil fragmentada, por sua vez, fraciona a cidadania, afirmando que a justiça para ser social tem que ser, ao mesmo tempo, igualitária e diferencialista. Este movimento anti-totalizante de visibilização das distinções deixou, contudo, esquecida a permanência de divisões totais invisíveis no interior da sociedade civil, divisões abissais, nos termos de Boaventura de Sousa Santos (2007a). Nas divisões visíveis, invisíveis e abissais, que sustentam o jogo relacional entre sociedade civil e Estado, residem as pistas de reformulação da agenda atual de direitos humanos.

Na discussão feita até aqui, pode-se dizer que a defesa do universalismo e das diferentes dimensões dos direitos humanos, se não esteve totalmente atenta à emergência das subjetividades, soube reconhecer a existência de uma sociedade civil estratificada, que seria atacada gradualmente por oportunidades de acesso aos direitos progressivamente mais abrangentes. Mesmo não recorrendo aos mesmos termos, há o reconhecimento da existência de uma sociedade civil íntima (com indivíduos e grupos super-incluídos), de uma sociedade civil estranha (com indivíduos e grupos moderadamente incluídos e excluídos) e de uma sociedade civil incivil (indivíduos super-excluídos)²⁵ (Santos, 2003). Contra essa estratificação, atua uma defesa da ampliação do rol de direitos. É seguro afirmar que, no período de prosperidade do acesso à justiça nos países centrais, as oportunidades criadas atingiram transversalmente todos os estratos da sociedade civil, sendo esse o ideal que alimenta a associação do cumprimento dos direitos humanos como indicador da qualidade da democracia nas sociedades contemporâneas.

Contudo, o que a realidade de incumprimento ou cumprimento fragmentado da realização dos direitos humanos com a qual vivemos indica é uma tentativa de promoção da igualdade que, quando bem-sucedida, alcança no máximo a sociedade civil estranha. Trata-se da administração, em regra, de uma justiça anti-diferencialista e sobrecarregada, estancada na solução rotinizada de demandas individuais. Como defendi acima, a realidade do acesso aos direitos aponta para uma dinâmica de não acesso que reproduz uma divisão abissal entre a experiência da justiça e a experiência da opressão.

A experiência de acesso enquanto oportunidade de apreciação rotineira de demandas individuais, de um lado, é apresentada retoricamente como um momento de cidadania, de encontro entre o Estado e a sociedade civil, de outro lado, reproduz divisões já visíveis, não atendendo à necessidade simultânea da igualdade e da diferença na administração da justiça e da política pública, tampouco às demandas de democracia participativa nos processos de decisão. As dificuldades de adequação e organização do judiciário e da administração pública à legislação de violência doméstica ou à legislação anti-racista é um bom exemplo desta realidade. O sistemático não acesso aos direitos, por sua vez, resulta de uma divisão total entre a repressão e a promoção do direito. Esta distinção é comumente apagada na discussão uma vez que a defesa de um movimento progressivo

²⁵ Neste ponto acompanho a definição tripartite de sociedade civil apresentada por Santos, 2003: sociedade civil estranha, incivil e íntima, como desenvolvo logo a seguir.

de alargamento da proteção do Estado negaria a sua própria formulação se reconhecesse que a dinâmica de acesso é responsável pela reprodução de uma linha abissal de violência e exclusão. É por essa razão que defendo a reformulação da agenda política dos direitos humanos a partir de dois momentos de compreensão acerca da categoria sociedade civil.

O primeiro passo de compreensão deve dirigir-se às divisões invisíveis e abissais produzidas pelo direito e pelo funcionamento dos mecanismos de acesso aos direitos. É a partir desse reconhecimento que se deve projetar o alargamento da política pública e, não o contrário, promover o alargamento da política pública sem o respetivo reconhecimento das dinâmicas de desigualdade e exclusão que lhe são inerentes. Num segundo passo, o reconhecimento das divisões é intensivo, implica conhecer as dinâmicas de exclusão social extrema que, no âmbito da sociedade civil incivil e do lado da linha da justiça como violência, são os obstáculos ao acesso aos direitos. Essa mudança de perspectiva não só assumirá o direcionamento da política de direitos humanos ao domínio da sociedade civil incivil como imporá o acesso à justiça como uma dinâmica de “copresença radical”²⁶ (Santos, 2007a): às manifestações de violência e apropriação ilegítimas, perpetradas por ação ou omissão do Estado, devem corresponder uma presença da defesa contra a arbitrariedade e da promoção de direitos.

Estado e Estatismo

O enquadramento da relação entre Estado e direitos expõe parte de suas limitações quando enquadrada numa abordagem estruturalista. A experiência de realização dos direitos humanos enquanto conformada aos padrões de funcionamento das estruturas jurídicas implica uma forma peculiar de contar o acesso aos direitos. A história do acesso à justiça é a história de quem pensa e influencia as mudanças na estrutura, isto é, de quem tem poder perante o Estado. De um lado, é uma história contada dos dominantes para os dominados e dominadas. De outro lado, é uma história que os países centrais desenvolvidos contam para os países da periferia do sistema mundo.

As dinâmicas oficiais de acesso aos direitos estão profundamente influenciadas pelo que Ranajit Guha (2002) denominou estatismo. De acordo com Guha (2002) o estatismo aparece como uma ideologia que retira o poder de escolha dos sujeitos da história. Nesse sentido, os acontecimentos considerados historicamente dignos não procuram fazer correspondência com o valor dignidade daqueles e daquelas que pensam e fazem a história. O estatismo implica a defesa e a aceitação da ordem estabelecida, na medida em que transforma toda a reflexão sobre o curso da história numa genealogia do sistema político, social e dos valores dominantes. Esta visão contamina igualmente os oponentes da ordem vigente, uma vez que a oposição procura substituir uma totalidade por outra, o poder vigente *versus* outro sonho de poder. Se os direitos humanos podem funcionar como um importante indicador do carácter democrático dos estados, como se costuma dizer, o valor de democracia e o valor igualdade considerados dignos de integrarem a história das mudanças através do direito corresponde à influência e ao poder daqueles que tiveram poder para transformar determinadas propostas de reforma em acontecimentos históricos.

²⁶ Santos 2007a defende que uma concepção pós-abissal tem como condição a co-presença radical, isto é, a presença e visibilidade simultânea dos dois lados da linha abissal que separa violência/apropriação da regulação/emancipação.

Em poucas ocasiões esses acontecimentos correspondem aos valores e às expectativas daqueles e daquelas a quem as reformas legais têm-se dirigido. Assinalo duas observações importantes. A primeira é o fato de os acontecimentos históricos neste âmbito terem como centro as mudanças do Estado, ignorando que em grande parte do mundo a história do acesso aos direitos tem as suas portas abertas pelo pluralismo jurídico, convivendo com e evoluindo a partir de formas de resistência que se podem considerar manifestações anárquicas de justiça informal. A segunda observação é a influência que o estatismo exerce nas visões competitivas sobre os direitos humanos na atualidade. Sendo certo que a realidade é de incumprimento da promessa de igualdade e de perda do poder das profissões e elites nacionais em face das pressões globais sobre a política econômica, o espaço remanescente de debate acerca dos conceitos e dos modelos de aplicação dos direitos é geralmente um espaço hegemónico de competição entre visões de diferentes profissões e elites jurídicas, na tentativa de influenciar as decisões do Estado. Uma competição entre diferentes sonhos político-profissionais de poder.

Noutra dimensão, a história das conquistas no âmbito do acesso aos direitos é em regra canibalizada pela história das vitórias obtidas dentro dos tribunais. Para além do reforço do mito dos direitos e da imagem do Estado como centro, a equação emancipação social e tribunais não envolve a discussão do acesso aos direitos, pressupõe-na. A luta judicial pelos direitos é um privilégio daqueles e daquelas cultural e economicamente equipados para a batalha judicial, como refere Epp (1998), é necessário uma estrutura de apoio para a mobilização do direito nos tribunais:

“but cases do not arrive in supreme courts as if by magic ... the process by which individuals make claims about their legal rights and pursue lawsuits to defend or develop those right is not in any simple way a direct response to opportunities provided by constitutional promises or judicial decisions, or to expect arising from popular culture. Legal mobilization also depends on resources, and resources for litigation depend on a support structure of rights-advocacy lawyers, rights advocacy organizations, and sources of financing.”

A ampliação do espaço discursivo através da utilização dos tribunais na luta pelos direitos só é um argumento a favor da legitimidade democrática dos tribunais se estiver baseada na evidência de que é ampla a possibilidade de aceder aos tribunais, o que é uma falácia.

Por outro lado, o campo de enunciação do direito pelos tribunais é um clube privativo, a emancipação social pedida nos tribunais e/ou concedida por eles, ainda que seja em nome de todos e todas é enunciada apenas por aqueles e aquelas profissionalmente competentes e investidos de autoridade para fazê-lo. Esse poder de enunciação separa o regime de verdade do campo jurídico dos regimes de verdade da ação social. Ainda que estejamos diante de advogados populares, o facto é que a atuação profissional que promove a mudança social o faz num papel que reforça a autoridade do campo jurídico. De acordo com Bourdieu:

“A concorrência pelo monopólio do acesso aos meios jurídicos herdados do passado contribui para fundamentar a cisão social entre profanos e profissionais favorecendo o trabalho contínuo de racionalização próprio para aumentar cada vez mais o desvio entre os veredictos armados do direito e as instituições ingênuas da equidade e para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõem e mesmo, em maior ou menos medidas, ao que ele estão sujeitos, como totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra” (Bourdieu, 1989:212).

Como defendi mais acima, a história de emancipação social pelos tribunais padece do afunilamento da posição institucional do judiciário. O outro lado da sobrevalorização da centralidade dos tribunais é a opacidade de uma discussão sobre o papel constitutivo do direito. A discussão do papel constitutivo do direito adequa-se uma realidade pós-moderna de reivindicações de direitos, à medida que descentra o direito e o poder do Estado. Estou de acordo com Merry (1994:14-15) quando argumenta que uma das mais interessantes maneiras de pensar a contribuição cultural do direito para os projetos emancipatórios está na análise da resistência. Muito embora a análise da resistência assente numa microsociologia que se mostra pessimista em relação a grandes teorias de emancipação social, especialmente com o colapso das pretensões de justiça social em favor do capitalismo e de um consenso hegemônico neoliberal acerca de um determinado conteúdo da democracia, dos direitos humanos e do estado de direito, a esperança de mudança social pode assumir uma outra escala, de onde emergem micronarrativas de resistência.

Esta mudança implica uma conversão da noção de resistência, antes associada à consciência e levantes coletivos, para formas mais subtis, o que corresponde a um mundo pós-foucaultiano em que o poder é capilar e não visível. É a característica sub-reptícia do poder que confere maior importância aos atos de resistência. Esta leitura da resistência não se pode exaurir numa abordagem contenciosa do conflito enquanto disputa contra o Estado. Trata-se de uma malha complexa de poder e contra-poder em que a relação com o Estado é ambígua. Espera-se contrapor a violência do Estado da mesma maneira que se espera que o Estado se contraponha às formas de violência difusas. Nesse sentido, salienta Merry (1994), fala-se de resistência contra o direito, resistência através do direito, resistência que redefine o significado do direito, exercidas por movimentos sociais em momentos de confronto ou de negociação política ou, ainda, por pessoas comuns na condução do seu dia-a-dia.

A luta pelo acesso aos direitos realiza assim uma tarefa arqueológica e geológica (Santos, 2007b). A dimensão arqueológica identifica as resistências, as manifestações do poder, a repressão do Estado, os momentos de confronto e de negociação como parte da construção política de acesso aos direitos, recusando o valor histórico de uma narrativa exclusiva dos momentos de expansão do Estado e do papel das elites jurídicas protagonistas desta expansão. A dimensão geológica faz a prospeção da estrutura de apoio das causas sociais e a gestão dos recursos disponíveis, nesta avaliação, o direito do Estado é um artefacto cultural à disposição da luta social. A mudança legal, do Estado e a partir dele, não tem por objetivo substituir o poder estatal por um sonho de poder equivalente com outros titulares. Por essa razão, a escala de ação da luta social por direitos humanos dá tanto valor aos direitos como política, dimensão macroestrutural, como à infrapolítica (Scott, 2000) dos direitos, procurando estabelecer o diálogo entre os diversos atores e as diferentes escalas de resistência.

Violações massivas e o papel do Estado como violador dos direitos humanos: da política à necropolítica

É importante analisar sob que condições os direitos humanos podem funcionar como um indicador da intensidade da democratização dos estados. Em regra, o aprofundamento do debate acerca dos direitos humanos, quando democrático (independente, pró-ativo, dedicado às causas de exclusão social) demonstra a involução do Estado em matéria de igualdade. Defendo que um sistema de aplicação de direitos humanos 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 um fascismo que, como argumenta Boaventura de Sousa Santos, não sendo mais político, espraia-se na sociedade (Santos, 2003).

De facto, o papel dos direitos humanos na atualidade coloca-se perante uma encruzilhada entre a vulnerabilização ou o aprofundamento da democracia. A defesa material da democracia dirige-se a uma ação estratégica de desvelamento das condições de privação de direitos invisibilizadas pela normalização difundida pela ordem jurídica. Como já argumentei, a lógica de auto-preservação do direito como instrumento de dominação política constrói-se por meio de linhas de divisão abissal (Santos, 2007a).

A defesa da justiça como democracia, reconhecimento de direitos 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 aos direitos daqueles e daquelas radicalmente excluídas/os não se dá no interior de um estado de direito democrático. As mulheres e homens marginalizadas/os pelo sistema jurídico, quando o acedem a direitos, 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.

A experiência de acesso aos direitos apenas excepciona circunstancialmente o estado de não acesso ao(s) direito(s) a que estão subjugados as/os destinatárias/os da exclusão por parte do Estado. Cabe perguntar, então, qual o papel dos direitos humanos no contexto de uma reprodução abissal do direito? Como defendi mais acima, enquanto medida de normalização das divisões abissais mantidas pelo sistema, para que o direito promova os direitos, atendendo ao compromisso com a defesa da igualdade, é necessário discutir a necessidade de uma conceção de direitos humanos pós-abissal (Santos, 2007a).

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, consequentemente tem um poder de decisão sobre a exposição à morte, dos grupos marginalizados e vulneráveis. Um exercício de veto que uma estrutura de defesa dos direitos humanos pode interromper circunstancialmente, mas não pode derrubar.

Nesse sentido, o papel da política de direitos 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. Entendo que, neste âmbito, uma conceção pós-abissal implica substituir a afirmação única da democratização promovida pelo direito estatal através dos direitos humanos pela repetição dupla e recíproca dos regimes epistêmicos da democracia e sua exceção. A criação pós-abissal do acesso aos direitos está, por isso, assente em três premissas: (a) o reconhecimento da dinâmica de acesso aos direitos como indicadora dos estados de exceção que se reproduzem no interior de estados democráticos, (b) a aceitação dos limites dos direitos humanos no contexto de um Estado cujo exercício da soberania assenta na reprodução de regimes de exceção, (c) a afirmação do carácter democrático dos

direitos humanos enquanto “copresença radical” (Santos, 2007a) entre os modos de normalização de uma institucionalidade democrática débil e os regimes ocultos de exclusão e violência.

As lógicas de alimentação recíproca entre a sustentação do acesso aos direitos como garantia de direitos contra o Estado, os regimes epistémicos 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 contratual²⁷. 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 como formulou Benedict 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. Cumprido 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 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

²⁷ 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.

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. Noutra sentença, 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 jurídico²⁸, soberania política e mecânica disciplinar sustentam-se reciprocamente.

²⁸ “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)

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. 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.

“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 controlo 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 controlo da população. As técnicas de governo acabam por se sobreporem 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.

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 mundo. 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.

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.

Com base em Santos (2007a), faço uso da referência a um tipo de poder abissal, específico das relações imperiais, para enfatizar que a dominação política pode ser ainda mais constrangedora e desigual do que aquela conceptualizada 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 (Santos, 2003) no interior de estados democráticos; 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. Como argumenta Boaventura de Sousa Santos, atualmente está claro que, 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 cidadão/ã.

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). Em conformidade com o que desenvolve Boaventura de Sousa Santos, 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*²⁹, em que a ação 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. Desenvolvo a seguir, com base em Santos (1998a), o que o autor denominou crise do contratualismo moderno. A arquitetura do esquema contrato-opressão teve por base três

²⁹ 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 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.

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 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 de aplicação dos direitos

humanos. Uma resposta ligeira defenderia uma relação proporcional direta entre a ampliação dos mecanismos de acesso aos direitos 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, os direitos humanos como promessa democrática dirige-se a condenar o caráter democrático dos estados. Noutros termos, a missão dos sistemas de direitos humanos 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 (a)-(i)-legalidade contenciosa ou de resistência nos espaços de intersecção entre zonas selvagens e zonas civilizadas. Esta reorientação de entendimento torna-se imprescindível na medida em que a realidade de aplicação dos direitos, num contexto de imposição hegemônica neoliberal, crise financeira e desmantelamento dos fragmentos de proteção social do Estado, é necropolítica.

De acordo com Achille 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 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 dos direitos humanos 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 de uma agenda de direitos humanos 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 direitos humanos encontram os seus limites, convocando a necessidade de uma conceção pós-abissal de estado de direito(s).

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, 2002a: 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 jurídica efetiva manifesta a perpetuidade das relações de repressão. Nestes casos, a efetividade dos direitos humanos como medidas de resistência relaciona-se com a abrangência das esferas de acesso aos direitos e à justiça. A dinâmica de acesso aos direitos 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 contato³⁰, 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. 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 (a)-(i)-legalidade contenciosa ou de resistência, neste caso, as 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 re-existência 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 do fascismo social.

A seguir, exploro as dinâmicas de violência, coexistência e legalidade contenciosa nas zonas de contato do acesso ao(s) direito(s). Para tanto, detenho-me em uma área privilegiada da análise entre a proteção dos valores e da liberdade pelo Estado de direito

³⁰ 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.

e a expulsão, discriminação e abuso da força nos estados de exceção: a (des-)igualdade racial.

Estado de direito e *apartheid* social na luta contra o racismo

Nesta secção e na secção a seguir, 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 construção de uma agenda política para os direitos humanos.

A pesquisa de campo em que se baseiam as entrevistas apresentadas neste ensaio foi conduzida por mim em duas fases para a elaboração da tese de doutorado: uma fase exploratória e uma fase de pesquisa intensiva junto da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e dos movimentos e organizações sociais investidos nas lutas sociais por resignificação, releitura, re-criação e aplicação dos direitos humanos. A fase de pesquisa exploratória em São Paulo decorreu no período de Setembro a Novembro de 2010 e dirigiu-se à realização de entrevistas exploratórias. Esta fase foi especialmente dedicada ao levantamento das organizações de direitos humanos com atuação na cidade de São Paulo. O levantamento das organizações foi feito através do método de bola de neve. Foram visitadas/os e entrevistadas/os durante o período 30 representantes de organizações da região metropolitana de São Paulo com intervenção relevante no campo de aplicação dos direitos humanos.

A segunda fase empírica, dedicada à pesquisa intensiva, decorreu entre Agosto e Outubro de 2011. Apesar da consciência crítica pós-estruturalista acerca dos processos de apropriação pelas ciências sociais do uso da voz nas técnicas de pesquisa qualitativa, esta pesquisa investiu na utilização das técnicas de entrevista e *focus group* como meio privilegiado de acesso aos significados culturais e às experiências de vida que subjazem ao exercício cotidiano da luta social por direitos. Este apuramento dirigiu-se tanto à prática profissional, quanto à práxis de mobilização do direito pelas organizações sociais.

Neste tópico, a discussão incidirá ainda mais diretamente sobre os efeitos dos regimes de violência nos corpos físicos e na identidade cultural. A demarcação do fenótipo, da diferença étnico-cultural e da composição biológica materializam-se como biopoder através de uma mecânica de exclusão e subordinação hierárquica racistas. Enquanto técnica de governamentalidade, a discriminação racial não só exclui, rejeita culturalmente e subordina economicamente, como também segrega espacialmente. O corpo racialmente discriminado é triplamente vitimizado pelas técnicas de controlo do governo, pela repressão penal do Estado de direito e pela violência incontrolada dos estados de exceção. Um regime de força com múltipla ocorrência vigente sob os auspícios de soberanias políticas que consagram tanto o princípio da igualdade quanto o da não discriminação negativa.

Parto do arquétipo protetivo dos estados de direito democráticos, idealizado como convivalidade e partilha de autoridade entre as diferentes raças, para explorar os circuitos de mobilização do direito no interior de uma estrutura de dominação política que edifica barreiras ao desvelamento da discriminação racial negativa. Nesse sentido, a luta jurídica, indicia, através dos tribunais, a repetição da decisão soberana de invisibilidade do racismo. O outro lado da coexistência com uma legalidade frouxa de condenação dos atos discriminatórios é a reprodução de uma dinâmica de ilegalidade encoberta em que atores

e instituições oficiais coparticipam tanto nos excessos da repressão sobre o corpo negro quanto na consequência extrema da sua vitimização. A zona de contato de luta pelo direito assume, nestes casos, as características de uma relação diacrónica e reparatória, dirigindo-se à responsabilização do Estado pelo seu envolvimento direto, por ação ou omissão, na promoção da violência dos regimes de exceção.

Os documentos políticos fundamentais dos estados reconhecem a multiculturalidade como um aspeto fundante da sua composição, não sendo raro que as constituições não só advirtam sobre a igualdade entre todas/os como princípio criador das sociedades políticas, mas especialmente condenem a prática do racismo como atentatória das raízes da soberania. Nesse sentido, a constituição brasileira enumera dentre os objetivos fundamentais da república federativa promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Na mesma direção, o texto constitucional ainda salienta que o país, nas suas relações internacionais, rege-se pelo princípio de repúdio ao racismo. Na ordem interna, esse princípio é densificado pela previsão de que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível.

Do ponto de vista da justiça criminal brasileira, lei específica (Lei n.º 7716/89, de 5 de Janeiro) regulamentou a previsão constitucional, tipificando como crime imprescritível e inafiançável diferentes atos de discriminação racial. A abrangência da lei estende-se desde o impedimento a oportunidades de empregos, ascensão profissional e tratamento igualitário no meio ambiente de trabalho, público e privado, até atividades de propaganda que induza recrutamento de trabalhadoras/es a partir de critérios raciais injustificados. Consideram-se igualmente criminosos os atos que impeçam a convivialidade com base na discriminação racial em diferentes estabelecimentos, restaurantes, hotéis, escolas, eventos desportivos, bares, clubes sociais, entre outros. A lei ainda criminaliza a incitação ao racismo e o impedimento do casamento ou qualquer meio de convivência familiar por motivos de discriminação racial. O código penal, por sua vez, tipificou como crime de injúria qualificada a ofensa à dignidade ou decoro de outrem através da utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (art. 140, § 3.º).

Em 2010, o estatuto da igualdade racial foi aprovado no Brasil prevendo um conjunto de medidas e ações especiais de garantia dos direitos da população afro-brasileira, entre elas: (a) o acesso universal e igualitário ao Sistema Único de Saúde; (b) proteção e recuperação da saúde dessa parcela da população; (c) respeito às atividades educacionais, culturais, esportivas e de lazer, adequadas aos interesses e condições das/os afro-brasileiras/os; (d) reconhecimento dos direitos fundamentais das mulheres negras; (e) direito à liberdade de consciência e de crença dos afrobrasileiros e da dignidade dos cultos e religiões de matriz africana; (f) sistema de cotas; (g) direito à propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades remanescentes de quilombos; (h) direito à herança cultural e participação na história do país; (i) obrigatoriedade da integração da disciplina “História Geral da África e do Negro no Brasil” no currículo do ensino fundamental e médio, público e privado; (j) direito de as vítimas de discriminação racial participarem os atos a ouvidorias; (l) implementação de políticas de inclusão de afro-brasileiros no mercado de trabalho; e (m) criação do Fundo Nacional de Promoção da Igualdade Racial destinado à concessão

de bolsas de estudo para a educação fundamental, média, técnica e superior (Exposição de motivos da Lei 12288/2010, de 20 de Julho).

Na esfera estadual, o estado de São Paulo promulgou lei própria que estabelece penalidades administrativas aos atos de discriminação racial. A Lei 14187/2010, de 19 de Julho, estabelece pena de advertência, multa, suspensão ou cassação de licença estadual nos casos de discriminação fundada na raça ou cor, entre eles: (a) praticar qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória; (b) proibir ou impor constrangimento ao ingresso ou permanência em ambiente ou estabelecimento aberto ao público; (c) criar embaraços ou constrangimentos ao acesso e à utilização das dependências comuns e áreas não privativas de edifícios; (d) recusar, retardar, impedir ou onerar a utilização de serviços, meios de transporte ou de comunicação, inclusive no sítio de rede mundial de computadores, consumo de bens, hospedagem em hotéis, motéis, pensões e estabelecimentos congêneres ou o acesso a espetáculos artísticos ou culturais, ou estabelecimentos comerciais ou bancários; (e) recusar, retardar, impedir ou onerar a locação, compra, aquisição, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis; (f) praticar o empregador, ou seu preposto, atos de coação direta ou indireta sobre o empregado; (g) negar emprego, demitir, impedir ou dificultar a ascensão em empresa pública ou privada, assim como impedir ou obstar o acesso a cargo ou função pública ou certame licitatório; (h) praticar, induzir ou incitar, por qualquer mecanismo ou pelos meios de comunicação, inclusive eletrônicos, o preconceito ou a prática de qualquer conduta discriminatória; (i) criar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propagandas que incitem ou induzam à discriminação; e (j) recusar, retardar, impedir ou onerar a prestação de serviço de saúde, público ou privado. A lei tem sido aplicada através de convênios, nomeadamente com a defensoria pública do estado, para processamento e encaminhamento das denúncias de discriminação racial.

No que toca à implementação da luta contra a discriminação racial enquanto luta jurídica interna, levada a cabo nos tribunais, a eficácia de aplicação das leis de criminalização do racismo é ténue, comparada à sua existência enquanto conflito real. No caso brasileiro, por exemplo, a aplicação da lei aos casos de denúncia do racismo tem como pressuposto a comprovação da discriminação direta. Exige-se da pessoa o cumprimento de um padrão elevado de produção de prova para a caracterização da prática racista, nomeadamente: o ato discriminatório, a comprovação do preconceito imputado em relação à pessoa denunciante, a demonstração da relação de causalidade entre o preconceito racial existente e o ato denunciado. Não basta a existência da ofensa racial mas a comprovação da intenção de discriminar por parte da pessoa acusada (CEJA, 2004). Persiste uma tensão entre a previsão constitucional, em que o racismo é um crime imprescritível e inafiançável, e o abrandamento das hipóteses de criminalização pela lei ordinária, em que vigora o tipo penal de injúria qualificada pela raça. Um tipo penal específico que, ao contrário do crime de racismo, tem um regime mais flexível, admitindo prescrição e estabelecimento de fiança.

Eu já tive audiências com um promotor que chegou no final da audiência e ele falava: “o que é essa diferença de racismo para injúria? Para mim não fica claro”. Tem uma demanda aí, que é do movimento negro, que sempre foi mais voltada para a criminalização do racismo, que tem dentro da constituição. O que aconteceu na constituição é que se elevou

a um patamar que acho que nem o movimento negro esperava essa vitória. Estilo Brasil mesmo, porque você teve essa vitória e, ao mesmo tempo, uma derrota porque os juízes acabem não implementando isso (Entrevista advogado, Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdade).

O estudo realizado pelo Centro de Estudos Judiciais da América Latina aponta diferentes exemplos em que as decisões dos tribunais brasileiros exculpam ou desclassificam criminalmente a ofensa racista, como, por exemplo, a aceitação de argumentos por parte do acusado de que não é racista no domínio das suas relações privadas ou não é de raça branca. Chama-se atenção para o facto de que a existência de sentenças absolutórias do crime de racismo não é um problema em si, apenas torna-se problemática quando as razões de absolvição sustentam argumentos que invisibilizam a discriminação racial como um problema social (CEJA, 2004)³¹. Do ponto de vista da mobilização das estruturas de oportunidades jurídicas, uma primeira consequência do que se poderia chamar impedimentos da cultura jurídica ao reconhecimento do conflito social racismo remete a um processo de transferência do ônus de constituição do conjunto probatório. A efetividade do processamento da denúncia reside primeiramente no convencimento das estruturas de investigação e acusação sobre a materialidade do crime como prática de racismo.

(...) a gente faz aqui uma peça, faz um trabalho, praticamente faz uma peça que é a representação pedindo a instauração do inquérito policial para a delegacia. Porque o inquérito vai ser remetido, depois, para o promotor. E o promotor, a gente tem um problema grave aí, é um problema de legislação, que ele normalmente desqualifica o crime de racismo para injúria qualificada por raça. E aí, a gente tem um problemão porque, se é injúria qualificada às vezes até prescreveu. Então acabou. Às vezes a gente fica nessa situação. Então, a gente prefere fazer uma coisa elaborada para quando chegar no promotor, ele conseguir ter alguma coisa (Entrevista advogado, Centro de Estudos da Relações de Trabalho e Desigualdade).

Nós acompanhamos poucos casos porque a maioria dos casos, ou são considerados contra-ordenação e, por isso, vão para a comissão para a igualdade e tem uma tramitação própria, ou as queixas que nos chegam para ir para tribunal, a maior parte delas não chegamos a formalizar porque existem problemas de prova por isso nós tentamos só seguir com aqueles que temos um mínimo de segurança em que, pelo menos, não haverá um indeferimento liminar. O que não quer dizer que nós só apresentemos queixas quando achamos que vamos ganhar porque, na verdade, nós achamos sempre é que vamos perder e é o que tem acontecido. As nossas perspectivas confirmam-se em relação a isso. Mas todos aqueles que nós achamos que podem ter um percurso qualquer, mesmo que sejam para ser arquivadas depois em inquérito, nós apresentamos as queixas. Todas as outras, reunimos com as pessoas, tentamos averiguar qual é a viabilidade. Normalmente são coisas quotidianas, alguns casos de violência em que o nosso principal objetivo é

³¹ No campo dos estudos acerca do tratamento da discriminação racial pelas instituições da justiça penal, no Brasil, são seminais os trabalhos de Adorno, 1996 e 1994 (sobre a racialidade da criminalização nos tribunais do júris e nos processos criminais de roubo qualificado) e Guimarães, 2004 (que tipifica as tendências de atuação da delegacia de crimes raciais de São Paulo).

conseguir uma acusação por ofensa à integridade física, mas é difícil conseguir um agravamento em função da questão racial. Nós tentamos e vamos com a questão mas, normalmente, quando, depois, finalmente temos uma acusação, é de ofensa à integridade física e caiu toda a componente discriminatória ou racista. Mas nós vamos tentando, vamos persistindo nisso e achamos que um dia qualquer uma há-de passar (Entrevista, SOS Racismo).

Uma segunda consequência insere-se na diversificação da atuação por parte das organizações não-governamentais de modo a extrapolar as limitações da justiça penal. No Brasil, uma estratégia corresponde à responsabilização civil dos atos discriminatórios.

Uma segunda estratégia que emerge deste contexto é a utilização dos mecanismos de queixa disponibilizados pela administração pública. A mobilização das instâncias de queixa da administração pública está, contudo, dependente da capacidade de interpenetração e combinação entre acessibilidade dos órgãos e inclinação política para o envolvimento com organizações e grupos sociais e com as questões de discriminação racial. O perfil institucional dos órgãos públicos pode variar significativamente de acordo com os ciclos político-eleitorais.

Em São Paulo, a mobilização das estruturas da administração pública nas queixas contra práticas racistas tem recebido a assistência do Núcleo contra a Discriminação da Defensoria Pública, aplicando-se a lei estadual contra a discriminação racial. Esta atuação tem seguido movimento similar ao desenvolvido na luta contra a homofobia³² cuja ação local tem incidido na pressão sobre o legislativo do estado com aprovação de lei específica para o processamento de denúncias no âmbito da secretaria de justiça. As queixas são representadas pela defensoria mediante protocolo firmado com aquela secretaria.

Em relação à não aplicação da lei de crimes raciais, a gente não tem a titularidade da ação penal. O que eu faço nesses casos é representar para o MP e acompanhar a devida representação porque os crimes de racismo e a injúria racial são ações penais públicas, depende de denúncia do MP. Só que por conta dessa não utilização da lei, desse descaso das instituições em relação à lei de crimes raciais, e por conta dum movimento que estava dando certo a lei estadual anti-homofobia, o movimento negro exigiu uma lei igual para a discriminação racial. Isso surgiu na conferência da igualdade racial em 2009. Começou a vir essa demanda e a lei estadual foi aprovada em Março de 2010. Temos agora um convênio com a Secretaria de Justiça para a implementação da lei (Entrevista a defensora pública, Núcleo contra a Discriminação).

Num contexto de realização fragmentária do princípio da não discriminação, o desgaste da luta jurídica encontra reforço na amplificação do impacto político dos casos visibilizados através da mobilização do direito. Um exemplo de mobilização jurídica

³² A lei estadual contra a homofobia existe desde de 2001, Lei n.º 10948/2001, de 5 de Novembro, e tem alcançado uma aplicação bem-sucedida através dos convênios firmados entre a Secretária de Justiça do Estado, Procuradoria-Geral do Estado e Defensoria Pública.

inovadora empreendida pelas organizações do movimento negro em São Paulo tem sido o entrecruzamento entre a reivindicação de liberdade religiosa e o movimento antirracista.

A defesa dos cultos afro-brasileiros aproximou as religiões de matriz africana do movimento negro demonstrando que uma face da intolerância religiosa em relação aos cultos afro-brasileiros tem relação com a questão racial. (...) A sacada foi demonstrar como o ataque que estas religiões sofrem é também fruto do racismo. (...) A gente tem casos de invasão de templos, a gente tem um caso de prisão de sacerdote por conta da iniciação de uma criança, que alguém denunciou como cárcere privado. A criança estava sendo iniciada com a autorização dos pais e o promotor entrou com a ação contra o religioso, contra a mãe inclusive. Tivemos um caso no Rio Grande do Sul de reconhecimento, pela primeira vez no Brasil, de um casamento feito no Candomblé. Era o caso de uma senhora que precisava do direito à pensão, por conta do casamento. Ela casou legalmente, seguindo os preceitos legais, mas dentro do Candomblé. Então, ela tinha todas as certidões, ela tinha tudo. Só que não estava sendo considerada e uma pessoa que tinha uma relação não estável, inclusive, com o falecido, estava sendo privilegiada. Então, a gente teve que lutar para que isso fosse reconhecido oficialmente para que ela pudesse ter direito. Mas que, na verdade, nem era a questão do direito à pensão, nós assumimos por conta do potencial que o Estado tinha por criar um precedente por um direito que é fundamental, um direito que a pessoa tem de liberdade religiosa. Foi o primeiro caso e foi bem-sucedido. Nessa época, a gente teve vários casos. Um outro foi o do registo de uma criança em São Paulo, que os pais, praticantes do Candomblé também, queriam registrar com um nome de origem africana [...] O oficial do cartório usou de um expediente legal, dizendo que o nome era ridículo e por isso não podia registrar. A família não aceitou isso, nos procurou e, a partir disso, teve a ação. Também foi bem-sucedida e houve o registo do nome (Entrevista a advogado Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdade).

O caso 1 demonstra como, face a um atuação institucional débil de combate ao racismo, enquanto a resposta do direito e das instituições oficiais do Estado é diacrónica, o tempo sincrónico de exercício dos direitos é a luta política.

Caso 1. Caso das merendeiras

O caso remete ao ano 2000 e envolve três mulheres negras, merendeiras, que denunciaram a prática de racismo dentro de uma escola pública. O diretor da escola, que mantinha uma relação amistosa com as três mulheres antes de ser promovido, na condição de chefe, passou a discriminá-las repetidamente.

Na distribuição de tarefas, encarregava a vice-diretora da escola das merendeiras negras e ficava responsável pelas brancas. Assim, as merendeira brancas assumiam tarefas como ir para a coordenadoria de ensino, ir ao banco. As funcionárias negras ficavam encarregadas do trabalho mais pesado e de limpeza da escola. Na distribuição das vantagens, mantinha-se a diferenciação. Nem sempre as funcionárias negras tinham suas faltas abonadas, o que dependia do critério do diretor. O horário de chegada e de saída era mais estrito para as mulheres negras do que para as brancas. O caso foi levado ao Centro de Relações de Trabalho e Igualdade que encaminhou juridicamente à questão através da formulação de queixa-crime, assegurando o acompanhamento psicológico das merendeiras.

Fonte: http://www.crsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/1/frames/fr_saude_edna.aspx

De acordo com a coordenadora da área de saúde do Centro de Relações de Trabalho e Igualdade:

Eu sempre gosto de comentar sobre o que elas falavam, porque, conforme fomos construindo essa história com as três, por meio de entrevistas individuais e grupos de atendimento, elas foram percebendo como o diretor foi mudando, por isso, elas tinham dúvidas se, de fato, tratava-se de discriminação. Suas frases, durante as entrevistas, foram marcantes. Uma delas relatou: "Eu fiquei muito feliz o dia que falaram para mim: a senhora é auxiliar de serviço e será designada para a cozinha da escola. Fiquei feliz porque eu gosto muito, adoro cozinhar, então juntou uma coisa com a outra. Eu gosto de criança e gosto muito de cozinhar. Fiquei feliz". No início, uma delas contou: "Só que, depois, ele me xingou. Me chamou de vagabunda, falou que, se eu não quisesse trabalhar, ele iria me mandar para o Tucuruvi e me colocar à disposição, e proferiu palavras de baixo calão". Outra, evangélica, fazia o controle da merenda, e, durante esta atividade, ele dizia: "Faltam coisas e você está roubando em nome de Jesus". Estas situações humilhantes sempre aconteciam publicamente.

Hoje, elas têm um outro jeito de lidar com a questão da discriminação. O diretor foi punido, a Secretaria da Educação o afastou da direção da escola e ele está respondendo a um processo criminal. Além disso, elas, individualmente, tiveram momentos mais privilegiados na escola, que, inclusive, optou por ter um diretor negro, além de vários professores negros, e ainda se propôs a discutir um pouco mais a questão da discriminação racial. Isso durou um período, porque, atualmente, essas mulheres voltaram a ser discriminadas. O diretor negro, na verdade, ausenta-se da escola e é uma vice-diretora branca que coordena todas as ações escolares. Ela, de certa forma, também tem atitudes discriminatórias em relação às três. Uma delas, inclusive, decidiu sair da escola, pediu transferência, porque achou que não aguentaria reviver a situação.

Apesar disso, sob o ponto de vista individual, elas hoje se sentem mais fortalecidas para enfrentar determinadas situações, e participam mais das discussões sobre as questões raciais. Assim, tornaram-se lideranças, na medida em que servem de exemplo de coragem para outros(as) trabalhadoras denunciarem situações de discriminação. Em vários momentos, elas contam sua história com propriedade e conseguem atrair outras pessoas que vivenciam histórias semelhantes para essa luta³³.

Sem mudança do quadro estrutural de reprodução do racismo, o recurso ao direito integra um processo de capacitação política, cujos efeitos de transformação social não são produzidos pelo campo jurídico isoladamente. Diante das suas limitações, o direito na mesma medida em que é debilitado pela reprodução disciplinar e soberana da discriminação racial, pode ser fortalecido como artefacto da capacitação individual e da articulação com objetivos políticos e sociais mais amplos.

Grande parte dos casos que temos na esfera criminal está se arrastando até hoje. Por exemplo, um caso que a gente tem, bastante importante, o caso das merendeiras. Foi-se juntando uma documentação, a gente entrou com esse caso na justiça criminal. O caso vem se arrastando primeiro porque as pessoas responsáveis, tanto testemunhas quanto o

³³ Edna Muniz de Souza em:

http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/1/frames/fr_saude_edna.aspx, acessado em 6 de Maio de 2013.

próprio agressor, o próprio agente, são funcionários públicos. E a situação de funcionário público, ela é mais complicada. Começa por aí. A gente tinha uma simples audiência num dia mas não foi citada uma pessoa, confusão do oficial de justiça. A própria morosidade que a gente enfrenta. Depois, sempre vinha a questão de se fazer uma transação penal. Esse caso ainda está se arrastando, não houve uma conclusão dele, mas é um dos mais importantes que a gente teve na instituição. O que nos consola é o impacto político que esses casos têm (Entrevista a advogado Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdade).

Por outro lado, a luta contra o racismo enquanto regime de exceção não se limita ao quadro de uma batalha cultural por inclusão. Fora do contrato social, a mobilização do direito não se caracteriza só pela prevalência de limites rígidos de cultura jurídica e performance institucional que atrasam as expectativas pré e pós contratuais. Na verdade, quando a cumplicidade entre um regime de igualdade ténue e a ineficácia da proteção legal antirracista se soma à violência crua, o papel diacrónico do direito limita-se à busca pela punição dos responsáveis pelos danos da discriminação racial sem limites, como demonstra o caso 2.

Caso 2. Morte do dentista Fábio

Flávio Ferreira de Sant'Ana, de 28 anos, que tinha acabado de se formar em odontologia, voltava do Aeroporto de Guarulhos, no dia 3 de fevereiro de 2004. Mais ou menos na mesma hora e região o comerciante Antonio dos Anjos, 29 anos, havia dado queixa a policiais, que se encontravam em uma viatura, de que fora assaltado. Flávio guiava seu carro, um Gol, em Santana (zona norte de São Paulo), e foi interpelado por cinco policiais militares, uma vez que se tratava de um homem negro a conduzir um automóvel. Em seguida, foi morto com dois tiros. Ao ver o dentista morto no chão o comerciante declarou que não se tratava do assaltante que denunciara.

Os policiais envolvidos no crime forjaram a versão de que o assassinato tinha sido cometido devido à reação da vítima, que portava uma arma de fogo. Colocaram no bolso da vítima a carteira do comerciante e um revólver 357, com o registro raspado. O comerciante voltou a declarar que o morto não era o assaltante e que tinha sido ameaçado pelos policiais para alterar sua versão do crime. O laudo do exame residuográfico realizado nas mãos de Flávio deu negativo.

Constava o envolvimento de três dos acusados em crimes semelhantes. Processos paralisados por falta de provas relativos a: assassinato de um serralheiro, supostamente assaltante de um Bingo; morte de um motoboy, que teria resistido à prisão e trocado tiros com a polícia; e dois casos de resistência seguida de morte.

Num desfecho bem-sucedido do processo criminal os policiais foram condenados por homicídio, fraude processual e porte ilegal de armas.

Fonte: Observatório das Violências Policiais

Para uma nova agenda de direitos humanos: a contra-justiça dos corpos subalternos

A discussão dos casos de mobilização do direito revela um processo próprio de constituição da comunidade política e formatação do indivíduo titular de direitos nas sociedades contemporâneas. Procurei demonstrar a vigência de um *apartheid* em que enunciação do sujeito é feita a par da virulência seletiva da sujeição. Argumentei que 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 aos direitos 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 promessa emancipatória 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, noutros termos, entre a justiça como resolução neutra de conflitos e a justiça enquanto mecanismo político de reconhecimento do abuso e dos danos da privação sistemática dos direitos.

A segunda acentua que as dinâmicas de acesso aos direitos enquanto governamentalidade obscurecem o facto de que a ordem jurídica democrática diferencia, discrimina e aparta para incluir sob divisões liberais neutras, criando tanto as condições de impunidade dos excessos da ordem, disciplina e necropoder, quanto 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.

O potencial de densificação democrática de uma (a)-(i)-legalidade contenciosa ou de resistência manifesta-se nas dinâmicas de repetição/resignificação 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 no controlo do poder do Estado e confundindo as funções ideológicas da justiça.

A meu ver, o potencial emancipatório de uma agenda de direitos humanos 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 justiça ampliar o espaço de controvérsia acerca da aplicação hegemônica do aparato jurídico-institucional. O sistema de justiça, 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.

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 de sistemas de defesa dos direitos humanos, o que denomino 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 profissionais 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 estruturais³⁴ – 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. 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 de derivação lógica: 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 autoridade de enunciação do direito enquanto experiência de sofrimento decorrente da constante falta de acesso aos direitos pertence 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 exclusão social violenta, a autoridade de ditar os termos de entendimento do direito deve ser realocada 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

³⁴ A organização da Defensoria Pública do Estado de São Paulo comporta 9 núcleos especializados: Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos, Núcleo da Infância e Juventude, Núcleo de Habitação e Urbanismo, Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores, Núcleo de Situação Carcerária, Núcleo de Combate à Discriminação, Racismo e Preconceito, Núcleo de Proteção e Defesa dos Direitos da Mulher, Núcleo de Direitos do Idoso e Núcleo de Defesa do Consumidor.

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 deparo 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 (Entrevista, dirigente, Associação de Mães e Amigos dos Adolescentes em Risco).

A transgressão da fronteira entre autoridade que aplica o direito e corpo sobre o qual recai a força da lei traduz-se na multiplicação da comunidade de intérpretes e criadores/as do direito. O sentido e o alcance das normas legais têm o valor e a utilidade ressignificados 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 (Entrevista a liderança, 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

“Cracolândia”, 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, inexistem 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 dormindo*³⁵.

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

³⁵ <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.

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 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)

No meu ponto de vista, a contrajustiça expõe o papel de corroboração ideológica hegemônica 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 do 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 hegemônico, mas convocam especialmente um espaço próprio de recriação e interpretação do direito. Enquanto medida de readequação da ordem social, a utilização contra-hegemônica do direito contesta os princípios de funcionamento da soberania política. Nesse sentido, o recurso a este instrumento hegemônico, o campo legal, é em si provisório, guarda um caráter 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-hegemônica impõe como elementos a serem integrados pelo direito. Uma apropriação que exige resistência, utopia 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 aos direitos 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 da aplicação dos direitos 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 diacrônico 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 arrojado 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*)

Multititularidade e polifonia do(s) direito(s)

Entendo a “copresença radical” dos modos de funcionamento do direito e da violência dos estados de exceção como 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 subalternas. A defesa da razão política ou jurídica só está a serviço da legitimação social do Estado na medida em que está a serviço da defesa da democracia por uma legalidade subalterna contenciosa. 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.

A meu ver, a credibilidade dos direitos humanos como alternativa emancipatória decorre da sua utilidade enquanto ponto de hibridação das experiências de submissão, opressão, resistência, legalidade e ilegalidade marcadas nos corpos subalternos. A insurgência do corpo subalterno como um corpo jurídico híbrido titular de direitos e da ação social tem o condão de assinalar a diferenciação dos próprios direitos humanos e sua utilidade social. A utilização de ações civis públicas pela defensoria pública de São Paulo, mesmo que num contexto de deficiência estrutural e de recursos humanos, demonstra a possibilidade de multiplicação dos termos de enunciação e titulação dos direitos. A seguir, apresento algumas ações emblemáticas iniciadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Quadro 1. Ações individuais e coletiva iniciadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Tipo de Ação	Resumo do caso
Ação Civil Pública	Pedido de fornecimento de lanches ou marmitas aos presos que aguardarem a realização de audiências judiciais no fórum de Suzano (34 km da Capital).
Ação Civil Pública	Pedido de cadastramento integral de todas as famílias que foram retiradas da Favela da Família pela Prefeitura de Ribeirão preto.
Ação Civil Pública	Pedido de disponibilização de equipes de saúde para a Penitenciária I – unidade “Dr. Paulo Luciano de Campos” – em Avaré, na região de Bauru. A ação também solicita o fornecimento de medicamentos.
Ação Civil Pública	Pedido para implementação e manutenção de iluminação pública no bairro Jardim Maria Luiza III, na periferia da cidade. O serviço não estava sendo prestado, apesar dos moradores do bairro pagarem mensalmente a contribuição de iluminação pública.
Ação Civil Pública	Pedido para a manutenção de comerciantes de rua regularizados que trabalham na Capital em face de ação da prefeitura que revogou todos os termos de permissão de uso dos espaços.
Ação Civil Pública	Pedido de garantia imediata da presença de profissional habilitado em linguagem brasileira de sinais (libras) em todas as séries em que haja alunos com deficiência auditiva nas escolas estaduais.
Ação Civil Pública	Pedido, em face da Prefeitura da Capital e o Departamento de Águas e Energia Elétrica, para realização dos serviços necessários para garantia da vida e saúde dos moradores dos bairros que sofrem com alagamentos na região da Várzea do Tietê.
Ação Civil Pública	Pedido de disponibilização de mais leitos hospitalares e vagas em UTI na região do Vale do Paraíba, que engloba 39 municípios, conforme orientações técnicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde (de 2,5 a 3 vagas a cada mil habitantes).
Ação Individual	Reconhecimento como união estável homoafetiva o relacionamento entre duas mulheres que vivem na Capital.
Ação Civil Pública	Pedido de garantia de fraldas à crianças e adolescentes carentes com deficiência, desde que o uso desse insumo decorra de prescrição médica. (Bauru)
Ação Individual	Pedido para a inserção de Patrícia, transexual em programa médico de preparação e realização cirúrgica de redesignação sexual.

Fonte: Coordenadoria de Comunicação Social da Defensoria Pública de São Paulo

Este exercício de visibilidade, que denomino multititularidade de direitos, tem como consequência situar a defesa dos direitos humanos como lugar de experimentação de alternativas. A experimentação decorre da própria elasticidade estrutural dos sistemas de defesa dos direitos humanos, refletindo a consolidação incipiente de alguns órgãos e organizações e especialmente a necessidade de tratamento especializado das situações de violação sistemática. O lado positivo desta realidade é a janela de oportunidades que cria para o surgimento de inovações quer no tipo de atendimento jurídico, quer na prática profissional de mobilização do direito e defesa dos direitos.

Noutra dimensão a previsão de mecanismos externos de participação e controlo social das políticas públicas permite revisar as características da luta social por direito. Tenho

defendido a reconfiguração hodierna da luta por direitos enquanto luta por oportunidades de acesso aos direitos. No que toca a oportunidades de acesso, a introdução da oportunidade de participação popular no sistema de justiça e nos conselhos de formulação de políticas públicas (como se vê na defensoria de São Paulo e nos conselhos de política pública no Brasil) cria, adicionalmente, um novo elemento de reivindicação, o direito à voz no processo de construção das expectativas acerca da aplicação e efetividade dos direitos. Uma das maiores vantagens dos mecanismos de participação é a replicação da polifonia no interior das instituições.

Por outro lado, o trabalho de organizações e movimento sociais bem como de instituições públicas no âmbito da educação para os direitos humanos representa uma oportunidade de reflexão crítica acerca das esferas de proteção monopolistas do conhecimento jurídico. Neste âmbito, a mudança mais significativa que pode ser introduzida diz respeito à posicionalidade da/o profissional do direito. O reconhecimento do valor epistemológico dos códigos interpretativos populares acerca do direito tem o potencial de converter a relação de poder profissional-assistida/o numa relação de “autoridade partilhada” (Santos, 2006). Noutras palavras, o conhecimento profissional passa a incluir o reconhecimento da “leitura de vida” (Freire, 1987) sobre a (i-)legalidade e sobre as condições do exercício e da produção do direito para a/o subalternizada/o. Por sua vez, o (re-)conhecimento do assistido integra o reposicionamento da/o profissional como parte dialógica.

Conclusões: Quatro teses para visitar a política de direitos humanos na América Latina

A defesa dos direitos humanos guarda em si um ideal revolucionário ou subversivo que se extrai de uma afirmação tão escorreita quanto “Todas/os têm direitos iguais”. O potencial revolucionário ou subversivo desta expressão repercute-se por permitir descortinar o carácter inerentemente contraditório e exclusivo do próprio direito. Poder-se-ia perguntar: porque é preciso afirmar que todas/os têm direitos iguais quando todas/os são iguais perante a lei? Contudo, é fato que a aplicação das leis está marcada por desigualdades; é manifesto, nas sociedades contemporâneas, um processo de diferenciação e hierarquização no acesso aos direitos. Por essa razão, os estados democráticos afirmam os direitos humanos como medida de equidade, isto é, todas/os são iguais perante a lei e os processos de diferenciação e desigualdade não excluem o acesso aos direitos para quem necessita. Contudo, a promessa de igualdade através do acesso aos direitos é à partida estreita na medida em que carrega consigo as contradições e as dinâmicas de exercício do poder inerentes à aplicação do direito nas sociedades.

O ponto de partida da promessa de igualdade e direitos emana de uma triangulação: desigualdade, diferenciação e direitos. Procurei demonstrar que esta é uma triangulação que manifesta e tem sido abordada, sob alguns afunilamentos. Trata-se de um estreitamente analítico que simultaneamente sobredimensiona e limita o espaço da inclusão social através do direito. Atendo-me à relação entre transformação social, direito e justiça, na elaboração deste ensaio, defrontei-me quer com as questões relativas às condições de desigualdade de aplicação do direito nas sociedades, quer com aquelas relacionadas com a responsabilidade e responsabilização do Estado e das suas instituições perante a exclusão social. No movimento pendular entre a exclusão radical e a inclusão do direito estatal, o primeiro elemento que se sobressai é o papel do edifício político e discursivo dos direitos humanos.

Procurei associar a crítica da denegação de direitos, da insuficiência dos meios de acesso à justiça, do funcionamento limitado das políticas públicas, com pistas acerca da produção do poder e das práticas culturais e institucionais de reprodução do direito. Ao assumir este ponto de partida, investi na elaboração de uma teoria crítica da agenda de direitos humanos na América Latina. Neste particular, a principal crítica que teço é a predominância de uma abordagem funcionalista-estruturalista que acaba por velar a análise dos limites e potencialidades da experimentação social e institucional neste campo.

Interessou-me enfatizar a tensão entre a aposta/expectativa na promessa de efetivação dos direitos e acesso à justiça e a crítica do grau extremo de exclusão e negação de direitos resultantes da falta de acesso. Uma denegação de direitos que, nalguns casos, tem implicado a negação das condições de vida e a exposição à morte das populações violadas, o que denominei, com base em Achille Mbembe (2003), necropolítica dos direitos humanos.

A dualidade experienciada no campo de estudo exigiu uma posição analítica diferenciada para a elaboração deste ensaio; isto é, falar do Estado, trazendo para o campo de análise da política pública, tanto a denúncia quanto a transgressão do direito. Esta opção permitiu apontar as dualidades e contradições vivenciadas no âmbito da própria ordem jurídica estatal, integrando a teoria na realidade que emana das relações sociais. As experimentações, as transgressões e as denúncias desvelam, nas práticas subalternas, as contradições e ambiguidades dos modos de funcionamento, legitimação e manutenção das relações de poder pelo Estado.

Faço assim uma reivindicação de posicionalidade no que toca aos estudos sobre a reforma do Estado. A análise social carece de um descentramento no que toca ao estudo do Estado. Proponho por isso subverter a tendência de estudos acerca da melhoria de um Estado-máquina, cujos muitos dos remendos tem requerido permanentemente a superação da “crise” da justiça, e aprender junto do campo de ação social, cujas práticas culturais e institucionais subversivas inovam um campo de defesa dos direitos no qual um Estado-pessoa³⁶ integra-se como mais um dos elementos em disputa.

Isso implica discutir os direitos humanos na sua realidade. O consequencialismo: a lei é igual para todos, os mecanismos de acesso à justiça estão previstos e, com suas eficiências e ineficiências, podem gerar maior ou menor inclusão social através dos direitos é radicalmente contestado pelas experiências cotidianas de encontro com a lei das pessoas por ela marginalizadas e excluídas. A forma como a previsão dos direitos tem-se realizado ao longo dos anos nos estados democráticos vem padecendo de diferentes afunilamentos. Para estas reflexões finais, deter-me-ei em quatro pontos principais, desenvolvo-os a seguir na forma do que vou denominar quatro teses sobre o estreitamento do potencial emancipatório dos direitos humanos, cuja desconstrução trazem novos elementos para a discussão da agenda de direitos humanos na América Latina.

³⁶ As políticas do Estado-máquina não expressam valores e estão alheias ao terreno da vontade, da subjetividade do Estado-pessoa, em suma, do terreno da política. Ver Santos, 2002a.

Primeira tese. A aquisição de direitos é progressiva e dá-se através de um processo de mudança social normal

É consabida, no campo jurídico, a explicação acerca da evolução gradativa das diferentes dimensões dos direitos humanos. Trata-se de uma evolução cuja expressão inicial, numa versão mais liberal e civil, assume a seguir um cariz materialista, o dos direitos económicos, culturais e sociais, e estende-se, numa terceira fase, para direitos imateriais de titularidade mais difusa. Neste ensaio, reconheço o valor histórico e de construção simbólica das diferentes dimensões dos direitos bem como dos distintos momentos em que modelos de Estado divergentes consagraram versões materiais, pós-materiais ou liberais de direitos humanos. Contudo, a forma como acesso aos direitos é circunscrito no âmbito das reformas legais deixa por revelar o carácter etnocêntrico do ideário de expansão das diferentes dimensões dos direitos.

Com base em Dipesh Chakrabarty (2000), interpreto as etapas evolucionistas de consagração dos direitos humanos como delimitação de um “ainda não” por parte do Estado para as populações pobres e grupos vulneráveis. Noutras palavras, toda vez que o Estado ou os estudos sociojurídicos apostam na progressão dos mecanismos de acesso aos direitos como forma de alcançar ambos, o progresso do direito e o progresso por meio do direito, difundem uma mensagem subjacente: as pessoas necessitadas/carentes de justiça devem aguardar (e merecer) o cumprimento das etapas necessárias que, num futuro próximo, conduzir-lhes-ão à igualdade. Este é o “presente eterno” (Santos, 1988a) da falta de acesso à justiça experienciado cotidianamente pelas populações marginalizadas, radical e estruturalmente excluídas na América Latina.

A construção histórica evolucionista dos direitos humanos tem balizado as populações marginalizadas de acordo com os parâmetros de uma divisão abissal (Santos, 2007a). De um lado, a retórica e a imaginação da promoção dos direitos e, de outro, a experiência concreta e cotidiana de repetidas violações e da denegação sistemática. Uma divisão abissal que, por sua vez, encoberta a violência do presente na promessa de um acesso aos direitos futuro. Defendo a afirmação da utilidade social dos direitos humanos enfatizando tanto as condições e consequências materiais da privação sistemática dos direitos, quanto a violência simbólica e material decorrente e impulsionadora da violação cotidiana da promessa de igualdade e acesso ao(s) direito(s). Noutras palavras, entendo que uma nova agenda de direitos humanos deve operar a partir do reconhecimento de que é fundante das dinâmicas de distribuição dos recursos políticos e jurídicos nas sociedades a existência de uma divisão radical que, em simultâneo, separa e mantém atadas a imaginação do Estado promotor de direitos e a exclusão intransponível do Estado violador.

Isso implica uma revisão da forma de propor as reformas legais, em regra discutidas e propostas num circuito fechado composto por grupos sociais específicos, legisladores e profissionais do direito. Desponta o que, com base em Ranajit Guha (2002), denomino o historicismo das reformas legais. O historicismo reflete uma história de aplicação dos direitos humanos contada a partir dos detentores do poder, isto é, aqueles que tiveram condições, em determinados momentos, de propor e assegurar as reformas nesta área, assumem a prerrogativa de delimitar o campo de disputa pelos sonhos de poder relativos aos arranjos profissionais e políticos necessários para garantir os direitos.

Por outro lado, em escala supranacional, persiste uma lógica de consolidação das posições de poder na medida em que se delimita as experiências exitosas de aplicação dos direitos humanos àquelas desenvolvidas em países do Norte global. Nalguns casos extremos,

alguns autores justificam o não recurso à experiência de países latino-americanos ou africanos por eles ainda ocuparem uma espécie de pré-história do reconhecimento e efetividade dos direitos. Nesta lógica, é preciso que os estados estejam mais desenvolvidos, que as dimensões dos direitos estejam mais desenvolvidas de modo a, finalmente, tornarem-se credíveis como experiência. Estabelece-se uma linha hierárquica entre experiências avançadas, que servem de modelo para a reforma jurídica, e experiências menos desenvolvidas, invalidadas para aprendizagem por ainda serem aprendizes. Basta verificar que as experiências populares de acesso à justiça da América Latina, desde a década de 70 destacadas por Rojas Hurtado (1988 e 1989) como exemplos de novos serviços jurídicos, não integraram a agenda dos principais estudos comparados sobre acesso à justiça deste período.

A crítica sociológica desenhada neste texto procura formular uma discussão política dos direitos humanos descentrada. Esta opção analítica ganha forças com a proposta de aprender com o Sul (Santos, 2002a). Conforme elaboro neste ensaio, são vários os Suis, os Suis globais, os Suis no interior de cada um dos estados e/ou os Suis da (in-)efetividade dos direitos humanos.

Atualmente defrontamo-nos com uma realidade de aplicação do direito que em muito difere do ideal de universalização dos direitos e de expansão linear e abrangente das reformas democráticas do Estado. A realidade das condições de aplicação dos direitos é a de um mercado de serviços jurídicos fragmentado, fracionado entre a elasticidade de incorporação de variadas soluções de acesso e a fluidez ideológica resultante do relativismo da diversidade de propostas e soluções apresentadas. Estudar os direitos humanos dentro de uma era pós-universalista, como denomina Richard Moorhead (2003), chama por isso a atenção para as possibilidades de aprendizagem recíproca entre os encontros e desencontros da concretização da promessa de igualdade perante a lei dos Estados modernos.

Segunda tese. A superação da pobreza e o acesso aos direitos alcançam-se no âmbito da expansão e do desenvolvimento do paradigma de produção capitalista

Esta tese evidencia a íntima relação entre dois receituários hegemónicos de inclusão social: a promoção do acesso aos direitos e a superação da condição de pobreza. Uma análise comparada dos processos de reforma judicial em diferentes países aponta para, em diferentes carizes reformistas sejam eles neo-liberais, desenvolvimentistas ou neo-institucionalistas, uma base de sustentação comum: a fertilização cruzada entre os conceitos de crescimento económico, superação da pobreza e inclusão pelo acesso ao Estado de direito.

A aposta ideológica maximizadora do progresso enquanto evolução do direito estatal manifesta-se, numa dimensão, através dos pressupostos de modernização e racionalização do Estado. Estes, por sua vez assentados numa aposta weberiana, investem no acirramento dos processos de modernização e racionalização como meios exponenciais da produção e da reprodução do direito como bem-estar para toda a população. Numa segunda dimensão, de superação da pobreza através do crescimento económico, a promoção da justiça associa-se a uma fórmula neoinstitucionalista. A aposta neoinstitucionalista dirige-se ao investimento na melhoria contínua das grandes instituições nacionais, com destaque para a reforma do judiciário.

As reformas destinadas a aperfeiçoar a máquina judiciária, quer tecnocráticas quer informalizantes, utilizando os termos de Boaventura de Sousa Santos (1986), se

concorrem para adequar e acelerar a resposta de um sistema de soluções dos conflitos privados, não atingem a questão de fundo do acesso aos direitos. Resta evidente que responder à crise da justiça e corresponder à necessidade de aperfeiçoamento das suas instituições não implica necessariamente uma solução para aquelas e aqueles sistemática e estruturalmente excluídas/os do acesso ao direito do Estado. A discussão acerca da igualdade de aplicação dos direitos indaga assim sobre necessidade de oportunidades de baixo para cima.

No âmbito de uma agenda contra-hegemónica de aplicação dos direitos humanos, a credibilidade das alternativas de acesso à igualdade para populações pobres e grupos vulneráveis por meio de soluções de baixo para cima requer que se analise a correspondência entre estas propostas/projetos/promessas e as diferentes dimensões daquilo que é categorizado como necessidade. Soluções de inclusão jurídica subalterna reduzidas em conceitos como o de *legal empowerment*, em última instância, corroboram o processo de inclusão social ao sistema de produção hegemónico. Num universo de solução de conflitos privados, de formalização dos negócios e das relações sociais, os mecanismos oficiais de acesso ao direito capacitam as/os pobres na condição de consumidoras/es da justiça, *homo economicus* ou *homo juridicus*, contribuindo para aquilo que denomino inclusão social vigiada.

O recurso legal de definir as fronteiras de exclusão do acesso aos direitos através de categorias como pobre ou pobreza consagra um conceito que, simultaneamente vazio e auto-suficiente, permite que os direitos humanos prometam igualdade sem transformar as condições radicais de exclusão. Por essa razão, tenho assinalado a necessidade de introduzir uma mudança paradigmática na compreensão dos direitos humanos redefinindo a fronteira oficial da exclusão extrema através da metáfora sociológica do Sul. Com base em Boaventura de Sousa Santos (2002a), a metáfora do Sul evidencia as relações de troca de desigual fundantes dos sistemas de dominação. Remetendo tanto à ideia de subordinação económica quanto à ideia de subordinação cultural, a metáfora do Sul permite entrecruzar a experiência de diferentes formas de dominação (colonialismo, capitalismo e patriarcado) e exclusão radicais (expropriação, supressão, silenciamento, diferenciação desigual, entre outras).

Pensar no direito como forma de transformação social implica repercutir condições para uma reconceptualização do uso dos direitos humanos que, resistindo e interagindo com o paradigma dominante de produção capitalista, forneça pistas de inclusão e de luta diferenciadas no que toca à conquista de direitos. Interessa, assim, na discussão aqui empreendida, a construção sociopolítica de mecanismos de acesso aos direitos que, na interação com movimentos e lutas sociais, reivindicam o direito e utilizam o acesso ao direito para construir formas de enunciação contra-hegemónicas do poder.

Terceira tese. A previsão de um rol de direitos humanos funciona como indicadores da qualidade democrática dos estados

O adensamento da discussão deste texto aponta para o cenário de violação maciça dos direitos fundamentais. Procurei chamar atenção para a evidência de que as condições desiguais de aplicação do direito nas sociedades são determinantes não só da qualidade de vida mas especialmente da exposição à morte das populações no interior de cada Estado. Como argumentar o potencial democrático da previsão de direitos humanos perante a evidência da sua função ideológica enquanto medida de repressão, acomodação do poder e amenização dos conflitos?

Impõe-se subverter a noção de que a previsão de direitos humanos está a serviço da democratização dos Estados. Entendo que a previsão de direitos humanos só funciona como indicador da qualidade democrática do Estado quando permite evidenciar as contradições da aplicação do direito estatal e, conseqüentemente, os bolsões de incumprimento e dominação da necropolítica. Procurei descortinar, a partir de Foucault, as dualidades inerentes ao exercício da dominação política nos Estados. Os mecanismos oficiais de acesso aos direitos são desenredados na medida em que se consolidam como meios de produção e reprodução das relações de poder.

O reconhecimento de uma divisão abissal fundacional entre um Estado promotor e um Estado violador de direitos requer um exercício de imaginação e criatividade acerca do uso do direito como artefacto por parte dos grupos subalternos. Neste sentido, a aposta numa agenda de direitos humanos impõe-se menos tanto como exigência/expectativa do cumprimento da promessa de igualdade pelo Estado quanto como desconstrução ideológica do papel do direito e dos mecanismos oficiais de acesso à justiça. Trata-se de um uso estratégico das ferramentas jurídicas orientado para a experimentação de alternativas e transgressão do próprio direito enquanto parte da estrutura de dominação política.

Superar a insuficiência da triangulação “desigualdade, diferenciação e direitos” exige confrontar o estreitamento das concepções formais de direitos com práticas de experimentação social, institucional e contra-institucional que têm em conta as contradições, a pluralidade e a multidimensionalidade da exclusão social.

Quarta tese. A garantia de direitos assegura-se através da representação profissional

Num contexto pós-universalista de implementação dos direitos humanos, de fragmentação e relativismo ideológico, de cisões abissais e exclusão radical sistemática, é possível formular ou reformular uma mensagem da esperança para os direitos humanos? Em face do fracasso da promessa de igualdade para todas/os, há esperanças para as/os desiguais? Esta pergunta tem recebido uma resposta pouco convincente dos processos de reforma legal: a ênfase nos esforços de autorregulação das partes, nas experiências comunitárias de justiça alternativa e/ou na resolução alternativa de litígios. Uma tendência de soluções que John Comaroff e Jean Comaroff (2010) explicaram em três manifestações: a sociedade civil contra o Estado, a sociedade civil de soluções privadas e a sociedade civil comunidade. Reelaborando a questão de partida: é possível fortalecer a mensagem de transformação inerente à promessa da igualdade de direitos?

O carácter inovador na agenda de direitos humanos proposta neste ensaio reside numa atitude de despojo. Num primeiro momento, pondo de lado a meta-narrativa do progresso do direito e questionando, com o historicismo, as relações de poder que criaram as condições para que determinados grupos determinassem os rumos da aplicação dos direitos humanos. Num segundo momento, exercendo suspeição sobre o ideal de universalismo dos direitos, expondo o carácter imanente da falta de acesso aos direitos e os propósitos de legitimação da dominação política ocultados na promessa dos direitos humanos. Ao assumir esse duplo ponto de partida a principal consequência reside na revisão da relação entre oportunidades e resultados na luta subalterna por acesso à justiça.

Desde o estudo seminal de Mauro Cappelletti e Brian Garth (1988), o acesso à justiça tem sido abordado em duas perspectivas acerca do seu impacto social: a igualdade de oportunidades (um sistema de justiça igualmente acessível a todas/os) e a igualdade de resultados (respostas individual e socialmente justas por parte do sistema de justiça). A

impossibilidade de uma política universalista de acesso à justiça e o fosso existente entre o acesso enquanto princípio e o acesso enquanto prática enjaularam a discussão acerca da promoção da justiça social pelo direito no âmbito da necessidade de ampliação e garantia de oportunidades de acesso. Dessa forma, o debate acerca da possibilidade de obtenção de igualdade de resultados através do direito constitui-se num privilégio exclusivo dos indivíduos e grupos já incluídos pelas instituições e estruturas jurídicas, o que, para as/os não incluídas/os, converte a justiça social num campo de disputa não por resultados mas por oportunidades de acesso.

Uma agenda de direitos humanos que se ergue como aprendizagem com/a partir do Sul exige que se situe a luta por justiça social neste campo. Esta é menos uma expectativa de obtenção de resultados por parte do sistema jurídico e mais uma abertura do campo de reivindicação das lutas sociais por oportunidades de defesa dos direitos.

Persiste igualmente uma mudança de compreensão epistemológica acerca da aplicação dos direitos humanos. Pressupõe-se que o conhecimento do direito é de todas/os mas só pode ser exercido é quem é o profissional habilitado, com competência legalmente prevista. Uma compreensão de acesso aos direitos que expõe as divisões abissais do Estado integra num mesmo patamar o conhecimento do direito pela autoridade investida pelo Estado e o conhecimento da violação sistemática dos direitos pelos corpos subalternos. A dimensão daquilo que, com base em Boaventura de Sousa Santos (2007a) conceptualizo como “copresença radical” da proteção e da exceção jurídica requer que se atente às condições de tradução e de reconhecimento da multivocalidade e multitularidade dos direitos, para além do exercício isolado do conhecimento profissional.

Nesse sentido, exemplos de hibridação e de participação leiga dentro do sistema de justiça bem como dinâmicas sociais de enunciação do direito para além dos limites da aplicação profissional atuam em favor do que denomino contra-justiça. São exemplos que colocam outra tónica ao potencial emancipatório dos direitos humanos. Em consonância com a ambiguidade inerente ao processo de (re-)produção do direito, a ordem jurídica comporta em si os espaços da violência, da resistência, da promessa, do controlo, da repressão e da transgressão. Os espaços de resistência e transgressão, por sua vez, podem cindir-se em novos códigos de enunciação do(s) direito(s). Sendo certo que os elementos ideológicos de controlo, disciplina e repressão são predominantes no *ethos* jurídico, denomino contra-justiça a transcendência da luta subalterna por direitos, procurando com esta denominação enfatizar o seu valor como prática de oposição. A contra-justiça ergue-se nas zonas de contato (Santos, 2003) entre as zonas democráticas e as zonas de exceção do acesso universal aos direitos. Os sujeitos dessas lutas subalternas não são unívocos constituindo-se em identidades pós-modernas cujos corpos interpenetram-se e contaminam-se com a dupla face do direito/violência; da promessa/transgressão.

Os corpos jurídicos híbridos subalternos, a partir das zonas de exceção, enunciam outros sujeitos de direito, outros usos e práticas jurídicas contra-hegemónicas. Os corpos interatuam num contexto em que a autoridade de enunciação do regime de verdade do direito é multivocal e fragmenta-se entre as distintas práticas profissionais, institucionais, contra-institucionais bem como entre a diversidade de experiências dos corpos subalternos. As práticas de contra-justiça sinalizam emergências (Santos, 2002b), do ponto de vista dos processos de aprendizagem recíproca, permitindo identificar pistas que apontam possibilidades de reinvenção do uso dos direitos humanos.

Bibliografia

- Anderson, Benedict (1993). *Comunidades imaginadas*. México: Fundo de Cultura Econômica.
- Baxi, Upendra (2008). "Preliminary notes on transformative constitutionalism". *BISA Conference: courting justice*, Delhi, April 27-29.
- Black, Donald (1973). "The mobilization of law". *The Journal of Legal Studies*, 2, 1: 125-149.
- Bourdieu, Pierre (1989). *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand.
- Braudel, Fernand (1977). *Afterthoughts on Material Civilization and Capitalism*. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.
- Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant (1988). *O acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA (2004). *Sistema judicial y racismo contra afrodescendientes*. Brasil, Colombia, Perú Y República Dominicana. Santiago: CEJA.
- Chakrabarty, D. (2000). *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*. Princeton: Princeton University Press.
- Comaroff, Jean; Comaroff, John L. (2011). *Theory from the South: Or, How Euro-America is Evolving Toward Africa (The Radical Imagination)*. Paradigm Publishers.
- Epp, Charles R. (1998). *The rights revolution: lawyers, activists and supreme court in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Foucault, Michel (2005). *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes.
- Foucault, Michel (1999). *Vigiar e Punir. O nascimento da prisão*. Petrópolis: Editora Vozes.
- Foucault, Michel. (1999b). A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora.
- Foucault, Michel (1979). *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal.
- Freire, Paulo (1987). *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Galanter, Marc (1993). "A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais". Hespanha, António (org.). *Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Gulbenkian.
- Gisnburg, Tom; Kagan, Robert (2005). *Institutions and public law. Comparative Approachs*. New York: Peter Lang.
- Gordon, Linda; Fraser, Nancy (1995). "Contrato versus caridade. Porque não existe cidadania social nos Estados Unidos?" *Revista Crítica de Ciência Sociais*, 42: 27-52.
- Guah, Ranahit (2002). *Las voces de la historia y otros estúdios subalternos*. Barcelona: Crítica.
- Hespanha, António (1988). "Sábios e rústicos. A violência doce da razão jurídica". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 25/26: 31-57

- Marshall, T. H. (1964). "Citizenship and social class". Seymour, Martin Lipset (org.). *Class, Citizenship and Social development: Essays*. Chicago: Chicago University Press.
- Mbembe, Achille (2003). "Necropolitics". *Public Culture*, 15(1): 11-40.
- Mccan, Michael (2006). "Legal mobilization and social reform movements. Notes on theory and Its application". Mccan, Michael (org.). *Law and Social Movements*. London: Ashgate.
- Merry, Sally (1988). "Legal Pluralism". *Law and Society Review*, 22: 869-896.
- Merry, Sally (1994). "Resistance and the cultural power of law". *Law and Society Review*, 29, 1: 11-26.
- Moorhead, Richard; Pleasence, Pascoe (2003). *After Universalism: Re-engineering Access to Justice*. Oxford: Blackwell Publishing.
- Quijano, Anibal (2005). "Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas". Edgardo Lander (org.). *Colección Sur Sur*. CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: 227-278.
- Rojas Hurtado, Fernando (1988). "Comparación entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina – Primera Parte". *El otro derecho*, 1: 7-17.
- Rojas Hurtado, Fernando (1989). "Comparación entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina – Segunda Parte". *El otro derecho*, 2: 5-57.
- Santos, Boaventura de Sousa (2011). *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez.
- 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 (2006). *A gramática do tempo*. São Paulo: Cortez Editora.
- Santos, Boaventura de Sousa (2003). "Poderá o direito ser emancipatório?" *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65: 3-76.
- Santos, Boaventura de Sousa (2002a). *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. Porto: Afrontamento. 2.ª ed.
- Santos, Boaventura de Sousa (2002b). "Para uma sociologia das ausências e das emergências". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63: 237-280.
- 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 (1991). "Subjectividade, Cidadania e Emancipação". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 32.

- Santos, Boaventura de Sousa (1990). “O Estado e o direito na transição pós-moderna”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 30: 13-31.
- Santos, Boaventura de Sousa (1986). “Uma introdução à sociologia da administração da justiça”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 21: 11-44.
- Santos, Boaventura de Sousa; Meneses, Maria Paula (2010). “Introdução”. Santos, Boaventura de Sousa; Meneses, Maria Paula (orgs.) (2010). *Epistemologia do Sul*. Coimbra: Almedina: 9-20.
- Santos, Boaventura de Sousa; Trindade, João Carlos (orgs.) (2003). *Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique*. Vol I. Porto: Afrontamento.
- Santos, Boaventura de Sousa et al. (1996). *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Coimbra: Almedina.
- Sarat, Austin; Scheingold, Stuart (1998). *Cause lawyering: political commitments and professional responsibilities*. New York: Oxford University Press.
- Sarat, Austin; Scheingold, Stuart (2001). *Cause lawyering and the state in a global era*. New York: Oxford University Press.
- Sarat, Austin; Scheingold, Stuart (2005). *The worlds cause lawyers make: structure and agency in legal practice*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Scheingold, Stuart A. (2007a). *The politics of rights. Lawyers, public policy and social change*. Michigan: University of Michigan Press.
- Scott, James (2000). *Los dominados y la arte de la resistencia. Discursos ocultos*. Cidade do México: Era.
- Scott, James (1998). *Seeing like a State*. Yale University.
- Shapiro, Martin (1964). *Law and politics in the Supreme Court: New approaches to political jurisprudence*. New York: Free Press of Glencoe.
- Tigar, Michael (2000). *Law and the rise of capitalism*. New York: Monthly Review Press.
- Unger, Roberto Mangabeira (1979). *O direito na sociedade Moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- 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
- Warat, Luis Alberto (1992). “A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade”. *Buscalegis*, 24.
- Weber, Max (2004). *Economia e Sociedade*. São Paulo: Editora UNB.