



Élida de Oliveira Lauris dos Santos

# 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*

Tese de Doutoramento em “Pós-colonialismos e cidadania global”,  
orientada pelo Professor Doutor Boaventura de Sousa Santos e  
apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

30 de Setembro de 2013



UNIVERSIDADE DE COIMBRA





FEUC FACULDADE DE ECONOMIA  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Élida de Oliveira Lauris do Santos

# 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

Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Economia da  
Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Doutor

Orientador: Prof. Doutor Boaventura de Sousa Santos

Coimbra, [2013]



*A Maria Edileuza de Oliveira Lauris dos Santos, minha mãe*



# 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*

Élida Lauris

Investigação realizada com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior/Brasil e Fundação para a Ciência e a Tecnologia/Portugal (SFRH/BD/74411/2010).

Os resultados apresentados nesta tese integram o referencial teórico e de pesquisa desenvolvido pela autora nos Projetos SCOT - A sociedade civil organizada e os tribunais: a mobilização do direito e da justiça em Lisboa, Luanda, Maputo e São Paulo, financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCOMP-01-0124-FEDER-009216), e ALICE - Espelhos estranhos, lições imprevistas: definindo para a Europa um novo modo de partilhar as experiências do mundo, financiado pelo Conselho Europeu de Investigação (FP/2007-2013) / ERC Grant Agreement n. [269807].



FEUC FACULDADE DE ECONOMIA  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA





# AGRADECIMENTOS

A história deste estudo antecede a temporalidade do doutoramento que lhe subjaz. A reflexão aqui produzida começou a ser burilada há muitos anos num local de partida determinado, o Conjunto Império Amazônico, em Belém do Pará, Brasil. A história do Império Amazônico não difere das muitas outras histórias das ocupações irregulares das grandes metrópoles brasileiras. Neste conjunto habitacional, regularizado pela Caixa Econômica Federal, as mudanças na qualidade de vida das/os moradoras/es dependiam de uma negociação morosa e cotidiana dos direitos em face de diferentes órgãos governamentais. Foi ali, através da liderança comunitária da minha mãe, que aprendi, em primeira mão, sobre demandas populares por direitos e o impacto do conhecimento do direito no nivelamento de relações sociais extremamente desiguais. Devo à minha mãe, socióloga, a aprendizagem orgânica do valor e da utilidade social do direito que me acompanham até hoje. À minha mãe, Maria Edileuza de Oliveira Lauris dos Santos, dedico esta tese.

Em primeiro lugar, quero agradecer ao Professor Doutor Boaventura de Sousa Santos pelo aprendizado consistente, pelo sólido exemplo de rigor científico, pela solidariedade cândida e pela amizade que me ofertou durante todo o período de elaboração desta tese. Nestes anos de partilha, foram incontáveis às vezes em que pude revigorar a esperança na importância de um trabalho acadêmico sério a partir do seu exemplo de profissionalismo e da fonte inspiração permanente que é a sua produção científica.

Agradeço à minha família, José Arnaldo Lauris dos Santos, Loraine(s) Lauris dos Santos e Mirna Oliveira, pela confiança e compreensão neste período de distância. À minha avó, Zaíra, serei eternamente grata pelo zelo e paciência com que me ensinou a ler e escrever. A generosidade da Raika Alves Silva e do Sandro Barbosa, família de acolhimento, tornaram possível e agradáveis os períodos de investigação em São Paulo.

A minha deslocação para estudar o doutoramento em Coimbra não se teria concretizado sem o empenho, no Brasil, do Antonio Gomes Moreira Maués e, em Portugal, da Maria Manuel Leitão Marques e do João Arriscado Nunes. Sou-lhes grata.



Agradeço à Conceição Gomes às oportunidades, a amizade e as incomensuráveis lições de vida e profissionalismo dos anos de trabalho no Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. À Fátima Sousa e à Catarina Trincão sou grata pela amizade e solidariedade permanentes, mesmo nos dias de trabalho mas tensos ou conflituosos.

Com os colegas do Projeto Alice tenho podido partilhar momentos inspiradores de construção coletiva e energia criativa. Quero agradecer à Sara Araújo pelo apoio certo das horas incertas.

O trabalho desta tese é devedor dos ensinamentos dos professores do Programa de doutoramento em “Pós-colonialismos e cidadania Global” da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra: Antonio Sousa Ribeiro, Elísio Estanque, José Manuel Mendes e Margarida Calafete Ribeiro. A Maria Paula Meneses é uma das principais responsáveis pela vigilante epistemologia crítica e de análise pós-colonial do direito que tenho procurado adotar. Ser-lhe-ei sempre grata.

O período de pesquisa em São Paulo trouxe gratas surpresas, dentre elas, a amizade que o Carlos Loureiro, o Gustavo Reis, a Luciana Zaffalon e a Renata Tibiriçá ofertaram-me. Em Portugal, não foram poucas as situações passadas e ultrapassadas junto da Carina Gomes, da Madalena Duarte, da Paula Fernando, do Pedro Araújo e do Tiago Ribeiro. A amizade da Marina Henriques foi decisiva nos trâmites finais da tese. Agradeço-lhe a paciência infindável, o otimismo permanente e o alto nível de exigência com que reviu o manuscrito da tese e formatou a bibliografia. O olhar atento e fraterno da Alice Cruz marcou a cumplicidade com que enfrentamos juntas os caminhos do doutoramento. Sou-lhe grata, pelo apoio amenizador das horas difíceis e pelo reforço frequente da confiança em chegar ao destino final.

No Centro de Estudos Sociais pude encontrar um ambiente de incentivo ao meu desenvolvimento profissional. Quero agradecer a ajuda sólida e permanente do Pedro



Abreu, do André Caiado e da equipa da Biblioteca Norte Sul, Maria José Carvalho, Acácio Machado e Ana Correia. À Lassalete Paiva, anjo da guarda, agradeço a amizade vigilante com que sempre esteve presente em momentos decisivos.

Agradeço a todas/os as/os advogadas/os, defensores/as públicas/as, magistrados judiciais e do Ministério Público, funcionárias/os da Ordem do Advogados/as e integrantes das direções-gerais do Ministério da Justiça que abriram as portas dos seus gabinetes e dividiram comigo conhecimentos e vivências acerca da realidade do acesso à justiça no Brasil e Portugal. Esta partilha tornou esta tese possível.

As fotos que ilustram a capa e as divisões entre os capítulos pertencem ao arquivo de pesquisa empírica do estudo. A foto de capa que conta com a insígnia “Pobre não é Palhaço” pertence ao fotógrafo Rodrigo Juste Duarte. Agradeço ao Sr. Nuno Nozzle a generosidade que tornou possível o processo de impressão e encadernação.

Não existe uma única expressão de agradecimento que possa dar conta do que devo à Cristiana Gaspar Ralha. A assistência de investigação que me facultou, a competência e dedicação com que me acompanhou, a sólida paciência e confiança com que enfrentou comigo todos os obstáculos só cabem na palavra amor.



# RESUMO

A pergunta “depois do fracasso da promessa de acesso à justiça, ainda há esperança para as/os pobres?” é o ponto de partida deste estudo. Para responder a esta questão, dedico-me à análise dos mecanismos que detém o dever institucional charneira de inclusão das/os pobres no direito, a assistência jurídica. Contrariando a tendência geral dos estudos comparativos sobre acesso à justiça, a tese traça uma comparação das realidades brasileira e portuguesa. Convoca-se tanto o realismo da carência, quanto o potencial da promessa de acesso à justiça. Na conjugação dessas duas extremidades, reinvidica-se uma reflexão crítica quer sobre as condições de desenvolvimento dos mecanismos de acesso, quer sobre as direções apontadas e seguidas pelos estudos sociojurídicos. Com suporte em métodos de análise qualitativa e ancorados numa abordagem culturalista do direito, os resultados do estudo apuram uma constelação de significados, interpretações e experiências subjetivas inerente aos processos sociais de criação, aplicação e uso do direito. As condições de cumplicidade entre a proposta de igualdade jurídica formal e as relações de dominação consagradas pelo sistema jurídico são desveladas a par do conhecimento ilustrativo do funcionamento dos serviços jurídicos de assistência.

**Palavras-chave:** acesso à justiça, assistência jurídica, estado de direito, pobreza, desenvolvimento



# ABSTRACT

The question "is there still hope for the poor after the failure of the promise of access to justice?" is the starting point of this study. To answer this question, the study focuses on the analysis of the legal aid mechanisms that hold the primal institutional duty of legal inclusion of the poor. Questioning the general path of the access to justice comparative studies, a comparison between Brazilian and Portuguese realities is made. The thesis calls both the realism of need, as the prospective of the promise of access to justice. In combination these two extremities require the production of a critical theorization on the conditions for the development of access to justice mechanisms as well as the directions shown and followed by socio-legal studies. Supported in qualitative methods of analysis and anchored in a culturalist approach of law, the results of the study infer a constellation of meanings, interpretations and subjective experiences that underlie the creation, enforcement and use of the law in societal processes. The conditions of complicity between the prevision of legal equality and relations of domination preserved by the legal system are unveiled along with the illustrating knowledge of the manoeuvre of legal aid services.

**Keywords:** access to justice, legal aid, rule of law, poverty, development





# LISTA DE ACRÓNIMOS

**ANADEP:** Associação Nacional dos Defensores Públicos

**APADEP:** Associação Paulista de Defensores Públicos

**CAM:** Centro de Atendimento Multidisciplinar

**CASAD:** Comissão de Acompanhamento do Sistema de Acesso ao Direito

**CDL:** Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados

**CEJA:** Centro de Estudios de Justicia de las Américas

**CEPEJ:** The European Commission for the Efficiency of Justice

**CIC:** Centro Integrado de Cidadania

**CLEP:** Commission on Legal Empowerment of the Poor

**CNJ:** Conselho Nacional de Justiça

**CNMP:** Conselho Nacional do Ministério Público

**CONAMP:** Associação Nacional de Membros do Ministério Público

**CONDEPE:** Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana

**CSDP:** Conselho Superior da Defensoria Pública

**DGAJ:** Direcção-Geral da Administração da Justiça

**DGPJ:** Direcção-Geral da Política de Justiça

**DPE:** Defensoria Pública Estadual

**DPESP:** Defensoria Pública do Estado de São Paulo

**DPU:** Defensoria Pública da União

**ECA:** Estatuto da Criança e do Adolescente

**EDEPE:** Escola da Defensoria Pública

**FEBEM:** Fundação Estadual de Bem-estar do Menor

**FUNAP:** Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel

**FUNDAÇÃO CASA:** Centro de Atendimento Sócioeducativo do Adolescente

**IAD:** Instituto de Acesso ao Direito

**IGFEJ:** Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça

**IHRU:** Instituto de Habitação e Reabilitação Urbana

**IPEA:** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

**IPEA:** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

**MP:** Ministério Público

**OA:** Ordem dos Advogados

**OAB:** Ordem dos Advogados do Brasil

**ONU – Habitat:** Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos

**ONU:** Organização das Nações Unidas

**PAJ:** Procuradoria de Assistência Jurídica

**PER:** Programa Especial de Realojamento

**PGE:** Procuradoria-Geral do Estado

**PM:** Polícia Militar

**PNUD:** Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

**PROHABITA:** Programa de Financiamento para acesso à Habitação

**RAL:** Resolução Alternativa de Litígios

**SADT:** Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais

**SINDIPROESP:** Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo

**SINOA:** Sistema de Informação da Ordem dos Advogados

**STF:** Supremo Tribunal Federal

# CONTEÚDO

Introdução Geral.....	19
-----------------------	----

## PARTE I – PROVINCIALIZAR O DIREITO, DEMOCRATIZAR A JUSTIÇA

### 1. O (não) lugar dos estudos sobre o acesso à justiça

Introdução.....	37
Estado imaginado como centro, indivíduos imaginados como iguais .....	43
Estudos sociojurídicos de acesso à justiça: o presente eterno da falta de acesso à justiça .....	61
<i>Narrativa ou micronarrativas de acesso à justiça? Da pré-determinação à fragmentação.....</i>	73
Ser ou não ser: acesso à justiça, tribunais e emancipação social .....	82
<i>Sociedade Civil .....</i>	91
<i>Estado .....</i>	96
Conclusão .....	101

### 2. Acesso à justiça, desenvolvimento e/ou justiça social: Des-caminhos da reforma jurídica global

Introdução.....	105
Quantos avatares para a restauração universal do direito e da justiça?.....	109
Ortodoxia do Estado de direito: as três gerações do paradigma direito e desenvolvimento .....	119
<i>Primeira geração das iniciativas e cooperação jurídica internacional para o desenvolvimento</i>	121
<i>Segunda geração das iniciativas e cooperação jurídica internacional para o desenvolvimento</i>	124
<i>Alternativa ao desenvolvimento: que papel para o direito e a justiça?.....</i>	129
<i>Terceira geração das iniciativas e cooperação jurídica internacional para o desenvolvimento.</i>	133
Heterodoxia jurídica: as iniciativas de acesso à justiça a partir de baixo e a missão de reduzir a pobreza .....	140

<i>Desenvolvimento através da implementação dos direitos humanos e da garantia de acesso à justiça</i> .....	140
<i>Desenvolvimento através do legal empowerment do homo economicus</i> .....	142
<i>Desenvolvimento através do legal empowerment do homo juridicus</i> .....	144
O normal e o plural das reformas judiciais: os casos do Brasil e Portugal .....	147
Conclusão .....	160

## PARTE II – O DIREITO QUE CONTA, O DIREITO QUE É CONTADO

### 1. Aprender com o norte, aprender com o sul: os sistemas de assistência jurídica no Brasil e em Portugal

Introdução .....	165
A política e o(s) direito(s) na construção dos sistemas de assistência jurídica .....	171
<i>Aprender com o norte: o sistema de acesso ao direito e aos tribunais em Portugal</i> .....	176
<i>Aprender com o sul: o fortalecimento das defensorias públicas no Brasil</i> .....	194
O caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo .....	205
Conclusão .....	223

### 2. Uma questão de vida ou morte: as divisões (in)visíveis e abissais do acesso à justiça

Introdução .....	227
A necropolítica do acesso à justiça.....	233
Estado de direito e apartheid social: cidadania e exceção na luta pelo(s) direito(s).....	245
<i>Do lado de cá: defesa da propriedade e desenvolvimento do território</i>	
<i>Do lado de lá: despejos, remoções forçadas e periferização da pobreza</i> .....	247
<i>Do lado de cá: democracia racial</i>	
<i>Do lado de lá: discriminação negativa impune</i> .....	267
<i>Do lado de cá: Segurança Pública e Proteção Social</i>	
<i>Do lado de lá: Violência Institucional</i> .....	281
O papel da assistência jurídica na construção de um acesso à justiça pós-abissal.....	291
Conclusão .....	304

## PARTE III – PARA UMA TEORIA SOCIOJURÍDICA DE RETAGUARDA NO ACESSO À JUSTIÇA

### 1. Entre a monopolítica e a pluriassistência: sonhos de poder, identidade e valorização profissional no acesso à justiça

Introdução.....	309
Generosidade ou avariza? Uma comparação entre os esquemas oficiais de assistência jurídica português e brasileiro .....	315
<i>Critérios de elegibilidade</i> .....	317
<i>Alcance territorial</i> .....	324
<i>Número de profissionais</i> .....	328
<i>Organização dos serviços jurídicos</i> .....	332
Ecologia sitiada: dinâmicas de afirmação, rivalidade e contenção das culturas profissionais de assistência jurídica .....	351
<i>A monocultura disciplinar do saber jurídico profissional</i> .....	353
<i>A monocultura do tempo glacial do direito</i> .....	358
<i>Pobres, carentes e necessitados de justiça: a monocultura de classificação social da assistência jurídica</i> .....	362
<i>Pobreza contagiosa: as escalas dominantes na ordenação das instituições de justiça</i> .....	364
<i>Monocultura produtivista: o valor económico da assistência jurídica</i> .....	371
Conclusão .....	373
<b>Conclusões.....</b>	<b>377</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>383</b>



# INTRODUÇÃO GERAL

A igualdade de todas/os perante a lei e a diferença da lei perante cada cidadã/o. Este enunciado, elaborado por Boaventura de Sousa Santos em 1986, explica-nos a razão pela qual o acesso à justiça tem sobrevivido às falácias da política pública e mantém-se como tema hodierno de debate e interesse académico. Os estudos sociojurídicos, as reformas do direito e o ativismo social, por repetidas vezes, denunciam ou procuram sanar a óbvia constatação de que a relevância do acesso à justiça decorre da sua negação, isto é, a falta de acesso. Igualmente evidente é a conclusão de que a vitimização resultante da estrutural carência de igualdade jurídica material incide especialmente sobre um grupo societal específico, as/os pobres.

Pode-se adjetivar como grandiloquente a promessa de acesso à justiça para as/os pobres associada à crença no progresso do Estado moderno de direito. O ideal de um direito providência e ativista tem alimentado a esperança num caminho abrangente de reformas jurídicas cuja universalização do acesso seria um destino final inescapável. A realidade atual de um mercado de serviços jurídicos fragmentado e ideologicamente descomprometido não implicou uma reflexão política e académica suficientemente desencantada para abalar a fé num movimento global de reformas do acesso à justiça. Enquanto a evolução dos estados e do acesso não logrou a igualdade de oportunidades e de resultados no sistema de justiça, o polo extremo de exclusão jurídica radical permaneceu inalterado. Não só os/as pobres continuaram denegados de justiça, como também as dinâmicas de hierarquização e diferenciação social têm transformado o fenómeno da pobreza numa realidade cada vez mais desafiadora.

Esta tese tem como ponto de partida a seguinte pergunta: depois do fracasso da promessa de acesso, ainda há esperança para as/os pobres? Para responder a esta questão dedico-me ao estudo dos mecanismos previstos com o dever institucional

primeiro de inclusão das/os pobres no direito, a assistência jurídica. A partir do estudo da assistência jurídica, a análise feita neste trabalho convoca tanto o realismo da carência, quanto o potencial da promessa de acesso à justiça. A conjugação dessas duas extremidades impõe a produção de uma reflexão crítica quer sobre as condições de desenvolvimento dos mecanismos de acesso à justiça no interior dos estados, quer sobre as direções apontadas e seguidas pelos estudos sociojurídicos sobre o tema. Esse desafio crítico, sem pretender assumir uma postura de revisionismo histórico, incide sobre os modos de contar e avaliar a história da igualdade jurídica nas sociedades modernas.

Para cumprir essa tarefa é preciso dar um passo atrás, adotar uma perspectiva analítica mais abrangente, e indagar sobre os modos de produção e reprodução do direito, sobre o papel das estruturas jurídicas na manutenção das desigualdades e do abuso de poder e sobre a cumplicidade entre progresso, integração harmónica dos conflitos sociais e controlo burocrático legal-racional. Num segundo passo, é necessário investigar o pano de fundo do bem-sucedido casamento entre desenvolvimento, evolução linear das diferentes dimensões dos direitos e os processos de hierarquização dos estados nacionais e das expectativas de redistribuição e reconhecimento das populações. A terceira mirada deve dirigir-se à noção de poder, ao arquétipo jurídico da dominação política soberana e o seu outro lado, a conformação normalizadora dos corpos subalternos. O quarto momento de reflexão incide, por sua vez, nas estruturas jurídicas e nos efeitos de acomodação burocrática e obliteração da ação social que decorrem da elasticidade do papel de integração social do direito.

A partir deste quadro de reflexão, a primeira proposta defendida nesta tese é a de provincializar o direito. O apelo a uma provincialização, no seu sentido mais imediato, historiciza o direito como mais uma das tecnologias de ordenação social presentes nas sociedades. Para além desta dimensão, o desafio que pretendo lançar na primeira parte da tese diz respeito à revisão crítica de categorias universalizadas pela teoria política liberal ocidental como fórmulas de boa administração do Estado. Por esta razão, a metáfora que se espraia na primeira parte é a do lugar.



No primeiro capítulo, a pergunta que coloco acerca do lugar dos estudos sobre o acesso à justiça pode gerar interpretações de vária ordem. O lugar do Estado ou da sociedade civil, do progresso linear ou da ineficácia dos direitos, da estrutura ou da ação social, da reforma compreensiva ou da denegação do acesso, dos diagnósticos ou da teoria crítica da política pública, da expansão democrática ou da obscuridade abusiva do poder do Estado, entre outros. Ao analisar a produção académica do acesso à justiça, dirijo-me à revisão crítica dos papéis do Estado e da sociedade civil para propor uma teoria que coloca em pé de igualdade os polos opostos da denúncia de falta de acesso e da promessa de uma ordem jurídica acessível. Esta reflexão tem como pressuposto dois défices de consolidação da igualdade jurídica moderna: o fracasso da universalização do acesso e a intransitabilidade entre ordem/uniformidade jurídica e liberdade. Neste âmbito, o papel dos tribunais para o uso emancipatório do direito é reinterpretado à luz de uma abordagem culturalista da micropolítica de manifestação do poder e da resistência.

A densificação analítica desta proposta implica a análise da realização do direito em diferentes escalas. Daí que, no segundo capítulo, a reflexão teórica empreendida na tese transcenda o local. As linhas de colonialidade que traçam um sentido único de desenvolvimento e modernização enclausuram quer os estados periféricos, quer as suas populações em fórmulas neo-institucionalistas de superação da pobreza. O investimento transnacional na promoção do acesso à justiça se inverte as prioridades da tendência global de reforma jurídica, potencia também um promissor ementário de microiniciativas de desenvolvimento que instrumentalizam a categoria “pobre”, incorporando-a em conceitos de utilidade produtiva mais maleáveis como o homo economicus. Interessada em apurar o impacto do movimento transnacional de reformas judiciais em Portugal e no Brasil, debruço-me sobre os efeitos da fórmula direito e desenvolvimento na introdução de mudanças jurídicas universalistas e pluriversalistas no sistema de justiça.

A segunda parte da tese assenta na metáfora do contar, entendida simultaneamente como valor (o que conta) e como voz (quem conta). Num primeiro momento, interessa-me discutir como as relações de dominação imperial e as (im-)posições de subalternidade

entre o Norte e o Sul globais implicam a afirmação de um dever-ser sobre os modos de prestação da assistência jurídica. Numa segunda dimensão, este enunciado moral expõe-se a reivindicações de mudança que questionam os modelos assentes de prestação de serviços neste campo. A análise das condições de constituição histórica, no Brasil e em Portugal, dos atuais sistemas de assistência apelam a uma consciência pragmática da impossibilidade de reivindicar o acesso à justiça como igualdade de resultados perante a lei. O encontro entre a imaginação da promessa e a realidade da denegação de acesso, no âmbito da assistência jurídica, converte o objetivo de igualdade de resultados numa luta sobre o tipo de oportunidades que deve ser introduzido nos sistemas de justiça.

A luta social por oportunidades de assistência jurídica evidencia claramente o que conta (o tipo de reformas concretizado pelo sistema) e quem conta (as vozes que têm ressonância nos processos de decisão). O quarto capítulo defronta, assim, o uso subalterno do direito e as lógicas de consagração da (in-)visibilidade e do poder nas sociedades políticas. Desde Foucault, é conhecido o efeito de silenciamento do poder sobre os corpos subalternos. Este capítulo perscruta as relações de conjugalidade entre direito e mecanismos infinitesimais de opressão das sociedades. A abordagem dirige-se, contudo, a extrapolar as esferas de poder disciplinar e jurídico como manifestações da dominação soberana, densificando formas de domínio mais extremas como as relações de poder abissal e a necropolítica. O meu objetivo é explorar as zonas de fronteira fomentadas pela elasticidade da presença de mecanismos de assistência jurídica nas zonas abusivas e/ou letais da dominação. Nesses espaços, procuro discutir as diferentes formas com que uma enunciação subalterna do corpo jurídico pode conformar o exercício de uma contrajustiça.

A última parte assenta na distinção, estabelecida por Boaventura de Sousa Santos, entre teorias de vanguarda e teorias de retaguarda. A íntima relação entre direito e poder, a fragmentação no acesso à justiça e a impossibilidade de um movimento global de reformas democratizador do direito tiram da mesa qualquer possibilidade de se falar de um papel de vanguarda a ser exercido pelos mecanismos de acesso à justiça. No quinto capítulo, esta impossibilidade é manifesta, primeiramente, como decorrência das

características estruturais da assistência jurídica, como se demonstra a partir dos exemplos de Brasil e Portugal. Em segundo lugar, os serviços de assistência desenvolvem-se num entorno de lógicas monoculturais de consagração da autonomia do campo jurídico e das profissões especializadas. Nesse sentido, os espaços de participação, experimentação e proximidade dos esquemas de assistência devem ser reinterpretados no âmbito de uma teoria de retaguarda. Isto é, que se submete a acompanhar o trânsito de mudança liderado pelas forças sociais.

## DEFININDO A ASSISTÊNCIA JURÍDICA COMO PROBLEMA

Esta tese dedica-se ao estudo do significado sociopolítico da garantia de assistência jurídica pelo Estado, bem como das relações institucionais e sociais que enunciam e utilizam o direito sob diferentes formas, tendo em conta aquela oportunidade de acesso à justiça. Na sua aceção mais direta, a assistência jurídica está ligada a dois vetores: insuficiência de recursos económicos e necessidade de mobilização dos tribunais. Partindo desta definição simples, o estudo da assistência jurídica faculta condições ideais de análise sociológica de dinâmicas de igualdade e desigualdade potenciadas pelo direito. Por um lado, abre-se um campo ilimitado para a discussão do gap problem, distância entre law in books e law in action. Esta possibilidade, por sua vez, permite avaliar uma dimensão da extensão e da eficácia das reformas jurídicas empreendidas pelo Estado com vistas à sua democratização. Por outro lado, a análise do direito neste âmbito é necessariamente transescalar, não só pelo papel de mobilização jurídica transnacional que pode ser exercido pela assistência jurídica, mas também pelo fato de que a previsão de mecanismos de proteção jurídica mínimos integram o receituário neoliberal de modernização e reconstrução capitalista das sociedades nacionais.

Do ponto de vista político, os esquemas de assistência jurídica criam um espaço de expectativa acerca da mudança do direito pelos tribunais em resposta à necessidade das franjas da sociedade. Este aspeto, o fato de as estruturas de assistência jurídica acomodarem as/os pobres do sistema de justiça, faz com que este tema seja ainda mais

enriquecedor aos olhos da sociologia. A inclusão vigiada das/os pobres na ordem jurídica, através de mecanismos criados pelo próprio sistema, oferece um campo de análise único acerca das relações de poder, dos usos e dos abusos da autoridade, das dinâmicas monopolistas de atuação profissional e dos efeitos de exclusão do controlo do conhecimento. Em decorrência deste largo potencial analítico, é expectável que a assistência jurídica seja compreendida numa perspetiva mais abrangente. Como defino no capítulo 3, os serviços de assistência jurídica podem referir-se a uma vasta tipologia de intervenções: informação e consulta jurídicas, patrocínio judiciário, aconselhamento, resolução extrajudicial dos conflitos, articulação em campanhas e movimentos de pressão, lobbying e outras atividades dirigidas à reforma do direito e à compreensão das relações de poder subjacentes ao conflito social.

Para dar conta do tema de investigação, foi tomado um conjunto de precauções metodológicas. Numa primeira precaução, a investigação procurou distinguir-se da tendência dominante de estudos sociojurídicos sobre o acesso à justiça. A recolha de dados qualitativos não foi orientada para uma análise estrita de desempenho dos sistemas de assistência, tão pouco do trâmite das necessidades jurídicas das populações pobres. Para evitar a reprodução de um estudo behaviourista estéril, os elementos de performance dos sistemas de assistência foram contextualizados no âmbito das relações de competição política e profissional que lhe subjazem. O principal objetivo desta escolha decorre de um afastamento entre os postulados teóricos desta investigação e a tendência de utilização da sociologia do direito para a produção de diagnósticos dirigidos a uma reforma jurídica orientada. Com esta delimitação, procurou-se evitar a produção de um estudo refém da audiência da política pública acerca do conteúdo reformável do acesso à justiça para as/os pobres.

Num segundo momento, a análise comparativa dos esquemas de assistência não se dirigiu a objetivar requisitos de qualidade profissional dos serviços jurídicos públicos em relação às dinâmicas de mercado. Um tal isolamento na avaliação da qualidade do profissional, em regra, malogra no intento de estabelecer um padrão objetivo de aferição da bondade do serviço prestado face às necessidades das/os usuárias/os. A base de

sucesso de resultados na assistência jurídica está vinculada a um elemento subjetivo central, que é a interpretação do direito pelas/os profissionais. Assim, foi dada preferência a uma análise de dados que conjugou o escrutínio dos papéis profissionais com as circunstâncias estruturais de consagração das relações de poder internas e externas aos serviços de assistência.

De acordo com uma terceira precaução, a investigação manteve-se distante do campo de magnetismo exercido pelos tribunais no que toca aos estudos de sociologia jurídica. A popularização dos estudos de mobilização dos tribunais como última instância da afirmação dos direitos tem obliterado dinâmicas capilares de manutenção do e resistência ao poder empreendidas fora do circuito da judicialização. Por esta razão, este estudo foi circunscrito num campo pós-foucaultiano de aplicação e eficácia do direito, dando igual valor analítico a diferentes formas de enunciação e utilização da legalidade, resistência e afirmação da ilegalidade.

Em quarto lugar, declinou-se o triunfalismo inerente à defesa de um movimento global de reformas da justiça em prol do acesso, do qual a criação de mecanismos de assistência jurídica constituiria uma primeira fase. Para além do óbvio, as pretensões universalistas do acesso à justiça derrocaram, a defesa de uma tendência global de reformas neste campo tem atuado em favor de um processo de hierarquização entre as experiências mais desenvolvidas, dos países centrais, e as outras, em processo de evolução e/ou aprendizagem. Esta classificação reflete-se nos estudos comparativos sobre o tema que, em regra, descartam, por incipientes, os contextos menos desenvolvidos de aplicação das reformas do direito.

Nesta tese, a assistência jurídica é estudada como um espaço de poder, contaminada por disputas pela manutenção do poder, e com responsabilidade na interligação com zonas de enunciação de resistências e contrapoder. As linhas de hierarquização e diferenciação que estabelece dirigem-se à mais extrema margem do sistema jurídico. Neste quadro, tanto os processos de reforma, quanto a análise do desempenho da assistência interessam na medida em que cristalizam categorias unívocas de subalternidade.

Este estudo substitui o interesse pelas análises duras de performance dos órgãos jurídicos e da judicialização por uma abordagem cultural do direito que indaga sobre a utilidade social dos esquemas de assistência. Este aspeto desloca a reflexão sociojurídica para as zonas de fronteira em que estrutura e ação interagem como espaços de política subalterna do uso do direito e dos mecanismos de acesso à justiça disponíveis. Para este fim, a pesquisa procurou dar condições de visibilidade sociológica não só ao processamento de casos e reivindicação de direitos no interior dos mecanismos profissionais mas, também, às dinâmicas culturais de evitamento, apropriação, repetição e inovação da aplicação do direito pelos movimentos e grupos sociais.

Com o intuito de recuperar experiências históricas invisibilizadas pela tendência geral de estudos comparatistas sobre o acesso à justiça, dedico-me à análise dos mecanismos de assistência em dois países semiperiféricos, Brasil e Portugal. A comparação entre estes dois países cria condições de diálogo entre esquemas institucionais de proteção jurídica das/os pobres distintos no interior de sistemas jurídicos cujas condições gerais de reprodução da desigualdade, do abuso de poder e da ineficácia de direitos se assemelham. Em Portugal, a investigação dirigiu-se a explorar o funcionamento do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais (SADT), em que a assistência jurídica é prestada por advogadas/os. No Brasil, o estudo da defensoria pública ocupou o campo de investigação sobre o sistema oficial de assistência jurídica. Pelo seu significado na história de fortalecimento das defensorias públicas brasileiras, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo foi escolhida como estudo de caso. O caso de São Paulo é ainda exemplar do ponto de vista comparativo por sustentar um modelo misto de assistência jurídica em que o trabalho da defensoria é suplementado pela prestação de serviços por advogadas/os. Em ambos os países, as relações institucionais e sociais circundantes aos esquemas de assistência foram analisadas através da investigação sobre as estratégias de mobilização do direito por parte de movimentos sociais de São Paulo e de Lisboa.

Uma nota relevante sobre o arcabouço analítico que jaz a esta tese concerne à 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 e pelo colonialismo (Santos e Meneses, 2010). As condições políticas e culturais de produção deste estudo, numa primeira dimensão, reivindicam a noção de co-aprendizagem entre o Norte e o Sul global. Neste ponto, ergue-se uma inversão, o Sul global, relegado a uma posição de atraso face à linha evolutiva da história universal, emerge na condição pioneira de antever o futuro do Norte global. Basta pensar que são as sociedades do Sul as primeiras a sentirem os efeitos negativos das forças históricas mundiais do capitalismo e do imperialismo (Comaroff e Comaroff, 2010). Consequentemente, nesta posição charneira, criam-se possibilidades de experimentação e de desenvolvimento de alternativas decorrentes da emergência subalterna em face dos domínios de exclusão do capital e do Estado. Em segundo lugar, no que toca ao acesso à justiça, o estudo da assistência jurídica coloca-nos diante de outro Sul em condições de vanguarda no intercâmbio das lições de antagonismo à tendência neoliberalizante de restrição dos direitos (especialmente dos direitos sociais e económicos), as/os necessitadas/os de acesso.

## PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O primeiro caminho metodológico da tese foi o de traçar uma linha de comparação das relações e variáveis de destaque concernentes à configuração sociopolítica dos sistemas de assistência jurídica no Brasil e em Portugal. No âmbito do método comparativo em sentido amplo<sup>1</sup>, os sistemas oficiais de assistência jurídica foram tomados como variável independente com impacto significativo quer na conformação dos modos de mobilização social do direito, quer na estabilização ou turbulência das relações profissionais vigentes na estrutura de serviços jurídicos daqueles dois países. O segundo esforço metodológico prendeu-se com uma análise comparativa *strictu sensu*, isto é, entre o modelo de

---

<sup>1</sup> Sobre o método comparativo, ver Ragin, 1987. Em Portugal, destaca-se a análise de Mendes, 1999: 137-184.

assistência brasileiro e o português, tendo em conta as características da cultura jurídica de cada sociedade<sup>2</sup>.

Como salientam Banakar e Travers (2005: 239-240), cientistas sociais e juristas têm aplicado diferentes usos aos estudos comparativos em sentido estrito. As/os cientistas sociais empregam métodos comparativos com o objetivo de confrontar e contrastar variáveis, casos ou grandes unidades de estudo (como instituições sociais, culturas ou sistemas jurídicos). O objetivo principal é o de ampliar o conhecimento acerca das relações sociais através da comparação. As/os juristas, por sua vez, dedicam-se a rastrear semelhanças e diferenças entre sistemas jurídicos nacionais procurando, em regra, responder a questões específicas ou identificar a solução legal mais adequada para um determinado problema. Aqui, o uso da comparação relaciona-se estreitamente com questões de aperfeiçoamento da ordem jurídica ou da política pública. A análise comparativa, de ponto de vista jurídico, tende a ser feita numa perspectiva formal, confrontando previsões legais selecionadas. Na comparação de interesse das ciências sociais destacam-se aspetos behaviouristas e institucionais, bem como os mecanismos culturais que subjazem aos diferentes contextos de aplicação do direito.

A pesquisa comparativa no campo do direito, quando incidente sobre diferentes culturas jurídicas, tende a resvalar para um tipo de análise que Nelken (2005) denomina comparação por justaposição. Trata-se de uma reflexão que resulta infértil pela falta de aprofundamento acerca do conteúdo subjacente às descrições legais e às interpretações oficiais do direito. Um risco inerente ao investimento em comparações por justaposição está relacionado com os imperativos do positivismo, do universalismo e do colonialismo típicos dos modos de expansão transnacional do direito sobre as sociedades nacionais no sentido Norte-Sul.

O maior aprofundamento do potencial dos estudos comparativos que têm em conta a diferença entre culturas jurídicas implica uma densificação acerca deste conceito. Estou de acordo com Kurkchiyan (2005) quando caracteriza a cultura jurídica através de variáveis como as atitudes sociais em relação ao direito, as expectativas em relação à

---

<sup>2</sup> Sobre cultura jurídica, ver Cotterrel, 1997 e Nelken (org.), 1997.



aplicação ou não aplicação da legalidade, os significados culturais do uso do direito pela população, a interligação entre instituições políticas e operadores jurídicos.

Para fugir dos perigos de uma comparação por justaposição, a pesquisa investiu numa análise sociológica da relação entre os sistemas de assistência jurídica brasileiro e português, tendo em conta diferenças de cultura jurídica no que toca às relações institucionais, pretensões dos corpos profissionais e os modos de produção cultural do direito em cada contexto. Nesse sentido, acompanho Santos (1991) no entendimento de que todo o conhecimento é local e total. A análise rigorosa de determinado objeto reconstitui projetos cognitivos locais que salientam a sua exemplaridade transformando-o em pensamento total ilustrado. Como já referi, é a partir do estudo rigoroso da conformação política e social do sistema de assistência jurídica que pretendo transcender a fronteira dos estudos behaviouristas das instituições jurídicas para refletir de forma mais ampla a interligação entre direito, igualdade, poder e conhecimento no Brasil e em Portugal.

Para atingir esse fim, a aposta metodológica que se revelou mais adequada foi a pesquisa qualitativa<sup>3</sup>. O interesse dos métodos qualitativos decorre da sua flexibilidade e fluidez e, conseqüentemente, adequação ao entendimento de significados, interpretações e experiências subjetivas acerca dos processos de criação, aplicação e uso do direito. Para além disso, a pesquisa qualitativa salienta-se por abrir possibilidades de veiculação das vozes daquelas/es silenciadas/os, marginalizadas/os e diferenciadas/os pela ordem social dominante (Liamputtong, 2007).

A pesquisa de campo foi organizada em duas fases: uma fase exploratória e uma fase de pesquisa intensiva junto das instituições de assistência jurídica dos dois países. A fase de pesquisa exploratória em São Paulo foi desenvolvida conjuntamente com a investigação empírica do projeto *A sociedade civil organizada e os tribunais: a mobilização do direito e da justiça em Lisboa, Luanda, Maputo e São Paulo*<sup>4</sup>, no período de Setembro a Novembro

---

<sup>3</sup> Sobre métodos qualitativos, ver Flick, 2007; Hammersley, 1989; Hesse-Biber *et al.*, 2006; Morse, 1994.

<sup>4</sup> O projeto foi financiado pela Fundação para a Ciência e Tecnologia, Portugal (Referência: FCOMP-01-0124-FEDER-009216).

de 2010, e dirigiu-se à realização de entrevistas exploratórias aplicadas a 2 professores universitários e 3 atores estratégicos do sistema de justiça (1 magistrado judicial, 1 magistrado do Ministério Público e 1 defensor público). Esta fase foi especialmente dedicada ao levantamento das organizações de defesa dos direitos humanos com atuação relevante na cidade de São Paulo. O levantamento das organizações foi feito através do método de bola de neve<sup>5</sup>. Foram visitadas e entrevistadas/os, durante aquele período, 30 representantes de organizações com intervenção nesta área na região metropolitana de São Paulo. A fase exploratória da pesquisa em Portugal foi desenvolvida de Março a Maio de 2011 e envolveu a aplicação de entrevistas exploratórias a 1 advogado, ex-integrante do Conselho Geral da Ordem dos Advogados (OA), 1 advogado dirigente de conselho distrital da OA, 2 investigadores e 1 representante de Associação Sindical da Magistratura. No período foram visitadas e entrevistadas/os 10 representantes de organizações sociais investidas na defesa dos direitos humanos na área da Grande Lisboa.

A segunda fase empírica, dedicada à pesquisa intensiva dos sistemas de assistência jurídica, decorreu em Portugal, de Abril a Julho de 2011, e, em São Paulo, entre Agosto e Outubro do mesmo ano. Durante esta fase foram aplicadas as técnicas metodológicas que descrevo a seguir.

Apesar da consciência crítica pós-estruturalista acerca dos processos de apropriação pelas ciências sociais do uso da voz nas técnicas de pesquisa qualitativa<sup>6</sup>, esta investigação 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 do acesso à justiça. Este apuramento dirigiu-se tanto à prática profissional, quanto à *práxis* de mobilização do direito pelas organizações sociais. Estou de acordo com Mendes (1999: 155) quando afirma que *a entrevista, como situação interacional, estrutura-se sempre de várias formas. Daí que a distinção entre entrevista estruturada e não estruturada perca parte da sua pertinência*. A aplicação das entrevistas foi feita com

---

<sup>5</sup> De acordo com Machado e Reis (2007), o método de bola de neve é uma técnica de pesquisa qualitativa pela qual o conjunto de informantes é indicado por um ou dois informantes iniciais. É um mapeamento de poucas redes sociais através das quais os dados são coletados até ao ponto de saturação, quando novas informações não são mais adquiridas. Ver Bernard, 2005.

<sup>6</sup> Ver Jackson e Mazzei, 2009.

base em um guião de questões abertas relacionadas com os problemas teóricos da investigação.

A análise do conteúdo discursivo procurou delimitar o percurso identitário de afirmação profissional tendo em conta o contexto de fragmentação dos serviços jurídicos e as dinâmicas competitivas da relação entre os diferentes órgãos do sistema de justiça. Foi dada especial atenção à posicionalidade das/os entrevistadas/os em relação ao conjunto de atribuições institucionais e às expectativas acerca do desempenho da assistência jurídica. A análise das entrevistas realizadas junto de representantes das organizações sociais procurou identificar ainda os modos culturais de apropriação, utilização e resinificação do direito, bem como as perspetivas e avaliação externa acerca da modelo estatal de igualdade jurídica.

O conhecimento mais amplo acerca da construção discursiva das identidades profissionais e de mobilização do direito foi complementado com a participação na III Conferência Pública Estadual da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, nas I Jornadas do Instituto de Acesso ao Direito da Ordem dos Advogados em Portugal, bem como em sessões semanais do curso de educação jurídica popular, promotoras legais populares. O meu envolvimento nestes e noutros espaços dialógicos foi responsável por reconfigurar a minha condição de investigadora nos contornos do que se poderia definir como testemunha articulada. Como explica Nunes (2002:325) *note-se que a noção de testemunha está associada à ideia de transmissão de uma experiência que passa por um envolvimento sensorial e, nomeadamente, por uma relação visual em primeira mão com aquilo que se pretende dar testemunho. A testemunha articulada, contudo, vai mais longe realizando duplo trabalho de enunciação e de ligação que caracteriza o poder interrogativo da teoria crítica pós-moderna, o poder de problematizar e de sugerir ao olhar o que os discursos dominantes ocultam ou silenciam, abrindo assim novos espaços para imaginar outros possíveis.*

Complementarmente, foram organizados dois *focus group*, um em São Paulo e outro em Lisboa, com a participação de 6 representantes dos movimentos sociais. O objetivo foi a produção de conhecimento dialógico acerca das perceções e usos sociais do direito por

parte da ação coletiva. As entrevistas e o conteúdo do *focus group* foram integralmente transcritas, optando-se, nos tópicos de discussão apresentados na tese, pela reprodução de excertos que permitam transmitir uma compreensão mais adequada do conteúdo discursivo e dos códigos interpretativos das/os intervenientes envolvidas/os<sup>7</sup>.

Em São Paulo, a segunda fase de pesquisa envolveu a aplicação de entrevistas a: 2 representantes da administração superior da defensoria pública; 2 representantes da ouvidoria-geral da instituição; 6 defensores coordenadores de núcleos especializados; 8 defensores públicos (com atribuições nas varas criminais, civis, família, júri, infância e juventude e fazenda pública); 5 promotores de justiça do grupo de atuação especial em direitos coletivos e difusos do Ministério Público do Estado de São Paulo; 3 defensores públicos da União; 3 procuradores da república e 1 advogado integrante da direção da seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Em Portugal, a fase intensiva de pesquisa do regime de assistência jurídica envolveu a aplicação de entrevistas aos seguintes elementos: 1 advogado representante do Conselho Geral da Ordem dos Advogados (OA); 5 advogados dirigentes do conselho distrital da OA; 2 representantes da comissão de acompanhamento do sistema de acesso ao direito; 1 representante do gabinete de resolução alternativa de litígios do Ministério da Justiça; 6 advogados inscritos no sistema de acesso ao direito e aos tribunais; 6 magistrados do Ministério Público com competências na defesa de direitos coletivos e difusos e 3 funcionárias vinculadas à seção administrativa de apoio judiciário do Conselho Distrital da Ordem dos Advogados de Lisboa.

A recolha documental foi ampla e procurou dar conta, em primeiro lugar, dos diversos aspetos de discussão pública das reformas judiciais, incluindo o levantamento de notícias e de documentos transnacionais. Em segundo lugar, dirigiu-se à recolha dos dados de funcionamento do sistema de justiça, dando atenção aos relatórios de atividade dos diferentes órgãos relacionados com a assistência jurídica (conselhos distritais da OA, órgãos de gestão financeira, núcleos especializados da defensoria pública, comissões de acompanhamento, entre outros). Em terceiro lugar, documentos informativos, de

---

<sup>7</sup> A este respeito, ver Mendes, 1999; Wetherrell e Potter, 1995; Bizeuil, 1998 e Briggs, 1986.

publicidade, manifestos, programas de atividades e outra produção documental por parte das organizações sociais foram recolhidos e analisados com o objetivo de traçar o panorama diversificado de significados assumidos pela aplicação do direito de baixo para cima.

A técnica de observação não-participante foi empregada no âmbito dos núcleos especializados da defensoria pública e da seção de apoio judiciário do Conselho Distrital da Ordem dos Advogados de Lisboa. Através do emprego desta técnica, foi possível levantar casos ilustrativos, por um lado, da atuação estratégica dos órgãos de assistência jurídica e, por outro, da reprodução sub-reptícia das relações de poder que se delineiam no interior dos sistemas de assistência jurídica.





**ESTÁ NA LEI,  
TEM QUE  
ESTAR NA  
VIDA!**

**Provincializar o direito,  
democratizar a justiça**

---

**PARTE I**





# O (NÃO) LUGAR DOS ESTUDOS SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

## INTRODUÇÃO

O acesso à justiça habitualmente traz consigo um conteúdo normativo acerca do sistema jurídico e da sua efetivação que extravasa a temporalidade e a contextualização da própria expressão. Como recorda Galanter (2010:115-116), a utilização do termo “acesso à justiça” para representar a ampliação da ação e das expectativas de busca de justiça em face do sistema jurídico, é recente, tendo surgido apenas no final da década de 1970. Esvanecido inicialmente na noção de assistência jurídica aos pobres ou como decorrência do princípio de igualdade perante a lei, o acesso à justiça enquanto expressão acompanha a popularidade do projeto Florença<sup>8</sup>, coordenado por Mauro Cappelletti. É com a publicação do conjunto de artigos e da série acesso à justiça resultante do projeto Florença que se assiste à fixação do termo e à defesa de um conceito compreensivo que abarca uma progressiva diversificação judicial e não judicial, administrativa e não-governamental dos modos de entregar o direito. Daí que o próprio Cappelletti seja uma referência inultrapassável na elaboração de uma concepção ampla de acesso à justiça, nos

---

<sup>8</sup> O projeto, financiado pela Fundação Ford, Ministério de Educação e Conselho Nacional de Pesquisa italianos, reuniu mais de uma centena de investigadores de diferentes áreas (direito, sociologia, ciência política, antropologia, psicologia) dedicando-se ao estudo do sistema de acesso em cerca de trinta países. Os resultados da investigação foram publicados em 1978/1979 em quatro volumes: Volume I (Access to justice: A world survey, coordenado por Cappelletti e Garth); Volume II (Access to Justice: Studies of promising institutions, coordenado por Cappelletti e Weisner), Volume III (Access to Justice: Emerging perspectives and issues), Volume IV (Patterns in Conflict Management: Essays in the ethnography of law. Access to justice in an anthropological perspective, coordenado por Koch). Posteriormente foi publicado em 1981 o volume Access to Justice and Welfare State.

seus próprios termos, um movimento composto no âmbito da metáfora de sucessivas ondas de reformas jurídicas tendo em vista a ampliação das oportunidades de acesso.

A principal contribuição desta formulação é a naturalização do acesso à justiça como inerente ao movimento de evolução dos estados democráticos ou de democratização de estados em evolução. Parece natural não só esperar que as medidas de acesso à justiça sejam amplas, como também manter grandes expectativas acerca da possibilidade de ampliar a democratização dos estados, das suas instituições e dos seus profissionais através do alargamento do acesso à justiça. Assim, a fórmula do acesso à justiça tem acomodado resultados tão diversificados quanto aparentemente contraditórios como:

- 1 O fortalecimento das instituições jurídicas e administrativas e das carreiras profissionais que integram e o reforço de medidas de *accountability* e participação social nestas instituições.
- 2 A centralidade do direito do Estado como bem de providência social e medidas de relativização dos fundamentos epistemológicos desse mesmo direito – titularidade coletiva dos direitos, informalização da justiça, etc.
- 3 O reforço do papel das profissões na assistência jurídica e na entrega de um resultado social justo através do acesso ao direito, a crítica ao encastelamento dos profissionais e a defesa da desprofissionalização da justiça.
- 4 O protagonismo do Estado na sua democratização, a ampliação da juridificação na vertente do acesso e o desvelar da violência da intervenção do Estado, da utilização ideológica do direito e da insuficiência do direito estatal na regulação das relações sociais.

Uma conceção ampla de acesso à justiça parece fadada à oscilação entre a transgressão da denúncia das limitações do universo jurídico e a grandiloquência da promessa de democratização do direito e através dele. As dificuldades em quebrar esse circuito têm evidenciado os mecanismos de acesso à justiça como essencialmente fraudulentos, noutras palavras, um esquema retributivo limitado que trai frequente e repetidamente as expectativas que cria (Abel, 1996).

Este capítulo dirige-se ao que denomino três dilemas centrais do acesso à justiça. O primeiro dilema dá-se entre acesso e direito e pode ser assim formulado: como o acesso à justiça se pode manter como poderosíssima mensagem de igualdade pelo e do direito

num contexto em que os modos de produção e reprodução do campo jurídico<sup>9</sup> são evidências arrebatadoras da manutenção das desigualdades nas sociedades? Esse dilema tem deixado os estudos sociojurídicos do acesso à justiça numa encruzilhada entre o triunfalismo e o niilismo. Entre afirmar a promessa do acesso à justiça e criticar o déficit epistemológico do direito e sua utilização ideológica para os fins de dominação política, não parece possível formular uma teoria crítica que evidencie a estrutural desigualdade como meio de realização do direito e simultaneamente enuncie o acesso à justiça como alternativa credível para a emancipação social. Neste caso, tratar-se-ia de acesso em condições desiguais ou acesso ao aparato de manutenção do *status quo*, enfim, acesso não à igualdade mas à desigualdade. Ao mesmo tempo, os grandes modelos de transformação social (socialismo e revolução) parecem esgotados e o reformismo não tem sustentado outro trânsito de mudança que não seja o do Estado que cura a própria incúria (Santos, 2006: capítulo 10). Daí ser natural a reflexão do acesso à justiça ter entrado numa espiral em que a celebração dos avanços na democratização do direito e o ceticismo em face da fragmentação do acesso num mercado de serviços jurídicos limitado fazem parte de um mesmo futuro que não poderá vir de outra direção que não do progresso do direito e do Estado. Esta espera pelo futuro, que se dá num cenário de recolha e coordenação de fragmentos, ficou desnudada de um sentido crítico, seja ele conservador ou progressista. Se os recursos são limitados e o futuro é um só, a construção de uma teoria crítica de acesso à justiça afigura-se inútil.

O segundo dilema diz respeito à relação entre tribunais e emancipação social: se os tribunais têm um papel de mudança social e a experiência de acesso e de conhecimento do direito é um privilégio de poucas/os, como pode ser emancipatória a mudança social enquanto experiência apenas daquelas/es que puderam acedê-la e/ou têm competência para enunciá-la? Questiona-se a afirmação do papel emancipatório dos tribunais e a utilização do direito no âmbito da mobilização de recursos da ação coletiva. A relação entre tribunais e emancipação social tem sido debatida no interior de uma ambiguidade

---

<sup>9</sup> Utilizo a expressão campo jurídico para referir ao espaço próprio de produção e reprodução do direito que, no contexto de afirmação tecnocrática da governamentalidade, se define como autónomo e exclusivo na medida da especialidade profissional que consagra e protege.

estrutural, inerente ao próprio direito. Entre a fundação do direito como repressão e sua refundação como resistência, a expectativa em relação aos tribunais é dual: afirmar a cidadania, conservando a ordem das coisas, por um lado, e transformando-a, por outro. Como argumentarei neste capítulo, os limites de uma análise institucionalista e o mito decorrente de uma leitura estrita das vitórias judiciais como vitórias de transformação social, se contextualizados no âmbito de uma abordagem constitutiva do direito, transfiguram a questão da centralidade da litigação para os projetos emancipatórios. Em vez de centralidade, indaga-se sobre a utilidade do recurso aos tribunais num universo em que a difusão do poder e das subjetividades exige uma leitura mais apurada acerca da política contenciosa e da micropolítica da resistência.

O terceiro dilema dá-se entre raízes e opções do direito e do Estado moderno<sup>10</sup>, enunciando-se da seguinte maneira: muito embora seja sempre tomado como elemento radical de crítica aos modos insatisfatórios de funcionamento do direito e da distribuição do poder no Estado, a defesa do acesso à justiça não se revê nas raízes do pensamento jurídico moderno. Em sentido contrário, as raízes do Estado e do direito moderno sempre tiveram como pressuposto uma dinâmica de acesso à justiça seletiva e muito limitada. Neste curso, a construção do acesso à justiça como opção dos estados contemporâneos contribui para um cenário altamente desestabilizador das categorias jurídicas modernas. O direito autónomo e científico, a nação homogênea e o contrato social são as raízes que conferem consistência e constância ao Estado moderno, sendo protegidos e afirmados como forma de assegurar a continuidade organizacional das suas instituições. Apesar de também decorrer do princípio de igualdade entre os indivíduos, comum às raízes do Estado moderno liberal, o acesso à justiça é uma opção cujo comprometimento por parte dos estados resulta numa política pública aleatória e inconstante. Um compromisso que,

---

<sup>10</sup> Santos (1998) distingue o pensamento social como um pensamento dualista entre raízes e opções, as características distintivas entre o modo de pensar moderno e o tradicional residiria no facto de a modernidade fundar raízes a partir das quais se deriva um conjunto de opções. Enquanto as sociedades tradicionais são sociedades de raízes (a religião, os costumes), as sociedades modernas caracterizam-se por ter à disposição um conjunto vasto de opções. Ao radicalizar a razão como fundamento último da vida social e coletiva, a racionalidade moderna distingue-se pela possibilidade de radicalização e proliferação das opções a partir de um universo fundacional que estabelece como universal, objetivo e secular. O dualismo entre raízes e opções nos termos propostos por Santos é especialmente útil para a discussão da relação entre acesso, direito, justiça e Estado.

em muitos casos, resultou ou da imposição de decisões judiciais de garantia do julgamento justo e do devido processo legal, ou da pressão e denúncias sociais acerca das desigualdades de tratamento dos pobres e dos grupos minoritários pelo sistema jurídico e social. A consagração do acesso à justiça como opção constrói-se assim de maneira efêmera, provisória e substituível. Ao evidenciar as fraquezas e limitações do que são as raízes do Estado moderno contribui para a implosão do direito, da nação e do contrato social como princípios de organização e gestão das sociabilidades.

A implosão das categorias fundacionais do Estado moderno vem sendo discutida pela teoria do direito no âmbito do que se tem denominado movimentos sociojurídicos pós-modernos que, de forma não surpreendente, relacionam-se em parte com a ação dos novos movimentos sociais, particularmente o movimento negro e o movimento feminista. As desigualdades no acesso à justiça vieram evidenciar a autonomia, a objetividade e a enunciação da verdade pelo direito moderno como mecanismos ideológicos de dominação política e de reprodução de disparidades sociais. Em face da imaginação da nação, do direito único e do contrato social como fenômenos de celebração da igualdade entre os indivíduos e submissão à soberania do Estado, a dinâmica de acesso ao direito e à justiça veio apontar a existência de denominadores comuns que determinam aqueles/as que podem fazer parte do sistema jurídico e político oficial, separando-as/os daqueles/as que estão, à partida, condenadas/os à ilegalidade e colocadas/os do lado de fora desta equação. Consequentemente, nos estados contemporâneos, a opção de acesso à justiça tem sido construída sob a vigilância, a hesitação e a suspeição dos estados e das classes dominantes.

Trata-se de um processo cuja procura de soluções e alternativas de estabilização e recuperação das raízes do pensamento jurídico moderno transforma a expectativa de democratização dos estados numa espera prolongada e angustiante. Em primeiro lugar, o contrato social moderno é irreversível (Santos, 1998a), isto é, a adesão ao projeto político de dominação moderna é definitiva, não havendo hipótese de renúncia ou rescisão contratuais. Em segundo lugar, o processo de emenda e ajuste dos termos contratuais, se está destinado a conservar as raízes, não pode explorar a radicalidade das opções. As

soluções de acesso à justiça ficam assim recolhidas no interior de uma abordagem estrutural-funcionalista. Nesse sentido: (1) a experiência de acesso é conformada pelos padrões de funcionamento das estruturas jurídicas; (2) a falta de acesso à justiça corresponde a obstáculos estruturais vivenciados pelos cidadãos; (3) a resposta aos obstáculos de acesso subsume-se a tentativas de coordenação de diferentes iniciativas/alternativas de acesso à justiça. No âmbito desta abordagem, que em muito colaborou para visibilizar a responsabilidade do Estado no que toca à promoção do acesso à justiça, a produção de uma teoria do direito crítica é um contrassenso. Apesar de demonstrar empiricamente a disparidade entre princípios e práticas no âmbito da realização do acesso à justiça pelas instituições estatais, a estrutura é simultaneamente um problema e uma solução. A abordagem estrutural-funcionalista faz assim uma crítica empírico-metodológica, e nunca epistemológica ou fenomenológica, à evidência de produção e reprodução das desigualdades pelo direito.

Uma releitura do acesso à justiça tem como primeiro desafio a denúncia do encerramento do debate sobre o acesso na simulação de uma tensão inexistente entre estrutura e ação em que esta última é sempre incorporada num processo de reforço e melhoria da primeira, o qual deve apoiar e pelo qual deve esperar. De um lado, vê-se a ação enquanto movimento implícito de mudança social que se dirige à expansão do papel das profissões e das estruturas jurídicas. De outro lado, o antagonismo criativo aos modos de funcionamento do direito e do Estado pela ação é simplificado como suplemento de participação no sistema jurídico, isto é, alternativas de acesso ao direito. Se não há lugar para a mudança radical da estrutura, o desvelar das ineficiências representam um eterno retorno da iniciativa de transformação à ação social. A revisão da compreensão de acesso à justiça requer, por isso, que se revise as colaborações forjadas e as tensões ocultas na relação entre Estado e sociedade civil no que toca às reformas de ampliação do acesso ao direito. Na sua parte final, este capítulo procura depurar a conceção compreensiva do acesso à justiça, submetendo-a ao crivo de uma análise crítica do lugar do Estado e da sociedade civil na construção de políticas de acesso à justiça nos estados democráticos pós-modernos.

## ESTADO IMAGINADO COMO CENTRO, INDIVÍDUOS IMAGINADOS COMO IGUAIS

É sobretudo uma questão de acesso à justiça, diríamos. Esta frase simples e direta conduz-nos a um universo múltiplo de significações. A primeira referência é certamente a igualdade, uma vez que o direito é passivo diante das desigualdades e os estados fundam-se sobre um princípio de igualdade, é natural reivindicar o acesso à justiça como lugar de correção desta disparidade. A promoção da igualdade e a correção das desigualdades como matérias de acesso à justiça assumem diferentes dimensões. O primeiro aspeto é, desde logo, procedimental, em que a igualdade de representação no processo absorve a igualdade no acesso à justiça. Dir-se-ia: igualdade de armas. Se o moderno acesso aos direitos é mediado pelo acesso ao direito, um conjunto de leis, doutrinas, decisões, estratégias processuais dominadas por um saber especializado, a equivalência na representação profissional especializada é a garantia primeira da igualdade, assegurando o devido processo legal e a audiência justa entre as partes. A dimensão do acesso enquanto justiça procedimental subleva-se num contexto de crescente necessidade de resolução de conflitos. A disputa pela distribuição de recursos finitos e, nalguns casos, valores e princípios insubstituíveis – como a guarda dos filhos, a moradia, uma cirurgia ou medicamentos para pacientes com risco de vida – coloca em evidência os métodos e os procedimentos de que vão lançar mão as autoridades jurídicas para assegurar a resolução pacífica e legítima dos conflitos (Tyler, 2007)<sup>11</sup>. Se acreditarmos na justiça implícita das leis e dos procedimentos, poderia encerrar-se aqui esta discussão genealógica do acesso à justiça.

Contudo, o tema do acesso à justiça parece convidar-nos a uma avaliação exigente do direito e da justiça, expondo o que há de menos, reivindicando o que deve haver mais. Move-nos, então, da discussão procedimental para a discussão substantiva, com uma pergunta simples: o direito traz em si a justiça? No âmbito da reflexão sobre o acesso à justiça, esta pergunta tem recebido um sim condicional. Sendo evidente o papel do

---

<sup>11</sup> A centralidade da resolução de disputas como meio de controlo, pacificação social e distribuição de justiça nas sociedades é o que também explica a importância dos estudos sóciojurídicos de resolução de conflitos na discussão sobre acesso à justiça, como desenvolvimento de seguida.

direito na reprodução das desigualdades e na manutenção da ideologia de dominação de cima para baixo, defende-se a necessidade de ampliação dos mecanismos de acesso à justiça como ampliação das oportunidades de reivindicação dos direitos e de igualização da regulação jurídica.

Neste caso, a justiça do direito decorre da justiça do acesso à justiça. Esta perspectiva, por sua vez, é duplamente condicionada, circunscrevendo-se a um espaço e a uma esperança. O espaço são os tribunais e a esperança é a de que os tribunais venham a assumir um papel pró-ativo de correção das desigualdades na distribuição dos direitos, dando efetividade aos catálogos de direitos previstos nas constituições dos estados, em especial aos direitos culturais, económicos e sociais. O carácter duplamente condicionado faz essa justiça, em sentido substantivo, depender não só dos mecanismos de acesso, mas também da organização, da posição político-constitucional e da lógica operativa dos próprios tribunais. Por um lado, a condição de garantia de acesso ganha uma nova dimensão, organizacional, em que pesam fatores como recursos financeiros, carga de litigiosidade, formação das carreiras jurídicas, celeridade processual, entre outros. A par da transformação da lógica operativa dos tribunais para resolver a sua “crise”, o campo de soluções de acesso à justiça transforma-se, interpenetrando-se com racionalidades tecnocráticas e informalizantes (Santos, 1986) de gestão organizacional e dos conflitos. Por outro lado, a garantia de justiça ganha uma dimensão política, que depende da posição constitucional dos tribunais, dos limites e interferências da dinâmica de separação dos poderes do Estado, dos marcos que a organização estatal impõe à independência judicial e da eficácia das decisões dos tribunais.

As dimensões procedimental e substantiva encontram-se, trazendo à tona o espartilho do próprio direito substantivo e processual relativamente à titularidade coletiva e difusa dos direitos. Emergem ainda as dimensões deontológica e corporativa. A democratização do acesso aos direitos é cartografada na delimitação dos campos de intervenção dos corpos profissionais, nas funções exercidas pelas diferentes profissões jurídicas e na hierarquização interna e externa das relações entre corporações e entre estas e os indivíduos. As claras limitações de capacidade, de legitimidade e de eficácia com que



lidam os tribunais na garantia do acesso à justiça, ao colocarem na agenda soluções descentradas do poder judiciário, como os meios alternativos de resolução de litígios, relembram-nos uma dimensão do acesso à justiça geralmente silenciada, a dimensão epistemológica. A dimensão epistemológica historiciza o direito e a justiça. O acesso à justiça como problema de eficiência e eficácia de uma organização burocrática e racional é um problema moderno e o constrangimento do projeto moderno de imposição do direito do Estado relativamente à existência de outros saberes disciplinares e de resolução de conflitos faz esquecer que os tribunais são, quando muito, uma instância de recurso no trajeto de resolução dos conflitos sociais.

Num sistema que busca permanentemente a realização da igualdade, o acesso à justiça é uma questão primeira em diferentes aspetos<sup>12</sup>. Evitando esvanecer-se no relativismo da sua importância estrutural, tem recebido o que se pode denominar de abordagem compreensiva. A abordagem compreensiva tem sido o outro lado da defesa de universalização do acesso à justiça. Nesta abordagem, destacam-se os movimentos de evolução do acesso à justiça, desde os seus momentos iniciais, em que se resumiam a esquemas de ação filantrópica de advogados que garantiam a assistência jurídica a cidadãos e cidadãs necessitadas/os, à introdução de soluções de pluralização das oportunidades de assistência jurídica e das estruturas de justiça a que se tem acesso (de que os meios alternativos de resolução de litígios são o melhor exemplo), passando pelas reformas processuais de extensão supra-individual da titularidade dos direitos invocados nos tribunais. Tendo escapado dos perigos do relativismo, a reflexão compreensiva do acesso à justiça expôs-se à tentação do historicismo.

É tentador analisar o acesso ao direito e à justiça de um ponto de vista historicista, sobretudo pelo impacto positivo que pode transferir para a gestão das expectativas acerca do aprofundamento gradual da cidadania. De acordo com essa estratégia, para conhecer a dinâmica de acesso ao direito e à justiça com o qual estamos familiarizadas/os, leia-se o direito do Estado e o poder judiciário, bastaria conhecer as etapas de evolução do pensamento jurídico e político ocidental. Esta narrativa histórica

---

<sup>12</sup> Direito charneira, como o denominou Boaventura de Sousa Santos (Santos, 1994: 146).

descrever-nos-ia grandes transformações, ressaltaria o curso das mudanças sociopolíticas do Estado, o papel dos tribunais e o trânsito de definição e redefinição do catálogo de direitos. O conhecimento destas etapas tem renovado indefinidamente a esperança num projeto político e social a ser realizado pelos estados, cujas evidências históricas, experimentadas nalguns estados europeus e em parte nos Estados Unidos, são defendidas como exemplos a seguir no âmbito de uma universalização do Estado de direito e dos direitos humanos.

Assim, somos dados/os a conhecer um percurso essencialmente europeu que, num sentido linear, tem sido explicado através da alegoria de gerações/dimensões de direitos humanos. Apreendemos:

- 1 A trajetória de afirmação do Estado liberal, conhecendo as lutas contra o absolutismo monárquico e pela afirmação da liberdade política individual e da igualdade formal.
- 2 Os princípios de um Estado-providência e a defesa de direitos com base na igualdade material e na justiça social.
- 3 A ampliação do reconhecimento de direitos, para acolher os direitos difusos, a qualidade de vida e do meio ambiente, etc.

É óbvio que este histórico tem uma importância simbólica e progressista, não apenas como testemunho de ampliação das possibilidades de realização dos direitos pelo Estado, mas especialmente como reflexo gradual dos traços inacabados e idiossincráticos da luta por redistribuição e reconhecimento dos povos, quer dos movimentos sociais no seu sentido clássico, o movimento operário<sup>13</sup>, quer dos novos movimentos sociais. Não pretendo extrair desta história o seu valor simbólico, contudo, pretendo desvelar os efeitos negativos do que, com base em Chakrabarty (2000) vou denominar abordagem historicista do acesso ao direito e à justiça.

---

<sup>13</sup> A este respeito, é válida a advertência de Santos (1991: 147): Se a classe operária não foi o sujeito monumental da emancipação pós-capitalista, foi sem dúvida, o agente de transformações progressistas (emancipatórias neste sentido) no interior do capitalismo. Embora seja ainda hoje debatível em que medida a cidadania social é uma conquista do movimento operário ou uma concessão do Estado capitalista, não parece restar dúvida que, pelo menos, sem as lutas dos movimentos sociais essas concessões não seriam feitas.

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 diacrônica representa um passaporte para o que denomina a sala de espera da história. O sentido desta posição de espectador reside na defesa da universalidade do processo histórico que conduziu à modernidade na Europa<sup>14</sup>. Nesse sentido, aos não-europeus caberiam a expectativa e a disciplina de “bons selvagens” que, sob a tutela do colonizador, progrediriam com sucesso nas etapas necessárias para alcançar a civilização.

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 genealogicamente locais, isto é, refletem o pensamento e a história dos povos europeus. Tendo sido naturalizados 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 sociedades<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> 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 cotidiano 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.

<sup>15</sup> 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

O projeto moderno de imposição do direito do Estado nada mais foi do que a penetração violenta de uma racionalidade alheia da 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. Do mesmo modo que 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* (Santos, 2006: 26), 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, apenas conferiu eficácia disciplinar global a uma razão jurídica concebida para ser seletivamente acessível. É óbvio 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 à justiça, acesso entendido como igualdade e justiça entendida 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.

A discussão contemporânea do acesso à justiça, como progresso linear de um Estado de direito, tem sua origem num ato de imposição política. As sociedades pré-modernas eram sociedades pluralistas de direito e de facto (Santos e Trindade, 2003: 87-121), de forma que a ilustre discussão sobre o acesso à justiça é desconhecida fora da totalidade racional moderna. A instrumentalização do direito como poder e mecanismo de dominação dos estados, exercida através da fixação do monopólio do direito do Estado e da especialidade da ciência jurídica, foi conseguida através da criação de dois saberes – o saber jurídico científico e o saber jurídico profissional – na condição de titulares

---

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.

exclusivos do poder de enunciar o regime de verdade dos direitos. O acesso à justiça é uma questão moderna inerente ao processo de criação de uma ordem de verdade e de uma organização administrativa-racional através do direito e para a sua aplicação. Quanto mais interesses em disputa em torno da titularidade do discurso deste regime de verdade e maior a carga simbólica dos valores e dos direitos, maior a agitação em torno da questão do acesso ao direito e à justiça.

A historiografia oficial do direito europeu acabou por ocultar que a eficácia geral e a centralidade do ordenamento jurídico do Estado e dos tribunais modernos, como empreendidas pelas forças modernizadoras do Estado-nação, decorreram sobre o conflito entre a imposição política do direito moderno e a resistência do direito tradicional<sup>16</sup>. A imposição da lei do Estado como tecnologia disciplinar não foi pacífica, nem imediata. De acordo com Weber (2004), o Estado Moderno originou-se em atos de espoliação. Trata-se de um fenómeno equivalente ao da fundação da empresa capitalista, que se apropriou dos meios de produção e da força de trabalho dos produtores autónomos, denominado por Karl Marx de acumulação primitiva. O desenvolvimento do Estado moderno está marcado pela expropriação por parte do príncipe de todos os poderes administrativos particulares (justiça, poderes bélicos, financeiros e outros bens politicamente aproveitáveis). Este movimento corresponde a um processo de monopolização da coação física e de construção de legitimidade política através do qual o Estado moderno assume a exclusividade dos poderes administrativos, assegurando o quadro de funcionários e os meios materiais de organização necessários para tal.

A associação mais imediata que fazemos do Estado de direito é aquela em que os mecanismos legais impedem a arbitrariedade do poder nas comunidades políticas e, por isso, em termos weberianos, a dominação política sustenta-se num tipo de legitimidade legal-racional. Num Estado de direito em que o exercício do poder é limitado através de regras, afirmar a legitimidade do poder do Estado como legal significa não só a existência

---

<sup>16</sup> Ao analisar os tribunais do antigo regime em Portugal, procurando vestígios de justiça tradicional no discurso dos eruditos, Hespanha (1988) argumenta o não reconhecimento do direito dos rústicos com a dignidade que seria natural numa sociedade juridicamente plural, o que se verifica com a utilização do termo rústico para referir rudeza e ignorância. Essa violência, contudo, era velada e paternalista procurando razões para desculpabilizar a ignorância.

de regras, mas a sua uniformidade, neutralidade e previsibilidade, isso porque, se trata de uma legitimidade também racional, isto é, que dispõe do aparato necessário para assegurar a regularidade na aplicação da lei. Ao colocar a lei entre o Estado e os cidadãos, o Estado de direito cria as condições de dominação (funcionamento legal-racional) e, ao mesmo tempo, protege os indivíduos da arbitrariedade do poder. O princípio de igualdade é assegurado através da uniformidade e da generalidade da aplicação da lei. É fácil perceber que o exercício uniforme e impessoal do poder é a vantagem de um Estado de direito em face de outros modos de organização. Contudo, esta é uma vantagem insuficiente se recolocamos a igualdade como uma condição de funcionamento daquele modelo organizacional.

Como demonstra Unger (1979), no âmbito de um princípio de igualdade perante a lei, é preciso pressupor um afinamento da concepção 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, só se pode supor que a generalidade e a uniformidade da lei impedem o abuso de poder e asseguram a igualdade de tratamento, se a aplicação da lei for considerada neutra. Estou de acordo com Unger (1979) quando duvida das premissas do Estado moderno de direito. Em primeiro lugar, 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 outros<sup>17</sup>. 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. Em segundo lugar, é difícil supor a neutralidade da lei, sendo natural a existência de valores que, ao dominarem o processo político de decisão, são incorporados na legislação.

Numa primeira dimensão revela-se o falhanço da dicotomia Estado-sociedade civil, tão cara ao pensamento jurídico de raiz liberal. A separação da experiência da liberdade

---

<sup>17</sup> 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.

como uma experiência política da esfera pública, desfrutada à medida da limitação do poder do Estado, ao circunscrever a esfera da sociedade civil, extraiu do domínio considerado privado a cidadania e a 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, Fraser e Gordon (1995) argumentam que a exclusão da mulher como indivíduo livre e titular de direitos no âmbito do contrato social atuou como condição de democratização da igualdade entre os homens proprietários, cujo poder patriarcal, senhorial, restringido pela governação liberal do Estado moderno, foi transferido para o espaço da família. Neste mesmo espaço privado, a dominação proprietária deste sujeito titular de direitos foi estendida igualmente 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-mundo<sup>18</sup>. 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 comerciais<sup>19</sup>, 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

---

<sup>18</sup> Nesta tese, 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).

<sup>19</sup> Ver Tigar, 2000 e Weber, 2004.

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.

Numa segunda dimensão, esta invisibilidade foi exercida no interior da construção científica de uma ciência do direito objetiva, cuja eficácia assegura a vigência de um estado de regularidade, conformidade e igualdade asséptica. Santos (2002: capítulo 2) analisa em detalhe o processo de construção da autonomia científica do direito e sua submissão à condição de instrumento político do Estado. Estes dois movimentos, a integração do direito como mecanismo de dominação política do Estado e a cientifização do conhecimento jurídico, integram um processo que pode ser assim resumido: a despeito do potencial emancipatório do direito burguês, a impossibilidade de realização radical das promessas de igualdade, liberdade e paz perpétua reconverteu o método jurídico de motor da emancipação social em instrumento da emancipação concedida pelo Estado, nas palavras de Santos, a emancipação deixa de ser o outro para tornar-se o duplo da regulação. Historicamente, esse período identifica-se com a expansão do capitalismo como meio de produção. A confirmação do Estado como agente de vontade da dominação política ocorreu a par de um processo de hiperpolitização do direito que o reduziu ao Estado.

Enquanto instrumento inesgotável da dominação política, o direito refletia o carácter despolitizado da intervenção estatal, uma vez que a outra face da subordinação do direito ao Estado foi a autonomização da ciência jurídica. O cientificismo do direito e o estatismo da regulação jurídica asseguram assim a integração do progresso das sociedades numa utopia jurídica automática de regulação social (Santos, 2002a: 162-175). De um lado, o Estado impõe o direito como instrumento exclusivo da transformação social legitimada (Santos, 2007b: 47), de outro, a ciência jurídica assegura a vigência de um método de



respostas seguras e previsíveis aos conflitos e problemas sociais. Aposta-se primeiramente na exterioridade da ciência jurídica, acreditando na possibilidade de controlo do mundo objetivo representado pela lei através de uma interpretação e aplicação do direito alheias à política e à cultura. O direito assim concebido é relativamente autónomo, a dependência dos textos jurídicos para aplicação e interpretação do direito faz a autonomia científica repousar na racionalidade, independência e neutralidade do aplicador das normas. Para que o método de interpretação e aplicação do direito seja capaz de capturar objetivamente o significado dos eventos que se procura controlar, é estabelecida uma linha de separação dicotómica entre objeto e sujeito, substância e processo, centro e penumbra, que reforçam o funcionamento do Estado de direito através de respostas seguras e certas (Minda, 1995).

Trata-se de um processo de aplicação técnica da ciência que exclui à partida qualquer possibilidade edificante de aplicação do conhecimento jurídico (Santos, 1998b:168-185). Santos argumenta que a aplicação técnica da ciência assenta-se num desnivelamento dos discursos em que raramente o discurso científico se destina a quem não pertence à comunidade científica ou profissional. Esta hegemonia do argumento especializado-profissional desarma a interpretação, os argumentos e a experiência do direito fora do circuito da autoridade legal. A aplicação técnica ignora, assim, as relações de poder que não podem ser incorporadas nos espaços totalizantes da dicotomia Estado-sociedade civil. As fronteiras do legal e do ilegal são estabelecidas, aplicando-se o direito unívoca e unidimensionalmente, o que recusa quer a discussão sobre os meios e os fins da prática e da hermenêutica jurídicas, quer o reconhecimento da existência de outros saberes nas situações reguladas.

Apoiada numa análise pragmática dos meios e fins da ciência, das relações de poder e dos valores argumentativos e epistemológicos existentes nos espaços de aplicação do conhecimento, uma ciência edificante mancha a separação outrora clara das dicotomias (sujeito/objeto, substância/processo, legal/ilegal, centro/penumbra, direito/sociedade) em que se assenta a ciência do direito moderna. Não à toa, as primeiras evasões à ciência do direito moderno vieram apontar, primeiramente, a discrepância entre o direito escrito

nos livros (*law in books*) e a sua prática (*law in action*) o que, desde logo, coloca em questão a objetividade de uma aplicação e interpretação do direito separada da sociedade. Neste âmbito, insere-se a resposta à teoria do direito moderna que, a partir da sociologia jurídica americana, ficou conhecida como realismo jurídico. Num segundo momento, as dicotomias da teoria do direito moderno são questionadas pelo seu papel ideológico na reprodução de um sistema de dominação que separa quem está à frente dos modos de produção e controlo do direito daqueles e daquelas que estes modos disciplinam e interditam, os outros. Esta análise, por sua vez, corresponde ao esforço de reflexão crítica levada a cabo pelos estudos legais críticos e, posteriormente, desdobrada nos estudos raciais e feministas do direito.

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 jurídica<sup>20</sup>. Utilizando a expressão de Santos (2002b), a razão jurídica manifesta-se como razão metonímica, é o todo (direito do Estado) que se impõe 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 através do direito tem um poderoso efeito simbólico, cria as condições de igualização dos indivíduos como súditos, dando o suporte necessário para que o todo possa ser imaginado (Anderson, 1993). Por fim, a totalidade da razão jurídica cria a ambiguidade entre poder e resistência no âmbito direito do Estado, uma vez que detém o 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

---

<sup>20</sup> Um bom exemplo da razão uniformizadora que está na base de construção do Estado moderno pode ser lida em Scott, 1998.

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, por exemplo.

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 social, como aliás os estudos de segunda geração sobre o pluralismo jurídico vieram demonstrar<sup>21</sup>. Nesse contexto, a expansão do poder e da regulação do Estado moderno não pode ser entendida como uma expansão dos direitos e das garantias, mas sim como 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 contratualistas<sup>22</sup>, representou a passagem de um sistema disciplinar difuso para um sistema punitivo técnico e racional, como bem demonstrou Foulcault (1999).

A igualdade jurídica nunca passou de uma fantasia (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. Por outro lado, no que toca a previsão e garantia de direitos, o lugar do Estado e da justiça oficial nunca passaram de uma imaginação do centro (Santos, 2005: 48).

---

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> Santos (2002<sup>a</sup>: 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.

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. Parece-me igualmente claro que a ineficácia da repressão de alguns fenómenos criminosos retira a confiança na centralidade do Estado na condução do aparelho criminal, 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 acesso ao direito e à justiça 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 inclusiva<sup>23</sup>. 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 pelo poder judiciário, isto é, repressão e disciplina dos conflitos, enquanto a defesa de funções políticas a serem exercidas 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

---

<sup>23</sup> Excluo desta noção a 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.

sociais, 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 da assunção 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 nua e crua do campo jurídico. A utilização do direito no âmbito de uma mobilização política de largo espectro 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 à justiça das populações pobres e dos grupos vulneráveis são maioritariamente experiências com a justiça criminal<sup>24</sup>. 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 exceção<sup>25</sup> impostos pelo próprio Estado e nem sempre oficialmente declarados<sup>26</sup>. É verdade que o acesso à justiça agrega em si um conjunto de questões (exclusividade da justiça oficial, justiça e celeridade dos procedimentos, estrutura de oportunidades jurídicas para os interesses coletivos, adequação e eficiência das instituições, justiça social, ação e interesse das profissões jurídicas, papel das ONG e da ação social, etc.), contudo, as verdadeiras questões que importam nessa matéria referem-se a: quem vai ter acesso? Com que propósitos (Friedman, 2010)? Quais as opções de acesso que devem ser

---

<sup>24</sup> No capítulo 4, os dados dos sistemas de apoio jurídico aos pobres no Brasil e em Portugal, demonstram a atuação maciça da assistência jurídica na defesa do acusado em processo penal. É exemplificativo que, dos 500 defensores públicos de São Paulo, 54, mais de 10% da carreira, estejam lotados nas varas singulares do Fórum Criminal da Barra Funda.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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. Este tema é desenvolvido mais aprofundadamente no capítulo 4.

facultadas? A análise de custos e benefícios do reforço da imaginação do Estado promotor de direito ou do fortalecimento da centralidade do Estado repressivo incitada pelas respostas a estas perguntas, por sua vez, orientam o apoio político e profissional à bandeira do acesso à justiça.

Como afirma Hespanha (1993:17), a imposição do paradigma legalista apresenta diferentes faces. 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 de acesso à justiça debate há anos a incapacidade crónica dos estados em assegurar o princípio de igualdade perante a lei através da garantia efetiva de acesso universal à justiça às suas populações.

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 do colonizado numa trajetória de conquista meritória da igualdade e da liberdade. No “ainda não” que o Estado profere às/aos excluídas/os do acesso à justiça, 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 e do direito.

Se as questões relativas ao acesso à justiça trazem consigo um potencial de denúncia e exposição das fragilidades e deficiências do Estado, perdem a sua radicalidade ao serem

incorporadas no universo referencial de uma utopia jurídica<sup>27</sup>. O acesso à justiça exige do Estado um conjunto de transformações que são incorporadas lenta e gradualmente no curso da sua evolução, as alterações introduzidas, na medida em que são sancionadas pelo Estado, nada mais são do que 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). 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, a frase “os estados são progressivamente mais democráticos” oculta o outro lado “os estados não são democráticos”, bem como a frase “a ampliação do acesso à justiça torna os estados mais democráticos” não desvela que “a necessidade de ampliação do acesso à justiça é prova cabal da falta de democratização dos estados”. Por outro lado, a conceção de um acesso à justiça 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, que dominam 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 acesso à justiça 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, pelo bom selvagem ou pelo pobre com méritos, transformando as linhas

---

<sup>27</sup> Em 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.

abissais (Santos 2007a) produzidas pelo Estado numa linha evolucionar de progresso do direito para o colonizado tutelado e para o excluído necessitado. O historicismo permite explicar a invisibilidade da linha abissal entre: (1) um projeto político e social europeu que é negado aos povos colonizados, e (2) um projeto igualitário de racionalização da ordem e de distribuição de direitos em que a igualdade é negada 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. De acordo com Santos (2007a) é inerente ao pensamento social moderno tanto o estabelecimento de divisões visíveis quanto a invisibilidade de divisões abissais, 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, a presença de um lado da linha torna o outro lado inexistente. Um pensamento pós-abissal do acesso ao direito e à justiça dirige-se a inverter a realidade em que a experiência da justiça e do direito como violência tiram o sentido, a utilidade e a verdade da experiência da justiça como cidadania.

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, 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 fazerem parte da preciosa metáfora de gestão da inclusão e exclusão que conhecemos 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 à justiça 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 não acesso à justiça, de acesso à repressão do direito e de acesso seletivo ao contrato social num presente eterno (Santos, 1998a).



## ESTUDOS SOCIOJURÍDICOS DE ACESSO À JUSTIÇA: O PRESENTE ETERNO DA FALTA DE ACESSO À JUSTIÇA

Nesta secção pretendo demonstrar a existência os reflexos da abordagem historicista nos estudos sociojurídicos do acesso à justiça. Como argumentei, no âmbito de uma utopia jurídica, esta abordagem contribui para a repetição, por um lado, da falta de acesso à justiça como um presente eterno e, por outro, da promoção do acesso ao direito e à justiça como mudança normal. Apesar do inegável carácter substantivo do acesso à justiça, na prática, a discussão académica encerra-o ou numa questão institucional ou numa questão procedimental. Neste sentido, a preocupação com a previsão normativa nacional e transnacional do direito de acesso à justiça e com as normas processuais<sup>28</sup> está para a ciência do direito, como a preocupação com o funcionamento das instituições jurídicas e o seu impacto nas atitudes e perceções de indivíduos e grupos sociais estão para os estudos sociojurídicos.

Considerando a sua concentração na identificação dos pontos críticos do acesso à justiça e a relação frutífera com a procura de soluções no âmbito de uma engenharia social do direito, com base em Nelken (2008), utilizo a categoria estudos sociojurídicos para classificar os estudos sobre acesso à justiça. Nelken identifica uma divisão social do trabalho da sociologia do direito entre estudos sociojurídicos, cujo objetivo é aperfeiçoar o conhecimento sobre como funciona o direito, e estudos de sociologia do direito propriamente ditos, interessados no direito à medida que conhecê-lo permite lançar novas luzes acerca do conhecimento da sociedade. Enquanto os primeiros se interessam pela análise de um problema apontando soluções para as questões que levanta, os segundos interessam-se por documentar propriedades empíricas e teóricas do campo jurídico para discuti-las no âmbito de conceitos sociológicos mais amplos. Dedicados a demonstrar o *gap problem* (Nelken, 2008), a clássica disparidade da sociologia jurídica entre *law in books* e *law in action*, os estudos sociojurídicos desvelam padrões de comportamento que demonstram o cumprimento ou o incumprimento da promessa de

---

<sup>28</sup> Ver Duarte, 2007; Annoni, 2008; Brown, 2007; Storskrubb e Ziller, 2007; Scheinin, 2007.

acesso à justiça nas sociedades contemporâneas. Dentro da clássica distinção da sociologia entre estrutura e ação, os estudos sociojurídicos do acesso à justiça ora selecionam como objeto os indivíduos e grupos sociais e o encaminhamento das suas necessidades e problemas enquanto problemas judicializáveis ou necessidades jurídicas, ora analisam a capacidade de resposta e as iniciativas de promoção do acesso à justiça por parte das instituições e dos seus atores.

Estes estudos têm contribuído, em primeiro lugar, para dar ao problema do acesso à justiça um rosto, o das populações pobres e dos grupos não privilegiados. Apesar de a reflexão acadêmica se realizar sob a égide do que denominei uma concepção compreensiva do acesso à justiça, na prática, qualquer análise do *gap problem* do acesso à justiça assinala a existência de um sujeito particular do não acesso, os indivíduos que mobilizam isoladamente o sistema de justiça, o que Galanter (2003) denominou *one shoot player*, sendo a denegação de acesso proporcionalmente maior de acordo com as dificuldades de mobilização de capital económico e cultural por parte daqueles e daquelas que estão em desvantagem. Por outro lado, a documentação do acanhamento do direito do Estado e dos tribunais como meio de encaminhamento dos conflitos pelas cidadãs e cidadãos releva a importância de dois objetos privilegiados sobre os quais devem incidir as reformas jurídicas: os tribunais e a assistência jurídica<sup>29</sup>.

Seguindo os passos do que a sociologia do direito norte-americana denominou realismo jurídico progressista, os estudos sociojurídicos do acesso à justiça encaram a discussão empírica das condições de exercício do direito de acesso numa perspetiva funcionalista. Assente no pragmatismo e no empirismo, o realismo jurídico progressista assinala a necessidade de, diferentemente do que é defendido no âmbito de um formalismo jurídico autossuficiente, o direito ser estudado na prática, tendo por objetivo o aperfeiçoamento da política legislativa. Trata-se de uma visão instrumental acerca do papel dos estudos sociojurídicos e do próprio direito na construção da política de justiça. No que toca ao acesso à justiça, esta análise opera segundo uma fórmula que reduz a

---

<sup>29</sup> Ainda que a ideia de um movimento de acesso à justiça estenda-se à discussão do papel de agências administrativas, de que é exemplo a instituição do *Ombudsman*, sempre recairá nos tribunais o papel de garante último da efetividade dos direitos.

observação da justiça à observação da aplicação do direito pelas instituições e pelos profissionais, inclinando-se para uma defesa da maximização da regulação jurídica, ainda que no âmbito de movimentos de informalização ou desprofissionalização. Isto é, melhores direitos, mais/melhores tribunais, mais alternativas de resolução de conflitos, mais/outros profissionais, como solução de política pública para a injustiça e a desigualdade no acesso à justiça (Sanderfur, 2009).

Sarat (2007:3) observa que as orientações behavioristas e funcionalistas que têm sido instadas pela investigação realista tornaram-se convencionais nas correntes principais da sociologia e ensino jurídicos. A possibilidade de desvelar o formalismo e de abrir as instituições jurídicas à investigação empírica é auspiciosa, significando nada menos do que a oportunidade de fazer parte do processo de reconstrução do pensamento jurídico. Neste âmbito, destacam-se duas observações. A primeira assinala que o empreendimento de construção do conhecimento sociológico no âmbito da relação direito e sociedade, se foi inicialmente marginal em face de um pensamento jurídico formalista dominante, nunca foi crítico (Sarat e Silbey, 1987). Menos do que falar do Estado, vê-se a sociologia do direito falar para o Estado. Esta visão, que tanto sobrestima como subestima o papel do Estado, assenta numa distinção entre política e políticas (Sarat e Silbey, 1989), ou, entre Estado-pessoa e Estado-máquina (Santos, 2002a).

As políticas do Estado-máquina não expressariam valores e estão alheias ao terreno da vontade, da subjetividade do Estado-pessoa, em suma, do terreno da política. Na prática, o conhecimento jurídico sociológico viria contribuir com o aumento da confiança no papel reconstrutivo do direito numa ordem imperfeita mais justa. Nesta ordem, o governo, dentro de um paradigma liberal, é entendido como um conjunto de tarefas técnicas de monitoramento e mediação em face da autorregulação e da competição na esfera da sociedade civil (Sarat e Silbey, 1989). A segunda observação é a de que, muito embora a investigação sociológica do direito não seja dependente ou dominada pela agenda política, as práticas de governança ajudam a estabelecer a agenda de investigação, quer os investigadores e investigadoras se vejam a si mesmas/os como críticas/os, quer se posicionem como aliados da reforma política (Sarat, 2007 e Ewick, Kagan e Sarat, 1999).

Estas duas observações manifestam as profundas imbricações entre o paradigma realista dominante da sociologia do direito e os princípios iluministas da ciência moderna. Trata-se da investigação sobre um mundo em que a razão neutra pode disciplinar o objeto de conhecimento através da investigação empírica.

A separação sujeito-objeto implica que a/o cientista social não pode reivindicar um papel na luta e nos conflitos sociais ao mesmo tempo que lhe cabe racionalizar seus resultados (Sarat e Silbey, 1989). A acumulação desse conhecimento tem uma direção única, o progresso do Estado através o reformismo jurídico orientado. Daí que a investigação realista da sociologia do direito apresente especial utilidade aos propósitos da governança, o que, de outro lado, lança o desafio para a produção de um conhecimento sociológico do direito que não se converta em simples instrumento da audiência da política pública (Santos, 1989).

Esta preocupação está subjacente à construção de um paradigma pós-realista de estudo sociológico do direito. A sociologia jurídica pós-realista vê-se na intrincada malha de relações entre subjetividade, cidadania e emancipação (Santos, 1994: 203-242). A investigação do Estado passa a refletir uma complexa teia de intersubjetividades e dinâmicas de poder e de resistências que se sobrepõem, o que implica não só reconhecer a capilaridade do poder num universo disciplinar foucaultiano como também a sua manifestação turbulenta e indisciplinada (Santos, 2002a). A liberação do *ethos* de análise da governação tem implicado a ampliação das escolhas metodológicas para além das explicações causais do positivismo sociológico (Mccan, 2006), bem como o falar do Estado implica mover o paradigma da emancipação para além do reformismo social orientado, reconhecendo múltiplas identidades, saberes e poderes disciplinares e o papel do cientista e da cientista social como parte dos conflitos e das lutas sociais.

Defendo que as dificuldades de construção de uma teoria crítica do acesso à justiça decorrem das dificuldades do conhecimento sociológico produzido a esse respeito se posicionar diante dos vários flancos dos conflitos que lhe subjazem. De um lado, a reflexão empírico sociológica sobre acesso à justiça, no âmbito de um paradigma realista, exaure-se na produção de diagnósticos e recomendações em face dos obstáculos ao

acesso. O prognóstico desta iniciativa oscila entre a alternativa única, reforma social orientada, e a explosão de alternativas, a fragmentação do acesso. De outro lado, a análise interpretativa do direito, se não fala para o Estado, ao falar do Estado, do universo turbulento de resistências, e da realidade disciplinar de violência e burocratização, não fala de acesso à justiça, mas sim da falta dele. Neste sentido, alternativas científicas não dialogam com alternativas políticas e a solução para a falta de acesso à justiça não pode ser outra que não acesso à justiça. Nesta crise de distinção icônica (Santos, 2002a: 15-36), o mesmo ícone, acesso à justiça, tem presença marcante em campos antagônicos e a tensão entre acesso à justiça e falta de acesso à justiça é resolvida no âmbito de ícones híbridos como a reforma jurídica, o direito popular ou a justiça informal<sup>30</sup>.

O maior exemplo desta crise de distinção icônica é a representação da justiça criminal no âmbito dos estudos sobre acesso à justiça. O acesso à justiça criminal ou é canibalizado pela retórica compreensiva de ampliação do acesso à justiça típico da justiça cível ou é restringido à discussão procedimental, da igualdade de representação processual e das alternativas de flexibilização do processo. No entanto, num campo microssociológico, o encarceramento, por exemplo, é estudado como reflexo de uma instituição total, descortinando quer lógicas culturais perversas de imposição do poder, quer processos de discriminação racial, sexual e de classe inerentes à criminalização e à execução criminal<sup>31</sup>. Esta realidade é indubitavelmente reconhecida como um cenário de privação de direitos e falta de acesso à justiça, contudo, a discussão sobre acesso à justiça criminal é, em regra, uma discussão macrossociológica integrada no debate sobre os problemas organizacionais da administração dos tribunais: déficit de juízes, de defensores públicos, de promotores; morosidade processual; reformas processuais, entre outros (Ferreira, 2003).

---

<sup>30</sup> Aqui, sigo a explicação de Santos quando disserta sobre as dificuldades de se construir uma teoria crítica (2002a: 27): “Durante muito tempo, as alternativas científicas foram inequivocamente também alternativas políticas e manifestaram-se por ícones analíticos distintos que tornavam fácil distinguir os campos e as contradições entre eles. A crise da teoria crítica moderna arrastou consigo a crise da distinção icônica e os mesmos ícones passaram a ser partilhados por campo anteriormente bem demarcados ou, em alternativa, foram criados ícones híbridos constituídos ecleticamente com elementos de diferentes campos”.

<sup>31</sup> A este respeito, em Portugal, ver Cunha, 2007 e 2008; Cunha e Bastos, 2007. Para o caso brasileiro, ver Adorno, 1996, 1998, 1994 e 1995; e Kant de Lima, 1989, 1995 e 1997

Ao analisar a evolução dos estudos sobre o sistema de justiça no Brasil, Sinhoretto (2006:90) distingue os estudos macrossociológicos (que valorizam a ruptura e as mudanças nas instituições, as transformações na cultura jurídica, a judicialização da política, a emergência de práticas inovadoras) dos estudos microssociológicos (que enfatizam os obstáculos à democratização e incorporação na cultura jurídica de valores democratizantes perante a persistência de práticas hierarquizantes e excludentes). O primeiro grupo de estudos é representado especialmente por estudos no âmbito do funcionamento da justiça cível ou constitucional, o segundo grupo é majoritariamente composto pelos estudos no âmbito do sistema criminal. Ao analisar especificamente os estudos sobre acesso à justiça, Sinhoretto critica os estudos macrossociológicos pela invisibilização que fazem da justiça criminal enquanto parte integrante da história de acesso à justiça do Estado brasileiro.

A narrativa de acesso à justiça enquanto solução não comporta as micronarrativas da falta de acesso como problema. É natural que sejam os padrões de desenvolvimento da justiça cível e constitucional a ditarem a trajetória de sucesso do acesso à justiça, pois, como problema ou como solução, a evolução do acesso à justiça é tanto o caminho ser percorrido quanto o destino final. Não pretendo afirmar que a solução do problema do acesso à justiça não passa pela sua afirmação positiva (mais profissionais, melhores instituições), considero, porém, que é necessário uma reformulação analítica de forma a estabelecer distinções icônicas que sejam úteis para refletir conjuntamente a afirmação do acesso e a sua negação. Caso contrário, o desfecho conhecido é o mesmo da operação matemática, o polo positivo anula o negativo, e vice-versa. O triunfalismo, ao afirmar a democratização inevitável do Estado através do acesso à justiça como resultado único, deixa de lado a expansão da disciplina e da violência sobre os corpos em domínio legitimados pelo poder jurídico democrático. O nihilismo, por sua vez, descortina como resultado único o controle social excessivo, o panótico foucaultiano, demonstrando uma extensiva penetração capilar de diferentes formas de poder, chanceladas e, muitas vezes, reproduzidas pelo Estado, que aprisionam a liberdade e invalidam qualquer forma de resistência ou oposição.

Dentro do paradigma realista, a investigação empírico-sociológica acerca da efetivação do acesso à justiça e a proposta de soluções para a falta de acesso à justiça retoma a irmandade estabelecida na sociologia do direito entre três movimentos de discussão da cobertura/exposição dos défices da justiça moderna, são eles: o estudo dos conflitos, o movimento de acesso à justiça e o movimento de meios alternativos de resolução de conflitos. A irmandade congénita destes três movimentos descende da importância que os fatores organizacionais, institucionais e processuais passaram a desfrutar no âmbito da sociologia do direito (Santos, 1982). Esta preocupação acompanhou a flutuação do interesse acerca do funcionamento dos tribunais da opacidade institucional (Santos, *et al.*, 1996) à superexposição. Pode-se dizer que este movimento teve por impulso o conflito, isto é, a evidente insuficiência da dialética do direito capitalista em dispersar as contradições sociais e as lutas que elas suscitam (Santos, 1986).

A emergência desta insuficiência distingue-se pelo menos em três oportunidades. A uma, com a ampliação das subjetividades do direito a partir de movimentos e grupos sociais cuja reivindicação de direitos ultrapassou o domínio das relações sociais de produção, questionando a unidade discursiva das relações sociais de reprodução (racismo, sexismo, homofobia, entre outros). A duas, com a densificação da materialidade do direito através da previsão de direitos económicos e sociais. Esta segunda dimensão dos direitos humanos, por um lado, se efetiva, atenua a tensão entre capitalismo e democracia criando uma maximização da intervenção do direito e do Estado no dia-a-dia dos indivíduos, por outro lado, se inefetiva ou subtraída, criam uma conflitualidade entre indivíduos e Estado. A três, com a extensão da titularidade de direitos para a esfera do mercado e a previsão de direitos do consumidor. Se a figura do consumidor representa o aprisionamento da subjetividade aos circuitos de reprodução do capitalismo, os direitos do consumidor alteram esse cenário criando uma esfera de disputa entre o económico e o social tendo como referência direitos individuais, coletivos e difusos. Estes movimentos questionaram:

**1** O acesso diferencial à justiça, em que a igualdade perante a lei é confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos (Santos, 1986);

**2** A capacidade, legitimidade e independência dos tribunais como organização oficial de resolução de conflitos (Santos *et al.*, 1996).

A primeira resposta que os estudos sociojurídicos ensaiaram a estes questionamentos separou o conflito/disputa como categoria analítica<sup>32</sup>. O estudo da disputa no âmbito da sociologia do direito, enquanto estudo dos meios de resolução de conflitos, veio consagrar a ideia de pirâmide de litigiosidade. A ideia de pirâmide ressalta que a progressão ascendente dos meios de resolução de conflitos tende a resultar no afunilamento das opções de resolução do litígio através da progressiva formalização e burocratização dos métodos disponíveis.

São várias as etapas de resolução de conflitos entre o reconhecimento de um dano e a obtenção da reparação, podendo alternar entre o aconselhamento com vizinhos, a intervenção de autoridades comunitárias, comunicações com a/o responsável pelo dano, até, na hipótese de insucesso dos estágios anteriores, o ajuizamento de ação nos tribunais. Os tribunais ocupam o topo da pirâmide, sendo, portanto, uma instância alternativa no complexo emaranhado de soluções possíveis. Os estudos sobre a pirâmide de litigiosidade<sup>33</sup> têm vindo a demonstrar que é variável, de acordo com o tipo de conflito, a disposição das partes em escalar todos os degraus da pirâmide até submeter o conflito ao julgamento de um tribunal. Ao analisar as dinâmicas de reivindicação de diferentes tipos de dano, Muruyama (2007) argumenta que as pirâmides podem assumir diferentes formas, com o topo mais ou menos alargado, ou seja, maior ou menor recurso ao tribunal, de acordo com os tipos de conflito em questão, sendo as questões envolvendo disputas familiares as que apresentam a maior propensão das partes a

<sup>32</sup> Sobre a reflexão da sociologia jurídica no campo da resolução de conflitos, ver Galanter, 2010, e a bibliografia aí citada.

<sup>33</sup> Ver Engel e Steele, 1979: 317-318, Miller e Sarat, 1980-81: 544-546, Kritzer, 2010. Para o caso português, ver Santos, *et al.*, 1996.



submeter o conflito a todos os degraus de solução até a decisão pelo tribunal. No clássico estudo de Felstiner, Abel e Sarat (1981) desponta outra conclusão para a dinâmica de acesso à justiça na resolução de conflitos, a transformação de um conflito social em conflito jurídico não é imediata ou automática, sendo antes depurada através de um processo de *naming* (identificar a existência de um dano e formular a titularidade de um direito), *blaming* (identificar um agente responsável pelo dano) e *claiming* (buscar mecanismos de compensação face à parte responsável).

No que interessa à análise do acesso à justiça, o estudo dos conflitos abriram o campo de discussão empírica do acesso diferencial à justiça demonstrando os pontos nevrálgicos no caminho até os tribunais, sendo muitos os fatores que podem interferir na procura judicial pela parte interessada (intimidação, análise de custos, desinteresse, falta de conhecimento, entre outros). Estou de acordo com Galanter (2010) quando afirma que esse quadro revela, por um lado, mais promessas do que concretizações no campo da administração judicial dos conflitos e, por outro, a seletividade do acesso como um pressuposto dos sistemas modernos de resolução de conflitos. A viabilidade do sistema depende de: (1) a eficácia geral ser alcançada mais por estratégias comunicativas e de informação do que por controlo efetivo, (2) existirem mecanismos não formais de resolução de conflitos, (3) a apatia, a falta de conhecimento e as barreiras económicas inibirem a procura do tribunal. Consequentemente, é imperativo o extravasamento do estudo de resolução de conflitos para além do campo de atração dos tribunais. O estudo dos conflitos e sua resolução ultrapassou a reflexão sobre a resolução judicial dos conflitos, tendo sido uma das portas de entrada para análise do pluralismo jurídico no interior de sociedades capitalistas avançadas e sociedades pós-coloniais. Os estudos do pluralismo jurídico<sup>34</sup>, especialmente os de segunda geração (ver nota de rodapé 13), interessam aqui na medida da sua contribuição para desvelar: (1) a dinâmica de acesso à justiça moderna como intrinsecamente restritiva e simbólica; (2) a insuficiência da

---

<sup>34</sup> Para uma análise do pluralismo jurídico, ver Santos, 1982 e Santos, 2007b (capítulo 2) e a bibliografia aí citada.

oposição Estado-sociedade civil como espaço de repressão, conflito e resolução acerca da titularidade de direitos<sup>35</sup>.

Do ponto de vista da política legislativa, o estudo dos mecanismos de resolução dos conflitos veio contribuir para a fixação da necessidade de uma agenda ampla de acesso à justiça, assinalando a importância de se ter em atenção a posição de vantagem e desvantagem estrutural das/os litigantes habituais do sistema (*repeat players*) em face daquelas/es que recorrem aos tribunais de forma isolada e aleatória (*one shoot players*) (Galanter 2003). Dadas as várias disparidades de acesso não só nos tribunais como em todos os estágios anteriores do curso de resolução de conflitos, medidas de reforma ou programas de acesso à justiça que se concentrem exclusivamente nos escalões mais altos da pirâmide, podem estar a criar condições facilitadoras apenas para quem, em condições de desigualdade, conseguiu ultrapassar as dificuldades menos visíveis de encaminhamento dos conflitos adquirindo uma posição de vantagem em relação a quem está nos escalões mais baixos da pirâmide (Felstiner, Abel e Sarat, 1981). Esta orientação implica igualmente uma política pública mais alargada no que toca aos bloqueios no acesso à justiça, a construção de alternativas que solucionem apenas bloqueios económicos de acesso sem considerar bloqueios sociais e/ou culturais só assegura a igualdade no acesso na medida em que reproduz as desigualdades existentes (Santos, 1986).

O outro lado da exposição dos fatores organizacionais e processuais no âmbito do estudo sociológico do direito foi o que se convencionou chamar “crise da justiça” (Santos, 1982). Sem entrar no extenso debate sobre se existe de fato uma crise na justiça<sup>36</sup> e qual o seu significado, neste capítulo interessa-me abordar este fenómeno nos estreitos limites do questionamento da capacidade operativa dos tribunais para lidar com a vertiginosa expansão da demanda decorrente da ampliação da subjetividade e da materialidade dos conflitos. É nesse contexto que alguns autores têm defendido a ideia de explosão de

---

<sup>35</sup> Em Portugal e no Brasil, é seminal o estudo de Santos (1977) sobre a dinâmica de opressão e resistência da relação entre o direito oficial e não oficial que teve por base as relações de resolução de conflitos no interior de uma favela do Rio de Janeiro, a qual denominou Pasárgada.

<sup>36</sup> Ver Barreto, António (org.), 2000 e Sadek, 2004a e 2004b.

litigiosidade. Muito embora esta seja uma ideia controversa<sup>37</sup>, em especial em face da demonstração da seletividade do acesso à resolução judicial dos conflitos, a ideia de explosão de litigiosidade reflete-se nos estudos organizacionais e processuais da sociologia do direito no âmbito da gestão da organização da justiça e dos seus processos internos e de decisão, o que Santos (1986) denominou reformas tecnocráticas da justiça<sup>38</sup>, e na procura de soluções alternativas aos tribunais, as reformas informalizantes da justiça (Santos, 1986). É esse o contexto que congemma o movimento de resolução alternativa de litígios (RAL).

Apesar da irmandade com a preocupação de acesso à justiça, o movimento de RAL<sup>39</sup> acabou por seguir um caminho distinto. Como argumenta Galanter (2003), tendo florescido fora da academia, a RAL foi abraçada pelo universo corporativo empresarial e pelos tribunais, neste último caso, como meio para lidar com o aumento exponencial da procura. O maciço investimento dos governos e, nalguns casos, dos atores corporativos levou a concretização do movimento de resolução alternativa de litígios mais longe do que o próprio movimento de acesso à justiça, afastando-o das preocupações que movem este último, como corrigir as diferenças no acesso ao direito e as distorções das relações de poder entre as partes de um conflito. É nesse afastamento que reside a advertência de alguns autores para o perigo de os meios alternativos de resolução de conflitos resultarem em soluções repressivas devido à falta de cautela diante da desigualdade de poder entre as partes envolvidas<sup>40</sup>. Neste sentido, o movimento de RAL, que irrompe de forma prometedora como alternativa de acesso à justiça, levado ao extremo, passou a significar denegação de acesso à justiça (Galanter, 2003).

Neste quadro, os estudos sociojurídicos dedicados ao acesso à justiça têm-se desenvolvido em duas direções: *bottom up* e *top down*. A abordagem *bottom up* debruça-

---

<sup>37</sup> Para uma crítica da ideia de explosão de litigiosidade, ver Friedman, 2004.

<sup>38</sup> Sobre os estudos acerca de gestão dos tribunais e gestão dos processos, ver Santos e Gomes (coord.), 2010 e 2008.

<sup>39</sup> Para uma análise do movimento de resolução alternativa de litígios em Portugal ver Pedroso, 2001 e Pedroso, Trincão e Dias, 2001. Para o Brasil, ver Secretaria de Reforma do Judiciário, 2005.

<sup>40</sup> Santos (1982) recomenda cautela na adoção de reformas informalizantes nos casos em que envolvem a conciliação entre classes com poderes estruturais muito distintos, alertando para os perigos de um conciliação repressiva.

se sobre o estudo dos problemas e necessidades jurídicas e dos meios de resolução de conflitos disponíveis. Ao deter-se na identificação dos problemas e conflitos sociais que se podem travestir em problemas e conflitos jurídicos, esta abordagem dá atenção as vivências e experiências pessoais na busca de soluções para as questões quotidianas, interessando-se sobretudo por atestar a acessibilidade das instâncias jurídicas no encaminhamento dos problemas sociais face à existência de um conjunto de outras instâncias de resolução de conflitos (Pleasence *et al.*, 2004; Genn, 1999; Legal Services Corporation, 2004)<sup>41</sup>. Este campo destaca-se sobretudo porque permite identificar o conjunto de conflitos e necessidades carentes de solução jurídica que não são correspondidos pelo sistema oficial, salientando não só as dificuldades do cidadão comum no acesso às estruturas legais, mas também o fosso entre os problemas e necessidades jurídicas do dia-a-dia e a cobertura da assistência prestada pelo Estado.

O estudo de Pleasence *et al.* (2004), por exemplo, demonstra a importância de um direcionamento da política pública para o reforço da informação e consulta jurídicas e o aumento da consciência dos direitos e dos procedimentos por parte dos cidadãos. Ao mapear os motivos que levam a uma ação jurídica face a um problema social, demonstra que muitas pessoas não estão capacitadas para transitar pelo labirinto burocrático das estruturas do Estado. Em cada cinco problemas passíveis de serem conduzidos para uma solução jurídica, pelo menos um não recebe nenhum encaminhamento, isto porque ou as pessoas não conhecem os procedimentos a adotar ou estão demasiado amedrontadas para agir.

Uma importante contribuição trazida pelo estudo das necessidades jurídicas foi a comprovação empírica do efeito sistémico da privação de direitos, isto é, os problemas jurídicos das pessoas pobres e em desvantagem são multidimensionais implicando não só a existência de outros problemas jurídicos, como também problemas de saúde e problemas sociais estruturantes (Curie, 2009 e Mossman, 2009), o que, do ponto de vista

---

<sup>41</sup> No âmbito dos estudos *bottom up*, poder-se-ia incluir os estudos de perceção acerca do funcionamento do sistema de justiça e sua acessibilidade, muito embora não estejam dedicados a contribuir com dados empíricos acerca da realização do acesso na justiça. A título de exemplo em Portugal, ver Santos (coord.), 2005. No Brasil, IPEA, 2010.

da política pública coloca em questão a construção de sistemas de assistência jurídica como sistemas de processamento de conflitos jurídicos individuais alheios às condições sociais de reprodução das desigualdades.

A investigação numa abordagem *top down* explora as discrepâncias no acesso à justiça ao analisar a forma como o direito e o sistema jurídico podem ou não facilitar aos cidadãos a realização dos seus interesses. Neste sentido, avalia-se como a pró-atividade ou distanciamento dos profissionais e as ferramentas disponíveis nas leis e nos procedimentos podem afetar a estratégia de recurso às estruturas jurídicas por parte dos indivíduos e dos grupos sociais. Entre outras variáveis, são analisadas: a complexidade das leis processuais, o papel de advogados e de outros profissionais do direito, a organização e cobertura dos serviços jurídicos, etc. (Paterson e Goriely, 1996, Regan *et al.*, 1999, Zemans, 1996, Rhudy, 2000). Uma evidência empírica das discrepâncias na incorporação *top down* das demandas sociais por direitos é o facto de, neste momento, enquanto alguns interesses e problemas estão compreendidos pelo direito, sendo legalmente acionáveis, outros tantos desfrutam de uma institucionalização parcial ou precária, sendo ainda objeto de luta social e política para a sua efetivação (Sandefur, 2008).

### **Narrativa ou micronarrativas de acesso à justiça? Da pré-determinação à fragmentação**

Nos estudos sociojurídicos, a despeito da sua importância em desvelar a realidade do acesso à justiça, a teoria crítica do acesso à justiça é substituída pela comprovação empírica do estado crítico do acesso à justiça. A principal consequência deste recorte analítico é a oposição que gera entre predeterminação e a fragmentação do futuro do acesso à justiça. Detenho-me primeiramente na predeterminação.

A predeterminação prevê a realização de uma ordem justa e democrática através da universalização do acesso ao direito e à justiça. Trata-se de uma perspectiva evolucionista moderna para qual contribuiu o otimismo em face da experiência de concretização dos Estado-providências em alguns países centrais. O acesso e a justiça são vistos como

coincidentes, pressupondo que o resultado, ordem socialmente justa, advém da maximização das oportunidades, o que permite formular uma hipótese de acumulação em que mais acesso e mais direito resultam em mais justiça. Esse contexto ressalta a inclinação progressista do paradigma de análise realista, o que também explica a sua predominância na literatura sobre o tema. O conhecimento dos pontos críticos do acesso à justiça incorpora o direito no âmbito de uma engenharia social voltada para estreitar o fosso entre princípio e prática.

Uma das características dessa engenharia social é a maleabilidade com que incorpora diferentes propostas de mudanças do sistema jurídico num caminho unidirecional de aperfeiçoamento do acesso à justiça. É essa característica que permite explicar porque a análise do acesso à justiça é maioritariamente uma análise extensiva da justiça (instituições e profissionais do direito) como problema e uma abordagem minimalista do direito (reformas jurídicas) como solução. No mesmo sentido, o plano de discussão das soluções de acesso é multivariável, uma vez que não pode escapar de analisar desde soluções descomprometidas com as funções políticas dos tribunais, como os meios alternativos de resolução de conflitos, até soluções mais radicais de questionamento da epistemologia do direito e da ética das profissões jurídicas, como os advogados populares. No presente eterno de falta de acesso à justiça e necessidade do seu aperfeiçoamento, todas as alternativas são facilmente integradas no curso de uma mudança normal. A predeterminação na análise do acesso à justiça é herdeira direta da proposta de movimento universal de acesso à justiça formulada no âmbito do Projeto Florença (ver nota de rodapé 1).

De acordo com Cappelletti e Garth (1988), a evolução do conceito de acesso à justiça acompanha as mutações do Estado e, nesse sentido, progride de uma perspectiva formal, vazia de efetividade, típica do Estado liberal, para adquirir um significado material com a consagração de direitos económicos e sociais pelo Estado-providência. Tal mudança de significado decorre da evidência de ser despropositada a consagração de direitos que exijam uma prestação positiva do Estado sem a previsão de mecanismos para sua reivindicação (Cappelletti e Garth, 1988: 11). Se é certo que um Estado democrático, para

além de proclamar direitos, deve garanti-los, a efetividade do acesso à justiça é um requisito fundamental para a intensificação da democracia num Estado. O reconhecimento dos obstáculos a serem transpostos para um direito de acesso à justiça efetivo é, portanto, a condição primeira de uma ordem jurídica igualitária. A par da reflexão no âmbito dos estudos de resolução dos conflitos, os resultados do Projeto Florença vieram apontar que as vantagens de utilização do sistema jurídico são aproveitadas sobretudo pelos litigantes organizacionais, enquanto os obstáculos são mais pronunciados para as pequenas causas, para os litigantes individuais, especialmente os mais pobres, e para a construção de soluções processuais e institucionais que possibilitem a reivindicação dos interesses difusos e coletivos.

Cappelletti e Garth (1988) argumentam a existência de uma variação significativa no acesso à justiça de acordo com as possibilidades das partes, nomeadamente, no que respeita a diferenças de condições financeiras, na aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação e no facto de serem litigantes eventuais ou habituais do sistema. De acordo com Galanter (2003) os litigantes habituais (*repeat players*), como acumulam muitos casos, trazem consigo um conjunto de vantagens no recurso às instituições jurídicas: maior experiência, economia de escala, distribuição dos riscos, entre outros. Por outro lado, as causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia ou, se isso não acontecer, podem consumir o pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade. Os constrangimentos no acesso das pequenas causas são apenas uma das faces do múltiplo processo de vitimização dos pobres no acesso à justiça. Como demonstrou Santos (1986), neste período, um vasto conjunto de estudos sociojurídicos veio identificar as muitas faces das desvantagens dos pobres face ao sistema jurídico. Se é certo que os bloqueios económicos, sociais e culturais ao acesso à justiça são gerais, não é menos verdade que as classes populares sofrem uma dupla vitimização. Neste sentido, a justiça é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis (em regra titulares de ações de menor valor) e a lentidão dos processos é ainda sentida como um custo adicional. O distanciamento cultural e geográfico dos tribunais é igualmente mais

acentuado para os mais pobres, que apresentam ainda um déficit mais elevado no que respeita ao conhecimento dos direitos e das garantias jurídicas existentes (Santos, 1986).

Ao discutir as soluções práticas que os sistemas de acesso à justiça de diferentes países vieram a adotar, particularmente inspirados pela trajetória evolutiva do reconhecimento do direito de acesso à justiça nos Estados Unidos, Cappelletti e Garth apontam para a existência de um conjunto articulado de reformas jurídicas com o objetivo de atacar, de forma compreensiva, as barreiras ao acesso. Estas iniciativas de reforma foram categorizadas, em sequência mais ou menos cronológica, no que ficou conhecido como ondas de acesso à justiça. As ondas devem ser entendidas como um esforço coerente de expansão no sentido de alargamento das oportunidades, o que significa que a realização plena do acesso à justiça implica a plena realização dos momentos de reforma jurídica que cada onda implica, sendo insuficiente a realização de uma reforma parcial para substituir o que seriam os efeitos de reforma necessários em momentos anteriores. Por exemplo, a introdução de mecanismos de resolução alternativa de conflitos sem a consolidação de sistemas amplos de assistência jurídica e/ou efetivação de direitos difusos. Apesar de reconhecer que nem todos os países apresentaram desenvolvimentos similares à evolução do acesso à justiça nos Estados Unidos, que infundiu a elaboração da metáfora de ondas de acesso à justiça, em 1981, Cappelletti defendia a adequação desta metáfora na medida em que permite discutir as implicações das tendências de reforma nos lugares em que ampliação do acesso à justiça não está completamente desenvolvida.

A primeira onda reúne os esforços de incrementação do acesso à justiça através da prestação de serviços jurídicos para os pobres. Neste primeiro impulso, a atitude positiva do Estado no sentido de garantir o acesso resultou na melhoria das estruturas de assistência judiciária, de forma a universalizar a cobertura daqueles que dela necessitavam. Nos diferentes países, o aperfeiçoamento dos sistemas de assistência judiciária materializou-se na adoção de modelos distintos que variaram sobretudo entre a opção pela prestação de serviços jurídicos através de servidores públicos, da advocacia privada ou da contratação de advogados para atuarem em centros comunitários ou em escritórios de vizinhança. Nesta primeira fase, a resolução dos problemas do acesso pela



via da assistência judiciária evidenciou algumas limitações. Por um lado, a necessidade de se garantir a qualidade da assistência através de um grande número de profissionais com alta qualificação onerou consideravelmente o orçamento do Estado. Por outro lado, os sistemas de assistência judiciária foram idealizados para o tratamento da micro-litigação individual, excluindo, à partida, a representação de interesses difusos e coletivos.

Para responder a esta última limitação, a segunda onda de reformas destinou-se a uma reformulação procedimental e institucional de modo a permitir a representação dos direitos difusos e coletivos. Neste movimento, a revisão de noções tradicionais do processo civil para possibilitar a autoria individual ou dos diferentes grupos na proposição de ações coletivas foi acompanhada pela ação pública e privada no sentido de fomentar a criação de estruturas especializadas no tratamento das questões de interesse público. Nesta progressão de soluções jurídico-institucionais de ampliação do acesso, a terceira onda teve como enfoque o acesso à justiça como um todo, estendendo a sua atenção para além da advocacia pública ou privada, judicial ou extrajudicial, pretendendo alcançar o conjunto geral de instituições e mecanismos para processar, prevenir disputas e distribuir direitos. Esta abordagem do acesso à justiça estabelece um conjunto diversificado de possibilidades: (1) reformas processuais no sentido de redução dos custos e simplificação dos procedimentos; (2) desjudicialização, desprofissionalização e informalização da resolução de conflitos; (3) especialização das estruturas e procedimentos judiciais para o tratamento de pequenas causas ou causas de particular relevância social; (4) mudanças nos métodos de prestação dos serviços jurídicos.

A teorização decorrente da investigação do Projeto Florença corresponde a um momento de otimismo nos modelos de interesse público e defesa de um ideal de serviço público democratizante, redistributivo e ativista. Nesta lógica, tal como a moradia, a assistência à saúde ou a educação, o direito seria fornecido como bem público através do acesso à justiça. Esta abordagem intelectual alimentou-se sobretudo da crença no Estado-providência como ponto de chegada das sociedades ocidentais (Mattei, 2007). Vê-se a política pública de acesso à justiça através das lentes de uma época de ouro, assente no progressivo alargamento das oportunidades de acesso. Nos países centrais, a

prosperidade do Estado-providência foi o cenário desta expansão e as profissões jurídicas, os atores principais. Em tempos recentes, testemunha-se um esgotamento da agenda “justiça para todos” acompanhado de uma perda de controlo das profissões jurídicas sobre os processos de reforma do acesso à justiça. O pêndulo do acesso à justiça descaí da predeterminação, dirigindo-se para a fragmentação.

A abordagem em torno da fragmentação, por sua vez, herda o ceticismo decorrente de um movimento de acesso à justiça frustrado. O próprio Cappelletti, numa publicação revisionista sobre o Projeto Florença, afirmou que o sentido das reformas jurídicas na prática veio desequilibrar a relação entre acesso e justiça:

Recognizing that formal, nineteenth-century rights of access were inadequate, since they amounted in practice to denials of effective access for much of the population, there has been an increasing effort in the twentieth century to move beyond a merely formal right. That effort, however, brings new problems. Access reforms adopted to aid large numbers of persons may come only at a relatively high price, particularly if they are confined to subsidized lawyers and to judicial procedures. The pressure of costs – especially in times of straitened governmental budgets like the present – militates in favor of a “wholesale justice”, which may in turn come only at the expense of quality of justice (Cappelletti, org., 1981).

O fim da era das políticas de bem-estar abalou seriamente a capacidade das instituições oficiais em manter grandes sistemas públicos de assistência jurídica, comprometendo a confiança teórica nos modelos universais de acesso. O debate sobre acesso à justiça rege-se, assim, sob o signo do afunilamento e da seletividade através de limitações de financiamento, de restrições na definição dos beneficiários e dos problemas jurídicos, de redução do alcance dos serviços, entre outros, afastando-se gradualmente do âmbito da proteção social do Estado e fragmentando-se na administração de um mercado de serviços jurídicos e de mecanismos alternativos de resolução de conflitos (Flood, 2009). A fragmentação, em oposição à predeterminação, altera radicalmente a relação entre oportunidades e resultados de acesso à justiça.

Do ponto de vista do impacto social é possível explorar o tema do acesso à justiça através de dois ângulos de abordagem: a igualdade de oportunidades (o sistema deve ser igualmente acessível a todos) e a igualdade de resultados (o sistema deve oferecer respostas que sejam individual e socialmente justas) (Cappelletti e Garth, 1988). Numa

perspetiva em que o acesso à justiça está integrado na política social do Estado e num movimento universalista de reformas, a igualdade de oportunidades de acesso é vista como igualdade de resultados, isto é, a promoção do direito e da justiça é em si mesmo um meio de promoção da justiça social. As mudanças nos padrões de investimento do Estado na política pública de acesso à justiça quebram esta estreita ligação entre oportunidades e resultados. A impossibilidade de uma política universalista de acesso à justiça e o fosso existente entre o acesso enquanto princípio e o acesso enquanto prática encarceraram 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.

Neste campo, o papel dos estudos sociojurídicos de acesso à justiça é redefinido. Num contexto em que o valor justiça é transferido de um campo moral, em que a sua universalidade é defendida de um ponto de vista axiológico, para o campo económico, a questão é pragmática: a utilidade da justiça e dos profissionais justificam o investimento em sistemas abrangentes de assistência jurídica? (Moorhead, 2003) A investigação empírica ganha, assim, um papel de intervenção na defesa dos serviços jurídicos. Ao evidenciar as ausências e as deficiências na cobertura da assistência jurídica e as vantagens dos serviços prestados, oferece argumentos que colaboram com a defesa do seu financiamento ou, pelo menos, evitam que o orçamento seja cortado.

Com base em Moorhead (2003) denomino a atual fase de acesso à justiça de pós-universalista. Parece natural a dúvida acerca da capacidade de o acesso à justiça realizar plenamente o potencial emancipatório da expectativa de igualdade perante a lei. Afinal, as desigualdades económicas, sociais e políticas assumem diferentes dimensões, não sendo expectável que a prestação de serviços jurídicos venha a colmatar todas as impropriedades que a aplicação do princípio de igualdade perante a lei pode implicar. Se não é nova a intrínseca limitação do acesso à justiça na realização dos seus objetivos, o

que diferencia a fase pós-universalista é a transparência com que a questão da justiça é tratada como uma questão de política económica. Assume-se os serviços jurídicos públicos de acesso à justiça como esquemas retributivos limitados que legitimam o papel do Estado como promotor de acesso à justiça enquanto traem as suas promessas (Abel, 1996: 160). A discussão move-se de um terreno moral para a análise de custos e benefícios.

Esta justiça, que compete publicamente por financiamento, junto com outros serviços de bem-estar social como saúde e educação, passa a ser uma matéria de coordenação de despesas entre administradores e gestores, o que, conseqüentemente, diminui o papel e a importância das profissões jurídicas na definição dos rumos do acesso à justiça. Os próprios profissionais passam a ser objeto de controvérsia pública acerca da utilidade do seu financiamento como prestadores de serviços pagos pelo Estado, o que aproxima a questão da qualidade dos serviços jurídicos à discussão sobre eficiência e a eficácia dos seus préstimos. Neste terreno, são recuperadas as propostas de acesso à justiça defendidas num âmbito de crítica epistemológica ao direito como monopólio científico e profissional (educação popular para os direitos, participação leiga na justiça, informalização e desprofissionalização), contudo, o conteúdo radical das propostas é neutralizado, interessando apenas o seu potencial como resposta económica aos problemas do sistema de justiça. Daí que a característica mais marcante desse período seja o esvaziamento ideológico das alternativas, sem surpresa, vemos a discussão do acesso à justiça ser sub-repticiamente deslocada para o domínio despolitizado dos meios alternativos de resolução de conflitos. O relativismo ideológico é também reforçado no âmbito da solução, considerada inevitável, de coordenação de todos os esforços para resolver o problema da falta de acesso. Num contexto de fragmentação, não sendo clara a direção da política pública, se emerge como solução a coordenação de todas as iniciativas, todas as direções resultam em direção nenhuma.

As narrativas e micronarrativas behaviouristas do acesso à justiça inserem-se na dinâmica de aperfeiçoamento de um Estado-máquina. Se é certo que permitem aos cientistas sociais do direito contribuir para o futuro do Estado, é igualmente correto que as

expectativas que estas trajetórias levantam acerca da mudança social através do direito são baixas. Ao dedicarem-se às nuances de funcionamento de um aparelho de resolução de conflitos, os estudos sociojurídicos dedicaram-se a desvendar as iniquidades de reprodução de uma justiça rotineira. Como rotina, a justiça adequa-se mais aos propósitos da dominação política do que à transformação social, consagrando-se no papel de normalizadora e apaziguadora dos conflitos sociais. Não à toa, os estudos empíricos revelaram os perigos de se interpretar o desenvolvimento do acesso à justiça pela máxima da rotinização. Nesse sentido, alertaram para os riscos de se ter como modelo de resolução de bloqueios do acesso à justiça o modelo de bloqueios do funcionamento das agências do Estado, chamando atenção para o facto de os problemas sociais de quem é carente de justiça não se resumirem a conflitos jurídicos individuais de pessoas cujo maior problema considerado é o de não poderem suportar o preço de se obter justiça pelas mãos do Estado.

Contudo, apesar de observarem a reprodução cultural e simbólica da injustiça através de uma política de acesso dedicada a resolver a crise do judiciário e discutir a regularidade da representação processual nos conflitos levados a tribunal, os estudos sociojurídicos continuaram aprisionados à armadilha de construção de uma política de acesso à justiça limitada. Afinal, o conhecimento produzido tem assentado numa observação dos modos de funcionamento e aperfeiçoamento de técnicas e instituições de governo que separam a criatura da vontade do criador. A ausência do elemento vontade como intrínseco à tecnologia de governança retirou da discussão o facto de que o fracasso, a fragmentação ou a pré-determinação de um futuro abastado para o acesso à justiça é uma questão de escolha<sup>42</sup>. É na escolha política do Estado-pessoa que se estabelecem os limites dos bloqueios e das desigualdades que uma reforma de acesso à justiça vai atacar ou reproduzir.

---

<sup>42</sup> O processo de construção, consolidação e manutenção do programa de serviços jurídicos para atendimento de questões cíveis nos USA (*Legal Service Corporation*) tem sido usado por diferentes autores como exemplo para debater o elemento da escolha política na construção de alternativas de acesso à justiça, com análise das ações e reações que, à esquerda e à direita, o programa de acesso à justiça tem recebido, bem como as consequências dessas reações no que toca à restrição ou à garantia do financiamento. O título do artigo de John Kilwein (2002) é a esse respeito bastante sugestivo (*The decline of the Legal Services Corporation: It's ideological stupid!*). Ver, Johnson Jr., 1974 e 2002, Rhode, 2004 e Below, 1981.

O papel secundário que os estudos sociojurídicos dedicaram ao Estado-pessoa é o que explica, de um lado, o esvaziamento ideológico que deles resulta e, de outro o facto de só ter sido possível prever um futuro de ouro do acesso à justiça no âmbito da previsão de uma natural expansão da própria máquina do Estado, através da consolidação do Estado-providência. Neste âmbito, a crise definitiva da possibilidade de Estado-providência mesmo nos países centrais é o balde de água fria que faz com que as expectativas de construção de uma política de acesso à justiça sejam niveladas por baixo neste momento, encontrando nos meios alternativos de resolução de litígios e na eficiência e na eficácia, como critérios apolíticos de verificação da qualidade e da utilidade dos serviços jurídicos, manifestações contundentes. Na secção a seguir, indago-me se é possível aumentar as expectativas acerca da mudança social obtida através do acesso à justiça, para tanto, movo-me de uma consideração behaviourista para discutir a justiça como instituição política.

## SER OU NÃO SER: ACESSO À JUSTIÇA, TRIBUNAIS E EMANCIPAÇÃO SOCIAL

Se a auspiciosa formulação de um movimento universal de acesso à justiça rapidamente se transformou num monumento de fragmentos, fracassos e justificativas do falhanço na democratização dos estados, tem mantido, contudo, um lugar reservado como promessa de futuro para as sociedades democráticas. A discussão desta promessa e sua falência tem sido recheada de dados empíricos, propostas e agendas de reforma cujo sentido crítico se esvazia no curso de uma mudança normal do direito e da construção de uma reforma social orientada. Procurei demonstrar que os estudos sobre o acesso à justiça serviram adequadamente a este esvaziamento devido à compatibilidade entre o ideal de democratização do direito e a predominância de um paradigma realista progressivo na reflexão académica sobre o acesso à justiça. Num primeiro momento, a reflexão empírica e normativa sobressai pela sua utilidade na demonstração real das deficiências de acesso e na construção de agendas reformistas. Num segundo plano, oscila entre a utilidade pragmática e a inutilidade realista, uma vez que a concretização do futuro do acesso à

justiça depende da vontade dos governos. A reflexão sociojurídica ocupa, assim, um lugar de espera pela vontade política, uma espera que preenche afirmando a necessidade de acesso, ora demonstrando os seus fracassos, ora oferecendo propostas para o seu êxito.

No entanto, a esperança de sair da posição de expectador da vontade política e tornar-se parte do processo de decisão do sistema de governo tem sido confiada à possibilidade de acesso à justiça. 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 para não ter que esperar mais. Esta relação entre esperanças e expectativas no âmbito do acesso à justiça 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 acesso à justiça não pode ser resolvida no domínio da administração rotinizada dos conflitos pelo sistema jurídico, requerendo uma mudança do foco de análise do Estado-máquina para o Estado-pessoa, noutras palavras, implica o debate da justiça como instituição política.

A discussão do acesso à justiça sofre, assim, um afunilamento do seu alcance compreensivo para dedicar-se à discussão dos limites e das possibilidades de realização da emancipação social pelos tribunais. A 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.). Logo, a reivindicação de uma solução jurídica sobre a titularidade do direito, muito embora aparente ser uma solução meramente técnica, pode assumir um forte conteúdo de mudança do *status quo* social e político (Santos, 1986). Devido às suas potencialidades no âmbito da transformação e justiça social, o conceito de acesso à justiça 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.). Contudo, no campo da disputa pela distribuição dos recursos políticos, dado o papel dos tribunais enquanto órgão de soberania dedicado à aplicação e à garantia dos direitos em última instância, o acesso à justiça *strictu sensu*, isto é, o acesso ao poder judiciário, assume a centralidade da discussão.

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 instituições<sup>43</sup> (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, reconhece-se que o judiciário exerce poder, aliás, como qualquer outra instituição ou órgão do Estado. 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. Consequentemente, também os tribunais se submetem a um contexto de legitimação constante, procurando mais consenso e apoio do que oposição e resistência. Esta busca por legitimidade, por sua vez, circunscreve as possibilidades de ação dos tribunais tal e qual ocorre com os poderes executivo e legislativo.

---

<sup>43</sup> 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. Sobre o tema, ver, Shapiro e Stone Sweet, 2002; Trochev, 2004; Guarnieri e Pederzolli, 2002; Stone Sweet, 2000, Epstein e Knight, 1996 e Hirschl, 2004. No Brasil, ver Vianna, 1999; Koerner e Maciel, 2002. Em Portugal, ver Santos, 2011.



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 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. Como se vê, do ponto de vista da relação entre direito e emancipação social, a abordagem institucionalista aponta mais limitações do que vantagens<sup>44</sup> 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 otimismo e ceticismo (Duarte, 2011). 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 institucional. Demonstrando os apertados limites institucionais do judiciário, Rosenberg (2008) narra a experiência de transformação social pelos tribunais como uma experiência de emancipação regulada. Desde logo indica a necessidade de apoio para que os tribunais possam fazer frente às tentativas de ludibriar a aplicação das decisões judiciais por parte dos outros poderes políticos. Por outro lado, a ineficácia da mudança social decidida pelos tribunais evidencia-se na dependência judicial face a poderes de implementação que competem a

---

<sup>44</sup> 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.*

outros órgãos, o que, no fundo, decorre de a arquitetura política dos estados modernos liberais se ter encarregado de criar um poder judiciário sem poderes.

Ao analisar a experiência americana, Rosenberg exemplifica essas limitações ao referir as barreiras políticas levantadas por muitos líderes políticos norte-americanos para a implementação do direito de aborto, bem como a necessidade de intervenção do governo federal para se garantir as decisões judiciais conquistadas pelo movimento de direitos civis. Neste quadro, adverte primeiramente para o que considera ser um desperdício financeiro, de talentos e de recursos críticos, apostar numa alternativa de mobilização cujo resultado pode ser o enfraquecimento político da causa. As vitórias judiciais simbólicas seriam responsáveis por conduzir ao erro estratégico de celebração de uma ilusão que encobre uma realidade desencantada, desviando a atenção das forças sociais do caminho de transformação desta realidade. A concentração de esforços na judicialização, neste sentido, acaba demovendo a utilização de outros meios de reivindicação que poderiam ser mais efetivos e menos comprometedores dos recursos disponíveis. Por fim, adverte para o efeito de contra-mobilização que acompanha a judicialização de casos controversos. Se uma das vantagens imediatas do recurso aos tribunais é a maior popularidade dos casos, o outro lado desse movimento é a mobilização dos oponentes da causa. Muito embora os dois lados já existam antes do recurso ao tribunal, as posições fortalecem-se na batalha judicial e um dos resultados negativos da falta de eficácia da ação judicial é o fortalecimento de quem se opõe à causa.

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 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, conseqüentemente, 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 acadêmica acerca da relação entre ativismo social, direitos e papel dos tribunais. A própria relação entre a teoria dos movimentos sociais e a sociologia da política de direitos manifesta a oscilação entre o deslocamento centro-periferia do papel da litigação e do direito. Se é certo que a teoria dos movimentos sociais tem dado uma atenção marginal ao papel do direito, enquadrado como recurso no âmbito da análise organizacional dos movimentos, não é menos verdade que a sociologia e a teoria do direito dedicam-se aos resultados das instituições jurídicas na defesa do/s direito/s como se não existisse uma agência exterior a estas instituições. Este estranhamento tem sido ultrapassado aos poucos através da análise de categorias híbridas às duas reflexões disciplinares, como mobilização do direito<sup>45</sup> ou advogados de causas<sup>46</sup>, que circulam na fronteira entre estrutura e ação jurídicas. Neste ponto, a abordagem institucionalista e positivista é abandonada em nome de uma abordagem constitutiva do direito.

---

<sup>45</sup> Para um conceito de mobilização do direito interdisciplinar, ver Mccan, 2006. Para uma abordagem unidisciplinar da mobilização do direito, ver Black, 1973.

<sup>46</sup> Ver Sarat e Scheingold, 1998, 2001 e 2005. Para a reflexão sobre a ação dos advogados populares no Brasil, ver Junqueira, 2001; Santos e Carlet, 2010 e Carlet, 2010.

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 e identidades. Nos termos de Merry (1994) a abordagem culturalista do direito implicou deixar de lado o domínio da investigação empírica da resolução de conflitos, já tomado como certo, e aventurar-se por domínios, como os direitos humanos ou as narrativas nos tribunais, em que categorias como a contexto, identidade e interseccionalidade são centrais às preocupações metodológicas. A sociologia interpretativa do poder cultural do direito devolve uma abordagem compreensiva ao acesso à justiça para explorar a relação entre direito e emancipação social. 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 Santos (2002a: 243-303) 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. Numa conceção pós-moderna do direito, o Estado é apenas um dos domínios de interlegalidade, o domínio da cidadania.

No âmbito de uma abordagem constitutiva do direito, reescreve-se a relação entre tribunais e emancipação social. A abordagem positivista e institucionalista reforça a imagem do Estado como centro, afirmando a essencialidade dos tribunais na redistribuição dos recursos políticos em conflito, o que 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, o que inverte os termos da pergunta sobre a utilidade 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. Handler (1992) apresenta este dilema no âmbito da composição e da agenda dos novos movimentos sociais. Os novos movimentos sociais, que podem ser considerados os arquétipos da política pós-moderna, advogam uma nova forma de fazer política (baseada na ação direta, processos de decisão participativos, estruturas descentralizadas), defendem maior atenção ao cultural e às questões relativas à qualidade de vida, apelam por maiores possibilidades de participação nas decisões políticas e estão determinados a lutar por uma vida melhor, sem, contudo, pré-determinar os planos para uma sociedade melhor. Como criticam os padrões de racionalidade institucionalizada da modernidade, rejeitam um desenho institucional ou uma visão compreensiva para uma nova sociedade. As questões, reivindicações e demandas que levantam não referem a uma visão ou força unificada, por isso, 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-la.

No que toca à discussão sobre o acesso à justiça, movemo-nos de um terreno seguro, a defesa de um movimento universal de acesso à justiça que tem como protagonista o Estado e as profissões jurídicas 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 microsociologia 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 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 o acesso à justiça 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. Noutras palavras, a discussão do acesso à justiça ou celebra o presente pelo que nele há de pós-moderno ou celebra o que há de moderno no presente.

Na minha conceção, uma teoria crítica pós-moderna do acesso à justiça assenta em três momentos de consciência: uma consciência epistemológica, uma consciência política e uma consciência pragmática. A consciência 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 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 consciência 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 numa construção do direito através do diálogo entre as diferentes experiências de poder, opressão e conquista de direitos. A consciência 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 se renegar a política de direitos do Estado. Ainda que o discurso liberal e social de direitos integre um regime epistemológico de interdição e um regime político de dominação e gestão da exclusão e inclusão, a perda de fé nos direitos só gera consequências danosas para os interditos do direito, cuja aposta na linguagem dos direitos pode atuar como motor para a refundação do seu valor nas sociedades. Assim, a luta por acesso à justiça afirma-se como um processo 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 do acesso à justiça dirige-se à reformulação das categorias sociedade civil e Estado.

### *Sociedade Civil*

O enquadramento da sociedade civil no âmbito da discussão do acesso à justiça tem uma história linear que acompanha a evolução do seu contraponto, o Estado. Como atesta a ideia de movimento global de acesso à justiça, pode-se dizer que à sociedade civil sempre coube um papel secundário, limitado à função passiva de utente da evolução do Estado, este sim, protagonista da reforma social dedicada à evolução do acesso à justiça. Assim, a sociedade civil beneficiária da política pública de acesso à justiça veio corresponder aos modos de funcionamento de um Estado-providência especialmente em face da previsão

de direitos económicos e sociais a serem reivindicados contra o Estado. No mesmo sentido, nos marcos de um Estado liberal, instaura-se uma política de acesso à justiça reparatória, em que as distorções na igualdade de representação processual são restauradas pela ação filantrópica dos profissionais do direito.

Com a crise do Estado-providência esta relação foi alterada, emergindo a sociedade civil panaceia dos males do acesso à justiça e da fraqueza do Estado. A sociedade civil panaceia pode assumir três sentidos (Comaroff e Comaroff, 2006):

- 1 A sociedade civil contra o Estado, onde as questões relativas ao acesso à justiça são resolvidas pela autorregulação das partes.
- 2 A sociedade civil de soluções privadas, celebrada como alternativa econômica e eficaz de oferta de serviços jurídicos.
- 3 A sociedade civil comunidade, como organização, agente ou ação coletiva que partilha os custos e as responsabilidades da governação<sup>47</sup>.

É curioso notar a recuperação da dicotomia Estado-sociedade civil em face do reconhecido falhanço da categoria sociedade civil na realização da promessa moderna de igualdade, como defendi acima. A teorização crítica do acesso à justiça fica a padecer diante deste facto: a evidência da insuficiência da dicotomia Estado-sociedade civil não foi acompanhada da problematização da categoria sociedade civil como esfera de realização dos direitos e das liberdades. Assim, a sociedade civil foi reerguida como solução para o problema da falta de acesso à justiça, num contexto em que a construção da própria categoria sociedade civil é um exemplo inegável da histórica denegação de justiça na distribuição dos recursos políticos do Estado moderno. No âmbito de um consenso hegemónico neoliberal que assevera a existência de um Estado fraco (Santos, 2007b), o seu contraponto, a sociedade civil, ganha força e destaque.

---

<sup>47</sup> Em Portugal, o aparecimento da comunidade e do mercado como panaceia no âmbito do direito de família e menores tem sido analisado por Pedroso e Branco (2010). Ver também Pedroso, 2001. No Brasil, a capacitação da comunidade tem recebido atenção de programas de acesso à justiça financiados pelo Estado. Ver Secretaria de Reforma do Judiciário, 2006 e 2008.



Enquanto categoria clivada de tensões, a dicotomia Estado-sociedade civil tem resistido como os polos opostos de uma equação de liberdade e igualdade quando: (1) livres e iguais nunca foram atributos estendidos a todos e a todas; e (2) a própria ideia de liberdade das transações individuais sempre esteve dependente de alguma regulação econômica e social por parte do Estado. Contudo, 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, 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 secundárias<sup>48</sup>, como denominou Santos (1990). 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. No âmbito da discussão sobre acesso à justiça, a sociedade civil como panaceia da falta de acesso tem reproduzido sobre a dicotomia uma dupla invisibilidade: (1) a invisibilidade da manutenção da burocracia e da violência 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 de justiça.

O carácter problemático da sociedade civil como solução no âmbito do acesso à justiça 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

---

<sup>48</sup> 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)

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 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 Santos (2007a). A meu ver, é nas divisões visíveis, invisíveis e abissais, que sustentam o jogo relacional entre sociedade civil e Estado, que deve residir uma noção compreensiva de acesso à justiça.

Na discussão feita até aqui, a conceção compreensiva do acesso à justiça é clara. Nos termos em que formulei no início deste capítulo, trata-se de uma progressiva diversificação judicial e não judicial, administrativa e não-governamental dos modos de entregar o direito. Pronunciado no âmbito de um movimento global e evolutivo do acesso à justiça pode-se dizer que a visão compreensiva, se não esteve atenta à emergência das subjetividades, soube reconhecer a existência de uma sociedade civil estratificada, que seria atacada por oportunidades de acesso à justiça 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) (Santos, 2003), sendo contra essa estratificação que a ampliação do acesso à justiça atua. 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 acesso à justiça como indicador da qualidade da democracia nas sociedades contemporâneas.

Contudo, o que a realidade de incumprimento ou cumprimento fragmentado da realização do acesso à justiça 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 conflitos individuais. A realidade do acesso à justiça aponta para uma dinâmica de não acesso que reproduz uma divisão abissal entre a experiência da justiça e a experiência da opressão. A experiência da justiça corresponde a uma cidadania, em regra, individualista liberal, enquanto a experiência da opressão integra a imagem do Estado disciplinador e repressivo como centro. É a linha abissal entre justiça como cidadania e justiça como violência que explica o fenômeno popularmente conhecido como acesso à justiça pela porta dos fundos, isto é, o acesso à justiça da sociedade civil incivil é a justiça criminal.

A experiência de acesso enquanto oportunidade de apreciação rotineira do conflito individual, 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, tampouco às demandas de democracia participativa nos processos de decisão dos tribunais. As dificuldades de adequação e organização do judiciário à legislação de violência doméstica, legislação anti-racista é um bom exemplo desta realidade. O sistemático não acesso à justiça, por sua vez, resulta de uma divisão total entre a

repressão e a promoção do direito. Esta distinção é comumente apagada nas discussões de acesso à justiça uma vez que a defesa de um movimento progressivo de alargamento do acesso 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 do carácter compreensivo do acesso à justiça.

O primeiro passo de compreensão deve dirigir-se às divisões invisíveis e abissais produzidas pelo direito e pelo funcionamento dos mecanismos de acesso. 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. O reconhecimento das divisões é intensivo, implica conhecer as dinâmicas de fascismo social<sup>49</sup> (Santos, 2003) que, no âmbito da sociedade civil incivil e do lado da linha da justiça como violência, são os obstáculos ao acesso à justiça. Essa mudança de perspectiva não só assumirá o direcionamento da política de acesso ao domínio da sociedade civil incivil como imporá o acesso à justiça como uma dinâmica de co-presença radical (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*

A relação entre Estado, direito e acesso à justiça tem sido enquadrada numa abordagem estruturalista. A experiência de acesso enquanto conformada aos padrões de funcionamento das estruturas jurídicas implica uma forma peculiar de contar o acesso à justiça. 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. São, neste sentido, precisas as palavras de Abel (1985: 598): *legal aid is a social reform that begins with the solution – lawyers – and then looks for problems that it might solve*. De outro lado, é uma história

---

<sup>49</sup> Ver capítulo 4.

que os países centrais desenvolvidos contam para os países da periferia do sistema mundo. Como afirma Blakenburg (2002), a história da assistência jurídica é a história de estados de bem-estar generosos e de profissões jurídicas poderosas.

Essa maneira de contar a história reproduz-se na reflexão académica e nos critérios de escolha de casos para estudos históricos e comparados<sup>50</sup> do acesso à justiça, em geral, e da assistência jurídica, em particular. Num estudo comparado sobre a evolução da assistência jurídica, Blankenburg (2002:112), por exemplo, justifica a não escolha de países latino-americanos, africanos e asiáticos como casos, por estes ainda ocuparem uma espécie de pré-história da assistência jurídica, dada a inexistência de cobertura por parte de um Estado-providência:

Our multi-country comparison sets out to compare only countries which were known to have developed an effective legal aid infrastructure for a wide array of problems, not just criminal defense. This implies that comparison is restricted to the rich countries around the world. In some countries of former British Commonwealth like India or Bangladesh, we find admirable lawyer initiatives. Likewise we find clinics in South Africa and at Latin America universities encouraged by development programs. Lacking a welfare state environment, however, they remain isolated initiatives, sponsored by reform-minded groups, often from rich countries. As one would predict, without a welfare state covering basic poverty one does not find a developed legal aid infrastructure.

O acesso à justiça que conta está profundamente, portanto, influenciado pelo que Guah (2002) denominou estatismo. De acordo com Guah (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 vigentes. Esta visão contamina inclusivamente aos oponentes da ordem vigente, uma vez que a oposição procura substituir uma totalidade por outra, o poder vigente *versus* outro sonho de poder. Se o acesso à justiça é 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 do acesso à

<sup>50</sup> Basta verificar a escolha de estudos de caso do Projeto Florença. Ver também Regan, *et al.* (orgs.), 2002.

justiça corresponde à influência e ao poder daqueles que tiveram poder para transformar determinadas propostas de reforma em acontecimentos históricos.

Em raríssimas ocasiões esses acontecimentos corresponderam aos valores e às expectativas daqueles e daquelas a quem as reformas de acesso à justiça têm-se dirigido. Assinalo, neste âmbito, duas observações. A primeira é o fato de os acontecimentos históricos do acesso à justiça terem como centro o Estado, ignorando que em grande parte do mundo a história do acesso à justiça 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. Estes acontecimentos foram deixados de fora de estudos históricos e comparados que simplificaram a história do acesso à justiça na trajetória da generosidade e escassez dos Estado-providências. A segunda observação é a influência que o estatismo exerce nas visões competitivas sobre o acesso à justiça na atualidade. Sendo certo que a realidade é de incumprimento da promessa do acesso à justiça e de perda do poder das profissões jurídicas em face da construção de uma política económica da justiça, o espaço remanescente de debate acerca dos conceitos e dos modelos de acesso à justiça é geralmente um espaço de competição entre visões de diferentes profissões jurídicas, na tentativa de influenciar as decisões do Estado, uma competição entre diferentes sonhos profissionais de poder.

Noutra dimensão, a história das conquistas no âmbito do acesso à justiça 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 à justiça, 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 baseado 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/de causas, o facto é que a atuação profissional que promove a mudança social o faz num papel que reforça a autoridade do campo jurídico e a separação entre o conflito jurídico e o conflito social.

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 já tive ocasião de defender, 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 em 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 à justiça 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 à justiça, recusando o valor histórico de uma narrativa exclusiva dos momentos de expansão do Estado e do papel dos profissionais protagonistas desta expansão. A dimensão geológica faz a prospeção da estrutura de apoio das causas sociais e a gestão dos recursos disponíveis, nesta avaliação geológica, o direito do Estado é um artefacto cultural à disposição da luta social. A mudança do Estado não tem por objetivo substituir o poder estatal por um sonho de poder equivalente com outros titulares. Por essa razão, a escala de ação do acesso à justiça 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.



## CONCLUSÃO

Abordar o acesso à justiça deveria ser muito simples e não só porque a simplicidade deve ser o comprometimento primeiro de qualquer texto dedicado a este tema. Deveria ser simples falar de acesso à justiça por ser autoevidente que, quando a justiça e o direito fazem falta, quando os regimes de verdade nos quais a justiça e o direito assentam cometem faltas, é exatamente de acesso à justiça e ao direito que se precisa. A escassez de um bem ou de um instrumento, a exclusividade ou a unicidade de um valor põem na ordem do dia a sua apropriação, utilização e/ou resignificação por quem deles precisa. Seria, então, natural defender o carácter contraditório da utilização do direito e do valor justiça, o endógeno compromisso de emancipação que lhes integra e o papel repressivo de controlo e estabilização das relações sociais de que estão encarregados.

O direito e a justiça como promessas e o acesso como resposta não estão, contudo, confrontados num registo de tensão dos modos de distribuição dos direitos dos estados democráticos contemporâneos. Efetivamente mantêm-se acomodados numa modesta fórmula em que mais acesso associado a mais direito equivale a mais justiça. Falar de acesso à justiça neste sentido, seria, não só simples, mas também simplista, permitindo formular o que denomino estratégia de acumulação entre acesso, direito e justiça: se faz falta no acesso deve ser correspondido, preferencialmente em abundância, pelo direito e pela justiça.

A estratégia de acumulação converte o direito e a justiça em duas faces de uma mesma moeda que partilham uma única fonte de legitimidade, o Estado. A justiça rever-se-ia como justiça efetiva enquanto justiça oficial do Estado, e o direito rever-se-ia como justo enquanto garantia efetiva de direito de acesso. As oportunidades de acesso à justiça, 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 a sociologia do direito e dos tribunais, o campo de trabalho aparece claramente delimitado no estudo das deficiências e das fragilidades do direito e dos sistemas de justiça, bem como na discussão das

alternativas que asseguram o acesso. A este propósito, a estratégia de acumulação contribui para um estreitamento discursivo do acesso à justiça. A crítica do direito e do funcionamento da ordem jurídica é absorvida no âmbito de uma engenharia social de reconstrução de sistemas mais acessíveis.

Numa proposição direta: quanto mais acesso à justiça, melhor direito; quanto mais se conhece dos obstáculos que se colocam ao acesso à justiça, de mais conhecimento se dispõe para aperfeiçoar a produção e a reprodução do direito. Numa espiral sem fim, o discurso do acesso à justiça debate-se entre a exposição das fraquezas e dos obstáculos do sistema de justiça e a discussão de respostas para o seu fortalecimento. Enquanto as soluções e políticas de acesso à justiça estão permanentemente submetidas ao escrutínio de um sistema de direitos 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 acessível. A experiência de acesso à justiça é, assim, deslocada do presente. A atualidade do discurso de acesso à justiça é a de uma proposta que fracassou no passado, a bordo da pretensão de construção de um Estado-providência, e de um objetivo a alcançar no futuro, em consonância com o progresso civilizacional do direito como meio exclusivo de emancipação social.

Entre a transgressão das denúncias das faltas do direito e a promessa do progresso do direito e pelo direito como emancipação, o acesso à justiça inscreve-se no âmbito de uma hegemonia discursiva da falta de acesso à justiça. Se a desigualdade de acesso ao direito e à justiça como promoção é inversamente proporcional à desigualdade de acesso ao direito e à justiça como repressão, isto é, quem mais sofre o impacto da repressão do direito é quem menos aproveita da promoção do direito como bem-estar, falar de acesso à justiça e de igualdade perante a lei é afirmar os termos da sua negação. Reside aqui um segundo aspeto da simplicidade de abordagem do tema do acesso à justiça. 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 acesso à justiça, mas sim da falta de acesso à justiça. Tanto maior o impacto transgressivo da denúncia da

falta de acesso, maiores as expectativas quanto às promessas de emancipação social do direito e pelo uso do direito.

Contraditoriamente, se o sentido atual do acesso à justiça é a sua ausência, exige que seja feita uma opção entre a transgressão e a promessa. Caso contrário, as denúncias presentes da falta de acesso ver-se-iam facilmente deglutidas e distendidas num horizonte de aperfeiçoamento infinito do direito e da democratização dos estados, perdendo a sua atualidade. Se o discurso do acesso à justiça está encarcerado numa estratégia de acumulação futura entre acesso, direito e justiça, o discurso da falta de acesso à justiça é presente e separa os termos da equação: a reivindicação de mais justiça ressalta da evidência de menos acesso e menos direito. Opera-se uma separação entre oportunidades oferecidas pelo sistema jurídico e judiciário e os resultados alcançados, o que conseqüentemente compromete a legitimidade do Estado, se os direitos de acesso e o acesso aos direitos não são efetivos, a justiça não é justa.

Se é certo que a evidência da falta de acesso à justiça apela para sua importância e necessidade, a polarização argumentativa entre a defesa do acesso à justiça e a afirmação da falta de acesso à justiça não se resolve com a escolha de um dos dois lados. A defesa do acesso à justiça 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. A denúncia da falta de acesso à justiça enquanto componente de um sistema jurídico estatal excludente e repressivo, por sua vez, retira o significado das reformas e das políticas de acesso à justiça, ao demonstrar a sua ineficácia.

E se as oportunidades de acesso à justiça existentes, ainda que limitadas, desembocarem em resultados socialmente justos, ainda que pontuais? É possível a co-presença da promessa e da transgressão? A promessa de acesso ao direito e à justiça coabitaria com a crítica ao modo de reprodução do direito do Estado? É possível apostar na transgressão para a reformulação das promessas de acesso à justiça?

A meu ver o impacto da promessa e o potencial da transgressão das medidas de acesso à justiça têm que ser investigadas a partir do que foi invalidado como experiência histórica, seja a trajetória dos sistemas de acesso à justiça dos países periféricos, sejam as experiências de acesso à justiça daqueles e daquelas para as quais a ideia de acesso como assistência social foi pensada, as populações pobres. Nos próximos capítulos, proponho uma análise do acesso à justiça a partir das suas margens, os sistemas de assistência jurídica aos pobres em dois países semiperiféricos, Brasil e Portugal.

# ACESSO À JUSTIÇA, DESENVOLVIMENTO E/OU JUSTIÇA SOCIAL: DES-CAMINHOS DA REFORMA JURÍDICA GLOBAL

## INTRODUÇÃO

A envergadura comparativa e a promissora conceitualização teórica do Projeto Florença refletiram um década de 1960, 1970 e, com menor impacto, de 1980, de investigação comprometida com os problemas sociais e com a reforma jurídica. Nos países centrais, com a irmandade univitelina entre o movimento de acesso à justiça e o interesse das profissões jurídicas, a década de 80 também marcou a crescente opacidade do interesse das associações profissionais na agenda de acesso à justiça. Garth (2009) relata esse obscurecimento do outrora vívido movimento de acesso à justiça. A saída de cena dos advogados organizados no âmbito das disputas em torno da política de acesso à justiça representou uma mudança de atenção, do financiamento público de advogados ativistas para o papel da advocacia pró-bono.

Esta transição foi acompanhada pela investigação académica, que passou a questionar os limites da advocacia corporativa e a compatibilidade de princípios deontológicos entre a atividade lucrativa e o compromisso social com o acesso à justiça e a transformação social

(Rhode, 2005 e Sanderfur, 2007). De um ponto de vista político, a perda de ênfase na reforma social espelhou as mudanças da era Reagan e o neoliberalismo, com a substituição das preocupações com um movimento amplo de acesso à justiça pelos contornos da relação entre direito e desregulação da economia. Nesse sentido, o ementário acadêmico de acesso à justiça dispersou-se noutras direções, quer seguindo os caminhos traçados pelo movimento de resolução alternativa de litígios, quer sucumbindo à perda do idealismo dos direitos diante da estagnação do ideário de movimentos de direitos civis.

A partir de meados da primeira década do ano 2000, a promessa do acesso à justiça ganha uma escala amplificadora, a escala transacional. A agenda das instituições transnacionais e de doadores de projetos de desenvolvimento recuperou a retórica do acesso à justiça enquanto compromisso com a mudança social e direitos humanos. O reflorescimento do tema veio acompanhado de mudanças na concepção acerca das prioridades de desenvolvimento, do papel das reformas jurídicas e da finalidade de construção de um Estado de direito<sup>51</sup>. Afirmando ter aprendido que a escala faz o fenómeno (Santos, 2002a: 183-208), a cooperação jurídica internacional reivindica ter incorporado os ensinamentos que advieram do baixíssimo impacto de transformação social dos programas de reforma jurídica macro-estruturais. Nesse sentido apoiam-se numa abordagem que consideram atacar a raiz do problema, deslocando a atenção para as especificidades dos contextos locais, especialmente para os pobres e grupos em desvantagem, como objetivo central do financiamento do desenvolvimento. Esta é a retórica responsável pelo renascimento do idealismo reformista do acesso à justiça, facilmente encontrada nos documentos do Banco Mundial, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, do Banco Asiático para o Desenvolvimento, entre outros.

There are many instances in which relatively poor and vulnerable people take on rights consciousness. But under what conditions do they adopt this perspective? The ideas rooted in

<sup>51</sup> Na sua aceção mais simples o Estado de direito remete a um processo de sujeição da comunidade política ao controlo legal racional do poder pelo Estado. Esta aposta na dominação político-estatal resulta de uma dinâmica de legitimação que depende do cumprimento de, pelo menos, duas condições: (a) sujeição do poder político ao ordenamento jurídico-constitucional; (b) igualdade de todos perante a lei. Para uma discussão do conceito de Estado de direito, ver Waldron, 2008 e Tamanaha, 2008.

transnational human rights documents need to be translated into terms that make sense in local contexts. This requires the work of intermediaries, such as local organizations, human right activists, academics, journalists” (World Bank, 2006). Access to justice is a vital part of the UNDP mandate to reduce poverty and strengthen democratic governance. Within the broad context of justice reform, UNDP’s specific niche lies in supporting justice and related systems so that they work for those who are poor and disadvantaged (UNPD, 2004).

Se a orientação para o acesso à justiça parece uma resposta óbvia em face de investimentos macro-estruturais de reforma judicial que mantiveram inalterados os padrões de exclusão e desigualdade dos países apoiados, a defesa do acesso à justiça enquanto reforma social orientada coloca uma questão mais difícil de resolver. Estará uma agenda transnacional de acesso à justiça necessariamente acompanhada da produção de um conhecimento sociológico e jurídico crítico *glocalizado*<sup>52</sup> (Dirlik 200) acerca da reprodução das desigualdades no e pelo sistema jurídico? Ou cairá na fórmula *one-fits-all-sizes* (Sudarshan, 2009)?

A equação acesso à justiça e desenvolvimento é elaborada a partir de uma constante, a pobreza. Quer na sua elaboração bélica neocolonial, guerra contra a pobreza, quer na sua elaboração humanitária, missão de reduzir a pobreza, o acesso à justiça representa uma variável significativa do desenvolvimento humano. Esta relação é tanto substantiva – a conquista de direitos pode representar ganhos materiais (direito ao trabalho, por exemplo) –, quanto simbólica – a conquista de voz perante o direito pode contribuir para o resgate do poder e do direito de existir em sistemas políticos de exploração/opressão. Esta relação é clara, como resta igualmente evidente a importância de uma referência normativa internacional dirigida à garantia da igualdade de todas/os e controlo do abuso

---

<sup>52</sup> Defendendo uma nova linguagem que recoloca a importância de reflexão sobre o local num mundo em que as ferramentas analíticas estão orientadas para o globalismo, Dirlik propõe a expressão glocal. De acordo com Escobar (2005: 70): “o glocal” é uma primeira aproximação que sugere uma atenção equânime para a localização do global e para a globalização do local. As formas concretas pelas quais este tráfico em ambos os sentidos se leva a cabo não se conceituam facilmente. Mesmo o local dos movimentos sociais contra o capitalismo e as naturezas modernas está, de alguma maneira globalizado, por exemplo, na medida em que os movimentos sociais tomam emprestados os discursos metropolitanos de identidade e ambiente (Brosius, 1997: 47-69). Por outro lado, muitas formas do local se oferecem para o consumo global, desde o parentesco até os ofícios e o ecoturismo. O ponto aqui é distinguir as formas de globalização do local que se convertem em forças políticas efetivas em defesa do lugar e das identidades baseadas no lugar, assim como aquelas formas de localização do global que os locais podem utilizar para seu benefício. Utilizando os termos de Santos (2001: 70-77) o impacto das ações de escala global devem ser depurados através de uma apropriação contra-hegemónica tanto dos *localismos globalizados*, quanto dos *globalismos localizados*.

de poder dos estados. Contudo, a construção geopolítica e social da pobreza e do desenvolvimento não se constitui num esforço simples de ação humanitária ou num exercício bem-intencionado de solidariedade por parte do mundo desenvolvido.

Com a invenção do terceiro mundo e da guerra contra a pobreza (Escobar, 2007) a linha que outrora separava o trânsito de exploração entre metrópoles e colônias foi substituída por uma pista de corrida. Nesta pista, a primeira impressão é que todos terão lugar na disputa por emancipação, desde que obviamente sejam competentes em incrementar o seu outro lado, a regulação. A distribuição desigual entre os lugares de disputa, mantém, embora noutros termos, a conhecida separação entre selvagens e civilizados. Neste novo contexto, rebatizados para doadores e recetores da ajuda internacional, consultores técnicos e assistidos. É esta separação que determina quem dita as prescrições de reforma jurídica e judicial e quem segue as tendências consideradas globais.

A linha de progresso traçada pelos objetivos de modernização, crescimento económico e liberalização política para o terceiro mundo não sendo mais colonial, é de colonialidade. Utilizo o termo colonialidade para distinguir dois aspetos essenciais: (1) a existência de uma relação estrutural de dominação; (2) a existência de uma relação estrutural de supressão que extrai o poder de auto-nomeação e auto-diferenciação dos sujeitos (Mohanty, s.d.). Com base nas diferentes prescrições que assumiu a receita direito e desenvolvimento, pretendo demonstrar que o chamado global para a promoção do Estado de direito, na prática, significou a objetificação das populações do terceiro mundo e o seu aprisionamento em categorias amorfas (indivíduo liberal, utilitarista, *homo economicus*, *homo juridicus*).

Este capítulo inscreve-se no âmbito da tensão entre expectativas paradigmáticas e imaginação utópica subparadigmática (Santos, 2002a: 305-344). As expectativas paradigmáticas, hegemónicas, tentam desenvolver o direito ou para um Estado infantil ou para a sua população pobre. Os pobres, uma categoria que se encarrega de homogeneizar os sujeitos, são objetos a-históricos e, conseqüentemente, a-jurídicos e subdesenvolvidos. A imaginação utópica, por sua vez, alimenta-se de lutas subparadigmáticas que introduzem o uso do direito na construção de uma alternativa ao



desenvolvimento, denunciando os danos e riscos sistemáticos produzidos pelo paradigma de desenvolvimento capitalista. Na parte final do capítulo, os casos das reformas judiciais introduzidas no Brasil e em Portugal são discutidos à luz da atração exercida por prescrições universalistas de reforma, bem como das antinomias produzidas por espaços de pluriversalização do funcionamento do sistema de justiça.

## QUANTOS AVATARES PARA A RESTAURAÇÃO UNIVERSAL DO DIREITO E DA JUSTIÇA?

Para começar a responder a esta pergunta, recorro à alegoria de Sudarshan (2009) de avatares do Estado de direito e do acesso à justiça. Sudarshan utiliza a expressão avatar, em sânscrito, descendente, referindo-se alegoricamente aos dez avatares do Deus hindu Vishnu dedicados a restaurar o darma ou a justiça na terra. Estabelece um paralelo com as manifestações assumidas pelo ideal de universalização da concepção ocidental de Estado do direito e o fardo, europeu e ocidental, de conduzir os outros povos à ordem justa e civilizada. O primeiro avatar foi, assim, o do direito ocidental através do colonialismo. O resgate histórico do colonialismo como primeiro avatar vem desmistificar a afirmação de que o maior legado deixado pelas sociedades europeias às nações pós-coloniais foi o Estado de direito.

De fato, nas nações pós-coloniais, a construção de uma ordem jurídica igualitária tem sido levada a cabo em oposição à herança do colonialismo, nomeadamente no que se refere à imposição de um Estado assentado na arbitrariedade do poder e na discriminação para fins instrumentais. Os princípios de funcionamento do direito colonial nunca condisseram com as diretrizes orientadoras de um Estado de direito. O Estado colonial não passava de um regime de diferenciação fundado numa superioridade ontológica e epistemológica racialista que não só desconsiderava o colonizado como pessoa jurídica titular de direitos humanos como estabelecia como primeiro dever do Estado a defesa da segurança da

população branca (Fitzpatrick, 1992:109)<sup>53</sup>. É fácil perceber que ideais como o de construção de um campo jurídico autónomo, defesa da liberdade da comunidade política através da separação de poderes ou da distinção entre direito e política não se adequavam aos objetivos de subjugação colonial para consumo e apropriação de recursos pelas metrópoles. O direito era subserviente, instrumentalizado pelo poder colonial, cabendo às instituições jurídicas projetarem-no como reforço da autoridade e da exclusão através da promoção da ordem e do progresso civilizacional.

Neste contexto, Santos (2007a) argumenta que não é possível transferir para a experiência histórica das sociedades coloniais e pós-coloniais a ideia de oposição entre regulação e emancipação que esteve na origem europeia moderna dos Estados nação. De acordo com Santos, a experiência do Estado de direito como delimitação da arbitrariedade do poder só pode ser defendida como experiência universal de defesa de direitos devido a uma divisão abissal que separou os modos de ver e interpretar as relações sociais no sistema mundo. Dessa forma, o lado da construção de uma esfera de direitos em oposição ao poder, regulação *versus* emancipação, tem obscurecido e invisibilizado o outro lado de uma linha abissal em que impera a imposição da violência e da apropriação e a utilização da ciência e do direito para naturalizar um regime de arbitrariedade de poder, discriminação e exclusão radicais. Segundo Chanock (1992: 304): *The colonial period provided no foundation for the use of law by citizens in defense of their rights. It simply produced individualization without rights and bureaucratization without the rule of law.*

O segundo avatar, dos direitos humanos, tem a face de Janus. De um lado, olha para o incremento das declarações universais de direitos humanos<sup>54</sup> e sua contribuição para o

---

<sup>53</sup> Fitzpatrick (1992: 109) dá o exemplo do caso *The Earl of Crewe ex parte Sekgome*, em que, num protetorado britânico na África do Sul, foi recusada a concessão de *habeas corpus* em face da detenção de um “nativo” potencialmente perigoso com os seguintes argumentos: The truth is that in countries inhabited by native tribes who largely outnumber the white population such acts [as the *Habeas Corpus* Act], although bulwarks of liberty in the United Kingdom, might, if applied there, well prove the death warrant of the whites.

<sup>54</sup> Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Humanos e Civis e o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, Convenção sobre a eliminação de todas as formas de

enriquecimento formal e instrumentalista dos estados através de princípios normativos de direitos e liberdades que contribuem para a ampliação da concepção de acesso à justiça e para o ativismo nacional e transnacional pela garantia de direitos. De outro lado, vê a adoção da estrutura do Estado nação e da ideologia de modernização que lhe acompanha como parte da dinâmica imperial Norte-Sul no processo de reconhecimento internacional das nações pós-coloniais. A universalização dos direitos humanos é assim um localismo, da concepção ocidental de direitos, globalizado (Santos, 2001) pelas declarações universais.

O reconhecimento de uma concepção particular de direitos pelas constituições das nações pós-coloniais, ainda que defendida no âmbito de direitos naturalmente humanos e, por isso, universais, não afasta as patologias da adoção de um sistema de valores jurídicos exógeno. Neste contexto, o avatar dos direitos humanos carece de uma construção multicultural (Santos, 2007b: capítulo 8) frequentemente ignorada pelos programas de desenvolvimento e iniciativas de acesso à justiça. Sage (2007), por exemplo, critica os programas de reforma e iniciativas de desenvolvimento por ignorarem o contexto mais amplo de produção do direito para além da incorporação do direito ocidental (*the missing rules in law*). Neste sentido, menciona a criação de um sistema de direito dual na África do Sul pós-apartheid que, a despeito das dificuldades e complexidades de implementação, tem associado como prioridade nacional tanto o comprometimento com os direitos humanos “universais” e com a não discriminação, quanto o reconhecimento ao direito cultural de autodeterminação dos sistemas tradicionais de governança e de direito consuetudinário<sup>55</sup>.

---

discriminação contra a mulher, Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, entre outros.

<sup>55</sup> Neste âmbito, Klug (2004: 135-160) contextualiza o processo de descolonização da posse da terra na África do Sul atual. A constituição sul-africana reconheceu, ao mesmo nível, os direitos de propriedade, o direito consuetudinário, as autoridades tradicionais, tal como a propriedade comunal, e a igualdade entre os sexos. Do mesmo modo que a carta constitucional reconheceu o estatuto de igualdade entre o direito indígena e o direito anglo-saxônico, paralelamente, consagrou valores mais gerais, como a igualdade entre sexos. Ocorre que o processo de reforma do direito de posse da terra opôs as autoridades tradicionais, ancoradas no conceito de preservação do direito costumeiro, da “tradição”, e o movimento de mulheres, com reivindicação de direitos baseada na igualdade entre sexos. A ação do governo na reforma do direito de posse foi no sentido de desarticular as regras legais consuetudinárias das suas amarras coloniais. O legado do sistema de administração indireta sobre a posse da terra resultou na criação de um modelo

O terceiro avatar, o liberalismo jurídico, é desvelado no âmbito do movimento de direito e desenvolvimento (*Law and development movement*) levado a cabo pela política externa e de financiamento dos países centrais, especialmente nos Estados Unidos. A promoção do desenvolvimento pelo direito nos marcos desta abordagem é sobretudo etnocêntrica. Trata-se de uma assistência ao desenvolvimento que tem como referência o modelo liberal de valores. Neste sentido, a intenção de proteger as liberdades civis e políticas, fomentar a participação social nos processos de tomada de decisão e, em última instância, modernizar os países subdesenvolvidos tem como referência os valores de liberdade, participação e bem-estar do direito ocidental, nomeadamente da política de competição pluralista e maximização utilitarista norte-americana. Numa relação de partilha desigual, abre-se um processo de transferência de conhecimento e transplante jurídico<sup>56</sup> das sociedades consideradas avançadas para as sociedades identificadas como em desenvolvimento, um movimento que pode ser interpretado especialmente como um processo pedagógico acerca dos modos de reprodução e funcionamento de instituições e sistemas jurídicos desenvolvidos. Não à toa, boa parte das estratégias de apoio ao desenvolvimento através de reformas judiciais esteve orientada à formação e reestruturação das profissões jurídicas.

A crítica de Trubek e Galanter (1974) prenunciou o desencantamento com o movimento direito e desenvolvimento, identificando a sua impossibilidade com a própria experiência de crise do modelo liberal de Estado de direito, o que, contudo, não significou o fim da fórmula direito e desenvolvimento como motor da reforma global da justiça (voltarei a este tema mais abaixo). De acordo com Trubek e Galanter (1974), o movimento de direito e desenvolvimento sustenta-se num modelo de Estado de direito liberal em que:

---

administrativo consuetudinário através do qual pequenos lotes de terra eram atribuídos por ato administrativo oficial de competência das autoridades tradicionais. A descolonização da posse da terra, nesse caso, foi recusar os argumentos de que a competência das autoridades tradicionais como direito costumeiro, “tradição”, era inalterável, reconhecendo a igualdade entre os sexos no acesso à terra (Lauris, 2006).

<sup>56</sup> Sobre transplante jurídico, ver Legrand, 2003; Cotterrell, 2003 e Friedman, 2003.

- 1 A sociedade é composta de indivíduos que anuem ao Estado pelo seu próprio bem-estar.
- 2 O Estado exercita controlo sobre os indivíduos por meio da lei e é, ao mesmo tempo, limitado por esta.
- 3 As leis são destinadas a alcançar propósitos sociais e não oferecem vantagem especial a nenhum indivíduo ou grupos dentro da sociedade.
- 4 As leis são aplicadas igualmente a todos os cidadãos.
- 5 Os tribunais são as principais instituições jurídicas responsáveis por definir e aplicar a lei.
- 6 O julgamento é baseado num amplo corpo de regras, doutrinas oficiais, e decisões judiciais não estão sujeitas à influência externa.
- 7 Os atores legais obedecem às restrições da lei, internalizadas pela maioria da população, e colocadas em prática através do aparato institucional de violência legítima

(*apud* Tamanaha, 2009: 192)

Esta caracterização tem servido como referência para revelar o carácter etnocêntrico e ingénuo da ideia de promoção do desenvolvimento através do direito. A uma, por ignorarem o contraste evidente entre a realidade dos países modelo e dos países a modelar. Supõe-se, assim, uma sociedade pluralista de maximização utilitária individual do bem-estar no lugar de uma sociedade marcada por uma acentuada estratificação social e desigualdade ou, ainda, assume-se a eficácia geral e igualitária de aplicação da lei no lugar da existência de estados autoritários e de aplicação casuística do direito. A duas, por apostarem na reprodução do direito como engenharia social sem considerar as consequências perversas desta visão instrumental. Num Estado cooptado por elites autoritárias, não só são ineficazes os mecanismos de controlo como os efeitos das reformas jurídicas vêm a proveito da manutenção dos privilégios dos grupos que já desfrutam do controlo do poder, especialmente com a maior formalização dos processos jurídicos.

O radicalismo jurídico enquanto terceiro avatar do Estado de direito e de acesso à justiça assenta na teoria marxista do direito e na teoria da dependência<sup>57</sup> e retira a importância do campo jurídico como variável significativa do desenvolvimento. No âmbito de uma conceção radical, assistiu-se sem surpresas à derrocada da promessa de desenvolvimento através de estratégias de transplante e formação profissional na medida em que o direito é considerado apenas um dos instrumentos das relações de reprodução do poder que determinam os ritmos de desenvolvimento dos diferentes países. A principal consequência do radicalismo jurídico consiste na consagração de uma teoria funcionalista do direito que reifica qualquer intenção de utilização contra-hegemónica do campo jurídico, retirando-lhe a agência.

Curiosamente, e em contradição com a ideologia marxista do direito, o próprio Marx na análise empírica do direito dos contratos, do regime das fábricas, e das leis relacionadas com a transformação pré-capitalista apontou para uma dimensão constitutiva do direito, demonstrando que mudanças nas relações sociais de produção podem ser provocadas por mudanças no direito<sup>58</sup> (Sudarshan, 2009: 661). Considerando que o campo jurídico pode assumir um papel constitutivo no âmbito da afirmação do capitalismo como modo de produção hegemónico, é possível especular se um instrumento de dominação superestrutural como o direito pode constituir a transformação das relações sociais de produção de um ponto de vista contra-hegemónico.

Tanto o radicalismo jurídico, quanto o movimento de direito e desenvolvimento e sua crítica acabam por invisibilizar iniciativas autónomas que, fora do eixo da ajuda ao desenvolvimento, procuram explorar as ambiguidades do direito moderno na fixação dos termos do poder e da resistência. A exposição das contradições do modo de reprodução do direito abre a porta para a reivindicação da eficácia de princípios e normas que protegem os grupos minoritários. É possível identificar duas faces de uma mesma moeda, de um lado, a imposição transnacional generalizada de uma ideologia de ordem e

---

<sup>57</sup> Uma abordagem da teoria da dependência no âmbito dos estudos sobre direito e desenvolvimento é feita em Tamanaha, 2009.

<sup>58</sup> A propósito do aparecimento das leis do trabalho (*factory acts*) na Inglaterra do século XIX, Santos (2002a: 292-297) analisa a reflexão de Marx no âmbito da construção de um espaço constitutivo das relações sociais através da interação entre os domínios doméstico, da produção e do direito do Estado.

progresso através do direito, de outro lado, os processos locais e translocais de resistência e luta pelos direitos que não só denunciam a insuficiência daquela ideologia como aperfeiçoam a habilidade de explorar as suas contradições.

Santos e Rodríguez-Garavito (2005: 2) chamam atenção para o que denominam paradoxo dos estudos da globalização jurídica. A rápida multiplicação de teoria e estudos empíricos sobre a globalização tem deixado de lado o seu mais apelativo e provocante aspeto, a efervescência da ação social, da criatividade e da experimentação institucional ao nível da base. A esse propósito, os estudos da globalização jurídica têm-se dedicado à análise das transformações jurídicas globais como processos de difusão de modelos económicos e jurídicos de cima para baixo e do Norte para o Sul, focando os campos jurídicos e atores mais visíveis. Esse é o caso dos estudos acerca da reprodução corporativa da *lex mercatoria*, a expansão do direito internacional e regimes interestaduais de proteção dos direitos humanos, exportação da ideologia do Estado de direito através dos programas de reforma judicial, entre outros<sup>59</sup>. Por outro lado, os desafios que uma ação global contra-hegemónica coloca ao direito não têm sido explorados pela tradição de estudos acerca do uso do direito pela ação coletiva, tão pouco pela crítica aos circuitos de manutenção do poder e de preservação do *status quo* no âmbito da globalização hegemónica. É esse o contexto em que se aplica a defesa de uma legalidade cosmopolita subalterna (Santos, 2003).

Em face da prevalência de uma globalização univocamente concebida e analisada, Santos contrapõe a ideia de globalização contra-hegemónica, resultante da ação de grupos sociais, redes, iniciativas, organizações e movimentos de tipo local, nacional e transnacional contra a globalização neoliberal e com o afã de lhe contrapor alternativas. Esses movimentos sofrem os efeitos negativos da globalização neoliberal e, por isso, recusam-se a aceitar que ela defenda o interesse geral, empenhando-se em mostrar outros caminhos possíveis. Trata-se de movimentos plurais, cujas reivindicações dificilmente podem ser agrupadas numa única plataforma, o que não impede, entretanto, a compreensão mútua e o estabelecimento de diálogos.

---

<sup>59</sup> Ver, nesse sentido, Likosky, 2002.

Ainda, de acordo com Santos (2003), a forma político-cultural da globalização contra-hegemónica é o cosmopolitismo subalterno que, no campo jurídico, se manifesta numa legalidade cosmopolita subalterna. A concretização de uma legalidade cosmopolita subalterna vai depender da capacidade de os movimentos articularem nas suas ações: as ferramentas jurídicas hegemónicas, as diferentes escalas (local/global) de legalidade e a luta contra a exclusão. Uma utilização estratégica do direito consiste numa busca acerca da melhor alternativa contextual para o embate por transformação social. A legalidade cosmopolita subalterna, neste sentido, guarda a consciência de que a luta, através do direito, pode confluir com os propósitos da legalidade demoliberal ou com a manutenção das relações de poder e, por essa razão, não pode prescindir de uma ampla articulação política, dos momentos de protesto, de confronto e de rebelião<sup>60</sup>.

O último avatar corresponde à imposição das políticas neoliberais como resposta única e consensual na condução das reformas judiciais. As políticas neoliberais foram erguidas como alternativas de eficiência e economia perante um Estado-providência perdulário e insustentável, de que resultou uma única saída: a privatização dos serviços de bem-estar. No campo da reforma judicial, por um lado, assiste-se ao constante estreitamento e remodelação do financiamento público da assistência jurídica, por outro a construção social do fenómeno de explosão de litigiosidade impulsionou um processo de crescente privatização dos meios de resolução de conflitos.

O controlo dos custos da explosão de litigiosidade foi o outro lado do estabelecimento de limites no acesso direto aos tribunais. Às barreiras ao acesso aos tribunais, procurou-se responder com mecanismos de resolução alternativa de litígios cuja utilidade enquanto promoção de uma justiça próxima e informal serve igualmente como estratégia de eliminação das despesas públicas indesejadas na prestação de serviços de justiça. A exportação do receituário neo-liberal para os países em desenvolvimento consistiu na reprodução de uma ideologia orientada para o mercado. A década de 1980 assistiu assim aos programas de ajustamento estrutural do Banco Mundial e Fundo Monetário

---

<sup>60</sup> Faça uma reflexão sobre a legalidade cosmopolita subalterna no âmbito dos movimentos indígenas da América Latina em Lauris, 2007.



internacional destinados a contornar a crise da dívida da maioria dos países do Sul Global, diante do fracasso da sustentabilidade das políticas nacional-desenvolvimentistas. A consequência viciosa do ajustamento estrutural foi o condicionamento da autonomia política dos estados. A estabilização macroeconômica como uma medida de curto prazo estendeu no tempo a imposição de medidas de reforma estrutural. O avatar do neoliberalismo reforça a crise de distinção icônica que enfraquece a teoria crítica na formulação de projetos emancipatórios. A oposição entre revolução e democracia passou a ser substituída por categorias que encerram ou a ideia de concordância geral acerca das alternativas, Consenso de Washington<sup>61</sup>, ou a suposição de última alternativa possível, ajustamento estrutural (Santos, 2002a: 15-38).

Os diferentes avatares em que se corporifica o ideal ocidental de Estado de direito e acesso à justiça reforçam abordagens distintas sobre o papel das instituições jurídicas e implicam diferentes consequências no estreitamento das opções de desenvolvimento que tentam apoiar. Nesse sentido, os processos ideológicos que alimentam as agendas de reforma, sendo promovidos em torno da retórica de um modelo único consensual, assumem multifaces tanto na defesa quanto na crítica do empreendimento transnacional de construção de uma ordem jurídica igualitária. Os vários avatares conservam, contudo, uma característica comum, a afirmação do direito como mito<sup>62</sup> cuja transcendência intemporal é enunciada numa narrativa de progresso. A formulação de uma historiografia progressista que utiliza o desenvolvimento do direito como indicador do estágio civilizacional das sociedades sempre foi um empreendimento vulgar no âmbito dos estudos sociológicos.

Para corroborar esta evidência, basta observar as contribuições dos autores percursores da sociologia. Na análise sociológica de Durkheim, por exemplo, o crescimento e a densificação da complexidade das sociedades, que explicam a passagem de um modelo de solidariedade mecânica para um modelo de solidariedade orgânica, estão sustentados

---

<sup>61</sup> Uma análise dos diferentes desdobramentos do Consenso de Washington e sua implicação na configuração dos programas de reforma do Estado e da justiça pode ser vista em Santos, 2007b, capítulo 7.

<sup>62</sup> Para a discussão do progresso como transcendência que reforça a grande narrativa mitológica do direito, apoio-me em Fitzpatrick, 1992.

numa transformação dos modos de produção e reprodução das relações sociais e jurídicas. Assim, enquanto a falta de distanciamento entre os modos de organização social e a consciência coletiva faz das sociedades primitivas sociedades comunais amorfas baseadas em relações multiplexas; a evolução das relações sociais em formas de solidariedade orgânica implica uma divisão social do trabalho progressivamente mais complexa, cooperativa e funcionalmente diferenciada, o que, por sua vez, se traduz num processo de gradual diferenciação e especialização do direito. Noutra dimensão, a análise do processo de racionalização das relações sociais de Weber em relação aos aspetos distintivos da modernidade sustentava-se na distinção entre o que passa a ser racionalizado, organizado e burocratizado, moderno, e outros modos de sociabilidade, tradicional. O estudo das formas de dominação política e sua legitimação exemplifica a construção de uma organização legal-racional como aparato de legitimidade característico dos estados modernos face às formas tradicionais e carismáticas de manutenção do poder político. Marx, por sua vez, muito embora não tenha investido na criação de uma teoria do direito, dissertou sobre a tendência de progresso produtivo do capitalismo e dos seus mecanismos de dominação superestruturais, entre eles, o direito, como pré-estágio do processo de consciência de classe que conduziria à revolução proletária.

A perfeita adequação do direito como meta-narrativa do progresso das sociedades explica-se ainda pela sua utilidade na projeção universal e vanguardista da nação e do nacionalismo. A despeito da evidente existência de outros modos de organização e outras perspectivas de desenvolvimento, a experiência de imposição colonial serviu para fixar como ordem e progresso, a ordem e o progresso estabelecidos pelo imperialismo. O imperialismo não só estendeu o estado-nação enquanto modelo, como tem submetido a diversidade de nações aos seus padrões de diferenciação. É no âmbito das relações imperiais Norte e Sul que se faz a mediação entre as pretensões universalistas da nação e os seus limites operacionais, estabelecendo os padrões e normas ocidentais que os países devem e/ou são considerados capazes de alcançar. Estabelece-se um modelo universal de progresso irrecusável e inalienável e o nacionalismo surge como força exemplar e expansiva que em vezes repetidas e infinitas tenta atualizar politicamente os estados

atrasados. Uma imposição retoricamente disfarçada como apelo universal da liberdade e do progresso (Fitzpatrick, 1992:111-112). As sucessivas ondas de reforma do direito, impelidas no âmbito da assistência ao desenvolvimento do mundo subdesenvolvido é um excelente exemplo desta força exemplar e expansiva do nacionalismo, normalmente denominada paradigma de promoção do Estado de direito (*rule of law*).

## ORTODOXIA DO ESTADO DE DIREITO: AS TRÊS GERAÇÕES DO PARADIGMA DIREITO E DESENVOLVIMENTO

O paradigma de promoção transnacional do *rule of law* e o movimento de modernização do direito são dois lados de uma mesma moeda. O movimento de modernização do direito, que remete para o processo de recepção do direito romano na Europa do século XVII<sup>63</sup>, consolida-se no âmbito da construção jurídica dos sistemas nacionais europeus. Ainda que outras civilizações tenham reproduzido sistemas jurídicos complexos e de eficácia global, o sistema jurídico nacional moderno é tipicamente europeu. Para as nações não-europeias, a experiência de modernização do direito é uma experiência de transplante jurídico do direito europeu que diferentes países passaram a experienciar a partir do século XIX (Galanter, 1966). Apesar da contingência e historicidade do direito moderno como direito europeu, a modernização do direito tem sido entendida como um processo de transformação mundial vivido em diferentes fases. Galanter (1996) enuncia as características políticas, técnicas e jurídicas do modelo de direito que a modernização pretende produzir.

Em relação às normas jurídicas, em primeiro lugar, o modelo de direito moderno resulta de normas que são invariáveis e uniformes na sua aplicação. As distinções estabelecidas pelo direito não têm em consideração qualidades intrínsecas dos indivíduos mas diferenças funcionais, condicionais e de resultado relativas à sua posição na estrutura do

---

<sup>63</sup> Para uma análise das tensões entre regulação e emancipação no processo de recepção do direito romano e a conseqüente absorção da emancipação pela regulação através da formalização e hierarquização do direito romano pela escola exegética, nomeadamente pela pandectística alemã, ver Santos, 2002a: 112-120.

Estado e nas relações sociais. Em segundo lugar, o direito moderno é transacional e tende a distribuir os direitos tal como eles resultam das transações (contratuais, de responsabilidade, criminais). Nesta lógica, a função ou a condição dos indivíduos (empregador, empregado, esposa) são mais significativas do que as noções de pertença (idoso, mulher, classe oprimida). Em terceiro lugar, as normas jurídicas inclinam-se do particular para o universal. A singularidade dos casos particulares não interessa na medida em que são apenas pretextos para a fixação de padrões de aplicabilidade geral.

No que toca aos arranjos institucionais e técnicas administrativas, o direito moderno caracteriza-se por:

- 1** Hierarquização: a previsibilidade e a uniformidade da lei manifestam-se por meio da sua aplicação em estruturas organizadas em que a última palavra é remetida a um sistema de tribunais e juízes funcionalmente diferenciados numa cadeia hierárquica de distribuição de competências.
- 2** Burocratização: a uniformidade da lei é assegurada pelo estabelecimento de procedimentos impessoais estandardizados, em regra, escritos, para tratamento dos casos particulares.
- 3** Racionalização: as regras são técnicas e teleologicamente escolhidas para produzir resultados determinados, dependendo menos da reflexividade dos sujeitos do que da própria autorreflexividade do sistema.
- 4** Profissionalização: o sistema de regras é executado por profissionais cuja escolha tem em conta o domínio da técnica de funcionamento do sistema.
- 5** Complexificação técnica crescente: o nível de especialidade tende a aprofundar-se continuamente, multiplicando os intermediários técnicos entre a máquina jurídico-administrativa e os seus destinatários.
- 6** Mudança sócio-jurídica regulada: o sistema assume-se com um sistema mundano, o conjunto de regras e procedimentos não é fixo e prevê critérios de alteração para provocar mudanças desejadas.

Na sua relação com a autoridade política, o direito moderno é político na medida em que é monopolizado como técnica do Estado. A neutralidade política do direito deriva tanto da sua canibalização pelo Estado, como da sua dispersão num conjunto de competências, órgãos e autoridades autónomas e funcionalmente diferenciadas.

Através das diferentes fases do movimento direito e desenvolvimento, estados-nação e entidades transnacionais assumiram para si o encargo de modernização do direito nos países em desenvolvimento. Esta convergência transnacional em torno de uma ideologia jurídica, o estado ocidental de direito, tem os seus primeiros impulsos pós-coloniais nos programas de direito e desenvolvimento que decorreram da política de assistência que, na década de 60, fazia parte do circuito das relações externas entre os Estados Unidos e o, inventado<sup>64</sup>, terceiro mundo. A guerra fria desponta como pano de fundo da definição de uma política externa orientada para o direito e desenvolvimento. Correspondeu a este contexto uma estratégia inicial de intervenção destinada a incentivar uma abordagem liberal-democrata às desigualdades sociais dos países em desenvolvimento, evitando assim a ameaça comunista. Posteriormente, esta ideia veio a sucumbir em face da estratégia geopolítica de apoiar a criação de regimes autoritários.

### **Primeira geração das iniciativas e cooperação jurídica internacional para o desenvolvimento**

A primeira geração teórica e prática da intervenção direito e desenvolvimento corresponde ao avatar do liberalismo jurídico. A partir da confiança weberiana de que o aperfeiçoamento dos processos de racionalização das relações sociais conduziria ao florescimento do capitalismo, os programas e iniciativas apoiados assentavam em dois pressupostos teóricos: a teoria da modernização e o realismo jurídico.

Assente num forte estruturalismo funcional, a teoria da modernização interpretava o desenvolvimento como processo evolucionário. Nestes termos, o desencadeamento de um processo de diferenciação social e institucional que seguisse o modelo das nações desenvolvidas, produziria um único fim: o progresso das instituições políticas, económicas e sociais até alcançarem o estágio civilizacional das nações do primeiro mundo. O próprio

---

<sup>64</sup> Nesse ponto, faço a referência ao argumento de Escobar (2007) de que o terceiro mundo e a pobreza constituem invenções que legitimaram o modo de intervenção neo-colonial, o controlo e a disciplina das populações periféricas no contexto pós-colonial.

vocabulário político do período, ao fixar a gradação primeiro, segundo e terceiro mundo, é tributário desta ideologia.

A modernização consagra o desenvolvimento através de três elementos:

- 1** A racionalização e diferenciação funcional da sociedade, evoluindo do particularismo para o universalismo, da subjetividade para a objetividade.
- 2** O nacionalismo, construindo a nação estandardizada.
- 3** A democratização, igualando os indivíduos por meio da competitividade e da maximização utilitária do bem-estar.

O fato evidente de a teoria da modernização assumir um ponto de vista etnocêntrico, evolucionista e de raciocínio teleológico falacioso detinha em si uma vantagem. Enquanto afirmação de uma ciência neutra, os malogros da teoria da modernização não seriam imputados a deficiências da própria teoria. Em face da frustração das expectativas acerca da evolução dos estados em desenvolvimento, os fracassos do empreendimento modernizador foram atribuídos ao contexto de aplicação da teoria. Conceitos como cultura cívica, política ou cultura jurídica foram estrategicamente utilizados para justificar o insucesso dos programas de reforma<sup>65</sup> (Tamanaha, 2009).

Num segundo momento, em estreita aproximação com o realismo jurídico, a primeira geração de programas e iniciativas de desenvolvimento dedicou-se especialmente a preencher um *gap problem*, formalizando os processos sociais que estivessem à sombra, à margem do direito. Apostando firmemente na utilização do direito no âmbito de uma engenharia social, sustentava-se a crença de que a mudança na aplicação da ordem jurídica induziria à mudança social. Como não seria expectável que leis imediatas tivessem o condão de alterar prontamente a realidade social, os esforços concentravam-se nas instituições e nos seus atores. Na escala nacional, direito passou a ser visto como

---

<sup>65</sup> Por se prestar a manipulações da interpretação da realidade, Cotterrel (1997) questiona a validade do conceito cultura jurídica como categoria que possa ser utilizada com rigor nos estudos de sociologia do direito. Sobre cultura jurídica, ver Nelken (org.), 1997.

instrumento de implementação de reformas económicas no âmbito de um Estado intervencionista, o que resultou numa política de substituição de importações, realocação de investimentos do Estado em setores-chave e controlos sobre capital estrangeiro (Hauserman, 2006). No campo transnacional da assistência, o objetivo era remover o obstáculo da passividade profissional e transformar os operadores do direito em modelos e motores de transformação. As energias de modernização dirigiram-se, assim, às pobres e pouco educadas profissões jurídicas.

Nesse sentido, esta primeira fase é marcadamente caracterizada como um movimento de programas de formação e educação jurídica. Programas de formação foram estabelecidos nas diversas regiões (Ásia, África e América Latina) com o objetivo de treinar juízes e advogados para, na qualidade de engenheiros sociais, cumprirem o papel desenvolvimentista do direito<sup>66</sup> (Barron, 2005). Como já tive oportunidade de relatar, a crítica de Trubek e Galanter (1974) anunciou a queda do entusiasmo do movimento direito e desenvolvimento chamando atenção para a simplicidade etnocêntrica inerente a uma proposta de transplante jurídico do modelo liberal de Estado de direito. A observação mais séria acerca das suas consequências nefastas apontava para o facto de a promoção do direito poder ser utilizada não em sentido progressista, mas como retrocesso do desenvolvimento. Os melhores profissionais do direito, treinados pelos programas de modernização, em defesa do estatuto profissional, em vez de propulsores, freariam as mudanças sociais (Barron, 2005).

---

<sup>66</sup> Rodríguez-Garavito (2001: 22) relata os esforços de mudança do ensino do direito na América Latina decorrentes desta fase. *En primer lugar, los programas se limitaban a promover cambios en la educación jurídica, bien sea mediante el patrocinio de una especie de “Caballo de Troya” modernizador que penetraría en las universidades (como en Brasil) o mediante la colaboración directa con facultades de derecho seleccionadas para el efecto (como en Chile y Colombia). Sin embargo, los defensores de los proyectos concebían las reformas como instrumentos para alcanzar cambios sociales mucho más ambiciosos, en cuanto creían que los abogados entrenados en las técnicas y el espíritu del derecho moderno constituirían una masa crítica dentro de la burocracia estatal y el sector privado (ILC, 1975; Gardner, 1980: 59). En segundo lugar, los programas tuvieron su origen en Estados Unidos y fueron siempre controlados por instituciones de ese país. Aunque es claro que los proyectos no podrían haber sido llevados a cabo sin la participación de las universidades y los centros de investigación jurídicos locales involucrados, también es cierto que dicha participación fue limitada, dado que tanto los objetivos como los procedimientos de los proyectos seguían el modelo general definido de antemano por las instituciones estadounidenses (Gardner, 1980: 50). En tercer lugar, la estrategia que fue considerada apropiada para la modernización de la enseñanza del derecho en Latinoamérica fue el transplante del modelo de educación de las facultades de derecho de Estados Unidos.*

## Segunda geração das iniciativas e cooperação jurídica internacional para o desenvolvimento

Na década de 80, o reaparecimento do interesse pela fórmula direito e desenvolvimento teve como desafio inicial distinguir-se dos esforços considerados falhados na primeira fase do movimento. Nesse sentido, a abordagem da segunda geração do movimento revê-se como uma abordagem mais técnica<sup>67</sup> acerca dos elementos que devem ser desenvolvidos para o reforço do Estado de direito. Assiste-se à atribuição de um papel secundário aos programas e iniciativas de desenvolvimento, concebidos como complementares ao aprimoramento das relações de mercado. Esta abordagem estrita, para além de ser entendida como mais exequível, é valorizada por proteger o investimento externo de maior vulnerabilidade, evitando o comprometimento com propostas de desenvolvimento político e social e dispensando a necessidade de contextualização cultural da intervenção externa.

O contexto geopolítico é favorável à disseminação da ideologia neoliberal e capitalista, com a queda dos regimes comunistas, a industrialização e desenvolvimentismo latino-americano e o crescimento e crise económica nos países asiáticos. Na égide do avatar do neoliberalismo, os protagonistas transnacionais dos programas e iniciativas são os mesmos actores responsáveis por fomentar a globalização dos mercados e o ajustamento estrutural (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento, USAID, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Programa das Nações Unidas para Controle de Estupefacientes, governos da Espanha, Alemanha, França, Itália, Grã-Bretanha) (Rodríguez-Gravito, 2001). O documento do Banco Mundial (2004: 2 e 3) acerca dos fatores que colocam a reforma judicial e as iniciativas jurídicas na agenda do desenvolvimento económico é, a este respeito, evidente (Barron, 2005):

The dramatic political and economic transformation in Eastern Europe and the former Soviet Union in the late Eighties and early Nineties led to fundamental changes in the legal framework of these countries. These changes naturally mandated institutional reforms and required creating legal and institutional infrastructure to support, implement, and enforce the new legal system.

<sup>67</sup> Ver, nesse sentido, Hammergren, 1998; Crohn e Davis, 1996 e Faundez, 1997 e 2000.



The Asian financial crisis of the Nineties vividly illustrated that economic growth without the firm foundation of effective laws and legal institutions was vulnerable and unsustainable. The financial contagion left many institutions bankrupt and millions impoverished.

In other countries, development experience over a longer period also showed that the rule of law promotes effective and sustainable economic development and good governance. Lack of the rule of law significantly hinders economic growth and corruption regressively taxes the poor.

The developing countries' transition toward market economies necessitated strategies to encourage domestic and foreign private investment. This goal could not be reached without modifying or overhauling the legal and institutional framework and firmly establishing the rule of law to create the necessary climate of stability and predictability.

In the course of pursuing economic development, countries had often misused, degraded or depleted their natural resources. As a result, environmentally sustainable development mandates rigorous regulatory regimes, clear property rights, and appropriate institutional frameworks.

While globalization has spurred economic development, its benefits have been uneven, affecting different segments of society. The poor continue to lack legal rights that empower them to take advantage of opportunities and provide them with security against arbitrary and inequitable treatment. Discriminatory or arbitrarily enforced laws deprive individuals of their individual and property rights, raise barriers to justice and keep the poor poor.

Apesar de remeter igualmente à teoria da modernização e à defesa do legalismo liberal utilitarista, individualista e competitivo, a assistência ao desenvolvimento desta fase assenta na equiparação entre desenvolvimento e desenvolvimento dos mercados, deixando de lado a abordagem ao desenvolvimento compreensiva (maior igualdade, participação política) do liberalismo jurídico. Nesse sentido, na segunda fase, a relação entre resultados das iniciativas de desenvolvimento e desequilíbrio decorrente das desigualdades/assimetrias sociais é indireta, uma decorrência do crescimento económico. Produz-se assim dois estreitamentos. Em primeiro lugar, a eliminação da pobreza é entendida como resultado exclusivo do crescimento económico, desconhecendo medidas redistributivas e/ou de reconhecimento. Em segundo lugar, a contextualização do papel do direito no que toca ao desenvolvimento, investida numa abordagem mais realista acerca do potencial das reformas, interpreta o campo jurídico como um facilitador, e não como fonte, do desenvolvimento (Rodríguez-Garavito, 2001).

Este é um período profundamente influenciado pelo novo institucionalismo económico. O novo institucionalismo económico tem contribuído para a fundação institucional dos modelos neoclássicos de economia. Destaca-se da análise das instituições quer aspetos negativos (a imposição de limites ao desenvolvimento económico pelos modos de funcionamento institucional – sanções, tabus, códigos de conduta, costumes); quer

elementos positivos (o fomento das instituições à atividade económica – eficácia das leis, defesa dos direitos de propriedade). Os direitos de propriedade assumem um papel central neste âmbito. Dada a influência dos direitos de propriedade nos custos das transações comerciais e na qualidade do desempenho da economia, espera-se do Estado a manutenção de padrões de boa governança que assegurem a infraestrutura legal e institucional necessária para a proteção da titularidade destes direitos (Barron, 2005). Não é por acaso que as propostas de reforma da segunda geração se dedicam à reforma judicial, mais especificamente, à discussão da posição institucional do poder judiciário no sistema político e do desempenho dos tribunais, em face das necessidades de crescimento.

Ao analisar o impacto das diferentes fases da globalização jurídica na assistência ao desenvolvimento na América Latina, Rodríguez-Garavito (2001) organiza em quatro categorias as iniciativas de reforma judicial deste período:

- 1** Promoção de um clima adequado ao crescimento do setor privado, em geral, e ao investimento estrangeiro em particular (cobrança de dívidas, cumprimento de obrigações contratuais, proteção dos direitos de propriedade).
- 2** Fortalecimento da democracia liberal através de um poder judiciário independente e eficiente, especialmente em face do controlo de legalidade e do abuso de poder.
- 3** Melhoria do acesso à justiça por parte dos cidadãos através de medidas indiretas, quer como resultado da maior eficiência do sistema judicial, quer através da privatização dos serviços jurídicos ou dos meios de resolução de litígios.
- 4** Reforço dos mecanismos de controlo social através do incremento de desempenho dos magistrados judiciais e do ministério público na condução da investigação criminal e no processamento de crimes graves.

Numa análise sobre a estratégia de reforma judicial a levar a cabo na América Latina, em meados da década de 1990, Dakolias (1995) desenhou um abrangente panorama das mudanças que, no âmbito da promoção do Estado de direito, seriam de se esperar dos países latino-americanos. Os pontos fulcrais de intervenção estão sumarizados no Quadro 1.

**Quadro 1. Roteiro para uma reforma judicial**

Eixos		Medidas
<b>Independência Judicial</b>	Recrutamento judicial e sistemas de avaliação	Estabelecimento de conselhos da magistratura ou consolidação do seu papel
		Estabelecimento de sistemas de avaliação objetivos com base nas qualificações, experiência profissional e/ou formação específica
		Garantia de vitaliciedade com previsão de um período probatório
		Salários competitivos
		Mecanismos de avaliação estandardizados conduzidos pelo conselho de magistratura ou outro comitê similar
		Transparência do processo de recrutamento e avaliação
	Sistemas disciplinares	Modelo único de sistema disciplinar que pode ser conduzido pelo conselho de magistratura
		Estabelecimento de códigos deontológicos claros acerca dos padrões ético-profissionais
		Proporcionalidade entre a sanção disciplina e a gravidade da violação cometida
		Educação dos juizes acerca dos padrões éticos e profissionais com publicitação das reclamações e opiniões sobre o desempenho dos serviços prestados
Eixos		Medidas
<b>Acesso à justiça</b>	Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos	Arbitragem, mediação, conciliação, julgados de paz
		Distribuição adequada dos casos para os meios alternativos apropriados
		Justiça comunitária como complemento da justiça formal e não como instância competitiva que supre as lacunas e deficiências da justiça formal
	Custos nos tribunais	Eliminação de atrasos processuais desnecessários que aumentam o custo do processo e custos de advogados
		Eliminação dos atrasos na obtenção de assistência jurídica gratuita e reparação do funcionamento moroso da assistência
		Custas judiciais razoáveis
		Eliminação de transações informais para garantir o andamento de processos pendentes
	Assistência jurídica	Adequados e eficientes programas de assistência jurídica e defensoria pública
		Iniciativas de aconselhamento jurídico aos necessitados
	Tribunais de pequenas causas	Criação de um fundo jurídico que ofereça patrocínio judiciário quando requerido, como alternativa econômica à ampliação do número de defensores públicos
		Informalização, desprofissionalização, oralidade e simplificação dos procedimentos
	Ações coletivas	Eficiência e redução de custos com a possibilidade de agregação de um conjunto de pessoas em torno de um processo comum
	Obstáculos culturais	Redução das barreiras informacionais: publicidade de documentos legislativos e judiciais, informações materiais e específicas sobre questões jurídicas e sobre o funcionamento do sistema judicial
		Tradução para os que não falam a língua oficial
	Obstáculos físicos e geográficos	Atenção às dificuldades físicas e materiais de chegar aos tribunais
		Abertura ao público durante horário razoável
	Questões de gênero	Educação e consciência de juizes e funcionários de justiça às especificidades das questões de gênero nos processos judiciais
Atenção à posição desigual da mulher nas relações de poder no âmbito da utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos		

Eixos		Medidas
Administração Judicial	Administração dos tribunais	Abordagem técnica da gestão equilibrando a necessidade de centralização e descentralização das atividades administrativas
		Adequada distribuição dos funcionários de justiça tendo em conta a carga de trabalho
		Critérios empíricos para recrutamento e distribuição dos juizes em face da pendência processual e do número de processo entrados
	Orçamentos judiciais	Autonomia orçamentária acompanhada de habilidade financeira e experiência com orçamentos para planeamento das necessidades
		Pessoal judicial suficientemente habilitado em contabilidade financeira e auditoria
		Equilíbrio na distribuição central dos recursos financeiros evitando desigualdades nos recursos atribuídos ao tratamento das questões e do acesso à justiça das populações mais pobres e afastadas
	Gestão processual	Formação dos funcionários judiciais para gerir orçamento e preparar propostas orçamentárias
		Revisão dos procedimentos ineficientes de gestão de processos, distribuição processual, registo e arquivos de casos
		Produção de estatísticas judiciais
	Direito processual	Compilação de dados sobre os casos em excesso
Adopção de formas processuais orais e imediatas		
Eixos		Medidas
Educação e Formação Jurídica	Faculdades de direito	Padrões nacionais de educação jurídica no que toca a requisitos de ingresso e conclusão dos cursos de direito
	Profissões jurídicas	Formação jurídica inicial e continuada com atenção especial a novas técnicas que os juizes devem dominar como <i>case management</i> e à atualização em face das reformas jurídicas
	Público em geral	Familiarização em face do sistema jurídico
		Educação acerca da importância da reforma judicial

Fonte: Dakolias, 1995

O carácter compreensivo da reforma judicial refere-se menos à ambição ou amplitude das propostas do que ao envolvimento de todos os setores no esforço de transformação do judiciário. Não é despendendo que os programas e iniciativas de reforma judicial tenham passado a incorporar duas condições metodológicas essenciais para o envolvimento dos organismos de financiamento: (1) o interesse de reforma tem que ser gerado de dentro para fora, isto é, deve partir dos próprios países; (2) é necessário um consenso interno acerca da importância das mudanças a serem introduzidas. Relativamente à reforma judicial na América Latina, Dakolias (1995), por exemplo, recomenda essa preocupação. Contudo, o que reconhece como sinais de interesse e consenso nacionais, a condução de reformas constitucionais *motu proprio* pelos países, evidencia, na prática, que a retórica do consenso interno serve para transferir a responsabilidade pelos resultados das

reformas para as elites governantes internas. Se, na primeira geração, o fracasso do Estado de direito resultava das características culturais dos povos em desenvolvimento, nesta segunda fase, encarregam-se os responsáveis pela governação de garantir que a cultura política e jurídica não atrapalhem.

Judicial reform should be conducted through a consensus approach and should be initiated from within the country. Only if these two objectives are met – judicial reform from within and consensus – will the result be long-term systematic changes instead of superficial reforms subject to reversal. The initiative to embark on reforms related to the judiciary must come from interested groups within the countries themselves including the judiciary, executive, legal community and local NGOs. Local governments and groups already have shown a strong commitment to this process of reform by undertaking serious constitutional, legal and procedural and structural reforms in the judiciary. These groups have taken the lead in the reform in the reform effort and are responsible for encouraging international development institutions to participate in this process. (Dakolias, 1995:226)

### **Alternativa ao desenvolvimento: que papel para o direito e a justiça?**

O princípio de precaução e o estreitamento realista dos objetivos da reforma judicial, a partir da segunda geração do movimento direito e desenvolvimento, assentam numa contradição fundamental. Ao estreitar e condicionar o escopo da sua intervenção no âmbito de uma atuação técnica em que, tanto a reforma judicial quanto o apoio internacional fica a cargo da iniciativa das elites dirigentes, os programas de desenvolvimento sustentam uma atuação neutra em relação ao contexto político e social que acaba por assumir uma posição que é política, a concordância com os padrões de dominação e exclusão “consensuais” nos países objeto das reformas. Nesse sentido, propugnam uma reforma judicial limitada que é despertada apenas para localizar o papel dos tribunais na democracia representativa (Santos, 2007b). Santos (2007b: 493-503) polariza a diferença entre o papel do judiciário na democracia representativa e os contornos de uma reforma judicial que se estende para fomentar o desempenho dos tribunais no âmbito de uma conceção participativa de democracia. Assim, enquanto na democracia representativa se assiste a uma convivência entre liberalização económica e política, uma dimensão participativa democrática subleva-se contra o capitalismo na medida em que reconhece o seu papel na imposição de um dano sistemático a maior parte da população do mundo, ao meio ambiente e à natureza.

No âmbito da manutenção dos padrões de dominação representativa, a reforma judicial tenta restaurar a compatibilidade entre democracia e capitalismo. A manifestação mais óbvia do compromisso com esta compatibilidade reside na delimitação da garantia de previsibilidade e estabilidade das transações económicas como preocupação primeira dos esforços reformistas. Em segundo lugar, o fortalecimento do papel do poder judiciário circunscreve um círculo interno do sistema político em que se coloca a possibilidade de amplificação simbólica da democracia através da visibilidade de intervenções judiciais vanguardistas de defesa de direitos e de controlo do abuso de poder. Esse círculo interno hipervisível distrai a atenção do círculo externo do sistema político e da reprodução repressiva e antidemocrática das relações entre Estado, cidadãos, organizações e classe política. Em terceiro lugar, as reformas judiciais visibilizam o judiciário enquanto cura do Estado, ao mesmo tempo em que tentam tratar das incúrias dos próprios tribunais. De um lado, a crise de tribunais sobrecarregados, à qual se tenta responder tecnocraticamente ou arrastando os conflitos para fora dos tribunais. De outro, a consolidação da independência judicial como fortalecimento corporativo, em que o reforço de racionalização e hierarquização das profissões se repercute na criação de barreiras defensivas das prerrogativas profissionais. Assim, a defesa da reforma judicial embarca num movimento contraditório e ambíguo, cuja resposta apaziguadora aos conflitos distributivos serve aos propósitos da mensagem de democratização que, por sua vez, é útil aos interesses da liberalização económica (Santos, 2007b: 493-496).

A ambiguidade das expectativas acerca do papel do campo jurídico revê-se no próprio movimento direito e desenvolvimento. A partir das considerações da teoria da dependência<sup>68</sup>, passa a parecer óbvia a impossibilidade prática de se sustentar uma noção de desenvolvimento com base na separação países centrais-países periféricos. Esta diferenciação, embora denunciando os diferentes ritmos de desenvolvimento como decorrência do trânsito de apropriação e exploração do Norte em relação ao Sul, vive a contradição dos seus próprios termos quando o desenvolvimento passa a ser defendido como uma relação de solidariedade/ajuda entre nações desenvolvidas doadoras para

---

<sup>68</sup> Sobre o tema, ver Cardoso e Faletto, 1970 e Snyder, 1980.

com nações subdesenvolvidas recetoras. Noutras palavras, a dicotomia que subjaz ao subdesenvolvimento só é útil como dicotomia de promoção do desenvolvimento diante do reconhecimento correspondente tanto de um processo de violência e apropriação quanto da existência de responsabilidade pelos danos e direito à compensação. É nesse âmbito que se enquadra a defesa de um direito ao desenvolvimento por parte dos países periféricos e a resistência, por parte dos países desenvolvidos, a submeterem-se a qualquer tipo de responsabilização pelo subdesenvolvimento das nações periféricas<sup>69</sup>.

Rodríguez-Garavito (2001) dá conta de uma linha de análise da relação entre direito e desenvolvimento que tem sido marginalizada no âmbito dos estudos sobre o tema. Este paradigma alternativo tenta responder, de um lado, às limitações do avatar do radicalismo jurídico e, de outro, às tentativas falhadas da primeira geração do movimento. Com base numa noção de desenvolvimento alternativo, que ressalta dinâmicas autónomas, endógenas e orientadas às margens, procura-se reformular o papel das instituições jurídicas e do direito. Sendo certas a burocratização, hierarquização e profissionalização inerentes ao modelo de direito modernizado, bem como o papel desagregador dos transplantes jurídicos em relação ao potencial autónomo das práticas das comunidades locais, a defesa de utilização do direito no curso de um desenvolvimento alternativo pode atuar a partir de baixo. Indaga-se, assim, a utilização que governos comprometidos com o desenvolvimento alternativo podem dar ao direito, defendendo-se o fortalecimento de outros modos (não estatais, não profissionais, não hierárquicos e não burocráticos) de conhecimento e utilização do campo jurídico, abandonando-se a ideia de modernização e racionalização em larga escala do conhecimento do direito.

Blake (2000) aponta, no início da década de 1980, uma reação ao movimento direito e desenvolvimento da década de 1970 consistente num micro-paradigma prático dedicado à mudança do direito e à produção de recursos jurídicos para as/os mais pobres. Menciona, nesse sentido, a atuação de associações como *International Center for Law in Development*, *International Development Law Institute* e *International Third World Legal*

---

<sup>69</sup>Ver nesse sentido, Nwobike, 2006; Martin, 2006 e Archer, 2006.

*Studies Association*. São igualmente conhecidas as iniciativas de luta jurídica contra a pobreza e por melhores condições de vida levadas a cabo por movimentos e organizações sociais dos países do Sul Global, assentes, primeiramente, na luta contra a ditadura política, e, em consonância com o processo de democratização dos estados, investidas na defesa dos direitos humanos, da reforma agrária, dos recursos naturais, do direito do consumidor, do direito à moradia, dos direitos trabalhistas, dos direitos dos/das consumidores/ras, entre outros<sup>70</sup>. Este é o campo que aproxima a mudança e reforma jurídicas do marco de discussão sobre o papel dos tribunais na democracia participativa. Noutra dimensão, a discussão sobre alternativas à defesa hegemónica de um modelo de desenvolvimento invoca a distinção entre lutas paradigmáticas e lutas subparadigmáticas.

De acordo com Santos (2007b), as lutas, jurídicas ou não jurídicas, que se dirigem a reduzir o dano sistemático provocado pelo capitalismo, podem ser consideradas lutas pela democracia participativa. As lutas por uma construção alternativa do desenvolvimento e redefinição do papel da regulação e das instituições jurídicas, muito embora sejam uma manifestação contundente do esgotamento do paradigma de exploração capitalista, têm sido travadas como lutas subparadigmáticas. As lutas paradigmáticas visam aprofundar a crise do paradigma dominante e acelerar a transição para um paradigma emergente (Santos, 2002a: 317-319). O carácter transicional e contemporâneo das lutas paradigmáticas levadas a cabo no nosso tempo vinculam-nas aos limites das lutas subparadigmáticas, isto é, desenvolvem-se como se admitissem que o paradigma dominante pode encontrar ainda respostas para os problemas e críticas que desafiam a sua sustentabilidade. Ainda de acordo com Santos, a luta subparadigmática para transpor os limites de percepção que lhe aprisionam deve fornecer elementos para o fortalecimento de uma imaginação utópica. A imaginação utópica estende o presente da luta subparadigmática, permitindo vislumbrar um paradigma emergente. Neste contexto, uma luta subparadigmática transformadora da relação entre direito e desenvolvimento económico, pode se destacar em quatro aspetos (Santos, 2007b: 496-503):

---

<sup>70</sup> A este propósito, ver os estudos de caso apresentados em Santos e Rodríguez-Garavito (orgs.), 2005 e Santos (org.), 2003.



**1** Confronto e utilização contra-hegemónica das ferramentas jurídicas e dos tribunais. A luta jurídica permite desvelar o sentido político da interpretação judicial do direito, colocando os méritos substantivos do ativismo judicial ao serviço das lutas populares.

**2** Visibilização das condições sociais e económicas que subjazem aos conflitos jurídicos. A utilização contra-hegemónica do direito denuncia a manifestação do dano sistemático da exploração capitalista e dos sistemas de opressão em conflitos estruturais e de largo impacto social (defesa da terra, habitação, direitos dos consumidores, meio ambiente, direitos das minorias), bem como evidencia o processo de despolitização dos conflitos no âmbito de uma administração da justiça fragmentada, individualizadora e rotineira.

**3** Luta pela exposição da demanda judicial reprimida. Em face de um sistema de acesso à justiça seletivo, fragmentado em meios alternativos de resolução de conflitos e despolitizado, a luta subparadigmática por direito e justiça não se contenta com qualquer proliferação de meios para a resolução dos conflitos. Independentemente da sobrecarga de trabalho e bloqueios operacionais vividos pelos tribunais, assume a responsabilidade pela criação de disputas que exponham a vulnerabilidade social e as desigualdades reprimidas pela dinâmica de acesso à justiça.

**4** Confronto entre a defesa transnacional de um modelo hegemónico de Estado de direito e desenvolvimento e a mobilização e criação de alianças políticas transnacionais de lutas subparadigmáticas. Tanto as instituições de justiça nacionais, quanto as instituições transnacionais (sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, tribunal penal internacional, tribunal de justiça europeu) são provocadas a manifestar sua orientação política perante os danos causados pelos sistemas de exploração e opressão, sendo pressionadas a atribuir responsabilidades e estabelecer uma política de reparação.

O contexto local de construção sociopolítica de uma alternativa ao desenvolvimento através das lutas subparadigmáticas no campo do acesso à justiça brasileiro e português é explorado nos capítulos 4 e 5.

### **Terceira geração das iniciativas e cooperação jurídica internacional para o desenvolvimento**

No âmbito do paradigma dominante, as críticas e os problemas levantados pelos programas de reforma jurídica e judicial conduzidos de acordo com princípios de liberalização, modernização, racionalização e crescimento dos mercados foram amortecidos através de uma reformulação da política de desenvolvimento e cooperação jurídica. Os termos desta fórmula têm sido enquadrados como terceira geração dos programas de direito e desenvolvimento.

A partir de meados da década de 90, as crises econômicas e o questionamento das concepções de supremacia dos mercados<sup>71</sup> reintroduziram a agenda do desenvolvimento legal-racional. As crises econômicas na Rússia, América Latina e Ásia serviram para desconstruir a ideia de reprodução dos mercados automática e independente dos contextos (*one-size-fits-all*), deslocando a atenção para a importância da escala local<sup>72</sup>. Passou-se a questionar a falta de mecanismos sistêmicos reguladores, de supervisão e controlo da volatilidade produzida pela liberalização dos mercados. Tal reconhecimento do papel que pode ser desempenhado pelo direito na regulamentação e no controlo dos excessos e das falhas dos mercados<sup>73</sup> evidenciou a fraqueza de uma concepção demarcada exclusivamente pelos limites e potencialidades do crescimento económico (Hauserman, 2006).

A terceira geração da relação entre direito e desenvolvimento coloca em cena uma abordagem orientada para os direitos humanos, acesso à justiça e combate à pobreza. Nesse sentido, tem sido defendida como responsável por uma viragem ontológica neste campo. De um ponto de vista material, critica o conteúdo dos conceitos de desenvolvimento e Estado de direito subjacentes aos programas macro-estruturais de reforma jurídico-institucional. De um ponto de vista procedimental, reivindica a inversão de prioridades na definição dos atores e do objetivo da política de apoio e cooperação internacional no campo jurídico.

A concepção de desenvolvimento é reformulada considerando a tensão entre crescimento económico e liberdade<sup>74</sup>. Na defesa do desenvolvimento como crescimento, a pobreza manifesta-se como um fenómeno estrutural a ser corrigido com o aumento do produto interno bruto e da renda *per capita*, exigindo portanto acompanhamento e reformulação

---

<sup>71</sup> Ver Stiglitz, 2002 e Vreeland, 2003.

<sup>72</sup> Para uma análise da reintrodução da escala local como escala de análise do desenvolvimento, ver Escobar, 2005.

<sup>73</sup> Ver Trubek e Santos, 2006 e Kennedy, 2006.

<sup>74</sup> A definição de direito como liberdade é tributária do trabalho de Armatya Sen. Sen analisa o desenvolvimento num processo de expansão das liberdades reais e dos direitos, o que implica a remoção das fontes da não-liberdade, na sua integralidade. Assim, a não-liberdade decorrente da situação de pobreza, não se limita, à carência económica e/ou de oportunidades de crescimento, mas também a tirania, as condições estruturais de opressão e discriminação, etc. Ver Sen, 1999.

da política macroeconómica e do desempenho das instituições nacionais. Na defesa de um desenvolvimento como remoção dos obstáculos à liberdade (Sen, 1999), a pobreza interessa como fenómeno político e social, noutras palavras, interessam os pobres, as suas necessidades, os seus direitos e as condições estruturais que os discriminam e mantêm a sua opressão. Assiste-se assim, a três momentos de reformulação do conceito de desenvolvimento: crescimento económico e distribuição de rendimentos (1950/1960), atendimento das necessidades humanas básicas (1970) e desenvolvimento humano (1980). Van Rooij (2009) distingue três níveis de mudança na política de desenvolvimento nos últimos anos: (a) mudança na conceptualização de desenvolvimento; (b) mudança na escala de intervenção da política; (c) mudança na conceptualização de pobreza.

De acordo com aquele autor, o desenvolvimento alcança uma ampliação de significado correspondendo a elementos que, nalguns momentos, podem ser assumidos como contraditórios, como se dá com as noções de crescimento económico, igualdade e justiça. Desde as décadas de 70 e 80, com abordagens mais voltadas para o desenvolvimento humano e atendimento das necessidades básicas, a relação entre justiça, igualdade e desenvolvimento complexificou-se superando tanto a assimilação estreita entre justiça social e justiça retributiva, quanto a redução economicista da igualdade enquanto medida de distribuição dos rendimentos. Como se pode inferir, este é um contexto em que o espaço tempo do Estado-nação e o elemento subjetivo povo (produto interno e renda bruta, renda *per capita*, desempenho das instituições nacionais) são referências de medida insuficientes para a definição das prioridades da política pública e da ajuda internacional. Daí que, desde a década de 70 a análise económica macro-estrutural vem sendo confrontada com uma maior capilaridade do que se considera elementos de definição e avaliação das iniciativas de desenvolvimento<sup>75</sup>.

As abordagens dirigidas ao apuramento das necessidades decorrentes da situação de pobreza ou ao cumprimento e orientação normativa das regras internacionais de direitos humanos ganham lugar na mesa de debate sobre as políticas de desenvolvimento e os

---

<sup>75</sup> Ver, nesse sentido, as propostas de associação entre os mecanismos de avaliação da implementação de direitos e o cumprimento das metas de desenvolvimento, especialmente no acompanhamento das metas de desenvolvimento do milénio. Ver Azzam, 2005, Shetty, 2005 e Archer, 2006.

seus resultados. A luta contra a pobreza passa a ser entendida não mais como um esforço bélico resultante da pro-atividade de estados solidários, mas antes como cumprimento de obrigações devidas pelo Estado, em relação às quais as/os pobres são titulares de direitos. Conseqüentemente, a discussão da situação de pobreza é colocada à luz da dinâmica social e econômica de reprodução da dominação política. A situação de pobreza não se limita, assim, a uma condição de decadência econômica, atendendo antes à reprodução da vulnerabilidade e da marginalização sociais perante os mecanismos de conservação das relações de poder.

Se a eliminação da pobreza é considerada o objetivo principal da política de desenvolvimento, a defesa do Estado de direito como arquétipo orientador da cooperação jurídica internacional tem poucos resultados a apresentar quando se analisa o progresso das sociedades receptoras da ajuda internacional. Não surpreende, portanto, que a concepção de *rule of law* ocupe um lugar central nas críticas às diretrizes orientadoras do desenvolvimento e da cooperação jurídica internacional dos últimos anos. Uma primeira objeção coloca em questão a própria associação entre Estado de direito, modernização institucional e desenvolvimento econômico, admitindo que a confiança weberiana nos processos de racionalização, institucionalização e legitimação legal como pré-estágio do desenvolvimento capitalista representa a universalização das condições de reprodução de uma experiência local e europeia (Carothers, 1998). Esta objeção sustenta-se, por exemplo, na evidência de que o crescimento econômico testemunhado nalguns países asiáticos, especialmente na China, foi alcançado sem a incorporação do equivalente desenvolvimento do Estado de Direito.

Uma segunda objeção dirige-se aos usos e aos sentidos possíveis da referência ao Estado de direito. É na vagueza desta expressão que reside sua força e popularidade. O enquadramento normativo do Estado de direito detém a elasticidade necessária para ser incorporado, sob diferentes ideologias, como ideal de orientação neutro. A utilização técnica dessa referência pelas instituições financeiras internacionais permite a convivência pacífica entre um horizonte referencial de afirmação democrática e legal e a implementação técnica de orientações e recomendações que, na prática, funcionam

como tecnologias disciplinares dirigidas ao controlo e à apropriação dos recursos das populações consideradas não desenvolvidas.

Uma terceira objeção denuncia a ortodoxia do Estado de direito (Golub, 2003). A ortodoxia do Estado de direito consiste no afunilamento das estratégias de desenvolvimento no âmbito de uma espiral elitista de afirmação corporativa e institucional. A crítica incide primeiramente no desenvolvimento económico que se estreita assumindo a forma de desenvolvimento das instituições do Estado. O investimento humano, por sua vez, traduz-se em investimento nas carreiras profissionais, nomeadamente carreiras jurídicas. Já as parcerias locais/transnacionais encerram-se em alianças entre altos servidores estatais, peritos e consultores estrangeiros<sup>76</sup>. Ainda, a participação popular é esvaziada na canibalização da ação da sociedade civil pelos projetos do Estado. Reflete-se, assim, um ementário de reformas institucionais dirigidas especialmente a equipar as instituições e promover as carreiras profissionais.

In short, key features of ROL<sup>77</sup> orthodoxy include:

- A focus on state institutions, particularly judiciaries.

This institutional focus is largely determined by the legal profession, as represented by a nation's jurists, top legal officials, and attorneys, and by foreign consultants and donor personnel.

- As a result, a tendency to define the legal system's problems and cures narrowly, in terms of courts, prosecutors, contracts, law reform, and other institutions and processes in which lawyers play central roles.

- Where civil society engagement occurs, it usually is as a means toward the end of state institutional development: consulting nongovernmental organizations (NGOs) on how to reform the (narrowly defined) legal system, and funding them as vehicles for advocating reform.

- A reliance on foreign expertise, initiative, and models, particularly those originating in industrialized societies.

These features translate into funding a distinct array of activities, including:

- courthouse construction and repair;

<sup>76</sup> Esta dinâmica de articulação e alianças foi levada a cabo num campo de resistências e disputas entre os domínios profissionais. Dezalalay e Garth (2002a, 2002b) cunharam o termo guerras palacianas para caracterizar as disputas entre economistas e profissões jurídicas no processo de modernização do Estado na América Latina. O intercâmbio da autoridade conferida pelo conhecimento especializado na assistência técnica às reformas jurídicas e judiciais materializou-se numa dinâmica de alianças e resistências na distribuição do poder profissional. Este processo repercutiu numa dança de cadeiras entre *experts* e elites tradicionais. Para uma análise crítica da relação entre as diferentes escalas de poder e o conhecimento especializado no processo de reforma judicial latino-americana, ver Garth, 2003. No Brasil, Bonelli (2010) analisa a dinâmica de resistência das elites jurídicas tradicionais, nomeadamente a magistratura paulista, no âmbito da reforma constitucional do judiciário.

<sup>77</sup> *Rule of Law*.

- purchase of furniture, computers, and other equipment and materials;
- drafting new laws and regulations;
- training judges, lawyers, and other legal personnel;
- establishing management and administration systems for judiciaries;
- support for judicial and other training/management institutes;
- building up bar associations; and
- international exchanges for judges, court administrators, and lawyers.

(Golub, 2003: 9)

A análise empreendida nesta terceira fase faz um depuramento metodológico e discute os resultados alcançados pela equação entre direito e desenvolvimento nas fases anteriores. Esta reflexão contribuiu para enfatizar a inexistência de uma relação direta entre desenvolvimento jurídico, desenvolvimento corporativo-institucional e eliminação da pobreza ou garantia do acesso à justiça<sup>78</sup>. As sucessivas reformulações das ondas de ajuda internacional não foram suficientes para a criação de um conhecimento consolidado acerca do que o direito pode fazer pelo desenvolvimento e como deve fazê-lo. Os resultados apresentados pelos programas e iniciativas implementadas são ambíguos, enquanto a avaliação do impacto social é facilmente manipulável pelas instituições doadoras.

De fato, é visível, pela manutenção e intensificação dos padrões de corrupção e impunidade das elites políticas e dirigentes dos países periféricos, que o apoio ao desenvolvimento tem sido sustentado sobre a discrepância entre os princípios do Estado de direito e uma prática política de abuso do poder. Os programas e políticas de apoio são implementados de cima para baixo, o que amplifica os níveis de formalização, burocratização e institucionalização das políticas. Tratam-se, na sua maioria, de projetos estadocêntricos cujo ponto de irradiação encontra-se nos tribunais e nos processos de produção e reprodução do direito formal. Por um lado, a exterioridade em relação à realidade e atores locais exponencia o carácter etnocêntrico e autoritário da política de desenvolvimento. Por outro lado, esta intervenção revê-se, em princípio, como assistência técnica e revela-se, na prática, como apoio político ao fortalecimento dos estados e elites profissionais dirigentes.

---

<sup>78</sup> Prillaman (2000) analisa o processo de modernização do Estado latino-americano através das reformas judiciais, demonstrando a decadência do ideal de um Estado de direito constituído por indivíduos livres e iguais em que o poder esta subjugado à racionalidade jurídico-estatal.

O crivo da crítica a que foram submetidos os alicerces e os resultados da primeira e segunda geração do direito e desenvolvimento assinala assim uma pergunta forte (Santos, 2008a)<sup>79</sup>: se as diferentes experimentações assumidas pela ajuda internacional e programas de desenvolvimento não foram capazes de fortalecer os fundamentos básicos do estado de direito (igualdade todas/os e contenção da arbitrariedade do poder), porque continua o universo referencial do progresso das civilizações a sustentar modernização, liberalização, autonomia individual e formalização como alternativas válidas?

A resposta, fraca, oferecida pelos autores e pesquisadores das instituições financeiras a esta pergunta tem assumido três denominações: *legal empowerment*, microjustiça e desenvolvimento baseado nos direitos humanos e no acesso à justiça. Para os seus defensores, a potencialidade desta resposta é evidente por colaborar com uma inversão da pirâmide do investimento. De acordo com este argumento, o maior problema da ortodoxia do Estado de direito diz respeito à construção de um desenvolvimento que atuou como política de fortalecimento das elites locais e transnacionais. O universo referencial do desenvolvimento revelou-se inútil porque foi aplicado de cima para baixo ficando reservado como privilégio e recurso exclusivo daqueles que ocupavam o topo da pirâmide. As iniciativas de desenvolvimento de terceira geração distinguem-se por serem iniciativas de baixo para cima. Utilizando a alegoria de Van Rooij (2009) é construída uma ponte através da qual as/os pobres poderão familiarizarem-se com o referencial jurídico do/para o progresso, incorporando poder, reconhecendo-se titulares de direito e acedendo à justiça.

---

<sup>79</sup> Refiro-me à defesa feita por Santos de que um contexto de disputa paradigmática desvela o seu carácter transicional através da presença de perguntas fortes para as quais o paradigma dominante dirige respostas fracas. De acordo com Santos (2008a: 13 e 14): *As perguntas fortes dirigem-se não só às nossas opções de vida individual e colectiva, mas sobretudo às fundações que criam o horizonte de possibilidades entre as quais é possível escolher. São, portanto, questões que provocam um tipo particular de perplexidade. As respostas fracas são aquelas que procuram responder sem pôr em causa o horizonte de possibilidades, imaginando nele virtualidades para esgotar o campo das perguntas e das respostas possíveis ou legítimas. Mas precisamente porque o questionamento dessa virtualidade está na raiz das perguntas fortes, as respostas fracas não atenuam a perplexidade que estas suscitam, podendo, pelo contrário, aumentá-la.*

## HETERODOXIA JURÍDICA: AS INICIATIVAS DE ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DE BAIXO E A MISSÃO DE REDUZIR A POBREZA

Distingo três modalidades de iniciativas *bottom up* dirigidas à promoção do desenvolvimento através do direito: (a) implementação dos direitos humanos e garantia do acesso à justiça; (b) *legal empowerment* do *homo economicus*; (c) *legal empowerment* do *homo juridicus*.

### Desenvolvimento através da implementação dos direitos humanos e da garantia de acesso à justiça

O marco do desenvolvimento como abordagem dirigida aos direitos humanos e garantia do acesso à justiça tem vindo a ser assumido com maior intensidade pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). De acordo com a nota prática do acesso à justiça do PNUD (2004):

UNDP is committed to using a human rights-based approach in its programming, guided by international human rights standards and principles. A human rights-based approach is useful to:

- a) Focus on the immediate, as well as underlying causes of the problem—the factors impeding access (lack of safeguards to access, or insufficient mechanisms that uphold justice for all under any circumstances);
- b) Identify the “claim holders” or beneficiaries — the most vulnerable (rural poor, women and children, people with diseases and disabilities, ethnic minorities, among others);
- c) Identify the “duty bearers”—the ones accountable for addressing the issues/problems (institutions, groups, community leaders, etc.); and
- d) Assess and analyse the capacity gaps of claim-holders to be able to claim their rights and of duty-bearers to be able to meet their obligations and use analysis to focus capacity development strategies.

Access to justice is, therefore, much more than improving an individual’s access to courts, or guaranteeing legal representation. It must be defined in terms of ensuring that legal and judicial outcomes are just and equitable. According to a human rights-based approach to development, it is important to identify the grievance that calls for a remedy or redress. A grievance is defined as a gross injury or loss that constitutes a violation of a country’s civil or criminal law, or international human rights standards. The capacity and actions needed to achieve access to justice, following a human rights-based approach, are outlined below.



Tendo em conta os objetivos de promoção de desenvolvimento humano e erradicação da pobreza, a defesa de uma abordagem de desenvolvimento que tem como foco o acesso à justiça e a defesa dos direitos humanos, reconhece primeiramente a existência de uma relação entre pobreza e falta de acesso à justiça. O desenvolvimento desequilibrado por parte do sistema político dos princípios de participação, responsabilização e transparência é conivente com os padrões de reprodução da pobreza na medida em que consolida a falta de acesso a oportunidades e de recursos básicos de parte significativa da população. Este é um processo que subtrai dos/das pobres o direito de existir e ter voz nos processos de tomada de decisão.

Da forma como é defendida na proposta do PNUD, a defesa do acesso à justiça e garantia de direitos como ponto nodal do desenvolvimento envolve a definição de uma estratégia de intervenção de largo espectro. Nesse sentido, pode envolver programas e medidas que se estendem desde aos mecanismos de governação constitucional até programas de desenvolvimento e participação comunitários. A proposta procura reunir polos considerados contrapostos como: iniciativas de reforma jurídica *bottom-up* e *top-down* e justiça formal e justiça informal. Defende ainda o envolvimento amplo e a interlocução entre diferentes atores (polícia, tribunais, assistentes sociais, magistradas/os do ministério público, autoridades tradicionais, trabalhadoras/res paralegais, entre outros), intervindo tanto no âmbito da justiça cível, quanto no âmbito da justiça criminal.

As iniciativas realizadas podem remeter assim a uma panóplia de campos de intervenção, entre eles:

**1** Proteção jurídica – Garantia de um quadro normativo em que os direitos das/dos pobres e grupos em desvantagem possam estar assegurados em diferentes domínios jurídicos como receção doméstica dos tratados internacionais de direitos humanos, previsão de direitos na ordem constitucional, administrativa e na aplicação da justiça comunitária.

**2** Consciência jurídica – Criação de condições de disseminação efetiva da informação, para que as/os pobres e grupos em desvantagem possam entender como encaminhar os seus direitos no âmbito do sistema de justiça, quais as várias entidades responsáveis pela proteção dos seus direitos e os passos necessários para iniciar os procedimentos jurídicos.

**3** Aconselhamento e assistência jurídicos – Criação das condições necessárias, no âmbito do conhecimento jurídico especializado, para que as/os pobres possam acionar procedimentos jurídicos. O apoio profissional pode advir de profissionais dedicados ao sistema oficial de acesso à justiça (advogados, defensores públicos), atividades pro-bono, pessoas leigas com conhecimento jurídico (paralegais), etc.

**4** Resolução de conflitos - Criação de condições que permitam o encaminhamento dos conflitos às instâncias mais adequadas para solucioná-los (tribunais, órgãos administrativos ou quase judiciais, sistemas de autoridades tradicionais).

**5** Eficácia jurídica – Criação de condições que assegurem o cumprimento dos acordos e/ou decisões provenientes de instâncias estatais e não estatais.

**6** Sociedade civil – Criação de condições para que a sociedade possa atuar no monitoramento e vigilância da política pública.

### Desenvolvimento através do *legal empowerment* do *homo economicus*

Tal como a abordagem dirigida aos direitos humanos, a defesa do *legal empowerment*<sup>80</sup> também tem como alvo a criação de condições para o exercício de direitos por parte das populações pobres e marginalizadas. De acordo com a Comissão de Legal Empowerment do programa justiça para os pobres do Banco Mundial (CLEP, s.d.):

In order to escape the poverty trap, poor people need a legal system that enables them to realize the full value of their physical and human capital. The three substantive cornerstones of the legal empowerment agenda are property law, labour law, and law for small business. Reform of the substantive law, however necessary, would not be sufficient to achieve true legal empowerment. For the legal system to play a role in empowering the poor to lift themselves out of poverty, they need more than laws conferring the appropriate mix of rights, powers, privileges, and immunities; they also need a legal and judicial system that can make these legal entitlements practical and meaningful. Empowering the poor and disadvantaged to seek remedies for injustice requires efforts to develop and/or strengthen linkages between formal and informal structures and to counter biases inherent in both systems. Our working group has examined the issues involved and has developed guidelines to provide ways of improving access to justice.

<sup>80</sup> A literatura sobre *legal empowerment* tem sido produzida por pesquisadores e consultores associados às agências de desenvolvimento e instituições financeiras. Sobre o tema ver, entre outros: CLEP, s.d.; World Bank, 2006; Clarke, 2011; Kokke e Vuskovik, 2010; Maru, 2010a; Maru, 2010b; Barendrecht e Langen, 2008 e Van Rooji, 2009.

A proposta assume como ponto de partida as múltiplas faces da vitimização dos/das pobres perante o sistema jurídico, defendendo a promoção do acesso à justiça como mecanismo de correção das disparidades. Analisando a dinâmica de reforma do direito e da justiça, a principal conclusão refere-se ao fato de, por um lado, as/os pobres serem os principais atingidos pelo mau funcionamento das instituições do Estado e, por outro lado, mesmo um funcionamento adequado das instituições estatais não lhes asseguraria um tratamento justo. A referência que subjaz à proposta de *legal empowerment* do Banco Mundial é o trabalho do economista peruano Hernando de Soto (1989 e 2000). De Soto argumenta que um dos principais problemas de subdesenvolvimento dos países periféricos assenta na impossibilidade de as propriedades e os negócios dos pobres serem capitalizados. Como as propriedades e negócios dos pobres integram a esfera da informalidade e dos sistemas normativos não estatais, um grupo economicamente ativo está, por princípio, excluído de contribuir para o funcionamento do mercado oficial.

Defendo que as iniciativas de *legal empowerment* que integram a formulação do Banco Mundial investem numa metodologia de eliminação da pobreza que consiste na capacitação de um *homo economicus*. Nesse sentido, a pobreza como manifestação estrutural do subdesenvolvimento das sociedades periféricas resulta numa dinâmica de reconhecimento oficial deficiente que deixou de fora atividades de consumo e produção que, uma vez formalizadas, poderiam ser aproveitadas em favor de funcionamento em larga escala do mercado. Nesse sentido, o *legal empowerment* como meio de capacitação para que os pobres possam usar o direito e o sistema jurídico a fim de realizar integralmente o seu potencial humano circunscreve-se aos limites da precisa frase de De Soto (2000): *In the midst of their own poorest neighborhoods and shanty towns, there are trillions of dollars, all ready to be put to use if only the mystery of how assets are transformed into capital can be unraveled*. A chave do progresso dependeria, então, de duas operações simples: (a) assegurar às/aos pobres a titulação legal da sua propriedade, deixando que o acesso ao crédito faça dela/e um/a empreendedor/a e (b) reconhecer juridicamente a/o pobre empreendedor/a informal.

Nesse sentido, as iniciativas de *legal empowerment* dirigidas ao *homo economicus* tomam em consideração as necessidades jurídicas que implicam sua formalização como trabalhador/a, consumidor/a e produtor/a, atuando principalmente nos campos da informalidade, simplificação do direito dos negócios e formalização dos direitos de propriedade.

A outra face da capacitação dos pobres como *homo economicus* do acesso à justiça está no reconhecimento da própria justiça como serviço que pode ser disponibilizado num mercado privado adaptado às necessidades da população carente. Esta é a ideia convocada pela proposta de microjustiça (Barendrecht e Van Nispen, 2007). A ideia de microjustiça, inspirada no micro-crédito, visa adaptar os modos de funcionamento da justiça dos países de primeiro mundo e compatibilizá-los com o meio e os recursos disponíveis nos países de terceiro mundo. Defende-se que a construção de uma justiça que atenda às/aos pobres de maneira economicamente sustentável pode beneficiar-se com a adoção de princípios de mercado. Assim, certos serviços de justiça necessitados pela população poderiam ser facultados de forma simples, rápida e barata por fornecedores privados que, por sua vez, estariam beneficiados pela relação custo benefício, ou subsidiados pelo Estado ou doadores internacionais<sup>81</sup>.

### **Desenvolvimento através do *legal empowerment* do *homo juridicus***

Nesta abordagem, a reabilitação da/o pobre perante o sistema jurídico é feita através da transferência de poder. Trata-se de um processo de criação de direitos, condições e oportunidades que conferem às/aos pobres a possibilidade de usar o direito e as ferramentas jurídicas para superar a marginalização social a que estão sujeitas/os. O *legal empowerment* funcionaria, portanto, como um meio de combate à pobreza e não um fim em si mesmo (Bruce *et al.*, 2007).

---

<sup>81</sup> Uma outra definição de micro-justiça é desenvolvida por Slakm e Okhorn (2006), desenvolvo-a mais à frente.

A estratégia de desenvolvimento adotada é a de satisfação das necessidades. Nesse sentido, amplia-se o escopo do *legal empowerment* para além das esferas de formalização da produção e do consumo, focando em medidas de desenvolvimento não necessariamente jurídicas, como organização comunitária e alfabetização.

A formulação mais completa do que denomino *legal empowerment* do *homo juridicus*, pode ser vista em Golub (2003):

Legal empowerment differs from ROL orthodoxy in at least four additional ways: (1) attorneys support the poor as partners, instead of dominating them as proprietors of expertise; (2) the disadvantaged play a role in setting priorities, rather than government officials and donor personnel dictating the agenda; (3) addressing these priorities frequently involves nonjudicial strategies that transcend narrow notions of legal systems, justice sectors, and institution building; (4) even more broadly, the use of law is often just part of integrated strategies that include other development activities.

Legal empowerment is not only an alternative to ROL orthodoxy; it should be an element of many mainstream socioeconomic development efforts (regarding, for example, public health, gender, rural development, irrigation, education) that generally do not address ROL or the legal needs of the poor.

Golub (2003) caracteriza o *legal empowerment* através de cinco elementos. Em primeiro lugar, trata-se de um processo cujas iniciativas procuram intensificar o controlo que as populações pobres têm sobre a sua própria vida. Numa segunda dimensão, esse processo não é apenas de fornecimento de recursos, mas de conscientização, assegurando que os grupos vitimizados ganhem a consciência de que efetivamente assumem uma posição de comando nas suas vidas. Em terceiro lugar, as iniciativas de *legal empowerment* detêm um papel direto e indireto na redução da pobreza. Diretamente podem repercutir em dividendos resultantes do uso e do gozo de direitos conquistados (exemplo: direito ao trabalho). Indiretamente combate uma perspectiva de pobreza que não se limita à noção de carência de recursos financeiros, dirigindo-se sobretudo à carência de poder. Consequentemente, iniciativas ligadas à criação de oportunidades, divulgação do conhecimento e fomento à participação atuam na recuperação do poder subtraído às populações pobres. Por fim, são iniciativas que se destacam por um papel central de pró-atividade e disseminação exercido pela sociedade civil.

Defendo que o acesso ao poder potenciado por mecanismos mais abrangentes de *legal empowerment* colaboram, em última instância, para a criação de um *homo juridicus*. A conduta hipotética do *homo juridicus* orienta-se pela submissão ao direito, pelo uso e gozo irrestrito e incondicional dos direitos subjetivos e pela defesa do direito contra qualquer ameaça (Rafare, 2010). Na capacitação que corrobora a figura do *homo juridicus* a mesma operação que propugna afastar a linha de marginalidade que discrimina as/os pobres integra nos canais de comunicação legal racional os momentos de ilegalidade, protesto e revolta. A luta contra a condição de pobreza estará assim tão investida na promoção dos/das pobres quanto na normalização e sujeição do/da marginal ao direito.

As iniciativas *bottom up* de desenvolvimento sociojurídico constituem uma resposta fraca porque mantêm a afirmação do capitalismo como modelo de desenvolvimento e o liberalismo como modelo de regulação política e jurídica hegemónicos, aniquilando qualquer possibilidade de imaginação utópica de uma paradigma emergente. Nesse sentido, as estratégias de desenvolvimento ainda que prioritariamente dirigidas aos/às pobres continuam a funcionar como um modelo de normalização em que a/o marginal/ilegal é promovido/da a incluído(a)/legal. Esta governamentalidade assenta na autonomia individual ou do grupo e dispensa a construção da solidariedade entre as lutas sociais. No mesmo sentido, uma sociedade civil guetizada é erguida como panaceia para os males de funcionamento do Estado. Uma sociedade civil secundária que, ao suplementar o Estado como propulsor das iniciativas de desenvolvimento, mantém intacto o mito de eficácia global do direito do Estado. A dimensão informal e comunitária contribui para afirmar uma ideologia de harmonização exterior à administração oficial da justiça. Os limites da dicotomia formal-informal acabam por reforçar a dominação de dentro para fora exercida pelo direito do Estado. Neste estabelecimento de fronteiras entre o oficial e o não oficial, o *bottom up* e o *top down*, os elementos epistemológicos de constituição do direito pela comunidade continuam a não ter validade fora do seu meio familiar. Facilmente se percebe que transferência do poder não equivale à partilha da autoridade e, nesse curso, a efetiva participação popular permanece no banco de reserva ou na segunda divisão do jogo de racionalidades que constituem a política pública de justiça.

## O NORMAL E O PLURAL DAS REFORMAS JUDICIAIS: OS CASOS DO BRASIL E PORTUGAL

A intensidade com que a globalização jurídica se repercute na ordem política e a posição assumida pelos atores e instituições locais na definição da política pública de justiça são fatores determinantes na significação dos modelos de reforma jurídica adotados em cada sociedade. Uma vez que a posição do país nas dinâmicas de troca desigual das relações do sistema mundo determinam a posição de liberdade relativamente ao cumprimento das diretrizes normativas do campo hegemónico de reformas jurídicas, as nações periféricas, semi-periféricas e centrais recebem em diferentes intensidades o chamado pela reforma global da justiça e promoção do Estado de direito (Santos, 2007b). O grau de dependência do país em relação à ajuda externa determinará a opção entre livre aceitação ou submissão perante a escala transnacional.

Num nível local, as tensões e contradições vivenciadas pelos agentes políticos, pelas profissões jurídicas e pelas/os cidadãs/dãos podem influenciar de maneira expressiva a configuração das mudanças introduzidas na política de justiça. Do ponto de vista das instituições políticas, a preocupação com o reforço das garantias de igualdade dos cidadãos no recurso ao direito e à justiça tem colidido com os pressupostos de uma nova pública centrada na racionalização e economicidade dos serviços. Deste modo, o desejo de ampliação, propagação e proximidade das estruturas encontra limites nos propósitos de concentração dos serviços jurídicos e na redução de custos. No que se refere às aspirações das profissões do direito, verificam-se duas tendências distintas. Por um lado, o estatuto de excecionalidade e os privilégios das carreiras jurídicas traduzem-se numa lógica *top down* de manutenção da dominação e do exercício do poder e, conseqüentemente, repercutem-se na distância social e simbólica da justiça. Por outro lado, é possível assistir a práticas de dissidência de alguns operadores, materializadas especialmente na adoção de posições críticas em relação aos poderes constituídos e no recurso à utilização contra-hegemónica das ferramentas jurídicas como, por exemplo, a advocacia de causas (Comaille, 2009).

As antinomias constantes da agenda política e da prática jurídica dos profissionais do direito podem impulsionar três reações distintas das/os cidadãos/ãos em relação ao direito e à justiça: o evitamento, o afastamento e a apropriação (ibidem). Na lógica de evitamento, confrontados com a ineficácia da lei e as fraquezas da justiça (lentidão, custos exorbitantes, arrogância das profissões jurídicas e abandono crescente de indivíduos), os cidadãos alienam-se, esquivando-se do recurso às estruturas jurídicas e judiciais. A lógica de afastamento manifesta-se na autorregulação dos grupos sociais e das organizações e na crescente capacitação dos indivíduos de forma a manter uma independência face ao sistema legal e às políticas públicas. Por fim, na lógica de apropriação, o direito e a justiça são resinificados enquanto ferramentas de luta dos grupos e movimentos sociais (Mccan, 1994). Diferentes configurações políticas do acesso à justiça podem resultar da combinação entre as aspirações dos diferentes sujeitos para a arquitetura dos serviços jurídicos e para o papel a ser desempenhado pela justiça. A configuração política das reformas da justiça pode oscilar, em tipos ideais, entre um modelo mais democrático e um modelo mais tecnocrático (Comaille, 2009).

O quadro de reformas da justiça em Portugal e Brasil tem sido construído de forma vacilante, oscilando entre dois modelos de intervenção da relação entre Estado e economia. Seguindo um modelo neo-institucionalista, algumas das reformas que têm sido introduzidas no sistema judicial brasileiro e português atendem à defesa da centralidade das instituições para a promoção do desenvolvimento. Neste caso, são introduzidas medidas de racionalização do sistema, de organização dos seus serviços e das carreiras jurídicas tendo como fim a melhoria contínua da máquina judicial. Esta é uma operação da qual o Estado pode sair fortalecido como garante das condições de funcionamento da economia, se concretizar o ideal de um sistema de resolução de conflitos célere e eficiente em face dos interesses corporativos.

No âmbito de um modelo desregulador, a noção de instituições é flexibilizada. Se as instituições são consideradas como parte do jogo da desregulação, o programa de reformas encarrega-se de mitigar o valor do fortalecimento institucional como vetor de mudança. Nesse caso, as instituições são instrumentalizadas de modo a atender a um



contexto em que a fraqueza ou força do Estado é condicionada pelos interesses de desregulamentação da economia. No campo das reformas judiciais no Brasil e em Portugal, a reforma de uma justiça instrumental está a ser introduzida num processo de privatização dos serviços jurídicos e num avanço gradual e seletivo dos mecanismos alternativos de resolução de litígios. Vale a pena mencionar igualmente as medidas de diferenciação estrutural dos modos de prestação jurisdicional, como se deu com a criação dos julgados de paz e dos juizados especiais, em Portugal e no Brasil, respetivamente.

Nesses dois países, a hesitação entre a adoção de reformas judiciais neo-institucionalistas e reformas judiciais desregulatórias tem-se repercutido na introdução de espaços de universalização e espaços de pluriversalização do exercício da justiça. Os espaços de universalização, reproduzidos pela dinâmica global de reformas da justiça, baseiam-se na associação entre direito e autoridade. As reformas judiciais que consagram espaços de universalização dos modos de resolução de conflitos consolidam uma autoridade (o intérprete oficial das leis), um elemento subjetivo (a neutralidade do aplicador das leis), uma relação exterior (o informal), um método de resolução de conflitos (a aplicação da lei/a obtenção do acordo em torno de litígios individuais). Os espaços de universalização integram uma justiça rotineira, que se quer célere, cujas soluções de acesso se dirigem a assegurar a proteção jurídica oficial para os conflitos individuais das pessoas que não tem condições económicas para arcar com os custos da justiça.

As reformas judiciais que consagram espaços de pluriversalização, por um lado, apostam na articulação de um auditório de autoridades (aplicadores das leis, outros profissionais, leigos) e na profusão de elementos subjetivos (diversidade de orientações políticas decorrentes da interpretação da lei). Por outro lado, rejeitam a construção de uma relação de exterioridade entre o formal e o informal, admitindo a interpenetração dos dois modos nas diferentes formas de realizar a justiça. Por fim, a resolução final do conflito pela autoridade jurídica não assume relevância particular para os modos de pluriversalização da justiça. Interessa antes o desvelamento das disputas reprimidas pelo sistema e os métodos de resistência e acesso à liberdade que podem ser construídos a partir da utilização do direito como um artefacto cultural da luta por justiça. Os espaços

de pluriversalização servem à utilização do direito como lugares de denúncia dos conflitos estruturais e de largo impacto social decorrentes dos sistemas de exploração e opressão vigentes, o que implica uma exigência de acesso à justiça como espaço de constituição da ação política.

Na forma como as defendo, as reformas judiciais com tendências universalistas ou pluriversalistas não existem na sua integralidade, constituindo-se como espaços de rotinização e abertura ao diálogo e à participação no âmbito do funcionamento do sistema de justiça. Estas últimas interpenetram-se nos espaços e nas contradições do rastro inacabado de reformas deixado pelas primeiras, evidenciando a sua ineficiência como medidas reformadoras. No conjunto das reformas judiciais introduzidas no Brasil e em Portugal nos últimos anos identifico a reprodução de modos de universalização e pluriversalização em três categorias. A replicação de tendências globalizantes (universalização) de aperfeiçoamento do sistema de justiça distribui-se em três tipos de medidas: (a) concentração de poderes; (b) racionalização e simplificação de procedimentos e (c) diferenciação controlada.

A concentração de poderes manifesta-se na afirmação do papel diretivo e de organização do sistema de justiça exercido pelos órgãos de cúpula. Trata-se de uma medida de racionalização tendo em vista o aperfeiçoamento da gestão do sistema. No Brasil, os exemplos dessa medida manifestam-se especialmente na reforma constitucional do judiciário, que consagrou a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. Em Portugal, onde a previsão de um órgão superior de gestão das carreiras das magistraturas data da década de 1970, a autonomia administrativa e financeira do Conselho Superior da Magistratura foi alcançada em reforma recente da sua lei orgânica, a Lei n.º 36/2007, de 14 de Agosto, que também intensificou os poderes de gestão do conselho relativamente à gestão das magistraturas judiciais.

As medidas de racionalização e simplificação de procedimentos dirigem-se a sanar atrasos decorrentes ou da irracionalidade das leis processuais ou do tipo intervenção produzida pelos atores do processo. Nesse campo, destacam-se as leis dirigidas à simplificação dos

processos cíveis, especialmente nas fases de execução e de recurso. No Brasil, como decorrência do I Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, firmado em 2004, foram introduzidas um conjunto de reformas na justiça cível de modo a simplificar o processo e acelerar o desempenho dos tribunais. São exemplos: (1) racionalização da utilização de agravos (recursos interpostos no meio do processo); (2) unificação dos processos de conhecimento, liquidação e execução da sentença no que toca à execução de títulos judiciais; (3) contenção na apresentação de recursos de apelação (súmula impeditiva de recursos); (4) racionalização do julgamento de processo repetitivos, entre outros.

Exemplos equivalentes são encontrados em alterações recentes ao funcionamento da justiça cível em Portugal: (1) revisão do regime de recursos e de conflitos em processo civil; (2) reforma da ação executiva e (3) introdução do regime processual civil experimental. Ambos os países introduziram medidas de desjudicialização e celeridade de procedimento para as situações de divórcio e inventário, bem como aprovaram medidas tendo em vista a desmaterialização dos processos nos tribunais. Em decorrência da crise financeira, o pacote de medidas que condicionam a assistência financeira da União europeia e do Fundo Monetário Internacional em Portugal recomenda a aceleração do processo de racionalização e simplificação da entrega da justiça introduzido com as reformas dos últimos anos. Nesse sentido, o memorando de entendimento para a ajuda financeira prevê, entre outras medidas: (1) intensificar a aplicação das medidas de gestão e organização e tratamento dos processos pendentes propostas no âmbito da reforma do mapa judiciário; (2) realização de uma auditoria aos processos em atraso de modo a implementar medidas para sua eliminação; (3) incentivo à arbitragem, aos casos de execução de resolução alternativa e otimização dos julgados de paz; (4) extensão do regime de processo civil experimental a mais tribunais; (5) padronização das custas judiciais. De acordo com o memorando, os objetivos que orientam o processo de melhoria do sistema de justiça integram: (a) garantia da aplicação efetiva e atempada de contratos e as regras da concorrência; (b) aumento da eficiência através da reestruturação do sistema judicial, e adoptando novos modelos de gestão judicial; e (c)

redução da lentidão do sistema, eliminando atrasos de processos e tribunais, facilitando a saída dos mecanismos de resolução extrajudicial.

Denomino medidas de diferenciação controlada as dinâmicas de informalização incitadas pelo próprio sistema jurídico oficial. O exemplo mais notório dessas medidas são os meios alternativos de resolução de litígios. É de notar que, ao criar uma diferenciação estrutural, é o próprio sistema de justiça que circunscreve o campo de intervenção central das suas atividades e o campo de intervenção acessório ou suplementar. É a centralidade do sistema oficial na criação de uma malha de seleção dos conflitos considerados judicializáveis e as maneiras de acesso que explica o fato de as medidas de diferenciação controlada constituírem-se nos meios mais bem-sucedidos de introdução da alteridade no funcionamento da justiça oficial.

A dicotomia formal-informal funciona, por um lado, como ideologia de abertura e proximidade do sistema, como se estas não fossem uma concessão feita de dentro para fora que fortalece os limites do campo formal e o mito da sua eficácia. O controlo do direito pelo Estado implica o poder de dispor dos elementos de retórica, burocracia e violência e distribuí-los geopoliticamente nas diferentes esferas de intervenção política. Como verifica Santos (Santos e Trindade, 2003), nas reformas da justiça o Estado exerce diferentes tipos de dominação jurídica através da combinação geopolítica daqueles elementos. Nas esferas que dizem respeito ao controlo social, repressão penal, as reformas preservam a predominância dos elementos violência e burocracia, sendo seletivo no que toca às áreas em que será admitida a informalização<sup>82</sup>. Por outro lado, esta abertura consentida cria brechas de diferenciação funcional pluriversalistas que contaminam o paradigma de funcionamento do sistema no seu centro, a participação leiga nos tribunais, por exemplo. O principal exemplo de medida de reforma nesse campo está na criação dos julgados de paz e dos juizados especiais, destinados ao tratamento (conciliação e julgamento) simplificado e informal de pequenas causas civis e penais em Portugal e no Brasil, respetivamente.

---

<sup>82</sup> Para uma análise das contradições da informalização como medida de reforma judicial, ver Lauris e Fernando, 2010.

Destacam-se também programas e iniciativas de resolução alternativa dos conflitos e de atendimento das necessidades jurídicas da população. Essas iniciativas, geralmente efêmeras, aleatórias e reproduzidas em datas comemorativas – como se dá na oferta de consulta jurídica gratuita ou promoção da conciliação dos conflitos em semanas de valorização profissional (semana do advogado, dia da conciliação) – têm ganho consistência no Brasil especialmente através do protagonismo dos tribunais de justiça estaduais. O exemplo mais conhecido é o programa justiça itinerante, que conta com unidades móveis através das quais a prestação de serviços do tribunal de justiça, ministério público e defensoria pública são levadas a bairros e populações afastadas da esfera central de intervenção destes órgãos. De iniciativa isolada levada a cabo por tribunais estaduais, a justiça itinerante foi formalmente reconhecida como medida de acesso à justiça pela emenda constitucional que consagrou a reforma do judiciário brasileiro. A emenda constitucional 45 consagrou a previsão de criação de estruturas de prestação de serviços itinerantes na justiça estadual, federal comum e do trabalho.

O último levantamento dos programas de resolução alternativa de litígio existentes no Brasil (Secretária da Reforma do Judiciário, 2005) delineou os seguintes elementos: (a) em 2004, 67 iniciativas desse tipo correspondiam a 33 programas impulsionados por instituições públicas; e 32 experiências desenvolvidas no âmbito de organizações não-governamentais e 2 criadas em universidades. Nos programas públicos, a quantidade de programas criados por tribunais de justiça estaduais destaca-se das demais (17 dos 33 programas).

São exemplos de programas públicos alternativos à resolução de litígios e de atendimento das necessidades jurídicas<sup>83</sup>:

**1 Centros Integrados de Cidadania (CICs):** postos de atendimento, sob responsabilidade da Secretaria de Justiça e de Defesa da Cidadania do Governo Estadual de São Paulo, instalados em pontos estratégicos da periferia de São Paulo, que prestam serviços de assistência jurídica (Juizados Especiais Cíveis), educação em direitos humanos e defesa da cidadania; assistência e desenvolvimento social; empregabilidade e geração de renda; segurança pública; habitação; saúde; cultura e desenvolvimento econômico.

<sup>83</sup> Para uma análise das dinâmicas de resolução de conflitos nos CICs, ver Sinhoretto, 2006. Sobre o programa justiça comunitária, ver Secretária da Reforma Judiciária, 2006a e 2008. Sobre juizados especiais, ver Secretária da Reforma Judiciária, 2006b e Cunha, 2008.

**2 Programa Justiça comunitária:** projeto-piloto implantado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em 2004 posteriormente elevado pelo Ministério da Justiça ao estatuto de política pública com investimentos permanentes, no âmbito do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci), e coordenada pela Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ). A SRJ tem apoiado projetos, por meio de convênios com defensorias públicas, governos estaduais, municipais, ministérios públicos, tribunais de Justiça e sociedade civil. Os Núcleos de Justiça Comunitária promovem a capacitação de cidadãos em técnicas de mediação de conflitos através de sessões de mediação de conflitos familiares e de outra natureza, orientados por uma equipa multidisciplinar.

**3 Programa Casas de Justiça e Cidadania:** programa gerido no âmbito do Conselho Nacional de Justiça que visa a constituição de rede integrada de serviços ao cidadão, onde são oferecidos assistência jurídica gratuita, informações processuais, audiências de conciliação pré-processual, emissão de documentos, ações de reinserção social de presos e egressos.

**4 Núcleos de conciliação:** Resolução aprovada pelo CNJ para que os tribunais ofereçam núcleos consensuais para resolução de conflitos. Os núcleos funcionam na justiça comum estadual e federal e justiça do trabalho

**5 Assistência ao preso:** Apoio do Ministério da Justiça na estruturação das Defensorias Públicas para atendimento jurídico ao preso, através principalmente da implementação de fortalecimentos de núcleos para esse fim. Noutro eixo, articula-se entre o Ministério da Justiça, o Departamento Penitenciário Nacional e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, na conceção de mutirão de assistência jurídica para as mulheres encarceradas.

**6 Advocacia voluntária:** Resolução do CNJ, pela qual os tribunais estaduais, diretamente ou mediante convénio de cooperação celebrado com a Defensoria Pública da União e dos Estados, devem implementar meios de cadastramento, preferencialmente informatizados, de advogados voluntários interessados na prestação de assistência jurídica.

**7 Mutirões de cidadania:** Programa sob gestão do CNJ cujo objetivo é estabelecer medidas concretas para a garantia de direitos fundamentais do cidadão em situação de maior vulnerabilidade (proteção à criança e ao adolescente, idoso, portadores de necessidades especiais e à mulher vítima da violência doméstica e familiar). Exemplos de medidas: manual de Rotinas dos juizados especializados de violência doméstica e familiar contra a mulher, instalação de núcleos de atendimento multidisciplinar, curso de libras para os servidores dos tribunais, prioridade legal para julgamento de processos que envolvam idosos.

**Fonte: Ministério da Justiça e Conselho Nacional de Justiça (Brasil)**

Em Portugal, verifica-se a criação do sistema de mediação pública e dos centros de arbitragem<sup>84</sup>. São exemplos de sistemas de mediação e arbitragem, para além da mediação civil, que ocorre nos julgados de paz.

**1 Sistema de mediação familiar:** serviço promovido pelo Ministério da Justiça, que permite aos intervenientes numa relação familiar resolver extrajudicialmente os conflitos, nos termos do Despacho n.º 18778/2007, de 13 de julho, publicado no Diário da República, II Série, de 22 de agosto, e assenta na gestão de listas geograficamente organizadas de mediadores familiares, previamente formados em matéria de mediação familiar. Abrange, nomeadamente, as seguintes matérias: regulação, alteração e incumprimento do exercício das responsabilidades parentais; divórcio e separação de pessoas e

<sup>84</sup> Sobre os processos de informalização e desjudicialização em Portugal, ver Pedrosa, 2001; Pedrosa, Trincão e Dias, 2003. Sobre julgados de paz, ver Santos e Gomes (coords.), 2009.

bens; conversão da separação de pessoas e bens em divórcio; reconciliação dos cônjuges separados; atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos; privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge e autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge; atribuição de casa de morada da família.

**2 Sistema de mediação laboral:** serviço promovido pelo Ministério da Justiça, que permite aos trabalhadores e empregadores utilizar a mediação laboral para resolver litígios laborais. Tem competência para mediar litígios surgidos no âmbito do contrato individual de trabalho, com exceção das matérias relativas aos direitos indisponíveis, abrangendo, nomeadamente: pagamento de créditos decorrentes da cessação do contrato de trabalho; promoções; mudança do local de trabalho; rescisão do contrato de trabalho; marcação de férias; procedimento disciplinar; natureza Jurídica do Contrato de Trabalho.

**3 Sistema de mediação penal:** serviço promovido pelo Ministério da Justiça que tem competência para mediar litígios resultantes da prática de determinados crimes. Entre os crimes suscetíveis de mediação contam-se as ofensas à integridade física simples ou por negligência, as ameaça, a difamação, a injúria, a violação de domicílio ou perturbação da vida privada, o furto, o abuso de confiança, o dano, a alteração de marcos, a burla, a burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços e a usura.

**4 Centros de arbitragem:** o Ministério da Justiça apoia, técnica e financeiramente, através da DGPI, determinados Centros de Arbitragem em áreas de sensível importância social e dado o interesse público prosseguido. Os litígios podem ser resolvidos por meio de informação, mediação e arbitragem. A mediação é o meio preferencial para a resolução dos litígios. São onze os Centros de Arbitragem apoiados pela DGPI que exercem funções nas áreas dos conflitos de consumo, sector automóvel, seguros, propriedade industrial e arbitragem administrativa.

**Fonte: Ministério da Justiça/Direção Geral da Política de Justiça (Portugal)**

Um exemplo particular de diferenciação controlada nos modos de prestação dos serviços jurídicos que ocorre no Brasil é o enquadramento da advocacia pro bono. É costumeiro o envolvimento de advogados em causas de grande repercussão política e social, bem como a prestação gratuita de serviços de consulta e assistência jurídica, geralmente baseados nas relações pessoais e no envolvimento comunitário dos/das advogados/das. No Brasil, o maior obstáculo para o fortalecimento desta prática como meio de acesso à justiça é o seu carácter aleatório e fragmentado. As tentativas de racionalização e institucionalização deste trabalho têm sido desencadeadas de fora para dentro, através especialmente da atuação do Instituto Pro Bono.

A pressão exercida sobre o órgão de regulação profissional para reconhecimento e regularização desta prática gerou, até agora, resultados nos estados de São Paulo e Alagoas, em que a advocacia pró-bono foi regulamentada pela seccional da Ordem dos Advogados. Contudo, este reconhecimento oficial que diferencia o exercício da advocacia pro bono, veio limitar o seu escopo. Nesse sentido, nos lugares em que foi regulamentada, a prática é permitida apenas para atendimento a organizações sem fins

lucrativos comprovadamente carentes. O impasse atual sobre os limites da advocacia pró-bono no Brasil foi discutido em audiência pública organizada pelo Ministério Público Federal da seção judiciária de São Paulo (MPF). Como resultado da audiência, o MPF emitiu uma recomendação à seccional paulista da Ordem dos Advogados, requerendo que sejam reformuladas regulamentações existentes de modo a permitir o exercício da advocacia pro bono, inclusive para pessoas físicas, sem risco de responsabilização ético-disciplinar para as/os advogadas/os que o exercerem.

No campo dos modos de pluriversalização admitidos nas reformas judiciais naqueles dois países, identifiquei duas medidas, que denomino alter-profissionalização e participação leiga.

A alter-profissionalização, numa primeira dimensão, é um modo pluriversalista que pode desenvolver-se no interior das dinâmicas de diferenciação controlada produzida pelas reformas judiciais. É o caso da criação de práticas anti-adversariais que contrariam o modo de reprodução central da resolução judicial de conflitos. No Brasil e em Portugal, a opção por meios alternativos de resolução de litígios foi responsável pela reprodução de outros modos de lidar com a justiça, integrando o conhecimento da lei (conflito jurídico) ao conhecimento das condições de reprodução e subjetividades do conflito social ou interpessoal. A alter-profissionalização manifesta-se através da atuação de mediadoras/res, conciliadoras/es, árbitros, mediadores comunitários, formadores de educação para os direitos, entre outros.

Neste campo, a expressão microjustiça tem adquirido um outro significado. A microjustiça desenvolve-se no contexto de abertura política em que a transição para regimes democráticos implica o reconhecimento dos espaços de participação, mobilização e das formas de organização desenvolvidas pela sociedade civil. Caracteriza-se, assim, por um conjunto de alternativas de resolução comunitária dos conflitos desenvolvidas a partir do poder de atuação vindo de baixo. Nesta abordagem, os conhecimentos e técnicas de comunicação locais de resolução de conflitos sobrepõem-se à excessiva formalização e conhecimento profissional especializado exigidos pelo direito



do Estado (Slakmon e Oxhorn, 2006). No Brasil, os exemplos mais notórios de microjustiça remetem aos programas de justiça comunitária.

Numa segunda dimensão, a alteridade no funcionamento do sistema pode advir do exercício da prática jurídica por profissionais que se exteriorizam do modo de funcionamento do sistema de um ponto de vista político e deontológico. Esse é o caso da advocacia de causas exercidas por profissionais da justiça em organizações não-governamentais, ou da advocacia popular, da forma como é conhecida no Brasil<sup>85</sup>. Entendo existir alteridade deontológica e política no modo de exercício profissional de defesa das causas de interesse social e populares na medida em que o envolvimento com o problema social altera o pressuposto de neutralidade e prevalência do rigor técnico que se exige tradicionalmente às profissões jurídicas. Esse é o argumento de Santos (2011: 67-68) quando caracteriza a advocacia popular/advocacia de causas:

A utilização deste termo visa distinguir um estilo único de prática jurídica, marcado pela dedicação e identidade entre a acção profissional e determinadas causas. Neste contexto, a práxis jurídica vista com um conjunto de técnicas destituídas de valor ou comprometimento social e político é substituída por uma prática vista como um campo de defesa política e axiológico onde interferem significativamente a crença dos operadores acerca de quais devem ser a organização, a resolução de conflitos e os valores morais a prevalecer na sociedade. Se, por um lado, este modelo de activismo moral na prática jurídica contribui para a humanização da advocacia tradicional, por outro lado, ao desconstruir o entendimento dominante acerca da aplicação neutra do direito e propugnar por concepções contra-hegemónicas e alternativas, esta aproximação entre comprometimento profissional, político e moral desestabiliza o funcionamento pretensamente autónomo do sistema jurídico e judicial, gerando hostilidades, especialmente no âmbito das profissões jurídicas organizadas.

A participação leiga decorre, num primeiro momento, da abertura de espaços dialógicos nas atividades e órgãos centrais de gestão, organização e resolução de conflitos do sistema. Em Portugal, é exemplar a alteração na Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais que introduziu a figura do Conselho de Comarca. Este conselho tem funções consultivas no que toca à gestão do tribunal de comarca e é constituído por um conselho geral e uma comissão permanente. O conselho geral tem a seguinte composição: a/o presidente do tribunal, a/o magistrada/o do ministério público coordenador/a, um/a representante da ordem dos advogados, um/a representante da câmara dos

<sup>85</sup> Sobre advocacia de causas, ver Sarat e Scheingold, 1998, 2001 e 2005. Sobre a advocacia popular, ver Carlet, 2010.

solicitadores, um/a representante dos funcionários de justiça no exercício de funções na comarca, um/a representante dos municípios integrados na comarca, representantes dos utentes dos serviços de justiça (cooptados pelos demais membros do Conselho, no máximo de três), a/o administrador/a do tribunal (sem direito a voto). Podem participar ainda nas reuniões do conselho geral, sem direito a voto, por convocação do respetivo presidente, quaisquer pessoas ou entidades cuja presença seja considerada necessária para esclarecimento dos assuntos em apreciação<sup>86</sup>.

No Brasil, são exemplos de abertura à participação nos espaços de adjudicação, a possibilidade de realização de audiências públicas, para debates dos casos a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Outro exemplo está na regulamentação pelo STF do *amicus curiae*, a possibilidade de intervenção assistencial em processos de controlo de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional<sup>87</sup>.

Num segundo momento, a participação leiga influencia a inovação institucional, a mudança no exercício da prática jurídica, as alterações legislativas e converte os modos de relacionamento entre direito e sociedade principalmente através de iniciativas congeminadas a partir de baixo, por ação autónoma dos grupos sociais ou em movimentos amplos de articulação social. Como desenvolverei no próximo capítulo a fusão leigo/profissional foi determinante na introdução de mecanismos inovadores no funcionamento da defensoria pública de São Paulo, aquando da sua criação. Outro exemplo, que também desenvolverei no último capítulo, está na prática da educação jurídica popular, assente na *praxis* dialógica do movimento de educação popular latino-americano e levada a cabo por organizações não-governamentais.

---

<sup>86</sup> O conselho geral reúne ordinariamente uma vez por semestre e extraordinariamente sempre que convocado pelo presidente, por sua iniciativa ou mediante solicitação de um terço dos seus membros. A comissão permanente é presidida pela/o presidente do tribunal e integrada pela/o magistrada/o do ministério público coordenador/a e por um/a representante da Ordem dos Advogados, que se reúne uma vez por mês ou sempre que convocada por qualquer um dos seus membros.

<sup>87</sup> Descrição do glossário do Supremo Tribunal Federal:

<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>

É imperioso ressaltar que os modos universalistas ou pluriversalistas encontrados nos exemplos de reforma judicial em Portugal ou no Brasil não são, em si, intrinsecamente progressistas ou conservadores. Muito embora, como se verifica, o espaço residual ocupado pela introdução de reformas de tendência pluriversalistas possa ajudar a explicar a fácil constatação de que a intensificação dos processos de reforma da justiça nestes dois países estão longe de se traduzir numa mensagem convincente de mudança da justiça para aqueles/as que dela precisam. Qualquer uma das duas tendências podem conformar, quer resultados repressivos, quer resultados emancipatórios. Basta pensar que a resolução célere de uma disputa é tão importante quanto uma resolução justa. No mesmo sentido, tanto os espaços de solução não profissional e não adversarial, quanto os espaços de adjudicação podem oferecer soluções repressivas dos direitos das partes envolvidas quando não têm em conta as relações de poder que compõem os conflitos. Ao analisar a implantação e funcionamento dos programas de justiça comunitária no Brasil, Slakmon e Oxhorn (2006:48) ressaltam o seguinte: *No Brasil, a maioria dos programas é projetada de modo a atender às necessidades específicas das comunidades de mais baixa renda e, como previsível, os cidadãos de mais baixa renda são aqueles que mais participam desses programas. O que é mais interessante observar é que a participação dos cidadãos de baixa renda normalmente permanece “restrita” ao consumo de serviços, e a prestação e administração de serviços permanecem altamente monopolizadas por parceiros externos à comunidade.*

A meu ver, o carácter mais ou menos emancipatório das mudanças pretendidas com as reformas judiciais dependerá das diferentes articulações possíveis do confronto entre instituição, profissão e cidadania, de acordo com as ações e reações resultantes: (a) das práticas de manutenção das relações de poder e de dissidência presentes nas instituições e (b) das práticas de evitamento, afastamento e apropriação do direito e da justiça exercidas no campo da cidadania. Como desenvolvo no próximo capítulo, no que toca à configuração de modelos de acesso à justiça, estas articulações podem resultar de diferentes formas de relacionamento entre sociedade e sistema de acesso: individualismo, coletivismo, consumismo e legalidade subalterna.

No que diz respeito às reformas dos sistemas de assistência jurídica levadas a cabo recentemente nestes dois países, é possível identificar a manifestação dos dois modos de modernização e democratização das estruturas judiciais que identifiquei acima. Primeiramente, a introdução de medidas de organização e fortalecimento administrativo, em Portugal, visível com a informatização e racionalização do sistema de acesso ao direito introduzidas através da implantação do SINOA (Sistema de Informação da Ordem dos Advogados). No Brasil, repercutidas com o processo de fortalecimento das defensorias (previsão de autonomia financeira e administrativa, nova lei de organização profissional). Medidas de diferenciação controlada foram igualmente introduzidas no sistema, em Portugal, através da defesa de uma advocacia preventiva dos conflitos; no Brasil, com a previsão de competência das/os defensoras/es públicas/os para o exercício da mediação, conciliação, arbitragem ou outros meios de resolução de conflitos não adversarial e promoção da educação para os direitos.

Outras alterações correspondentes a medidas de diferenciação do sistema de assistência jurídica dizem respeito aos modos de organização dos serviços, estando previstas a organização das defensorias públicas em núcleos (Brasil) e a constituição de uma rede de gabinetes de consulta jurídica (Portugal). No campo das medidas de pluriversalização, a lei orgânica da defensoria pública admite a presença de um/a ouvidor/a externa/a à instituição, cuja eleição dá-se entre as/os representantes da sociedade civil. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por sua vez, prevê na sua lei orgânica a realização de conferências públicas com a sociedade civil para a definição do plano de atividades da instituição, bem como tem instituída a publicidade das reuniões do conselho geral da instituição e o momento aberto, que admite a participação e intervenção de qualquer cidadã/ão naquelas reuniões.

## CONCLUSÃO

Numa perspetiva sociopolítica, a adoção de modelos de reforma jurídica pelos estados tem resultado da combinação e do confronto entre as estratégias de atores e instituições

locais face ao imperativo de reformas globais voltadas para a redefinição do papel do sistema de justiça e da efetividade de direitos no âmbito da cooperação entre direito e desenvolvimento.

Estou de acordo com Santos (2011) quando defende a existência de dois grandes campos de luta no que refere à definição do papel da justiça nas reformas jurídicas e judiciais da atualidade. De um lado, o campo que corresponde ao paradigma hegemónico tem como protagonistas as instituições financeiras internacionais e as grandes agências de ajuda ao desenvolvimento. As orientações e recomendações emitidas nessa escala têm servido como referência normativa para implantação das reformas de construção e reconstrução do Estado no mundo pós-colonial e pós-comunista. Como procurei demonstrar nas secções anteriores, a reformulação do ementário de reformas jurídicas e judiciais que acompanham a promoção do progresso nacional atendeu a diferentes desígnios, manifestados nas sucessivas gerações do movimento direito e desenvolvimento.

O campo de propostas de reformas estadocêntrico, orientado inicialmente pela máxima de modernização do Estado e liberalização política, foi posteriormente reconvertido à luz do Consenso de Washington e da meta de um modelo de desenvolvimento exclusivamente sustentado no crescimento económico. Neste contexto, sob o pretexto do crescimento económico, o paradigma hegemónico de reforma judicial resultou numa instrumentalização dos serviços de justiça em nome da eficiência, celeridade, previsibilidade dos negócios, segurança jurídica e proteção dos direitos de propriedade. Como expliquei, a principal consequência desse processo foi a consolidação de uma dinâmica de concentração do poder em torno do conhecimento especializado internacional e das elites jurídico-políticas nacionais. A modernização e o progresso colaborou desse modo para a replicação de estados corrompidos pelo abuso de poder e por altos níveis de pauperização das suas populações.

Perversamente, as fragilidades do projeto de igualdade e controle do abuso do poder do paradigma direito e desenvolvimento ficaram expostas. Neste quadro, a reformulação da receita de promoção da igualdade através do direito implicou uma aposta na mudança de escala por meio da valorização de micro-iniciativas *bottom up* de acesso à justiça em

detrimento das propostas de reforma macro-estrutural. Argumentei que esta é uma reformulação a serviço dos propósitos de preservação do paradigma dominante na medida em que as micro-iniciativas de acesso à justiça reproduzem dois tipos ideias de atores sociais: o *homo juridicus* e o *homo economicus*.

Um exercício de imaginação utópica no interior do paradigma dominante remete para a ação transformadora das lutas subparadigmáticas, manifestando a outra dimensão de disputa pelas propostas de reforma jurídica e judicial, o campo contra-hegemônico. Neste campo, cidadãos/cidadãos e grupos sociais subalternizados interferem para transformar a orientação política da prática de exercício de direitos provocando as instâncias de resolução de conflitos nacionais e transnacionais na esperança de que os méritos substantivos dessas instituições se traduzam em ferramentas de transformação social.

A luta subparadigmática por resultados sociais mais justos neste contexto é uma luta por oportunidades de acesso à justiça que admitam a interpenetração turbulenta entre tendências de reformas da justiça universalistas e pluriversalistas. Nos capítulos que seguem, analisarei mais detalhadamente a relação entre os espaços de universalização e pluriversalização congeminados nos processos de reforma jurídica que conformam os atuais sistemas oficiais de acesso ao direito e aos tribunais em Portugal e no Brasil. Neste último caso, com ênfase para o exemplo de São Paulo.



# PARTE

## II

---

O direito  
que conta,  
o direito  
que é  
contado





# APRENDER COM O NORTE, APRENDER COM O SUL: OS SISTEMAS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA NO BRASIL E EM PORTUGAL

## INTRODUÇÃO

Este capítulo pretende densificar empiricamente a tensão entre pré-determinação e fragmentação da dinâmica de acesso que caracterizei na primeira parte. Ao contrário do que apregou o grande estudo comparativo de Cappelletti e Garth, defendo que a linha evolutiva de reformas no acesso à justiça não assenta num movimento expansivo de democratização, dirigindo-se, antes, a um curso de esvaziamento ideológico das soluções ensaiadas. O relativismo sobre o sentido político das mudanças de ampliação do acesso resultou especialmente do fato de as condições reais de implantação do princípio de igualdade de todas/os terem demonstrado que a defesa de um projeto de acesso à justiça universal perdeu qualquer sentido. O outro lado da perda de confiança num futuro de ouro pré-determinado para o acesso à justiça, simbolizado na metáfora das ondas de

acesso à justiça de Cappelletti, é uma realidade de redução de custos da assistência jurídica, fragmentação/privatização dos serviços e restrição dos critérios de seleção das necessidades jurídicas protegidas pelo Estado.

A reflexão sobre o acesso à justiça tem realçado a importância do desenvolvimento de estudos de análise histórica e comparativa sobre a expansão e o declínio das propostas de construção de sistemas públicos abrangentes de assistência jurídica. Na altura da publicação do trabalho de Cappelletti e Garth (1988), a explicação sobre a evolução dos sistemas de assistência jurídica parecia muito simples. Nas sociedades centrais, o período pós-guerra foi marcado pela substituição de iniciativas aleatórias de assistência jurídica, baseadas na caridade profissional, por amplos programas públicos nacionais. Enquanto a assistência jurídica era extremamente limitada, abarcando apenas as populações mais necessitadas e em situações pontuais, em regra, defesas criminais e divórcios. A criação de um sistema público de assistência jurídica, nesse sentido, veio atender a uma ampliação significativa das expectativas, com a configuração de um atendimento mais inclusivo dirigido à população pobre. Nalguns países, podia-se falar mesmo no desenvolvimento de sistemas universais de acesso (Reagan *et al.*, 2002). A mudança provocada pela entrada do investimento público na assistência jurídica foi recebida com entusiasmo pelos estudos comparativos<sup>88</sup>.

A segunda metade da década de 1960 e a primeira metade da década de 1970 testemunharam uma significativa onda de reformas na assistência jurídica dos países centrais (Estados Unidos, França, Suíça, Canadá, Alemanha, Áustria, Holanda)<sup>89</sup>. Este é um período em que a garantia de apoio profissional como pré-requisito de inclusão nos sistemas jurídicos figurou entre as prioridades de reforma legal. Para Cappelletti e Garth (1988) parecia óbvio que a expansão das reformas irradiaria, num movimento mundial, a evidência de que o ideal teórico de acesso à justiça, para ser efetivo, exige a construção

---

<sup>88</sup> Sobre os estudos históricos e comparativos da assistência jurídica, ver Zemans e Thomas, 2002; Cousins, 2002; Blankenburg, 1996; Paterson, 1996; Regan, 1998 e 2002.

<sup>89</sup> Sobre a expansão das reformas da assistência jurídica nos Estados Unidos, ver Johnson Jr., 2002 e 1974; Kilwein, 2002; Rhode, 2004. Sobre a evolução dos sistemas assistência jurídica na Inglaterra, ver Goriely, 1994, 1996 e 2002; Sommerlad, 2004 e 2008; Sanderson e Sommerlad, 2011; Paterson e Nelken, 1996. Sobre a evolução da assistência jurídica na Alemanha, ver Blankenburg, 2002 e Blankenburg e Reifner, 1981.

de sistemas de assistência jurídica adequados. A reformulação dos sistemas de assistência jurídica representava, assim, a primeira fase de um ciclo de expansão que desembocaria na construção de uma política abrangente e integrada de serviços de acesso ao direito.

Como considera Regan *et al.* (2002), as análises posteriores dos processos de reforma da assistência jurídica foram pródigas em demonstrar a ingenuidade desta explicação evolucionista. Primeiramente, a expansão pós-guerra da assistência jurídica correspondeu a um processo de alargamento do controlo social do capitalismo, incorporando a luta de classes nos circuitos de titularidade de direitos admitidos pelo Estado-Providência. Em segundo lugar, as reformas legais foram introduzidas de cima para baixo, isto é, concertadas com as profissões e tendo em conta os interesses e as disputas de mercado despertados pela prestação de serviços jurídicos. Consequentemente, o objetivo de igualdade jurídica para as/os pobres, por um lado, esteve dependente da política social do Estado e, por outro lado, foi subsidiário em relação às pretensões de crescimento das carreiras profissionais (Abel, 1985).

O declínio do investimento na assistência jurídica a partir da década de 1980, com restrição da abrangência da cobertura dos serviços e maior severidade nos critérios de elegibilidade das/os beneficiárias/os e de mérito das causas, foi identificado com o processo de desmantelamento dos Estado-providências e com a perda de influência das profissões na agenda política. Neste contexto de ascensão e queda da política de acesso, os estudos comparativos foram responsáveis por historicizar o processo de desenvolvimento dos sistemas públicos de assistência jurídica nas sociedades centrais, chamando a atenção para as condições desenvolvidas no âmbito de fatores sociais e políticos mais amplos.

Um primeiro fator remete à ampliação das necessidades jurídicas como uma decorrência do crescimento da complexidade burocrática do Estado-providência, o que também alargou a conflitualidade sobre as formas de prestação e distribuição dos serviços sociais. Numa segunda dimensão, a complexa relação entre prestação de serviços de assistência jurídica e profissionais privados tanto favorece a reprodução do sistema como ameaça o estatuto das profissões consolidadas. Sob uma lógica de mercado, o atendimento da

demanda por esquemas de assistência jurídica amplifica a competitividade das profissões, enquanto a maior movimentação da justiça implica uma ampliação da oferta que abre espaço para novas profissões e diversifica os campos de trabalho existentes. Em terceiro lugar, os reflexos da tolerância aos conflitos sociais na cultura jurídica influenciam a abrangência e a tipologia dos serviços de assistência jurídica em cada sociedade. No mesmo sentido, as fronteiras entre assistencialismo e promoção da autonomia individual são fatores de cultura política que detêm impacto nas decisões sobre a arquitetura dos serviços prestados pelo Estado, bem como no estabelecimento das prioridades de assistência.

Uma contribuição decisiva trazida pelos resultados da análise comparativa foi a produção do acesso à justiça como dinâmica resultante das relações de poder, da cultura, dos interesses profissionais e de mercado, desenvolvidos na escala local. Estou plenamente de acordo com a importância da contextualização como pré-requisito analítico fundamental nesta matéria. Contudo, a produção de estudos comparados sobre a assistência jurídica está enviesada por uma prerrogativa de validação política que, com base em Santos (2002a: 340-351), vou denominar aprender com o norte. Os estudos comparativos sobre acesso à justiça têm-se dedicado a aprender com o norte na medida em que selecionam como objeto privilegiado de análise a história de construção da assistência jurídica nos países considerados desenvolvidos. Esta opção transforma a análise comparativa em refém de um tipo de abordagem que no primeiro capítulo denomino historicista. A abordagem historicista estabelece, a partir dos fatos de realização histórica europeia, uma linha de progresso universal a ser cumprida pelas sociedades. A análise causal dos fatores políticos e sociais que figuram por trás da política de assistência jurídica, para dar conta do panorama de evolução das reformas do Estado, deve centrar-se nos modelos considerados mais desenvolvidos, isto é, resultantes das experiências dos países centrais.

A explicação é simples, a evolução da assistência jurídica acompanha o que se considera um curso linear da evolução sociopolítica dos estados (Estado liberal, Estado-Providência, Crise do Estado-providência). Por essa razão, os fatos históricos e comparativos

relevantes resultam das experiências de desenvolvimento do mercado, das profissões e do crescimento burocrático do Estado nas sociedades em que se reconhece um progresso efetivo nas formas de expressão de um Estado liberal, social e neoliberal. A maneira turbulenta e democraticamente instável com que sociedades periféricas e semiperiféricas têm consolidado o papel do Estado retira a validade histórica das suas experiências de acesso à justiça, circunscrevendo-as num espaço que é de desenvolvimento e aprendizagem acerca dos avanços e recuos da política de acesso dos países desenvolvidos.

Um segundo efeito da abordagem historicista é fazer da narrativa sobre o progresso da assistência jurídica um conto de sonhos de poder por parte daqueles considerados sujeitos do processo de tomada de decisão sobre as reformas jurídicas. Trata-se de uma dinâmica de gestão das mudanças por meio de alianças e disputas protagonizadas especialmente pelas profissões e governantes. Um sonho progressivamente esvanecido na medida em que o espaço axiológico da afirmação do direito e do Estado é subjugado pela retórica economicista dos limites orçamentários e de definição de prioridades na prestação dos serviços sociais.

Neste capítulo pretendo depurar os postulados de aprendizado com o norte à luz da análise comparada do processo de construção social e política da assistência jurídica em duas sociedades semiperiféricas, Brasil e Portugal. Analiso as reformas da assistência jurídica nestes dois países, enquadrando-os nos contornos do que vou denominar aprender com o norte e aprender com o sul<sup>90</sup>. Como pretendo demonstrar, são vários os sonhos de poder formulados no âmbito das disputas pela distribuição dos serviços de assistência jurídica. O objetivo deste capítulo é, por isso, discutir os limites e as possibilidades do desenvolvimento de modelos de atuação estratégica em que a arquitetura ou a clausura dos serviços jurídicos lidam com espaços em que as/os destinatárias/os do apoio jurídico podem assumir a condição de porta-vozes da história do acesso à justiça.

---

<sup>90</sup> Este conceito inspira-se na proposta de Santos (2002a:342): aprender que existe um sul, aprender a ir para o sul, aprender a partir do sul e com o sul.

Para os fins da discussão aqui elaborada, impõem-se duas precisões conceituais, a primeira sobre o termo assistência jurídica, a segunda sobre os termos modelo público-modelo privado de assistência. A distinção que faço entre um modelo público e um modelo privado de assistência jurídica não assenta no fato de o financiamento do modelo ser garantido ou não pelo Estado. A meu ver, um modelo público de assistência jurídica consiste na contratação pelo Estado a tempo integral de profissionais exclusivamente dedicados à prestação de serviços neste âmbito. Um modelo privado, por sua vez, é executado por profissionais particulares que desempenham atividades de assistência jurídica em concorrência com o desempenho das mesmas funções no mercado. Neste caso, a existência de financiamento público para a remuneração do/da profissional não representa uma interferência comprometedora do tratamento dos casos de assistência jurídica, que são encaminhados como casos de clientes particulares.

Sobre a assistência jurídica, devo primeiramente enfatizar que este capítulo aborda os sistemas oficiais, isto é, financiados pelo Estado na condição de modelo oficial de acesso à justiça daquelas pessoas que não tem condições de suportar financeiramente a contratação de um profissional privado. Em sentido estrito, a assistência jurídica tem sido entendida como serviço prestado por um profissional reconhecido pelo Estado que tem como objetivo final a adjudicação ou resolução extrajudicial dos conflitos. Entendo que a noção de assistência jurídica deve corresponder a um escopo mais amplo, cujo objetivo final não se subsume exclusivamente ao patrocínio forense, ou, ainda, à prestação de informação e consulta jurídicas para sua resolução fora dos tribunais. De acordo com o meu entendimento, o conceito de assistência jurídica associa-se à ideia de que o exercício de utilização do direito e dos tribunais não cumpre apenas funções instrumentais (resolução/pacificação dos conflitos), mas também funções políticas e simbólicas (Santos *et al.*, 1996). Nesse sentido os serviços de assistência jurídica podem referir-se a uma vasta tipologia de intervenções: informação e consulta jurídicas, patrocínio judiciário, aconselhamento, resolução extrajudicial dos conflitos, articulação em campanhas e movimentos de pressão, *lobbying* e outras atividades dirigidas à reforma do direito e à compreensão das relações de poder subjacentes ao conflito social.

## A POLÍTICA E O(S) DIREITO(S) NA CONSTRUÇÃO DOS SISTEMAS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA

A deslocação do tema do acesso à justiça para o campo das restrições impostas pela política económica teve desde logo impacto no tratamento dispensado à assistência jurídica. O peso que representa para os orçamentos dos estados a criação de sistemas universais de acesso à justiça levanta de imediato a questão sobre qual a prioridade que deve ser estabelecida pela política na distribuição dos recursos. Afinal, o direito é um bem social de que carece a população, mas também a saúde, a educação, a cultura, o emprego, entre outros. A política do acesso à justiça desenrola-se assim entre as fronteiras do que o Estado pode/está disposto a fazer e a disponibilidade/interesse das profissões jurídicas e organizações da sociedade para ajudar. Este é o contexto que tenho caracterizado como fragmentação do acesso à justiça. Em tal contexto a melhoria da política depende da elasticidade do papel integrador do direito face à necessidade de contemplar a maior diversidade de soluções de acesso possíveis em equilíbrio com o princípio de economia de custos. A predominância de um direito estatal multiforme, que incorpora diferentes expressões da garantia de acesso, imprime nesta fase a marca de um relativismo ideológico acerca do projeto social defendido pela política pública.

Perante esta realidade, os estudos sociojurídicos têm-se organizado em torno de uma abordagem de resgate moral e outra pragmática. De um ponto de vista moral, a reflexão sociojurídica tem estado investida em blindar o acesso à justiça, defendendo a sua indispensabilidade enquanto valor intrínseco ao carácter democrático dos estados contemporâneos. Em face de uma tendência de instrumentalização da justiça e competição entre acesso ao direito e outros bens sociais, a defesa dos programas de apoio jurídico e da sua abrangência tem sido amparada no ideário liberal democrático de compromisso do direito com a igualdade. De um ponto de vista pragmático, sustenta-se a relevância da assistência jurídica como principal via de interação dos/das pobres com o sistema jurídico oficial, dada a situação de exclusão radical a que estão submetidas/os.

A possibilidade de ver o conflito tratado por meios oficiais de resolução, reclamar do funcionamento das instituições ou reivindicar direitos perante o Estado não é, em si, intrinsecamente boa e não resulta necessariamente num processo de redistribuição dos recursos de poder na sociedade. Por outro lado, é no dia-a-dia do confronto e reivindicação em face dos órgãos jurídicos oficiais que se dá o processo de criação e manutenção das formas de repressão e conquista de direitos através do Estado. Para as populações pobres e marginalizados, cuja representação no sistema jurídico oficial é praticamente inexistente, o acesso à justiça constitui-se num mecanismo de participação no processo de conformação jurídica das estruturas de reprodução do poder. Nesse sentido, a criação de canais de assistência dá ao Estado elementos simbólicos de defesa da adequação entre o seu modo real de funcionamento, elitista e excludente, e o seu princípio fundacional, igualdade de participação política como garantia contra os excessos do poder.

A defesa do acesso à justiça como recurso fundamental da igualdade pode assumir diferentes contornos, se a defesa intransigente do acesso versar sobre um conceito de direito e liberdade civil ou sobre a definição da sua utilidade social (Zemans, 1996). O entendimento do acesso à justiça como liberdade civil presta-se à defesa de um sistema jurídico independente e de uma sociedade, atomizada, separada do Estado e formalmente igual. Este entendimento estabelece uma relação de obrigatoriedade do Estado perante a sociedade, que passa a ser titular do direito de assistência jurídica e não beneficiária de um programa social. Trata-se de uma delimitação basilar que retira a assistência jurídica da esfera da ação caritativa e introduz a exigência de constituição de um modelo estatal adequado de serviços jurídicos para as/os pobres.

Esta formulação liberal pode revelar-se, contudo, restritiva no que toca aos modos de prestação de serviços jurídicos, ajustando-se a um formato de adjudicação de serviços em que o acesso à justiça é equiparado ao acesso equitativo à representação por profissional habilitado (igualdade de armas). Nesse quadro, o cumprimento de um direito liberal de acesso à justiça diz respeito a um serviço de assistência jurídica de casos individuais que



garante às/aos cidadãs/ãos o direito a um julgamento justo no qual a igualdade se manifesta como garantia da representação profissional quando esta é indispensável<sup>91</sup>.

Por seu turno, a pergunta sobre a utilidade social do acesso põe em evidência a igualdade material que é possível alcançar através da construção de um sistema de assistência jurídica. Esta é uma abordagem que critica a sobreposição do acesso como bem individual ao interesse coletivo e bem-estar social. A construção dos serviços de assistência jurídica tem, assim, uma missão: confrontar as desigualdades sociais reproduzidas pelo sistema jurídico avaliando, na distribuição de serviços, a possibilidade de beneficiar o maior número de pessoas a partir de uma intervenção que ultrapassa os limites de uma prática isolada de solução de casos individuais. Contempla-se, assim, uma intervenção dirigida a conflitos coletivos, danos sistemáticos e/ou interesses difusos que tenta equilibrar a posição de exclusão/diferenciação do poder vivida pelas populações marginalizadas.

Considerar a assistência jurídica como liberdade civil não retira da mesa a possibilidade de perscrutar a utilidade social dos serviços jurídicos em face do seu público-alvo. É certo, contudo, que uma visão mais associada à realização de um direito civil é mais facilmente defendida com base no ideal de dignidade individual e valores de neutralidade política do campo jurídico. Por outro lado, uma abordagem acerca da utilidade social da assistência jurídica pode implicar um maior comprometimento político que exige uma avaliação moral acerca da posição de poder dos grupos perante o sistema de justiça. Na minha opinião, tal julgamento dependerá da ampliação da concepção do direito como instrumento da política.

Avaliando a relação entre política e direito, é possível assinalar uma tensão entre o que denomino direito da política e política dos direitos. O direito que serve à política diferencia rigidamente o campo de intervenção dos decisores políticos daquele que é

---

<sup>91</sup> Ver, nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em que a elegibilidade e o objetivo da assistência jurídica para casos cíveis têm sido associados à necessidade de assegurar um julgamento justo no qual a igualdade de armas (representação profissional) não seja ilusória. Applying and expanding upon the right to access to the courts established in its decision in *Golder*, the Court found that Article 6 (1) also implies the right to free legal assistance in certain civil cases. The Court ruled that the right applies in civil cases when such assistance proves indispensable for effective access to the courts, either because legal representation is mandatory under domestic law or because of the complexity of the procedure or the type of case (**Airey v. Ireland**, Judgment of October 9, 1979).

ocupado pelos operadores do direito. A definição da distribuição de recursos económicos e sociais para o bem comum não é, assim, matéria sobre a qual as/os juristas desfrutem de algum poder de decisão. A política do direito pode assumir uma versão conservadora liberal, em que o direito formal, de competência dos juristas, é o que interessa à manutenção dos princípios do Estado de direito e corresponde à esfera dos direitos civis e políticos. A regulação económica e social, por sua vez, delimita-se na esfera de gestão da economia e das técnicas de planeamento, na qual o direito tem papel acessório e não principal. A intervenção dos juristas na política em favor de grupos específicos seria, nesse sentido, antidemocrática por interferir numa esfera de regulação para a qual não detém a legitimidade política necessária. Noutra dimensão, a interferência do direito na política pode também levantar suspeitas a uma abordagem mais socialista da dinâmica de regulação económica e social. Neste caso, a formalização excessiva dos procedimentos pelo campo jurídico retira a força política da intervenção direta da população nos órgãos do poder.

Uma definição da política de direitos, primeiramente, desconsidera o elemento subjetivo que domestica o direito como técnica da política, a neutralidade axiológica. Se a aplicação/criação do direito não é técnica neutra, mas resultado da escolha de valores por parte do decisor, é uma técnica politicamente comprometida. Para usar os termos dos estudos legais críticos, o campo jurídico não é autónomo e é contingente em relação ao campo político. Em segundo lugar, uma política de direitos não enxerga distinção entre dimensões de direito que fundam o Estado de direito, direitos civis e políticos, e dimensões de direito de planeamento tecnocrático, direitos económicos, sociais e culturais. Reconhece-se sobretudo que as decisões acerca das condições de igualdade material funcionam como pré-requisito para o uso e o gozo dos direitos individuais liberais.

A opção entre direito da política e política de direitos, utilidade do acesso à justiça ou liberdade civil de acesso pode conformar-se dentro de quatro configurações da relação entre sociedade e política pública de assistência jurídica: coletivista, individualista, consumista (Goriely, 2002) e de legalidade subalterna (Santos, 2003). O coletivismo

entrecruza a instrumentalização do direito pela política e a compreensão de acesso à justiça como direito liberal, apostando na vontade geral constituída no poder político como meio de realização dos direitos económicos e sociais. A mobilização do direito para além da esfera da garantia dos direitos civis é considerada um meio de sobreposição irregular do interesse particular sobre o todo. A esfera de reivindicação dos direitos é, portanto, mais política e menos jurídica, cabendo ao direito o cumprimento de uma ideologia de harmonização (Nader, 2004) das sociedades através da informação jurídica sobre o funcionamento do Estado e da solução dos conflitos individuais.

Em matéria de composição do sistema de assistência jurídica, o individualismo, tal como o coletivismo, não questiona a separação ente direito e política, acentuando a diferenciação entre Estado e sociedade. Nesta dimensão, a discussão sobre acesso à justiça é irrelevante, uma vez que se aposta na autonomia individual e na auto-regulação e auto-sustentabilidade dos grupos sociais. Em última instância, a assistência jurídica torna-se dispensável, mesmo como direito liberal. Esta abordagem coaduna-se com medidas de *legal empowerment* dedicadas à construção de ferramentas que autonomizam o indivíduo perante os serviços do Estado.

Numa conceção consumista, o acesso à justiça é dissolvido numa multitude de agências reguladoras e prestadoras de serviços e o direito individual de assistência jurídica é substituído pelo direito à reclamação. Os direitos dos cidadãos/dãs, consumidores/as são exercidos através da escolha e do direito de voz nos mecanismos de reclamação. A dispensabilidade do direito individual de apoio jurídico é feita através da construção de sistemas de reclamação acessíveis e informais. Esta é a dinâmica de acesso à justiça que melhor corresponde a um contexto de fragmentação em que a interação indivíduo-Estado se multiplica em face de variadas instâncias de interlocução. O consumismo é uma tendência de acesso à justiça que se verifica cabalmente nas sociedades contemporâneas, basta pensar na propagação da figura do *ombudsman* em diversos setores de prestação de serviços, públicos e privados. Outro exemplo, no âmbito de sistema de justiça, dá-se na maximização da liberdade de escolha dos mecanismos de resolução de litígios oferecidos pelo Estado, tanto formais quanto informais/comunitários. Esta conceção

supõe um certo grau de autonomia do indivíduo como pré-requisito da liberdade de saber escolher e entender como reclamar.

As manifestações individualista, coletivista e consumista mantêm o recurso ao direito individual de acesso à justiça como um possibilidade acessória, escusando-se de uma leitura da regulação jurídica que indague pela utilidade do acesso à justiça e da defesa de uma política de direitos. São concepções ajustáveis à formulação de uma política pública em que o financiamento da assistência jurídica é reduzido e não ocupa a lista de prioridades de investimento do Estado.

A atuação com base numa legalidade política subalterna desconfia do Estado como síntese da promoção do bem comum. No mesmo sentido, reconhece a instrumentalização do direito como exercício de uma dominação técnica que subtrai o sentido político do campo jurídico. Com base nesses pressupostos, utiliza-se da política dos direitos e da defesa teórica do direito liberal de acesso à justiça como ferramentas hegemónicas que, no âmbito de uma mobilização política ampla, recolocam a questão sobre a utilidade do acesso à justiça. Nesta formulação, é esperado um maior investimento público na construção de sistemas de assistência jurídica úteis para quem deles precisam. No contexto economicista de discussão do acesso, a conquista de resultados por uma legalidade subalterna dá-se na luta pela densificação do tipo de oportunidades de assistência jurídica disponíveis.

Ao analisar a construção dos sistemas de assistência jurídica em Portugal e no Brasil, defendo que a conformação perante o conteúdo moral, utilitário ou político do acesso à justiça varia significativamente de acordo com duas posturas epistemológicas: aprender com o norte e aprender com o sul.

## **Aprender com o norte: o sistema de acesso ao direito e aos tribunais em Portugal**

Portugal é um dos países mais atrasados em matéria de Justiça, tendo apenas atrás de si alguns países da antiga União Soviética e da antiga Iugoslávia. Onde esse atraso mais se

evidencia é na garantia de acesso à justiça por parte dos cidadãos. Sublinhe-se a este propósito que, ..., o nosso país gasta 343 euros anuais por cada processo no âmbito do apoio judiciário, muito abaixo dos 3551 euros gastos pela Inglaterra com cada processo, dos 1351 euros gastos pela República da Irlanda e dos 1029 euros gastos pela Áustria. Refira-se ainda que a Turquia, a Bósnia, a Finlândia, a Itália e a Holanda gastam com cada processo no âmbito do apoio judiciário mais do que o dobro de Portugal, enquanto praticamente todos os países da antiga Europa Ocidental gastam bem mais do que o nosso Ministério da Justiça. De referir que a média de honorários pagos aos advogados é bem inferior àqueles de 343 euros. Como é que se pode esperar que, com esses pagamentos e com os atrasos crónicos, os direitos das pessoas pobres estejam garantidos nos tribunais portugueses? (António Marinho Pinto, Bastonário da Ordem dos Advogados, Boletim da Ordem dos Advogados nº 93/93: 4 e 5)

No excerto acima, extraído do texto “O acesso ao direito em Portugal e na Europa”, o Bastonário da Ordem dos Advogados avalia o investimento do Estado português no sistema de acesso ao direito e aos tribunais à luz dos dados de desempenho de outros países europeus. Os números baseiam-se na publicação do relatório de avaliação dos sistemas judiciais europeus, elaborado pela Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça, do Conselho da Europa, e publicado em 2012. O texto desenvolve ainda outros elementos. A baixíssima percentagem que o orçamento da justiça português dedica ao apoio judiciário (7,4%), quando comparada com a fatia dedicada aos tribunais (75%) e ao Ministério Público (17%). Uma discrepância que parece ainda maior quando os dados são comparados com os valores investidos em Inglaterra: 56%, 26% e 17%, respetivamente.

Muito se poderia falar sobre a disparidade de números do investimento no acesso ao direito em Portugal e no resto da Europa: a condição semiperiférica ocupada por Portugal, o impacto da crise da dívida pública na gestão dos orçamentos, a diferença dos níveis de remuneração profissional e custo de vida entre os países, os fatores de cultura jurídica e profissional que influenciam as decisões orçamentais, entre outros. Contudo, independentemente de qualquer controvérsia que se possa levantar acerca dos dados, a mensagem é clara: comparado aos seus pares europeus, Portugal está atrasado, superando apenas alguns países da União Soviética e da antiga Iugoslávia. Como sabemos, o processo de reforma e reconstrução dos Estados pós-comunistas foi posterior à redemocratização da sociedade portuguesa, para além do prolongado conflito étnico vivido na antiga Iugoslávia. Portanto, comparativamente, Portugal está inegavelmente entre os mais atrasados em matéria de justiça na Europa.

O meu objetivo nesta seção não é, contudo, apurar o debate dos dados de modo a discutir os contornos do argumento sobre a posição de atraso português em matéria de justiça na Europa. Com este excerto, quero extrair da mensagem “Portugal deveria ser um Estado melhor em matéria de Justiça” a recomendação que lhe subjaz: Portugal ainda tem muito que aprender com a Europa desenvolvida. Meu principal argumento centra-se na referência normativa à Europa e no cumprimento de duas funções de diferenciação estrutural do modelo de assistência jurídica português, uma positiva, outra negativa.

A relação é clara, em matéria de Justiça, Portugal está atrasado em relação à Europa. Contudo, Portugal compõe o quadro dos sistemas de justiça europeus, portanto, em relação ao resto do mundo, detém um esquema de acesso ao direito típico dos países avançados. Este papel, cumprido pela caracterização do sistema de justiça português como um sistema europeu, remete à condição que Santos (2006: capítulo 7) denominou colonialismo subalterno. Pelo processo de colonialismo subalterno, a dominação colonial portuguesa representou uma referência metropolitana para o resto do mundo enquanto cumpria uma posição subalterna, colonizada, em relação às metrópoles centrais europeias, nomeadamente a Inglaterra. Passados 27 anos da integração de Portugal na Europa e com o reforço da dinâmica de colonialidade entre sociedades europeias centrais e semiperiféricas gizada pela crise da Zona Euro, cumpre perguntar o que simboliza nos processos de representação da assistência jurídica em Portugal assumir uma posição de colonialidade subalterna em relação à Europa desenvolvida.

Para responder a esta pergunta, importa recuar na constituição histórica dos modelos de assistência jurídica procurando a identificar que elementos produziram a diferenciação do acesso à justiça europeu. A constituição histórica da assistência jurídica na Europa e nos Estados Unidos foi assinalada por Cappelletti e Garth (1988), em outros estudos históricos comparativos e em estudos nacionais (Blankenburg, 1996; Goriely, 1994, 1996; Paterson e Nelken, 1996 e Regan, 1998). A primeira nota sobre a construção dos sistemas de assistência jurídica salienta a necessária distinção entre sujeitos e objetos das reformas legais. A assistência jurídica europeia foi construída para os pobres e não pelos pobres, como bem salientou Blankenburg (2002): *My point of departure is the observation that*

*legal aid has nowhere been pushed by the “needs” of those groups for whom it is designed (Abel, 1985). The two movements for legal aid experienced this century occurred during times of relative economic and social growth in countries that could afford them, rather than in those that need them most. Furthermore, the labeling of the “poor’s needs” as “legal needs” has never come from the needy themselves, but rather from professionals who took it as their task to care for them.*

Uma segunda nota diz respeito ao papel desempenhado pelas profissões. As profissões destacam-se, primeiramente, no ajuste da identidade profissional, integrando as demandas de assistência jurídica como parte da sua missão. Em segundo lugar, interferem na composição e no alcance da assistência na medida em que protagonizam o jogo de interesses em torno da ampliação ou da restrição da oferta de serviços jurídicos. Por fim, os profissionais ainda se destacam no próprio processo de decisão sobre as reformas, no qual o conhecimento especializado e o estatuto da carreira asseguram poder de barganha. No campo das iniciativas reformistas, os interesses profissionais não são exclusivamente monopolísticos ou autocentrados. As profissões tanto podem interceder para o reforço do seu campo profissional no mercado como podem contribuir para a introdução de medidas relevantes para a mudança social através do direito.

Uma terceira nota chama a atenção para a integração dos esquemas de assistência jurídica na moral de estados generosos, empenhados na promoção do bem-estar social e/ou na guerra contra a pobreza. A história da construção dos esquemas públicos de assistência jurídica funde-se com a história de expansão e declínio do Estado-providência. Com a promoção de sistemas públicos de assistência, o Estado criou um campo politicamente neutro de incorporação das contradições entre capital e trabalho. A intermediação dos conflitos permitiu substituir a ação e participação política diretas pela assistência técnica despolitizada controlada pelo Estado. Neste sentido, os esquemas de apoio jurídico assumiram o papel de veículo de expressão da conflitualidade contra o Estado, funcionando como alternativas de mudança legal das condições de desigualdade reproduzidas pelo próprio direito. Contraditoriamente, quanto mais abundantes as vitórias legais de redução das desigualdades da ação jurídica, mais se amplia a

elasticidade do direito como ferramenta de integração social, contribuindo para afirmação do ordenamento jurídico como mecanismo de dominação política.

Nesse quadro, Cappelletti e Garth (1988) dão conta da introdução de reformas jurídicas que consagraram, na Europa e nos Estados Unidos, três modalidades de assistência jurídica<sup>92</sup>:

## 1 Sistema Judicare

**Predominância:** Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental

**Características:** Assistência jurídica assegurada a todas as pessoas que se enquadram nos critérios de elegibilidade e mérito da causa. A prestação de serviços é feita por advogados particulares pagos pelo Estado. Idealmente, a única distinção entre a prestação de serviços privada e a de assistência jurídica é o fato de, neste último caso, a nota de honorários ser endereçada ao Estado.

**Vantagens:** Livre escolha do advogado pelas partes. Idealmente, a igualdade de armas é garantida através da previsão de uma remuneração atraente para uma quantidade significativa de profissionais.

**Desvantagens:** Não estão aparelhados para transcender o domínio da proteção jurídica individual. As/os pobres são tratados como indivíduos e não como coletivos. Desfazer as barreiras de custo não implica desfazer barreiras sociais, culturais e geográficas que fazem da relação profissional-leigo uma relação distante e intimidatória para este último.

## 2 Equipa de advogadas/os contratadas/os pelo Estado

**Predominância:** Estados Unidos

**Características:** Originado na década de 1960, na vanguarda da guerra contra a pobreza do *Office of Economic Opportunity* americano. A prestação de serviços é feita por advogados pagos pelo Estado para a promoção dos interesses dos/das pobres enquanto classe.

**Vantagens:** Advogados conscientes das barreiras de classe, escritórios pequenos e localizados nas comunidades pobres (*neighborhood law offices*) minimizam as barreiras culturais e geográficas, promoção dos direitos dos/das pobres enquanto classe através da litigação coletiva, *lobbying* e atividades para introduzir reformas na legislação.

**Desvantagens:** Sobreposição dos interesses estratégicos de mudança social em relação aos interesses particulares dos/das clientes. Seleção criteriosa dos casos em face das restrições de recursos. Necessidade em concentrar o investimento em casos socialmente relevantes. Posição paternalista, a identidade de advogado dos pobres coloca-os numa posição de incapazes de perseguir o próprio interesse. A falta de

<sup>92</sup> Zemans e Thomas, 2002 discutem ainda o papel de escritório jurídicos comunitários na Inglaterra (*law centres*), em Ontário (*legal clinics*) e na Austrália (*community legal centres*).



autonomia vulnerabiliza a prestação de serviços diante de ameaças de cortes orçamentais. A interferência governamental pode limitar o escopo e o alcance de atuação. Dependência de a política pública apostar no combate à pobreza através da luta jurídica assumindo os riscos do conseqüente do aumento da litigiosidade contra o Estado.

### 3 Modelos Combinados

**Predominância:** Inglaterra, Suíça, Québec, Austrália, Holanda

**Características:** Combinação dos modelos *judicare* e de formação de equipas de advogados contratados (*neighborhood law offices*).

A construção do direito de assistência jurídica na Europa é resultado da fusão entre a política definida pelo Estado e o apoio conquistado junto das profissões ou, vice-versa, da conquista do apoio do Estado por parte da agenda profissional. Em Portugal, as tensões e distensões desta aliança conformaram a constituição do sistema oficial de assistência jurídica como um regime de prestação de serviços por advogados<sup>93</sup>. Um relação que está claramente estabelecida pela do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais (Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto, art. 2.º, II): *O acesso ao direito e aos tribunais constitui uma responsabilidade do Estado, a promover, designadamente, através de dispositivos de cooperação com as instituições representativas das profissões forenses.*

Atualmente o regime de assistência jurídica português distingue-se pelas seguintes características:

1 Serviço prestado por advogados particulares para casos individuais

2 Insuficiência económica como critério de elegibilidade

<sup>93</sup> Sobre o sistema de acesso ao direito e aos tribunais em Portugal, ver Santos e Pedroso (coord.), 2002, Pedroso e Branco, 2010 e Costa, 2007.

**3** Admissão de casos cíveis, penais, tutelares e laborais

**4** Extensão para os meios alternativos de resolução de litígios

**5** Gestão tripartida do sistema: Ordem dos Advogados (nomeação do patrono/defensor), Ministério da Justiça (pagamento da compensação e ressarcimento das despesas) e Instituto de Segurança Social (processamento do pedido de proteção jurídica).

Da forma como é estabelecido pelo sistema legal, o regime de acesso ao direito e aos tribunais distingue-se em duas modalidades: a informação jurídica e a proteção jurídica.

A informação jurídica é garantida através da obrigação geral do Estado de garantir, de forma permanente e planeada, o conhecimento acerca do direito e do ordenamento legal. A lei prevê ainda a construção gradual de serviços de informação jurídica, cabendo à Ordem dos Advogados, em colaboração com o Ministério da Justiça, garantir a informação no que toca à proteção jurídica. A proteção jurídica, por sua vez, abrange duas modalidades: a consulta jurídica e o apoio judiciário. De acordo com a lei, a consulta jurídica abrange: (1) esclarecimento técnico sobre o direito aplicável a questões ou casos concretos, e (2) diligências extrajudiciais que decorram do conselho jurídico prestado. Prevê-se ainda o desdobramento do serviço de consulta jurídica através de gabinetes, garantidos através da cooperação entre Ministério da Justiça, Ordem dos Advogados e autarquias locais interessadas.

O apoio judiciário compreende as seguintes modalidades: (1) dispensa total ou parcial de taxa de justiça e demais encargos com o processo; (2) nomeação e pagamento de honorários de patrono (casos cíveis); (3) pagamento da remuneração do solicitador de execução designado; (4) pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo, de honorários de patrono nomeado e de remuneração do solicitador de execução designado; e (5) pagamento de honorários de defensor oficioso (casos criminais). A nomeação de patrono/defensor oficioso atende tanto a pedidos de instauração da ação, como à necessidade de defesa em processo já instaurados.

Da análise das reformas introduzidas no sistema de acesso ao direito e aos tribunais, destaco três momentos relevantes de mudança: (1) a definição da estrutura tripartida de gestão; (2) a objetivação do conceito de insuficiência económica e (3) a racionalização e informatização do sistema de nomeação de patronos/defensores oficiosos. Na reforma introduzida pela Lei 30-E/2000, de 20 de Dezembro, a decisão sobre o requerimento de apoio judiciário foi convertido num processo administrativo. Com esta alteração, a decisão sobre o pedido de apoio foi retirada da esfera de competência dos tribunais, arquitetando-se a participação dos serviços de segurança social no processamento e decisão dos requerimentos.

Por sua vez, em 2004, a Lei 34/2004, de 29 de Julho, alterou os critérios de apuramento da insuficiência económica. Foi estabelecida uma métrica para a comprovação da hipossuficiência, criando-se o cálculo do rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica. *A concessão do benefício passa agora a depender da apreciação da situação de insuficiência económica do requerente, efetuada de acordo com critérios objetivos. Assim se restringe a disparidade de resultados na avaliação dos requerimentos, garantindo-se, outrossim, que o benefício é concedido a todos os que dele carecem, mas só aos que realmente precisam e na medida da sua necessidade* (Exposição de motivos da Portaria 1084-A/2005, de 31 de Agosto). As críticas aos apertados limites de definição da insuficiência económica trazidos na lei de 2004 levaram a uma revisão, introduzida com a Lei 47/2007, de 29 de Julho, dos itens de cálculo do rendimento relevante para a apreciação da elegibilidade do/da beneficiária/o<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> A este propósito, veja-se o trecho de uma das decisões do Tribunal Constitucional que julgou inconstitucional, por violação do direito de acesso aos tribunais, a norma constante do n.º 1, alínea c), do anexo à Lei n.º 34/2004, conjugado com os artigos 6.º, 8.º e 9.º e respetivos anexos da Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de Agosto:

Os termos em que o instituto de apoio judiciário se mostra actualmente gizado já foram censurados, por diversas vezes, pelo Tribunal Constitucional. (...) Ora, se é certo que o método assim construído pelo legislador permite afastar a subjectividade do decisor administrativo na ponderação dos elementos económico-financeiros que seriam susceptíveis de evidenciar a capacidade económico-financeira para pagar as custas devidas na acção (sistema de custas esse conformado em função do valor da acção e que deve atender ao nível geral dos rendimentos dos cidadãos, conforme se faz notar no Acórdão n.º 102/98, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)), também não é menos certo que ele se mostra insensível para atender às especificidades da situação económica de muitos cidadãos requerentes do apoio judiciário. Em certa perspectiva, a concreta inadequação do modelo para responder a essas situações resulta,

As alterações ao regime de acesso ao direito introduzidas na lei de 2007 destacaram-se ainda pela centralização, racionalização e simplificação dos atos relativos à nomeação do patrono/defensor e procedimentos para pagamento da compensação devida à/ao profissional. A partir desta lei, foi desenvolvido o SINOA (Sistema de Informação da Ordem dos Advogados). *Com o regime agora definido permite-se a simplificação de todo o sistema de acesso ao direito e da sua gestão, tendo esta sido arquitectada para funcionar com recurso a aplicações informáticas. A existência de um sistema informático permite a desmaterialização do procedimento desde o pedido de nomeação de patrono ou defensor até ao processamento do pagamento ao profissional forense, com ganhos óbvios na celeridade e eficiência de todo o processo. De igual forma, as comunicações entre os diversos intervenientes e a Ordem dos Advogados devem realizar-se também, preferencialmente, por via eletrónica. Estipula-se ainda a exigência de utilização de meios eletrónicos pelos profissionais forenses que prestem serviços no âmbito do sistema de acesso ao direito na sua relação com o tribunal, contribuindo-se assim para a celeridade e eficiência do processo judicial em que a parte beneficia do apoio judiciário* (Exposição de Motivos da Portaria n.º 10/2008, de 3 de Janeiro). Entre outras mudanças, a reforma de 2007 ainda tentou introduzir, sem sucesso, o esquema de lotes de processos (acompanhamento de até 50 processos em simultâneo por profissional forense) e lotes de escala de prevenção.

A defesa profissional organizada do modelo de assistência jurídica vigente em Portugal salienta primeiramente a sua distinção como um modelo de acesso ao direito e aos tribunais que é europeu.

(...) pela Europa toda, os Estados Membros têm a noção de que devem adotar medidas no sentido de garantir o acesso à justiça dos mais carenciados, mas permitir esse acesso em termos idênticos àquele que

---

essencialmente, do facto de em caso de baixos rendimentos ou aproximados e de algumas composições do agregado familiar, os coeficientes e os escalões de rendimento fixados, no âmbito das deduções, constantes nos anexos I a IV da Portaria, não serem capazes de deixar disponível para o cidadão uma margem de rendimento com o qual possa satisfazer as custas da acção, mesmo na forma faseada, sem que isso corresponda, perante a emergência de satisfação de necessidades básicas ou essenciais não relevadas ou não relevadas suficientemente pelo legislador, a um impedimento ou dificuldade incomportável, próprios de uma situação de insuficiência económica. Na verdade, esses coeficientes e valores não partem de qualquer consideração sobre o nível geral dos rendimentos e das despesas dos cidadãos médios, mas de um patamar abaixo dele.

é concedido a um cidadão normal, um cidadão que tem condições económicas. A Comunidade Europeia também defende que deve ser sempre nomeado um advogado para defender os interesses de quem recorrer à justiça e nomeadamente também em situações em que alguém é constituído arguido (Rui Santos Cunha, I Jornadas do Instituto de Acesso ao Direito).

Se nós olharmos para todo o panorama da construção da atividade das profissões jurídicas na Europa, eu penso que, isto é uma generalização e vale o que vale por isso, mas podemos afirmar com alguma confiança que as profissões jurídicas, os advogados, sempre se organizaram para prestar assistência jurídica a pessoas mais desfavorecidas. Obviamente, isto marcou o desenvolvimento deste instituto na Europa e marcou seguramente em Portugal o desenvolvimento do modelo de acesso ao direito tal como nós hoje o conhecemos (Entrevista a Assessor da Direção Geral da Política de Justiça).

A condição a que denomino colonialismo subalterno da diferenciação retórica do sistema de acesso ao direito e aos tribunais evidencia-se na medida em que a prestação de serviços de assistência jurídica em Portugal é avaliada como avançada ou deficitária de acordo com o sentido Norte/Sul com que é feita a comparação. Assim, em relação a outros modelos de assistência jurídica, não europeus, a situação do acesso ao direito em Portugal é avançada e deve ser defendida a todo custo, sob pena do comprometimento do progresso da própria democracia e do Estado de direito. Por outro lado, comparado aos países europeus mais desenvolvidos, o tratamento do apoio judiciário em Portugal deixa muito a desejar.

Ao argumentar pela distinção do sistema de acesso ao direito e aos tribunais em relação ao modelo de defensoria pública, assim se manifestou o Bastonário da Ordem dos Advogados, durante a abertura das I Jornadas do Instituto do Acesso ao Direito:

É firme a determinação da Ordem dos Advogados, do Conselho Geral, e de mim próprio, defender um modelo de apoio judiciário prestado por advogados e não por funcionários. A Ordem empenhar-se-á com todas as suas forças para que o patrocínio e a defesa em tribunal, ou fora dele, dos direitos dos cidadãos, dos seus interesses legítimos, sejam feitos por advogados e não por funcionários públicos. Por muito digna que seja a função pública e os seus funcionários, eu defendo que seja por advogados, porque só com os advogados os cidadãos podem estabelecer a relação de confiança absolutamente necessária ao bom exercício do patrocínio. O que funda o patrocínio judiciário é a confiança, e não se pode ter confiança num funcionário que está sujeito a uma hierarquia funcional do Estado, que depende remuneratoriamente do Estado, que está sujeito à fiscalização do Estado. Acabará por adquirir os vícios que caracterizam infelizmente algumas das funções públicas, designadamente algumas que atuam nos tribunais portugueses, (...) a Ordem bater-se-á com todas as suas forças e, estou convencido, os advogados portugueses bater-se-ão com todas as suas forças para impedir *essa degenerescência que, aliás, devo dizer-lhes não existe em nenhum país da Europa.* (grifo meu)

No mesmo sentido,

Eu não quero acreditar que em Portugal, porque seria um retrocesso civilizacional a figura do defensor público, eu estou em crer que não vou assistir a esse debate. (Entrevista, dirigente Ordem dos Advogados)

A meu ver, também só assim se alcança a justiça num verdadeiro Estado democrático. Permitir, pelo contrário, que se remeta os mais pobres para um vassalo do Estado é, a meu ver, retroceder na própria história e também é deitar por terra todo o trabalho que foi desenvolvido no nosso país, no sentido de sentir que o fator económico não seja um fator de exclusão do acesso à justiça. (Rui Santos Cunha, I Jornadas do Instituto de Acesso ao Direito)

Por outro lado, desta feita durante as discussões das II Jornadas do Instituto de Acesso ao Direito, afirmava o Bastonário:

O Estado Português é hoje o que gasta menos dinheiro com o apoio judiciário no âmbito da União Europeia. (...) Portugal é o país que menos gasta. Eu dou-vos um exemplo para perceberem como é tratado o apoio judiciário em Portugal. Em Inglaterra, o Reino Unido, cada cidadão britânico paga para a justiça, pagava em 2006 ou 2007, 55€ por ano. O orçamento da justiça dividido pelo número de habitantes dava 55€ a cada súbdito de Sua Majestade. Nessa altura, e ainda segundo o Conselho da Europa, em Portugal, cada cidadão português pagava para a justiça 50€, independentemente da proximidade entre países cuja população tem rendimento *per capita* muito superior ao português, ... isso já é um esforço enorme que a população fazia, mas pagava 50€ por mês para o funcionamento da justiça no seu conjunto. Agora, vejam como é que era repartido. No sistema, os 55€ em Inglaterra, 37,50€ eram para o apoio judiciário e 17,50€ eram para o funcionamento global do sistema judiciário (despesas de tribunais, remunerações de magistrados e de funcionários), todas as restantes despesas, exceto as referentes ao apoio judiciário, portanto 37,50€ para o apoio judiciário, 17,50€ para o restante. Em Portugal, dos 50€ que cada cidadão pagava nessa altura para o sistema judicial, 47€ eram para o sistema judicial e 2,90€ eram para o sistema de apoio judiciário. Nenhum advogado de nenhum país da Europa ganha tão pouco como ganham os advogados portugueses que prestam apoio judiciário.

A simbologia do modo europeu de realizar a justiça é resgatada num contexto em que o órgão de regulação profissional se vê numa posição de defesa do papel do/da advogado/da na prestação de serviços de assistência jurídica. A defesa da identidade profissional, por um lado, dirige-se ao debate público, em que a bondade de outros modelos tem sido levantada, nomeadamente de um sistema de defensoria pública<sup>95</sup>. Por outro lado, coloca-se a necessidade de pressionar o Estado a cumprir com o pagamento das compensações aos patronos/a defensores oficiosos.

Com a tomada de posse do XIX Governo constitucional, transitou uma dívida 35 milhões de euros relativos ao pagamento das compensações dos advogados/patronos oficiosos. A

<sup>95</sup> A este propósito, ver matéria publicada pela agência Lusa em 29 de Maio de 2010, com o título “Presidente do Supremo defende criação da figura do defensor público”.

ação do novo governo para saldar a dívida envolveu medidas que colocaram Ministério da Justiça e Ordem dos Advogados em confronto, especialmente devido aos resultados de uma auditoria realizada às contas do apoio judiciário. Foram introduzidas ainda medidas de controlo das despesas através da confirmação dos atos praticados pela/o advogada/o pela secretaria do tribunal. Em Março de 2013, o Ministério da Justiça informava que a dívida do apoio judiciário estava saldada, muito embora permaneçam discordâncias entre Ordem dos Advogados e Ministério acerca das despesas validadas pelos tribunais e do montante devido às/aos advogadas/os.

No que toca aos argumentos da profissão organizada, pode-se dizer que a defesa de um modelo de assistência jurídica europeu assenta em duas dimensões fundamentais, num modelo de Estado liberal de direito e num esquema de profissionalismo também liberal. A defesa de um Estado Liberal de direito circunscreve um direito civil de acesso à justiça no qual o primeiro princípio consagrado é o da igualdade. Trata-se da defesa de um princípio de igualdade formal que se realiza através do equilíbrio na representação profissional das partes em conflito. Em poucas palavras, a igualdade assegurada pela assistência jurídica é a igualdade de armas.

Se é reconhecido e se é atribuído aos advogados o papel de proverem a defesa, de pugnarem a defesa do direito daqueles que não são carenciados, tendo como contrapartida uma justa remuneração, não vejo qualquer razão, nem se percebe que haja qualquer razão, para que os advogados não tenham esse mesmo papel relativamente às pessoas mais carenciadas. Portanto, uma decorrência do princípio da igualdade. O atribuir-se aos advogados esse papel na defesa dos direitos e dos interesses legítimos das pessoas mais carenciadas, está-se a atribuir a quem tem esse dever funcional de defesa dos direitos das pessoas em geral. Assim, faz-se com que não haja uma discriminação de tratamento por esses profissionais. (Entrevista a Assessor da Direção Geral da Política de Justiça)

Nesse sentido, a evidência mais cabal de igualdade que pode resultar do modelo de assistência jurídica é a garantia de igualdade de tratamento entre a/o beneficiário da assistência jurídica e a/o cliente privada/o da/o advogada/o:

(...) é necessário não que o apoio judiciário seja a dedicação exclusiva de muitos advogados ou que seja um aspeto residual da sua atividade profissional, é necessário que o apoio judiciário seja tratado num plano de igualdade com a outra atividade (Bastonário da Ordem dos Advogados, II Jornadas do IAD).

Em segundo lugar, a conceção liberal de direito e de Estado europeia foi responsável por consagrar uma leitura de direitos enquanto contra-poder. Mais uma vez, está-se num domínio formal em que a reivindicação de direitos perante o Estado encerra-se num campo de atuação independente e autónomo que se lhe contrapõe, a sociedade civil. Uma independência que controla os abusos de poder do Estado na medida em que conta com o direito para freá-lo. Neste ponto, a assistência jurídica prestada por advogados é entendida com um exercício profissional que consagra os princípios constitucionais do Estado de direito em proporção equivalente à sua afirmação como profissão independente.

(...) só a independência dos advogados, só os seus compromissos deontológicos com o nosso estatuto, com a ética profissional da advocacia, é que lhes permite exercer em plenitude o patrocínio forense e, como tal, densificar, realizar uma dimensão fundamental do Estado de direito prevista na constituição da república portuguesa como elemento essencial à administração da justiça, portanto, esta para nós é uma linha de fronteira, (...) (Bastonário da Ordem dos Advogados, I Jornadas do IAD)

Daqui extrai-se uma correlação: a qualidade do sistema de assistência jurídica, a qualidade do Estado de Direito e da democracia estão diretamente relacionadas com as qualidades do advogado. Esta é, a propósito, uma conexão que se retira da própria história de afirmação da assistência jurídica na Europa, uma história do envolvimento das profissões com a questão do acesso à justiça:

Também posso dizer, na minha perspetiva, neste modelo, os advogados têm essa responsabilidade de prover a assistência jurídica dos mais desfavorecidos, porque o exercício da advocacia, é também o exercício de uma profissão que é também socialmente reconhecida é socialmente convalidada como uma profissão importante, dignificante para os profissionais que a praticam. Apesar de haver muito quem diga que há pessoas que exercem a profissão e não fazem com a dignidade esperada, de haver muitas queixas acerca do trabalho dos advogados, nós todos sabemos que o exercício da advocacia, a advocacia em si é uma profissão muito conceituada. E isso acontece também porque é sabido que muitos advogados, ao longo da história, têm defendido aquele que são mais desfavorecidos, e o fazem quer perante os tribunais de primeira instância, quer perante os tribunais de recurso. Isso não é uma novidade no nosso país, a configuração dos modelos de profissão jurídica que hoje conhecemos em Portugal, eu penso que influenciou, como na Europa, a formação deste modelo. Mas isso não significa que não pudesse ser, se não houvesse outros fatores importantes para se criar o modelo que existe entre nós. Não foi somente a força que os advogados têm, mas sim, e isso parece-me significativo, o fato de que, na verdade, os advogados têm preparação, têm formação, têm conhecimento e habilitações académicas e profissionais suficientes para desempenharem o seu papel na defesa dos interesses e dos direitos das pessoas carenciadas. (Entrevista a Assessor da Direção Geral da Política de Justiça)



As qualidades do sistema de assistência jurídica, nesse sentido, relacionam-se estreitamente com as vantagens do exercício profissional da advocacia como profissão de mercado: (1) cumprimento das habilitações profissionais necessárias, (2) diversidade da oferta de profissionais, (3) liberdade de exercício profissional (4) direito à reclamação, e (5) possibilidade de substituição da entidade prestadora de serviços.

É facto que os profissionais forenses em Portugal [...] É verdade há uma avaliação prévia das pessoas que prestam estes serviços. É com base nesta avaliação prévia que os profissionais são admitidos ao próprio sistema, porque só advogados é que podem entrar no sistema de acesso ao direito. Aqui, já há uma avaliação prévia. Por outro lado, as próprias pessoas se, no caso concreto, tiverem algo a dizer e tiverem queixas do próprio profissional, as próprias pessoas podem fazer a sua própria avaliação do profissional e requerer que o profissional seja substituído, a lei também prevê. Neste caso, há uma avaliação prévia, só quando ultrapassado os teste para que a pessoa possa ser advogada, só nestes casos é que podem entrar no sistema e há, depois, mecanismos de reação das pessoas que, quando não estão satisfeitas, quando fazem a sua avaliação do modo como é prestado o serviço, seja consulta jurídica, seja na vertente do apoio judiciário. A pessoa beneficiária do serviço pode reagir contra esse facto requerendo a substituição do profissional forense que lhe foi nomeado, [...]. (Entrevista a Assessor da Direção Geral da Política de Justiça)

Sob o ponto de vista da prestação de serviços, este sistema é, sob o nosso ponto de vista, é um dos melhores sistemas. Primeiro, porque prevê a possibilidade da participação voluntária dos advogados, ou seja, durante muitos anos os advogados, e ainda hoje está no estatuto, que os advogados têm um dever para com a comunidade. Podem, em última análise, todos os advogados participarem do SADT (Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais). Preferencialmente é dada oportunidade àqueles advogados que têm uma verdadeira vocação para prestarem esse serviço quase público à comunidade, inscrevendo-se no sistema, na hipótese remota de, por exemplo, numa comarca ninguém se inscrever, então funciona a norma do estatuto da OA que diz que todos os advogados são obrigados a participar. Portanto, digamos que, por um lado, há uma garantia de que há sempre advogados no acesso ao direito, por outro lado, esta inclusão no sistema faz com que estejam naturalmente advogados mais mobilizados, mais motivados para participar e inscreverem-se. Portanto, uma vez por ano os advogados inscrevem-se. Podem sair do sistema quando quiserem e, portanto, isto é uma mais-valia. Outra mais-valia, sob o nosso ponto de vista, da OA, é o facto de cada vez mais haver mais advogados com experiência a participarem deste sistema. (Entrevista a membro do Conselho-Geral da Ordem dos Advogados)

A defesa das qualidades do profissional liberal como qualidade intrínseca do sistema do acesso ao direito produz um estreitamento que funde, num mesmo destino, o desempenho do sistema de assistência jurídica e o trabalho desempenhado pelos advogados. Consequentemente, os ditames de valorização profissional, melhoria das condições de trabalho e aperfeiçoamento do exercício profissional podem facilmente canibalizar o discurso sobre as mudanças necessárias no sistema de acesso à justiça.

(...) o sistema português, naquela ideia de informação, consulta, apoio é profundamente clássico. A ideia de que a principal forma de acesso ao direito é através do advogado. O tribunal, por sua vez, é a principal forma de acesso ao direito do ponto de vista processual. A ideia de que há um único percurso e um percurso previsível que é: eu informo dos meus direitos, eu concretizo esses meus direitos através de uma consulta e depois vou para tribunal para defendê-los, quando não é necessariamente assim, eu posso-me informar sobre um direito e optar por integrar a defesa deste direito através de organizações, por exemplo, do terceiro sector. Aí, a própria forma como eu vou defender esse direito é radicalmente alterada. O próprio direito, às vezes sendo o mesmo, muda consoante o titular deste direito. A ideia de que a liberdade de expressão não é igual se é posta em causa em relação a um cidadão jovem ou idoso, ou um imigrante ou um não imigrante. Eu diria que esse tipo de preocupações ainda estão arredadas do sistema jurídico, infelizmente. No acesso ao direito a preocupação ainda é em racionalizar o sistema clássico, pelo menos, é a forma como eu entendo e não se encontram muitas soluções de radicalização (Entrevista a Diretor do Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios)

É certo que o sistema de assistência jurídica em Portugal assegura a informação, o aconselhamento, a defesa e a representação por profissional devidamente habilitado para aquelas pessoas que, dentro dos critérios de elegibilidade da lei, não dispõem de suficiência financeira para aceder ao direito. É igualmente acertado dizer que a pedra angular de um sistema de assistência jurídica dirigido ao tratamento de casos individuais por advogadas/os são as qualidades que distinguem a própria advocacia como profissão. Quanto mais e melhores advogados no sistema de acesso ao direito, quanto maior a sua independência e liberdade, quanto mais aperfeiçoado e racional o exercício da atividade, melhores as condições para se produzir uma relação frutífera entre profissional e beneficiária/o da assistência jurídica. Uma lógica que, *mutatis mutandi*, se aplica igualmente à relação entre advogada/o e cliente particular.

Como se denota do discurso profissional organizado, a defesa do sistema de acesso ao direito em Portugal assenta, sobretudo, numa retórica que distingue a importância do sistema de assistência jurídica na medida em que ressalta o valor da/o advogada/o. É, por essa razão, que as questões que se colocam sobre a performance do sistema de acesso ao direito dizem respeito aos limites de desempenho da própria advocacia enquanto profissão liberal. Com base em Piomelli (2009), aponto três obstáculos que a socialização profissional da advocacia coloca ao acesso ao direito. O primeiro obstáculo é o individualismo. A cultura profissional da prestação de serviços por advogados é individualista, assente no isolamento da relação profissional-cliente. É estabelecida uma cisão entre indivíduos e grupos, em que estes últimos representam uma ameaça à autenticidade, integralidade e a liberdade dos primeiros. Na cultura individualista, a

missão da assistência jurídica subsume-se à resolução dos problemas individuais. É na busca por solução do problema individual que o profissional afirma o seu compromisso solidário com o caso e com a defesa da liberdade.

O apoio judiciário é uma dimensão de solidariedade do Estado de direito democrático. É uma dimensão fundamental da solidariedade enquanto valor que está consignado na Constituição da República Portuguesa no art.º 1º, liberdade, justiça e solidariedade. É uma das partes fundamentais da trilogia matricial da nossa República, não é caridade, é solidariedade. Isto é muito importante (...) O apoio judiciário não é só uma defesa da acusação pública ou particular, é sobretudo a pessoa que está presa, a pessoa que é pobre, a pessoa que está prisioneiro há anos de um divórcio litigioso que não consegue contratar um advogado, a pessoa que teve um acidente de viação, um familiar que teve um acidente de viação e não consegue pôr ação para cobrar e receber a indemnização a que tem direito, é a tutela efetiva, é o acesso ao direito nas suas múltiplas dimensões. (Bastonário da Ordem dos Advogados, II Jornadas do IAD)

No campo do acesso ao direito, a exclusividade de uma abordagem individualista revela-se problemática porque fecha os olhos a processos de exclusão e discriminação que são comuns às/aos diferentes beneficiárias/os da assistência jurídica. A necessidade de acesso ao direito não se limita a um universo atomizado de indivíduos sem condições financeiras de levar à justiça oficial suas questões particulares. A própria condição de incapacidade de aceder à justiça por meios próprios resulta de dinâmicas de desigualdade que são transversais na sociedade.

Um segundo aspeto diz respeito à predisposição aristocrática da advocacia. Aristocrático, nesta formulação, remete à etimologia do termo (Aristos/Melhores, Kratos/Poder: poder dos melhores). A defesa de uma vocação inerente à advocacia, para o qual os advogadas/os foram especialmente preparadas/os, para a realização dos valores democráticos e para a proteção do Estado direito predetermina a/o profissional a uma postura de auto-distinção. No sistema de acesso ao direito português, a marca aristocrática da profissão tem funcionado como elemento discursivo da defesa do modelo vigente. Em relação a outros modelos, nomeadamente um sistema público de advocacia, a defesa/patrocínio por advogado particular destaca-se por se tratar de um serviço garantido pelos melhores, isto é, aquele grupo profissional mais preparado e funcionalmente dedicado à defesa das liberdades contra o Estado. O valor do modelo de acesso ao direito reflete o peso dos/das advogados/das como profissionais: (1) uma

profissão cuja independência melhor protege a/o cliente contra o Estado; (2) uma relação profissional-cliente fundada na confiança e na competência técnica do/da advogado/da.

Na abertura do VII Congresso dos Advogados de Portugueses (2011), a ministra da justiça apresentou como um dos pontos principais do seu entendimento acerca do sistema de assistência jurídica:

(...) o Estado não se deve intermediar entre o cidadão e o advogado, senão para legislar, financiar e fiscalizar o sistema. Daqui resulta que defendo (...) que a essencialidade do patrocínio forense exercida e prosseguida pelo advogado no âmbito de um mandato e fora dele, afasta a defesa pública exercida por funcionários e, mesmo de magistrados do Ministério Público, mas, afasta mais a figura do advogado público que não beneficiaria nem de liberdade, nem de autodeterminação, nem das imunidades que são nucleares ao e para o patrocínio forense.

No mesmo sentido,

(...) porque muitas vezes nós estamos tão envolvidos com acesso ao direito pensamos que o acesso ao direito existe para os advogados. O acesso ao direito existe para servir aos cidadãos e para garantir a efetivação dum direito fundamental dos cidadãos (...) na nossa perspectiva, da Ordem dos Advogados, este modelo, sem prejuízo de carecer de aperfeiçoamento, (...) a verdade é que este, comparativamente com os modelos que aparecem aí na praça pública, sobretudo defendido por magistrados, é um modelo, que não só garante a efetivação do direito fundamental ao acesso ao direito, mas também garante que os participantes no Sistema de Acesso ao Direito sejam advogados livres e independentes. (Elina Fraga, I Jornadas do IAD)

Nas II Jornadas do Instituto de Acesso ao Direito, o Bastonário da Ordem ressaltou a missão dos/das advogados na realização do Estado de direito, especialmente o papel daquelas/es que integram o sistema de acesso ao direito:

Eu, como bastonário mas sobretudo como advogado, sinto orgulho nos advogados portugueses que prestam apoio judiciário porque eles são a dimensão mais importante da cidadania e do Estado de direito no processo de administração da justiça. São os advogados que prestam apoio judiciário, sois vós, que garantem a principal dimensão do Estado de direito democrático que é a igualdade na proteção jurídica. Por isso, é com muito orgulho que eu aqui estou, em vós todos e naqueles que aqui não estão porque não podem mas que no dia-a-dia garantem essa dimensão do Estado de direito defendendo os direitos desses cidadãos.

Uma vocação democrática assente na confiança recíproca e, especialmente, na consagração da competência técnica e compromisso ético do/da profissional:

Nós somos procuradores dos cidadãos, fundado num ato que exige confiança recíproca, o advogado pode recusar e deve recusar o patrocínio oficioso se entender que ele é *contra legem*, se entender que ele não o

deve fazer à luz dos valores da sua deontologia profissional. (Bastonário da Ordem dos Advogados, I Jornadas do IAD)

O esforço de aperfeiçoamento do sistema é, portanto, de melhoria contínua dos/das profissionais num ciclo de reconhecimento meritocrático:

Na verdade, nenhum sistema é perfeito, eu reconheço que há questões a corrigir e vai haver sempre, nunca atingiremos a perfeição em nenhum modelo, muito menos num modelo como este que é feito por 9700 pessoas, 9700 profissionais. Haverá uns que se empenham mais do que outros, haverá uns que são mais inteligentes do que outros, haverá uns que trabalham mais do que outros, haverá uns mais honestos do que outros, haverá, sempre houve e vai haver, mas isto também existe nas magistraturas, existe em todo o local, nos polícias, nos professores, em todo o lado. O grande esforço da Ordem e de nós todos é para que aqueles que têm as boas qualidades se sobreponham aos que não as têm para premiar o mérito, para premiar a dedicação, para premiar a inteligência, o esforço, o trabalho e a honestidade. (Bastonário da Ordem dos Advogados, II Jornadas do IAD)

Este aspeto da socialização profissional é ainda maximizado pela centralidade do direito e dos tribunais na ordenação social, para além de corresponder a uma mensagem de superioridade epistémica que é reproduzida desde as faculdades de direito. No âmbito do sistema de assistência jurídica, esta é uma característica que acentua a distância cultural do/da profissional para a/o cliente. Por outro lado, a própria noção de meritocracia cria barreiras à compreensão, e contribui para a produção de julgamentos morais acerca da condição de necessitado/da de assistência jurídica enquanto condição social e não conflito jurídico particular.

Por fim, o formalismo, especialmente enquanto cumprimento formal dos direitos, é uma característica reproduzida no exercício da advocacia que estreita a dimensão do acesso ao direito. Nesse sentido, a proteção das liberdades é esvaziada no âmbito de uma prática profissional que consagra o papel corretivo das instituições. A justiça social circunscreve-se, assim, a uma experiência de tentativa e erro para introdução de ajustes no ordenamento jurídico. Reforça-se o mito dos direitos, reproduzindo-se a ideia de que a liberdade e a igualdade serão conquistadas em operações de retificação jurídica, desde que os problemas sejam apresentados de maneira a que o sistema os possa resolver. Esta abordagem perante o direito desconsidera questões relativas à diferenciação estrutural de poder presentes nas sociedades e o papel do direito em reproduzi-las. No caso do acesso ao direito, defender a assistência jurídica como meio de realização material da

igualdade implica, por um lado, reconhecer as posições de poder e de exclusão do poder admitidas pelo próprio sistema, por outro lado, substituir a centralidade dos tribunais como meio de emancipação social pela discussão da sua utilidade no âmbito de uma mobilização política e objetivo de transformação social mais amplos.

O individualismo, o carácter aristocrático e o formalismo enquanto características da socialização profissional do campo jurídico circunscrevem a experiência de acesso na relação de oposição entre política e direito. Salientam a assistência jurídica enquanto direito civil de acesso no âmbito da conformação de atitudes individualistas e consumistas da relação profissional-cliente. O espaço de construção da política é alheado do acesso ao direito, restringindo-se a uma defesa coletivista da democracia de eleição da maioria numérica. O sentido de aprendizado com o norte mantém-se na correspondência às expectativas universalistas de reforma legal (melhoria de desempenho da advocacia, racionalização e aperfeiçoamento do sistema e diversificação das escolhas não judiciais de resolução dos conflitos). Na próxima secção, apresento o processo de fortalecimento institucional das defensorias públicas no Brasil, analisando se resgatar a experiência do Sul como experiência histórica de acesso à justiça traz elementos para repensar as lógicas de contaminação entre as formas de reprodução profissional dominantes no direito e os esquemas de assistência jurídica.

## Aprender com o sul: o fortalecimento das defensorias públicas no Brasil

Agora, eu fico imaginando os milhões e milhões de mulheres e homens neste país, que diante de um problema não tem ninguém para defendê-los e, às vezes, são condenados por bobagens, porque também não tem ninguém para defendê-los. Ao fortalecer a Defensoria, nós estamos apenas garantindo ao cidadão mais humilde deste país o mesmo direito de alguém que pode contratar o mais importante advogado deste país. É o mínimo [...] porque a democracia não seria democracia se a gente não garantisse a todos a mesma oportunidade.

Agora, eu penso, companheiros, que é preciso fazer um trabalho muito sério, Tarso, de propaganda sobre a Defensoria Pública. Eu acho que é preciso que as pessoas tenham um 0800, zero não sei quanto, e que seja divulgado na televisão para as pessoas andarem com isso, para as pessoas na hora em que precisarem, telefonarem, porque como este país é muito grande e tem muita desinformação, nós poderíamos pensar enquanto governo, enquanto Ministério da Justiça, o que a gente pode fazer para que a gente coloque esse número de vocês em rádio, em televisão, para que quando uma pessoa for abordada indevidamente na rua, ou for acusado injustamente, ou ele tiver um problema qualquer, que ele saiba que o Estado brasileiro, através de vocês, está dando a ele o advogado que jamais

ele poderia contratar, porque não teria dinheiro para contratar. (Discurso do Presidente da República Federativa do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, 08 de Outubro de 2009)

O texto acima foi extraído do discurso proferido pelo então Presidente da República do Brasil durante a cerimônia de sanção do projeto de lei complementar que define regras gerais para organização da Defensoria Pública da União e das defensorias públicas dos estados. No discurso, Lula ainda celebrou a ocasião por ser um exemplo das coisas impossíveis que tinha o objetivo de concretizar durante o seu governo: *Eu acho que o evento de hoje é uma dessas coisas, que quando menos a gente espera, a gente consegue, com a colaboração extraordinária do Congresso Nacional, a gente consegue ir fazendo com que o Poder Judiciário vá entrando nesse clima de democracia, de conquista de cidadania que a gente quer para todas as pessoas neste país.* O momento de sanção da nova lei das defensorias foi mencionado como uma oportunidade de reposição da igualdade, a conquista do direito de ser contemplado com justiça. Por fim, chamou atenção para a pressão profissional que recebeu para que o projeto fosse aprovado: *Eu queria que vocês tivessem consciência que grande parte dessas conquistas é de vocês, porque não tem um lugar que eu vou que não me apareça ou uma mulher ou um homem da Defensoria Pública pedindo para que a gente apressasse a votação deste projeto de lei.*

O discurso ganhou destaque na imprensa brasileira pela narrativa de Lula acerca da sua experiência de acesso à justiça, quando ainda era um torneiro mecânico e perdeu um dos dedos: *Com esse dedo aqui foi uma coisa engraçada. Eu saí da Justiça e aí apareceu um cidadão: "Olha, vai ao meu escritório que eu consigo um pouco mais para você, vai ser muito rápido". Eu, molecão, de [...] acho que 18 anos, eu fui ao escritório e cheguei lá, assinei todos os papéis que ele pediu para eu assinar, sabe, a gente nem lê, assinei. Aí, quando eu fui receber meu dinheirinho, era 362 cruzeiros, cruzados, uma coisa assim. Ele queria me tomar 20%, Tarso. Como é que eu ia dar 20%? Aí, eu comecei a chorar [...] Como é que eu ia falar para minha mãe que o advogado tinha me levado 20% do meu dinheirinho e meu dedo estava lá no bebeléu? Aí, eu fui ao advogado do Sindicato, ali, de São Paulo, na Rua do Carmo. E aí, peguei um advogado, até um famoso que cuidava de Previdência Social. E eu não sei [...] e ele ligou para o advogado, ligou e falou: "Olha, não é importante você cobrar do rapaz, o rapaz perdeu o dedo e ainda vai pagar?". E eu cheguei*

*lá, o advogado me deu um tremendo "carão", me deu uma esculhambada, mas me deu meu dinheirinho todo. Então, eu fiquei quieto, fiquei quieto porque eu terminei não pagando, eu achei que era injustiça.*

No tempo decorrido dos 18 anos do presidente para cá, a arquitetura da assistência jurídica brasileira passou de uma prestação de serviços aleatória residualmente constituída em órgãos dos estados da federação à aposta na organização e racionalização de um sistema de defensorias públicas. De fato, o discurso demarca uma linha de progresso entre o passado, em que o presidente era um trabalhador metalúrgico, e o presente, em que se alcançou a aprovação da lei que fortalece as defensorias públicas. Um presente de democratização que, em pequenos passos, começa a alcançar também o poder judiciário. Fica ainda um repto para o futuro, as consequências positivas que advirão para a vida de milhões de brasileiros e brasileiras a partir da sanção da lei. Estou de acordo com este raciocínio: a importância de uma medida de fortalecimento das defensorias é mais amplificada diante de um passado precário de prestação de serviços jurídicos às/aos pobres. Concordo igualmente que este é um contexto em que a aprovação da lei levanta enormes expectativas acerca do futuro do acesso à justiça de parte significativa do povo brasileiro. Contudo, antes de discutir a evolução e as expectativas do acesso dos/das pobres à justiça, proponho que o primeiro esforço analítico incida sobre uma visão mais alargada do presente.

O presente do acesso à justiça das/os pobres estende-se e retoma o passado de torneiro mecânico do presidente. Neste presente, tal e qual na história contada por Lula, milhões de homens e mulheres vêm-se sem defesa e, aqui, as/os sem defesa (representação profissional habilitada) são também indefesos. Na estória que conta, o futuro presidente não fala, apesar de ter considerado os acontecimentos injustos. Tanto a situação de injustiça, como a recuperação da justiça foi conduzida pelo advogado trabalhista e pelo advogado do sindicato, respetivamente. Há uma cisão radical entre nós (legalmente competentes e habilitados) e outros (pobres legalmente incompetentes). No passado, Lula integrava os outros a que no presente refere como milhões e milhões de mulheres e homens, que diante de um problema não tem ninguém para defendê-los.



Nesta secção, a primeira referência que pretendo discutir, considerando o discurso em epígrafe, refere-se à dimensão do sofrimento que integra a experiência de falta de acesso à justiça. A denegação do acesso à justiça simboliza uma experiência de subordinação cultural e económica perante um sistema, cuja distinção nós e outros gera um processo radical de diferenciação desigual, supressão e silenciamento (Santos, 2002a: 340-351). Curiosamente, o discurso, ao celebrar um momento de reposição de justiça e igualdade, reproduz, no presente, a diferenciação vivida pelo narrador no passado, distinguindo entre nós (profissionais que fizeram *lobbying* pela lei, serviços do ministério da justiça, governo) e outros (milhões de homens e mulheres indefesos que precisam ser informados massivamente acerca da defensoria). Os outros, na condição de subordinação económica e cultural que se repete como falta de acesso à justiça, estão representados na metáfora cultural a que Santos (2002a: 340-351) denominou o Sul.

De acordo com Santos (2002a: 340-341), nas relações de troca de desigual que orientam o sistema-mundo, o Sul é um produto do império intrinsecamente ligado à ideia de subordinação económica e, cada vez mais, também subjugado à condição de subordinação cultural. *O Sul exprime todas as formas de subordinação a que o sistema capitalista mundial deu origem: expropriação, supressão, silenciamento, diferenciação desigual, entre outras. O Sul significa a forma de sofrimento humano causado pela modernidade capitalista.* Utilizo a categoria Sul para sinalizar a manifestação como falta de acesso à justiça dos processos de subordinação gerados pelas dinâmicas de dominação política e económica modernas. A meu ver, o Sul do acesso à justiça distingue-se num Sul ausente, engendrado por processos de desfamiliarização, e num Sul emergente, conformado em processos de reaprendizagem<sup>96</sup>.

O Sul ausente, presente no discurso, foi construído através das dinâmicas de estranhamento entre o direito formal e o informal. No caso brasileiro, por um lado, os anos de autoritarismo do Estado marcaram a experiência de encontro entre povo e instituições como uma experiência de repressão e alheamento. Por outro lado, a

---

<sup>96</sup> O Sul ausente e o Sul emergente remetem à proposta de realização de uma sociologia das ausências e das emergências. Ver Santos, 2002b.

separação entre a massa dirigida e a elite governante, suportada por anos de colonialidade interna que se mantêm, construíram uma relação baseada na imaginação do Estado como centro e na localização da comunidade como margem. Uma margem enclausurada em generalizações como pobres, não desenvolvidos, analfabetos, desinformados, a-jurídicos. Uma massa uniforme não-moderna cujas manifestações de justiça despontavam para o centro como momentos de justiça popular anárquica. A este propósito, a porta de entrada da reflexão sobre o acesso à justiça no Brasil foi aberta pelas análises sobre o pluralismo jurídico e não por estudos sobre a mobilização do direito do Estado e reformas legais<sup>97</sup>.

O estudo de Santos (1977) sobre a reprodução autónoma de um direito da favela, resultante da diferenciação de poder provocada pelas desigualdades do capitalismo, influenciou decisivamente a reflexão sociológica brasileira acerca das formas de acesso à justiça em contexto de autoritarismo político. Por outro lado, a teoria crítica do campo jurídico no Brasil, fortemente amparada numa abordagem marxista, colaborou para a construção de uma leitura cética acerca do papel de transformação social a cumprir pelo direito formal, uma ferramenta de dominação política da superestrutura de poder. Assim, o espaço de discussão do acesso à justiça referia-se a um Estado e uma comunidade que se autoexcluía. O outro lado desse movimento, nos estudos sociojurídicos, repercutiu-se na sobrevalorização das qualidades emancipatórias do direito da comunidade. Nos estudos sociológicos, assistiu-se à produção inicial de uma reflexão romantizada acerca dos novos movimentos sociais, velando suas antinomias e as relações contraditórias estabelecidas com o próprio Estado<sup>98</sup>.

O Sul emergente, ausente do discurso de Lula, desponta no processo de abertura política. Com a redemocratização, o dualismo entre ditadura e movimento de luta pela liberdade política irrompeu numa miríade de reivindicação organizada de direitos individuais e coletivos, de reconhecimento e redistribuição (direitos das mulheres, das/dos

---

<sup>97</sup> Do ponto de vista da análise sócio-jurídica, os estudos demarcaram a relação de violência entre Estado e cidadania documentando a repressão das classes populares e os episódios de justiça popular. Ver Junqueira, 1996.

<sup>98</sup> Ver, nesse sentido, Cardoso, 1991.

trabalhadoras/es, à terra, à moradia, de igualdade racial, sexuais, dos consumidores)<sup>99</sup>. O Sul do acesso à justiça é emergente na medida em que a sua presença radical impõe ao Estado e suas instituições a reaprendizagem acerca dos seus modos de funcionamento.

No campo da assistência jurídica, a emergência do Sul manifesta-se na diversificação das formas de prestação dos serviços jurídicos. Ao analisar a experiência latino-americana de acesso à justiça, Rojas Hurtado (1988 e 1989) cunhou o termo novos serviços jurídicos para designar as transformações que a busca por democracia na América Latina implicou para as formas de organização da assistência jurídica<sup>100</sup>. Dentre os fatores que influenciaram a composição dos novos serviços jurídicos destacam-se: (a) a crise da esquerda, (b) o envolvimento de setores da igreja com organizações de base, (c) o apoio económico vindo de fora da região, e (c) as mudanças na dicotomia de organização social tradicional, centrada na relação capital-trabalho. Os serviços centram a atenção na população pobre, minorias e outros setores oprimidos (trabalhadores rurais, informais, mulheres, indígenas, ativistas, entre outros). Caracterizam-se pela gratuidade do serviço (ou tarifa subsidiada), abrangência de uma lista heterogénea de potenciais utilizadores/as e diversificação dos critérios de elegibilidade, para além da aferição da capacidade económica.

A primeira referência de distinção dos novos serviços jurídicos diz respeito à busca por democracia. Os novos serviços acompanham o passo de redemocratização latino-americana e, como não advogam um conteúdo fixo de mudança da democracia, sustentam-na através de uma combinação entre liberdade individual e coletiva. Consequentemente, o ideário liberal individualista perde sentido como prática profissional. Num segundo aspeto, a proposta de mudança social que subjaz à prestação de serviços não se coaduna com um procedimento de mera correção da normatividade jurídica. Investe-se numa proposta de mudança social de largo alcance que atenda a uma

---

<sup>99</sup> Os estudos sociojurídicos precursores na análise dessa tendência versaram especialmente sobre a luta jurídica em torno das ocupações urbanas. Ver Santos, 1983; Falcão, 1984 e Moura, 1990. Posteriormente, a reflexão sobre o uso emancipatório do direito passou a documentar o impacto da atuação dos novos sujeitos coletivos no campo jurídico. Nesse sentido, Wolkmer, 2006 e Sousa Júnior, 1990, 1996 e 1997.

<sup>100</sup> A tipologia serviços legais tradicionais *versus* serviços legais inovadores tem sido usada no Brasil para distinguir a atuação dos grupos de assessoria jurídica popular. Ver, Luz, 2008 e Campilongo, Pressburger e Araújo, 1991.

outra justiça, em que se visiona o fim da dominação política e económica do capitalismo. Tal proposta pode implicar numa constelação de lutas políticas, assentadas, por sua vez, em diferentes valores: substituir as premissas do sistema legal por princípios socialistas, aprofundar a igualdade e liberdade como meio de transição para uma nova sociedade ou asseverar um capitalismo reformado.

Em terceiro lugar, a estratégia de atuação dos novos serviços combina ferramentas disponíveis pelo sistema hegemónico e outras estratégias políticas e educativas como, por exemplo, o desenvolvimento comunitário. Os princípios de ação dirigem-se para uma emanação do poder a partir de baixo, investindo na autoconfiança, autoconsciência e participação direta. A interação entre profissionais e leigos é feita em pé de igualdade, desfazendo a imagem sacralizada do direito. Uma quarta característica salienta o investimento na tradução intercultural dos modos de resolução de disputas presentes nas sociedades. Os novos serviços jurídicos reconhecem que os sistemas de direito próprios das comunidades são axiológica e pragmaticamente mais adequados para a solução dos conflitos do que o direito do Estado. Enquanto iniciativas investidas no controlo popular da distribuição de recursos, um quinto elemento de distinção é o investimento que fazem para que a participação social se estenda a todos os espaços-tempo estruturais que se entrecruzam na vida dos grupos. No mesmo sentido, a participação popular nos novos serviços jurídicos não pode se limitar ao trabalho voluntário em tarefas administrativas, exigindo o envolvimento dos grupos no processo de tomada de decisões.

Outra característica é o realismo político. No âmbito dos serviços democráticos, compreende-se o quadro de limitação das oportunidades que o sistema oficial disponibiliza às populações marginalizadas, bem como há consciência que a igualdade real perante a lei depende de uma estratégia global de desenvolvimento económico e social. Assim, aposta-se no desenvolvimento comunitário local como maneira de criar uma economia escala que multiplique os resultados alcançados para além dos limites de abrangência dos serviços. Por fim, há uma diferenciação na maneira como os novos serviços jurídicos se relacionam com a informalização. Esta aparece como uma demanda de reconhecimento epistémico dos modos de compreensão do direito e de resolução de

conflitos presentes nas comunidades. Trata-se de uma demanda de pluriversalização do direito e não um processo de diferenciação controlada pela justiça oficial.

Nesse sentido, ainda de acordo com Rojas Hurtado (1988 e 1989), os novos serviços diferenciam-se radicalmente dos modos tradicionais de prestação da assistência jurídica. Por exemplo:

- 1 Os serviços jurídicos tradicionais não se dirigem à transformação das relações sociais e políticas
- 2 Há uma delimitação dos serviços tradicionais à arena legal, separando-se direito e política
- 3 A atuação mais próxima de uma ação política por parte dos serviços tradicionais não ultrapassa a dimensão de uma reforma de curto alcance do ordenamento jurídico
- 4 Os serviços tradicionais acabam por contribuir para a maximização da normatividade, ainda que trabalhando para aproximar a distância entre *law in books* e *law in action*, garantindo a hegemonia do direito tradicional
- 5 A distinção entre leigo e profissional é mantida pelos serviços tradicionais, o direito é mantido fora do profano, o que repercute em atitudes hierárquicas, paternalistas e filantrópicas em relação aos clientes

O meu principal argumento é que a história de fortalecimento institucional das Defensorias Públicas no Brasil representa um estudo de caso da transição entre um Sul ausente e um Sul emergente. Adicionalmente, a emergência do Sul levou a um processo de aprendizagem leigo-profissional que repercutiu na introdução de elementos característicos dos novos serviços jurídicos na reconfiguração das defensorias.

A evolução dos regimes políticos brasileiros consolidou a preferência por um modelo público de assistência jurídica com criação de um corpo profissional próprio dedicado à informação e consulta jurídicas, judicial e extrajudicial, e ao patrocínio judiciário. Com a constituição de 1988, esta entidade passou a ser denominada Defensoria Pública e,

atendendo às características da organização judiciária brasileira, a sua criação foi prevista no âmbito estadual e federal<sup>101</sup>.

A previsão constitucional de um modelo público de assistência jurídica não assegurou, só por si, a consolidação das defensorias públicas no Brasil. De facto, a afirmação das defensorias foi gradual, marcada pela timidez e resistência dos governos estaduais e federal para a criação ou para o apetrechamento administrativo e financeiro da instituição (Secretaria da Reforma do Judiciário, 2006c). A própria lei complementar federal que organiza as defensorias públicas é relativamente recente, tendo sido promulgada 6 anos depois da constituição (Lei Complementar n.º 80, de 12 de Janeiro de 1994). De acordo com estudo recente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e da Associação Nacional das Defensorias Públicas (ANADep) (ANADep e IPEA, 2013: 23 e 24): *Antes de 1990, havia Defensorias Públicas em apenas sete estados brasileiros. Esse número cresce de modo substancial a partir dos anos 1990, quando mais dez estados estabelecem essas instituições. Os outros oito estados criariam as suas defensorias públicas apenas nos anos 2000, com as duas últimas delas tendo sido criadas por lei apenas em 2011, no estado do Paraná, e em 2012, no estado de Santa Catarina.*

A forma combatida com que as defensorias públicas se foram consolidando no Brasil evidencia a manutenção de uma lógica de dominação política em que a denegação de acesso à justiça, que produz e isola o Sul, o desfamiliariza do direito do Estado, reproduzindo-o simultaneamente como ausência institucional e ausência de confronto com as instituições. A partir dos anos 2000, a história de fortalecimento das defensorias ganha novos protagonistas através do envolvimento dos movimentos sociais. Nesse sentido, a criação das defensorias públicas de São Paulo, Santa Catarina e do Paraná resultou de uma intensa mobilização social para que os governos dos estados cumprissem a constituição. O processo de elaboração dos projetos de lei de criação destas instituições foi acompanhado pela sociedade, nalguns casos com participação ativa na redação do

---

<sup>101</sup> Para uma análise histórica da evolução legal da assistência jurídica no Brasil, ver Alves, 2005 e a bibliografia aí citada.

projeto (IPEA e ANADEP, 2013). A figura 1 mostra os símbolos de mobilização social da luta por implantação das defensorias públicas:

Figura 1. Mobilização social na luta pela implantação das defensorias públicas (Santa Catarina e Paraná)<sup>102</sup>



Fonte: ANADEP e IPEA, 2013

<sup>102</sup> A figura sofreu alterações, está apresentada originalmente em IPEA e ANADEP, 2013.

A evolução das reformas legislativas do sistema oficial de assistência jurídica no Brasil demarcou quatro momentos significativos de fortalecimentos institucional: (1) consagração constitucional da autonomia administrativa e financeira das defensorias públicas dos estados (Emenda Constitucional n.º 45/2004, de 30 de Dezembro); (2) revisão da lei de organização da instituição (Lei Complementar n.º 132/2009, de 12 de Janeiro); (3) atribuição no que toca à propositura de ações civis públicas (Lei 11448/2007, de 15 de Janeiro); (4) comunicação da prisão em flagrante ao/à defensor/a quando o preso não comunicar advogada/o no prazo de 24 horas e (5) aprovação da emenda constitucional da autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública da União e da Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios.

Dentre outras mudanças, a nova lei de organização das defensorias ampliou significativamente o rol de atribuições institucionais, destacando-se as seguintes: (1) prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (2) promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios; (3) promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; (4) prestar atendimento interdisciplinar; (5) representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos; (6) promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupos de pessoas hipossuficientes; (7) exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor; (8) promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, económicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a sua adequada e efetiva tutela; (9) exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (10) acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; (11) patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; (12) atuar nos estabelecimentos



policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; (13) atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; (14) atuar nos juizados especiais; (15) participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da defensoria pública; (16) convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

A lei todavia reafirmou a opção pelo sistema de defensorias públicas como modelo oficial de assistência jurídica (*a assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública*) e autonomizou a capacidade postulatória da/o defensor/a pública/o (*a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público*). Do ponto de vista da organização administrativa, a lei trouxe inovações ao modo de prestação dos serviços jurídicos, prevendo: (a) atendimento descentralizado, interdisciplinar e dirigido aos interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos; (b) mecanismos de fiscalização externa através da criação do cargo de ouvidor geral (escolhido fora da carreira, dentre cidadãos da sociedade civil).

### *O caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*

As inovações institucionais previstas na lei federal de organização da carreira do/da defensor/a pública/o foram previstas de forma precursora pela lei de criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. A criação da defensoria pública de São Paulo tornou-se influente no cenário nacional, não só pelas inovações legislativas que influenciou, mas principalmente pelo modo como as alterações foram desenvolvidas, através da articulação do conhecimento profissional e leigo num amplo movimento social. A meu ver, o movimento de criação da defensoria estadual em São Paulo é um exemplo embrionário da possibilidade de borrar a cisão entre nós e outros que impera na lógica de distribuição da política pública de acesso à justiça. O Sul indefeso, ausente,

emerge na forma de movimento de reivindicação do cumprimento da norma constitucional de prestação de serviços jurídicos públicos às/aos pobres.

Neste caso, está-se perante uma reivindicação menos centrada na criação de oportunidades pela política pública – obter um serviço de assistência jurídica – e mais dedicada a uma discussão de resultados políticos – os serviços devem corresponder a um esquema que melhor atenda às necessidades da população pobre com participação popular na decisão sobre as prioridades. Este é um processo inicialmente crítico, em relação aos serviços de assistência jurídica estatal existentes, e posteriormente propositivo, com a formulação de um projeto de lei da sociedade civil para a implantação da defensoria pública. Esta ação organizada serviu de inspiração ainda aos movimentos de implementação da defensoria pública estadual no Paraná e em Santa Catarina.

Até à criação da Defensoria Pública, o sistema oficial estadual de acesso à justiça em São Paulo estava ligado ao poder executivo através da Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ). A PAJ constituía-se numa unidade da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE), que acumulava as funções de defesa e apoio jurídico ao governo do estado e prestação de assistência jurídica às/aos necessitadas/os. Ao longo dos anos, o trabalho da PAJ padecia de sérios problemas relacionados com a falta de autonomia do órgão e com o curto alcance dos serviços prestados. Uma das críticas principais dirigia-se ao modo de prestação dos serviços jurídicos. A prestação de serviços pela PAJ seguia o modelo de serviço jurídico tradicional, marcado pelo atendimento de casos individuais e oferta de patrocínio para a solução judicial dos conflitos.

Em estudo dedicado à atuação da PAJ, percepções sociais e profissionais do acesso à justiça em São Paulo, Cunha (2001) salientou a inadequação de uma estrutura de assistência jurídica quando geminada com a carreira de advocacia dos interesses do governo do estado. A ameaça de pressão indevida sobre a/o profissional de assistência jurídica em casos relevantes de litígio contra o próprio Estado e o entrecruzamento dos papéis de advogado público e profissional de acesso à justiça prejudicavam o potencial de intervenção da assistência jurídica (Cunha, 2001: 198-199): *não há por que acreditar que tais pressões não ocorram em São Paulo, mesmo com a existência de um setor atuando*

*exclusivamente na área da Fazenda Pública, e diante de alguns casos exemplificativos de atuação contra o Estado, como foram o “massacre do Carandiru” e o caso da explosão da casa de fogos de Pirituba, bairro da cidade de São Paulo. Ademais, existe o problema de o advogado atuar como defensor de uma particular numa ação contra o Estado e, devido à lentidão do Judiciário, depois de alguns anos, poder atuar na mesma ação, só que na defesa do Estado.*

Destacou ainda a configuração tradicional da prestação de serviços no âmbito do PAJ: *Mais do que isso, as atividades e os serviços jurídicos oferecidos pela PAJ aproximam-se da ótica da assistência judiciária e não da assistência jurídica, como prescreve a Constituição Federal de 1988. Não existe, por parte da PAJ, uma preocupação explícita em atender aos anseios da população carente quanto ao efetivo acesso à justiça, que não se restringe ao “direito de ação” ou à gratuidade das custas judiciais.*

Adicionalmente, o número de procuradores de assistência judiciária não permitia atender à demanda existente em todo o estado<sup>103</sup>. Este déficit no atendimento era suprido através do estabelecimento de protocolos com outras entidades, de modo a remunerar advogados particulares pela proposição de ações ou pela defesa em processos. Um dos maiores protocolos de assistência jurídica era mantido com a seccional da Ordem dos Advogados. A Ordem dos Advogados constituiu-se, assim, como uma das protagonistas do acesso à justiça em São Paulo, colmatando o déficit de atendimento do sistema de assistência jurídica do estado. Nas comarcas que não dispunham do atendimento da PAJ, os serviços eram garantidos pelos advogados cadastrados pela Ordem, remunerados, de acordo com o tipo de ação, com verbas do Fundo de Assistência Judiciária<sup>104</sup>.

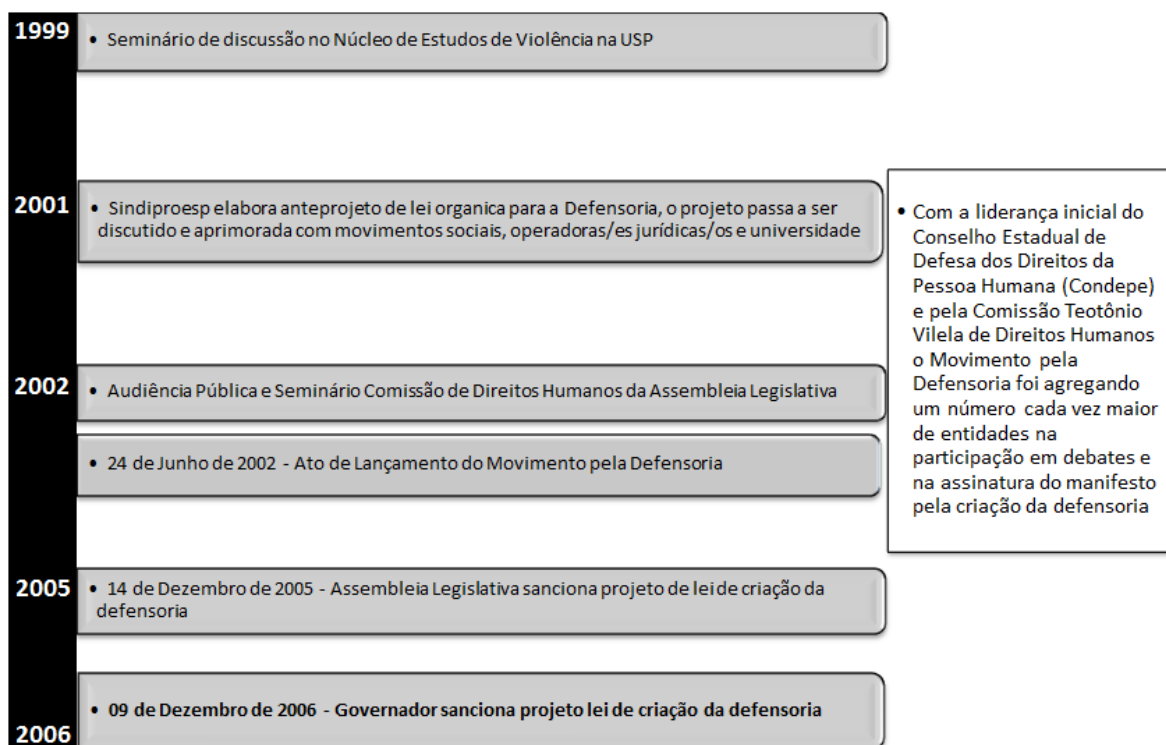
---

<sup>103</sup> Até à criação da Defensoria Pública, o quadro do acesso à justiça em São Paulo era o seguinte: numa organização judiciária com 225 comarcas, 95 foros distritais e regionais, 1310 varas judiciais e juizados especiais, 1592 juízes e desembargadores, e 1700 promotores, a PAJ contava com 346 procuradores do Estado, que actuavam em 21 das mais de 300 comarcas e foros distritais e regionais do estado, na cidade de São Paulo, não eram atendidos pela PAJ: nenhuma das varas criminais dos foros regionais; nenhuma das varas de infância e juventude da capital (excepto as varas especializadas em adolescentes em conflito com a lei); nenhum dos tribunais do júri dos foros regionais; e nenhuma das varas do Foro Regional de Pinheiros. (<http://www.movimentopeladefensoriapublica.hpg.com.br/mapa.htm>, acedido em 15 de Abril de 2010)

<sup>104</sup> Fundo especial de despesa criado em 1984, pela lei 4476/84, composto por parcelas das custas judiciais e extrajudiciais com a finalidade de custear a prestação de assistência judiciária às pessoas carentes (<http://www.movimentopeladefensoriapublica.hpg.com.br/mapa.htm>, acedido em 15 de Abril de 2010).

Diversas entidades estiveram envolvidas no questionamento da situação do acesso à justiça em São Paulo, colocando na agenda a reivindicação pela criação de uma defensoria pública estadual<sup>105</sup>. A figura 2 ilustra a cronologia do movimento de criação da defensoria<sup>106</sup>.

**Figura 2. Cronologia do movimento de criação da defensoria**



O aprimoramento do anteprojeto de lei orgânica da defensoria, coordenado pelo Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo (Sindiproesp), contou com a participação de diversas entidades da sociedade organizada. A discussão em torno do anteprojeto impulsionou a criação do Movimento pela Defensoria Pública. Em Junho de 2002, o ato de lançamento do movimento reuniu mais de 400 organizações e movimentos sociais. Ao analisar a composição das organizações que subscreveram o manifesto pela criação da defensoria pública, Zaffalon Cardoso (2010: 103-118) chama atenção para a diversidade de segmentos de atuação das diversas entidades que compuseram o movimento,

<sup>105</sup> (<http://www.movimentopeladefensoriapublica.hpg.com.br/historico.htm>, acessado em 15 de Abril de 2010)

<sup>106</sup> Sobre o histórico da defensoria, ver Zaffalon Cardoso, 2010 e Maffezoli Leite, Gonçalves e De Vito, s/a.

organizações sociais com diferentes áreas de intervenção (acesso à justiça e promoção de direitos, ampliação da cidadania e justiça social, defesa da criança e da/do adolescente, direitos humanos, imigração, direitos das mulheres, direitos quilombolas, direito à saúde, defesa da terceira da idade, movimento negro, reforma agrária, direitos das pessoas com deficiência, privação da liberdade), para além dos partidos políticos, órgãos públicos (defensorias públicas, assembleias legislativas, câmaras de vereadores), sindicatos e associações de trabalhadores, entidades religiosas e universidades.

Resultam das entrevistas realizadas junto de representantes dos movimentos e organizações sociais de São Paulo uma abordagem da defensoria enquanto projeto coletivo e, conseqüentemente, um importante suporte para as lutas sociais.

A defensoria do estado de São Paulo, ela surge de uma forma muito diferente de outras defensorias, surge dessa demanda dos movimentos sociais [...] como a defensoria foi construída pelos movimentos sociais, os movimentos sociais, independente de que grau de participação e de importância que tenham os militantes, compreendem muito bem a importância desse mecanismo [...] Você pode procurar os movimentos sociais do estado de São Paulo, todos eles se sentem responsáveis pela defensoria (Entrevista a representante do Fórum Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente).

O manifesto de criação da defensoria encarregava-se de amoldar as oportunidades de assistência jurídica através da configuração de uma proposta de instituição autónoma, interdisciplinar, atenta aos interesses coletivos e difusos, dedicada à educação aos direitos e com mecanismos de controlo e gestão por parte da sociedade civil. Eis o manifesto:

A Defensoria Pública que queremos em São Paulo deve ser uma instituição inovadora. Para tanto, deve ser democrática, autónoma, descentralizada e transparente. Seus profissionais devem prestar serviço exclusivamente aos cidadãos, não ao governo, e ter compromisso com a proteção e promoção dos direitos humanos.

São 10 as suas principais características:

- 1** Prestar, de forma descentralizada, assistência jurídica integral à pessoas carentes, no campo judicial e extrajudicial;
- 2** Defender interesses difusos e coletivos das pessoas carentes;

- 3 Assessorar juridicamente através de núcleos especializados, grupos, entidades e organizações não governamentais, especialmente aquelas de defesa dos direitos humanos, do direito das vítimas de violência, das crianças e adolescentes, das mulheres, dos idosos, das pessoas portadoras de deficiência, dos povos indígenas, da raça negra, das minorias sexuais e da luta pela moradia e pela terra;
- 4 Prestar atendimento interdisciplinar realizado por defensores, psicólogos e assistentes sociais. Estes profissionais também devem ser responsáveis pelo assessoramento técnico, bem como pelo acompanhamento jurídico e psicossocial das vítimas de violência;
- 5 Promover a difusão do conhecimento sobre os direitos humanos, a cidadania e o ordenamento jurídico;
- 6 Promover a participação da sociedade civil na formulação do seu Plano Anual de Atuação, por meio de conferências abertas à participação de todas as pessoas;
- 7 Implantar a Ouvidoria independente, com representação no Conselho Superior, como mecanismo de controle e participação da sociedade civil na gestão da instituição;
- 8 Estabelecer critérios que, no concurso de ingresso e treinamento dos defensores, realizado durante todo o estágio confirmatório, garantam a seleção de profissionais vocacionados para atendimento qualificado às pessoas carentes;
- 9 Ter autonomia administrativa, com a eleição do Defensor Público Geral para mandato por tempo determinado;
- 10 Ter autonomia orçamentária e financeira, utilizando-se dos recursos do FAJ.

De acordo com o depoimento daqueles/las envolvidas/os no movimento de criação da defensoria, um primeiro apontamento de reconstituição histórica salienta o cruzamento entre mobilização social, oportunidade política e envolvimento profissional, destacando o peso da adesão do Sindiproesp à causa.

O movimento inicial da defensoria foi muito interessante porque em 1999 nós fizemos um primeiro seminário chamando defensores de vários estados brasileiros onde já tinha uma defensoria forte, isso no Núcleo de Estudo sobre a Violência. Convidamos membros da Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), convidamos pessoas do Ministério Público. Enfim, um seminário aberto para discutir, com a universidade, o acesso à justiça. Tinham 4 pessoas da PAJ naquele momento, quase ninguém, e estudantes de direito. Foi o primeiro embrião. Essas 4 pessoas eram amigas que trabalhavam nos casos de adolescentes infratores internados, na época, na FEBEM, pessoas que tinham algum compromisso com a questão dos direitos

humanos. E aí foi num processo de convencimento. O que aconteceu é que essas pessoas conseguiram o Sindicato dos Procuradores, Autarquias. E colocaram como uma das bandeiras do sindicato. Então elas acabaram, no sindicato, tendo condições de debater mais, fazer viagens, conhecer outras experiências. E aí houve esse processo. Eu não sei se de insatisfação interna ou não. É assim, o momento foi propício porque havia uma pressão de grupos da sociedade civil perguntando porque é que não tem defensoria. (...) Como você vai criar uma instituição fora de algum lugar? Não tinha ninguém no Governo. Então o sindicato comprou essa briga.

Você tinha a universidade ajudando, o movimento social ajudando e, aí, a gente consegue fazer os seminários, os encontros, os atos, assinatura de juristas importantes, de políticos importantes e a coisa vai ganhando corpo. A discussão do projeto de lei, a pressão política na Assembleia Legislativa, que foi fundamental. Cada grupo da sociedade civil fazendo pressão junto aos gabinetes dos deputados que mais tinham ligação. O apoio da sociedade civil foi muito grande naquela altura. Eram cerca de 400 entidades e com uma ideia (Entrevista a representante do Movimento Nacional de Direitos Humanos).

Até 2006, nós não tínhamos a Defensoria e o órgão que prestava assistência judiciária era um departamento dentro da PGE. Tínhamos um braço que cuidava do contencioso (a defesa do estado mesmo, as execuções fiscais), um braço que era consultorias jurídicas e secretarias e um terceiro braço que era a PAJ, que desde a década de 50 prestava esse serviço. Eu ingressei na PAJ em 1998. Em 2001 levantamos o debate sobre a Defensoria Pública em São Paulo, foi feito um 1º seminário no NEV (Núcleo Estudos sobre a Violência da USP) e sempre esbarrávamos numa resistência, às vezes interna. Nós tínhamos a impressão, todos como procuradores de assistência judiciária, que todos os interesses no nosso público-alvo eram a vigésima prioridade da direção, e era um órgão estritamente ligado ao Procurador-Geral do Estado. A PAJ não tinha uma direção institucional afinada com a missão, porque essa missão estava dentro de uma missão maior que era o interesse do governo e não do Estado, ela ficava escanteada. Nesse momento, muda a direção do sindicato e há esse compromisso de pautar a questão e começa-se a fazer articulação (Entrevista a Defensor Público, integrante do movimento de criação da Defensoria).

Numa segunda observação, ressalta-se, de um lado, a capacidade de integração no movimento de diferentes orientações políticas da sociedade organizada.

(...) assim que tomou corpo a possibilidade da defensoria ser criada, 2004, começou a crescer de facto a perspectiva de que aquilo aconteceria, houve um retomada de todas as pessoas que estiveram envolvidas em algum momento nesse processo para pressionar, para fazer reuniões, engajar novamente o movimento para isso acontecer. Neste aspeto, vários movimentos foram fundamentais e a igreja teve um papel crucial nisso. As pastorais pressionaram o Arcebispo de São Paulo que na época, eu acho que era o Evaristo Arns. Essa é uma questão que não foi tratada pela igreja, ela foi tratada pelas pastorais, (Pastoral carcerária, Pastoral da Infância). Quando a gente conseguiu envolver o governador no projeto, foi numa reunião do Arcebispo de São Paulo com o governador do estado, que é da igreja católica e tem esse respeito em relação ao Arcebispo. Uma das demandas que o arcebispo entregou para ele, pressionado pelas pastorais, foi a criação da defensoria pública. As circunstâncias que levaram à criação da defensoria pública foram todas circunstâncias diferenciadas, não foi um movimento tradicional. Muitas instituições são criadas a partir de outras instituições como movimentos internos da instituição para a separação. A defensoria foi diferente. Se não houvesse essa penetração externa, desde o apoio dos movimentos, lá atrás e, depois, no finalzinho do caminho, essa pressão das pastorais, dos movimentos sociais e esse envolvimento de parte da igreja católica, eu acho que a defensoria não teria saído do papel (Entrevista a Defensor Público, integrante do movimento de criação da defensoria).

A crítica ao modelo de funcionamento da assistência jurídica foi construída através da interlocução da experiência, quer da denegação de justiça, criticada pela sociedade organizada; quer da censura ao modo tradicional de prestação de serviços, questionado inclusivamente pelas/os próprias/os procuradoras/es da PAJ envolvidos no movimento. Neste aspeto, foi construído ainda um diálogo translocal sobre o funcionamento das defensorias mais antigas existentes noutros estados brasileiros, nomeadamente a defensoria pública do Rio de Janeiro.

... havia uma ponte de contacto do SINDPROESP com vários movimentos sociais, havia uma amizade mesmo entre muitas pessoas que eram procuradores e pessoas dos movimentos sociais não só de São Paulo, do Rio de Janeiro, de outros estados que traziam ideias. Pessoas da academia que também traziam ideias de como pensar numa nova lei e numa nova perspetiva de atuação. Curiosamente, no cenário nacional, na época, a defensoria do Rio, era uma defensoria bem progressista, despontava como uma defensoria progressista, a gente tinha já vários amigos no Rio de Janeiro, que tinham essa visão, criticavam a legislação deles que era uma legislação tradicional, mas tinham uma visão mais aberta que pudesse ter essa penetração (Entrevista a Defensor Público, integrante do movimento de criação da defensoria).

Por outro lado, do ponto de vista dos interesses profissionais em jogo, houve uma confluência entre a proposta de implementação da defensoria e o interesse de reformulação da carreira de procurador/a do estado.

O PGE sabia da necessidade da DP e sabia que o Estado estava em mora, mas, não que ele tenha sido movido por isso, mas tem que haver, nessa cisão que houve, alguma vantagem do ponto de vista político-institucional, e qual era a vantagem que surgiu? Naquele mesmo momento a PGE advogava uma tese que em SP as empresas públicas, as fundações públicas não poderiam ter o seu corpo jurídico próprio. A assessoria jurídica não poderia ser feita por outras pessoas que não fossem procuradores do estado e existia em SP um grupo de procuradores autárquicos, um concurso que existiu há muitos anos atrás e não continuou. Então, havia muitas críticas, eram pessoas que foram aproveitadas de outras carreiras e não havia uma visão única na assessoria jurídica do estado. Então, havia, por parte da PGE, esse interesse de assumir toda a assessoria jurídica do estado de São Paulo, não permitindo que em alguns órgãos públicos, empresas e fundações públicas não houvesse a procuradoria ali presente. Como acontecia naquela época. O que ele faz? Quando há o projeto de lei da defensoria pública. A previsão de que os procuradores teriam um prazo para optar pela Defensoria Pública e os demais permaneceriam no quadro da PGE. Esse quadro de procuradores da assistência seria agregado ao quadro da procuradoria, ou seja, eram cerca de 400 procuradores da assistência judiciária que poderiam fomentar um aumento expressivo até, se poucos passassem para a defensoria (Entrevista a Defensor Público, integrante do movimento de criação da defensoria).

Um terceiro aspeto relevante diz respeito à articulação oportuna entre reivindicação local e política nacional. Na altura do movimento pela criação da defensoria pública de São Paulo, o projeto nacional de fortalecimento das defensorias ganhava força, com a aprovação, em 2004, da emenda constitucional que garantiu autonomia administrativa e



financeira às defensorias públicas estaduais. Este contexto nacional favorável progrediu ao lado do movimento pela criação da defensoria com fertilização mútua das escalas federal e estadual.

(...) criar uma outra via, criar a defensoria pública como ela foi concebida e esse projecto de São Paulo, que depois foi incorporado na lei nacional só aconteceu graças a alguns canais de contacto no Ministério da Justiça. Graças a esses contactos, que eram contactos prévios de pessoas que conheciam o movimento, a gente conseguiu encampar isso no governo do PT, no governo do Lula, que bancou a emenda 45, que bancou a autonomia da Defensoria Pública, bancou a lei complementar. A lei complementar é praticamente a cópia da nossa lei, da lei estadual de São Paulo, na parte da ouvidoria externa, noutros aspetos, e na ampliação do espectro de atuação da defensoria (Entrevista a Defensor Público, integrante do movimento de criação da defensoria).

Na Emenda 45 havia uma previsão de autonomia das defensorias, que era já considerada uma das prioridades do governo. O próprio Ministério da Justiça tinha apontado como uma das cinco prioridades de aprovação da emenda a autonomia das defensorias. Tinha também a federalização dos crimes contra os direitos humanos, a questão do Conselho Nacional da Justiça e algumas outras questões estruturais, como a quarentena dos juízes. Nesse período, publicámos o primeiro diagnóstico da defensoria, que só consolidou que era uma instituição que não havia se desenvolvido a partir da Constituição de 88. Embora aquele modelo já se estivesse definido na Constituição 64, que falava genericamente em órgãos. O modelo é público e a instituição é a defensoria pública. Havia diversos estados que ainda não tinham instituído e onde havia uma situação de cobertura muito restrita, restrita às capitais, e uma remuneração muito ruim, poucos concursos abertos, pelo que não entrava gente nova, preparada. Isso serviu de alguma maneira para alçar algumas carreiras, que eram menores na administração, para a condição de defensores. Essas mesmas pessoas tinham alguma resistência para que se abrissem concursos. Aí se chegou ao consenso, o governo federal também, que seria necessário blindar a instituição de autonomia, até porque a missão dela, muitas vezes, é apontar violações de direitos humanos perpetradas pelo próprio Estado. Nesse paralelo, lançamos o diagnóstico em Brasília e, logo em seguida, é aprovada a Emenda, o que tornou insustentável o modelo de São Paulo (Entrevista a Defensor público, integrante do movimento de criação da Defensoria).

A interação leigo-profissional gerou processos recíprocos de aprendizagem. Do ponto de vista técnico, o movimento social foi orientado para produzir um resultado, não só político, mas também jurídico. Daí que uma das prioridades do processo de mobilização tenha sido a elaboração de um projeto-lei para a defensoria, uma proposta a partir da qual a sociedade civil defenderia perante o governo do estado um modelo distinto de funcionamento para a assistência jurídica.

O diferencial desse movimento para os outros que ocorreram foi que a ideia foi montagem ou não do projeto de lei. Precisamos que o governador crie e ele faz isso mandando uma mensagem num projeto de lei complementar que institui a Defensoria. Então vamos ver qual é esse projeto de lei que a gente quer e aí começa o movimento. Começou aí a discussão, delineando quais eram os pontos principais do que esperávamos de uma defensoria pública. Não bastava criar um outro órgão, mudar o nome, nós queríamos um novo paradigma. É aí que entra toda uma visão crítica ao sistema de justiça e às próprias instituições

num modelo que construímos para esse projeto de lei (Entrevista a Defensor Público integrante do movimento de criação da defensoria).

Do ponto de vista social, a elaboração técnica do projeto de lei foi orientada para atender os diferentes níveis de privação do acesso à justiça resultantes do modelo de serviços tradicionais existente em São Paulo. Um diagnóstico que se dirigiu não só ao campo da assistência jurídica, mas ao relacionamento mais amplo entre poder judiciário e cidadania. Esta avaliação crítica, plural na sua constituição e global na análise sobre o sistema de justiça, influenciou as propostas que, no âmbito da lei da defensoria, representam iniciativas inovadoras de constituição e prestação de serviços jurídicos: (1) mecanismos de fiscalização externa; (2) participação popular; (3) núcleos especializados dedicados às violações de direitos; e (4) acompanhamento multidisciplinar.

Na verdade a gente tenta incorporar uma série de experiências de acesso à justiça mais amplas pensando não só naquela assistência judiciária, na representação postulatória em juízo, mas sobretudo na prevenção, reivindicações de direitos, na utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, na utilização de um corpo multidisciplinar de apoio para que a nossa intervenção não ficasse apenas atrelada ao aspecto jurídico mas fosse uma intervenção mais efetiva, com a utilização das ações coletivas, que havia toda uma discussão se a defensoria podia ou não e nós víamos isso como um instrumento imprescindível. Do ponto de vista da organização da instituição, uma preocupação com o grau de democratização muito diferenciada em relação às instituições jurídicas. Uma porque nós vivenciamos a experiência da PGE. Todas as entidades do movimento social que tinham contacto com o Ministério Público e com o judiciário tinham severas críticas em relação à forma de auto-organização e de controlo e participação social e também de democratização interna desses órgãos. Então pensámos uma série de coisas desde a lista tríplice para a escolha do defensor geral, um conselho superior que seja um órgão deliberativo com poder normativo e que fosse integrado por uma maioria eleita pela própria carreira. E a democracia para fora, com a participação da sociedade civil, a partir do modelo fortalecido de ouvidoria, que necessariamente não pode ser integrante da carreira, para não haver um comprometimento dos interesses. O ouvidor escolhido através de um processo que envolve o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CONDEPE), que indica nomes para o governador escolher. Um ouvidor que tem assento no conselho, muito embora ele tenha perdido o direito a voto nas deliberações do Conselho Superior no projeto que acabou passando na Assembleia Legislativa, originalmente tinha direito a voto. E também a partir de alguns outros mecanismos de abertura. A própria organização do Conselho que prevê um momento que é absolutamente aberto a qualquer do povo. As conferências públicas, que surgem a partir do modelo do orçamento participativo. A questão de como se vai definir o que é melhor para o nosso público-alvo, melhorar a comunicação, saber o que eles querem e o que é prioridade. Se temos limitações de atuação o nosso desafio é trabalhar com a sociedade civil de uma forma geral, o que é preciso fazer e, dentro disso, o que temos que fazer primeiro. Aí, pensamos nesse formato de reuniões regionais em que seriam escolhidos delegados que viriam para uma conferência estadual e nessa conferência teríamos um documento que sintetizasse essa ideia do que se deve fazer e como priorizar as ações (Entrevista a Defensor Público integrante do movimento de criação da defensoria).

A nossa ideia era, de facto, incrementar o diferencial de atuação com núcleos especializados para otimizar essa atuação. Incorporar na nossa *praxis* aquele diferencial que nos tirava da mera prestação de assistência judiciária. Tínhamos a Escola da Defensoria para instituir, pensar na escola como um centro difusor de educação em direitos, organizar a intervenção multidisciplinar e trabalhos de mediação, conciliação. Organizar a nossa atuação coletiva. Foram criados núcleos especializados temáticos (execução penal, situação carcerária, direitos humanos, habitação e urbanismo, direitos dos idosos; defesa e proteção da mulher, contra a discriminação). Antes da formação do núcleo de habitação e urbanismo, o primeiro ato foi fazer uma articulação para se realizar a primeira jornada em defesa da moradia digna, em que passamos a ter contacto com o movimento de moradia para ouvir as demandas e como nos íamos inserir, até porque tínhamos uma limitação grande de pessoal (Entrevista a Defensor Público integrante do movimento de criação da defensoria).

Em 2006, a criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo inovou o cenário institucional brasileiro inaugurando modos de organização e prestação do serviço público de assistência jurídica<sup>107</sup>. A orgânica da defensoria prevê a incorporação de órgãos administrativos no âmbito da gestão superior da instituição, Defensoria Pública-Geral, bem como o Conselho Superior, a Corregedoria Geral e a Escola da Defensoria. Estabelece-se ainda a criação de núcleos especializados. Atualmente, 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. O atendimento realizado pela instituição desenvolve-se no âmbito de um Centro de Atendimento Multidisciplinar, que integra também a resolução extrajudicial dos conflitos. A fiscalização externa do órgão, a participação consultiva da sociedade civil e a preparação das conferências públicas desenrolam-se no âmbito das competências da Ouvidoria Geral, dirigida por um elemento externo à carreira de defensor público.

---

<sup>107</sup> Posteriormente, a Lei Complementar n.º 132, de 07 de Outubro de 2009, veio incrementar a orgânica das defensorias públicas no Brasil, uniformizando o seu funcionamento e regulando sua autonomia administrativa e financeira. A lei ampliou as competências da/o defensor/a pública/o, introduzindo ainda o atendimento multidisciplinar e fixando critérios de maior transparência institucional através da criação, a exemplo da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, da figura da/o ouvidor/a externa/o.

O Quadro 1 demonstra a relação entre as propostas originais do anteprojeto de lei do movimento de criação da defensoria e o anteprojeto de lei oficial debatido na assembleia legislativa.

**Quadro 1. Comparação entre as características fundamentais do anteprojeto elaborado no âmbito do movimento pela criação da defensoria pública e o anteprojeto oficial**

<b>Anteprojeto do Movimento (características fundamentais)</b>	<b>Anteprojeto Oficial</b>
Prestar, de forma descentralizada, assistência jurídica integral às pessoas carentes, no campo judicial e extrajudicial	Presente, embora inexistam critérios para a descentralização, que mantém a divisão estanque entre Capital e Interior, desconsiderando as semelhanças das diversas áreas da Região Metropolitana da Capital
Defender os interesses difusos e coletivos das pessoas carentes	Presente
Promover a difusão do conhecimento sobre os direitos humanos, a cidadania e o ordenamento jurídico	Presente
Assessorar juridicamente, através de núcleos especializados, grupos, entidades e organizações não governamentais, especialmente as de defesa dos direitos humanos, do direito das vítimas de violência, das crianças e adolescentes, das mulheres, dos idosos, das pessoas portadoras de deficiência, dos povos indígenas, da raça negra, das minorias sexuais e de luta pela moradia e pela terra	Presente
Prestar atendimento interdisciplinar realizado por defensores, psicólogos e assistentes sociais. Esses profissionais também devem ser responsáveis pelo assessoramento técnico aos defensores, bem como pelo acompanhamento jurídico e psicossocial das vítimas de violência	Presente
Promover a participação da sociedade civil na formulação do seu Plano Anual de Atuação, por meio de conferências abertas à participação de todas as pessoas	Ausente
Implantar ouvidoria independente, com representação no Conselho Superior, como mecanismo de control e participação da sociedade civil na gestão da instituição	Presente
Estabelecer critérios que, no concurso de ingresso e no treinamento dos defensores, realizado durante todo o estágio confirmatório, garantam a seleção de profissionais vocacionados para o atendimento qualificado às pessoas carentes	Ausente
Ter autonomia administrativa, com eleição do Defensor Público Geral para mandato por tempo determinado	Presente
Ter autonomia orçamentária e financeira, utilizando-se dos recursos do Fundo de Assistência Judiciária	Presente

**Fonte: Movimento pela Defensoria; Zaffalon Cardoso (2010)**

Dentre as medidas ausentes, a proposta de promover a participação da sociedade civil na formulação do plano anual de atuação da defensoria foi inserida no texto final da lei que aprovou a criação do órgão (Zaffalon Cardoso, 2010), com a seguinte formulação: *A Defensoria Pública do Estado deverá contar com plano anual de atuação, cuja elaboração terá que ser precedida da realização de Conferência Estadual e Conferência Regionais, a cada dois anos.* Por outro lado, o projeto original previa ainda a introdução do sistema de cotas para afirmar positivamente a presença de afrodescentes nos quadros das defensorias. A proposta foi, contudo, vetada pelo governador do Estado (Maffezoli Leite, Gonçalves e De Vito, s.d.).

A criação da defensoria abriu o espaço de disputa pelo mercado de serviços jurídicos prestados à população pobre de São Paulo. Duas manifestações dessa disputa foram protagonizadas pela Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel (FUNAP) e pela Ordem dos Advogados.

A FUNAP, fundação vinculada à Secretária de Administração Penitenciária, conta com um programa de assistência jurídica à população carcerária hipossuficiente em que estão integrados mais de 200 advogados. Com a implementação da Defensoria abriu-se uma janela de oportunidade para a integração daqueles profissionais de assistência jurídica ao quadro de defensor público, sem concurso de provas e títulos. Apesar do *lobby* político bem-sucedido, a proposta, que foi contestada pelo movimento de criação da defensoria, acabou sendo vetada pelo governador do estado.

Nesse momento do projeto uma coisa que ninguém esperava, aconteceu durante a tramitação do projeto de lei na Assembleia. Ninguém imaginava isso, eu não sabia nem que existia essa situação e eu estava na criminal há vários anos. Um grupo de advogados do sistema carcerário, uma instituição chamada FUNAP, que é uma fundação de amparo ao preso (...). Há muitos anos atrás a PGE fez um convênio com a FUNAP para que prestação de assistência judiciária dentro dos presídios. Era uma situação completamente à parte, havia uma dúvida se eles prestaram concurso, muitos não prestaram. Eram advogados selecionados para essa função (...) Eles nunca participaram de qualquer discussão, nunca se envolveram, não estiveram no cenário antes. Na hora em que chegou o projeto na Assembleia, de repente a gente vê a movimentação deles, (...), nos deparamos com eles e eles conseguiram se envolver porque eles tinham muita penetração no interior do estado, e nos presídios no interior. Então, eles conheciam vários deputados no interior e, de repente, uma emenda surgiu. Uma emenda parlamentar, completamente inconstitucional, porque já teria vício de iniciativa. A emenda transformou esses advogados, que eram do regime de contratação privada,

em defensores públicos. Eles assumiriam a defensoria pública (...) completamente distanciados da ideia inicial. Eles embarcaram naquela nave ali no meio para o final do caminho. A gente viu na Assembleia que se a gente batesse de frente (...), emperraria o projeto. Lá pelas tantas essa foi a frase que foi dita: se vocês não concordarem com o ingresso deles, depois entrem com ação, peçam veto do governador, senão o projeto não vai andar. Então, a gente abriu mão, fez uma reunião nossa e decidimos deixar aprovar com eles no projeto. A gente articulou a PGE e a PGE nesse ponto foi ponta firme que o governador ia vetar e o governador vetou (Entrevista a Defensor Público integrante do movimento de criação da defensoria).

Por outro lado, a nova instituição herdou os problemas da assistência judiciária estadual, nomeadamente o déficit estrutural vivenciado pela antiga PAJ e a necessidade de manutenção de protocolos com outras entidades para assegurar a cobertura dos serviços de assistência jurídica em todo o estado. Dada a impossibilidade de garantir defensores em todas as comarcas, conservou-se um sistema misto de assistência jurídica, combinando um modelo público com um modelo privado. A Defensoria Pública passou a gerir o Fundo de Assistência Judiciária através do qual pode financiar protocolos com outras entidades para a prestação suplementar de serviços de assistência jurídica. O maior protocolo é mantido com a Ordem dos Advogados. Como resultado da pressão política exercida pela Ordem, a previsão da lei orgânica da defensoria afirmava a obrigatoriedade e exclusividade de estabelecimento de protocolos de assistência jurídica com a Ordem dos Advogados.

O artigo 234 da Lei Complementar n.º 988, de 09 de Janeiro de 2006, que organiza a defensoria, estabelece: a Defensoria Pública manterá convênio com a Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, visando implementar, de forma suplementar, suas atribuições institucionais. Afirmando ainda: § 1º A Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, em função do convênio previsto neste artigo, deverá: (1) manter nas suas subsecções postos de atendimento aos cidadãos que pretendam utilizar dos serviços objeto do convênio; (2) credenciar os advogados participantes do convênio; e (3) manter rodízio nas nomeações entre os advogados inscritos no convênio. § 2º A remuneração dos advogados credenciados na forma deste artigo será definida pela Defensoria Pública do Estado e pela Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil. § 3º A Defensoria Pública do Estado promoverá o ressarcimento à Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil das despesas e dos investimentos necessários à efetivação de sua atuação no convênio, mediante prestação de contas apresentada trimestralmente.

A Ordem nesse começo foi ausente. A única coisa em que a Ordem foi presente, ela apoiou os advogados da FUNAP, a conversão deles para defensores públicos. O convênio de assistência jurídica já existia. A OAB conseguiu uma emenda. A lei previa já que a defensoria poderia celebrar convênios, o que a Ordem conseguiu foi introduzir um dispositivo de convênio exclusivo com ela. A Ordem já brigava muitos anos com a procuradoria, com quem ela tinha convênio para a procuradoria. Além de pagar os advogados, as ações ingressadas, queria que a PGE bancasse a estrutura física da OAB, porque, segundo eles, para manter esse sistema eles têm que ter casas de advogados, uma estrutura em cada local para atender as pessoas. A PGE alegava que isso era uma contrapartida natural da Ordem, permitindo que os advogados também pudessem ter esse trabalho, então, não teria que ser custeado, a Ordem chegou a entrar com uma ação, isso antes da defensoria, contra a PGE, contra o estado de São Paulo, cobrando esses valores e perdeu a ação. O que faz a Ordem? Insere na lei da defensoria um dispositivo que obriga a defensoria pública a custear todas as despesas estruturais que a ordem tiver com o convênio. (...) A OAB tem contactos políticos muito fortes na Assembleia Legislativa, tem deputados muito vinculados à OAB, a penetração da OAB é muito mais no legislativo do que no executivo, a penetração nunca foi tanta no executivo, claro, cedia aqui e ali mas era um cessão tolerável. No legislativo a OAB tem pressão, tanto que essa emenda foi uma emenda parlamentar, não foi uma emenda num projeto de lei, até é questionável, porque isso no fundo não poderia ser iniciativa de uma parlamentar, teria que ser iniciativa do governador (Entrevista a Defensor Público integrante do movimento de criação da defensoria).

Em 2012, decisão do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a obrigatoriedade de a defensoria manter o protocolo suplementar de assistência jurídica exclusivamente com a Ordem dos Advogados. A decisão daquele tribunal afirmou que a contratação de serviços complementares de assistência jurídica enquanto obrigatoriedade de celebração de protocolos com a Ordem dos Advogados contraria a autonomia administrativa e financeira das defensorias, prevista na constituição. A celebração de protocolos de assistência jurídica com a Ordem foi entendida assim como autorização ou possibilidade de celebração, sem exclusividade, respeitada a avaliação autónoma da defensoria e a liberdade de definição dos parceiros e critérios administrativos funcionais de avaliação dos serviços suplementares de assistência jurídica.

Os desafios colocados pela implementação da defensoria são proporcionais às expectativas que o formato de prestação de serviços adotados levanta. Num contexto de disputas profissionais pelo mercado de serviços jurídicos à população de baixa renda, o primeiro desafio enfrentado pela defensoria tem sido a valorização profissional. Criada em 2006 com uma previsão inicial de 400 cargos, o aumento do quadro de defensores/as públicas/os foi debatido num processo inicial de confronto com o Estado, com fundação de um movimento de valorização da defensoria e greve das/os defensoras/es. Mais recentemente, a relação entre defensoria e governo do estado tem sido registada no âmbito de uma dinâmica de negociação bem-sucedida. Em 2009, foram criados mais 100

novos cargos de defensor público e, em 2012, foi aprovada a constituição de mais 400 cargos, 100 cargos a serem providos a cada ano, até 2016. O apetrechamento da instituição ainda regista, em 2008, a criação do quadro de apoio e instituição do fundo de despesa da escola da defensoria.

Neste intervalo de consolidação institucional, as ameaças ao fortalecimento da identidade do defensor público têm emergido de diversos lados. Com a Ordem dos Advogados, as disputas atendem à regulação do papel suplementar das/os advogadas/os na assistência jurídica, o que tem repercutido nas discussões acima referidas acerca da liberdade de estabelecimento de protocolos e cadastramento das/os advogadas/os prestadoras/es dos serviços de assistência jurídica e, ainda, no embate em torno do controle do Fundo de Assistência Judiciária. Em 2011, foi apresentado projeto de lei estadual que visava a transferência da gestão do Fundo de Assistência Judiciária da defensoria pública para a Secretaria da Justiça e Cidadania, do governo estadual. O projeto legislativo, introduzido através de *lobbying* da Ordem dos Advogados, foi fortemente contra-atacado pela sociedade mobilizada, o que levou a assembleia legislativa a retirar de pauta a votação do projeto. Vale a pena referir que o processo de mobilização social em defesa da autonomia de gestão de recursos da defensoria teve uma liderança destacada por parte da ouvidoria externa do órgão.

Na relação entre defensoria e ministério público (MP), as fronteiras de identidade profissional têm estado sob discussão a partir da aprovação da lei que incluiu a defensoria no rol de legitimados ativos das entidades com competência para propor ação civil pública. De acordo com a Associação Nacional de Membros do Ministério Público (CONAMP), a inexistência de restrições à propositura de ação civil pública por parte das/os defensoras/es públicas/os afeta as atribuições institucionais do MP. O capítulo mais recente das disputas por valorização profissional e afirmação da identidade da defensoria pública foi protagonizado pela Presidente da República Dilma Rousseff. A Presidente vetou dispositivo da lei de responsabilidade fiscal que assegurava a aprovação em orçamento dos recursos destinados à organização e administração das defensorias, sem contingenciamento por parte dos governos dos estados. O dispositivo foi vetado



tendo como justificativa o interesse público, considerando a alegação, por parte das secretárias da fazenda estaduais, de que a proposta traria consequências negativas às finanças dos estados. Como reação ao veto, as defensorias têm encampado a campanha nacional “defensoria sim, veto não”.

No que concerne à afirmação institucional de um sistema de assistência jurídica público, tendo em conta, ainda, as expectativas decorrentes da ampliação do rol de atribuições das/os defensores/as, entendo que os principais obstáculos à igualdade e auto-determinação através do acesso à justiça podem decorrer de um duplo processo de instrumentalização das defensorias e das/os suas/eus destinatárias/os. De um lado, a canibalização por parte de uma justiça rotineira, de outro, a obliteração por parte de uma justiça protagonista<sup>108</sup>.

No que toca à instrumentalização do sistema de assistência jurídica em face de uma justiça rotineira, o plano nacional de fortalecimento das defensorias públicas no Brasil deve ser discutido à luz do processo de expansão do controlo social e do desenvolvimento pelo Estado. Nesse caso, o investimento nas defensorias atendem a uma aposta nas instituições como modo de assegurar o bom funcionamento do mercado e do crescimento económico, conforme descrevi no capítulo anterior. Este é um processo em que o Sul ausente, da denegação do acesso à justiça, passa à condição Sul disciplinado. Atendendo ao chamado de reforma global da justiça e do Estado de direito, aprendizagem com o norte, os processos de supressão, dominação e silenciamento são mantidos através de uma integração subordinada do Sul. De um lado, inserida num sistema de defesa penal que assegura a expansão da máquina repressiva do Estado. De outro lado, desenvolvida numa rede de defesa civil que garante a execução dos créditos e a formalização dos negócios com a população de baixa renda, que passa a contar para o mercado como população regulada.

---

<sup>108</sup> Os conceitos de justiça rotineira e justiça protagonista aparecem em Santos, 2007b, capítulos 3 e 7. Em termos simples, enquanto a justiça rotineira lida com os dilemas da crise da justiça, da explosão da litigiosidade e da morosidade judicial; a justiça protagonista encara as questões relativas ao ativismo judicial e à judicialização da política e das relações sociais.

A justiça rotineira enclausura o papel da defensoria como prestação de serviços tradicionais num quadro de reprodução da socialização profissional que não se diferencia dos elementos que enunciei ao caracterizar a advocacia: individualismo, carácter aristocrático e formalismo. Neste contexto, a expansão da assistência jurídica é ao mesmo tempo neo-institucionalista, como racionalização e modernização de um sistema de defesa, e desregulatória, como mecanismo que desvia a carga litigiosa do judiciário através de soluções alternativas e do *legal empowerment* das/dos pobres como *homo juridicus* e *homo economicus*. Este espaço de luta por justiça limita-se a um contexto concorrencial de autopromoção das classes profissionais perante consumidoras/ess de serviços jurídicos.

A obliteração gerada por uma justiça protagonista, por sua vez, converte o Sul emergente em Sul representado pela assistência jurídica. Num primeiro momento, a luta social é romantizada e separada das suas polarizações internas e relações contraditórias com o Estado na medida em que a assistência jurídica passa a representar a síntese da defesa coletiva dos direitos. Nesse sentido, dá-se uma transferência do ónus da transformação social em que a luta pela força da defensoria pública afasta da discussão as dificuldades de realização da justiça enfrentadas pelos próprios movimentos e organizações sociais.

Eu acho a questão mais significativa em relação aos movimentos sociais. A gente precisa entender que os movimentos sociais não são bonzinhos também. Criaram a sua cultura, os seus problemas, os seus privilégios, uma série de questões que é para se considerar. Mas, ao criar a sua cultura que nem sempre é uma cultura nobre, também fragilizou muito aqueles que são depositários da confiança, por exemplo, das lideranças. Porque as pessoas não estão vendo, efetivamente, mudanças nas suas vidas. Essa é uma questão. (...) eu estou falando do mínimo das reivindicações desses movimentos sociais, que as suas lideranças não conseguem dar conta. E não conseguem dar conta porque estão perdidos nas tramas da cultura do próprio movimento, da relação com o governo, com os partidos políticos. E aí, a necessidade, exatamente pela construção da defensoria, é a necessidade de que essas demandas possam ser minimamente atendidas. Esse movimento é retomado para tentar responder minimamente a essas contradições que estão postas pelos movimentos. (...) Então, a defensoria, do ponto de vista do sistema de justiça, é uma esperança hoje para que muitas das demandas possam ser resolvidas (Entrevista a representante do Fórum da Criança e do Adolescente).

Em segundo lugar, a promoção da justiça das causas sociais conduzidas pela assistência jurídica do Estado, por um lado, integra o ciclo de maximização do direito, destacando o papel corretivo/integrador do sistema jurídico e das suas instituições. Por outro lado, constitui-se como parte de uma estratégia de defesa institucional, em que a importância

da instituição para as/os pobres, enquanto contingente populacional representativo, é um recurso relevante de defesa do reconhecimento social da profissão num contexto de valorização negociada e frequente ameaça à identidade profissional. A promoção do papel da instituição no acesso à justiça pode, assim, suprimir as dimensões de realização do direito fora da esfera da assistência jurídica ou, ainda, velar as relações imperiais entre o espaço da justiça como cidadania e o espaço da justiça como violência, apropriação e disciplina social.

Neste ponto, a relação entre assistência jurídica e transformação social é beneficiada se resgatar os princípios dos novos serviços jurídicos. A consciência da denegação de justiça como realidade de exclusão radical cuja mudança e/ou conservação se relaciona com um sistema mais amplo de dominação política e controle social recoloca o direito numa posição acessória em relação ao poder popular e à participação social. No caso da defensoria pública de São Paulo, uma trajetória de transformação entre os perigos de realização de uma justiça rotineira e de promoção de uma justiça protagonista das causas sociais está diretamente relacionada com as hipóteses de radicalização dos mecanismos inovadores de serviços jurídicos previstos na sua lei de criação. É nesta superfície que se desenvolve a possibilidade de recuperação do contexto de esvaziamento ideológico decorrente da fragmentação individualista e consumista das reformas da justiça. O campo da legalidade política subalterna procura, assim, afirmar-se como alternativa política nos espaços de diferenciação das oportunidades de acesso à justiça gerados pela luta jurídica e social que engendra.

## CONCLUSÃO

É conhecida a enunciação de Cappelletti e Garth (1988) acerca da relação entre oportunidades e resultados no acesso à justiça. Do ponto de vista do impacto social, a igualdade oportunidades está assegurada num sistema igualmente acessível a todas/os; a igualdade de resultados, por sua vez, estabelece-se quando o sistema oferece respostas que sejam individual e socialmente justas. Nos termos em que defini como aprendizagem

com o norte, o acesso à justiça está integrado na política social do Estado e num movimento universalista de reformas. Consequentemente, a igualdade de oportunidades de acesso é vista como igualdade de resultados, isto é, a criação e multiplicação de meios de acesso ao direito é, em si mesmo, um meio de promoção da justiça social. Tal postulado, apropriadamente, fixa o contratualismo da assistência jurídica: trata-se de uma obrigação do Estado cuja outra face é a atribuição de um direito do qual as/os cidadãs/ãos passam a ser titulares. Enquanto obrigação pode ser cumprida, num nível mínimo, em que se satisfaz através da igualdade formal ou, num nível máximo, em que depende do tipo de política social adotada pelo Estado.

No âmbito desta formulação, as reformas de assistência jurídica representam reformas de cima para baixo resultantes da negociação dos estados com as profissões ou, vice-versa, da política profissional negociada com o Estado. A afirmação moral do direito de acesso à justiça, por seu turno, ou circunscreve-o como direito civil, igualdade na representação profissional, ou condiciona-o ao compromisso dos governos com o combate à pobreza. É neste quadro que o projeto social do acesso à justiça se esvazia ideologicamente na medida do falhanço da providência do Estado, adequando-se às lições neoliberais acerca de reformas de racionalização, gestão e multiplicação de estruturas de acesso como opções de consumo. No contexto português, a assistência jurídica é mantida como opção individual de judicialização ou utilização de meios alternativos de solução de conflitos dentre uma panóplia de opções de exercício do direito de reclamação mantidas pelo Estado. Nesse sentido, as reformas legais têm correspondido ao estreitamento das lições do norte sobre acesso à justiça, com a afirmação do valor formal da representação por advogada/o como aspeto distintivo do sistema de apoio jurídico.

Na atualidade, as mudanças no significado sociopolítico do acesso à justiça quebraram aquela estreita ligação entre oportunidades e resultados. Num contexto de precarização e vulnerabilidade social, a fragmentação dos serviços jurídicos e a manutenção de um acesso à justiça como direito civil é flagrantemente insuficiente. É neste campo que a validade histórica das experiências de acesso à justiça do Sul global ganha relevância. A experiência vinda de baixo sobre o acesso à justiça nunca foi pré-determinada a um

futuro de ouro. As/os outras/os do sistema jurídico sempre se adequaram não só à impossibilidade de uma política universalista de acesso, ao fosso existente entre acesso enquanto princípio e prática, mas principalmente à consciência de que serviços de apoio jurídico não representam um bilhete de entrada para um futuro socialmente mais justo. Daí que o aprendizado do sul sobre as reformas da assistência jurídica consista na pergunta sobre a utilidade do acesso à justiça. Neste contexto, a luta social pela promoção de igualdade de resultados através do direito passa a ter como condição primeira a luta social pelo tipo de oportunidades de acesso. Uma mobilização simultaneamente crítica dos modelos tradicionais de serviços jurídicos e propositiva no que toca à adoção de modos inovadores de prestar a assistência.

O caso de São Paulo é exemplificativo, uma vez que a opção política de criação da defensoria pública assumiu os contornos de um movimento social em que, ao confronto de posições entre a Ordem dos Advogados, o poder político e a defensoria pública, subjaz uma intensa mobilização social que influenciou a mudança no modelo de assistência jurídica. O que foi definido no passado como um movimento abrangente de ondas de acesso à justiça é agora ressignificado como um acesso à justiça em movimento. Noutras palavras, a alteração da política pública do acesso passa a depender menos da introdução unidirecional de reformas jurídicas de cima para baixo, vinculando-se à combinação das aspirações e posicionamentos de diferentes atores: agentes políticos, profissões jurídicas, empresas, organizações e movimentos sociais. Tendo em conta essa combinação, os arranjos possíveis da assistência jurídica submetem-se igualmente às lições do Norte sobre o papel do acesso à justiça na promoção de um Sul subdesenvolvido. Nestes termos, um Sul civilizado por um sistema público de acesso à justiça é aquele que pode ser integrado subordinadamente a uma administração rotineira e individualista da justiça, de litigação ou de resolução alternativa dos conflitos. Conforma-se um esquema de assistência que resolve os problemas dos/das sem defesa enquanto, na perspectiva do desenvolvimento económico, se reproduz como mecanismo de controlo social e regularização das/os pobres.

A criação de alternativas a tendências hegemônicas individualistas e consumistas do acesso à justiça está relacionada com o potencial de apropriação, por parte da legalidade subalterna, dos espaços de poder popular e participação abertos na luta subparadigmática pela utilidade do acesso à justiça. Neste caso, o envolvimento e participação social podem ainda atuar como antítese da instrumentalização do protagonismo das causas populares pelos esquemas de assistência. A configuração política do acesso é, portanto, movediça. Dadas as divergências de interesses que estão em jogo, a introdução de reformas oscila de acordo com os interesses, a influência, o poder de barganha e a mobilização dos/das agentes em disputa. Nesse sentido, a construção de uma política democrática de assistência jurídica não é linear, está repleta de avanços e recuos e depende da integração das escolhas políticas e profissionais com uma lógica crescente de criação e apropriação de espaços jurídicos subalternos.

# UMA QUESTÃO DE VIDA OU MORTE: AS DIVISÕES (IN)VISÍVEIS E ABISSAIS DO ACESSO À JUSTIÇA

## INTRODUÇÃO

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

mobilizou a justiça do estado requerendo exumação, transporte dos restos mortais e retificação da certidão de óbito<sup>109</sup>.

Em 26 de dezembro de 2011, o estado de São Paulo concordou em conceder indenização à família. O acordo entre as partes determinou o pagamento de uma indenização de R\$ 100 mil, pensão mensal no valor de 1/3 do salário mínimo e reembolso dos gastos com o sepultamento. No relatório emitido acerca do caso, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo aceitou o facto de que “Está claro que o óbito de Dileone foi causado pela ação dos policiais militares, que agindo nessa condição, o levaram para o interior do cemitério, onde a vítima levou um tiro no peito. Depois disso seguiram para o hospital, no intuito de simular que socorreram a vítima, e que a morte se deu em razão dos ferimentos produzidos durante a troca de tiros, anteriormente ocorrida”. Com o encerramento do caso, a defensora pública responsável salientou a ineficácia do acordo como medida de reparação, mas a sua oportunidade enquanto reconhecimento da responsabilidade por parte do Estado: “O valor não indeniza a dor dessa família, mas o acordo é importante e foi aceite pela Defensoria Pública porque houve concordância dos familiares com seus termos. Prolongar a discussão do caso é prolongar a dor. Assim, reconhecemos a atitude positiva do Estado de ter-se prontificado a indenizar com certa agilidade em uma composição extrajudicial, atitude essa que deve ser estimulada”.

Noutro caso, em Agosto de 2011, a defensoria pública ingressou com uma ação judicial de indenização por danos morais e materiais em favor de duas pessoas portadoras de autismo. A ação denuncia os maus-tratos sofridos numa casa de cuidados conveniada com o governo do estado e dedicada à prestação de serviços a pessoas portadoras de deficiência. De acordo com a defensora pública responsável pelo caso, o trabalho desta entidade apresenta diversas irregularidades, atestadas em laudos técnicos realizados por representante da secretaria de saúde, por perito judicial e por assistente técnico da defensoria. “As pessoas com autismo eram alocadas numa enfermaria, sem qualquer distinção de idade, gravidade ou mesmo força física, onde ficavam aprisionados por

---

<sup>109</sup> A descrição dos casos acompanha as notas de imprensa da Coordenadoria de Comunicação Social e Assessoria de Imprensa da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.



grades. O banheiro utilizado era comum, com vasos sanitários sem tampa e sem papel higiênico disponível”. As mães dos pacientes, por denunciarem as irregularidades, sofreram restrições no regime de visitas aos filhos. A visita foi circunscrita às áreas externas da instituição, não sendo admitida a entrada no local onde os pacientes recebiam o tratamento.

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

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

enfrentadas por aquelas famílias. O tratamento desses casos em particular sequer permite abordar outras dimensões em que a pobreza se manifesta como falta de direitos. As vitórias também não transformaram a situação de sujeição em face das intempéries do sistema jurídico, que marca o cotidiano de tantas outras famílias expostas à violência institucional.

Com base nestes dois exemplos, neste capítulo, proponho analisar a afirmação segundo a qual o acesso à justiça é um indicador da democratização dos estados. Como demonstrei no capítulo anterior, a criação da defensoria pública foi, sem dúvida, um momento de ampliação democrática da forma de prestação de serviços jurídicos no estado de São Paulo. Uma mudança cuja realização é uma conquista partilhada tanto por profissionais de assistência jurídica quanto por movimentos sociais. Contudo, como se vê nos casos acima, o aprofundamento da missão da defensoria pública, quando democrática (independente, pró-ativa, dedicada às causas de vitimização das/os pobres), demonstra a involução do Estado em matéria de igualdade. Em termos simples, defendo que um sistema de assistência jurídica democrático só é um indicador político se funcionar como um indicador social. Isto é, o facto de os estados contemporâneos assentarem-se em princípios e instituições democráticos ganha relevância apenas e na medida em que esta normatividade esteja a serviço do desvelamento de um fascismo que, não sendo mais político, espria-se na sociedade (Santos, 2003).

De facto, os sistemas de assistência jurídica na atualidade estão colocados perante uma encruzilhada entre a vulnerabilização ou o aprofundamento da democracia. No âmbito de um movimento de enfraquecimento da democracia, a defesa de que os sistemas de assistência servem como indicativos da evolução da igualdade de todas/os perante a lei é feita através de uma disjunção entre acesso e justiça. Procurei demonstrar até aqui que uma democratização fraca do acesso nada mais representa do que um movimento de maximização da oferta de serviços no âmbito de reformas judiciais dirigidas ao controle da carga de litigiosidade dos tribunais. Esse maior acesso reflete uma dinâmica de combinação geopolítica entre os recursos de um Estado considerado fraco e uma sociedade tomada como forte (Santos, 2007b). Neste ponto, sem detrimento da

expansão da violência do Estado, aposta-se na cooperação com a sociedade civil como meio de promoção de um acesso à justiça próximo e desjudicializado. O envolvimento da comunidade resulta numa resolução de conflitos a partir de baixo que funciona como alternativa de consumo contentora do aumento da demanda judicial. A soberania do Estado pronuncia-se democrática através de um conjunto poliforme de instituições e procedimentos que asseguram a ampliação do acesso à justiça oficial. Este é um contexto que efetiva um conceito de democracia mínimo em que a permanência de regimes de exclusão radical no interior do Estado não tem qualquer impacto na retórica de ampliação da legitimidade política.

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

Como demonstram os casos, a experiência de acesso ao direito apenas excepciona circunstancialmente o estado de não acesso ao(s) direito(s) a que estão subjugados as/os destinatárias/os da assistência jurídica. Defender que o acesso nessas circunstâncias integra um movimento de avanço das/os pobres a um futuro de democratização apenas

corresponde a uma concepção débil de democracia que equipara igualdade jurídica à existência de um espaço de reclamação e apoio mantido pelo Estado ou por programas de inclusão. É nesse quadro de manutenção de uma democracia débil que a política pública, para afirmar o seu compromisso com a igualdade, mais facilmente concede na construção de mecanismos de resolução de conflitos e de assistência jurídica do que altera o sistema para inverter de facto a desigualdade no acesso à distribuição dos recursos políticos e económicos. Cabe perguntar, então, qual o papel da assistência jurídica no contexto de uma reprodução abissal do direito? Enquanto medida de normalização das divisões abissais mantidas pelo sistema, a assistência jurídica só atende ao compromisso com a defesa da igualdade no âmbito de uma concepção de acesso à justiça pós-abissal (Santos, 2007a).

Neste capítulo, 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 e Lisboa, pretendo discutir o papel de aprofundamento democrático da assistência jurídica fornecida pelo Estado. Esse desafio é explorado primeiramente a partir dos seus limites, o que vou denominar divisões abissais do acesso à justiça. O meu principal argumento é que a ação soberana do Estado que cinde o desenvolvimento civilizacional em zonas democráticas e estados de exceção é necropolítica (Mbembe, 2003), isto é, na medida em que distribui de forma excludente e desigual os recursos políticos e económicos exerce um direito de veto sobre as condições de vida e, conseqüentemente tem um poder de decisão sobre a exposição à morte, dos grupos marginalizados. Um exercício de veto que uma estrutura de assistência jurídica pode interromper circunstancialmente, mas não pode derrubar.

Nesse sentido, o papel da política pública de acesso à justiça não manifesta a garantia de livre desenvolvimento democrático do indivíduo dentro do Estado, mas a abertura de redes de ação e luta social empreendidas em diferentes escalas de realização do direito. Na parte final, pretendo demonstrar que adotar uma concepção pós-abissal implica substituir a afirmação única da democratização promovida pelo direito estatal através do acesso à justiça pela repetição dupla e recíproca dos regimes epistêmicos da democracia

e sua exceção. A criação pós-abissal do acesso ao direito está, por isso, assente em três premissas: (1) o reconhecimento da dinâmica de acesso à justiça como indicadora dos estados de exceção que se reproduzem no interior de estados democráticos, (2) a aceitação dos limites da assistência jurídica no contexto de um Estado cujo exercício da soberania assenta na reprodução de regimes de exceção, (3) a afirmação do caráter democrático do acesso à justiça enquanto copresença radical (Santos, 2007a) entre os modos de normalização de uma institucionalidade democrática débil e os regimes ocultos de exclusão e violência.

## A NECROPOLÍTICA DO ACESSO À JUSTIÇA

As lógicas de alimentação recíproca entre a sustentação do acesso ao direito como garantia de direitos contra o Estado, os regimes 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 contratual<sup>110</sup>. Neste caso, o poder iguala-se a um bem que se pode transferir ou alienar total ou parcialmente. O ato de alienação ou transferência do poder para os governantes, a soberania, e o resguardo de um contrapoder por parte dos súditos, os direitos individuais fundamentais, permitiu criar as sociedades políticas como sociedade unitária, a nação imaginada (Anderson, 1993). Contudo, como argumenta Foucault (2005), a manifestação

---

<sup>110</sup> 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.

do poder nas sociedades não é a de um bem de que se dispõe livremente. O poder existe em ato, é exercido. Trata-se de uma relação de força fundamentalmente exercida como repressão.

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

No esquema jurídico, contrato-opressão, o poder é um direito original do qual se abdica no ato de constituição da comunidade política. Neste caso, à opressão, que resulta do abuso do poder soberano, contrapõem-se os direitos subjetivos resguardados com a separação de um domínio civil, a sociedade. No esquema disciplinar, dominação-repressão, não estão demarcados limites a partir dos quais se configura o abuso de poder, perpetuando-se uma relação de domínio imanente. Daí que Foucault (2005) inverta a formulação de Clausewitz de acordo com a qual a guerra é a política continuada por outros meios. A política é a guerra continuada por outros meios, isto é, a uma pseudopaz declarada na existência de limites à opressão política subjaz uma situação de guerra contínua. A continuidade da guerra integra uma mecânica disciplinar sub-reptícia que repete um confronto perene entre luta e submissão.

De um lado, regras de direito, que delimitam formalmente o poder; de outro, os efeitos de verdade que o poder político legalmente legitimado chancela e que reconduz ao exercício do poder enquanto repressão. O aparelho de sujeição política é bastante refinado. A redução do político às fronteiras legais-rationais da soberania, ao

circunscrever a obediência à relação liberdade-submissão entre soberano e indivíduo, não limitou os direitos soberanos sem estreitar igualmente a noção de domínio exercido sobre o corpo social. Enquanto a teoria do poder e dos direitos subjetivos se concentraram numa relação de poder global de um sobre todos, as múltiplas formas de dominação que se podem exercer sobre a sociedade não foram incorporadas na discussão sobre a defesa dos direitos subjetivos e das liberdades. A própria noção de indivíduo enquanto átomo isolado da liberdade política remete para um exercício de dominação que investe um sujeito atomizado de obediência para libertá-lo como corpo periférico em que transitam diferentes formas de sujeição.

Alegoricamente, o estudo do poder é movido do Leviatã unitário para a multiplicidade de corpos isolados constituídos como súditos (Foucault, 2005). Esta mudança implica em primeiro lugar analisar como as relações de dominação são constituídas a partir das extremidades. Para além das regras de direito que organizam e delimitam o poder, o exercício das relações de força manifesta-se no conjunto de instituições mais regionais e locais investidas em técnicas e instrumentos de dominação, muitas vezes, violentos. 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 homogénea 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, despiciendo 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 jurídico<sup>111</sup>, soberania política e mecânica disciplinar sustentam-se reciprocamente. O controlo social através das múltiplas formas de sujeição adapta-se a, e depende de, um funcionamento da sociedade política assente no princípio de poder como contenção de abusos da soberania. Noutras palavras, a mecânica disciplinar moderna depende da imaginação do Estado como centro (Santos, 2002a). 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

<sup>111</sup> 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)



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.

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

O exercício da justiça oficial tem efeitos ideológicos na reprodução de categorias como justo e injusto, adequado e inadequado. O direito oficial e sua aplicação pelos tribunais re-apresentam um todo social diferenciado por classes, valores, costumes,

comportamentos, etc. O código jurídico produz e valida como neutras categorias morais relativas à honestidade, respeito, defesa da propriedade e dos valores familiares, entre outros. Destaca-se, de um lado, uma elaboração jurídico-oficial destinada ao cerceamento da liberdade daquelas/es consideradas/os a-morais (mendigos, ladrões, vigaristas, prostitutas, homossexuais). Por seu turno, os processos sociais de interdição ganham forma jurídica através da produção de conceitos como o de capacidade, que serviu para o estabelecimento de regimes de tutela, apropriação e colonialidade, o que se viu em anos de afirmação da incapacidade jurídica e política das mulheres e povos indígenas ou, ainda, na transformação das/os escravas/os em propriedade senhorial. O direito, nesse sentido, assume uma função constitutiva legitimando, em nome do poder investido pela comunidade política, a normalização.

A discussão da dinâmica entre código jurídico, norma disciplinar e governo das pessoas enquanto arquétipo da dominação política moderna não pode ser feita sem considerar uma outra dimensão. Refiro-me ao controlo e subjugação investidos, a partir dos estados modernos ocidentais, na constituição de relações imperiais, retratado tanto no binómio colónias-metrópoles, como na sua extensão neocolonial – dependência, subdesenvolvimento e separação entre centro e periferia do sistema 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.

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

Ao contrário do que prognosticava Foucault – a perpetuação das relações de força no interior do edifício da soberania política – nas sociedades contemporâneas, o entrecruzamento das lógicas de desigualdade e exclusão comprometem a funcionalidade económica do contrato social. 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 cidadã/ão.

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

A dinâmica irregular de distribuição de direitos no interior das sociedades evidencia a flexibilidade arquitetónica do aparelho de soberania política. O Estado de direito enquanto preservação de direitos e liberdades individuais estende-se timidamente alcançando, no máximo, e de forma parcelar, uma sociedade civil que lhe é estranha. Politicamente, as lógicas de contenção da presença do Estado de direito determinam o fascismo social (Santos, 2003). O fascismo social caracteriza-se pela agudização dos processos de subordinação económica e diferenciação social como condições de desproteção político-jurídica, determinada quer pelo absentismo do Estado, quer pela atuação predatória de agentes não-estatais. A flexibilização e a gestão de prioridades da política pública submetem os critérios de proteção jurídica e regulação do acesso aos recursos aos interesses de atores políticos e económicos, nacionais e transnacionais, influentes. O fascismo social manifesta-se por conseguinte na forma de um *apartheid*<sup>112</sup>,

---

<sup>112</sup> 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.

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. Santos (1998a) chama atenção para o que denomina crise do contratualismo moderno. A arquitetura do esquema contrato-opressão teve por base três pressupostos: um regime geral de valores, um sistema comum de medidas e um espaço-tempo privilegiado. Do ponto de vista do regime geral de valores, a vontade de todos e a definição do bem comum como vontade geral criaram a agregação que tornou possível, simultaneamente, a unidade da comunidade política como sociedade civil 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 desconstruídas é viciosa.

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

A meu ver, num contexto de proliferação de relações abissais de poder, o acesso à justiça como promessa democrática dirige-se a condenar o caráter democrático dos estados. Noutros termos, a missão do sistema de acesso ao direito consiste em desvelar os estados de exceção que se reproduzem maciçamente no interior de soberanias cujo fundamento democrático é cada vez mais frágil. Esta reformulação implica defender não apenas uma maximização formal do direito, mas o seu desdobramento e interpenetração em redes de atuação estratégicas e instrumentais apoiando a insurgência de uma legalidade cosmopolita subalterna nas zonas de contato<sup>113</sup> entre espaços selvagens e espaços civilizados (Santos, 2003). Esta reorientação de entendimento torna-se

---

<sup>113</sup> Em Santos (2003: 43), o conceito de zona de contato é desenvolvido a partir da abordagem de Mary Louise Pratt: *Mary Louise Pratt (1992:4) define zonas de contacto como “espaços sociais em que culturas díspares se encontram, enfrentam e entrecrocaram, muitas vezes em relações de dominação e subordinação altamente assimétricas – como no caso do colonialismo, da escravatura ou das respetivas sequelas tal como são hoje vividas em toda a face do planeta”.* Nesta formulação, as zonas de contacto parecem implicar encontros entre totalidades culturais, mas, de facto, não tem que ser assim. Com efeito, a zona de contacto pode envolver diferenças culturais seletivas e parciais, precisamente aquelas que num dado tempo-espaço competem entre si para conferir sentido a uma determinada linha de ação. Além disso, as trocas desiguais estendem-se hoje em dia muito para lá do colonialismo e das suas sequelas, ainda que – como os estudos pós-coloniais vieram revelar – aquele continue a desempenhar uma papel mais importante do que gostaríamos de admitir.

imprescindível na medida em que a realidade do acesso à justiça, num contexto de imposição hegemônica neoliberal, crise financeira e desmantelamento dos resquícios do Estado-providência, é necropolítica.

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

A necropolítica evidencia que a resposta aos bloqueios impostos pela crise do contratualismo moderno é a construção de uma prática política seletiva que define as condições de vida (inclusão no contrato social) ou à exposição à morte (espaços pré e pós-contratuais). Enquanto política de acesso aos direitos, o necropoder constitui-se num fascismo de *apartheid* social, remetendo tanto à preservação de campos civilizados, onde impera o Estado de direito; quanto à delimitação de zonas onde a violência do estado de exceção opera ao serviço da civilização (Mbembe, 2003). A promessa do acesso à justiça desenvolve-se assim no âmbito de uma relação imperial fundada num Estado em que está definido, à partida, pela distribuição dos recursos de poder, quem é descartável ou não. É por essa razão que a afirmação emancipatória do acesso à justiça depende da capacidade de se substituir a retórica acerca das tendências de democratização progressiva do Estado pelo compromisso com o desvelamento das inclinações



socialmente fascistas como parte do exercício cotidiano da soberania política. Por outro lado, é no trinômio luta por direito(s)-fascismo social-necropolítica que os mecanismos de acesso à justiça, nomeadamente a assistência jurídica, encontram os seus limites, convocando uma conceção pós-abissal de estado de direito.

## ESTADO DE DIREITO E APARTHEID SOCIAL: CIDADANIA E EXCEÇÃO NA LUTA PELO(S) 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 fundamentais como medidas de resistência relaciona-se com a abrangência das esferas de acesso ao direito e à justiça. A dinâmica de acesso ao direito é também recriada à medida da escala de análise multiplicando-se em diferentes campos de proteção social, de limitação legal do poder e franjas de exceção. Nessa miríade, a experiência de acesso ao direito das populações pobres e grupos marginalizados é uma experiência de fronteira.

Os momentos de acesso ao direito marcam a existência de zonas de contato (Santos, 2003) entre os modos de funcionamento do estado de direito e dos estados de exceção. Nas zonas de contato<sup>114</sup>, o acesso ao(s) direito(s) ou à justiça oficial pode primeiramente representar o acirramento da violência por meio da repressão penal, da criminalização e do abuso da força pelo Estado. É a experiência de violência que representa a caracterização segundo a qual o acesso à justiça dos/das pobres é feito pela porta dos fundos. Enquanto experiência de exceção, a violência do acesso ao direito manifesta-se

---

<sup>114</sup> 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.

sem delimitação externa oficial, transformando o uso legítimo da força pelo Estado em necropolítica.

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

No exercício da violência e da coexistência, os mecanismos de acesso à justiça oficial funcionam ao serviço da governamentalidade e da manutenção ideológica das contradições que sustentam a desigualdade no corpo social. Numa terceira dimensão, a zona de contato configura-se como campo de luta e insurgência de uma legalidade subalterna (Santos, 2003), neste caso, as contradições entre os princípios do Estado de direito e a prática dos estados de exceção são utilizadas como mecanismo de formulação de um campo de resistência e defesa a partir de baixo. É nesta esfera que os mecanismos de acesso ao direito podem resgatar o compromisso com o aprofundamento da democracia enquanto mecanismos de denúncia do fascismo social.

A seguir, exploro as dinâmicas de violência, coexistência e legalidade subalterna nas zonas de contato do acesso ao(s) direito(s) no Brasil e em Portugal. Para tanto, detenho-me em três áreas privilegiadas da análise entre a proteção dos valores e da liberdade pelo Estado de direito e a expulsão, discriminação e abuso da força nos estados de exceção: (a) defesa da propriedade; (b) igualdade racial e (c) política de segurança.

## **Do lado de cá: defesa da propriedade e desenvolvimento do território**

### **Do lado de lá: despejos, remoções forçadas e periferização da pobreza**

É assinalável a diferenciação socialmente fascista do ordenamento territorial no contexto corrente. Milhões de pessoas em situação de desproteção jurídica estão sujeitas a que a posse das terras ou das moradias em que habitam seja contestada a qualquer momento tanto por autoridades públicas quanto por entidades privadas. De acordo com dados do relatório especial da ONU sobre segurança da posse, entre 1998 e 2008, os despejos e remoções forçadas afetaram mais de 18 milhões de pessoas. Na primeira década dos anos 2000, os projetos de desenvolvimento afetaram 15 milhões de pessoas por ano. No final de 2011, contabilizava-se mais de 26 milhões de pessoas despejadas dentro dos estados nacionais devido a conflitos armados, situações de violência e violações de direitos humanos, enquanto aproximadamente 15 milhões de pessoas foram despejadas por conta de perigos naturais (Rolnik, 2012). Segundo, a estimativa da ONU Habitat, em 2010, 828 milhões de pessoas estarão vivendo em bairros marginais.

Como refere Rolnik (2012), o fato é que a crise de segurança da posse tem rosto e consequência precisos. O rosto pertence a refugiados, pessoas afetadas por conflitos, ameaças de conflitos, catástrofes naturais e mudanças climáticas; pessoas residentes em assentamentos irregulares; ocupantes de terras de elevado valor; migrantes internos ou internacionais; grupos estigmatizados ou discriminados em razão de casta; minorias; pobres; crianças; populações indígenas; entre outros. Em muitas situações, as mulheres ainda experimentam uma dupla vitimização na medida em que se encontram em situações de dependência jurídica e econômica em relação aos homens para aceder a um regime seguro de posse. As consequências, por sua vez, refletem-se na fragmentação dos laços comunitários e no recrudescimento da situação de pobreza, condenando as comunidades a um processo de destruição e extrema vulnerabilidade.

De modo sucinto, pode-se afirmar a existência de um conflito entre os modos de ocupação irregular do território e os regimes de aquisição individual da propriedade. Um

antagonismo que tem favorecido este último, com consequências perversas para o primeiro. As razões para que a relação de titularidade individual se tenha convertido no modo hegemónico de aquisição da propriedade são bastante evidentes e refletem-se no fomento que o mercado imobiliário recebe como ramo produtivo das economias nacionais. Por outro lado, as mesmas razões fundamentam a constituição do acesso à propriedade territorial como um mercado exclusivo, em que poucas/os possuidoras/es têm condições de entrar. Daí que os assentamentos irregulares sejam a outra face de uma ocupação urbana cujo carácter espontâneo e não racional se reproduz numa gestão autónoma e não-oficializada do espaço pelas populações pobres. Aqui, a não-oficialidade remete tanto ao carácter ilegal do domínio quanto à precariedade da moradia e à ausência de equipamentos públicos nos territórios ocupados.

Não obstante a crueza da realidade desses dados, o direito à moradia digna de todas/os está, em regra, consagrado nos documentos fundamentais das comunidades políticas democráticas. Nesse sentido, o artigo 65.º da Constituição da República Portuguesa estabelece que todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar. O mesmo artigo ainda prevê um conjunto de incumbências do Estado, tendo em vista a garantia do direito à habitação, entre elas: (a) programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social; (b) promover, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais; (c) estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada; e (d) incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respetivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução. No mesmo diapasão, a constituição brasileira elenca dentre os direitos sociais o direito à moradia, estabelecendo ainda a obrigação comum dos governos federais, estaduais e municipais de promoverem programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Nesta secção, o meu objetivo é explorar a relação entre a previsão constitucional originária e as alternativas dedicadas de facto à garantia do direito à moradia das comunidades pobres. Neste caso, tanto as raízes do direito moderno (liberal e individualista) quanto as opções da política econômica e da tomada de decisão pelas instituições estatais, notadamente os tribunais, têm reconfigurado a discussão sobre a utilidade do direito para os movimentos e grupos sociais. A mobilização por direito à moradia é refundada na hibridação entre código jurídico e luta política. Como desenvolvo a seguir, os exemplos de luta por condições de realojamento dos imigrantes dos bairros clandestinos na área metropolitana de Lisboa e a reivindicação pelo direito à cidade das/os pobres na grande São Paulo acusam distintas modalidades de bloqueio da mobilização jurídica por parte dos grupos sociais. No primeiro caso, condicionada pelo espartilho do direito substantivo; no segundo caso, vinculada às limitações de posição institucional do judiciário. Noutra dimensão, convergem para a aposta na luta social como condição charneira de nivelamento das oportunidades de direito à moradia digna. No espaço da pressão social organizada, a luta pelo direito à moradia delimita-se no tempo e na zona de liberalidade de um poder político que atende à influência hegemónica do capital imobiliário. Consequentemente, o raio de alcance da política subalterna é, em si, reduzido, dirigindo-se mais ao evitamento dos efeitos do necropoder do que à ampla concretização dos princípios de uma ordem jurídica justa e solidária.

Em Portugal, o processo de regularização dos assentamentos ilegais das comunidades pobres nas áreas metropolitanas do Porto e de Lisboa tem sido conduzido pelas autarquias municipais através da introdução do Programa Especial de Realojamento (PER)<sup>115</sup>. O PER, criado em 1993, foi constituído em torno de dois objetivos principais: (1) proporcionar aos municípios condições para proceder à erradicação das barracas existentes, concedendo apoios financeiros para a construção, aquisição, ou arrendamento de fogos destinados ao realojamento de agregados familiares residentes nessas barracas e habitantes similares; e (b) conceder de apoios financeiros para a reabilitação de fogos ou de prédios devolutos, propriedade das entidades beneficiárias,

---

<sup>115</sup> Para um estudo dos processos de regularização urbana nas áreas metropolitanas em Portugal, ver estudos publicados em Bógus, Raposo e Pasternak (orgs.), 2010.

ou para a aquisição de prédios ou fogos devolutos e pagamento do custo das referidas obras de recuperação, quando esses fogos ou prédios se destinem também a realojamento de famílias recenseadas no PER.

O Caso 1 ilustra a luta por direito à moradia no âmbito do Programa Especial de Realojamento coordenado pela Câmara Municipal de Cascais.

#### **Caso 1. Demolições das barracas no Bairro do Fim do Mundo – Cascais**

Existente desde a década de 1970 e recenseado no âmbito PER, o Bairro Fim do Mundo começou a ser desativado em 2002. A necessidade de extinção do bairro decorria não só da degradação das condições de vida das/os moradoras/es como também correspondia a um processo de higienização urbana, sendo o local associado especialmente a atividades ilegais, como venda de drogas e funcionamento de bares clandestinos. Por outro lado, a associação de moradores chamava a atenção para o atendimento do interesse do Centro Paroquial Património dos Pobres, proprietário do terreno onde se situava o bairro. Em Junho de 2009, demoliram-se as últimas barracas do bairro.

As principais manifestações contra as demolições das barracas dirigiram-se à falta de garantia de moradia às pessoas desalojadas. Em 2008, na altura da demolição de 12 barracas, a imprensa nacional registava:

Os trabalhos de demolição de doze barracas no Bairro do Fim do Mundo, em Cascais, começaram hoje às 09h00, perante a indignação das 26 pessoas que afirmam que irão ficar desalojadas.

"Não tenho nada e não tenho sítio para onde ir. A Câmara diz que sou isolado, que vivo sozinho e não tenho direito a casa", disse o guineense Almeida da Silva, legalizado e residente no bairro há sete anos.

Rita Silva, da Associação de Solidariedade Imigrante, lembrou que 26 pessoas vão ficar desalojadas, uma das quais, "uma idosa e doente, que vai ficar 13 dias numa pensão e depois não terá para onde ir".

"A Câmara anda a acalmar os ânimos assim: a Isabel tem três dias na pensão, a Dina tem três dias e a Teresa treze e os homens não têm qualquer solução", disse, referindo-se a casos de desalojados a quem a autarquia pagará a estada numa pensão por uns dias.

No entanto, em comunicado divulgado ontem, a autarquia de Cascais garantiu que nenhuma família do Bairro do Fim do Mundo ficará desalojada devido à demolição das barracas.

A autarquia afirmou que o realojamento das famílias afetadas pelas demolições "foi devidamente acautelado" e que as pessoas "vão ser realojadas em vários empreendimentos de habitação social do concelho". (Público, 22 de Janeiro de 2011)

O caso de demolição do bairro Fim do Mundo é exemplificativo da dinâmica de luta social contra a vulnerabilidade e a falta de segurança da posse na área metropolitana de Lisboa. Uma luta similar por garantia e melhores condições de realojamento também foi empreendida noutros bairros clandestinos (bairro da Marianas em Cascais, bairro da Azinhaga dos Besouros na Amadora; bairro da Torre em Camarate, entre outros). Em 2012, a reação das/os moradoras/es ao desmantelamento do bairro Santa Filomena, na Amadora, por exemplo, envolveu a formulação de várias queixas acerca da violação de direitos humanos por parte da autarquia, uma delas dirigida à Relatoria Especial de Direito à Moradia da ONU. Sustenta-se a violação das regras de direitos humanos na

medida em que a imposição política da demolição é feita sem a contrapartida de realojamento adequado<sup>116</sup>.

A organização de base da luta social por habitação foi, assim, articulada amplamente e agregada numa plataforma política dedicada à luta por moradia, a plataforma artigo 65<sup>117</sup>. Consequentemente extravasou os limites da discussão política para além da defesa do direito das gerações de imigrantes enquanto grupo mais afetado pelo desmantelamento dos bairros clandestinos.

Esta luta pelo direito à habitação protagonizada essencialmente pelo grupo direito à habitação da Associação Solidariedade Imigrante, assentou essencialmente na comissão de moradores Fim do Mundo, comissão de moradores das Marianas e incrementámos, ajudámos e apoiámos os moradores de outros bairros a criarem as suas próprias comissões, como foi na Azinhaga e está a acontecer no bairro da Torre do Concelho de Loures presentemente. Na plataforma artigo 65 é que as coisas começam a ficar um pouco mais estruturadas. Tivemos mais força ou mais apoio, depois, da parte jurídica quando entramos na plataforma artigo 65 (Representante Associação Solidariedade Imigrante, participação em *focus group*).

Começou por imigrantes só que alguns portugueses também tinham problemas, e entenderam que também era um movimento, porque o problema não é só do imigrante. Só pela dimensão da manifestação, isso mudou a forma como se tratava, já não era só um problema local de uma câmara e já era da grande Lisboa. Nós criámos uma agenda para fazer manifestações, fizemos uma grande concentração onde estavam mais de 4 mil pessoas que nunca se tinha visto uma manifestação pelo direito a habitação assim aqui em Portugal. Entretanto, como havia vários advogados, conseguimos em 2008 travar e marcar uma reunião com o Instituto Nacional de Habitação (Presidente Associação de Moradores no Bairro do Fim do Mundo, participação em *focus group*).

A luta social demonstrou a defasagem do Programa Especial de Realojamento cuja criação, em 1993, não previu o aumento das famílias originalmente recenseadas tampouco a integração de novas/os moradoras/es nos bairros. As principais críticas no

<sup>116</sup> *Demolição de casas na Amadora levam queixa a ONU*, Público, em 18 de Julho de 2012. As queixas ainda foram endereçadas ao Comissariado para os Direitos Humanos do Conselho da Europa e ao gabinete da vice-presidente encarregada da Justiça, Direitos Fundamentais e Cidadania da Comissão Europeia e ao Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural.

<sup>117</sup> Constituída em 24 de Março de 2006, a plataforma artigo 65 reunia as seguintes organizações: APEDC (Associação Portuguesa para o Desenvolvimento Comunitário); Acupunctura Urbana Associação Cultural, Associação Cultural Moinho da Juventude, Associação Sócio Cultural da Quinta da Serra, AMRT (Associação Melhoramentos e Recreativo do Talude), Associação Vamos Renovar Lisboa/Lisboa Abandonada, ATM (Associação Tempo de Mudar para o desenvolvimento do Bairro dos Lóios), Associação Cultural Palco Oriental, CIDESC (Centro Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais), Comissão de Moradores das Amendoeiras, Comissão de Moradores da Azinhaga dos Besouros, Comissão de Moradores da Estrada Militar, Comissão de Moradores do Fim do Mundo, Comissão de Moradores das Marianas, Comissão de Moradores da Quinta da Caiada, Comissão de Moradores da Quinta da Vitória, Comissão de Moradores Justiça e Paz, Ordem dos Arquitectos, Direito à Habitação (Solidariedade Imigrantes), Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados, SOS Racismo.

âmbito da plataforma artigo 65 cingiam-se à falta de rigor no recenseamento feito pelas câmaras, ao excesso de exigências burocráticas e à falta de acompanhamento social<sup>118</sup>. A execução do programa foi ainda excessivamente dilatada no tempo considerando o endividamento das câmaras em matéria de habitação. Apesar da apresentação de outros programas para suprir as deficiências do PER (PER famílias e Pro-Habita - Programa de Financiamento para acesso à Habitação) o desalojamento sem alternativa habitacional mantém-se como principal consequência do processo de higienização dos bairros clandestinos. Nesse sentido, o trabalho da mobilização social tem incidido no questionamento da efetividade e da abrangência dos planos oficiais de realojamento, visibilizando moradoras/es esquecidas/os ou excluídos pelo recenseamento oficial. Uma das principais estratégias tem consistido em demonstrar a desatualização dos dados oficiais face às necessidades reais da população. Em 2008, o manifesto contra as demolições no Bairro Fim do Mundo dava conta dos aspetos discriminatórios e da insuficiência da previsão de realojamento:

**NÓS DENUNCIAMOS:**

**DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS SOLTEIRAS:** A Câmara de Cascais alega que somente pessoas com família podem ter direito a alugar um alojamento social, esquecendo muitas vezes que o direito à habitação é um direito de todos. Em Cascais parece valer o lema “engravida que podes pretender ter direito à habitação!” Essa discriminação atinge nomeadamente os homens, trabalhadores da construção civil, que vivem separados da sua família.

**PROPOSTAS DE ALOJAMENTO INACEITÁVEIS:** Câmara só começou a propor algumas soluções para às mulheres solteiras, sob a nossa pressão. Só que essas soluções não são dignas e continuam a excluir os homens. Alojamento em pensão – a falta de vontade política: Para as mulheres, a solução encontrada foi alugar em pensões. A Câmara paga 25 euros/por dia para manter os desalojados nas pensões. Já se passaram 40 dias desde o último despejo e, invés resolver de realojar, a câmara prefere desperdiçar dinheiro e deixar as pessoas em uma situação precária, uma vez na pensão as pessoas sofrem a pressão da câmara e recebem a ordem de sair de lá.

**RECENSEAMENTO:** No início de Janeiro, foi acordado com a Câmara que seria feito um novo levantamento dos moradores para se saber quais as reais necessidades de habitação. Isto seria feito com as técnicas da Câmara e com a comissão de moradores do bairro. Hoje, o recenseamento está feito pela comissão de moradores, mas sem nenhuma ajuda da Câmara, que parece ter esquecido o acordado.

Enquanto movimento de pressão política local, as conquistas ativeram-se não à mudança ampla da política habitacional, mas ao alargamento dos critérios de inclusão do realojamento garantido pelas autarquias. Uma vitória pré-determinada a um alcance fragmentário e à continuidade da luta social:

<sup>118</sup> PER/Bairros Sociais: 15 anos depois ainda há famílias por realojar, em 07 de Março de 2008, Lusa.



Foi um processo muito difícil, que me levou a criar em 2005 esta associação, que lutou pelo direito à habitação das pessoas que moravam há anos nas barracas. Havia um processo antigo e lento, e para nós pouco sério pela parte da Câmara de Cascais, que estava em espera desde 1993. Através da luta e com a Associação Solidariedade Imigrante a Câmara aceitou o novo projeto, recorrendo ao PROHABITA, um programa apoiado pelo Instituto de Habitação e Reabilitação Urbana (IHRU) e deu algumas alternativas habitacionais às situações mais frágeis. Conseguimos alguns objetivos: realojar muitas famílias, principalmente as pessoas doentes, mães solteiras e outros casos isolados. Mas falta-nos ainda algumas pessoas mesmo assim, valeu muita pena esta luta pelo direito à habitação. Alguns, por não conseguirem provar que moravam nas barracas com um familiar que já foi realojada/o, e os desempregados, foram colocados nas pensões por algum tempo. Outros estão na luta, ainda à espera do novo programa de habitação da Câmara de Cascais (Presidente Associação de Moradores no Bairro do Fim do Mundo, Entrevista Gazeta de Notícias).

O contexto de luta pelo direito à moradia em face da insegurança da posse nos bairros clandestinos reservou um papel acessório à luta jurídica em relação à luta política. O papel dos profissionais do direito circunscreveu-se sobretudo a orientações gerais no âmbito das estratégias políticas e mobilização residual dos tribunais nalguns pedidos individuais de providências cautelares. Reconhece-se o impacto desagregador e a provisoriedade da mobilização jurídica:

Quando a luta era mais, digamos assim, transversal e mais feita à base de moradores, havia um ou outro advogado que andava connosco na rua e havia ativistas. Mas não os usámos muito para resgatar os tais direitos. Os advogados, aqui, muitas vezes aparecem porque há famílias que se vêm muito aflitas e pedem ou, então, porque a associação acha bem e os moradores, em assembleia, decidiram meter providências cautelares contra as demolições. Eles estudavam muito, faziam o trabalho de casa, para ver o acesso e aconselhavam. A providência cautelar paralisava de modo provisório, sabíamos, todos, que era provisório, também não podíamos criar ilusões nas pessoas. Mas, geralmente, tem mais força quando as pessoas, por exemplo, os moradores, fazem uma manifestação em frente a uma câmara, tem mais impacto, porque compromete a câmara, que qualquer papel de assistência jurídica (Representante da Associação Solidariedade Imigrante, participação em *focus group*).

A mobilização por direito à habitação na luta contra as demolições das barracas na grande Lisboa primeiramente abre espaço para a discussão dos limites e da eficácia das conquistas no campo jurídico, menos transformadoras do que o investimento na ação política direta. Por outro lado, evidencia a limitação dos meios de mobilização jurídica dos direitos económicos e sociais por parte dos grupos vulneráveis no contexto português. O sistema de acesso ao direito e aos tribunais reproduz o princípio de aquisição individual dos bens e dos direitos. Nesse caso, a mobilização jurídica resume-se à relação privada cliente-advogado, ainda que na situação hipotética de propositura de uma ação

popular<sup>119</sup>. Não estando prevista uma estrutura de assistência jurídica pública com titularidade na defesa de direitos coletivos e difusos, o espaço de defesa dos direitos económicos e sociais, enquanto causa popular, é um espaço de luta política. O caso 2 demonstra a individualização das causas coletivas no âmbito do sistema de acesso ao direito.

#### Caso 2. Ameaça de despejo Comunidade Cigana – Viana do Castelo

Antiga área agrícola, inicialmente de baixo interesse comercial, ocupada por comunidade cigana. Em 2011, a presença da polícia judiciária no local indiciou uma ameaça à posse exercida pela comunidade. Diante desta possibilidade, todos os integrantes da comunidade solicitaram à segurança social nomeação de patrono oficioso.

No âmbito do sistema público de acesso ao direito, foi nomeado um advogado para cada membro da comunidade. A Delegação da Ordem de Advogados de Viana do Castelo detetou a nomeação de aproximadamente 50 advogados para instaurar ações de defesa da posse referentes a um mesmo terreno. A assistente social do rendimento social de inserção, que acompanhava o caso, entrou em contacto com a delegação da Ordem dos Advogados com o objetivo de proceder a uma gestão coletiva da demanda. Com a concordância dos advogados nomeados, foi feita uma triagem inicial eliminando-se à partida os casos juridicamente inviáveis. A assistente social do rendimento de inserção indicou todos os casos em que o tempo de permanência na posse era inferior a 20 anos, excluindo-se da demanda jurídica todas as pessoas com menos de 30 anos.

Em decorrência da triagem, manteve-se o patrocínio judiciário para 10 dos 50 pedidos. Os advogados, então, fizeram uma primeira visita ao local para averiguar se as condições da posse sustentavam a instauração de uma ação de usucapião. Em reunião coletiva foi consensualmente definido que, devido à fraqueza do caso do ponto de vista probatório, a estratégia mais acertada seria evitar propor uma ação de usucapião e aguardar uma ação de reivindicação da propriedade pelo dono do terreno. Em visita à comunidade, os advogados comunicaram a decisão de manter o apoio judiciário por um ano, para, no caso de alguma ação de despejo, os advogados conhecedores da situação assumirem a defesa.

Durante a comunicação à comunidade, enquanto a líder cigana enfatizava que não podiam sair do local, que o terreno lhes pertencia, pois ali moravam há anos, o advogado responsável pelo anúncio repisava que estava a comunicar o que era possível fazer pelo direito. De acordo com o direito, era aquela a solução possível, qualquer outra reivindicação que ultrapassasse os limites do direito devia ser dirigida aos órgãos de proteção social do Estado criados para aquele fim.

*Extraído do diário de campo*

De acordo com a ordem jurídica portuguesa, a defesa pública dos direitos coletivos e difusos é da titularidade exclusiva do Ministério Público. O Ministério Público representa o Estado-comunidade, atuando como fiscal da lei e não como representante dos direitos supra-individuais das comunidades vulneráveis. A opção pela titularidade do Ministério

<sup>119</sup> De acordo com o art. 52.º, da Constituição da República Portuguesa: É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, nomeadamente para: a. Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural; b. Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

Público sobrepõe a opção pelo controlo da legalidade em detrimento da aposta numa estrutura pública com poderes de representação coletiva das causas dos grupos vulneráveis.

O MP não atua em representação de quem lhe fez queixa, o MP atua em representação do Estado comunidade, não do Estado *latu sensu*, como nas ações cíveis (...). E, portanto, nessa medida, a postura é um bocadinho como a postura do direito criminal, eu estou em defesa de determinados interesses, neste caso do ordenamento, do urbanismo, do ambiente, da saúde, dos direitos constitucionais, pode ser qualquer um desses direitos. Portanto, eu atuo em representação desses direitos, não para proteger o Sr. A ou o Sr. B, não em representação de um grupo de cidadãos, não em representação, por exemplo, duma associação ambientalista, mas em representação do Estado comunidade e na defesa da legalidade, pautando-me sempre em termos de defesa da legalidade. É a diferença entre as ações públicas e as ações populares, portanto, eu não proponho uma ação popular porque eu tenho legitimidade própria, o MP tem legitimidade própria que lhe é conferida pela constituição e pela lei ordinária, não é uma ação popular (Entrevista a Magistrada do Ministério Público).

Do ponto de vista do direito substantivo, a proteção jurídica da posse está circunscrita ao atendimento de requisitos legais que consagram critérios rígidos de proteção individual do direito à propriedade. O direito de propriedade que deriva da posse está temporal e individualmente demarcado pelas regras de usucapião<sup>120</sup>.

A questão é esta, eles estão a ocupar um terreno, sentiram-se ameaçados de desocupação, vão à segurança social e alguém lhes diz para pedirem nomeação de advogados para instaurar ações de aquisição de direito de propriedade. Basicamente é isto, cada um pediu o seu advogado. Por um lado, levantava-se logo aqui um problema, nomear logo cinquenta e tal advogados para tratar de situações absolutamente similares. Como é uma aquisição de direito de propriedade por usucapião, a usucapião é individual, ninguém adquire um terreno coletivamente, não é possível. Por um lado, não podia ser em comunhão, por outro lado, não podia ser em copropriedade porque em copropriedade nunca se sabe o que é que é de cada um. Tem que ser de cada um o seu espaço. Isto implicou logo a nomeação de cinquenta e tal advogados em que poderia haver a situação de cada um ter o seu próprio pensamento sobre isso e corríamos o risco de uns dizerem que sim e outros dizerem que não e seria muito complicado explicar às pessoas porque é que uns achavam que sim e outros achavam que não. Ainda por cima, a comunidade em causa são pessoas algo limitadas e não seria muito fácil (...) Isto foi uma questão que teve que ir sendo gerida desta forma porque através do diálogo único e só numa direção, é muito mais fácil de lhes explicar, eles viram que estávamos interessados em resolver o problema (...). Mas é o tal problema, era uma questão que era coletiva mas que era a soma de muitas coisas que eram individuais (Entrevista ao Presidente da Delegação da Ordem dos Advogados de Viana do Castelo).

<sup>120</sup> De acordo com o artigo 1287.º código civil português: A posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculta ao possuidor, salvo disposição em contrário, a aquisição do direito a cujo exercício corresponde a sua atuação: é o que se chama usucapião. O código ainda estabelece: Não havendo registo do título de aquisição, mas registo da mera posse, a usucapião tem lugar se a posse tiver continuado por cinco anos, contados desde a data do registo, e for de boa-fé; ou se a posse tiver continuado por dez anos, a contar da mesma data, ainda que não seja de boa-fé. Por outro lado, não havendo registo do título nem da mera posse, a usucapião só pode dar-se no termo de quinze anos, se a posse for de boa-fé, e de vinte anos, se for de má-fé.

Em Portugal, por exemplo, é impossível construir usucapião nos baldios, por mais tempo que as pessoas lá estejam aquilo nunca será delas assim como aquilo que é de propriedade do Estado, do domínio público do Estado. Há normas consagradas que regulamentam a usucapião, a posse sem ter a titularidade, tudo está já regulamentado de séculos. (...) a construção de casas sob terrenos alheio, não sei se serão terrenos públicos ou não (...) independentemente do meio a que se recorresse, dificilmente teria uma solução favorável porque das duas uma, ou havia usucapião do terreno ou não havia. Portanto, o problema cairia logo aí porque já houve cá diversos casos de construções clandestinas sobre terrenos alheios e a situação, é verdade, demorou dez ou quinze anos nos tribunais, mas acabou sempre com despejo (Entrevista a Magistrado do Ministério Público).

No Brasil, os institutos de direito de posse e propriedade, a partir da constituição de 1988, têm sofrido reformas legislativas com vista a aperfeiçoar a segurança da posse de grupos sociais vulneráveis, o que resultou na previsão constitucional de diferentes modalidades de usucapião, bem como na aprovação por lei ordinária do Estatuto da Cidade, que introduziu dispositivos como as Zonas Especiais de Interesse Social, e da Medida Provisória 2220/2001, de 4 de Setembro, que instituiu a concessão especial para fins de moradia de imóveis públicos urbanos. O quadro 1 sintetiza as principais alterações do quadro jurídico-macro do direito à moradia.

**Quadro 1. Principais alterações jurídicas destinadas à segurança da posse da população de baixa-renda – Brasil**

Constituição Federal (Artigo 183.º)	<i>Usucapião especial urbana individual</i>	Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
Estatuto das cidades	<i>Usucapião especial urbana coletiva</i>	As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.
	<i>Zonas Especiais de Interesse Social</i>	Os Municípios que pretendam ampliar o seu perímetro urbano após a publicação do estatuto das cidades deverão elaborar projeto específico que contenha a previsão de áreas para habitação de interesse social por meio da demarcação de zonas especiais de interesse social e de outros instrumentos de política urbana, quando o uso habitacional for permitido
Medida Provisória 2220/2001, de 4 de Setembro	<i>Concessão especial de uso para fins de moradia</i>	Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Fonte: Elaboração própria

Resulta das entrevistas realizadas o entendimento de que as mudanças legislativas no Brasil decorrem de um processo de reforma social orientada conduzido pelos movimentos de reforma urbana<sup>121</sup>.

As organizações não-governamentais estão atuando, trabalham com um conceito que é o conceito de *advocacy* e o conceito de exigibilidade. Esses dois conceitos estão muito presentes nos planeamentos estratégicos das organizações não-governamentais. Desde o processo constituinte, a gente aprendeu com a universidade a incidir no legislativo, ou seja, construir instrumentos legais e formais para poder garantir depois a tal exigibilidade ou o *advocacy*. Então, na constituição federal, por exemplo, a gente garantiu, a emenda da reforma urbana. Em 86/87 fizemos uma mobilização muito grande num movimento nacional, um movimento pela reforma urbana. Fizemos inclusive, no processo constituinte, uma emenda popular pela reforma urbana e conseguimos aprovar na constituição os artigos 182 e 183, capítulo da política urbana. (...) Fizemos uma pressão muito grande depois pela regulamentação desses dois artigos e conseguimos aprovar em 2001 o Estatuto da Cidade, que estabeleceu uma série de instrumentos. No capítulo da política urbana, os artigos 182 e 183 estabelecem algumas diretrizes. Estabelece-se que os municípios possam ter os seus planos diretores; consagra-se a função social da propriedade; o direito de propriedade deixa de ser um direito absoluto, tem limitações; e também garante-se a forma de acesso à

<sup>121</sup> São anteriores ao último processo constituinte brasileiro os dados de mobilização social e jurídica acerca da segurança da posse dos grupos vulneráveis no Brasil, ver Santos, 1983; Falcão, 1984 e Moura, 1990. Para um estudo mais recente sobre o tema, ver Falcão, 2008.

propriedade para as pessoas que têm a posse da moradia, através da usucapião urbana. O estabelecimento de alguns princípios gerais importantes foi ali. A usucapião urbana se autorregulamenta pela constituição federal. Os demais instrumentos estabelecidos pelo plano diretor somente em 2001 é que passam a estar constituídos, com o Estatuto da Cidade. (...) A exigibilidade de direitos e os processos de incidência em políticas públicas são processos longos, exigem muita mobilização social, e exigem também capacidade de articulação dos movimentos e pressão social dos movimentos populares ou da sociedade civil organizada. Agora, com esses instrumentos garantidos é que podemos, através da Defensoria Pública, por exemplo, exigir. [...] Mais do que isso, garantimos na constituição, no capítulo dos direitos sociais, através de uma emenda constitucional em 2001, que a moradia popular, que não estava lá consagrada, é também um direito social [...] Foram esses os instrumentos formais e legais conquistados pelo movimento social (Entrevista a representante do Instituto Pólis).

A mobilização social do direito à cidade no Brasil modifica e é modificada com os contornos de mobilização dos tribunais e de reforma legislativa. O relato da luta pelo direito à cidade das/dos pobres em São Paulo invoca a influência recíproca entre mobilização social, judicialização e reformas do direito substantivo e processual. Um ciclo de reivindicação acerca da dignidade da moradia cuja história é anterior à promulgação da constituição de 1988 e tinha como cenário os cortiços da cidade.

A gente começou a ir para as delegacias para evitar os despejos violentos nos cortiços. Denunciando, através de Boletim de Ocorrência. Era um trabalho muito intenso com os delegados até que a gente conseguisse registrar os boletins. Porque não havia só o controle do aluguer, havia o controle da energia, da água. Eles cobravam a taxa de água que eles queriam, a taxa de luz que queriam, independente da medição. Às vezes nem tinham oficializado, faziam ligação direta, mas cobravam como se eles fossem quem prestasse o serviço. Ou seja, era uma máfia, eles tinham pistoleiros inclusive. Foi toda uma situação de enfrentamento. Quando a gente não conseguia resolver isso na esfera da polícia, nós começamos a judicializar as questões, fazendo com que as famílias não pagassem aluguer diretamente e começássemos a depositar o dinheiro na justiça com a desculpa de dizer que não havia condições de habitabilidade. A lei de locação obrigava o locatário a um mínimo. Você assim colocava a discussão, eles não pagavam os alugueres para os proprietários, havia ações de despejo e nós conseguíamos evitar o despejo através de uma medida chamada embargos de terceiro, que discutia essa situação possessória, a questão humana etc. Tinha juízes que deferiam a liminar e impediam o despejo. Eu não assinava na época, porque era estudante, acho que nós chegámos a fazer, nos 580 cortiços, pelo menos umas 300 ações desse tipo. Isso eu acredito que forçou, posteriormente, alterações da lei da locação. Na questão das posses, por exemplo, nas periferias, eu acho que a grande contribuição se deu quando as entidades começaram a propor ação de usucapião de áreas coletivas. E, então, o estatuto da cidade veio trazer depois a possibilidade de você fazer usucapião coletiva. Isso eu acho que são as contribuições que os advogados e que os movimentos vão fazendo na aprimoração do sistema legal. (Advogado, Movimento Nacional de Direitos Humanos, participação em *focus group*)

Outra mudança apontada diz respeito à introdução da Defensoria Pública no cenário de luta pela moradia, preenchendo um vazio deixado pelo desmantelamento das organizações de advocacia das causas populares da década de 80.

Do ponto de vista de defesa dos grupos, nós vivemos um período que nós tínhamos muitos centros de assessoria, nós tínhamos vários espalhados na cidade de São Paulo, mas também espalhados nas várias

capitais. Na década de 80, nós tivemos muitos centros de assessoria. Às vezes eram centros de direitos humanos, às vezes você tinha centros que eram mesmo de advogados. Tinha o ADM, o CEATIS, AJUS, para ficar em alguns que tiveram mais atuação aqui. No estado de São Paulo, principalmente na década de 80, quando tinha problema de despejo ou ameaça de remoção, os movimentos e as lideranças recorriam a esses centros de assessoria. Havia inclusive verba de organismo internacional para contribuir com o trabalho desses advogados na defesa dos grupos de moradia. Não só por conta da maior escassez de financiamento internacional, esses centros de assessoria, que tiveram um papel fundamental na década de 80 até meados de 90 foram diminuindo. O estado de São Paulo sofreu muito. Quando terminou a oferta desses centros, desse tipo de trabalho, houve algumas pessoas que ficaram atuando de forma individual e, até vir a criação da defensoria, nós tivemos aí um período muito difícil. Os outros estados criaram as suas defensorias, que acabou meio que suprimindo esse papel que nós tínhamos centros de assessoria (Advogado, Central dos Movimentos Populares, participação em *focus group*).

(...) O meu esforço particular e o dos meus colegas defensores, da defensoria em São Paulo, que é recente, foi de tentar re-articular os movimentos sociais, especialmente os urbanos, para recuperar um certo vigor da luta porque, por circunstâncias muito variáveis, decorrentes seja de um processo até de conquista de poder pelos sectores progressistas, (...) o movimento social perde um certo vigor. Essa perda de vigor é acompanhada inclusive e provavelmente é consequência da dissolução das assessorias jurídicas populares ao longo dessas últimas décadas. Os assessores jurídicos populares históricos vão se colocando em postos de governo, vão-se colocando na prefeitura, no ministério das cidades, as pessoas vão-se colocando em postos importantes na execução da política. A assessoria jurídica popular, que era um processo de resistência quando ele era necessário, acaba se dissolvendo por outras circunstâncias. Cria-se um vácuo, que eu acredito que tenha sido de uns 10, 15 anos, entre o enfraquecimento das assessorias jurídicas populares e a criação da defensoria pública. As barbaridades correram soltas e a defensoria pública é criada por um extraordinário esforço do movimento social, especialmente aqui em São Paulo (Defensor Público, participação em *focus group*).

Com a criação da defensoria pública, a mobilização do direito à moradia foi beneficiada com a presença de uma estrutura de assistência jurídica legalmente competente para assumir a titularidade dos direitos difusos e coletivos. Destaca-se nesse ponto, tanto a criação na estrutura da Defensoria Pública do Núcleo de Habitação e Urbanismo, quanto a mudança legislativa que assegurou a legitimidade das/os defensoras/es para propor ações civis públicas<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> De acordo com a Lei 7347/1985, de 24 de Julho, podem propor ação civil pública: (a) o Ministério Público; (b) a Defensoria Pública; (c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (d) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (e) a associação que, concomitantemente: esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil; e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A ação civil pública refere aos danos morais e patrimoniais causados- ao meio-ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; à ordem urbanística; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica.

O Núcleo tem-se valido amplamente da legitimidade da defensoria pública para propor ações civis públicas, mas também tem procurado estimular as associações a participarem das ações como co-autoras. Trata-se não só de uma estratégia processual, mas também política, para que as comunidades pobres possam participar diretamente. Temos tido sucesso com relação à questão da legitimidade, mas é preciso muita paciência para mostrar a importância do nosso trabalho. (Carlos Loureiro, Coordenador do Núcleo Especializado de Habitação e Urbanismo, APADEP em notícia, Ano I, n.º 04: 3)

As decisões obtidas pelas ações civis públicas da defensoria, parte delas feitas em parceria com o Centro Gaspar Garcia ou com a União dos Movimentos de Moradia, ou outras organizações, têm criado uma nova cultura jurídica do direito à moradia no estado de São Paulo, que é bastante recente; tenho até a impressão que esse processo é uma referência nacional, porque eu não sei se outros estados do Brasil têm feito um processo tão intenso de atuação no campo judicial, de judicialização do direito à moradia como tem sido feito no estado de São Paulo nesses últimos anos, principalmente a partir da parceria com a defensoria pública. A gente tem utilizado um termo importante que é o *advocacy*, utilizar o judiciário cotidianamente na defesa de direitos. A gente não utilizava isso, a gente sempre tinha outras formas de atuação, atuando ou pressionando o poder público ou através do poder legislativo, mas pouquíssimas vezes utilizando o judiciário e a gente fez isso de uma forma intensa nesses últimos anos. A Defensoria Pública propiciou essa abertura. (Entrevista a Advogado, União dos Movimentos de Moradia, Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos)

Contudo, a mobilização jurídica das mudanças processuais, de estrutura da assistência jurídica e do direito substantivo introduzidas no contexto brasileiro não têm, por si, o condão de alterar a discrepância entre o direito à moradia escrito na constituição e a sua prática. No caso brasileiro, deve-se considerar igualmente a pressão atual que os projetos de desenvolvimento econômico têm exercido sobre as dinâmicas de despejo e deslocamento forçado, destacando-se tanto os impactos sociais dos mega-eventos quanto os grandes projetos de crescimento econômico.

Os instrumentos jurídicos do estatuto da cidade e outros que nós criamos, da política urbana, imaginava-se que iriam colocar um certo freio no capital imobiliário. E a gente percebeu que o capital imobiliário não tem freio, esse é um dado, ou que os freios que nós criamos não dão conta. A conclusão que eu cheguei é que nós estamos ainda colocando esparadrapos nesse processo. Não conseguimos, de facto, mexer estruturalmente em duas coisas que são fundamentais: na estrutura da propriedade e na própria atuação do poder judiciário. O poder judiciário atua como se fosse uma coisa intocável, o discurso ideológico é esse, as leis são para serem cumpridas. (Advogado, Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, participação em *focus group*)

... do ponto de vista de legislação dos direitos, a gente é avançado no Brasil. Do ponto de vista dos organismos de defesa dos direitos, tem o exemplo da defensoria, e também tem umas promotorias de direito e cidadania, de habitação e urbanismo, o MP tem umas promotorias que, em tese, também seriam para quando esses grupos são atacados no seu direito, recorrer, mas nem sempre isso gera concretamente



um direito, uma vitória. Portanto, tanto do ponto de vista da legislação urbana, como do ponto de vista dos instrumentos, estamos bastante avançados. Mas se a gente parte do ponto de vista concreto, a situação é bem outra, mesmo nos governos democráticos. A questão do direito de propriedade, as prefeituras, os governos federais, os governos estaduais, digamos assim, mais comprometidos com o governo democrático popular, mesmo nesses, não se mexe um milímetro, continua tudo intacto. Dialoga-se mais, desenvolve-se mais uma política, mas, do ponto de vista de você mexer mesmo na estrutura... No Brasil, na atualidade, em véspera de grandes eventos desportivos, os movimentos mais vulneráveis nas cidades, não só nas cidades foco, mas nas outras cidades que estão recebendo uma série de recursos de âmbito municipal, estadual e federal para obras de parquef, de infraestruturas, de transporte, etc., a violação dos direitos das comunidades é uma coisa sem precedente no país, com um governo federal democrático! Então, quer dizer, até isso a gente não consegue, mesmo quando a gente alcança algumas vitórias do ponto de vista eleitoral, do ponto de vista institucional. (Advogado, Central dos Movimentos Populares, participação em *focus group*)

As antinomias entre desenvolvimento, democracia e compromisso com as causas populares apontam não só os limites do aparato jurídico transformador constitucional e pós-constitucional, como também as contradições do governo democrático-popular que deu suporte político à introdução das mudanças. Naturalmente, as fronteiras entre a luta popular e a manutenção da dominação por uma esquerda política que ela alimenta passam a ser questionadas a partir do momento em que esta esquerda assume a governabilidade e o compromisso com o crescimento. Por outro lado, a cooptação não só dos profissionais mas dos instrumentos jurídicos de inovação da luta popular, coloca em questão a necessidade de resinificação da articulação política e da estrutura de oportunidades jurídicas pelos grupos sociais subalternos.

...por exemplo, o governo federal que se diz democrático, passa dinheiro para obras da região metropolitana do Brasil e que provoca despejo, remoções forçadas, violação de direitos humanos, direito a moradia. E aí? Vamos dizer que somos radicalmente contra, que não aceitamos isso se não tiver uma cláusula que exija a participação e aprovação das comunidades. (...) E o governo federal, que se diz democrático, repassa dinheiro sem colocar uma cláusula para que não haja despejo e remoções violentas nas obras. É esse país que às vezes a gente pinta lá fora, até porque é um governo de partido de esquerda democrático, mas se vir na realidade não é bem. Então a gente vai precisar casar essa luta, porque não é fácil.

Eu acho que a gente está num ativismo sem fazer uma reflexão, sem parar para pensar. A gente conquistou uma série de instrumentos e, às vezes, mesmo nós lideranças, lutamos e lutamos, conseguimos uma vitória. Eu lembro a dificuldade que foi para a gente envolver algumas lideranças para barrar a revisão do plano diretor da cidade de São Paulo. Era difícil você envolver uma liderança do movimento popular. Nós lutamos para conseguir o estatuto da cidade. Uma aventura para você conseguir uma lei. Consegue. Mas a gente dispensa toda a nossa energia na questão das conquistas imediatas, e aquelas questões mais gerais a gente não dispensa energia. A questão de se indignar com a questão do despejo numa comunidade, seja ela é organizada ou não, não é de muitas das lideranças. Eu acho que a gente tinha que parar para refletir melhor

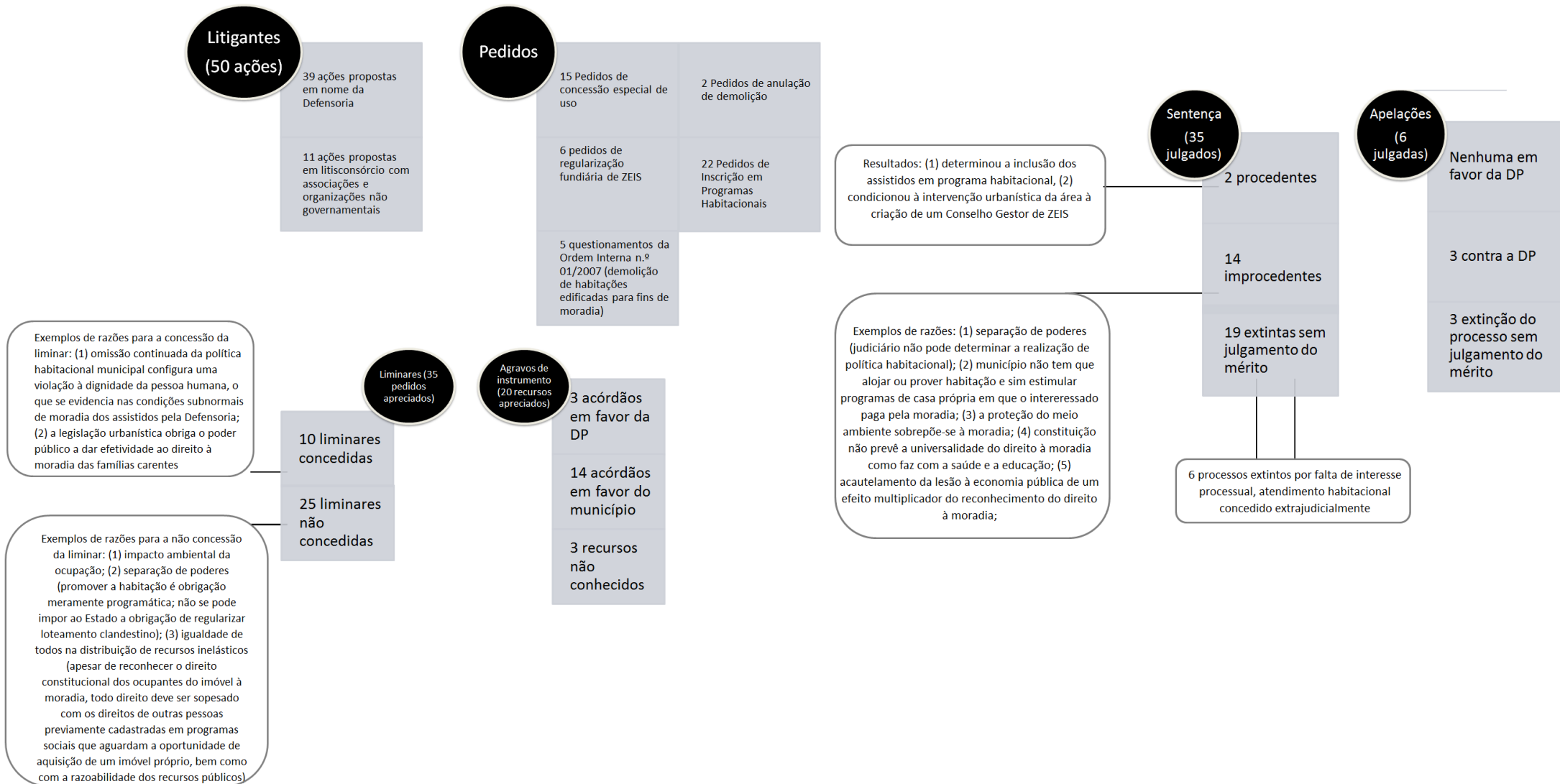
porque, por exemplo, nós tivemos uma época em que o orçamento participativo era a menina dos olhos azuis. Era a revolução. Todas as coisas do mundo iam-se resolver pelo orçamento participativo. Virou retórica hoje, ninguém mais fala nisso. Eu já começo a falar que se a gente não tiver cuidado, a questão dos conselhos, que a gente lutou, a questão dessa participação mais nacional, se a gente não fizer um processo de reflexão para a gente se utilizar desses instrumentos importantes, daqui a pouco vai virar como o orçamento participativo, retórica também. (Advogado, Central dos Movimentos Populares, participação em focus group)

Deve-se ter em conta que a própria receção pelo sistema jurídico das reformas legislativas é moderada em face tanto da consolidação dos princípios de proteção jurídica da propriedade individual, das características de desempenho dos tribunais, quanto pelos limites institucionais do judiciário.

Quando entrou o estatuto da cidade, o que a gente teve de petições indeferidas. O estatuto da cidade entrou e entrou a gente começou a usar. E a resposta do judiciário foi: não se aplica agora. Entre a entrada da lei e o judiciário entender que a lei é para aplicar, é uma história. Eu tenho um caso em que lá atrás a gente entrou com uma ação. E, agora, o tribunal veio dizer que o estatuto da cidade tinha que ter sido aplicado desde o início. Quer dizer, foram quase 10 anos para o tribunal de justiça dizer que o estatuto da cidade podia ser aplicado desde a sua publicação. Hoje a gente entra com ações, o nosso centro tem algumas ações coletivas pedindo a aplicação do estatuto da cidade e usucapião coletiva. A gente vai tentando. Mas é assim, esperar, às vezes, pelo judiciário, é muito lento e a política acaba tendo que intervir para solucionar as coisas mais imediatas. (Advogada, Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, participação em *focus group*)

Nassar (2011) apresenta um levantamento estatístico das ações civis públicas em defesa da moradia impetradas pelo Núcleo de Habitação e Urbanismo da Defensoria Pública. No organograma 1 apresento o percurso da judicialização do direito à moradia das comunidades pobres de São Paulo, com base nos dados recolhidos entre 9 de Dezembro de 2006 e 7 de Dezembro de 2010.

# Organograma 1. Percurso das ações civis públicas em defesa do direito à moradia propostas pelo Núcleo de Habitação e Urbanismo da Defensoria Pública do Estado de São Paulo



A principal conclusão acerca da trajetória de judicialização do direito à moradia dos pobres pela defensoria pública é a de inexistência de uma sentença condenatória por parte do tribunal de justiça estadual impondo ao município de São Paulo a obrigação de implantar uma política social de habitação para as comunidades ameaçadas de despejo/remoção. Os argumentos de não-interferência judicial na política pública são múltiplos: (a) respeito à separação de poderes; (b) não-universalidade da previsão constitucional do direito à moradia; (c) acautelamento dos impactos sobre o planejamento económico e orçamentário da imposição de decisões judiciais com efeito multiplicador e (d) proteção das próprias comunidades perante riscos ambientais, entre outros. A alteração das relações é conseguida pela Defensoria por meio de soluções extrajudiciais em que a própria municipalidade aceita assegurar o atendimento habitacional ou proceder à regularização urbana dos assentamentos. Num universo de 50 ações, contabiliza-se 11 casos de resolução extrajudicial dos conflitos de moradia (Nassar, 2011).

Do ponto de vista da atuação simbólica do direito, despontam os efeitos políticos da obtenção de providências cautelares nos tribunais. Num universo de 35 pedidos de liminares, 10 antecipações da tutela foram concedidas em primeira instância em favor da Defensoria Pública, muito embora, nas decisões dos recursos, o Tribunal de Justiça do Estado só tenha decidido em favor da defensoria em 3 dos 20 agravos de instrumento. Neste caso, a interferência circunstancial e provisória do campo jurídico potencia condições para organização da reivindicação popular. A experiência de luta pela moradia no Brasil e em Portugal parecem convergir ao localizar os limites do direito e o papel acessório da utilização dos tribunais em relação a uma articulação política mais ampla.

Fundamentalmente eu acredito que as lutas têm que ser políticas e que o direito, o sistema de justiça tem que ser um auxiliar dessas lutas políticas. Então, pessoalmente, o meu esforço foi, em primeiro lugar, tomar posse desse presente histórico que eu acho que é uma conquista dos movimentos de moradia, dos movimentos de reforma urbana. Esse presente maravilhoso que é o estatuto da cidade, que, por mais carácter retórico que ele tenha na prática, serve para você testar os limites do sistema e, nesse sentido, avançar certas lutas políticas. Abrir brechas. Isso proporcionou a mim e à nossa geração a oportunidade de avançar essa consciência histórica, de realizarem novas lutas utilizando-se da judicialização, (Defensor Público, participação em *focus group*)

Eu posso dizer o seguinte, afirmar com toda a experiência que eu tive o seguinte. Tanto os governos democráticos populares, que é importante mas não resolve o problema, como a questão da legislação

avançada, como a questão de você ter instrumentos novos de defesa, se você não tiver atuação política não resolve. Tanto é que aquelas comunidades, que não têm contacto nenhum, que não tem acesso, se elas procurarem um advogado que não seja articulado de uma forma mais geral, um simples advogado, até elas chegarem na defensoria, muitas vezes nem informam que existe a defensoria. Elas não vão conseguir se não tiver uma atuação mais ampla, porque as vitórias que a gente tem, em parceria com a defensoria, que um centro de assessoria ainda tem, é porque você teve do lado a atuação política. Por si só, a legislação que garante o direito social à moradia, a dignidade humana, por si só, se você chegar lá numa defesa meramente tradicional, não vai obter vitória se você não tiver uma força política junto, atuando ao lado da legislação. Então, eu diria que, mesmo que a gente tenha avanços na legislação dos direitos, se você não tiver atuação direta, infelizmente, você não consegue. Até porque a maioria dos grupos organizados quando ficam sabendo da notícia de que existe uma ordem de reintegração de posse contra eles, já expirou o prazo de defesa. Então, eu acho que a gente tem avanços do ponto de vista da legislação, dos instrumentos, mas as vitórias que a gente tem em São Paulo (...), embora a gente tenha um sistema altamente progressista de legislação, de direito assegurado, não só na constituição federal mas nas leis infraconstitucionais, no dia-a-dia, o que a gente vê não é a concretização desses direitos, se você não tiver uma atuação política dos centros, das entidades, a gente não consegue obter vitórias. Precisa ter essa relação permanente. (Defensor Público, participação em *focus group*)

Como espaço de luta política a consagração do direito à moradia dá-se nos entornos do que a municipalidade está disposta a aceitar, de acordo com gestão de um orçamento público inelástico em que o governo detém o poder de decisão sobre as prioridades a atender. Consequentemente, a luta social e o acesso à justiça dirige-se menos à ampliação do direito à moradia no estado de direito e mais ao controlo dos efeitos do necropoder nos estados de exceção. Em 2011, em comunicado contra as remoções do bairro da Torre, na área metropolitana de Lisboa, as/os moradoras/es de Camarate chamavam atenção para o fato de as decisões de demolição representarem uma exclusão total, uma vez que as/os habitantes dos bairros clandestinos não estão em igualdade de condições para aceder ao mercado formal de moradia.

Os moradores do Bairro da Torre, que aí residem há vários anos, apesar de não estarem inscritos no PER (Programa Especial de Realojamento, 1993) e, consequentemente não terem direito ao realojamento através deste programa, mantém o seu direito, inalienável, à habitação previsto nas cartas de direitos humanos e no art.º 65 da Constituição da República Portuguesa; Muitos dos moradores do Bairro da Torre têm rendimentos muito baixos ou não têm qualquer rendimento. Existem também muitas crianças, famílias monoparentais, pessoas com problemas graves de saúde ou deficiência, e pessoas com mais de 65 anos de idade. Perante essa realidade, o acesso à habitação e a sua manutenção no mercado livre de arrendamento é impossível;

O necropoder ainda se manifesta como repressão penal e criminalização da luta política e da resistência. O poder de veto do poder público sobre as condições de vida das comunidades incide como força direta nas ações de despejo e na contenção das resistências aos processos de desocupação. Os momentos de resistência às remoções

dão-se num contexto de combatividade entre as forças legais e as/os inimigas/os da propriedade e da ordem territorial. O cumprimento do direito pela necropolítica suspende a coexistência com os regimes de ilegalidade dos assentamentos, tolerados pelo Estado, traduzindo-se em violência e proscrição das comunidades pobres. Em São Paulo, um exemplo extremo recente (2012) foi vivido com execução da ordem de despejo da comunidade Pinheirinho, em São José dos Campos, onde a resistência de mil e seiscentas famílias de moradores perante a execução de uma ordem de desocupação pela Polícia Militar do Estado resultou numa ação violenta de despejo que durou 17 horas.

A Defensoria Pública paulista tem impetrado ações indenizatórias por danos materiais em favor de famílias removidas do Pinheirinho (em Março de 2013, contabilizavam-se 1050 ações). De acordo com a informação da Coordenadoria de Comunicação Social da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, as ações individuais foram propostas após o relato pelas/os moradoras/es dos abusos e excessos cometidos pelos policiais militares e prejuízos causados pelo processo de desocupação. Entre as pessoas que procuraram a defensoria, 34% relataram que tiveram suas residências destruídas durante a desocupação, enquanto 8% disseram que suas casas foram arrombadas; 67,4% também disseram que precisaram utilizar os abrigos improvisados em escolas, igrejas e outros equipamentos públicos, pois não tinham para onde ir. Ainda segundo o relatório de atendimento, 23,7% disseram ter sido vítimas de armas de baixa letalidade durante a desocupação.

Um ano após a ação de despejo, o Núcleo de Habitação e Urbanismo da defensoria impetrou uma ação civil pública requerendo do estado e município de São Paulo e da entidade proprietária do terreno indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 10 milhões e tratamento psicológico das famílias removidas. A ação ainda pede a reinserção dos moradores em programas sociais, laboriais e de qualificação profissional, bem como que o Estado de SP uniformize os procedimentos operacionais da Polícia Militar em caso de desocupações, implementando um programa de treinamento específico aos policiais envolvidos atendendo ao respeito aos direitos das pessoas removidas.

## **Do lado de cá: democracia racial**

### **Do lado de lá: discriminação negativa impune**

Tendo descrito na seção anterior os efeitos do fascismo enquanto técnica de desterritorialização legal e reterritorialização marginal, a partir deste tópico, a discussão passa a incidir 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.

Nesta seção, 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, tanto em Portugal quanto no Brasil, indiciam, 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 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. Esta formulação do aparato jurídico contra a discriminação racial negativa não se distancia muito do reconhecimento que a igualdade racial recebe nos ditames da república portuguesa.

O princípio de igualdade plasmado na constituição portuguesa reconhece que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social. Enquanto os fundamentos e a distribuição de direitos da constituição brasileira consagra o funcionamento de uma democracia racial que pune severamente os atos racistas, os princípios da república portuguesa condenam as relações de força passadas e afirmam para o futuro o compromisso com a luta anti-imperialista e com a condenação do colonialismo ou de qualquer forma de agressão, domínio ou exploração na relação entre os povos. A densificação em lei ordinária destes princípios tem resultado na construção de uma refinada estrutura de oportunidades jurídicas para a denúncia do racismo, quer através da criminalização da discriminação racial, quer através da constituição de mecanismos de queixa perante à administração pública.

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.

Em Portugal, a tipificação criminal do racismo está elaborada no artigo 240.º do código penal. De acordo com aquele dispositivo comete crime de discriminação racial, sexual ou religiosa quem: (a) fundar ou constituir organização ou desenvolver atividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual, ou que a encorajem; ou (b) participar na organização ou nas atividades referidas na alínea anterior ou lhes prestar assistência, incluindo o seu

financiamento. O código ainda criminaliza os atos daqueles/as que em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social ou sistema informático destinado à divulgação: (a) provocar atos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual; ou (b) difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual, nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade; ou (c) ameaçar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual; com a intenção de incitar à discriminação racial, religiosa ou sexual, ou de a encorajar.

A ordem jurídica portuguesa ainda prevê a instituição de processo contraordenacional, Lei n.º 18/2004, de 11 de Maio, com a aplicação de coimas no âmbito da Comissão para Igualdade e Contra a Discriminação Racial, nos seguintes casos: (a) recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços; (b) impedimento ou limitação ao acesso e exercício normal de uma atividade económica; (c) recusa ou condicionamento de venda, arrendamento ou subarrendamento de imóveis; (d) recusa de acesso a locais públicos ou abertos ao público; (e) recusa ou limitação de acesso aos cuidados de saúde prestados em estabelecimentos de saúde públicos ou privados; (f) recusa ou limitação de acesso a estabelecimento de educação ou ensino público ou privado; (g) constituição de turmas ou a adoção de outras medidas de organização interna nos estabelecimentos de educação ou ensino, públicos ou privados, segundo critérios de discriminação racial; (h) adoção de prática ou medida, por parte de qualquer órgão, funcionário ou agente da administração direta ou indireta do Estado, das Regiões Autónomas ou das autarquias locais, que condicione ou limite o exercício de qualquer direito; e (i) adoção de ato em que, publicamente ou com intenção de ampla divulgação, pessoa singular ou coletiva emita uma declaração ou transmita uma informação em virtude da qual um grupo de pessoas seja ameaçado, insultado ou aviltado por motivos de discriminação racial. Uma das vantagens da mobilização perante à Comissão para a Igualdade e contra a Discriminação Racial consiste na possibilidade de

mobilização do processo pelas organizações não-governamentais de luta contra o racismo e a xenofobia.

Os processos contraordenacionais ainda podem ser dirigidos pelas entidades administrativas competentes na matéria em que se salienta a discriminação, como por exemplo, inspeções gerais ou mesmo a provedoria de justiça. Em ambos os casos, Brasil e Portugal, são aplicáveis princípios de responsabilidade civil perante os danos morais e materiais decorridos dos atos de discriminação racial.

No Brasil, a evolução da legislação de proteção contra o racismo acompanha o empenho de reforma jurídica empreendido pelo movimento negro. Como apontado pelos movimentos de reforma urbana, a elaboração da constituição de 1988 é entendida como marco de reocupação do espaço da justiça enquanto reivindicação positiva de direitos pela população marginalizada, transgredindo os limites de relação com o direito para além da repressão criminal.

A conceção de justiça como está na constituição, ela deixa de ser aquela justiça punitiva e passa a ser uma justiça distributiva de bens, de direitos económicos, sociais, culturais. Não é só a garantia da punição ou só o direito de defesa, o princípio do contraditório, que é assegurado na constituinte. Não! E aí o que o movimento social vai entender por justiça? Ele vai entender que justiça é moradia, ele vai entender que justiça é educação, que justiça é a jornada de trabalho reduzida, é o direito das mulheres pelo mercado de trabalho, é a discriminação passar a ser crime. Quer dizer, uma série de reivindicação de direitos que, nos anos 90, começa a ganhar um novo valor. A criança e adolescente passam a ter um local de discussão no direito. No eixo do trabalho, primeiro, você tem o trabalho como exploração mas, depois, aparece o acesso ao trabalho como um direito e justiça do trabalhador. Aí você vê o movimento de mulheres a dizer que há discriminação na jornada de trabalho. Depois a luta contra a violência contra a mulher. Depois vem o movimento negro contra o racismo, a discriminação, a dificuldade do acesso ao trabalho. Você vê outros movimentos, o movimento negro, o movimento indígena, o movimento de barragens, o movimento de moradia. Você tem uma explosão de movimentos exigindo justiça (Entrevista a representante, Fala Preta).

Em Portugal, a pressão para evolução do quadro jurídico anti-discriminação pós-constituente é associada à soma de esforços entre a atuação interna pelo cumprimento dos princípios da ordem jurídica e a pressão externa das diretivas no âmbito do combate ao racismo e à discriminação dos/das imigrantes no contexto da União Europeia. Nesse

sentido, a Lei n.º 18/2004, de 11 de Maio, veio transpor a diretiva raça<sup>123</sup> para o contexto português.

Existem muitas regras que deviam ser aplicadas cá e não são, diretivas de aplicação direta transpostas ou não transpostas. As orientações comunitárias jogam a favor. Houve ali um período grande em que elas foram bastante ousadas e, por isso, houve um avanço grande e, entretanto, digo eu que isto também tem a ver com as alterações políticas que vão ocorrendo em ciclos, elas agora estão bastante tímidas, mas a verdade é que vão sendo feitas muitas coisas nessa área, a nível europeu. Muito mais na área da imigração do que no racismo propriamente dito mas o que faz com que estas recomendações, estas diretivas que vêm na área da imigração, proibam elas própria a discriminação. E, por isso, acaba por ser um instrumento auxiliar, cujo objetivo principal não é o combate ao racismo, mas ele está lá, existe e é protegido (Entrevista SOS racismo).

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). No caso português, muito embora o processo contra-ordenacional conduzido no âmbito da Comissão para a Igualdade e contra a Discriminação Racial admita tanto a discriminação direta quanto a discriminação indireta, a aplicação do código penal condiciona o crime de racismo à comprovação da organização para fins da prática criminosa ou para fins de divulgação.

De acordo com as organizações investidas na mobilização da justiça criminal portuguesa para tratamento das denúncias de racismo, não só o espartilho de tipificação penal do racismo é apertado, como o sistema de penalização contra-ordenacional é ineficaz:

---

<sup>123</sup> Diretiva 2000/43/EC, de 29 de junho de 2000, implementando o princípio de tratamento igualitário entre as pessoas independentemente de origem étnica ou racial. Destaca-se ainda a Decisão quadro 2008/913/JHA, de 28 de Novembro de 2008, sobre o combate a certas formas e expressões de racismo e xenofobia através da justiça criminal.

Não há diploma nenhum português que não tenha um artigo da não-discriminação, nenhum. Nós somos fantásticos! Nos relatórios europeus, somos fantásticos! Depois, há um problema de efetividade de funcionamento. Porque, quer dizer, nos criminais, temos o 240 do Código Penal e temos a Lei contra a discriminação racial. A lei contra a discriminação racial deixa de fora imensas coisas porque tudo o que não seja acesso a bens ou serviços fica de fora. Tudo o que não cabe no 240, que é quase preciso ter o PNR a fazer uma campanha para mataram uns imigrantes ou os pretos, também não cabe na lei contra a discriminação racial. Do ponto de vista criminal, a única coisa que nós temos a criminalizar o racismo é o artigo 240 do Código Penal que, basicamente, ele foi alterado e a única coisa que alargou foi, em vez de ser discriminação racial, passou a ser discriminação racial e religiosa. No entanto, os pressupostos do que é preciso uma conduta qualquer cumprir para ser considerada crime, é quase preciso ser crime organizado. A própria lei em termos penais não é facilitadora. (...) Temos aqui um vazio gigante, além de termos um problema sério e grave que é a Comissão para a Igualdade e contra a Discriminação Racial nunca funcionou, continua a não funcionar, e arquiva as queixas todas. (Entrevista, SOS Racismo).

No caso brasileiro, em que o espectro de criminalização dos atos discriminatórios é mais extensivo, há a 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)<sup>124</sup>. Do ponto de vista da mobilização das estruturas de

<sup>124</sup> 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

oportunidade jurídica, 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 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.

Eu já vi, em muita situação, meu sobrinho foi, minha irmã foi [à justiça] e não aconteceu nada. Agora se está entrando com indenização, já no cível. Já tem testemunha, tem tudo, é mais fácil. Hoje alguns companheiros nossos militantes criticam o fato de se ter entrado primeiro no criminal. Mas era necessário

---

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).

para que a gente visse como é que a justiça julgava os casos de racismo (Entrevista a representante, Geledés).

Uma segunda estratégia, a utilização dos mecanismos de queixa disponibilizados pela administração pública, aparece como alternativa de mobilização do direito nos dois países, nomeadamente a utilização das ouvidorias/provedorias de justiça. Em Portugal, na luta por igualdade de direitos das/os imigrantes, destacou-se por um período o recurso à provedoria de justiça como instância corretiva da discriminação negativa.

Algumas batalhas, nós mexemos, questionamos, damos visibilidade na rua, etc., até com instituições. Algumas batalhas temos ganho, nomeadamente com o provedor de justiça. Uma delas tem a ver com o que estavam a cobrar aos imigrantes que não eram residentes, residentes no conceito da lei fiscal, de morarem aqui. Mas as pessoas já cá moravam há mais de seis meses e moraram muito tempo, mas as Finanças, arbitrariamente, e de uma forma autoritária, quando as pessoas iam entregar o IRS, colocavam não-residentes. Muitos eram preenchidos, ajudados a preencher pela associação. O funcionário das finanças punha “não-residente”. E cobravam-lhes 20%. Nós começamos a contestar junto ao diretor da contribuição de impostos, mas os advogados não eram bons e fizemos a queixa ao provedor da justiça, que nos deu razão. Tínhamos alertado o alto comissariado para a imigração e outras associações congéneres da ilegalidade, do nosso ponto de vista. O alto comissariado não conseguiu resolver o problema, portanto, nós resolvemos (Entrevista a representante, Associação Solidariedade Imigrante).

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 e direitos dos imigrantes. O perfil institucional dos órgãos públicos pode variar significativamente de acordo com os ciclos político-eleitorais.

[...] aqui há uns anos tínhamos com alguma regularidade reuniões com o provedor de justiça. Ele desempenhou um papel importantíssimo na área da imigração que acho que passou despercebido à maioria das pessoas, mas a nós não. Tínhamos algumas reuniões com ele, na altura nós fazíamos muitas exposições e muitos pareceres à provedoria e colocávamos-lhe imensas questões. Era uma instância a que nós recorriamos com alguma facilidade. Muitas vezes, um parecer da provedoria depois, para nós, era prova num processo-crime. E nós jogávamos com isto. Outras vezes eram eles a dar-nos feedback, outras vezes eramos nós a perguntar o estado das coisas e o que é que seria oportuno nós, enquanto movimento, fazer. E era uma relação puramente institucional e formal mas produtiva e sempre com a maior disponibilidade do gabinete que trata destas questões na provedoria. Com este provedor, por exemplo, não temos contacto nenhum, zero (Entrevista, SOS Racismo).

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 homofobia<sup>125</sup> 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 acompanho 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 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

<sup>125</sup> 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.

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 registro do nome (Entrevista a advogado Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdade).

O caso 3 demonstra como, diante de uma resposta institucional débil de combate ao racismo, o tempo sincrónico de luta social é a luta política.

### Caso 3. 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.crpsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos\\_tematicos/1/frames/fr\\_saude\\_edna.aspx](http://www.crpsp.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 luta<sup>126</sup>.

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 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 do direito é retardatário e limita-se à busca pela punição dos responsáveis pelos danos da discriminação racial sem limites, como demonstra o caso 4.

---

<sup>126</sup> Edna Muniz de Souza em:

[http://www.crsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos\\_tematicos/1/frames/fr\\_saude\\_edna.aspx](http://www.crsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/1/frames/fr_saude_edna.aspx), acessado em 6 de Maio de 2013.

#### Caso 4. 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

Em Portugal, a mobilização do direito na luta antirracista assume contornos mais corretivos do que reparatórios. Para além da combinação da atuação jurídica com a utilização dos mecanismos de queixa da administração pública, a ação das organizações quando apostada na visibilização dos conflitos racistas nos tribunais, é assumida, por um lado, como método de confrontação da democracia racial soberana. Por outro lado, a utilização contínua do sistema judicial nacional tem por objetivo abrir caminho para uma possível mobilização transnacional do direito e recurso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Num terceiro momento, em consonância com as estratégias de uso do direito pelas organizações do movimento negro brasileiro, o uso dos tribunais interessa pelo impacto político de discussão pública das causas.

Alguns dias tem que mudar. Por um lado, nós achamos que um dia tem que mudar e isto só muda quando deixares de ter 20 processos e tiveres 200 mil. E depois, também é conseguir processos e decisões que andem o suficiente para que, quando morrerem aqui, conseguirmos ir para o tribunal europeu. Porque nós, com arquivamentos em inquérito, não conseguimos subir, por isso nós precisamos de uma queixa que passe. Por isso, é tentar convencer todas as pessoas que têm um mínimo de possibilidade, de nos deixarem apresentar as queixas todas, jogar com o número e, um dia, ter uma que passe e que, nem que a gente ainda perca cá, consiga fazer subir a discussão, levar a discussão para outras esferas. Há muitos casos, houve alguns casos de racismo que foram maltratadíssimos pelos tribunais mas que foram durante muito tempo discutidos nos jornais. O caso da discriminação dos Correios, é um caso que, durante anos, mantivemos nos jornais. E isto fez com que houvesse algumas alterações na própria política empresarial (Entrevista a advogadas, SOS Racismo).

O campo jurídico ainda manifesta a aposta no uso transformador do direito através do empenho de acesso à informação como meio de disseminação da legalidade subalterna.

Há aqui outra questão que estes movimentos trazem que é, o acesso, pode não ser à justiça mas é à informação. Quer o SOS Racismo, quer os Precários Inflexíveis fazem ações, sessões de formação e, no ano passado, a propósito dos preparativos para a greve geral, eles fizeram uma ação no Largo de Camões. Isto foi sexta-feira à tarde e ligaram-nos a dizer que no dia seguinte precisavam muito de nós para fazer consulta jurídica na rua. Para esta ação, conseguimos que fossem seis advogados (Entrevista a advogadas, Precários Inflexíveis).

## **Do lado de cá: Segurança Pública e Proteção Social**

### **Do lado de lá: Violência Institucional**

Nesta secção, o fascismo de vitimização dos corpos periféricos esvanece ainda mais os seus contornos. Nas circunstâncias em que a violência infundada tem sua origem na legitimidade da força física e do regime de proteção mantido pela ordem jurídica, o estado de exceção é primordialmente determinado pela negação do conflito ou pelo velamento da ação ou da omissão dolosa. De um lado, a violência institucional assume o exercício de um apartheid geograficamente determinado em que o abuso de direito se reconfigura como uso necessário da força em locais específicos de animosidade, as periferias das grandes cidades, as ações de despejo/remoção, as instituições totais de repressão penal (delegacias, presídios, centros de detenção juvenil), as entidades de disciplina e saúde dos corpos (hospitais, asilos psiquiátricos), entre outros. De outro, evidencia-se igualmente como poder disciplinar e necropoder sob corpos cuja inimidade é biologicamente demarcada. A obliteração do abuso de direito como outro lado da legitimidade da violência do Estado deixa claro, no interior de sociedades democráticas, a divisão abissal entre o espaço excecional da opressão e o espaço de cumprimento da justiça.

Nos episódios em que o necropoder incide como força letal ou de exposição à morte, o carácter fraturado das dinâmicas de/falta de acesso à justiça daqueles e daquelas sistematicamente privados do Estado de direito expõe-se de forma inegável. A luta pelo

acesso ao(s) direito(s) não existe no mesmo tempo ou no mesmo espaço do exercício da violência da exceção. Perante os danos sistemáticos da violência institucional, a luta jurídica é diacrónica, pós-violação dos direitos e busca substancialmente a responsabilização pelos males causados. Circunscrita à reação em face dos efeitos e dos danos provocados, a mobilização da justiça é intrinsecamente limitada. O ocultamento dos regimes de exceção está mais arraigado como prática de poder do que a atuação dos mecanismos de acesso à justiça está equipada e socialmente reconhecida como dinâmica de contrapoder. Nesse curso, o desvelamento do estado de exceção é parcelar e apresenta um impacto preventivo igualmente estrito<sup>127</sup>.

Curiosamente, a incontestável esfera de defesa da liberdade formal da sociedade perante o Estado reside na previsão de direito civis de contenção e estabelecimento de limites formais ao uso da força pública. O processo de redemocratização brasileiro e português, por exemplo, reafirma o compromisso com liberdades e direitos civis como oposição definitiva ao fascismo de Estado que deixaram para trás a partir da promulgação das constituições. Um empenho visível com a ratificação de tratados internacionais e participação dos estados em sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. As constituições nacionais prevêm ainda um extensivo rol de direitos e liberdades pessoais no qual a cisão radical com o passado político totalitário se consagra na defesa da integridade pessoal e na proibição absoluta da tortura. Enquanto a constituição portuguesa estabelece que a integridade moral e física das pessoas é inviolável e ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos; a constituição brasileira prevê que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, estabelecendo a prática de tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Contudo, a força da exceção manifesta-se na segregação dos corpos em zonas não civilizadas. Este espaço em que a ação de segurança converte-se em violência abusiva

---

<sup>127</sup> Sobre criminalização, segregação especial e violência do Estado de direito em São Paulo, ver Caldeira, 2000.

retira o sentido da autoridade do Estado como força, respeito à cidadania e garantia de direitos.

(...) o pobre só tem acesso à justiça na esfera criminal, é pobre, criminoso e merece apanhar. Os casos que nós infelizmente acompanhamos aqui na periferia são de violência policial, teve um caso de um rapaz que foi espancado por um policial militar. Antigamente na delegacia tinha uns bancos de concreto e ele foi jogado, algemado, contra o banco. Teve afundamento da face, teve que passar por cirurgia, foi comprovado que o policial agiu arbitrariamente, com violência e tudo o mais, prendeu o rapaz dentro da casa dele, e a sentença foi favorável. A princípio o policial o tinha acusado de desacato. Ele foi espancado, acusado de desacato e ainda foi processado. A sentença, como é lógico, reverteu a favor dele. Depois disso eu falei para ele “meu amigo, já que você ganhou essa ação no criminal, você entra com ação de indenização contra o Estado”. Ele responde, “não, eu não quero problema”. Quer dizer, o medo que tem a população e a falta de costume de cobrar do Estado. Eu insisti para ele, você agora mexe no bolso do Estado para pedir uma indenização. Infelizmente, para nós, para a maioria do povo, não estamos muito acostumados com isso do Estado pagar uma indenização porque não é isso que se vê no dia-a-dia (Entrevista advogado Centro de Direitos Humanos de Sapopemba).

O ocultamento decorre não só do apartamento de corpos em zonas a serem civilizados pela força mas também através da consagração de um controle exercido como poder total. A totalidade tanto encobre as possibilidades de denúncia, quanto remete a um exercício de autoridade soberana que não é questionado.

A grande dificuldade dos casos de violência institucional é essa zona cinzenta que ninguém viu. A lei do silêncio e da impunidade que impera. É como se tivesse legitimidade naquela abordagem, dar tapa na orelha, dar chute [...] Primeiro, tem a questão da prova, normalmente isso não é feito na frente de todo mundo. Depois, quando os agentes são policiais, eles estão no mínimo em dois, quando, não, em quatro, fica a palavra da vítima que é tida como acusada, ou de desacato, ou de qualquer outro crime, contra a palavra do policial. Por trás dos autos de desacato à autoridade, sempre se pode encontrar alguma violação de direitos. O testemunho dos policiais tem fé pública, qualquer juiz falaria isso. O que consegue romper esse manto de silêncio é alguma imagem ou algum som. Para mim, tá claro. Quando tem registro de áudio ou visual, em qualquer lugar do país, os policiais militares são expulsos imediatamente ou liminarmente, ou são presos [...]. Claro que eles deviam ser obrigados a ouvir as pessoas envolvidas, coisa que a corregedoria da polícia nunca faz e a delegacia nunca faz. Mas mesmo quando ouvem as testemunhas (se alguém pressiona para fazer), você tem 2 a 4 policiais de um lado, falando uma versão absolutamente redonda (porque, quando existe assassinato, o batalhão vai diretamente acompanhar esse policial militar no distrito policial). Então, por mais que o delegado civil queira fazer uma coisa mais correta, existe a pressão. Eu ouvi isso da própria corporação e da corregedoria. Nos casos em que há investigação, são destacados dois homens para irem lá e já arredondarem o Boletim de Ocorrência. Eu tenho um caso de um senhor que teve a casa invadida, foi torturado, engasgado por 6 policiais militares e foi responsabilizado por desacato e outras coisas. O que a defensoria pública conseguiu fazer até agora foi pedir a oitiva de vizinhos, coisa que ninguém tinha feito, e pedir o deslocamento do processo para justiça comum, por tortura. O promotor concordou parcialmente. Primeiro, vamos ouvir as pessoas, depois, tendo indício, mandamos para vara comum para analisar a tortura (Entrevista a defensor público).

Os efeitos dos estados de exceção são amplificados em instituições totais, nomeadamente os espaços de prisão provisória e execução criminal. Tanto no Brasil,

quanto em Portugal, a violência institucional nos presídios manifesta-se como espaço de submissão integral à autoridade dos agentes do Estado. Neste campo, a produção de provas e o encaminhamento das denúncias contra tortura e abusos de direito passam pelo crivo do próprio sistema criminal acusatório<sup>128</sup>.

(...) Diante de um caso de tortura, o que o agente da pastoral vai fazer? Ele tem duas opções. Ou ele procura o órgão de direitos humanos mais próximo a ele na cidade, a OAB, seja o Conselho de defesa dos direitos humanos, o Movimento de direitos humanos do local, a defensoria pública ou o Ministério Público ou o juiz. Ele vai procurar quem está mais próximo. Só que nós estamos contingenciados. É a boa vontade do juiz, do promotor. A gente vai procurando. Eles vão procurando o que ajuda no local. A pastoral assume quando o caso é muito grave. Como é que nós assumimos? Nós vamos fazendo pressão sobre a autoridade responsável. Esse é outro problema, no caso de tortura, por exemplo, quem é a autoridade responsável? Tortura é crime, então é o delegado. Mas como o caso chega ao delegado se ocorreu uma tortura de um funcionário contra um preso? O diretor não vai comunicar ao delegado. E se nós vamos ao delegado, o delegado, em geral, diz que está bem e vai instaurar o inquérito, mas isso não quer dizer que ele vá levar adiante esse inquérito. Nós temos que atuar com o juiz ou, muitas vezes, é o próprio delegado que está torturando naquela carcerária. Nós temos que ir ao juiz ou vamos ao promotor, mas eles não têm poder investigatório, quem tem é o próprio delegado e tem de voltar para o delegado de polícia. É um círculo. Ou, então, a gente percebe que o promotor, como alguns promotores dizem “tortura eu não faço denúncia. Eu faço denúncia de maus tratos, de lesão corporal, mas de tortura não”. Não aceitam a classificação como tortura, ainda que a tipicidade esteja clara, evidente, e a autoria também. Nós enfrentamos todos esses problemas. Não se vai contra o delegado, porque nós comemos da mão do delegado. Se eu vou contra o delegado, ele vai maquiá todos os inquéritos daqui para a frente. Não se pode bater de frente, não se pode denunciar a autoridade local. Nós temos uma série de dificuldades para enfrentar. Outra questão é a própria demora dos processos. A demora mata, o exame de corpo de delito tem casos que é só depois de um ano. Ele tem de ser feito imediatamente, mas não é. É depois de um mês, dois meses, três meses, quatro meses, cinco meses, um ano. A retaliação é uma constante. Quando ele é torturado, ele já é. Quando nós chegamos, a Pastoral ou uma outra organização de direitos humanos ou algum promotor, ele já é avisado. “Se você comunicar, você vai ser torturado novamente, ou então você vai ser morto.” No próprio exame de corpo delito, o oficial, o agente penitenciário que torturou, é aquele que acompanha no exame de corpo de delito e faz a proteção dele durante o exame realizado pelo médico legista. São todos esses problemas que nós temos. que são difíceis de resolver (Entrevista a advogado Pastoral Carcerária).

Depois, há outros aspectos mais graves como sinais de conivência entre certas comarcas, entre o MP, os diretores da cadeia, os funcionários da cadeia, advogados, uma coisa completamente extraordinária. Estou-me a lembrar, por exemplo, de um caso dum casal de espanhóis que foi atacado por um advogado que lhe sacou milhares para os defender que, simplesmente, os abandonou completamente. Eles estavam acusados de um crime de homicídio e foram abandonados. Um crime de homicídio por negligência geral. Uma senhora que foi violada na altura da prisão, uma senhora que deu à luz algemada num hospital, portanto, coisas completamente surrealistas (Entrevista a representante da Associação contra a Exclusão e pelo Desenvolvimento).

<sup>128</sup> Para um estudo sobre o crime de tortura e o papel da justiça criminal em São Paulo, ver Marques, 2009.



Em relatório publicado em 2010, a Pastoral Carcerária aponta a impunidade como principal obstáculo ao combate à tortura no Brasil<sup>129</sup>, salientando como fatores significativos: o corporativismo institucional da polícia (tanto a militar quanto a civil), que realiza uma investigação precária no sentido de descaracterizar o crime de tortura praticado por colegas; a morosidade em relação às providências de apuração das denúncias, retomando a questão do corporativismo; o medo das vítimas em denunciar em decorrência de possíveis represálias; e a dificuldade de comprovar a tortura, tanto no que diz respeito à perícia, que muitas vezes é realizada dias ou meses após a tortura, quanto pela falta de testemunhas, visto que a tortura ocorre em locais de pouca visibilidade. A inadequação do funcionamento das estruturas jurídicas em torno da causa daqueles e daquelas submetidas/os a instituições de controlo totais e seus agentes indicia um quadro de reivindicação social bastante limitado. Em Portugal, assim se manifesta a Associação contra Exclusão e Desenvolvimento:

A ACED é das raras, senão única, organização cívica em Portugal a denunciar os casos de negligência, maus tratos e tortura perpetrados nas prisões. Se a questão da tortura não é um problema em Portugal isso deve-se em grande parte ao facto de não haver denúncias persistentes sobre casos ocorridos, tornando-nos coletivamente cúmplices dos torturadores, pelo menos por omissão. A questão é a de saber porque faltam organizações contra a tortura em Portugal (há várias dezenas delas no país vizinho, como de resto por essa Europa fora). Porque é que os presos e respetivas famílias não se queixam? Parte da resposta pode estar na atitude dos tribunais e do ordenamento jurídico nacional perante a proteção das vítimas de tortura e maus tratos. Frequentemente, a queixa de arguidos de que foram alvo de maus tratos perante o tribunal merece indiferença ou mesmo repreensão. Assim como a mentira reconhecível das autoridades repressivas passa sem reparo, apesar do juramento de dizerem a verdade. Embora, para inglês ver, o Estado seja subscritor dos tratados internacionais sobre direitos humanos, a ordem jurídica interna resiste e opõe-se-lhe sistematicamente [...]

No Brasil, o histórico de afirmação da Pastoral Carcerária é reativo à ausência de atuação significativa no que toca ao quadro de violação dos direitos humanos.

Agora é um pouco difícil em relação ao que dizer da Pastoral Carcerária, porque a Pastoral Carcerária o que é? É um serviço religioso nos cárceres. De onde surge essa ação em favor dos direitos humanos da Pastoral Carcerária? A gente vai visitar, vai realizar o culto, vai celebrar, no entanto, alguém está machucado. A gente percebe que tem 2700 mulheres numa penitenciária com um médico que vai uma vez por semana e só consulta as mais novas e bonitinhas. Então, diante da situação e da omissão do Estado em relação à assistência, à saúde material, à assistência jurídica, a Pastoral Carcerária reage. Ela presta esse serviço, ou busca voluntários para prestar esses serviços. Ou ela pressiona o Estado para que ele forneça esse serviço. Na verdade, a nossa ação em direitos humanos é resultado da omissão e da carência. Há uma continuidade de violações de direitos humanos muito grande todos os dias. Eu tenho uma estagiária aqui, para trabalhar

<sup>129</sup> Sobre este tema ver, ainda, Jesus (2009).

exclusivamente com os casos de tortura do sistema prisional, ainda assim, ela não consegue alcançar todos os casos (Entrevista a advogado, Pastoral Carcerária).

Este contexto convoca a necessidade de um desdobramento institucional pró-ativo, e não apenas de retificação do direito, através de medidas a serem implementadas e reconhecidas pelo Estado que potenciem o acompanhamento e a vigilância externa dos órgãos públicos, o recebimento de denúncias contra os excessos cometidos, a adoção de medidas de responsabilização do Estado e a garantia de reparação pelos danos causados. No caso da tortura, destaca-se a importância de uma ação estratégica de cruzamento de diferentes escalas de realização do direito na implementação de mecanismos de prevenção, como por exemplo, aplicação local do protocolo facultativo da Organização das Nações Unidas.

Nesse sentido, uma parte significativa das recomendações do relatório sobre tortura da Pastoral Carcerária (2010) dirige-se à diferenciação estrutural do sistema de justiça, como, por exemplo: (1) implementação do mecanismo nacional e dos mecanismos estaduais de prevenção à tortura nos locais de privação da liberdade, previsto no Protocolo Facultativo à Convenção da ONU contra a Tortura; (2) criação de uma delegacia própria para apuramento dos casos de tortura, com independência funcional em relação à secretaria de segurança pública; (3) criação de um banco de dados para registros das denúncias de tortura ou revigorar o SOS Tortura; (4) colocação da gestão prisional exclusivamente sob o controle de civis; e (5) criação de um mecanismo de acesso direto e confidencial entre presos e familiares e o mecanismo de visita e combate à tortura.

Em São Paulo, o desenvolvimento de um espaço de assistência jurídica do Estado para recebimento das denúncias, nomeadamente de violência policial, tem envolvido uma reconfiguração da própria concetualização do papel da defensoria pública. O desafio do Núcleo de Direitos Humanos da defensoria para tratamento destes casos implica transgredir os limites de ação de uma estrutura de assistência jurídica estatal tradicionalmente consagrada à defesa da/o ré/réu em processo criminais. Uma alteração de papel institucional que contradita a clássica crítica que a defesa pública levanta à ineficácia repressiva e ressocializadora do sistema criminal.

(...) a ação da defensoria pode ser um diferencial, mas isso tem que ser reconhecido como prioridade, se você conversa com os defensores, tem gente que acha inadmissível se utilizar do aparato penal para buscar a punição, que é uma das coisas que você teria que fazer. É tortura, não é desacato, tem que se processar os policiais por tortura. Eu sustento que é uma questão de paridade de armas, você quer abolir o sistema penal, abole pra todo mundo, mas enquanto existir para reprimir determinados grupos, pode e deve ser usado como meio de repressão da violência institucional. Basta fazer esse uso dentro de uma visão de defensoria, não é uma punição a qualquer custo. Eu concordo que a justiça não é igual à justiça criminal. Tem várias formas de atuação, a primeira coisa é você estancar, não é punir. Agora em determinados casos você não tem como não buscar a justiça penal. A tortura é um crime inexistente, é como o racismo, e os dois estão na constituição. Há uma discordância até dentro da própria defensoria, como deve ser a atuação nesses casos. É preciso amadurecer, era interessante, por exemplo, criar uma banca só para assistência de acusação em violência policial, agora eu quero ver quem é que ia aceitar isso (Entrevista a defensor público).

A mobilização dos tribunais manifesta-se como acesso aos direitos através de medidas de reparação, ressarcimento pelas perdas e responsabilização do Estado. A atuação da defensoria pública de São Paulo, através de pedidos de indenização, demonstra um lastro de violência institucional que ultrapassa o espectro dos maus-tratos e tortura nos espaços de privação de liberdade, abarcando o incumprimento mais geral do dever de proteção do Estado, o que demarca não só a ação dolosa mas também a omissão na promoção da saúde e da segurança das/os cidadãs/ãos mais carenciados.

### Quadro 3. Ação e omissão doloso do Estado na garantia da Saúde e da Segurança

	Resumo do caso
Caso 1	Sentença determinando indenização do Estado em favor de detento cujo falecimento ocorreu sob os cuidados do estabelecimento prisional. Nenhuma debilidade clínica foi detectada na avaliação médica inicial. Alguns meses depois, a saúde da vítima foi se deteriorando rápida e gradativamente. Segundo relatos da esposa, nos dias de visitação, ela encontrava o marido sozinho na enfermaria, já em estado crítico de saúde, sem que lhe estivesse sendo ministrada qualquer medica�o e sob os cuidados de outro detento que lhe fornecia comida e �gua. Embora tenha sido levado para hospitais da região e até mesmo da capital, a falta sistemática de tratamento médico ocasionou o �bito.
Caso 2	O Município de São José dos Campos condenado a indenizar o marido e os três filhos de aposentada que morreu durante uma enchente ocorrida em janeiro do ano passado. A vítima vivia em uma região de forte adensamento populacional, às margens do córrego Cambuí, onde os problemas de inunda�o são freqüentes e conhecidos pelo município, cujo projeto de canaliza�o pela Prefeitura não concluido provocou a inunda�o.
Caso 3	Oito pedidos de indeniza�o contra o Estado de São Paulo por conta dos crimes acontecidos em maio de 2006 ,na cidade de Santos. Os crimes estariam relacionados aos ataques de uma facão criminosa e suposto revide policial decorrente, que vitimou dezenas de pessoas inocentes. As a�es foram propostas em favor dos familiares das vítimas e de um sobrevivente.
Caso 4	Sentença determinando o pagamento de indeniza�o pelo Estado e Município � viúva de um paciente que faleceu de gripe suína após sua internaa�o ter sido rejeitada pelos hospitais públicos da região de Taubaté. O paciente procurou o posto de saúde municipal e foi-lhe negada vaga em hospital junto ao Sistema �nico de Saúde. Por falta de vagas nos hospitais públicos da região, os familiares procuraram um hospital particular para que fosse feito o tratamento. Porém, pelo erro inicial de diagnóstico e falta de tratamento na rede pública, o paciente não resistiu e acabou falecendo.
Caso 5	A a�o indenizatória pela morte de paciente que passou 16 dias internado sem água e alimenta�o, com sinais de enfarte e sem que fosse promovida sua transferência para um hospital com melhores condi�es de atendimento. Outras a�es foram encaminhadas ao Judiciário envolvendo casos de pacientes que ficaram em ambientes com m�s condi�es de abrigo ou que receberam tratamento médico inadequado. De acordo com dados levantados pelo Defensor junto ao 2� Subdistrito do Registro Civil das Pessoas Naturais de Taubaté, duas pessoas morrem por dia no pronto-socorro.
Caso 6	Tribunal de Justiça do Estado (TJSP) concedeu indeniza�o de 150 salários mínimos aos familiares de um jovem morto dentro do extinto presídio do Carandiru, em 1999. A decisão foi divulgada nesta semana. Giovane Batista de Lima, pai de duas filhas, tinha 27 anos e cumpria pena no Pavilhão 8 da extinta Casa de Deten�o de São Paulo. Em 25/2/1999, ele morreu no local em razão de traumatismo craniano e hemorragia interna. O boletim médico narrava que ele tinha sido vítima de várias perfura�es por armas brancas. As investiga�es concluíram que um colega de cela foi responsável pelo ataque.
Caso 7	Sentença de primeira instância favorável condenando a Fazenda Pública do Estado a indenizar em R\$ 232,5 mil os filhos de um comerciante morto em 2009, após tiroteio durante uma persegui�o policial. Ele fora vítima de um seqüestros relâmpago. No curso do seqüestros, uma viatura da Polícia Militar mandou parar o veículo, porém, com a negativa, teve início uma persegui�o policial e tiroteio com disparo de 66 tiros pelos policiais. Um dos disparos acertou o comerciante na cabeça. Ele foi levado a um hospital, mas não resistiu ao ferimento e morreu. Na a�o, a Defensoria Pública argumentou que os policiais deveriam ter atentado � hipótese de haver inocentes no veículo antes de efetuar disparos.
Caso 8	A vítima morreu durante o período de banho de sol no presídio, por supostamente pertencer a uma facão criminal diversa àquela do restante dos presos. O Tribunal de Justiça determinou uma indeniza�o pelo Estado aos pais de um detento morto.
Caso 9	O Tribunal de Justiça do Estado confirmou uma sentença de primeiro grau e condenou a Prefeitura de São Paulo e o Hospital Municipal Ermelino Matarazzo a pagarem indeniza�o no valor de 50 salários mínimos a título de danos morais para cada uma das quatro filhas de uma mulher que morreu naquele hospital, após ter se jogado da janela do quarto onde estava internada, em quadro de confusão mental. A Justiça reconheceu a omissão do serviço público de saúde, por não ter tomado cuidados necessários para evitar o suicídio da mulher.

**Fonte: Coordenadoria de Comunicação Social da Defensoria Pública**

O necropoder manifesta-se tanto na ação que provoca a morte quanto na inação que retira as condições de vida.

[...] você vai no hospital do estado aqui, em que o corpo de enfermagem não recebe o aparato da diretoria do hospital para ter uma condição digna de trabalho. Isso reverte contra quem? Contra a população. Acompanhamos o caso de um garoto de dez anos que faleceu e teve outro de seis meses que está numa UTI por falta de um atendimento rápido. Isso se as pessoas não estão orientadas para o procedimento que devem tomar, para tirar satisfações do que aconteceu, fica por isso mesmo (Entrevista a advogado, Centro de Direitos Humanos de Sapopemba).

A violência na restrição das condições de vida é transversal e aplica-se igualmente ao tratamento dirigido às/aos pobres pelas próprias instituições do sistema de justiça:

Eu tenho um exemplo também baseado no funcionamento do juizado da infância e juventude. Antes de receber a informação do promotor de justiça, as pessoas ficam numa sala superaquecida, uma ante sala com bancos desconfortáveis. São tratadas de qualquer jeito, o promotor trata de qualquer jeito os adolescentes. Em que pese que eles tenham cometido ato infracional, são sujeitos de direito. Têm direito a respeito, isso se aplica inclusive às mães que estão lá, que não cometeram nenhuma infração para passarem por esse tipo de humilhação. O tipo de tratamento é terrível para o pobre. Você não vê nenhum da classe média ali, só pobre. Na defensoria, é só pobre. Nas varas criminais, quem está ali a maioria é pobre. O rico não, o rico consegue abrir as portas em menos de 24 horas (Entrevista a advogado, Centro de Direitos Humanos de Sapopemba).

O caso 6 exemplifica o acesso à justiça como a mobilização reparatória da justiça em face da omissão do Estado na garantia da segurança dos adolescentes internados nos centros de detenção juvenil em São Paulo.

**Caso 6. Violência como omissão do dever de segurança e proteção da cidadania**

A Fundação Casa foi condenada a pagar aproximadamente 400 mil reais à família do jovem Sidney Moura Queiróz, morto em setembro de 2003 por ter mais de 70% de seu corpo gravemente queimado em um incêndio, na Unidade 19 do extinto Complexo Tatuapé da Febem (Fundação Estadual para o Bem Estar do Menor), dois meses antes. O valor da condenação se refere à soma dos valores atualizados da indenização de 150 mil reais por danos morais e o pagamento de uma pensão vitalícia de um salário mínimo à mãe do adolescente.

Tanto o juiz de primeira instância como o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceram a responsabilidade da Fundação CASA pela garantia da vida e integridade dos adolescentes e jovens privados de liberdade sob a sua guarda. Ficou provado que a unidade não tinha condições de segurança contra incêndio ou sequer possuía alvará de funcionamento, justamente por falta de autorização dos Bombeiros.

Na época, o próprio presidente da Febem, Paulo Sérgio de Oliveira e Costa, reconheceu a responsabilidade da instituição: “Confesso que, como presidente da Febem, não posso me conformar com o resultado trágico de uma ação, no mínimo, negligente, onde situações, que envolvem garotos com personalidade complexa, são absolutamente desprezadas pelos nossos funcionários. Depois do evento, de nada adianta “desculpas” ou “justificativas”, pois o que importa é o que deixou de ser feito para evitar a tragédia”. Sidney havia sido

transferido àquela unidade depois de represálias por ter denunciado funcionários do Complexo Franco da Rocha por tortura.

Fonte: Conectas Direitos Humanos

Este caso integra as ações de litígio estratégico conduzidas em São Paulo no âmbito da organização Conectas Direitos Humanos. Esta atuação estratégica em causas relativas ao sistema juvenil de privação de liberdade envolve ainda outros casos, como a condenação em 2011 da Fundação Casa (Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente), antiga Febem (Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor), ao pagamento de R\$ 300 mil para a família de um jovem esfaqueado por outros internos, na extinta unidade de Franco da Rocha. Em 2010, foi obtida sentença semelhante determinando o pagamento de R\$ 600 mil à família de outro interno, vitimizado nas mesmas condições. No mesmo sentido, uma ação internacional perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos levou ao fechamento do complexo de Tatuapé da Febem, devido a denúncias de tortura e outras violações de direitos humanos<sup>130</sup>. No espaço de mobilização perante a necropolítica, é também exemplificativa a reivindicação das mães dos adolescentes para assegurar a responsabilidade do Estado pelo sepultamento dos filhos mortos dentro dos centros de detenção.

(...) o menino tinha cometido graves erros, podia morrer dentro da prisão mesmo. Ninguém discutia a necessidade de ações de reparação, de indenização da família. Depois que morria, jogavam no IML e a família que se virasse. Sem nenhuma estrutura, sem nenhuma condição. Nem fazer o sepultamento, a FEBEM fazia. Deixava no IML (Instituto Médico Legal) e as assistentes sociais é que faziam lá, aquele sepultamento social. Dar o caixão, fazer atestado de pobreza para poder conseguir o caixão. Era uma humilhação. A gente entrou com isso, exigir que o Estado, já que estava no FEBEM e eles mataram, deixaram morrer, o funeral a gente queria com decência. Eu só faltei apanhar, eu fui empurrada dentro daquele IML com funcionários da FEBEM. Eles só faltaram me atropelar quando eu chegava com essa ideia. E aí eu exigia, chamava a imprensa, queria saber porque é que não tinha aquela possibilidade. Hoje é uma garantia. Então, hoje, quando infelizmente morre um adolescente dentro da fundação, a fundação já cumpre todo o velório com dignidade aonde a mãe leva o filho para ser enterrado. Então tudo é feito, hoje,

<sup>130</sup> Desde 2003, o Complexo do Tatuapé da Febem, que ficou conhecido nacional e internacionalmente como palco de diversas violações de direitos humanos, passou por incontáveis rebeliões e pela morte de ao menos oito internos, em diversas modalidades: enforcamentos, assassinatos, maus tratos, queimaduras e execuções durante rebeliões. Em novembro de 2005, foi alvo de condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir de denúncia apresentada pela AMAR, Cejil, Comissão Teotônio Vilela, Conectas, Travessia e Fundação Interamericana de Direitos Humanos. Tal condenação obrigou o Estado brasileiro a tomar medidas concretas para impedir novas violações. A desativação foi feita em 2007 (<http://www.conectas.org/artigo-1/desativado-complexo-tatuape-da-antiga-febem>), acedido em 24 de Abril de 2013.

dentro do respeito. Mas não era assim (Entrevista a representante, Associação de Mães e Amigos dos Adolescentes em Risco).

## O PAPEL DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA NA CONSTRUÇÃO DE UM ACESSO À JUSTIÇA PÓS-ABISSAL

A discussão comparativa 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. Ao longo deste capítulo 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 à justiça pelo Estado ou atendem a objetivos de governamentalidade, disciplina e controlo de uma população consumidora de justiça ou demarcam as fronteiras entre os princípios de um Estado de direito e a submissão a estados de exceção. A primeira nota é, portanto, a de existência de uma ambivalência subjacente ao campo jurídico. A imaginação utópica do direito e o seu exercício concreto oscilam entre a afirmação simbólica dos direitos e a delimitação da ordem, a previsão de garantias pessoais e a violência da exceção, a justiça como resolução neutra de conflitos e a justiça enquanto mecanismo político de reconhecimento do abuso e dos danos da privação sistemática do direito.

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

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

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

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

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



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

A legalidade cosmopolita subalterna, na qual a previsão legal de acesso à justiça, e especialmente a assistência jurídica, pode refundar o seu potencial democrático, manifesta-se nas dinâmicas de repetição/resinificação e deslocalização do direito exprimidas nas fronteiras entre o Estado de direito e os estados de exceção. Interessa perscrutar como as dinâmicas de resistência e contraposição à dominação político-jurídica amplificam a hibridização do direito nos corpos periféricos revigorando o sentido e o alcance da previsão de direitos; visibilizando as/os principais interessadas/os no controlo do poder do Estado e confundindo as funções ideológicas da justiça.

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

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 do sistema de assistência jurídica e da advocacia de causas, o

que vou denominar exercício da contra-justiça pelos corpos jurídicos híbridos subalternos. Como pretendo demonstrar, o exercício da contrajustiça incide especialmente no processo de enunciação do direito (quem enuncia e o que deve ser enunciado). A contrajustiça é exercida em contexto de hibridação na medida em que potencia caminhos cruzados de transformação, isto é, que têm impacto tanto nos modos de atuação institucional e profissional, quanto nos métodos e nas alternativas de ação social.

Os exemplos aqui apresentados centram nos testemunhos de acesso à justiça obtidos junto de 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 estruturais – tem contribuído para aprofundar o processo de hibridização a que estão submetidos os sujeit(ad)os políticos. Em sentido contrário, em Lisboa, a manutenção de um modelo de assistência jurídica de serviços tradicionais, ao estreitar o alcance da estrutura de oportunidades legais, reduz o campo de exercício da contrajustiça enquanto transformação dos modos de enunciação do campo jurídico, retirando-lhe um espaço de ressonância junto do direito e das instituições oficiais. A hibridação hegemónica e contrahegemónica do direito fica estancada nas categorias fixas do paradigma liberal (indivíduo, proprietário, trabalhador, etc.) operando por meio de um sistema de assistência jurídica dedicado a assegurar a melhor prestação profissional para a resolução dos conflitos individuais. Esta lógica de supressão dos conflitos enquanto conflitos sociais estruturais acirra-se com o processo de defesa da identidade profissional da advocacia e monopólio dos serviços jurídicos de assistência por esta profissão, volto a este tema no próximo capítulo.

O depoimento a seguir, proferido pelo representante da Associação Solidariedade Imigrante, dá conta da relação entre demandas estruturais e sistema de acesso ao direito e aos tribunais, apurada no curso do trabalho de campo em Lisboa:

Mas muitos imigrantes, nomeadamente de leste, não ficam muito contentes com os advogados portugueses. Eles não têm dinheiro para pagar, naturalmente. Têm conflitos laborais ou conflitos de saúde, com o hospital. As pessoas começam a criar esse hábito: não se caem e não ficam de braços cruzados. A

Ordem dos Advogados nomeia. As pessoas vão lá a primeira vez, chegam à associação e dizem "eu não quero aquele advogado, ele não me ajuda nada, ele diz que está tudo bem e que não pode fazer nada" (Representante Associação Solidariedade Imigrante, participação em *focus group*).

Esta relação de alheamento do sistema de acesso ao direito tem reflexos nas características da mobilização jurídica empreendida por movimentos e organizações sociais. A inovação de resultados na luta pelos direitos, quando não advém da pressão e luta política, resulta da capacidade de as organizações explorarem o circuito administrativo consumista das reclamações junto aos órgãos públicos. Não, por acaso, ao caracterizar a relação da associação com a mobilização do direito, o mesmo entrevistado descreve uma ação corretiva do direito assente no consumo das instâncias administrativas e marcada pela autonomia em relação à assistência jurídica profissional. Uma realidade que descarta hipóteses de hibridação a partir dos canais de mobilização do direito abertos pela assistência jurídica:

A nossa associação achou por bem não ter juristas dentro da associação. Nós achamos que o maior defensor do imigrante é o próprio imigrante. Ele que passou pelo problema, que sabe e que criou também ferramentas, criou capacitação. Coletivamente discutimos as soluções e as medidas a tomar. As questões são de processos administrativos, não são processos judiciais. São processos na Segurança Social, com a Autoridade para as Condições do Trabalho. [...] já tivemos advogados imigrantes que experimentaram estar ali um pouco e, depois, por defeito ou por motivos da formação académica, entram muito na conversa técnica e é isso que nós muitas vezes não queremos. Nós queremos mais que as pessoas tenham consciência e compreendam que é possível elas serem capazes de ter esse poder todo para conseguir o seu documento ou para conseguir reagrupar a sua família, para conseguir o seu salário que ficou em atraso (Representante Associação Solidariedade Imigrante, participação em *focus group*).

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

necessidade do direito enquanto experiência de sofrimento decorrente da constante falta de acesso à justiça pertence exclusivamente aos corpos periféricos.

O reconhecimento desta distinção fenomenológica salienta que a correspondência entre a erudição do direito e do seu papel de contraposição ao abuso de poder depende de uma transversalidade de conhecimento entre a autoridade porta-voz do campo jurídico e o corpo recetáculo da violência. Se deter o direito como poder pode afastar a experiência da sua manifestação como fascismo social, a autoridade de ditar os termos de entendimento do direito deve ser 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 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 (Conceição Osório, Associação de Mães e Amigos dos Adolescentes em Risco).

A transgressão da fronteira entre autoridade que aplica e corpo sobre o qual recai a força da lei traduz-se 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 resinificados na medida em que a manifestação do corpo subalternizado transcende a aplicação cotidiana dos institutos e conceitos jurídicos. Por exemplo, muito embora o direito de ir e vir esteja solidamente consagrado na jurisprudência das liberdades civis e como técnica de defesa criminal com a garantia do *habeas corpus*, a repetição desse direito pela população em situação de rua da cidade de São Paulo é feita para desobedecer a autoridade oficial de ordenamento e reordenamento do espaço, revigorando o próprio campo de aplicação do *habeas corpus*.

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

acesso à justiça, a ter acesso à rua. É direito meu. Se eu quiser ficar sentado a vida inteira eu fico. E agora o dever (Anderson Lopes Miranda, Movimento Nacional da População de Rua).

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

[...] desde o início do corrente mês [Janeiro de 2012], a Polícia Militar do Estado deflagrou operação no bairro da Luz e adjacências, região popularmente denominada de “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, inexistente qualquer disposição em nosso ordenamento que determine a remoção compulsória dessas pessoas dos locais onde estão, especialmente por meio de expedientes violentos, vexatórios ou intimidadores.

Neste contexto, a mobilização jurídica, apesar do alcance limitado e posterioridade em relação à violação de direitos, baralha a função ideológica de diferenciação entre a classe trabalhadora e os outros (marginais, bandidos, vadios), tradicionalmente mantida pela justiça. A defensoria ainda tem impetrado ações no estado de São Paulo para impedir a

detenção de moradores de rua com base na contravenção penal de vadiagem. É ainda exemplificativa a liminar obtida junto do tribunal de justiça do estado determinando que o Comando do Batalhão da Polícia Militar de Franca deve abordar as pessoas apenas em situações autorizadas pela lei, *e não somente porque mendigo e morador de rua, devendo ser observado que a busca pessoal somente será procedida quando fundadas razões a autorizarem [...], de modo a não se consumir abordagens arbitrárias pelo simples trânsito em via pública ou mesmo que nela estejam dormindo*<sup>131</sup>.

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

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

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

<sup>131</sup> <http://dp-sp.jusbrasil.com.br/noticias/3142635/a-pedido-da-defensoria-publica-de-sp-tj-sp-concede-liminar-contradetencoes-de-moradores-de-rua-por-vadiagem-em-franca-interior-de-sp>, acedido em 23 de Março de 2013.

protestado contra isso, terem sabido protestar, terem elaborado uma carta e discutido coletivamente é importante. (Amelinha Teles, União de Mulheres de São Paulo)

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

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

No meu ponto de vista, a legalidade cosmopolita subalterna revigora o conceito de justiça popular na medida em que explora caminhos para potenciar o que denomino



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

A judicialização com todos os problemas e limitações que ela tem, tem uma coisa positiva. Acho que não podemos ser derrotistas e dizer que foi tudo em vão, que a lei é ótima, mas na realidade não dá. Eu acho que tem mudado sim e alguns casos são muito emblemáticos. Eu acho que a gente tem que se apropriar deles e divulgar em todos os meios possíveis para dar mais força. As vitórias, os pareceres, as decisões, a gente tem que os usar para fortalecer a luta. Porque é que eu acho que, apesar da judicialização, talvez a gente não consiga vencer esse sistema podre. Esse sistema se reinventa e se reinventa se apropriando de coisas que são muito graciosas para a nossa luta. Vê o exemplo da participação, todas as instituições de financiamento incorporam a participação agora. Não na concepção do Paulo Freire que é aquela transformação de participação ativa, de que as pessoas afetadas possam realmente ser parte do processo. Mas incorpora como formalidade, faço uma audiência pública, legitimo, 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 dinâmicas. 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 assistência jurídica 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 assistência jurídica tem como pré-requisito a presença simultânea deste mecanismo como promessa, manifestação da democratização do Estado de direito, e como transgressão, meio de desvelamento dos estados de exceção. Esta copresença radical (Santos, 2007a) representa, em primeiro lugar, a criação de soluções de serviços jurídicos que amplifiquem os pontos de contato da hibridação dos corpos subalternos. Em segundo lugar, remete à atualização perante o Estado de direito dos diferentes modos de criação do sujeito no exercício da contrajustiça e, vice-versa, à atualização perante os corpos subalternos dos diferentes processos de enunciação da sujeição pela soberania política. Em face da necropolítica, a copresença, não imprimindo a simultaneidade entre a ação violenta e a afirmação dos direitos, visa, pelo menos, reduzir o espaço diacrónico de uma para outra.

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

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

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

[...] a defensora chegou lá e a polícia não está acostumada a agir sendo observada. O que eu acho é que essa antipatia que alguns policiais têm firmado com a defensoria é porque eles estão acostumados a abordar, e eu já vi isso como cidadã “n” vezes, abordar um cidadão e ninguém nem sequer olha para o que a polícia faz, seja porque não é da minha conta, seja porque eu tenho medo, seja porque se a polícia aborda deve ser bandido. Então, o que eu percebo, a polícia está muito costumada a agir na terra de ninguém, sem ser observada... que é sobretudo a parte repressiva, da PM (Polícia Militar), que acontece normalmente, na verdade é meio que sinónimo da PM, a polícia que seria de inteligência seria a PJ. Mas o treinamento da PM é sobretudo um treinamento de guerra, de combate ao inimigo. Essa parte preventiva permeia alguns organismos, tipo polícia comunitária, que ainda é muito incipiente em termos numéricos. O que você percebe na Cracolândia era a força tática, a cavalaria como se fosse a faixa de gaza. Foi basicamente isso. Então, a primeira coisa que os defensores que foram nos primeiros dias perceberam era a PM obrigando a retirada do grupo que não fazia nada de ilícito. Havia relatos que a polícia de moto fazia esse trabalho e foi presenciado por defensores. Chegou a obrigar a retirada de pessoas que nada faziam de ilícito, de ameaçar fisicamente com a moto passando perto do pé ou por cima do pé das pessoas. A primeira ação foi de madrugada e isso a defensoria não acompanhou porque também foi pega de surpresa. Às 5 da manhã, o que eles denominavam de buraco, que é um casarão que provavelmente foi demolido na ação de ontem ou anteontem, onde viviam cerca de 400/500 pessoas. Eles retiraram as pessoas que ali viviam por anos algumas, sem ordem judicial.

Nós estávamos lá enquanto braço do Estado inclusive. ... Causou muita antipatia um simples folheto, que inclusive está disponível no site do núcleo. O folheto dizia: numa abordagem policial é direito de toda a pessoa sempre ser tratada com educação e respeito, só ser presa com ordem judicial ou em flagrante delito, não ter que abaixar a cabeça ou fazer qualquer conduta vexatória numa abordagem policial humilhante, ter o direito de ir e vir, permanecer e se reunir pacificamente. Claro que se algum ilícito a pessoa comete, autoriza-se a intervenção da polícia [...] Então, era um folheto sóbrio que causou um reboliço e que era sóbrio. Eu até chamei de educação de educação em direitos no olho do furacão, porque uma missão da defensoria é a educação e direitos, é dever da defensoria pública. O que fizemos ali não era uma educação em direitos na escolinha. Nós fizemos algo muito importante e continuamos fazendo, que é

educação e direitos no plano real da pessoa com aquele problema em concreto. E na verdade sugeriu-se que os defensores estariam estimulando aquela população a resistir à polícia ou a resistir ao enxotamento. Porque, na verdade, o que acontece é uma expulsão da população pobre daquela região. (Daniela Skromov, Defensora Pública, Núcleo de Direitos Humanos, *Programa Justiça e Democracia da Associação Juizes para a Democracia*)

A copresença radical está, por sua vez, condicionada a arquitetura dos serviços jurídicos, às condições financeiras e estrutura disponível de funcionamento da assistência jurídica, à pluralização das instâncias de recurso ao litígio estratégico, ao impacto dos princípios de independência corporativa (Santos *et al.*, 1996) das profissões, às pressões políticas sobre o alcance e extensão do acesso à justiça aos pobres, entre outros. A maior ou menor abertura para dinâmicas de copresença determina a (re-)configuração de um sistema de justiça destinado ao tratamento disciplinar das divisões visíveis da dominação política e, portanto, de repressão ou de reconhecimento das linhas de divisão abissal que determinam os conflitos sociais. No próximo capítulo, abordarei em detalhe as dinâmicas de expansão monocultural e de criação de espaços pluriversalistas como hipóteses de realização da copresença radical no sistema público de acesso ao direito em Portugal e no Brasil.

## CONCLUSÃO

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

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

A clássica fórmula política de divisão entre Estado (limitado) e sociedade civil (com os direitos protegidos) deve ser re-escrita atentando para os níveis de super-inclusão e super-exclusão resultantes da gestão do contrato social moderno. Face à tolerância das estruturas constitucionais diante da coexistência num mesmo Estado moderno de uma sociedade civil íntima, super-incluída; uma sociedade estranha, medianamente incluída e excluída; e uma sociedade civil incivil, super-excluída, parece evidente que a ampliação do acesso à justiça se justifica mais pela flexibilidade de aplicação seletiva da sua forma do que pelo papel simbólico do seu conteúdo. Importa que a degeneração da forma não implique a degeneração da função do acesso à justiça nas sociedades contemporâneas. Perante o diagnóstico dos danos e da violência sistemática da privação de direitos, a reconstrução do acesso à justiça questiona a manutenção da própria soberania política enquanto representação dos interesses da coletividade. Trata-se de uma reformulação radical, a política da diferença, tratada ou de forma otimista, como gestão da exclusão e da inclusão no âmbito dos contratos sociais modernos; ou, de forma cética, como exclusão abissal inultrapassável, é reescrita na (i)legalidade híbrida dos corpos subalternos.

A copresença radical dos modos de funcionamento do direito e da violência dos estados de exceção é assim uma medida de transparência. As escolhas morais dos agentes políticos e dos operadores do direito são colocadas às claras, de modo que a retórica e a racionalidade jurídica possam servir também às lutas populares. A defesa da razão política ou jurídica e da ampliação do acesso à justiça só está a serviço da legitimação

Acesso para quem precisa, justiça para quem luta,  
direito para quem conhece

social do Estado na medida em que está a serviço da defesa da democracia por uma legalidade subalterna. Ao contrário do que defende o liberalismo político, não há método objetivo através do qual se faz direito e não política. Consequentemente, descortinar o carácter político e de livre escolha do processo de interpretação e criação do direito abre espaço para que este possa ser apropriado pelas partes que permanecem invariavelmente excluídas do contrato social.



**Para uma teoria sociojurídica  
de retaguarda no acesso à  
justiça**

---

**PARTE III**





# ENTRE A MONOPOLÍTICA E A PLURIASSISTÊNCIA: SONHOS DE PODER, IDENTIDADE E VALORIZAÇÃO PROFISSIONAL NO ACESSO À JUSTIÇA

## INTRODUÇÃO

Em Agosto 2011, quem esteve no auditório da Câmara Municipal de São Paulo, durante a abertura do III Ciclo de Conferências Públicas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, pode assistir a um importante diálogo entre um defensor público, integrante da administração geral da instituição, uma professora universitária, oradora convidada, e uma das delegadas da conferência, representante da sociedade civil. Abordava-se a questão dos limites da transformação social oferecida pela assistência jurídica, tendo em conta a finitude dos recursos públicos e os condicionamentos intrínsecos da judicialização da política e das relações sociais. Afirmava cada um/a das/os intervenientes:

**Defensor público:** Hoje quando se coloca a questão das expectativas da sociedade [...] elas podem ir além das capacidades das instituições, seja por limitações do horário, quantidade de funcionários, que é o caso da defensoria, seja em razão da inviabilidade prática de certas medidas que são propostas. Em primeiro lugar, esta afirmação é correta? E sendo correta, como conciliar essas expectativas da sociedade e os limites de atuação das instituições dentro de uma perspectiva de transparência, de controle social. E, aqui, eu dou um exemplo bem claro. Vagas em creches. Uma demanda que tem em todos os locais em que a defensoria pública atua, ter uma vaga em creche. O defensor pode entrar com uma ação para conseguir garantir aquela vaga em creche. Mas eventualmente aquela ação judicial, até mesmo com decisão favorável do juiz, não vai concretizar o direito, vai fazer apenas com que a pessoa pule alguns lugares na fila. Ela vai continuar esperando, porque a decisão judicial acaba não se efetivando. O que a comunidade, as expectativas das pessoas, o que as instituições ligadas ao sistema de justiça, e particularmente a defensoria pública, podem fazer?

**Professora universitária:** Tem aqueles que não têm sequer a capacidade de formular a demanda, então, como é que fica? Uma vez eu li, uma história real que eu vou contar para vocês porque ilustra o que o defensor acabou de nos dizer. Uma pessoa entrou na justiça porque queria ser internada no hospital, estava muito doente. O juiz deu uma liminar e levou para o prefeito. O prefeito falou que tudo bem. Levou o juiz para o hospital e falou: “todas as camas desta UTI estão ocupadas. O Senhor me diz quem é que eu tiro da cama para colocar esta pessoa que tem o mandado da justiça”. Ou seja, é aquela ideia de que você tem um limite, um limite que é real, que é concreto, que é absoluto e que, obviamente era melhor que não houvesse. Mas, entre o melhor e aquilo que existe na realidade, nós temos que na verdade entender como é que isso se faz. ... Aquela história que eu li, me marcou muito quando o prefeito disse para o juiz: “olha, na letra da lei, tudo bem, todos têm acesso à justiça. Só me indique qual dessas pessoas que estão nos leitos eu devo retirar e, essa sim, que vai morrer para colocar o seu”. Então, nós de fato estamos diante de algumas limitações. É difícil lidar com limitação, nós sabemos disso. Nós que vivemos de salários sabemos que gostaríamos de comprar isso e isso, mas este mês não dá. Que prioridades eu vou estabelecer? No fundo, nós estamos falando de um meio que está muito ligado a essa ideia de comunidade com limites. É muito difícil mas eu acho que a defensoria tem um papel fundamental nisso porque nesse diálogo com os grupos sociais e com a sociedade civil, nós temos esse tipo de possibilidade de aprendizado. Então é aí que eu posso dizer: a defensoria é uma instituição do sistema de justiça que faz a diferença. Porque ela tem uma atuação que não é simplesmente uma atuação retórica mas ela é, de fato, pedagógica, educativa.

**Delegada da Conferência Pública:** Eu sou uma pessoa que mora a 17km aqui desse local, aqui na cidade de São Paulo. A sua história é bastante comovente, como você disse. No entanto, eu me coloquei do lado daquela pessoa doente. O prefeito, uma pessoa burocrática. O juiz, agindo de acordo com a justiça. E a pessoa doente? Não fala na história. Então, eu me coloco no lugar da pessoa doente, que somos nós, que estamos deste lado de cá. A posição do prefeito, muito inteligente, muito política evidentemente, a posição do juiz. E a posição do doente? Então, nós, pensaríamos: mais hospitais, mais verbas, uma outra cidade para onde se poderia levar o doente, porque eu pensaria na minha possibilidade de estar doente.

A partir do diálogo reproduzido, proponho-me debruçar sobre dois fenômenos do que denomino simbiose patológica da inclusão dos/das cidadã/ãos no sistema político e de justiça. O primeiro fenômeno decorre de manifestações elitistas de democracia e dá-se através da reciprocidade entre a afirmação tecnocrática da comunidade política e o silenciamento da cidadania subalternizada. A aceitação da complexidade como decorrência inevitável do crescimento das sociedades não se operou sem consequências. A primeira delas, que poderíamos cunhar como previsão weberiana, diz respeito a um

crescente processo de concentração, racionalização e organização dos recursos no âmbito do Estado. Noutras palavras, as sociedades complexas caminham inexoravelmente para uma governamentalidade assente na deglutição dos conflitos e divisões sociais no interior de grandes burocracias. Numa segunda consequência, que podemos batizar de premonição federalista, o controlo das democracias de massa é integrado em mecanismos assépticos de repartição do poder das maiorias, constituindo-se uma arquitetura institucional de administração e ordenamento do Estado baseada na representação política e na especialização profissional.

Já tive oportunidade de desenvolver noutro lugar (Lauris, 2012) o fato de a racionalidade moderna de governo ter-se construído sobre um exercício de pessimismo antropológico. Os esquemas de separação e organização do poder dirigem-se a aprofundar a competição interna na sociedade, apartando do exercício da política o que se considera uma massa ignorante suscetível às paixões de maiorias fortuitas. De acordo com o negativismo humanista da teoria política clássica, os vícios sobressairiam em relação às virtudes num governo dos homens pelos homens, o que levanta, desde logo, suspeitas à afirmação da soberania popular como princípio constitutivo da comunidade política. Estes limites não permitiam vislumbrar a democracia como uma forma de governo credível, isto é, como forma de governo em que a estabilidade política se assegura através de mecanismos de limitação do poder soberano. De acordo com Montesquieu, por exemplo, a democracia enquanto forma política, por depender exclusivamente da virtude do povo, seria um terreno infértil para se tentar cultivar um mecanismo eficaz de separação de poderes (Limongi, 1995).

No cânone ocidental, as revoluções francesa e americana tentaram gizar um novo esquema político-social de conciliação entre liberdade, controle do poder e soberania popular. Neste sentido, a credibilização da democracia como forma de governo ateu-se a duas estratégias de contenção da soberania popular: estratégia de contenção da política constitucional, estratégia de contenção da política ordinária. A contenção através da política constitucional verificou-se, de uma maneira, na sustentação da transcendência do poder constituinte, projetado para fora dos corpos constituídos no tempo e no espaço. O

espaço constituinte foi remetido ao momento de fundação das sociedades políticas. Um acontecimento isolado, extraordinário, externo e estranho ao povo constituído. A distância e sacralização do povo constituinte enquanto representantes da vontade política de todos conferem-lhe legitimidade para vincular o futuro do povo constituído. Por outro lado, o povo constituinte como presença imanente nos órgãos constitucionais está atrelado à forma da constituição, manifestando-se nos momentos permitidos por este texto fundacional.

A contenção através da política ordinária dá-se através da suspeição das virtudes, da capacidade de escolha e da razoabilidade do povo governado, o que resulta na construção de uma engenharia constitucional meritocrática na qual se acredita que aqueles considerados melhores são naturalmente escolhidos pelos métodos de representação. Essa engenharia institucional sustenta-se na eleição da democracia representativa como meio privilegiado de participação no político e pela construção de um conjunto de mecanismos de controlo recíproco entre os diferentes poderes do Estado (executivo, legislativo e judiciário), entrelaçados com esferas distintas de administração territorial (local, estadual, regional, nacional). Do ponto de vista da contenção da política ordinária, a governamentalidade burocrática ainda conduz ao silenciamento da cidadania não-eleitoral promovendo um distanciamento entre a cultura dos especialistas e o público em geral.

[Weber] caracterizou a modernidade cultural como a separação da razão substantiva expressa na religião e a metafísica em três esferas autônomas: ciência, moralidade e arte, que se diferenciaram porque as visões do mundo unificadas da religião e da metafísica se cindiram. Desde o século XVIII, os problemas herdados destas velhas visões do mundo puderam ser organizados de acordo com aspetos específicos de validade: verdade, direito normativo, autenticidade e beleza, que puderam então ser tratados como problemas de conhecimento, de justiça e moral ou de gosto. Por sua vez, puderam ser institucionalizados o discurso científico, as teorias morais, a jurisprudência e a produção e crítica de arte. Cada domínio da cultura correspondia a profissões culturais, que enfocavam os problemas com perspectiva de especialista. Este tratamento profissional da tradição cultural traz para o primeiro plano as estruturas intrínsecas de cada uma das três dimensões da cultura. Aparecem as estruturas das racionalidades cognitivo-instrumental, moral-prática e estético-expressiva, cada uma delas submetida ao controle de especialistas, que parecem ser mais inclinados a estas lógicas particulares que o restante dos homens. Como resultado, cresce a distância entre a cultura dos especialistas e a de um público mais amplo. (Habermas, 1989 *apud* Lander, 2000)

A solução de controlo tecnocrático da complexidade social replica campos de regulação autónomos (ciência, moral universal, lei, arte) dominados por especialistas. A segunda simbiose remete, por isso, ao que no capítulo anterior intitulei inclusão vigiada dos/das pobres no sistema de acesso à justiça. Trata-se de um processo de democratização do sistema jurídico filtrado quer pelos meios disponibilizados pelo Estado quer pela cultura profissional especializada. Consequentemente produz-se uma dinâmica de acesso à justiça armadilhada nas dinâmicas de competição profissional e nos parâmetros de capacidade, independência e legitimidade das instituições.

Neste passo, facilmente se verifica que, como salienta o defensor público que inicia o diálogo, o desempenho da assistência jurídica se demarca tanto nas fronteiras de relacionamento institucional dos poderes do Estado quanto nos níveis de satisfação material assegurados de fato pela política pública. No mesmo sentido, como se atesta no exemplo mencionado pela professora universitária, os limites, quando declarados pelo governo, retiram a legitimidade política da resposta judicial. Em consonância com a lição extraída do discurso de Lula, que apresentei no quarto capítulo, o que pode ou não ser concedido pela política e o tipo de solução alcançada através da justiça, em última instância, configura uma determinação autónoma dos campos político e jurídico. É, nesse sentido, decisiva a observação feita pela delegada da conferência pública: na história contada pela professora, juiz e prefeito municipal tinham os seus papéis muito bem definidos, nos quais se incluía retirar a voz ao paciente, o sujeito e titular do direito.

A simbiose entre afirmação do direito do Estado, institucionalização da representação política e previsão de mecanismo de acesso dos/das pobres à justiça é patológica na medida em que encerra o processo de participação social como relação intermediária entre um sujeito titular de direitos e um tradutor das demandas populares (legitimado pelo processo de representação política ou pela posição na cadeia burocrática das profissões especializadas). Desse modo, a dinâmica de inovação social e da ação coletiva é, em primeiro lugar, definida como estranha, isto é, colocada do lado de fora do sistema (Santos e Avritzer, 2003). Em segundo lugar, o relacionamento democrático e de proximidade de um sistema político que garante o acesso à justiça se sustenta numa linha

de colonialidade que uniformiza a condição de sujeito de direitos no interior de categorias como pobres, carentes ou necessitados de assistência jurídica.

É exemplificativo, nesse sentido, a saída oferecida pela delegada da conferência pública à camisa de força dos limites de desempenho institucional e da escassez dos recursos públicos: nós, isto é, o grupo que a racionalidade jurídica e a representação política tratam de acordo com a fórmula total pobres e deslocam para fora do processo de decisão, pensaríamos outras soluções (mais hospitais, mais verbas, uma outra cidade para onde se poderia levar o doente). O alheamento da participação social é tanto mais perverso quando se verifica que a autoridade de tradução também detém o poder de fixar a extensão do acesso e dos recursos políticos disponíveis. Ainda na sessão de abertura do III Ciclo de Conferências Públicas da defensoria, um dos representantes dos movimentos sociais, afirmava que uma aposta nos mecanismos de acesso à justiça, perante os limites institucionais, depende da transformação da instituição a partir de baixo:

Eu acho que as expectativas da gente que está aqui e elas não se restringem aos limites da instituição não. A gente aqui não vê a via institucional como a única via de chegar onde a gente quer. E, se a gente tem essa postura, eu tenho certeza que as instituições conseguem superar os seus limites. Em determinados momentos, em determinados contextos eu sei que, inclusive, as instituições vão-se sentir mais seguras para fazer o seu papel. Eu acho que é difícil falar em expectativas porque que tipo de expectativas que há sobre um Estado que gastam milhões com os cargos desnecessários? Um Estado que ataca as leis do meio ambiente? É difícil dizer. Por um lado, a expectativa da sociedade em geral já é baixa, o que a gente espera da institucionalidade é baixo. Por outro lado, a gente quando vê uma chance de ver os nossos direitos serem atendidos, a gente se agarra bastante a isso, e as expectativas crescem. Ainda quando a gente se vê respeitado dos nossos direitos, quando a gente se vê ouvido por alguma instituição. Então, aí, a expectativa avança bastante.

Este capítulo indaga sobre a possibilidade de construção de uma simbiose virtuosa entre a previsão do acesso à justiça e as demandas populares por direitos. A primeira condição de tal proposta reside em explorar as possibilidades de eliminação da linha que exterioriza a inovação e ação sociais da lógica de funcionamento da assistência jurídica. A principal questão colocada destina-se a saber se a existência de zonas de contato entre a ação social e a performance dos sistemas de acesso ao direito podem funcionar como motores de mobilização direta recíproca que sirvam tanto para desafiar os limites institucionais internos, de relacionamento e organizacionais quanto para renovar o

repertório da ação social. Este desafio implica investigar as brechas de interpenetração estrutural previstas nos desenhos estruturais dos sistemas de assistência jurídica. Tendo como base os depoimentos recolhidos junto de advogadas/os e defensoras/es públicas/os e os casos pesquisados no âmbito das unidades orgânica dos sistemas oficiais de acesso ao direito brasileiro e português, pretendo conduzir esta investigação em dois campos: (1) as dinâmicas monistas de afirmação, rivalidade e contenção das culturas profissionais especializadas, (2) as possibilidades de coexistência e complementaridade nos espaços de proximidade e experimentação e participação social abertos. Para este fim, dedico-me primeiramente a um esboço comparativo dos modelos de funcionamento da assistência jurídica oficial brasileiro e português.

## GENEROSIDADE OU AVAREZA? UMA COMPARAÇÃO ENTRE OS ESQUEMAS OFICIAIS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA PORTUGUÊS E BRASILEIRO

Tendo demonstrado os impactos da configuração de acesso à justiça que denominei pós-universalista, é necessário ter em atenção sua complexificação em face da argumentação que desenvolvi no último capítulo. Tenho enfatizado principalmente o fato de este ser um cenário de recolha de fragmentos em que todas as soluções estão reunidas e niveladas pelo papel de integração social exercido pelo direito. A restrição do investimento público e a avaliação dos serviços jurídicos de acordo com critérios de economicidade e utilidade produtiva tomam o lugar da defesa de uma reforma global dirigida à construção gradativa de serviços jurídicos diversificados e abrangentes. Neste contexto, a maximização integradora de alternativas de acesso multiformes funciona como retórica de democratização de um Estado de direito em que a replicação oculta do *apartheid* social constitui o modo privilegiado de exercício de poder pela soberania política. Noutras palavras, governamentalidade exercida através das divisões abissais da falta eterna de acesso aos recursos políticos, jurídicos e económicos pela população pobre.

A discussão atual sobre a generosidade ou a avareza dos sistemas de assistência jurídica assume, assim, conotação diversa. A adoção de medidas mais pródigas e mais

restringentes de acesso à justiça representa uma relação de soma zero num contexto pós-universalista. A importância do investimento público na estrutura e valorização da assistência jurídica (generosidade) é tão certa quanto a atualidade dos cortes na proteção social garantida pelo Estado (avareza). Se, de acordo com o que desenvolvi no último capítulo, o acesso à justiça só é uma medida de democratização do Estado de direito quando atua como um indicador social dos estados de exceção, esta relação tem a sua importância exponenciada num contexto de acesso à justiça pós-universalista.

Neste caso, a prodigalidade do investimento público interessa não só pelo nível de autonomia e qualidade do desempenho profissional, como também pela possibilidade de criação de espaços de repercussão negativa e recriação afirmativa da exceção do direito nos mecanismos de acesso à justiça. A condição de realização de um acesso pós-abissal é assim cumprida quando nas estruturas de assistência jurídica se ajustam espaços de presença simultânea da afirmação dos direitos e da realidade de apropriação, violência e dano sistemático sofridos pelas populações descartadas pela comunidade política. Uma análise dos esquemas de acesso ao direito deve, por isso, escavar as brechas que potenciem zonas de contato entre Estado de direito e estados de exceção. Esta interpenetração estrutural tanto pode exponenciar a ambivalência do Estado de direito, exercendo o que denominei contrajustiça, quanto cindir os modos de funcionamento do próprio sistema de assistência jurídica através da visibilização de divisões tradicionalmente ocultadas no funcionamento tradicional dos serviços jurídicos.

Os sistemas de assistência jurídica estão colocados perante um dilema entre o exercício de poder através do controlo e da disciplina das divisões visíveis do direito liberal ou a realização da justiça num contexto pós-abissal. O sentido sociopolítico das alternativas de acesso à justiça varia significativamente perante a escolha entre a problematização das dinâmicas de exclusão radical ou a supressão dos problemas sociais estruturais inerentes aos conflitos jurídicos. Tendo em conta o dilema pós-universalista da assistência jurídica, apresento de seguida as principais características dos sistemas de acesso ao direito no Brasil e em Portugal.



## Critérios de elegibilidade

A primeira nota de caracterização de ambos os sistemas diz respeito ao sujeito dos seus serviços. Tanto no Brasil quanto em Portugal, o sistema oficial de acesso ao direito e aos tribunais não é universal e tem o critério económico como o de elegibilidade. As constituições brasileira e portuguesa<sup>132</sup>, ao asseverarem o direito de acesso condicionam a proibição da denegação de justiça aos casos de insuficiência de recursos económicos.

A lei do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais em vigor em Portugal (Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto) estabelece a insuficiência económica como aquela em que a pessoa natural, tendo em conta o rendimento, o património e a despesa permanente do seu agregado familiar<sup>133</sup>, não tem condições objetivas para suportar pontualmente os custos de um processo. Ainda de acordo com a lei, a insuficiência económica é apreciada em face dos seguintes critérios<sup>134</sup>:

**1** O requerente cujo agregado familiar tenha um rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica igual ou inferior a três quartos do indexante de apoios sociais<sup>135</sup> não tem condições objetivas para suportar qualquer quantia relacionada com os custos de um processo, devendo igualmente beneficiar de atribuição de agente de execução e de consulta jurídica gratuita

**2** O requerente cujo agregado familiar tenha um rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica superior a três quartos e igual ou inferior a duas vezes e meia o valor do indexante de apoios sociais tem condições objetivas para suportar os custos de uma consulta jurídica sujeita ao pagamento prévio de uma taxa, mas não tem condições objetivas para suportar pontualmente os custos de um processo e, por esse motivo, beneficia de apoio judiciário nas modalidades de pagamento faseado e de atribuição de agente de execução

<sup>132</sup> De acordo com o inciso LXXIV, do art. 5.º da constituição brasileira: *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*. A alínea 1, do artigo 20.º da constituição portuguesa, por sua vez, estabelece: *a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*.

<sup>133</sup> Considera-se que pertencem ao mesmo agregado familiar as pessoas que vivam em economia comum com o requerente de protecção jurídica.

<sup>134</sup> O anexo da lei prevê fórmula própria para cálculo do rendimento relevante para efeitos de concessão da proteção jurídica.

<sup>135</sup> O Indexante dos Apoios Sociais (IAS) definido pela Lei n.º 53-B/2006, de 29 de Dezembro, veio substituir a Retribuição Mínima Mensal Garantida (RMMG) enquanto referencial determinante da fixação, cálculo e actualização das contribuições, das pensões e outras prestações sociais. Em: [http://www.portaldocidadao.pt/PORTAL/pt/informacao+geral/FAQ/saude+e+seguranca+social/FAQ\\_o+que+e+o+indexante+dos+apoios+sociais++ias.htm](http://www.portaldocidadao.pt/PORTAL/pt/informacao+geral/FAQ/saude+e+seguranca+social/FAQ_o+que+e+o+indexante+dos+apoios+sociais++ias.htm), acedido em 10 de junho de 2013.

**3** Não se encontra em situação de insuficiência económica o requerente cujo agregado familiar tenha um rendimento relevante para efeitos de proteção jurídica superior a duas vezes e meia o valor do indexante de apoios sociais.

Para evitar situações de denegação de injustiça, a lei prescreve uma válvula de escape: se, perante um caso concreto, o dirigente máximo dos serviços de segurança social competente para a decisão sobre a concessão de proteção jurídica entender que a aplicação dos critérios conduz a uma manifesta negação do acesso ao direito e aos tribunais pode, por despacho especialmente fundamentado e sem possibilidade de delegação, decidir de forma diversa daquela que resulta da aplicação objetiva estrita dos limites legais. Da decisão de denegação do pedido de proteção jurídica não cabe reclamação, recurso hierárquico ou disciplinar, podendo ser impugnada apenas judicialmente<sup>136</sup>.

No caso brasileiro, verifica-se alguma disparidade de regras de atendimento dos serviços das defensorias públicas dos diferentes estados e entre estes e a defensoria pública da União no que toca ao estabelecimento de critérios para apreciação da condição de hipossuficiente. De acordo com o III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil (Secretária da Reforma do Judiciário, 2009: 179-181), quando o critério utilizado é a renda familiar, a maior parte das defensorias públicas estaduais estabelece o limite de renda em 3 salários mínimos para o atendimento, enquanto 8,7% deste universo refere como limite de renda 5 salários mínimos. Outros critérios são igualmente empregados, como o patrimônio familiar, a declaração do interessado, o valor e a natureza da causa ou a condição de isento da cobrança de imposto de renda (Defensoria Pública da União).

No que toca ao atendimento de casos individuais pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a renda familiar<sup>137</sup> tem centralidade na apreciação das situações de denegação do atendimento. De acordo com a Deliberação n.º 89, de 08 de Agosto de 2008, do

---

<sup>136</sup> A impugnação judicial pode ser intentada diretamente pelo interessado, não carecendo de constituição de advogado, e deve ser entregue no serviço de segurança social que apreciou o pedido de proteção jurídica, no prazo de 15 dias após o conhecimento da decisão (art. 27.º, 1, da Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto).

<sup>137</sup> Renda familiar é a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pela totalidade dos membros da entidade familiar, maiores de dezesseis anos, excluindo-se os rendimentos concedidos por programas oficiais de transferência de renda e de benefícios assistenciais, bem como o valor comprovadamente pago a título de contribuição previdenciária oficial. Entidade familiar é toda comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar e que se mantém pela contribuição de seus membros.

Conselho Superior da Defensoria Pública (CSDP) são os seguintes os critérios, cumulativos, que permitem caracterizar como necessitada a pessoa singular que recorre aos serviços da defensoria<sup>138</sup>:

- 1** Auferir renda familiar mensal não superior a três salários mínimos federais
- 2** Não ser proprietária, titular de aquisição, herdeira, legatária ou usufrutuária de bens móveis, imóveis ou direitos, cujos valores ultrapassem a quantia equivalente a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo
- 3** Não possuir recursos financeiros em aplicações ou investimentos em valor superior a 12 (doze) salários mínimos federais

Nalgumas situações, admite-se a extensão do critério para uma renda familiar até 4 salários mínimos devido a fatores considerados de exclusão social (entidade familiar composta por mais de cinco membros, gastos mensais comprovados com tratamento médico por doença grave, entidade familiar composta por pessoa com deficiência física ou mental, entidade familiar composta por idoso ou egresso do sistema prisional, desde que constituída por quatro ou mais membros). Se o caso concreto revelar evidente insuficiência económica, manifestação fundamentada da/o defensor/a pública/o pode afastar a aplicação dos critérios legais de hipossuficiência. Por outro lado, se há elementos que permitam concluir não ter acesso a/o usuária/o, mesmo que transitoriamente, aos recursos financeiros próprios ou da família, o atendimento jurídico deve ser prestado, notadamente nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, pessoas idosas ou com deficiência e transtorno global de desenvolvimento e outras categorias de pessoas socialmente vulneráveis.

Nestes casos, se tiver lugar a denegação de atendimento por incumprimento dos critérios de insuficiência económica, mantém-se a obrigatoriedade mínima de orientação dos direitos por parte do defensor. No caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, mesmo nas hipóteses de denegação, é obrigatória a orientação sobre direitos à mulher vítima de violência doméstica, especialmente acerca das medidas protetivas de urgência

<sup>138</sup> Os mesmos critérios aplicam-se à pessoa natural não integrante de entidade familiar.

previstas na Lei Maria da Penha<sup>139</sup>, procedendo-se ao encaminhamento, mediante ofício, para o atendimento pela autoridade policial, com ênfase para as Delegacias de Defesa da Mulher.

No âmbito da justiça criminal, ambos os sistemas asseguram, independentemente do cumprimento do critério económico, o direito de defesa através da nomeação de advogado oficioso, em Portugal<sup>140</sup>, ou defensor público, no Brasil<sup>141</sup>. Verificada a suficiência de recursos económicos da/o arguid(a)o/ré(u), cumpre-lhe o ressarcimento ao erário público pelo serviço de assistência jurídica prestado pelo Estado. Vale a pena mencionar que ambos os sistemas prevêem hipóteses de proteção jurídica para pessoas coletivas sem fins lucrativos que comprovem situação de insuficiência econômica, bem como avaliação individual dos rendimentos no caso de litígios envolvendo a mesma entidade familiar<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

<sup>140</sup> Uma análise comparativa do regime do defensor oficioso em Portugal, é feita em DGPJ, 2010. De acordo com o art. 39.º da Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto: (1) caso não constitua advogado, o arguido deve proceder, no momento em que presta termo de identidade e residência, à emissão de uma declaração relativa ao rendimento, património e despesa permanente do seu agregado familiar; (2) a secretaria do tribunal deve apreciar a insuficiência económica do arguido em função da declaração emitida e dos critérios estabelecidos na presente lei; (3) se a secretaria concluir pela insuficiência económica do arguido, deve ser-lhe nomeado defensor ou, no caso contrário, adverti-lo de que deve constituir advogado; e (4) se o arguido não constituir advogado e for obrigatória ou considerada necessária ou conveniente a assistência de defensor, deve este ser nomeado, ficando o arguido responsável pelo pagamento do triplo do valor dos encargos decorrentes da concessão de apoio judiciário.

<sup>141</sup> Outra hipótese de prestação de serviço pela defensoria pública independentemente da comprovação da hipossuficiência económica dá-se nos casos de curadoria especial (representação do réu em processos por incapacidade ou dificuldades de citação pessoal). O art. 4º da Deliberação n.º 89, de 08 de Agosto de 2008, do Conselho Superior da Defensoria Pública (CSDP) estabelece: o exercício da defesa criminal não depende de considerações prévias sobre a situação económico-financeira do interessado. A defesa criminal pública de quem não é hipossuficiente não implica a gratuidade constitucionalmente deferida apenas aos necessitados, devendo ser promovida a oportuna cobrança de honorários advocatícios, nos termos do artigo 3º, inciso II da Lei Estadual nº 12.793 de 04 de janeiro de 2008.

<sup>142</sup> De acordo com a lei portuguesa: o requerente pode solicitar, excepcionalmente e por motivo justificado, que a apreciação da insuficiência económica tenha em conta apenas o rendimento, o património e a despesa permanente próprios ou dele e de alguns elementos do seu agregado familiar (art. 8.º, 6 da Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto).

Em consonância com as medidas restritivas típicas de um acesso à justiça pós-universalista, ambos os sistemas de assistência jurídica estabelecem critérios objetivos com base no rendimento e tetos limite para a concessão do benefício da proteção jurídica. As principais distinções surgem quando se analisa a orgânica de atendimento e apreciação da elegibilidade, as circunstâncias de afastamento do limite objetivo de insuficiência económica e a distinção entre causas coletivas e individuais como pressuposto das regras de cobertura da proteção jurídica.

O Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais português está fundado desde a reforma dos anos 2000 num sistema tripartido de gestão em que o requerimento de proteção jurídica está ao encargo dos serviços de segurança social. O primeiro contato da/o beneficiária/o com o sistema é, assim, administrativo e delimita-se na apreciação estrita do cumprimento dos critérios legais por parte da/o requerente. Nesse sentido, um problema identificado no âmbito da monitorização do sistema de acesso ao direito diz respeito à dificuldade da/do possível beneficiária/o em identificar o tipo de ação que pretende impetrar:

O Instituto de Segurança Social vem salientando que, na sua atual configuração, é exigível aos requerentes de proteção jurídica que quando solicitam apoio para a consulta jurídica, têm de identificar o tipo de ação que pretendem futuramente intentar.

Ora, entende aquele Instituto que não deverá ser obrigatório a introdução do tipo de ação, nem a qualidade em que o requerente intervém, pois da consulta jurídica não resulta necessariamente a instauração de uma ação.

Faz-se notar, ainda, que, quando o pedido é efetuado, nem o requerente de consulta jurídica nem os serviços da Segurança Social conseguem, as mais das vezes, identificar o tipo de ação da área do direito a que respeitam as questões jurídicas para as quais o requerente de proteção jurídica carece de aconselhamento (CASAD, 2010: 19 e 20).

Uma crítica comum recolhida junto das/os profissionais de assistência jurídica é a inexistência de uma fase de consulta jurídica prévia durante a apreciação do pedido de proteção jurídica. Como defendido por alguns/mas advogadas/os, tal procedimento colaboraria para reduzir problemas a jusante no curso do serviço prestado.

Uma outra questão [...] é a da independência técnica, ou seja, o cidadão dirige-se à Segurança Social e pede o apoio judiciário para algo. Vamos recorrer-nos do exemplo da situação de divórcio. Pede o apoio judiciário para interpor a ação de divórcio por mútuo consentimento. No decorrer das reuniões com o advogado, chega-se à conclusão que não é possível fazer por mútuo consentimento. O que é que se faz? Manda-se a pessoa novamente para a Segurança Social. [...] É o advogado que tem que ir à Segurança Social dizer que afinal já não é por mútuo acordo, é por litigioso? Neste caso, parece-nos que seria conveniente,

ou no âmbito de uma consulta jurídica, ou no âmbito de uma escala, advogados nomeados junto da Segurança Social, que ajudassem as pessoas a preencher o requerimento, a esclarecer o que pretendem (Advogada, I Jornadas do IAD).

Considero, pela experiência que tenho tido na comarca de Ovar, que as pessoas não se sabem explicar na Segurança Social sobre o que pretendem. Não têm qualquer tipo de apoio por parte dos técnicos porque eles próprios não são juristas, não têm necessariamente que saber como escrever aquilo que as pessoas querem e o que sucede é que, depois, chegam aos nossos escritórios pedidos desfasados daquilo que são as necessidades deles. O que acaba por acontecer é nós explicarmos à pessoa que aquele pedido não lhe vai servir de nada, que terá que fazer uma retificação ou, então, conforme a Segurança Social sistematicamente informa e indica, fazer um novo pedido de apoio judiciário. Lá está, a situação das pessoas cronicamente pedirem o benefício. Entretanto, enquanto explicamos toda esta situação ao beneficiário, estamos-lhe a dar uma consulta. Consulta essa, jurídica. E acabamos por ficar sem pão nem bola porque aquela nomeação vai ficar sem efeito, a pessoa vai fazer um novo pedido e é-lhe nomeado um outro colega advogado e nós ficamos aqui sem nada (Advogada, I Jornadas do IAD)

Numa perspetiva de melhoria contínua do sistema, emerge a necessidade de aproximar a fase de avaliação administrativa dos critérios de suficiência económica<sup>143</sup> da fase de avaliação jurídica do problema.

O que eu penso que faria sentido, porventura, se o sistema evoluir mais (essa é uma questão basilar do próprio modelo), seria haver uma maior ligação entre a consulta jurídica, uma maior dependência entre a fase da consulta jurídica e a fase do apoio judiciário. Permitiria acima de tudo, que não se gastassem recursos com questões mais inúteis. Porque o que nós podemos ter, à luz deste sistema, é a apreciação do processo: imagine que um requerente dirige-se à segurança social, faz um pedido para ter consulta jurídica, tem consulta jurídica, é concedida consulta jurídica e na consulta jurídica lhe explicam que a sua pretensão não tem fundamento. Se o beneficiário da consulta jurídica não ficar satisfeito, pode dirigir-se e, caso preencha os critérios, também cumulativamente, para poder obter apoio judiciário, pode mais uma vez recorrer ao sistema, requerer o apoio judiciário e haver um profissional que vai mais uma vez apreciar a sua situação e, aí, por exemplo, chega mais uma vez à conclusão, de que aquela pretensão não tem viabilidade. Neste caso, o SADT foi duplamente utilizado sem necessidade e houve pessoas da Segurança Social, recursos, que estiverem envolvidos e que custam dinheiro. Estiveram envolvidos na apreciação dúplice de uma questão que, na verdade, não merecia ser apreciada, se houvesse essa maior dependência entre consulta e apoio judiciário, esse problema seria eliminado (Entrevista e Assessor Direção-Geral da Política de Justiça).

No âmbito da defensoria pública de São Paulo, a apreciação de elegibilidade do pedido da/o requerente e a decisão sobre a denegação do atendimento cabe à/ao Defensor/a Pública/o. O direito de revisão da decisão de denegação no atendimento tem amparo na lei federal de organização das defensorias públicas. Este envolvimento do profissional da justiça na fase anterior ao encaminhamento jurídico concreto do caso, por um lado, abre espaço para que do primeiro contato da/o cidadã/o necessitada/o possa resultar, pelo menos, uma orientação acerca dos seus direitos e dos meios disponíveis para reivindicá-lo.

<sup>143</sup> Sobre a necessidade interligar as fases de consulta jurídica e apoio judiciária como medida de aperfeiçoamento do SADT, ver Correia, 2004: 49-53.

No caso da DPESP, esta aproximação também compromete o profissional da assistência com a avaliação/decisão acerca de fatores de exclusão que justifiquem ou afastem a necessidade de atendimento, independentemente dos critérios legais. No exemplo português, a incorporação do pedido num processo administrativo anterior afasta o envolvimento do advogado com as causas de exclusão social que motivaram o benefício da proteção jurídica, cabendo exclusivamente ao dirigente da Segurança Social a apreciação final de situações extremas que justifiquem a necessidade de assistência ainda que em descumprimento dos limites legais.

O compromisso da/o advogada/o no Sistema de Acesso ao Direito português é com a solução jurídica equitativa do caso. Consequentemente, assegurar uma prestação de serviço anti-diferencialista em relação às/aos clientes de assistência jurídica tem como pressuposto uma metodologia de cegueira em relação às condições sociais e económicas que subjazem à necessidade do pedido de apoio.

A apreciação da insuficiência económica não deve caber à Ordem em nenhuma hipótese. Há duas hipóteses: ou é, como era antigamente, do tribunal, que fazia uma averiguação aos bens, sumária, ou tem que ser, de facto, a Segurança Social. Nós, advogados, nem devemos interferir, a nós nos cabe tratar daquele caso igual, fosse um cliente nosso ou do sistema de acesso. A Ordem politicamente pode ter um papel discutindo com o legislador quais devem ser os critérios, mas não aplicá-los. Uma das coisas que nos entristece muito é a Ordem ter perdido essa força, de pressão sobre o legislador, porque se não se credibiliza não tem força para se impor (Entrevista a advogado, dirigente conselho distrital da Ordem dos Advogados).

Por fim, é importante distinguir que a prestação de serviço de assistência jurídica em Portugal dirige-se a questões ou causas judiciais concretas ou suscetíveis de concretização. Delimita-se a interferência da/o profissional no âmbito do caso, em que a/o utente tem um interesse próprio e versa sobre direitos diretamente lesados ou ameaçados de lesão (art. 6.º, 2, da Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto). A atuação da Defensoria Pública, entre outras atribuições, dirige-se a exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, bem como promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (art. 4º, VII e VIII, da Lei n.º 132/2009, de 7 de Outubro).

As diretrizes de atendimento da defensoria estadual de São Paulo distinguem a intervenção junto de casos individuais daquela dirigida à tutela coletiva. Neste último caso, os critérios prevaletentes relacionam-se com o tipo de pedido e natureza da causa. A tutela coletiva é levada a cabo pelo/a defensor/a tanto no curso das suas atribuições individuais enquanto defensor/a natural, como no âmbito das unidades orgânicas criadas para este fim, núcleos especializados e/ou defensorias de tutela coletiva.

### **Alcance territorial**

Neste tópico, as diferenças entre um sistema de prestação de serviço liberal e um sistema de carreira pública do acesso à justiça manifestam-se na capacidade em afiançar a cobertura do atendimento. Estabelece-se uma óbvia diferença nas dificuldades de constituição de uma rede de serviços jurídicos quando se impõe o investimento na manutenção de uma carreira pública ou a retribuição de atos realizados por profissionais particulares nos seus locais de trabalho. Uma distinção que juridicamente reside nos termos estabelecidos pelo contratualismo da assistência jurídica, isto é, se refere a uma obrigação do Estado para com a sociedade ou a uma obrigação partilhada entre o público e as entidades privadas (corporação profissional).

A cobertura dos serviços de assistência jurídica em Portugal está assegurada na medida em que a Ordem dos Advogados tem uma atribuição estatutária face ao sistema de acesso ao direito. Esta atribuição traveste-se num dever da/o advogada/o para com a comunidade de colaboração no âmbito do apoio judiciário. Assim, muito embora o sistema esteja assente no funcionamento adequado de uma lei de oferta e procura, que assegura a presença de advogados em toda a extensão territorial da jurisdição, em última instância, diante da inexistência de advogados voluntariamente inscritos na assistência jurídica, a classe profissional tem o dever de assegurar a prestação do serviço. A liberdade como princípio do envolvimento da/o advogada/o com o sistema de acesso à justiça é fundante em relação à defesa do modelo existente em Portugal como aquele que se ergue da independência da/o profissional.



Enquanto o sistema português funciona com base na integralidade da proteção jurídica pela classe profissional responsável pelo acesso ao direito, o sistema brasileiro mantém uma administração dos défices da presença das defensorias públicas nas comarcas dos diferentes estados brasileiros.

De acordo com o mapa da defensoria publicado pela ANADEP e IPEA (2013: 35):

[...] embora tenha havido sensível progresso no provimento de cargos de defensor público [...] no país, há evidente ausência [da defensoria] – por insuficiência de profissionais – em grande parte das comarcas brasileiras. Apenas em cinco estados a Defensoria Pública presta atendimento em mais de 90% das comarcas (Roraima, Acre, Distrito Federal, Tocantins e Rio de Janeiro), enquanto a média nacional é de apenas 28% – já levando em consideração os estados onde a instituição está criada, mas ainda não foi instalada (Amapá, Paraná, Santa Catarina e Goiânia). Por óbvio, a ausência é sentida, preponderantemente, nas comarcas menores, com menos de 100 mil habitantes. Todas as capitais (exceto as de Amapá, Goiás, Paraná e Florianópolis, onde a Defensoria Pública ainda não foi instalada) contam com o serviço da Defensoria Pública. Mesmo assim, os dados indicam que os serviços da Defensoria ainda não estão disponíveis em todas as áreas nas quais há grande concentração da população que constitui o seu principal alvo.

O quadro 1 ilustra a presença da defensoria pública estadual nas comarcas judiciais brasileiras.

**Quadro 1. Comarcas atendidas e não atendidas pela defensoria pública**

Comarcas	AP	RR	DF	AC	TO	RJ	MS	PB	RO	PA	AL	MT	RS	ES
Atendidas pela DPE	12	7	1	15	40	75	40	50	12	56	29	36	70	25
Não atendidas pela DPE	0	0	0	0	2	6	14	28	10	51	28	43	93	40
% Comarcas atendidas	100	100	100	100	95,2	92,6	74,1	64,1	54,5	52,3	50,9	45,6	42,9	38,5

Comarcas	MG	CE	SE	PI	SP	MA	RN	PE	BA	AM	GO	PR	SC	Brasil
Atendidas pela DPE	105	48	12	17	41	15	7	15	24	2	0	0	0	754
Não atendidas pela DPE	190	88	25	77	231	109	58	136	254	58	119	156	110	1926
% Comarcas atendidas	35,6	35,3	32,4	18,1	15,1	12,1	10,8	9,9	8,6	3,3	0	0	0	28,1

Fonte: ANADEP e IPEA, 2013

Esta situação implica a prestação de serviço itinerante por parte das/os defensoras/es públicos lotada/os em determinadas comarcas. Em São Paulo, o atendimento itinerante corresponde às áreas de execução criminal e cumprimento de medida sócio-educativa. Outra consequência desse quadro é o estabelecimento de convênios pela defensoria com outras entidades para a prestação complementar de serviços de assistência jurídica. O último diagnóstico sobre o funcionamento das defensorias apontou para um total de 46,15% de defensorias com convênios celebrados no âmbito da assistência jurídica. Em ordem descendente de frequência, os convênios são em regra celebrados com faculdades

de direito, ordem dos advogados e organizações não-governamentais (Secretária da Reforma do Judiciário, 2009: 94). A principal consequência de um quadro de gestão concorrente entre a defensoria pública e as atividades complementares de assistência jurídica é a de criação de um campo de tensão permanente acerca da identidade e da valorização profissional do/da defensor/a. Por outro lado, neste cenário multiforme, caem por terra pretensões monopolistas das carreiras profissionais em relação ao mercado de prestação de serviços jurídicos às/aos pobres.

No curso do trabalho de campo, o discurso acerca da necessidade de investimento em ambos os sistemas foi sempre temperado pelas classes profissionais em face do que se consideram características distintivas que justificam o valor intrínseco de cada modelo. De um lado, a independência da profissão liberal como viga de sustentação do Estado de direito:

Era o ideal para alguns terem advogados vergados e hierarquicamente dependentes de alguém, do Estado, em última instância, que é quem lhe pagava. Como é que esse advogado vai contra o Estado? Como é que esse advogado ia ser independente para representar o cidadão numa queixa contra um juiz, contra um procurador do MP. Há dezenas, centenas, se calhar, milhares de processos que implicam isto. Eu compreendo que um conjunto de operadores judiciários, sobretudo os sindicatos, defenda isto. Quanto ao argumento económico, há quem defenda também que a democracia é demasiado cara. Se calhar ter um ditador a governar Portugal sai mais barato do que um governo democrático de direito. É um bom argumento, se calhar estas pessoas também preferiam isso. Agora, nós preferimos um Estado de direito democrático e não existe um estado de direito democrático sem a participação de advogados livres. Esta é uma frase recorrente mas que é verdade. Não existe Estado de direito se não houver advogados livre e independentes e essa liberdade, essa independência não são compatíveis com a figura de um defensor público (Entrevista a advogada, dirigente da Ordem dos Advogados).

De outro, a abertura de uma outra estrutura de oportunidades em relação a conflitos suprimidos:

[...], o modelo público, ele tem desvantagens, as desvantagens são: cria um grupo de servidores, uma burocracia, toda uma estrutura administrativa, que você tem que ter mesmo. E tem a questão das aposentadorias! Você cria um *staff* estatal pra isso. Mas se o Estado prevê que essa é uma atuação importante, ou seja, se ele, Estado, entende que isso é primordial em relação à sociedade, que é uma demanda importante, como saúde e educação, vale a pena. A defensoria quando abre a porta em algum lugar aparece tanta demanda que não existia. E com as dificuldades que a gente tem, porque o ideal seria que a gente tivesse unidades mais próximas à periferia. Aqui, em São Paulo, a gente até já tem presença em alguns locais mais periféricos mas até são locais que atendem muito mais uma classe pobre alta, do que classe de pessoas miseráveis. Mas mesmo assim, mesmo com essa situação, se você abre as portas, a demanda que chega à defensoria pública, ela é uma demanda muito maior e diferente do que aquela que é atendida no convénio que temos com a OAB. A atuação dos advogados do convénio é eminentemente jurídica. Qualquer coisa que envolva algo fora, não entra, porque o advogado recebe por demanda, tem que ter um processo. Se você pensa em algo mais, não dá, e eu acho que não tem como pensar em sistema de

justiça sem desjudicialização ou pré-judicialização [...], mesmo em realidades menos desiguais do que a brasileira, por exemplo, tem situações de imigrantes, de pessoas que não têm acesso aos meios tradicionais, que não conhecem o seus direitos e que só vão ter um advogado se eventualmente enfrentarem um processo judicial. [...] No fundo, é fácil ver, o modelo do advogado de ofício é um modelo que restringe a demanda. É fácil economizar, mas eu não estou trazendo a demanda, a demanda está lá ainda. Eu consigo economizar nesse modelo, porque? Porque ele afunila o atendimento. De facto, economicamente talvez seja até mais vantajoso. Mas, eu, Estado estou cumprindo o meu papel para atender? Existem situações que não estão sendo cobertas? Existem. Então, é sinal de que o modelo não funciona, que você pode criar entraves e restringir demanda (Entrevista a defensor público, integrante de órgão de administração da DPESP).

Em face deste depoimento, vale a pena notar que a baixa mobilização do sistema de acesso ao direito e aos tribunais pode ser interpretada como evidência do ajustamento do tipo serviços jurídicos em face das necessidades jurídicas apresentadas pela população.

Nós não podemos esquecer outra realidade. Se olharmos para o Brasil, por exemplo, comparando sistemas, há dados que nos permitem dizer que, no Brasil, são suscetíveis de serem beneficiários da defensoria pública cerca de 130 milhões de pessoas. Num sistema, cuja suscetibilidade subjetiva é tão ampla, muito seguramente faz sentido ter um sistema desta natureza. Arranjar advogados para tantos destinatários seria uma enormidade. Agora, num país, como Portugal, em que, por exemplo, entre o início de funcionamento do sistema [setembro de 2008] e junho/julho de 2009, houve cerca 193 mil nomeações. É pouco mais de 1% da população, há aqui uma dimensão de universo subjetivo de destinatários do acesso ao direito que é incomparável. Quando olhamos para isto nós temos que pensar que, num país como Portugal, em que pouco mais de 1% da população recorre ao SADT, tem sentido estar a criar uma carreira pública com os custos inerentes que estão associados a uma carreira pública (criações de lugares de quadro, responsabilidades futuras com a segurança social, etc.)? Nós temos que nos questionar se faz sentido criar todas essas possibilidades quando o número de beneficiários é infinitamente mais reduzido do que sucede no Brasil. Portanto, não é uma questão de um modelo ser em termos absoluto melhor que outro, eu acho que não podemos dizer se um modelo é melhor que outro, acho que podemos dizer que talvez um modelo seja mais adaptado à realidade brasileira, atentando à dimensão do território, dimensão do país. O modelo público bem desenvolvido nesta matéria é o do Brasil, estamos a falar do mundo ocidental. É um modelo muito adaptado à realidade brasileira e à dimensão dos sujeitos que há no Brasil e à própria complexidade que há no Brasil. É uma realidade que nós não temos cá, o nosso universo potencial é infinitamente menor do que o universo de potenciais destinatários no Brasil. Isso é crucial para saber da vantagem em estar a inserir em Portugal, também por esse prisma, o modelo de defensoria pública (Entrevista a Assessor Direção-Geral da Política de Justiça).

No Brasil, a defensoria assumir-se como um modelo mais adequado à complexidade dos conflitos sociais e das necessidades individuais tem como outra face as dificuldades de assegurar o investimento público necessário para uma maior proximidade e integralidade no atendimento. Em Portugal, a defesa de um modelo de serviços dedicado ao nutrimento da presença de um/a profissional habilitada/o e independente na reivindicação dos direitos da cidadania é feita sem a reflexão sobre a natureza de conflitos admitidas e/ou suprimidas pelo sistema. Em sentido contrário, o tipo de

mobilização do SADT acaba por figurar como argumento sobre a maior adequação deste sistema à realidade portuguesa.

## Número de profissionais

A lei da oferta e da procura de profissionais de assistência jurídica é marcada tanto por expectativas positivas, quanto pelo retrocesso destas pretensões. A expectativa positiva remete para a reivindicação de melhorias quer da carreira pública quer da remuneração das profissões privadas. O aspeto retroativo desta aposta decorre da escassez do orçamento público que é dirigido a este campo. De facto, o trabalho de assistência jurídica, quando não reflete o engajamento da/o profissional com a causa, corre o risco de ser canibalizado por um processo de desencantamento em face de dificuldades de integração bem-sucedida no mercado ou no âmbito de carreiras jurídicas altamente remuneradas.

Seguindo os ditames liberais de prestação de serviços, a adesão voluntária das/os advogadas/os ao SADT implica confiança na criação de condições de trabalho suficientemente atrativas no que toca aos padrões de procura profissional. A diversificação da oferta de profissionais maximiza a probabilidade de a qualidade e a competência se firmarem como características predominantes dos serviços. O aumento do interesse profissional pela assistência jurídica pode ser interpretado como um reflexo de um processo de massificação e pauperização da advocacia. Contudo, do ponto de vista do discurso corporativo, esta realidade é facilmente interpretada como sinónimo de mais-valia num curso de evolução do trabalho no acesso à justiça.

Nós não podemos, a partir de casos isolados, fazer generalizações [...] lançar o opróbrio sobre todo um conjunto e universo de pessoas e de entidades. Claro que um advogado que tem sucesso profissional, que não tempo sequer para se coçar, não se vai inscrever no apoio judiciário e por isso nós criámos o modelo de inscrição para que ele não estivesse lá a emperrar o sistema, para que ele não estivesse a ser obrigado a ir ao tribunal e a faltar. A Ordem a receber queixas do juiz, para que ele chegasse lá e pedisse justiça sem ler o processo porque não teve tempo para isso. Nós queremos quem precise do modelo, mas também queremos quem esteja habilitado a responder-lhe adequadamente e, sobretudo, quem esteja adequado a responder e a tratá-lo com profissionalismo. [...] os verdadeiros advogados estão no apoio judiciário, não estão fora do apoio judiciário. Os verdadeiros advogados são advogados em prática individual, são advogados profissionais liberais, são advogados que não têm patrões nem são patrões. [...] É óbvio que quem gere uma grande superfície da advocacia, com centenas ou mais de advogados, não vai prestar apoio

judiciário [...] e o apoio judiciário, coisa de que muito me honro e muito me orgulho, é hoje prestado, ao contrário do que muita gente pensa [...], por profissionais com dezenas e dezenas de anos de experiência profissional. Há advogados que se reformaram, grandes advogados, e só fazem apoio judiciário hoje, como uma forma de complementar a sua reforma. Mas dão um contributo inestimável de valorização do direito, da justiça e da defesa dos direitos dos cidadãos. Eu conheço mais de uma dezena de advogados que se reformaram e só fazem apoio judiciário hoje. A vida é o que é, a massificação da profissão, a desjudicialização da justiça torna cada vez mais difícil o chamado mercado da advocacia. Por isso, muitos nomes grandes da advocacia em prática individual estão hoje no apoio judiciário e trazem um apor de qualidade, de prestígio e de dignidade que devemos saudar e que contribui para que, de facto, o apoio judiciário seja, efetivamente, em todos os planos e dimensões, a realização desse princípio constitucional que é a igualdade na proteção jurídica (Bastonário da Ordem dos Advogados, II Jornadas do IAD).

Com efeito, os dados demonstram um aumento do número de inscrições das/os advogados no Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais. De acordo com o primeiro relatório da Comissão de Acompanhamento do Sistema de Acesso ao Direito (2009) em junho de 2009, o número de advogados inscritos no SADT era de 8369 profissionais. Em Outubro de 2010, as candidaturas ao sistema registavam 9696 profissionais. Em Novembro de 2011, 10265. Em Novembro de 2012, 10913.

No mapa das reformas jurídicas introduzidas em Portugal, a reforma do SADT de 2007 veio afirmar a transparência do processo de nomeações para a assistência jurídica através de um sistema informático criado especialmente para este fim, o SINOA (Sistema de Informação da Ordem dos Advogados). A nomeação aleatória através do SINOA apaziguou a antiga controvérsia entre os profissionais acerca do melhor método de nomeação para os pedidos de proteção jurídica. Para alguns, sustentar o serviço de assistência como atividade liberal implica a possibilidade de livre escolha da/o profissional por parte da/o cliente o que, por sua vez, só ficaria verdadeiramente assegurado/a se o valor da remuneração retribuída pelo Estado fosse competitiva face aos valores praticados no mercado privado da advocacia<sup>144</sup>. Para além da divergência de método

---

<sup>144</sup> Sobre este tema, ver Cabrita, 2003. A diferença entre os valores de mercado e o valor remunerado pelo SADT leva à interpretação de que a remuneração paga pelo Estado não pode ser chamada de pagamento de honorários mas antes de uma simples compensação pela função social exercida pelo advogado. *O próprio legislador utiliza a terminologia de forma diferente. Se nós formos consultar a tabela de 2004, que fixa os honorários, a Portaria n.º 1386 fala em honorários, vem sempre escrito honorários. Mas, se nós formos ler o art. 28.º da Portaria n.º 10/2008, já aparece o termo compensação. Poderá ser porque compensação é mais abrangente do que honorários, ou seja, honorário é o pagamento pelos serviços do advogado, ao passo que compensação inclui também as despesas, portanto, é o pagamento dos serviços mais as despesas. Mas, na verdade, e tendo em conta os valores que vêm nesta tabela de honorários, eu não lhe chamaria honorários porque são muito abaixo daquilo que é razoável. Estão muito abaixo e só poderão ser explicáveis pela tal função social que o advogado tem no acesso ao direito* (Inês Soares de Castro, I Jornadas do IAD).

entre a existência de um órgão competente para nomeação e a liberdade de escolha da/o beneficiária/o, a principal crítica recebida pelo sistema de nomeações diz respeito à falta de credibilidade por parte dos órgãos do sistema de justiça (secretaria dos tribunais, esquadras de polícia, etc.) na atribuição equitativa de processos de apoio judiciário às/aos advogadas/os inscritas/os junto da Ordem.

O facto de as nomeações dos advogados serem processadas de forma automática pelo SINOA veio conferir, desde logo, uma maior transparência a todo o sistema dificultando o chamado cambão. Todos nós sabemos o que se passava antigamente, todos nós conhecemos como é que eram feitas as nomeações, por funcionários judiciais, por magistrados, pelas polícias, que utilizavam critérios, nessas nomeações, mais ou menos discricionários. Por exemplo, podia ser um mero critério logístico porque a esquadra da GNR tinha um advogado mesmo ao pé, então, não valia a pena estar a esperar por outro e nomeava-se sempre o mesmo. Podiam ser critérios de simpatia dos advogados; por ser ou não conhecido por um funcionário da secretaria. Tudo isto, critérios bastante discricionários que presidiam as nomeações. Os colegas, muitas vezes, se punham a jeito, passo a expressão. Ainda me lembro quando fiz o estágio na Boa Hora encontrar sempre uma senhora que estava permanentemente sentada no tribunal da Boa Hora e era ela que fazia as diligências todas, nomeadamente as leituras de sentença (Inês Soares de Castro, I Jornadas do IAD).

Outra vantagem trazida pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto, no que toca ao incremento das condições de trabalho na assistência jurídica dizem respeito à: (1) fixação de um prazo para pagamento por parte do Estado da remuneração devida à/ao advogado, (2) possibilidade de ser a/o própria/o advogada/o a fazer o lançamento das compensações e honorários que lhe são devidos, independentemente da emissão de nota de honorários pelo tribunal<sup>145</sup>.

A análise do provimento dos cargos de defensores ao longo dos anos indicia a dificuldade que as defensorias públicas enfrentam para manter um quadro profissional estável vinculado à instituição, a despeito do processo de fortalecimento das defensorias vivido no Brasil. O Mapa da Defensoria Pública no Brasil ilustra a grande defasagem na relação entre cargos de defensores públicos existentes e cargos efetivamente providos.

Embora a defensoria pública esteja implantada em todos os estados, há grandes assimetrias no que diz respeito ao número de cargos. Em que pese haja, no país, um total de 8.489 cargos de defensor público criados, apenas 5.054 estão providos (59,5%). Essa informação é de grande relevância, pois indica que – quando necessária – a ampliação da cobertura territorial pelas defensorias no Brasil depende, em geral, menos de leis que criem cargos e mais de medidas administrativas voltadas ao recrutamento e à seleção de quadros. A perda de

<sup>145</sup> Estabelece o art. 45.º, I, j: O pagamento da compensação devida aos profissionais forenses deve ser processado até ao termo do mês seguinte àquele em que é devido.

quadros está quase sempre associada à baixa remuneração e a condições de trabalho inadequadas (ANADEP e IPEA, 2013: 35-37).

O Quadro 2 demonstra a relação entre cargos de defensor público providos e cargos existentes.

**Quadro 2. Defensores públicos – cargos existentes e providos**

Comarcas	AC	AL	AM	AP	BA	CE	DF	ES	GO	MA	MG	MS	MT	PA
Cargos existentes	61	72	170	60	583	415	240	269	130	130	1200	253	200	350
Cargos providos	49	72	47	0	224	293	208	150	0	110	596	153	143	280
% de Cargos Providos	80,3	100	27,6	0	38,4	70,6	86,7	55,8	0	84,6	49,7	60,5	71,5	80

Comarcas	PB	PE	PI	PR	RJ	RN	RO	RR	RS	SC	SE	SP	TO	Brasil
Cargos existentes	328	300	458	582	805	102	142	45	415	60	100	900	119	8489
Cargos providos	271	270	86	10	796	40	41	37	385	0	86	610	97	5054
% de Cargos Providos	82,6	90	18,8	1,7	98,9	39,2	28,9	82,2	92,8	0	86	67,8	81,5	59,5

Fonte: ANADEP e IPEA, 2013

No Quadro 3, vê-se a disparidade entre as defensorias estaduais no provimento de cargos de defensoras/es e os diferentes ritmos institucionais assumidos desde 2003.

**Quadro 3. Cargos de defensores**

	AC	AL	AM	AP	BA	CE	DF	ES	GO	MA	MG	MS	MT	PA
2003	34	40	28	0	102	157	80	80	0	24	425	135	60	199
2005	40	35	52	0	97	145	113	113	0	37	545	152	74	184
2008	60	30	57	0	201	252	160	160	0	46	434	148	117	202
2009	56	30	55	0	200	250	171	171	0	43	408	148	117	205
2013	49	72	47	0	224	293	208	150	0	110	596	153	143	280

	PB	PE	PI	PR	RJ	RN	RO	RR	RS	SC	SE	SP	TO
2003	340	230	24	0	698	0	32	27	257	0	69	0	40
2005	342	218	56	0	674	0	57	39	271	0	74	0	40
2008	327	245	62	0	720	0	25	38	345	0	97	397	85
2009	327	245	90	0	750	0	26	37	357	0	93	391	85
2013	271	270	86	10	796	40	41	37	385	0	86	610	97

Fonte: ANADEP e IPEA, 2013

Se a razão defensor/número de habitantes recomendada pelo ministério da justiça é de um/a defensor/a para 10 mil, no máximo, 15 mil habitantes do grupo populacional utilizador em potencial da defensoria (pessoas com rendimento até 3 salários mínimos), a relação real entre número de potenciais usuárias/os e cargos de defensor/a pública/o existentes, no Brasil, é de 18.336. Esta proporção sobe para 56.620 quando a comparação é feita tendo em conta apenas os cargos que estão providos (ANADEP e IPEA, 2013: 35-37). Considerando a proporção 1 defensor/10 mil potenciais usuárias/os, o déficit de cargos de defensor/a pública/o apresenta o seguinte quadro nacional, considerando os cargos providos: os únicos estados que não apresentam déficit de defensores públicos são

o Distrito Federal e Roraima; os que possuem déficit até 100 defensores públicos são o Acre, Tocantins, Amapá, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rondônia e Sergipe. Os estados com os maiores défices em números absolutos são: São Paulo (2.471), Minas Gerais (1.066), Bahia (1.015) e Paraná (834). O déficit total do Brasil é de 10.578 defensores públicos. Se a razão considerada é 1 defensor para 15 mil potenciais usuárias/os, o déficit nacional de defensores cai para 5.938 e, para além do Distrito Federal e Roraima, Acre, Paraíba, Tocantins e Mato Grosso do Sul passam a satisfazer a proporção mínima recomendada. Neste cenário, apenas o estado de São Paulo permanece na faixa de pior déficit, com 1.489 cargos de defensor/a a menos do que o recomendado.

Em consonância com o exemplo do processo de valorização profissional da defensoria paulista perante o governo do Estado, um registo tímido ou expansivo de implantação e fortalecimento das defensorias estaduais passa pela capacidade de negociação e pressão junto das/os responsáveis pela política pública. Apesar da previsão constitucional de autonomia financeira e administrativa, as defensorias públicas estaduais não detém iniciativa de lei, o que lhes destina um lugar de dependência em relação ao governo no que toca à proposta e à aprovação de projetos de lei relativos à previsão de cargos (administrativos ou de defensoras/es). A partilha de responsabilidades público/privado confia ao sistema de acesso ao direito português maior estabilidade no quadro profissional de oferta de serviços. O princípio de voluntariedade na participação e independência na condução do caso faz com que as disputas de valorização profissional da advocacia se desenvolvam menos a *priori*, implantação e fortalecimento do sistema, e mais a *posteriori*, garantir o pagamento atempado pelo Estado da remuneração devida às/aos advogadas/os pela prestação de serviços.

## Organização dos serviços jurídicos

Em consonância com a tensão entre os tipos de serviços jurídicos tradicional e inovador apresentada no terceiro capítulo, enquanto o sistema de acesso ao direito português apresenta traços marcantes dos serviços jurídicos tradicionais, o processo de



fortalecimento das defensorias públicas no Brasil veio abrir espaços de ação estratégica próximos do tipo de serviços inovadores.

A meu ver, a organização do sistema oficial de assistência jurídica em Portugal caracteriza-se como tradicional na medida em que remete para o primeiro polo de três binômios característicos da relação entre serviços tradicionais e serviços inovadores: a arena legal, no binômio direito-política; o campo profissional, no binômio conhecimento especializado-conhecimento profano; a estratégia de correção/reparação, no binômio uso corretivo-uso transformador do direito.

A prevalência do campo jurídico enquanto neutro, autónomo e apolítico decorre da própria arquitetura dos serviços. Trata-se de um serviço de proteção jurídica definido no âmbito da responsabilidade do Estado em cooperação com as instituições representativas das profissões forenses, centrado na delimitação individual do interesse da/o utente cujos direitos são diretamente lesados ou ameaçados de lesão. A proteção é garantida através prestação de consulta jurídica e apoio judiciário. O apoio judiciário é concedido nas seguintes modalidades: (1) dispensa de taxa de justiça e demais encargos com o processo; (2) nomeação e pagamento da compensação de patrono; (3) pagamento da compensação de defensor oficioso; (4) pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo; (5) nomeação e pagamento faseado da compensação de patrono; (6) pagamento faseado da compensação de defensor oficioso; (7) atribuição de agente de execução. Muito embora a reforma recente do SADT tenha vindo estimular a advocacia preventiva e a resolução extrajudicial dos litígios<sup>146</sup>, estas características conformam um sistema de assistência jurídica reativo destinado a assegurar a igualdade de armas no processo judicial.

As estatísticas disponíveis de funcionamento do sistema de acesso ao direito e aos tribunais indiciam um sistema maioritariamente mobilizado para aliviar as partes dos custos do processo e assegurar a defesa criminal. Para além deste campo de intervenção,

---

<sup>146</sup> Ver art. 45.º, 1, I da Lei n.º 47, de 28 de Agosto de 2007: A resolução extrajudicial dos litígios, antes da audiência de julgamento, deve ser incentivada mediante a previsão de um montante de compensação acrescido.

administra ainda resposta pontual à reparação das lesões aos direitos em áreas bem delimitadas, nomeadamente, questões trabalhistas e cíveis.

De acordo com o relatório da Comissão de Acompanhamento do Sistema de Acesso ao Direito, as modalidades de apoio de maior peso e que mais crescem são a dispensa da taxa de justiça e a nomeação e pagamento de defensor oficioso. O relatório indica uma média 19239 nomeações para acompanhamento de processo por mês, entre Setembro de 2008 e Junho de 2009. Trata-se de um sistema significativamente dedicado à defesa em processos criminais, com baixa expressão de serviços não adjudicatórios, o que se verifica na baixa utilização da modalidade consulta jurídica.

Os dados do relatório indicam um peso residual da utilização da modalidade consulta jurídica, uma média de 223 consultas concedidas por semestre do primeiro semestre de 2007 ao primeiro semestre de 2009. Trata-se de uma utilização marginal quando comparada com as nomeações para processo. Entre Setembro de 2008 e Junho de 2009, o Sistema de Nomeação da Ordem dos Advogados registou 884 nomeações para consulta jurídica contra 19934 nomeações para acompanhamento de processos. Dentre as áreas do direito em que foram realizadas nomeações de patrono/defensor oficioso no mesmo período, 60% das nomeações foram feitas para a defesa e acompanhamento de processos criminais, enquanto 23% das nomeações corresponderam a questões cíveis. 10% e 7% das nomeações foram realizadas nas áreas tutelar e laboral, respetivamente. No que toca à finalidade das nomeações, 85% dirigiram-se ao acompanhamento de processos, defesa e contestação em ações já iniciadas, enquanto 15% referiram-se a pedidos de propositura de novas ações.

Já mencionei como o procedimento de aplicação dos critérios de avaliação da insuficiência económica no SADT delimita o campo profissional como um campo de aplicação asséptico face às causas de exclusão social que estão no lastro do pedido administrativo de proteção jurídica. Contudo, a sobreposição do conhecimento profissional sobre o profano manifesta-se com maior contundência no âmbito dos princípios basilares de reprodução da advocacia liberal no SADT: a voluntariedade e independência na prestação de serviços. Neste caso, a prevalência do campo profissional

traduz-se na independência técnica, cabendo à/ao advogada/o a liderança e decisão final acerca da condução do caso com total autonomia na definição da temporalidade da sua relação com a/o cliente. A Carta de Direitos e Deveres dos Beneficiários da Proteção jurídica assim expõe um dos deveres do beneficiário:

4. O beneficiário tem o dever de respeitar as recomendações e orientações técnicas do Advogado  
É o Advogado que tem a condução técnica do processo e é a este que compete representar o beneficiário junto das instituições.  
O beneficiário deve abster-se de, por sua iniciativa e sem consulta prévia do Advogado, apresentar requerimentos ao Tribunal ou praticar quaisquer atos contrários às indicações prestadas pelo Advogado.  
Quando o Advogado faz recomendações sobre o modo como o processo deve ser conduzido ou presta aconselhamento jurídico é dever do beneficiário acatar rigorosamente essas recomendações.

Tendo por base uma relação fundada na confiança recíproca, tanto o advogado tem a possibilidade pedir escusa do patrocínio forense, como o beneficiário tem a possibilidade de pedir a substituição da/o sua/seu patrono/defensor(a). Os pedidos de escusa e substituição devem ser motivados. A apreciação e decisão estão a cargo dos conselhos distritais da Ordem dos Advogados. A possibilidade aberta pela lei de pedido de substituição do patrono é celebrada como mecanismo externo de avaliação do sistema por parte da/o usuária/o.

[...] as próprias pessoas se, no caso concreto, tiverem algo a dizer e tiverem queixas do próprio profissional, as próprias pessoas podem fazer a sua avaliação do profissional e requerer que o profissional seja substituído, a lei prevê essa possibilidade. Há uma avaliação prévia, só quando ultrapassado o teste para que a pessoa possa ser advogado, só nestes casos é que podem entrar no sistema. Há depois mecanismos de reação das pessoas. Quando não estão satisfeitas, quando fazem a sua avaliação do modo como é prestado o serviço, seja consulta jurídica, seja na vertente do apoio judiciário, a pessoa beneficiária do serviço pode reagir contra esse facto requerendo a substituição do profissional forense que lhe foi nomeado. Há aqui mecanismos de avaliação (Entrevista Assessor Direcção-Geral da Política de Justiça).

A possibilidade de substituição do advogado é defendida como vantajosa pela abertura de uma liberdade de escolha ao serviço do aperfeiçoamento da prestação de serviço:

Nós temos neste momento, perto de 10 mil advogados inscritos no sistema. Isto permite que o cidadão que não esteja satisfeito com o seu advogado, que não se reveja na atuação do seu advogado, possa fazer requerimento e pedir à OA que substitua o advogado. É claro que tem que ser fundamentado, ou seja, se a pessoa não concordar com a atuação do advogado, tem que ter a sua fundamentação. Na verdade, esses pedidos de substituição, que são um número muito significativo, existem. Por outro lado, sob o ponto de vista do advogado, este também não é obrigado a patrocinar tudo, o advogado pode pedir escusa, pode dizer “bem, eu nesta matéria, por razões de consciência, por outras razões, não me sinto capaz de exercer essa defesa” e a OA nomeia outro advogado. Ora, numa estrutura de DP a diversidade acaba, há um

defensor público, eu não sei se por comarca, se dois, se três. Em todo caso, são aqueles. Você tem aquele defensor e não pode mudar de defensor. Já viu o impacto negativo que tem no cidadão que não se revê na atuação desse mesmo defensor (Entrevista a advogada, membro do Conselho-Geral da Ordem dos Advogados).

Os dados do Relatório de Atividades de 2011 do Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados indicam que, de um total 7534 novas nomeações feitas pela Secção de Apoio Judiciário daquele órgão naquele ano, 6521 decorreram de pedidos de escusa e substituição, enquanto 1013 constituíram primeira nomeação. Enquanto os pedidos de escusa se guiam por relações de horizontalidade, com respeito pela independência e carácter voluntário da participação da/o advogada/o no SADT. Os pedidos de substituição são deglutidos pela lógica de prevalência do juízo técnico-profissional.

A Ordem não se limita a fazer nomeações e, depois, não acompanha. É óbvio que a Ordem também não faz a avaliação da prestação de serviços, porque se o advogado é independente, deve apenas obediência às regras deontológicas. É verdade que há um conjunto de válvulas de escape que o próprio sistema prevê, em que a Ordem atua, o tal pedido de substituição do advogado. A Ordem vai ver se o cidadão tem ou não fundamento para pedir substituição e, se tiver, procede à substituição. Na apreciação dos pedidos de escusa, a Ordem não pode impor ao advogado à força, que é o que acontece com o defensor público, a defesa do cidadão, que o advogado pode não estar até preparado, pode até não ter competência técnica (Entrevista advogada, membro do Conselho-Geral da Ordem dos Advogados).

O depoimento a seguir dá conta do tratamento dos pedidos de substituição pelo Conselho Distrital da Ordem dos Advogados de Lisboa:

[...] pedidos de substituição de patrono que nos chegam têm realmente a ver com questões de exigência que o próprio beneficiário tem ou pede ao próprio advogado. Muitas vezes é porque não está contente com o trabalho, o advogado respondeu-lhe mal e há determinadas questões até de morosidade do processo em tribunal e, portanto quer novo advogado. [...] Não existe limite aos pedidos de substituição. Nós temos, por norma, dar sempre o princípio contraditório ao advogado. Se existe um pedido de substituição sobre aquele advogado, o advogado tem o direito de se pronunciar sobre aquele pedido. E só aí é que nós analisamos e o pedido de substituição é deferido ou não (Entrevista, Secção de Apoio Judiciário do Conselho Distrital da Ordem dos Advogados de Lisboa).

A autonomia do campo profissional ainda se revê nas regras de avaliação profissional e de formação. Na avaliação interna dos serviços prestados, a condição de advogada/o se sobrepõe à condição de prestador/a do serviço de assistência jurídica. Nesse sentido, a avaliação dos profissionais quanto à prática e resultados obtidos no âmbito do SADT é deontológica, isto é, guia-se pelo cumprimento das normas gerais que orientam a advocacia como um todo, o Estatuto da Ordem. O mesmo aplica-se aos requisitos de formação para o desempenho da atividade de assistência jurídica, que remetem à

formação generalista como requisito mínimo da prática profissional. A seguir, apresento o debate travado durante a I Jornadas do IAD, entre uma dirigente distrital da Ordem e um das integrantes do Conselho-Geral desta instituição. Os argumentos versam sobre a necessidade ou não de formação específica da/o advogada/o da assistência jurídica.

[...] eu proponho a estas jornadas [...] uma coisa que eu sei que pode não ser bem aceite por todos, mas alguns colegas já me disseram que estavam disponíveis para isso, a formação obrigatória na área para as quais os colegas se inscreveram para proceder à defesa oficiosa dos patrocinados, obrigatória para todos os colegas, porque nós sabemos sempre pouco, temos que ter a noção disto. Todos os dias modificam coisas e, portanto, não é que sejamos ignorantes, que não somos, mas nós temos que ter esta formação contínua e esta afirmação da dignidade tem que ser pela competência. Eu não posso admitir escusas que me digam que a pessoa não está habilitada para. E esta habilitação, a falta de habilitação e o andar mal dentro do apoio judiciário, tem que ser fundamento da expulsão dos colegas e, quando falamos disto, os colegas não podem ficar zangados. Sim, expulsos do sistema porque nós temos que fazer a diferença entre o trigo e o joio. Isto é dignificar a classe, isto é dignificar o apoio judiciário e isto é dar ao requerente do benefício do apoio judiciário que efetivamente precisa de nós o melhor de nós próprios, qualificado e com competência (Manuela Frias, I Jornadas IAD).

Eu não sei se posso emitir aqui a minha opinião sobre a formação que se deseja que seja obrigatória para os participantes no acesso ao direito para dizer que, porventura, teremos que repensar é a formação de todos os advogados porque os advogados não são bons ou maus porque participam no sistema do acesso ao direito. Portanto, eventualmente, esses advogados mal formados que participam no sistema de acesso ao direito não deviam era serem advogados. Ninguém lhes devia ter dado a cédula profissional para serem advogados. Eu sou a favor da formação contínua, acho que é um papel essencial da OA e sou a favor da formação inicial para todos os advogados, independentemente de participarem ou não no sistema do acesso ao direito. Sou pessoalmente absolutamente contra qualquer tipo de formação obrigatória só para os participantes do sistema do acesso ao direito (Elina Fraga, I Jornadas IAD).

Neste quadro, o uso do direito pelos profissionais de assistência consiste numa experiência de tentativa e erro, quer junto dos profissionais nomeados para as partes, quer na mobilização que estas/es profissionais fazem do sistema de justiça. A maior proximidade ensaiada pelo SADT junto das necessidades das/os potenciais beneficiárias/os da proteção jurídica está na previsão da rede de gabinetes de consulta jurídica. Em primeiro lugar, o sistema jurídico português diferencia a informação jurídica dos modos de proteção jurídica. Enquanto a obrigação de informação jurídica vincula o Estado como obrigação geral a ser realizada em colaboração com outras entidades interessadas, a proteção jurídica refere-se especificamente à oferta de consulta jurídica ou apoio judiciário por profissionais para questões jurídicas concretas<sup>147</sup>. No âmbito da

<sup>147</sup> Lei 47/2007, de 28 de Agosto, art. 4.º: (1) incumbe ao Estado realizar, de modo permanente e planeado, acções tendentes a tornar conhecido o direito e o ordenamento legal, através de publicação e de outras formas de comunicação, com vista a proporcionar um melhor exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres legalmente estabelecidos; (2) a informação jurídica é prestada pelo Ministério da Justiça, em colaboração com todas as entidades interessadas, podendo ser celebrados protocolos para esse efeito.

consulta jurídica, prevê-se a construção de um serviço de cobertura nacional através de gabinetes públicos ou escritórios de advocacia. O ônus de criação dos gabinetes de consulta jurídica é da tutela, ouvida a Ordem dos Advogados<sup>148</sup>.

No que toca à organização das defensorias públicas, a vastidão de atribuições institucionais previstas para a assistência jurídica do Estado remete para uma relação entre direito e política em que o direito é convocado como campo semiautónomo. Nesse sentido, a lei federal de organização das defensorias públicas prevê o exercício pelos defensores de funções adjudicatórias e extrajudiciais, para além de delinear um perfil profissional de defensor com papel de fiscalização e exercício pedagógico.

### Funções Adjudicatórias

- 1 Representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos
- 2 Promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos
- 3 Impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução
- 4 Promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, económicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela
- 5 Patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública
- 6 Acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado
- 7 Exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a

<sup>148</sup> Lei 47/2007, de 28 de Agosto, art. 15.º: (1) A consulta jurídica pode ser prestada em gabinetes de consulta jurídica ou nos escritórios dos advogados que adiram ao sistema de acesso ao direito; (2) A prestação de consulta jurídica deve, tendencialmente, cobrir todo o território nacional; (3) A criação de gabinetes de consulta jurídica, bem como as suas regras de funcionamento, são aprovadas por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça, ouvida a Ordem dos Advogados.

adequada e efetiva defesa de seus interesses

## 8 Atuar nos Juizados Especiais

### Funções extrajudiciais

- 1 Promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios
- 2 Prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições
- 3 Convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais
- 4 Participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos
- 5 Propiciar o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas, da vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado

### Fiscalizadoras

- 1 Atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais

### Pedagógicas

- 1 Prestar orientação jurídica
- 2 Promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico

No âmbito da organização judicial federativa brasileira, a atividade das defensorias públicas estaduais tem correspondência com a atuação da justiça estadual comum, cobrindo as áreas cível, criminal, execução criminal, tutela coletiva e infância juventude. As áreas de competência da justiça federal estão compreendidas no campo de atribuições

da Defensoria Pública da União (DPU), nomeadamente a área trabalhista<sup>149</sup>. A primeira nota sobre a vastidão das atribuições institucionais da defensoria diz respeito à relação entre expectativas e fracasso da promessa de assistência jurídica. Como afirmei no primeiro capítulo, há um risco inerente ao funcionamento dos esquemas de acesso à justiça que consiste em se exporem à defraudação das expectativas que criam.

Esse risco amplifica-se na mesma medida da densificação e da complexidade dos papéis atribuídos aos serviços de assistência. A sua iminência é ainda maior quando se tem em conta o alcance dos serviços da defensoria e o número de defensoras/es públicas/os em cargos providos. Numa segunda nota, cumpre salientar a porosidade que um conjunto mais vasto de atribuições no acesso à justiça empresta ao campo jurídico. No caso da defensoria pública brasileira, trata-se não só de exercer a defesa das/os necessitadas/os, em todos os graus, mas exercê-la através da afirmação de direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, considerando a diferença da titularidade do direito de acordo com as/os suas/seus portadoras/es (consumidor, criança e adolescente, idoso, pessoa portadora de necessidades especiais, mulher, pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência).

As possibilidades de hibridação entre direito e política manifestam-se na expectativa de as funções institucionais da defensoria serem exercidas para além da microjustiça dos casos concretos individualizáveis e juridicamente viáveis. Prevêem-se hipóteses de judicialização da política e das relações sociais através de uma mobilização do direito transescalar (mecanismos nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos)

---

<sup>149</sup> As entrevistas conduzidas junto de defensoras/es públicas/os da União em São Paulo revelaram como principal problema decorrente da baixa cobertura dos serviços por parte da DPU a ausência do órgão na área trabalhista. *Só para dar um exemplo. Em São Paulo, são 39 subsecções judiciárias e, até ao ano passado [2010], nós estávamos em 4, ou seja, 20% das subsecções judiciárias tinham serviços da defensoria. Agora, a gente, com o 4º concurso para defensor, estamos em 8, algumas precariamente estruturadas. Então, a gente está com atuação em 20% das subsecções. Isso se a gente contar as subsecções judiciárias em São Paulo. Mas, na verdade, na DPU, a gente tem uma atuação um pouco mais ampla, a gente tem que atuar também nas varas trabalhistas, na justiça do trabalho. Hoje, em São Paulo, a gente não faz essa atuação. A gente tem uma limitação de actuação por conta da insuficiência de defensores federais. Em tese, a área trabalhista seria de actuação da Defensoria Pública, mas não é atendida por ela, é feito directamente pela pessoa que vai fazer reclamação no próprio fórum*(Entrevista a Defensor Público da União).



dirigida não só a direitos individuais, mas também a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, inclusivamente contra pessoas jurídicas de direito público. No que toca aos litígios contra o Estado, a independência de atuação sustenta-se, individualmente, na previsão da independência funcional, da inamovibilidade, da irredutibilidade de vencimentos e da estabilidade da/o defensor/a. A independência da instituição, por sua vez, é consagrada pela previsão constitucional da autonomia financeira e administrativa das defensorias públicas da União, dos estados e do Distrito Federal e Territórios

A análise dos dados estatísticos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo aponta para um caleidoscópio de iniciativas numa instituição dedicada tanto ao tratamento massificado de conflitos jurídicos individuais cotidianos (atendimentos, petições iniciais, acordos extrajudiciais, apelações, recursos, mandados de segurança, etc.), como à construção de estratégias de atuação coletiva (ações civis públicas), para além da diversificação da prestação de serviços junto de outros órgãos do sistema de justiça (atendimentos em centros integrados de cidadania, centro de apoios a vítimas, estabelecimentos prisionais, etc.).

O quadro 4 demonstra os dados de funcionamento da Defensoria Pública do Estado de São Paulo nos anos 2011 e 2012.

### Quadro 4. Dados de funcionamento da DPESP 2011 e 2012

Unidade	Área Cível		Área Criminal, Varas Singulares e Júri		Área Infância e Juventude				Área Execução Criminal	
	2011	2012	2011	2012	2011		2012		2011	2012
	Central Cível, Família, Plantão Cível e Plantão Família	Central Cível, Família, Plantão Cível e Plantão Família	Dep de Inquéritos Policiais, Juizado Especial Criminal, Júri e Varas Singulares	Dep de Inquéritos Policiais, Juizado Especial Criminal, Júri e Varas Singulares	Infância e Juventude Fóruns Jabaquara, Lapa, Pinheiros e Santana	Infância e Juventude Fóruns Jabaquara, Lapa, Pinheiros e Santana	Infância e Juventude Fóruns Jabaquara, Lapa, Pinheiros e Santana	Infância e Juventude Fóruns Jabaquara, Lapa, Pinheiros e Santana	Vara de Execuções Criminal	Vara de Execuções Criminais
Atendimentos (triagem, retornos, outros)	70756	52357	83066	59054	4270	901	5152	1043	12172	20234
Audiências (instrução, Juizado Especial Criminal, interrogatório)	1123	1005	23670	23536	14664	393	16077	174	n/a	n/a
Mandados de Segurança	150	5	63	46	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
Habeas Corpus	n/a	n/a	9178	8045	1486	n/a	1010	n/a	2356	1809
Declarações Iniciais	11841	7220	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
Acordos Extrajudiciais	562	427	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
Petições Iniciais Propostas	9964	4710	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
Respostas, Reconvenções e Réplicas	1327	1022	15926	17174	n/a	73	n/a	72	n/a	n/a
Outras Petições	6014	5445	5509	4835	389	389	n/a	0	1648	1532
Recursos (Apelação, Agravos, Embargos, Ordinário, Especial e Extraordinário)	1253	663	11598	11725	842	75	919	0	4015	3387
Pedidos (de Liberdade Provisória/ Revogação de Prisão e relaxamento de flagrante)	n/a	n/a	11743	9971	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
Visita às unidades	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	41	n/a	3	n/a	n/a
Ações Cíveis Públicas	0	88	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
Pedidos (de Reconhecimento de Prescrição, Progressão de Regime, de Livramento Condicional, de Unificação de Penas, de Remição de Penas, de Indulto, de Comutação, de Transferência de Presos)	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	27655	60286
Pedidos (de Remissão e contra internação provisória)	n/a	n/a	n/a	n/a	1370	n/a	1385	n/a	27655	60286

Triagem	2011		2012	
	CAPITAL	GRANDE SP	CAPITAL	GRANDE SP
Atendimentos	83273	53538	82255	100625
Petições Diversas	162	2381	152	3252
Medidas Cautelares	73	55	63	45

	CENTRO DE INTEGRAÇÃO DA CIDADANIA - CIC		CENTRO DE ATENDIMENTO À MULHER (CAM) CENTRO DE CIDADANIA DA MULHER (CCM) CENTRO DE REFERÊNCIA DA MULHER (CRM)		CENTRO DE REFERÊNCIA E APOIO À VÍTIMA - CRAVI	
	2011	2012	2011	2012	2011	2012
	CAPITAL		CAPITAL		CAPITAL	
Atendimentos	4760	5286	1965	1498	428	296
Petições Iniciais	1321	1200	570	442	0	2
Medidas Cautelares	21	10	171	67	0	4
Mediações/ Acordos	58	80	31	26	0	0

Fonte: Corregedoria DPESP

Não é surpreendente, portanto, que se reivindique uma postura de normalidade do/da defensor/a perante a complexidade e contradição inerentes ao seu exercício profissional:

(...) este tensionamento rola e, às vezes, reflete na atuação. Há pouco tempo atrás teve um defensor defendendo um réu, no júri. O defensor viu que este réu também tinha um processo que tramitava nos juizados de violência doméstica. Ele pediu para o estagiário verificar e buscar as cópias do processo para se analisar o que é que tinha, porque certamente seria utilizado contra o réu no júri. Ele, defensor do réu, teria que saber o que é que havia naquele processo. Quando o estagiário foi no cartório perguntar, disseram que o processo estava na defensoria. Estava na defensoria com a defensora que defende a vítima de violência doméstica. O estagiário foi falar com a defensora e explicou que queria olhar o processo porque o réu estava no fórum, vendo o seu processo do tribunal do júri com o defensor. A defensora disse que levava o processo para o estagiário. Como aquele réu tinha uma ordem de prisão, a defensora avisou o oficial de justiça e o juiz e prenderam ele no fórum. Dois defensores cada um numa extremidade de acordo com a sua área de atuação. Eu acho que isso é normal, eu não vejo isso com estranheza, porque as expectativas são diferentes. (Entrevista a defensor público)

A lei de criação da defensoria de São Paulo (Lei Complementar n.º 988, de 09 de janeiro de 2006) procurou dar uma resposta orgânica à complexidade de atribuições institucionais das/os defensora/es através da criação de órgãos específicos. O aperfeiçoamento do papel extrajudicial da instituição e do tratamento estratégico de causas socialmente relevantes desenvolve-se paralelamente a os perigos de uma rotinização excessiva dos processos impostos dada a quantidade exponencial de pedidos ligados a litígios individuais. Neste ponto, destaca-se a criação do Centro de Atendimento Multidisciplinar (CAM) e dos Núcleos Especializados.

O centros de atendimento multidisciplinar cumprem uma função de assessoria ao desempenho funcional da/o defensor/a. Noutras palavras, sem substituir a atividade fim da defensoria, o atendimento jurídico, dirigem-se a uma compreensão mais ampla de tratamento do conflito jurídico como conflito social. É nesse sentido que a lei prevê para as/os agentes de defensoria psicólogas/os e assistentes sociais o seguinte conjunto de atribuições no âmbito do CAM:

- 1** Prestar suporte técnico e treinamento aos defensores públicos, servidores, estagiários e Ouvidoria-Geral, nas áreas da psicologia e serviço social
- 2** Interpretar documentos técnicos e elaborar discussão de casos e demandas com defensores públicos

- 3 Elaborar perícias e laudos periciais, respondendo aos eventuais quesitos formulados pelos defensores públicos
- 4 Elaborar estudos, informações e pareceres sobre matérias específicas, a partir do enfoque apresentado pelo defensor público
- 5 Contribuir na elaboração de projetos e de procedimentos técnicos de atuação, segundo sua área técnica
- 6 Fomentar estratégias de soluções alternativas de conflitos na comunidade
- 7 Atuar como conciliador, facilitador e mediador
- 8 Fortalecer a integração entre os diversos núcleos especializados e os demais órgãos da defensoria e as entidades conveniadas de modo a evitar a fragmentação do atendimento
- 9 Mapear e articular a rede de serviços disponíveis para encaminhamento do usuário
- 10 Manter registo atualizado da rede de serviços acessível a todos os defensores públicos, servidores e estagiários
- 11 Receber dos defensores públicos e da Ouvidoria-Geral os pedidos de intervenção, cabendo-lhes, conforme escala pré-definida, registrá-los e atendê-los

Deliberação CSDP n.º 187, de 12 de agosto de 2010, art. 5º

A previsão de núcleos especializados, por sua vez, procura corresponder à necessidade de definição de uma linha de atuação estratégica da instituição perante conflitos sociais estruturais ou necessidade de organização administrativa. A lei de criação da DPESP estabeleceu a criação de cinco núcleos na vertente conflitos estruturais: (a) interesses difusos e coletivos; (b) cidadania e direitos humanos; (c) infância e juventude; (d) consumidor e meio ambiente; (e) habitação e urbanismo; (f) situação carcerária. Como decorrência da organização administrativa foi criado ainda o núcleo de segunda instância e tribunais superiores. Refletindo a complexa malha de atribuições institucionais da defensoria, as funções, de atuação e de apoio, a serem desempenhadas pelos núcleos prendem-se com:

**1 Atuação Judicial:** (a) propor medidas judiciais para a tutela de interesses individuais, coletivos e difusos, e acompanhá-las, agindo isolada ou conjuntamente com os defensores públicos, sem prejuízo da atuação do defensor natural; (b) atuar e representar junto ao sistema interamericano dos direitos humanos, propondo as medidas judiciais cabíveis; e (c) coordenar o acionamento de cortes internacionais

**2 Atividades de coordenação interna:** (a) compilar e remeter informações técnico-jurídicas, sem caráter vinculativo, aos defensores públicos, (b) realizar e estimular o intercâmbio permanente entre os defensores públicos, objetivando o aprimoramento das atribuições institucionais e a uniformidade dos entendimentos ou teses jurídicas; (c) prestar assessoria aos órgãos de atuação e de execução da defensoria pública do estado

**3 Atuação extrajudicial:** (a) propor medidas extra-judiciais para a tutela de interesses individuais, coletivos e difusos, e acompanhá-las, agindo isolada ou conjuntamente com os defensores públicos, sem prejuízo da atuação do defensor natural; (b) realizar e estimular o intercâmbio com entidades públicas e privadas, bem como representar a instituição perante conselhos e demais órgãos colegiados, por qualquer de seus membros, mediante designação do Defensor Público-Geral do Estado

Lei Complementar n.º 988, de 09 de janeiro de 2006, art. 53.º

Desde 2006, novos núcleos foram integrados à orgânica da defensoria na vertente conflitos sociais estruturais, são eles: (a) direitos do idoso, (b) defesa do consumidor, (c) proteção e defesa dos direitos da mulher e (c) combate à discriminação, racismo e preconceito.

O caso 1 exemplifica a importância orgânica dos núcleos especializados face à evidência de uma estrutural denegação da justiça como outra face da deficiência de funcionamento da defensoria.

### **Caso 1. Atuação superveniente do núcleo especializado face à radical denegação de justiça**

Contexto: A ré encontra-se presa desde 27 de Agosto de 2010 em razão de flagrante pela suposta prática de tráfico de entorpecentes (art. 33º, *caput*, da Lei n.º 11343/06, de 23 de Agosto). É estrangeira e não possui familiares em São Paulo. Grávida, deu à luz no curso do processo criminal. Estando custodiada não conta qualquer pessoa familiar para assistir a criança.

25 de Abril de 2011: Advogado do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania envia ofício ao Núcleo de Proteção e Defesa da Mulher explicando a situação da encarcerada na Penitenciária Feminina da Capital. Relatou que: 1. Em entrevista com a assistida na penitenciária apercebeu-se que o crime cometido (de tráfico internacional/interestadual de drogas) tinha como pano de fundo uma situação de violência de gênero e tráfico de pessoas. 2. Um dos corréus, seu companheiro, de quem estava grávida, submetia-a a maus tratos, abusos e violências (de mordida no lábio à ameaça de morte e atropelamento com veículo próprio). 3. Em contato com família da detenta conseguiu levantar o processo de medida cautelar impetrado por ela contra o companheiro na justiça boliviana. 3. Este dossiê provava materialmente a violência sofrida. 4. Procurou a defensoria pública da 12ª Vara e descobriu que a detenta não era atendida pela defensoria, mas por um advogado oficioso do convênio entre defensoria e OAB. 5. Não conseguiu fazer contato prévio com o

advogado oficioso mas, no contato com o juiz, logrou anexar o dossiê da violência doméstica ao processo criminal. 6. Não conseguiu assistir à audiência de instrução e julgamento, tão pouco esclarecer o caso ao advogado oficioso, que chegou no momento em que já iniciara a audiência.

26 de Abril de 2011: Núcleo de Defesa e Proteção da Mulher envia ofício ao juiz da 12ª Vara Criminal a informar que está avocada para o núcleo a defesa criminal da detenta.

5 de Julho de 2011: Habeas Corpus Impetrado em favor da detenta. Defensora pública do núcleo pede a regularização dos autos para proceder à elaboração dos memoriais de defesa. Dado o excesso de prazo, que convola a custódia cautelar em constrangimento ilegal, requer o relaxamento da prisão ou, pelo menos, a substituição da prisão cautelar por medida de proteção familiar assegurando assim assistência à criança pela mãe. Subsidiariamente pede a substituição da prisão por outras medidas cautelares menos restritivas.

14 de Julho de 2011: É emitido o alvará de soltura

15 de Agosto de 2011: Defensora pública apresenta Memoriais de Defesa. Alega que: 1. Em interrogatório a acusada negou a prática do delito, afirmando nunca ter transportado droga para o Brasil. 2. A acusada entregava droga para compradores brasileiros no terminal rodoviário porque era coagida pelo companheiro (com ameaças de morte, tendo sido inclusivamente atropelada por ele). 3. Na noite anterior à prisão discutiu com o companheiro por não querer ir ao encontro do comprador, foi agredida e forçada a realizar a entrega. 4. A ré estava grávida e tal condição de vulnerabilidade influenciou para que cedesse. 5. A denúncia é inepta, demasiado genérica e não individualiza a conduta da acusada, o crime que lhe foi imputado é de conduta múltipla, contendo várias ações, o que exige que a denúncia explicita o que foi cometido por cada ré/éu. 6. A coação irresistível é uma excludente de culpabilidade, a ré não é criminosa é vítima de violência doméstica. 7. As provas são frágeis (circunscritas aos depoimentos dos policiais)

O caso demonstra a participação decisiva do núcleo na garantia de uma defesa criminal apta e especialmente atenta à diferença da condição de ré da acusada, vítima de violência doméstica. Simultaneamente, até à intervenção do núcleo assiste-se ao falhanço de uma estrutura de acesso ao direito fragmentada em que parte do serviço é direcionada a convênios de assistência jurídica suplementares. Com efeito, a condição de injustiça e a especificidade do caso não foram detetadas pelos mecanismos de alerta do sistema oficial de assistência jurídica, mas antes pela interferência proactiva do advogado da ONG. Este exemplo, ao mesmo tempo que releva a importância de um núcleo de assuntos especializados, traz à colação a necessidade de uma maior capilaridade destes órgãos junto a situações concretas que são alvo do seu atendimento. A própria organização dos núcleos, com um/a coordenador/a e coordenador/a adjunta/o, que podem vir a exercer o trabalho do núcleo em exclusividade, revela uma instituição lotada por defensores que acumulam a participação nos núcleos com as funções de defensores naturais nas outras unidades da instituição. O núcleo consolida-se, assim, como um

espaço de experimentação e diferenciação do exercício dos direitos cujo alcance de intervenção é limitado pelas suas próprias características orgânicas. A maior proatividade dos núcleos acaba amoldando-se à figura da/o sua/eu coordenador/a carecendo de um espaço integrado e transversal de discussão acerca da densificação das competências desses órgãos.

O núcleo reflete muito a cara do seu coordenador.

[...] a gente tenta ajudar ao máximo só que a gente fala que não dá para abraçar muito porque só eu do núcleo estou afastada integralmente para este trabalho. Tem 15 pessoas no núcleo, cada uma trabalha nos seus processos e a gente se reúne uma vez por mês para decidir os processos do núcleo. Tem uma coordenadora adjunta, mas ela não é afastada. Eu conto com um assistente técnico e um funcionário comissionado, que alguns núcleos não têm, que me auxilia bastante (Entrevista a defensora pública coordenadora de núcleo).

[...] falta, ainda, uma clareza de atuação dos núcleos porque os núcleos foram concebidos na nossa lei como órgãos de apoio e de atuação ao mesmo tempo. Então, alguns núcleos se voltam mais ao apoio, outros voltam mais à atuação. Não há uma uniformidade em relação a todos eles na forma de atuar. E não há, ainda, um planejamento estratégico em relação a essa penetração maior dos núcleos. Há uma concentração muito forte de atuação na capital. O núcleo da infância está mais expandido no interior, mas mais no papel de apoio, educação em direitos, menos em papel de atuação. Falta, talvez, uma diretriz clara. Mesmo a gente tem uma insegurança nesse modelo dos núcleos, porque só São Paulo tem esse modelo. Em outras defensorias, o núcleo nada mais é do que um local a onde o defensor atua. Aqui, o núcleo é um lugar de passagem só e de especialização. E o defensor coordenador tem mandato, ele fica no máximo quatro anos e não pode ficar mais do que isso (Entrevista a defensor público integrante da administração da instituição).

Por outro lado, a maior densificação das atribuições do núcleo relaciona-se estreitamente com o desafio de construção da alteridade da participação dentro da própria defensoria, para além dos espaços participativos já consagrados pela lei orgânica da instituição. O exercício desta alteridade conclama a replicação de dinâmicas inovadoras na aproximação das/os defensores face às situações de dano e violação sistemática dos direitos que se reproduzem fora do alcance conhecimento imediato da instituição.

[...] a gente é reativo, eu acho que a gente é mais reativo que proactivo. O desafio da defensoria é, no mínimo, equalizar as duas coisas. [...] a defensoria tinha que ir mais a campo para identificar os problemas de envolvimento do núcleo. Tem algumas experiências de defensoria móvel e é uma das demandas também do movimento social que a defensoria seja mais itinerante. Você poderia até falar numa unidade de conflitos para atuação *in loco*. (Entrevista a defensora pública coordenadora de núcleo)

No binômio conhecimento profissional - conhecimento especializado, a rotinização e massificação dos casos individuais orienta uma manifestação de defensoria como serviço tradicional. Preserva-se a autonomia do campo jurídico e as prerrogativas funcionais da/o defensor, reproduzindo um relacionamento profissional-cliente similar à prática da

advocacia. Neste sentido, as regras de atendimento da Defensoria Pública de São Paulo consagram quer o princípio de independência técnica da/o defensor quer o princípio de confiança recíproca na relação profissional/usuário(a) ao regular as hipóteses de denegação de atendimento. Mantém-se, contudo, a subordinação hierárquica da/o profissional à/o Defensor/a Pública/o-Geral, que pode determinar a substituição da/o defensor em caso de denegação do atendimento<sup>150</sup>.

No curso do trabalho de campo, algumas das entrevistas revelaram uma objetificação da identidade profissional por parte de algumas/alguns defensoras/es. Ao identificarem-se como autômatos de uma engrenagem maior, as/os profissionais, por seu turno, transformam as/os usuárias/os em objetos de uma relação de tradução da qual a/o necessitada/o de defesa não faz parte.

O meu papel é esse aqui [aponta para as estantes com pilhas de processos judiciais]. Eu sou soldado raso! [...] As pessoas que vem aqui não sabem nem falar, explicar a situação delas e eu é que faço o juiz e o promotor entenderem o que elas precisam (Entrevista a defensora pública, vara singular criminal, extraído do diário de campo)

A autonomia do campo profissional da/o defensor/a pode ser reafirmada ou aplacada no âmbito de uma carreira hierarquicamente disciplinada, com a previsão de mecanismos internos de controlo que se corporificam na atuação da corregedoria da instituição. Os ditames de funcionamento de um paradigma liberal do direito refletem-se noutros princípios de funcionamento da defensoria, dentre eles, a aposta na suficiência da formação jurídica generalista uma vez habilitada/o a/o profissional pela aprovação no concurso de provas e títulos. O trabalho de campo permitiu identificar dificuldades relativas à proposta de formação contínua da/o defensor/a:

O curso preparatório, quando os defensores ingressam, é obrigatório. Depois, os cursos de formação continuada, de capacitação, não são obrigatórios. Entretanto, existem alguns critérios para promoção na carreira que levam em conta a participação nesses cursos – em pós-graduação, em cursos de extensão, de especialização. Então, acho que isso torna interessante para o defensor se capacitar, uma vez que ele pode,

---

<sup>150</sup> É prerrogativa dos membros da Defensoria Pública deixar de patrocinar a ação, quando manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte, comunicando ao Defensor Público Geral as razões do seu proceder, podendo este, se discordar fundamentadamente das razões apresentadas, propor a ação ou designar outro Defensor Público para que o faça (Artigo 11). Artigo 13. O Defensor Público poderá deixar de atender o interessado quando este manifestar desprezo ou desconfiança em sua atuação profissional, por meio de conduta ofensiva ou outros comportamentos que demonstrem quebra da relação de confiança (Art. 13) (Deliberação CSDP nº 89, de 08 de agosto de 2008)



ao mesmo tempo, mudar de nível na carreira. Isso implica também um aumento de salário, caso ele seja promovido. Eu acho que a formação contínua deveria ser obrigatória. Acho que hoje já fazemos isso, mas de maneira ainda insuficiente. Seria necessário que os defensores ficassem uns seis meses fazendo um curso de formação. Hoje, nós não conseguimos dar formação nesse espaço de tempo. Conseguimos organizar umas duas semanas de palestras. (Entrevista a defensor, Escola Superior da Defensoria).

Esta reflexão no âmbito da Escola da Defensoria (EDEPE) tem procurado associar o esforço de formação jurídica inicial a uma abordagem compreensiva da vastidão de funções institucionais previstas para a/o defensor, bem como da realidade social inerente ao seu campo de trabalho.

Quando a pessoa chega na defensoria primeiro tem que passar por um curso preparatório. Ainda bem que é obrigatório esse curso de formação, porque é o momento que a gente, mais do que enfiar na cabeça, pode enfiar no coração das pessoas o que é ser defensor. Mostrar: você vai fazer isso! São essas pessoas! São esses os tipos de problemas que elas enfrentam! Eu acho que a partir do momento em que o problema tem cara de gente, que ele tem um nome, tem uma história, as pessoas não ficam indiferentes a isto. Eu conversei recentemente com uma colega que trabalha no Departamento de Inquiridos Policiais e eu perguntei se a gente estava indo no caminho certo. Perguntei: “você acha que o curso de formação fez alguma diferença na sua forma de atuar?”. Ela disse para mim o seguinte: “fez toda a diferença, todas as pessoas que eu atendo aqui, que são moradores de rua, para mim, têm a cara do Anderson, a história do Anderson (a pessoa do Movimento de População de Rua que foi falar no curso de formação). A pessoa tem uma sensibilidade maior para tratar do assunto, tem uma história por trás, ela passa a compreender melhor, a entender como cada pessoa chegou ali. Então, eu acredito muito nesse curso preparatório no início da carreira (Entrevista a defensora, Escola da Defensoria Pública do Estado).

O desafio de capacitação perante o mapa complexo de atuação profissional traz igualmente o risco de defloração das expectativas, tendo em conta os limites da formação jurídica especializada.

No curso preparatório de formação nós nos preocupamos em trazer pessoas não só do movimento social mas também pessoas da academia, não exatamente vinculadas à área do direito. Então, no último curso, trouxemos duas antropólogas para falarem com os defensores, trouxemos uma psicóloga. Trouxemos pessoas de áreas distintas do conhecimento para poder acrescentar um pouco mais. Para ir além da questão meramente formal do direito. No que toca à questão da ação civil pública ou ações coletivas, a nossa formação é ainda um pouco deficiente. Nós já conversamos sobre isso. Seria necessário que a gente pudesse ensinar as pessoas, por exemplo, como se faz uma audiência pública porque a gente não aprende isso, de maneira alguma, em faculdade alguma. E caberia a nós ensinarmos como é que você conduz uma audiência desse tipo. Acho que, neste ponto, o curso de formação ainda é um pouco deficiente. É óbvio que depois a gente consegue suprir de alguma forma fazendo outros cursos (daqui a um mês, por exemplo, teremos um curso voltado para a questão ambiental) mas acho que no momento em que as pessoas estão entrando é o momento interessante de você trabalhar com essa questão. Não atingimos ainda o objetivo neste caso específico (Entrevista a defensora, EDEPE).

No que prende à dicotomia entre uso transformador e uso corretivo do direito, as características orgânicas que mais aproximam o funcionamento da defensoria pública do modelo de serviços inovadores estão na possibilidade de participação popular para a

definição do plano estratégico da instituição e na previsão de um órgão de fiscalização externo, a Ouvidoria-Geral. De acordo com lei de criação da defensoria, a Ouvidoria-Geral é órgão superior da defensoria pública do estado, com competências de gestão e fiscalização da instituição, dos seus membros e servidores. Nesse sentido, a/o Ouvidor(a)-Geral é escolhida/o fora da carreira de defensor/a pública/o e integra, como membro nato, o conselho superior da defensoria, sem direito a voto<sup>151</sup>. De acordo com Zaffalon Cardoso, 2013: 46, contam hoje com ouvidorias externas em pleno funcionamento as defensorias públicas de São Paulo, Bahia, Acre, Mato Grosso, Rio Grande do Sul, Ceará e Maranhão. Os princípios e diretrizes de cada ouvidoria são multiformes. De entre as competências da/o Ouvidor(a), destacam-se:

- 1 Receber dos membros da defensoria pública do estado ou do público externo reclamações relacionadas à qualidade dos serviços prestados pela instituição, bem como sugestões para o aprimoramento destes serviços
- 2 Encaminhar as reclamações e sugestões apresentadas à área competente e acompanhar sua tramitação, zelando pela celeridade na resposta
- 3 Concluir pela procedência ou improcedência da reclamação, informando-a ao interessado
- 4 Propor aos órgãos competentes a instauração dos procedimentos destinados à apuração de responsabilidade administrativa, civil ou criminal
- 5 Estimular a participação do cidadão na identificação dos problemas, fiscalização e planejamento dos serviços prestados
- 6 Propor ao Defensor Público-Geral do Estado e ao Defensor Público do Estado Corregedor-Geral a adoção de medidas que visem ao aprimoramento dos serviços prestados
- 7 Manter contato permanente com os vários órgãos da defensoria pública do estado, estimulando-os a atuar em permanente sintonia com os direitos dos usuários

<sup>151</sup> O Ouvidor-Geral será nomeado pelo governador do estado, dentre os indicados em lista tríplice organizada pelo Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana - CONDEPE, para mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução, respeitado o mesmo procedimento. Não poderá integrar a lista tríplice membro da Defensoria Pública do Estado.

## 8

Coordenar a realização de pesquisas periódicas referentes ao índice de satisfação dos usuários

Lei Complementar n.º 988, de 09 de janeiro de 2006, art. 37.º

Outros espaços de participação garantidos na lei de funcionamento da defensoria pública dizem respeito às conferências públicas e ao momento aberto. A lei orgânica da DPESP prevê a elaboração anual de um plano de atuação. O processo de elaboração do plano anual deve ter em conta os resultados de conferências públicas estadual e regionais, organizadas bianualmente para discutir e planejar o funcionamento da instituição. Noutra dimensão, no momento aberto, é franqueada a palavra a qualquer pessoa ou qualquer membro da defensoria durante as sessões públicas das reuniões ordinárias semanais do conselho superior da instituição<sup>152</sup>.

A proximidade maior dessas iniciativas com o tipo ideal de serviços jurídicos inovadores estreita-se na medida em que são abertos espaços de turbulência das relações de poder no interior do sistema de assistência jurídica. Naturalmente o aproveitamento deste espaço é tanto maior quanto mais se ampliam as oportunidades de coexistência de diferentes formas de existência e resistência perante a normalização do direito, para além de requerer um exercício de realismo político acerca dos limites e das possibilidades de utilização do direito e das instituições oficiais do Estado como mecanismos de transformação social.

### **ECOLOGIA SITIADA: DINÂMICAS DE AFIRMAÇÃO, RIVALIDADE E CONTENÇÃO DAS CULTURAS PROFISSIONAIS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA**

A comparação entre os modelos de assistência jurídica português e brasileiro remete à distinção que Zemans (1996: 119-122), em termos ideais, caracterizou como modelo de serviço e modelo estratégico de assistência jurídica. Enquanto o modelo de serviço é tradicional e distingue-se por uma abordagem iminentemente jurídica e caritativa, o modelo estratégico é orientado a identificar os problemas sociais significantes

---

<sup>152</sup> Sobre as hipóteses de participação popular e fiscalização externa na defensoria pública, ver Zaffalon Cardoso, 2010, 2011 e 2013.

enfrentados pelas comunidades assistidas. O modelo de serviços, tipicamente reproduzido no caso português, dirige a sua atenção a problemas e reivindicações discretas que podem ser facilmente categorizados do ponto de vista jurídico. Trata-se de uma intervenção exclusivamente legalista e individual cuja finalidade é assegurar a cada indivíduo os seus direitos e responsabilidades de acordo com padrões jurídicos objetivos e através de uma aplicação da ordem jurídica que se crê neutra e parcial.

Em sentido contrário, num modelo estratégico de serviços jurídicos, cujos traços podemos encontrar na defensoria pública de São Paulo, muito embora, inevitavelmente, a microjustiça quotidiana dos casos individuais seja uma realidade canibalizadora, investe-se numa abordagem que assume preocupações dirigidas à investigação, à reforma e à educação no âmbito da aplicação do direito. Este esforço dirige-se a refletir paralelamente quer o tratamento jurídico dos casos individuais concretos, quer as causas de transformação social que lhe são subjacentes. Numa linha de ação orientada a fins, identificam-se áreas prioritárias ao desenvolvimento local das comunidades assistidas como foco primário de atenção: meio ambiente, habitação, não discriminação, etc.

O meu argumento nesta secção é que as lógicas de exercício de um modelo de serviço ou de um modelo estratégico de assistência jurídica estão contaminadas pelos modos de reprodução dominante do campo jurídico. Nesta esfera, as rivalidades e os critérios de classificação das corporações jurídicas dominantes, e entre estas e a política pública de acesso à justiça, obliteram outros modos de exercício do(s) direito(s) no âmbito do acesso à justiça. Penso que é importante trazer à tona o que Santos (2002b) denominou sociologia das ausências. Nos termos de Santos, a sociologia das ausências *é uma investigação que visa demonstrar que o que não existe é, na verdade, ativamente produzido como não existente, isto é, como uma alternativa não credível ao que existe*<sup>153</sup>. Como pretendo argumentar, são várias as lógicas monoculturais que funcionam como obstáculo ao pleno funcionamento da assistência jurídica como alternativa credível de

---

<sup>153</sup> Os títulos desta secção inspiram-se em Santos (2002b) e nas cinco monoculturas elencadas como reprodutoras-chave das ausências na modernidade: monocultura do saber, monocultura do tempo linear, monocultura da escala dominante, monocultura da naturalização das diferenças e monocultura dos critérios de produtividade e da eficácia capitalista.

acesso à justiça das populações pobres. Início com a monocultura que, no âmbito da promoção exclusiva do conhecimento jurídico especializado, denomino monocultura disciplinar do saber jurídico profissional.

### **A monocultura disciplinar do saber jurídico profissional**

Tive oportunidade de argumentar, ao comparar os dois modelos de assistência jurídica, que a outra face da afirmação autônoma do campo jurídico é o apartamento dos modos de reprodução das profissões que o ocupam. Os critérios de verdade do que é dito e a legitimidade de quem diz, no âmbito da monocultura do saber jurídico profissional, evidenciam um círculo fechado de autoridade exclusiva das profissões juridicamente habilitadas nos processos de decisão. Identifico duas consequências trazidas pelo imperativo desta monocultura: (a) a alienação da pessoa titular do direito em relação ao tratamento profissional do caso jurídico concreto; (b) as dificuldades reais de implantação do atendimento multidisciplinar nos serviços destinados à resolução de conflitos de direito; (c) reações ao modelo de ouvidoria externa da defensoria pública.

O Caso 1 demonstra um exemplo de exercício do direito a recurso no processo penal no âmbito do SADT.

#### **Caso 2. Direito a recurso da/o beneficiária/o versus liberdade de convencimento da/o advogada/o**

Em 20 de maio de 2010: Pedido de escusa da advogada argumenta que foi assegurada a defesa em processo criminal da beneficiária até a realização de audiência de julgamento. Após o julgamento, instalou-se uma divergência de entendimento acerca da possibilidade de recorrer da decisão. Como não pode litigar contra seu convencimento, a advogada não pode dar seguimento ao pedido de recurso.

25 de junho de 2010: Despacho do Conselho Distrital: considera-se o fundamento apto para a escusa, determinando indicação de novo advogado.

14 de setembro de 2010: Pedido de escusa do advogado nomeado argumentando que não encontra sustentação jurídica para recorrer da sentença.

29 de setembro de 2010: Despacho do Conselho Distrital: consideram-se aceites, por justos, os fundamentos invocados para a dispensa. Em substituição, nomeie-se outro defensor.

28 de outubro de 2010: Pedido de escusa do advogado nomeado, argumentando que a sentença não é passível de censura, pela impossibilidade jurídica de iniciar o recurso e atender ao pedido da beneficiária, requer escusa do patrocínio.

24 de novembro de 2010: Despacho do Conselho Distrital: consideram-se aceites, por justos, os fundamentos invocados para a dispensa. Em substituição, nomeie-se outro defensor.

20 de dezembro de 2010: Pedido de escusa do advogado nomeado, argumentando que a beneficiária admite a pretensão de interpor recurso, contudo, não verificou existirem vícios no texto da decisão, pelo que não pode dar andamento no processo.

27 de janeiro de 2011: Despacho do Conselho Distrital: consideram-se aceites, por justos, os fundamentos invocados para a dispensa. Em substituição, nomeie-se outro defensor.

21 de fevereiro de 2011: Pedido de escusa da advogada nomeada alegando falta de contacto da beneficiária e decurso de prazo para a interposição de recurso, refere que não há fundamento legal e factual à interposição de recurso e o defensor deve pedir escusa do patrocínio face a questões que considere injustas ou sem fundamento legal.

02 de março de 2011: Despacho do Conselho Distrital: consideram-se aceites, por justos, os fundamentos invocados para a dispensa. Em substituição, nomeie-se outro defensor.

01 de abril de 2011: Pedido de escusa do advogado nomeado alegando que não existe fundamento para interposição de recurso de matéria de facto, tão pouco impugnação em sede de matéria de direito, não entende haver violação de normas na definição do *quantum* da pena e do *quantum* indenizatório, tais razões podem gerar na beneficiária sentimento de desconfiança em relação ao mandato.

13 de abril de 2011: Despacho do Conselho Distrital: consideram-se aceites, por justos, os fundamentos invocados para a dispensa. Em substituição, nomeie-se outro defensor.

06 de maio de 2011: Pedido de escusa da advogada alegando falta de colaboração da beneficiária, não verifica vícios existentes no texto da decisão que justifiquem o recurso, sem a colaboração da beneficiária não pode intervir no processo.

13 de maio de 2011: Despacho do Conselho Distrital consideram-se aceites, por justos, os fundamentos invocados para a dispensa. Em substituição, nomeie-se outro defensor.

O caso demonstra, no curso de um ano, as consecutivas interrupções de prazo num processo criminal em que os sucessivos pedidos de substituição não lograram a interposição de recurso de interesse da beneficiária. Trata-se de uma lógica monocultural de reprodução do campo jurídico na medida em que tanto a denegação da possibilidade de recurso como o deferimento dos sucessivos pedidos de escusa e substituição repetem-se num circuito de validação da interpretação da lei pelas/os profissionais. O papel da beneficiária fica demarcado na expressão “colaboração”. Neste caso, a repetição dos deferimentos dos pedidos de escusa e as novas nomeações baseiam-se no respeito ao princípio basilar do SADT: a independência técnica da/o profissional. Assim, as regras que

estruturam a profissão se sobrepõem aos resultados pretendidos pelas partes dentro do sistema de acesso ao direito.

Isso é o tal problema da independência técnica do advogado. Podemos dizer que isso tem um efeito perverso na análise das situações, porque uma estrita análise, em termos legais, pode levar a que muitas vezes não se avance nem se progrida em determinado sentido, o que às vezes é necessário fazer. Mas o problema é que a independência técnica do advogado é exatamente essa. Além do advogado não ser obrigado a litigar contra a lei, também não é obrigado a litigar contra o seu próprio entendimento, contra a sua consciência. Nós iremos sempre cair na mesma situação que é, tudo aquilo que tenha a ver com a vontade das pessoas passa sempre por um primeiro crivo que é o advogado e aquilo que ele entende sobre o assunto, mas também não podemos sair daí. Não é possível recorrer para o conselho distrital. Não há essa hipótese diante da opinião do advogado que diz que determinada ação não é viável, nem nunca poderia haver. O sistema tem que ter em si mesmo essa componente essencial que são as regras deontológicas. O sistema não poderia nunca obrigar um advogado a ter que instaurar uma ação, sob pena de o estar a obrigar a violar uma regra deontológica. Primeiro, vem o estatuto da advocacia e só depois é que prevalece o sistema de acesso ao direito (Entrevista a dirigente de delegação da Ordem dos Advogados).

Caso semelhante foi narrado numa das entrevistas conduzidas no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados:

Eu tenho uma situação de um processo. Uma situação que é completamente absurda. Já houve sentença e a primeira patrona oficiosa veio pedir escusa porque havia inviabilidade do recurso. Mas a utente quer recorrer. Normalmente o que eu faço é sempre nomear um segundo advogado. Esta veio exatamente com a mesma opinião. O que é que eu faço aqui? Aquilo que eu tenho que fazer, nos termos da lei, é nomear novo advogado. Só que o novo advogado vai fazer exatamente a mesma coisa. Nós não podemos prolongar o andamento dos processos apenas porque a lei diz que tenho que fazer isso. Portanto, o que eu vou fazer é indeferir o pedido de escusa. Vou fazer um despacho a dizer que, apesar de indeferir o pedido de escusa, entendo que a advogada tem razão ao apresentar a inviabilidade. Ela, em termos deontológicos, não pode litigar sem razão, está proibida, resulta dos códigos. Portanto, vou manter a nomeação apenas para que o processo termine. Vou manter a advogada. Vou indeferir o pedido de escusa. Vou dizer que compreendo, mas como eu entendo também que o acesso ao direito não serve, em primeiro lugar, para que os advogados obedeçam à vontade dos clientes. Os advogados são autónomos. Eles têm a capacidade técnica para decidir o que é ou não viável. Não é aquilo que o cliente nos diz. E, por outro lado, eu entendo que não posso permitir que o processo se perpetue eternamente à custa de várias nomeações. O processo também tem que acabar, porque não pode estar pendente em tribunal. Portanto, vou indeferir o pedido de escusa, a advogada vai-se manter, eu vou, no despacho, justificar que ela não apresenta o recurso e o processo, quando acabar o prazo do recurso, termina (Entrevista a dirigente de delegação da Ordem dos Advogados).

A existência de uma hierarquia disciplinar na defensoria pública cria uma válvula de escape em situações similares com a criação de um sistema de recursos hierárquicos e reclamações em hipótese de denegação do atendimento por parte do defensor.

Apesar da independência funcional, o defensor público não pode alegar escusa de consciência, porque ele tem independência funcional mas o direito da pessoa que procura a defensoria se sobrepõe. No atendimento inicial, se o defensor chega à conclusão de que não é possível ajuizar aquela ação por impossibilidade jurídica do pedido, a decisão do defensor deve ser submetida à instância superior. Então, ele explica para o usuário que não é possível esse caso, que não tem direito aplicável. Se o assistido não concordar, nós temos um formulário, que é um termo de recurso. O interessado assina aquele termo de

recurso e tudo aquilo é encaminhado para a Segunda Subdefensora. Se ela entender que tem viabilidade o caso, aí, é designado um outro defensor (Entrevista à Defensora Pública Corregedora-Geral).

No caso 2, a denegação do direito a recurso por parte de defensor público deu origem a procedimento administrativo disciplinar na corregedoria geral da defensoria pública. No curso do procedimento, o defensor público é compelido a comprovar que, apesar de não ter recorrido da sentença judicial, tem lançado mão de todos os meios para a defesa das/os usuárias/os em casos similares.

### **Caso 3. Obrigação de utilizar todos os meios cabíveis para exercer a defesa da/o usuária/o da defensoria**

**10 de março de 2009:** Numa ação revisional de débito com pedido cautelar incidental para manutenção do fornecimento de água, defensor público informa ao superior que as razões do juiz eram demasiado convincentes e não vislumbra argumentação capaz de reformar a sentença. Esclarece que não pretende recorrer e pede que seja designado outro defensor para o fazer, se o entendimento for diverso. Informa que em casos sobre fornecimento de água opta pela via administrativa, dada probabilidade de insucesso da via judicial.

**17 de março de 2009:** O recurso de apelação é impetrado por novo defensor, designado para o efeito.

**29 de junho de 2009:** Defensora Pública-Geral determina instauração de processo administrativo disciplinar. A conduta teria violado o dever de esgotar todas as medidas e recursos cabíveis na defesa do interesse do necessitado. Viola também o dever de zelo e presteza, uma vez que só informou do intento de não recorrer 9 dias antes do prazo.

**4 de maio de 2009:** Argumentação da corregedoria: o defensor era responsável pelo acompanhamento do feito e pela tomada das providências cabíveis. As justificativas apresentadas não afastam a incidência do defensor em falta disciplinar. A convicção pessoal quanto à justeza dos argumentos da sentença não afasta a obrigação profissional de esgotar todas as possibilidades de sucesso processual em favor do assistido. Mesmo que o Defensor concordasse com os argumentos judiciais, seu dever funcional era o de perseguir a vitória na ação, visto que o interesse material não lhe pertencia, mas, sim, ao assistido, em nome do qual deveria agir.

**28 de julho de 2009:** Defesa prévia do defensor: tem trabalhado nos casos de falta de fornecimento de água e luz. Não tem conseguido, nos casos de fornecimento de água, o mesmo êxito de argumentação jurídica pelo fato de a cobrança constituir-se em tarifa e não imposto. Viu, pelos autos, que os casos resultariam em improcedência (ligação ilegal, casa alugada, consumo real). Ao afirmar que não recorreria seu intento era que o processo fosse redistribuído a quem acreditasse no conteúdo da petição inicial. Junta aos autos provas do seu envolvimento com as questões de fornecimento de água e luz às comunidades pobres.

**2 de outubro de 2009:** Relatório final da corregedoria: propõe-se pena de advertência, defensor foi imprudente, mas não havia intenção que o assistido ficasse sem apoio. Sua manifestação não atendeu na inteireza o direito do assistido, que poderia sucumbir se o defensor indicado tivesse declinado a interposição de recurso. O defensor pode em tese não recorrer se daí não resultar benefício para o assistido. Neste caso, o próprio assistido manifestou a intenção de recorrer da sentença.



Um outro exemplo da afirmação monocultural do direito como saber diz respeito ao seu caráter unidisciplinar. No caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, manifestasse nos obstáculos colocados ao processo de implantação e fortalecimento dos centros de atendimento multidisciplinar. A proposta de atendimento multidisciplinar veio satisfazer a óbvia constatação que nos foi legada pelos estudos sobre as necessidades jurídicas. As necessidades jurídicas das/os pobres e comunidades carentes são transversais aos problemas sociais, económicos e culturais que os vitimizam. Neste sentido, é fácil perceber a vantagem da associação entre atendimento jurídico e atendimento multidisciplinar face à ambição das competências institucionais a serem desenvolvidas pela defensoria pública. A previsão legal da multidisciplinariedade no atendimento permite que se ensaiem soluções para os problemas que não recorram exclusivamente à resposta unívoca da integração social pelo direito.

Na ação judicial tem os defensores e os advogados falando por essa pessoa, é do próprio sistema, a terminologia “os assistidos da defensoria”. [...] Eu acho que a defensoria, pensando para a frente, idealmente, há a possibilidade de ela ter um lugar diferente dentro do sistema de justiça e diferente de uma assistência judiciária só de advogados contratados. [...] Em casos limites, onde eu não tenho uma ação a propor, mas eu tenho uma violação de direito notória, condições de indignidade humana sem viabilidade jurídica para uma ação, a defensoria ainda pode trabalhar com essa demanda naquilo que cabe à sua missão institucional. Mas isso é, trazendo a pessoa para trabalhar junto, porque, se a resolução é de ordem política, se a ação é insuficiente ou ineficaz, eu vou precisar de outros movimentos, eu não vou poder dizer para a pessoa que eu resolvo sozinho. [...] Se a gente precisa trabalhar junto nos conselhos municipais, estaduais, nas vozes que eu posso ter dentro de uma assembleia legislativa, por exemplo, a defensoria não pode tomar a voz do povo, mas trabalhar conjuntamente. E para trabalhar conjuntamente, para os defensores públicos de formação jurídica aprenderem a trabalhar conjuntamente vai ser imprescindível a multidisciplinariedade. Não é que o psicólogo ou assistente social dominem a arte de fazer esse trabalho conjunto, mas passa a haver mais olhares, mais possibilidades de criar essa nova saída de buscar o acesso à justiça num entendimento mais amplo (Entrevista a Coordenador do Centro de Atendimento Multidisciplinar da Defensoria).

As dificuldades de consolidação do funcionamento do CAM desde a sua criação, em 2010, registam-se em tensão com a normalização disciplinar das profissões modernas, a multidisciplinariedade como princípio geral de funcionamento arrisca-se a transformar-se numa miríade de experiências casuísticas.

Existe parte da instituição que já está propícia a esse tipo de trabalho multidisciplinar e parte da instituição para quem esse trabalho é uma novidade. Não só defensores, mas também psicólogos e assistentes sociais. O trabalho multidisciplinar é uma coisa muito difícil de fazer no dia-a-dia. Trabalhar em colaboração é uma coisa que eu acho que ainda está em processo na defensoria. E a limitação de estrutura dificulta a velocidade com que isso acontece. Vigora uma separação, eu tenho casos que são para a multidisciplinariedade e, depois, tenho os casos jurídicos de facto. A gente é formado para ser disciplinar. É

uma sociedade disciplinar e é assim que as pessoas se preparam para trabalhar. É assim que elas formam a sua identidade profissional, sendo especialistas em alguma coisa. Assim, a multidisciplinariedade acaba se impondo pela prática quando um caso desperta para isso (Entrevista a Coordenador do Centro de Atendimento Multidisciplinar da Defensoria).

Num terceiro exemplo, as reações corporativas ao modelo de fiscalização interna previsto pela lei federal de organização das defensorias públicas indicam a defesa de uma pureza do funcionamento das instituições de justiça que não pode ser contaminada pela supervisão e avaliação não profissional ou de fora da carreira. No cenário brasileiro, as resistências ao modelo de ouvidoria externa da defensoria pública têm tido repercussão nacional a partir do posicionamento do Defensor Público-Geral da Defensoria Pública Estadual do Rio de Janeiro. Em descumprimento à lei orgânica da instituição, o Conselho Superior da Defensoria Pública do Rio de Janeiro escolheu para o cargo de ouvidor, definido pela lei orgânica da instituição como externo, um defensor público reformado. Situação semelhante se reproduziu na escolha do primeiro ouvidor da Defensoria Pública do Estado da Paraíba. Face a esse cenário de resistências, as defensorias de outros estados (Ceará, Maranhão, Rio Grande do Sul e São Paulo) procuraram blindar o modelo de fiscalização externa, vedando a nomeação de membros inativos da carreira de defensor para o cargo de ouvidor/a. Ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4608/2011) foi impetrada pelo Partido Social Liberal com o fim de questionar a adequação do modelo externo de fiscalização da defensoria aos princípios constitucionais da assistência jurídica pública.

### **A monocultura do tempo glacial do direito**

Em Santos (2002b) a caracterização do imperativo de uma monocultura do tempo linear é feita com base no determinismo moderno da ideia de progresso. Categorias como modernização, desenvolvimento e futuro contribuem para uma lógica linear que evidencia o sentido e a direção da história como unívocos. O insucesso da eficaz burocratização weberiana no âmbito de processos judiciais cuja realidade é amplamente reconhecida como kafkiana faz com que a linearidade e o sentido do tempo do campo jurídico sejam considerados glaciais. Na formulação de Santos (2003), o tempo glacial é

típico da capacidade de resposta dos tribunais após o que se convencionou chamar explosão de litigiosidade. A lentidão do tempo glacial do direito faz com que a alternativa de assistência jurídica como opção real de acesso aos direitos seja incomensurável.

O recurso à alternativa de assistência jurídica pode representar um obstáculo à realização do direito requerendo saídas não jurídicas dentro de um modelo estratégico de serviços jurídicos, como mostra o caso de tratamento das demandas de saúde pela defensoria pública de São Paulo.

O Caso 3, herdado pela defensoria da antiga PAJ, demonstra como o decurso abusivo do tempo numa ação judicial bem-sucedida lhe retira a utilidade social.

#### **Caso 4. Tempo do(s) direitos *versus* tempo da justiça**

11 de abril de 2001: Autor, com 10 anos, é autista, jamais frequentou escola ou qualquer outro estabelecimento de ensino. A rede pública de ensino não conta com classes ou salas que apliquem pedagogia diferenciada. As escolas especializadas são particulares. Os pais do autor não podem custear qualquer atividade especializada. Pede-se que a justiça reconheça ao autor o direito a receber atendimento educacional especializado.

17 de abril de 2001: Juiz concede tutela antecipada sob o argumento de o autor já conta com dez anos e nunca teve oportunidade de frequentar estabelecimento de ensino, o que agrava sua situação clínica.

7 de junho de 2001: Em réplica o Estado argumenta que mantém ambulatórios e centros para atendimento da saúde mental. A gestão dos recursos públicos na área da educação não pode ser feita ao sabor de prioridades e conveniências conjunturais.

19 de maio de 2005: Juiz julga procedente o pedido condenando o Estado à obrigação de assegurar ao menor direito a atendimento educacional. O direito à educação de crianças deve ter tratamento prioritário.

29 de junho de 2005: Estado recorre da decisão.

1 de setembro de 2005: PAJ esclarece que, com a antecipação dos efeitos da tutela, o autor passou a frequentar a Escola Municipal de Guarulhos. Em razão do seu natural desenvolvimento, o autor necessita de atendimento educacional direcionado à sua condição de pré-adolescente, o que exige acompanhamento durante todo o período diurno. Requer a possibilidade de internamento junto da Associação de Amigos dos Autistas.

27 de setembro de 2005: Estado argumenta pela impossibilidade jurídica de modificação do pedido de atendimento educacional próximo da residência para internação em regime integral durante a semana em local distante da residência.

04 de outubro de 2005: Parecer do MP: após a citação, é defeso ao autor modificar o pedido sem consentimento do réu, tendo em conta a não concordância do réu - Estado, opina pelo não deferimento do pedido do autor, devendo este buscar as vias ordinárias para o reconhecimento do seu direito.

10 de outubro de 2005: Juiz indefere o pedido do autor, seguindo o parecer do MP.

08 de novembro de 2005: PAJ recorre “Trata-se de efetivação da sentença com a adequação necessária à situação fática, a fim de que haja a concretização real do resultado prático determinado no pronunciamento judicial.”

10 de novembro de 2005: Juiz concede o efeito suspensivo ao recurso em favor do autor.

01 de dezembro de 2005: PAJ requer a intimação do réu para que, de imediato, proceda à matrícula do autor junto à Associação de Amigos dos Autistas de Parelheiros uma vez que foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

11 de abril de 2006: Estado informa que a mãe aceitou o atendimento integral da Associação de Amigos dos Autistas, contudo, por residir em Guarulhos e a Associação estar localizada em Parelheiros, a mãe deve requerer transporte junto prefeitura.

08 de maio de 2006: PAJ manifesta-se ressaltando que o atendimento integral deve ser resguardado independentemente da fixação da responsabilidade de qual ente público (Estado ou Prefeitura) deve providenciar o transporte de casa à unidade de Parelheiros.

10 de julho de 2006: Autor, através da PAJ, informa que realizou entrevista junto à AMA e aguarda confecção de relatório médico para que possa efetuar matrícula.

16 de fevereiro de 2007: PAJ informa que permanece descumprida a decisão de internar o autor na Associação de Amigos dos Autistas de Parelheiros, de 2ª a 6ª feira. A mãe do autor não conseguiu transporte junto da Prefeitura devido à necessidade de uma pessoa responsável pelo menor deslocar-se junto com este, que está em fase de turbulência. Reitera-se o pedido requerendo de imediato o cumprimento da decisão proferida em todos os seus termos.

09 de março de 2007: Juiz determina a internação do autor na AMA Parelheiros, no prazo de 5 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1000.

30 de março de 2007: Estado esclarece que não há disponibilidade de vaga na AMA, podendo o menor ser internado no Hospital Psiquiátrico Pinel.

23 de agosto de 2010: TJ dá provimento integral ao recurso do autor.

O caso demonstra a perpetuidade de uma aplicação do direito ineficaz através da dilação no tempo de debates acerca da autonomia do executivo na definição de políticas públicas, regras de aplicação do direito processual civil acerca do pedido, disponibilidade de vagas nos serviços públicos e concorrência entre as entidades federativas acerca da obrigatoriedade de fornecer transporte público gratuito. O carácter glacial do tempo do direito é fortemente ilustrado na constatação de que o crescimento da criança perturba a capacidade e trânsito da resposta formal do direito, apesar do reconhecimento, em decisão judicial, da necessidade de atendimento educacional especializado.

Dentre as soluções inovadoras utilizadas pela Defensoria Pública no casos ligados ao direito à saúde, destaca-se o convênio estabelecido com secretaria executiva estadual para a solução extra-judicial dos pedidos de medicamentos. Contudo, esta solução, por si, não afasta a necessidade de judicialização das demandas:

Grande parte do nosso trabalho, aqui, são ações de medicamentos. Pode-se dizer que talvez quase 50% das nossas ações iniciais são medicamentos, ainda. Mesmo tendo reduzido em 80% depois do convênio com o Estado, ainda tem muito, a gente tem uma média de 20 a 30 ações por mês. Existe algumas questões em que não existe acordo com o Estado, não adianta. Eles não aceitam, por exemplo, um pedido específico de insulina que a gente costuma fazer. Essa insulina não está coberta no convênio. Ela é pelo menos cinco vezes mais cara. Então, eles entendem que não é caso deles fornecerem e não concordam. Temos diversos casos nesse sentido (Entrevista a Defensora da Unidade da Fazenda Pública).

A premência da realização do direito conduz a um experimentalismo da prática jurídica acerca do tipo de ações a impetrar e qual a estrutura mais adequada à temporalidade do pedido. O depoimento a seguir ilustra o experimentalismo da prática jurídica a funcionar como alternativa à deterioração do tempo glacial do direito.

Porque é que a gente passou a adotar o mandado de segurança nas ações de medicamentos? Normalmente, e até por questões de celeridade, poderíamos entrar com pedido no juizado especial. O juizado especial, quando surgiu, passou a negar todos os pedidos. No início, concedia, [...], depois, passaram a negar tudo, todos os pedidos, indiscriminadamente. A tese é a de que não cabe o controle de políticas públicas pelo judiciário. Nesta fase, tentamos recorrer dentro do juizado sem sucesso. Quando nós percebemos que isso estava acontecendo, começamos a entrar com mandado de segurança para tirar o processo do juizado especial, porque o mandado de segurança foi excluído da competência do juizado. O juizado foi feito para ser célere e é uma opção ruim. Se a gente entra com um mandado de segurança, o juiz dá liminar. Em dois casos que eu tive, a gente entrou com uma ação no juizado (novembro). No dia seguinte, a ação foi julgada improcedente sem nada, de plano, sem citação, sem nada. Entramos com o recurso inominado. O recurso inominado foi julgado só em março/abril. Quando chegou, não servia mais a dieta integral que foi pedida. A pessoa tem esclerose múltipla, a esclerose evoluiu e a dieta necessária já não era aquela pedida. Em compensação, a 1 de abril a gente entrou com um mandado de segurança na vara comum. No dia 4 de abril, a liminar foi concedida. Era uma outra ação de medicamento, não era o pedido de dieta, mas para a mesma pessoa. Este caso mostra perfeitamente o que é que acontece. Em menos de um mês ela já estava recebendo o medicamento e está recebendo até hoje. A dieta que pedimos no juizado, quando foi concedida, não servia mais e foi bem depois de ser concedido o medicamento (Entrevista à defensora, Unidade da Fazenda Pública).

Numa outra dimensão, é interessante notar que a consciência acerca da temporalidade da judicialização pode funcionar em favor de uma ação estratégica por parte da/o beneficiária/o da assistência jurídica. O trecho a seguir aborda a utilização favorável da possibilidade ilimitada de substituição e escusa do patrono/advogado oficioso por parte da/o beneficiária/o do SADT.

Há uma vertente do lado do próprio beneficiário. Ele é capaz de entorpecer o andamento do processo. Esse problema é grave e nós não temos meio de o tornear. Há beneficiários que já conhecem demasiado bem como é que isto funciona e conseguem, através de procedimentos, como a escusa do patrono ou defensor ou pedidos de substituição, fazer com que o processo se arraste. Temos processos com dezenas de escusas e que nunca chegam ao fim porque não temos hipóteses de não nomear um patrono quando é processo de nomeação obrigatória de advogado. Então os processos eternizam-se no tribunal e nunca mais vão ter fim. Os beneficiários sabem disso e, portanto, criam conflito com os patronos que lhes são nomeados. Esse conflito leva a que o patrono venha a suscitar a escusa e, portanto, há uma eternização do processo sem maneira de lhe por um fim (Entrevista a dirigente Conselho Distrital do Posto).

## **Pobres, carentes e necessitados de justiça: a monocultura de classificação social da assistência jurídica**

A pergunta forte acerca dos sistemas oficiais de acesso à justiça, ao contrário do que pode parecer a julgar pela reflexão dos estudos sócio-jurídicos, não diz respeito à ampliação, diversificação, democratização ou carácter equitativo das estruturas de acesso à justiça. Na verdade, a idealização de sistemas de assistência jurídica relaciona-se com uma questão sociológica muito mais ampla, a pobreza. Não à toa, os significantes da assistência estão delimitados dentro de conceitos como o de necessidade e/ou insuficiência de recursos.

Não é difícil constatar que a lógica da assistência funciona dentro de uma classificação social dominante que circunscreveu esta intervenção como ação caritativa das profissões ou providência do Estado. Facilmente se percebe, ainda, que as hierarquias naturalizadas no sistema de justiça localizam na base da pirâmide não só as/os pobres, mas também os serviços jurídicos que lhe são prestados. Os processos de hierarquização e diferenciação estabelecem uma clivagem entre as/os pobres (necessitados), as/os profissionais das/os pobres (provedores), de um lado; e as/os clientes e profissionais do sistema de justiça, de outro.

Em Portugal, é curioso notar a ampla classificação, por parte dos profissionais da assistência jurídica, do grupo que denominam os crónicos do sistema e a reivindicação paralela de dignificação da classe profissional face à sua existência. A referência que é feita pela classe profissional acerca da existência de usuárias/os crónicas/os do SADT diz respeito, especialmente, a um perfil de utilização excessiva, onerosa e/ou pouco zelosa

dos pedidos possíveis de apoio jurídico. Os abusos por parte das/os beneficiárias/os dizem respeito, sobretudo, à falta de limites no número de nomeações para processos e pedidos de substituição das/os advogadas/os. Primeiramente, a crítica à irracionalidade da procura e da mobilização do sistema é feita sem considerar um outro lado do problema, a racionalidade da oferta. Nas defensorias públicas, por exemplo, vê-se um movimento inicial de multidisciplinariedade na vertente do atendimento de especial complexidade que não tem correspondência no funcionamento do sistema de acesso ao direito em Portugal. No SADT, o pedido de proteção jurídica é enclausurado em dois gradientes estanques, a fase administrativa de avaliação da insuficiência económica e a fase jurídica de análise do caso concreto. O entendimento acerca de uma utilização ideal do sistema, linear e não turbulenta, é por conseguinte compartimentada. Não é expectável que, na fase jurídica, a/o profissional tenha que lidar (ou capacite-se para lidar) com a especificidades da realidade social das/os beneficiárias/os. Em qualquer alteração deste quadro de expectativas, o ónus de mau funcionamento do sistema é transferido para fora. Um problema que se entende, não só crónico, mas de difícil solução pelos mecanismos disponíveis no SADT.

Outra coisa que temos que acabar é com a questão dos malucos no sistema. Eu não posso ter um requerente de apoio judiciário que tem 66 processos pendentes em tribunal. Isto tem que ter uma solução (Luís Louro, Delegação de Viana do Castelo, I Jornadas do IAD).

Deve inscrever-se [no SADT] aquele advogado que efetivamente tem apetência pelas matérias do acesso ao direito. Aquele advogado que quer cumprir essa função social, que é participar no sistema do acesso ao direito. Aquele advogado que tem disponibilidade em termos de tempo e em termos anímicos porque eu já participei no sistema do acesso ao direito e, muitas vezes, não é fácil lidar com alguns beneficiários do acesso ao direito, sobretudo aqueles crónicos (Elina Fraga, I Jornadas do IAD).

Meus colegas é preciso também sentarmos à mesa das negociações com a Segurança Social para que, estes crónicos que de todos se queixam, de nós, com as queixas-crime, queixas ao provedor, queixas ao SEF, queixam-se a tudo quanto é entidade neste país. E eu acho que a Segurança Social, só para não os ouvir, para também não ser alvo de queixas, defere-lhes o apoio judiciário (Manuela Frias, I Jornadas do IAD).

No âmbito do funcionamento da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, as lógicas de classificação social dominante manifestam-se na disputa pelo mercado de serviços jurídicos para os pobres entre profissões públicas e privadas. A nota a seguir é reproduzida do Editorial do Jornal da Tarde, de 06 de Setembro de 2009.

A seção paulista da entidade [Ordem dos Advogados do Brasil] se tem destacado pelos pleitos classistas e parece não ter limites para isso. Quem duvidar pode ver a última campanha à qual se dedica a entidade: a de restringir de três salários mínimos (R\$ 1.350) para dois (R\$ 900) o limite para a assistência gratuita que o Estado é obrigado a dar a pessoas que se veem envolvidas em pendências judiciais. O direito à defesa gratuita para garantir acesso à Justiça de quem não possa arcar com os altos custos da advocacia profissional é assegurado como fundamental pela Constituição de 1988, mas o constituinte, que se esmerou em tantos detalhes, não fixou limite para o atendimento. Uma lei de 60 anos afirma, vagamente, que a gratuidade deve favorecer “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogados, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”. No Estado de São Paulo, contudo, foi fixado um limite de três salários mínimos que, em vigor há duas décadas, foi regulamentado em 2008, por resolução do Conselho Superior de Defensoria Pública. Num raciocínio que não leva em conta a situação do 1,8 milhão de beneficiados por essa decisão, mas apenas os interesses imediatos da categoria, a OAB alega que em vários bairros da região metropolitana e em muitas cidades do interior quase todos os habitantes têm renda familiar inferior ao piso. Não haveria, por isso, mercado para advogados particulares. O rebaixamento do piso a partir do qual o acusado passa a depender de suas posses para se defender na Justiça aumentaria a clientela potencial das bancas de advocacia paulistas em 270 mil almas.

As linhas de colonialidade que objetificam a condição de pobre no acesso à justiça, quando confrontadas com as disputas por mercado profissional, submetem as/os pobre a mais um critério de diferenciação: as/os economicamente rentáveis/autosuficientes em face de um mercado de advocacia pauperizado e as/os outras/os. A principal consequência desta realidade, para além da óbvia restrição do escopo da assistência jurídica, é o seu impacto no afunilamento da missão institucional da defensoria. A própria definição da insuficiência econômica como critério de elegibilidade da assistência é afuniladora na medida em que o espectro caleidoscópico da missão institucional da defensoria pública seria melhor servido com critérios subjetivos ligados às múltiplas condições de injustiça (econômica, social, cultural, racial, etária) a que a população vulnerável é submetida. A defensoria pública de São Paulo, ao distinguir entre atendimento individual e coletivo, tem ensaiado a separação entre o estabelecimento de critérios objetivos, microjustiça dos casos individualizáveis, e subjetivos, tutela coletiva e núcleos especializados.

## **Pobreza contagiosa: as escalas dominantes na ordenação das instituições de justiça**

Como esquema superveniente, a assistência jurídica reproduz-se no interior de uma escala cujos critérios de classificação dominantes têm como medida primeira os modos



de funcionamento das outras carreiras jurídicas. Como argumentei no Capítulo 3, a história de construção de assistência jurídica, tanto no norte como no sul global, é uma história de emergência marginal da questão do acesso no processo de consolidação dos sistemas jurídicos modernos. Sistemas consolidados de forma excludente que através das medidas de exclusão e inclusão subordinada se mantêm estáveis. Daí a minha afirmação de que o acesso à justiça não integra as raízes mas uma das opções do moderno Estado de direito.

Esta realidade é flagrante quando se comparam os dados do investimento público no sistema de justiça. No Brasil, o segundo diagnóstico da defensoria pública demonstrou que, em média, enquanto o percentual de participação das defensorias públicas no Orçamento do Estado é de 0,24, o do Ministério Público calcula-se em 1,91 e o dos tribunais judiciais e administrativos, 5,27 (Secretária da Reforma do Judiciário, 2006c). No mesmo sentido, em Portugal, o relatório de gestão de 2010 do Instituto de Gestão Financeira e Infraestruturas da Justiça (IGFIJ) aponta para o valor de 87 milhões nas despesas de 2010 com o apoio judiciário. Por outro lado, os valores de despesa relativos ao Ministério Público e à Polícia Judiciária são de 243.346.126. O montante relativo aos tribunais, por sua vez, diz respeito a 341.218.365.

Não surpreende, portanto, que os passos de evolução da assistência jurídica nas sociedades nacionais estejam condicionados por dinâmicas de competição de mercado da advocacia, bem como pela dinâmica de acomodação pacífica das/os profissionais de assistência abaixo das carreiras jurídicas mais consolidadas, nomeadamente as magistraturas judiciais e o do Ministério Público.

Tanto no Brasil quanto em Portugal, as dinâmicas de afirmação da assistência jurídica refletem o entrelaçamento entre esta e o Ministério Público. É representativo, por exemplo, que a defesa feita pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público da mais-valia de um modelo de defensoria pública em Portugal circunscreva as competências da defensoria numa relação de complementaridade e não concorrência com o Ministério Público. Assim, manifestou-se o representante daquele sindicato sobre a proposta de defensoria para Portugal:

Em primeiro lugar, não há certeza de que se faça uma reforma. O apoio judiciário tem sido objeto de algumas alterações, todas elas com o intuito de, por um lado, aumentar a qualidade, por outro, reduzir os custos. Parece-nos que não tem conseguido nem uma coisa nem outra. O sindicato lançou para debate de forma muito genérica, muito pouco concretizada porque, mesmo a nível interno, esse debate não foi feito, lançou a ideia de um sistema de defensoria pública. Não pretendemos com isto, de modo algum, retirar ao Ministério Público qualquer uma das tarefas, das funções que hoje tem, em Portugal. O Ministério Público representa, por exemplo, os trabalhadores na área laboral, representa os ausentes, os incapazes, representa os menores. Não é nesse âmbito que nós falamos. Fora isso, há um grande campo de possível aplicação para o defensor público. Poderá ser só no âmbito penal ou poderá ser, também, em tudo aquilo que hoje está regulado no apoio judiciário em que alguém quando, por não ter meios próprios, necessita de patrocínio judiciário, então, é-lhe nomeado um defensor pela Ordem dos Advogados. Um advogado que representa numa ação ou que, apenas até, que pode fazer consulta jurídica (Entrevista a representante do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público).

A relação de atribuições institucionais entre Ministério Público e sistema de acesso ao direito ganha realce quando se analisa a necessidade de defesa de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos da população potencial beneficiária da proteção jurídica. Como mencionei, o SADT atem-se ao tratamento de conflitos juridicamente individualizáveis. A este propósito, a lei do acesso ao direito atribui à regulamentação futura o exercício de direitos meta-individuais pelo sistema<sup>154</sup>. Na ausência de regulamentação própria, a defesa dos direitos coletivos e difusos no sistema português é uma competência exclusiva do Ministério Público. Demonstrei no Capítulo 4 que uma das consequências desta conformação institucional é remeter a defesa dos direitos individuais para o campo do controlo da legalidade por agente imparcial responsável pela fiscalização do Estado. Fica, naturalmente, de fora a advocacia de causas populares que exijam uma defesa parcial e, muitas vezes, de questionamento da legalidade com base na interpretação progressista de princípios constitucionais mais amplos.

De um lado, o exercício de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos é feito pelo Ministério Público sem a necessária conexão com as causas e necessidades da população-alvo do acesso ao direito e aos tribunais.

Nós fazemos o nosso trabalho sem nos preocuparmos com o que é feito no sistema de acesso ao direito (Entrevista a Magistrada do Ministério Público com atribuições na defesa de direitos coletivos na comarca de Lisboa)

---

<sup>154</sup> Conforme o art. 6.º, 3, da Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto: Lei própria regula os sistemas destinados à tutela dos interesses coletivos ou difusos e dos direitos só indireta ou reflexamente lesados ou ameaçados de lesão.

De outro lado, a própria advocacia enquanto profissão liberal é afastada do envolvimento com causas de exclusão social estruturantes com impacto na densidade democrática do Estado de direito.

A advocacia não pode ficar fora dos direitos difusos e coletivos. A advocacia tem um perspectiva diferente da do Ministério Público, que tem necessariamente a perspectiva da legalidade. Você chega lá e diz que acha algo e ele diz que não tem lei. Um advogado pode dizer que temos princípios constitucionais e que temos que fazer a lei. Mais, um advogado pode mobilizar os tribunais por omissão legislativa, o MP não pode a não ser em sede de a Procuradoria-Geral da República eventualmente suscitar a inconstitucionalidade, mas só nesse campo. Mas o MP não pode ir suscitar uma coisa ao tribunal que não esteja legalmente regulada. Tem o limite da legalidade. Eu aqui faço experiências, na maioria das vezes levo na cabeça, mas como profissional liberal independente posso fazer experiências (Entrevista a advogado).

Este quadro agrava-se num cenário em que a organização da sociedade civil encontra dificuldade em fomentar grupos autónomos de assistência jurídica. Esta possibilidade é, primeiramente, vetada pela lei dos atos próprios dos advogados. De acordo com o art. 6.º da lei (Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto): *Com exceção dos escritórios ou gabinetes compostos exclusivamente por advogados, por solicitadores ou por advogados e solicitadores, as sociedades de advogados, as sociedades de solicitadores e os gabinetes de consulta jurídica organizados pela Ordem dos Advogados e pela Câmara dos Solicitadores, é proibido o funcionamento de escritório ou gabinete, constituído sob qualquer forma jurídica, que preste a terceiros serviços que compreendam, ainda que isolada ou marginalmente, a prática de atos próprios dos advogados e dos solicitadores.* Em segundo lugar, os movimentos e grupos sociais organizados têm dificuldade de mobilização e envolvimento de grupos de profissionais que pudessem estar dedicados a uma advocacia de causas:

[...] se fosse profissionalizado como é nos outros países e houvesse financiamento para contrata advogados a tempo inteiro, para defenderem os direitos humanos todos os dias. [...] nós também temos o nosso trabalho, fazemos isto e damos muitas horas às causas, mas nós temos mais coisas (Entrevista a advogada, SOS Racismo).

Em Portugal, infelizmente, é muito difícil nós arranjarmos uma organização de juristas ou advogados que sejam ativistas pela causa. Já tentamos fazer isso aqui, juntamos alguns advogados cabo-verdianos, brasileiros, portugueses no sentido de que eles próprios criassem uma organização para defender causas, como existem noutros países, mas infelizmente ainda não foi possível (Representante Associação Solidariedade Imigrante, participação em *focus group*).

No Brasil, a previsão em lei da competência da defensoria pública para judicializar os direitos meta-individuais das pessoas necessitadas e populações vulneráveis criou um campo de disputa entre esta instituição e o Ministério Público. A constitucionalidade<sup>155</sup> da lei que estendeu à defensoria pública competência para propor ações civis públicas vem sendo questionada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Defende-se, em primeiro lugar, a necessidade de se estipular uma limitação de intervenção da defensoria no campo dos direitos coletivos e difusos, de acordo com o seu escopo institucional, a defesa das/os cidadãs/os hipossuficientes. Por outro lado, em consonância com o modelo de funcionamento de SADT, entende-se que a defesa de direitos pela assistência jurídica do Estado deve ser concreta e individualizada. Num outro argumento, delimita-se a intervenção da defensoria pública à condição de representante processual. Neste caso, a competência da defensoria em ações civis públicas subsumir-se-ia à condição de assistente jurídica de entidades legalmente constituídas há mais de um ano que tencionassem ingressar com ação civil pública e não dispusessem de meios suficientes para tal. Descarta-se, assim, qualquer papel de legitimidade da defensoria como fiscalizadora do cumprimento e da eficácia dos direitos das/os suas/seus beneficiárias/os.

A defensoria não é fiscal, pior se tornar fiscal de pobre<sup>156</sup>.

Do ponto de vista político, o processo de fortalecimento das defensorias e a densificação das suas competências dá-se num contexto em que o quadro de referência dos avanços e retrocessos da relação entre política e justiça é a atuação do MP. Não só as reservas do MP, mas também as reservas em relação ao MP têm peso e medida na análise do dever-ser das defensorias públicas.

Foi muito trabalho nestes primeiros anos de afirmação da autonomia da DPESP. A autonomia estava garantida na constituição mas as pessoas não entendiam isso. Como mais uma instituição autónoma? Mais um MP? E tínhamos que esclarecer, primeiro, nós não somos MP, a nossa atuação está vinculada à defesa do hipossuficiente, individualmente e coletivamente. A defesa do hipossuficiente, ponto. E temos

<sup>155</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3943.

<sup>156</sup> Defensoria não pode ajuizar ação civil pública em nome próprio, por André Luís Alves de Melo, em Consultor Jurídico, acedido em 3 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-06/andre-luis-melo-defensoria-nao-ajuizar-acao-civil-publica-nome-proprio>

autonomia porque isso é importante para esta defesa, na linha de frente. Não podemos estar vinculados a uma secretaria ou diretamente ao governo (Entrevista a defensora pública ex-dirigente da instituição).

[...] hoje não tem como, não existe mais a possibilidade que aconteceu há 20 anos atrás com o MP. De repente, a constituinte alavanca uma instituição que era precária no Brasil para ser a instituição mais importante no cenário jurídico, o MP. Mais importante do que o judiciário. A academia principalmente repensa isso, em relação à ação civil pública, por exemplo, vê o perigo que foi institucionalizar só o MP esquecendo as demais entidades para essa ação. [...] Hoje o próprio poder legislativo tem medo disso. O grande discurso que eles fazem hoje é que o poder legislativo abriu mão dos seus poderes [...] Então, criar uma outra via. Criar a defensoria pública, como foi concebido esse projeto de São Paulo, mesmo com os avanços que a defensoria teve, é complicado. Eu estava em Brasília, quando estávamos articulando uma Proposta de Emenda Constitucional que dá iniciativa de lei à defensoria. Lá pelas tantas, quando perceberam a coisa, quando os governadores de estado perceberam essa iniciativa, quando o próprio executivo viu o risco que isso implicava, barraram a proposta. Não querem repetir o mesmo “erro” que teriam cometido com o MP, fortalecer demais uma instituição e perderem o controle (Entrevista a defensor público ex-dirigente da APADEP).

O trabalho de campo apontou para uma relação concorrente entre Ministério Público e defensoria pública acerca do entendimento sobre o modo de prestar a justiça para as populações necessitadas. Nesta concorrência, a defensoria desestabiliza uma realidade de acesso ao direito historicamente conduzida pelo Ministério Público. Os depoimentos a seguir ilustram o confronto de posições entre defensoria pública e MP no que toca ao regime de funcionamento e férias das creches públicas em São Paulo.

A primeira ação que a gente propôs foi para garantir vaga em creche, a primeira ação coletiva. A segunda ação civil pública foi para a abertura das creches nas férias. A mãe ia com a criança para a colocar na creche e não tinha vaga. O MP deveria, protetor da criança como está na lei, atuar em todos os casos em defesa da criança. Fazia o pedido para o juiz e o juiz determinava o cadastramento da criança, a vaga da criança, a matrícula, na hora. E o MP na minha comarca não fazia isso. Então, as mães começaram a vir à defensoria. Nós entramos com um mandado de segurança e conseguimos. Quando isso se espalhou, metade do nosso atendimento era só para vaga em creche. Quando as mulheres iam pedir a vaga ao MP, o próprio promotor encaminhava para a defensoria. Então, pensamos, já que tem tanto pedido de vaga em creche, isto é um problema coletivo desta comunidade. Vamos entrar com uma ação civil pública. Nós entramos com uma ação civil pública e o próprio promotor disse que tínhamos legitimidade. O mundo mudou, o MP continua defendendo os interesses da criança, mas isso agora é concorrente, defensoria e MP. A gente começou a verificar, então, que não bastava só vaga em creche que, no período das férias da criança da creche, a mãe tinha que pagar uma pessoa para olhar ou ela saía do emprego ou levava a criança para o emprego. Isso causava toda uma série de problemas para a mãe. Daí a ação civil pública que impetramos para a abertura das creches durante as férias. Se for analisar desde o começo da história, tudo tem origem na desídia do promotor da ponta (Entrevista a defensora pública).

A defensoria pública entrou com uma ação para garantir o funcionamento das creches durante as férias. [...] Como é que nós promotores nos vamos posicionar? [...] Em relação a esta discussão, o que eu tenho dito é o seguinte: creche integra, hoje, o sistema educacional. Então, não tem porquê ela ser tratada de forma assistencialista. Ela não é assistência, é educação. Se a gente visse a creche como forma de assistência, justificaria estar aberta o ano todo. Se ela é educação ela tem que seguir os parâmetros da educação. E depois, é óbvio, você tem dentro dessa creche pessoas em situações de risco que precisam desse instrumento para que possam desempenhar as suas atividades. Então, aí, eu acho que o município tem que ter alternativas para estas mães mas, do ponto de vista assistencial, não educacional, pode ser até dentro do espaço da creche. Isso é um cenário que, às vezes, fico preocupado porque tanto os fins da defensoria,

quanto os fins do Ministério Público são os de atender adequadamente a criança e adolescente. Então a gente tem que pensar numa atuação uniforme. Um exemplo, nós tivemos uma reunião essa semana com a União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação para tratar a questão de falta de vaga em creche. O secretário falou: “acho que está ótimo, mas eu acho que a defensoria tem que estar junto porque senão o que acontece é que a gente faz aqui e eles vão lá e continuam entrando com ação” (Entrevista a promotor de justiça da área da infância e juventude).

Um cenário concorrencial de competência no atendimento jurídico, para além de turbulento, submete a população assistida pelos mecanismos públicos de acesso a uma *via crucis*. Visitar todas as opções institucionais possíveis até o encontro com aquela que atende à sua necessidade. Contudo, este é um contexto menos suscetível a pretensões de monopolização dos serviços e dos modos resolução dos conflitos por parte das profissões jurídicas. A defesa da tipicidade dos atos da advocacia pela classe profissional, no Brasil, é assim temperada pelo reconhecimento de um cenário de multititularidade na prestação de serviços jurídicos. O excerto a seguir é extraído do ementário de 2011 da turma de ética profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (Seccional de São Paulo). A vetar a prática de consulta jurídica *pro-bono* por advogada/o em ONG a ementa também reconhece a partilha de responsabilidades entre diferentes entidades na prestação de serviços jurídicos para as/os pobres.

PRO BONO - ONG - ATENDIMENTO AOS NECESSITADOS ATRAVÉS DE ADVOGADO DA ENTIDADE - IMPOSSIBILIDADE - ENCAMINHAR OS NECESSITADOS DE ASSESSORIA JURÍDICA AOS INÚMEROS SERVIÇOS GRATUITOS EXISTENTES. Advogado de ONG não pode atender os necessitados com base na Resolução Pro Bono. A Resolução Pro Bono destina-se, exclusivamente, a pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Advogar na ONG, para seus associados, pode ser interpretado como benemerência travestida de captação de clientela, concorrência desleal, práticas condenadas pelo Estatuto da Advocacia e pelo Código de Ética e Disciplina. Deverão os hipossuficientes necessitados de assessoria jurídica ser encaminhados aos inúmeros serviços gratuitos existentes, como o Convênio OAB/PGE, existente em todo o Estado de São Paulo, os Centros Acadêmicos das diversas faculdades de Direito, a Procuradoria-Geral do Estado e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (Precedentes E-3.765/09, E 3.542/07, E-3.330/06, E-2.278/00, E-2.392/01 e E-2.954/04). Proc. E- 4.0852011 - v.u., em 15/12/2011, do parecer e ementa da Rel. Dra. MARCIA DUTRA LOPES MATRONE - Rev. Dr. FABIO KALIL VILELA LEITE, Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA.

Um outro campo de imposição da lógica dominante de outras profissões ao funcionamento das defensorias públicas no Brasil está na discussão sobre a capacidade postulatória do defensor. Emerge neste ponto a reação da OAB perante a disposição da lei federal de organização das defensorias que circunscreve a capacidade de a/o defensor postular em juízo exclusivamente à nomeação e posse no cargo público, dispensando a

necessidade de inscrição regular na OAB. A resistência da Ordem, manifestada em ação direta de inconstitucionalidade (ADI n.º 4636), procura preservar o requisito de admissão no exame de Ordem e inscrição profissional neste órgão como etapa basilar da constituição profissional das atividades forenses de defesa de direitos das/os cidadãos na justiça.

### **Monocultura produtivista: o valor económico da assistência jurídica**

O contexto pós-universalista, como defendi, traça a política de justiça como política económica e a relevância dos esquemas de assistência jurídica como resultados de eficácia produtiva. É, assim, expectável, tanto o estabelecimento de padrões a serem atingidos pelos profissionais para a credibilização do valor do seu trabalho, como expectativas profissionais de reconhecimento através de medidas económicas como a remuneração. Não sendo a assistência jurídica a escala dominante no estabelecimento das prioridades da política de justiça, a relação entre economia e reconhecimento produtivo dos serviços jurídicos de assistência regista-se como um campo de tensão permanente.

Um primeiro exemplo verifica-se nas dinâmicas de reivindicação de pagamento da dívida do Estado português às/aos advogadas/os e patronos oficiosas/os. Foram várias as questões em confronto entre Ministério da Justiça e Ordem dos Advogados no que toca à remuneração das/os profissionais no sistema de acesso ao direito: troca de acusações acerca da dívida do Estado Português; exigência por parte do Ministério da Justiça da realização de uma auditoria das contas do apoio judiciário; estabelecimento de processos de fiscalização/validação dos atos processuais das/os advogadas/os por parte dos tribunais, para fins de remuneração; entre outros. Importante referência sobre esta discussão é o facto de as resistências e dúvidas acerca do SADT serem rebatidas pela Ordem com o fortalecimento da presença das/os advogadas/os no sistema e a defesa da essencialidade da sua participação para o bom funcionamento da justiça. A legitimidade da defesa corporativa do sistema de acesso depende, assim, da sustentação da profissão liberal como alternativa produtiva e útil à defesa jurídica das/os pobres.

É evidente que, a partir do momento da inscrição, em que o advogado aceitou participar, não pode depois dizer que, pelo facto de não ser pago, não vai fazer escalas. Tem outras alternativas ao dispor dele que é sair do sistema. O advogado que se inscreveu e a dada altura se sente desmotivado [...] O advogado que, para além dessa desmotivação que nós sentimos, tem outras desmotivações extra, deve solicitar a saída do sistema do acesso ao direito. Portanto, a falta de pagamento de honorários não pode ser nunca o motivo invocado para o advogado não ir a uma diligência (Elina Fraga, I Jornadas do IAD).

Nós não somos assalariados, nós não somos empregados, nós não somos funcionários, nós somos profissionais liberais e exercemos uma função essencial ao estado de direito que é o patrocínio forense. Portanto, nós não podemos e não devemos nunca ter atitudes públicas que possam ser uma adulteração desse estatuto, dessa idiosincrasia. Nós não devemos dar manifestações públicas como se fôssemos funcionários em direção a um patrão, para pressionar um patrão, nós temos outros meios para sensibilizar o Estado de direito. Para sensibilizar os nossos governantes e os nossos dirigentes políticos. Nós temos outros meios e muitos meios para mobilizar a opinião pública para as nossas causas. E as nossas causas são fundamentalmente as causas dos nossos clientes, os direitos e os interesses dos nossos clientes. Há muitas maneiras de intervir [para assegurar o pagamento da remuneração das/os advogadas/os] sem que ponhamos em causa a prestação do patrocínio, sobretudo, àquelas pessoas que não têm o dinheiro para contratar e constituir um advogado (Bastonário da Ordem dos Advogados, I Jornadas do IAD).

Outro exemplo prende-se com o sistema de gratificações para o exercício de atribuições institucionais extras por parte das/os defensores públicos. A panóplia de atribuições previstas para a defensoria pública requer a estruturação de um sistema de incentivos para o envolvimento das/os profissionais em atividades que excedam à rotina da seu conteúdo funcional. Nesse sentido, a defensoria pública de São Paulo instituiu um sistema de gratificações por atividade especial desempenhada pela/o defensor. Trata-se de uma discussão acerca dos limites do envolvimento da/o defensor com uma atuação mais arrojada, como decorrência tanto do seu compromisso ético-profissional, quanto da capacidade de remuneração das atividades pela instituição.

O que a gente espera do defensor é que ele consiga dar conta dos processos que ele tem e, ao mesmo tempo, se dedicar, ir um pouco além em outras questões. Houve uma pressão muito forte desde os cursos de capacitação dos defensores. Desde aí, a gente falava isso, que aqui não basta ser um burocrata dos processos, tem que ir mais, tem que ir além. A gente criou estímulos para isso. Com algumas gratificações, a gente conseguiu estimular algumas atividades. Por exemplo, atuamos com pessoas em situação de rua. Toda terça e quinta um grupo de defensores atuando no centro da cidade numa associação franciscana para atender moradores de rua e fazer o atendimento integral daquela pessoa [...] Como é que eu envolveria os defensores? Se isso fosse voluntarismo, eles não conseguiriam fazer, já estão fazendo outras coisas. Quando se coloca a gratificação, você acaba tendo um estímulo. Na parte da manhã, os fóruns estão fechados, de facto, a demanda é menor, é possível você sair da sua unidade sem grandes problemas. Então, se você topar, você tem um estímulo financeiro para isso. É uma vantagem que a gente tem por pouco tempo, até fixar o nosso subsídio. Quando fixar o subsídio, um valor só que não pode ter nenhuma diferença, nada mais, eu tenho dúvidas de como vai ser. Isso é uma faca de dois gumes porque, ao mesmo tempo que você estimula, você vicia e a pessoa se acostuma e acomoda com a posição de só fazer se tiver uma contrapartida. Como se a sua própria razão de ser defensor não fosse a contrapartida. No fundo, nós mesmos criticamos algo que nós criámos. Eu vejo isso como uma das coisas mais danosas que a gente já fez



mas eu não conseguia ver uma outra saída para isso (Entrevista a defensor público, ex-integrante da administração da instituição).

Outro aspeto, ligado ao processo de valorização da identidade profissional do defensor e melhoria da instituição, diz respeito à relação entre envolvimento dos movimentos sociais na luta corporativa da defensoria e envolvimento da defensoria na luta social por direitos. Muito embora os movimentos e grupos sociais possam beneficiar do aperfeiçoamento estrutural da defensoria, estes dois polos de luta não se influenciam reciprocamente uma vez que só o último constitui dever institucional de uma das partes. Neste sentido, as greves e manifestações por melhoria e valorização da assistência jurídica pública em São Paulo estiveram sempre confrontadas com as fronteiras de cumplicidade entre o movimento social por oportunidade de acesso à justiça e o movimento corporativo de melhoria das condições profissionais.

Pelo histórico de construção da defensoria, a gente não pode usar a sociedade civil como moeda de troca. Isso era uma coisa que, no movimento de criação, a gente sempre prestava muita atenção e tomava muito cuidado. Mas, a partir do momento que a defensoria aparece como uma opção de defesa de pessoas hipossuficientes, que olha para os movimentos sociais, que quer de facto dar atenção às pessoas carentes. Eu acho que o apoio do movimento social à estruturação da defensoria é uma coisa que meio que vem naturalmente (Entrevista a defensora pública, ex-integrante da administração da DPESP).

Sobre o movimento a greve de defensoras/es públicos e movimento de valorização da defensoria organizado em 2008, afirmou um defensor:

Eu, pessoalmente, tenho muita dificuldade para enxergar qual é o papel do movimento social nesses atos de valorização. [...] Eu tenho alguma dificuldade para me colocar como credor do movimento social. [...] Eu me sinto constrangido de pedir ao movimento social, de achar que tem algum papel nessa questão remuneratória. Talvez a valorização num sentido mais amplo como ampliação de atendimento de casos, fortalecimento orçamentário para melhor desempenho das atividades, sim. Mais eu tenho bastante dificuldade (Entrevista a defensor, integrante do movimento de criação da defensoria).

## CONCLUSÃO

Neste capítulo, é aprofundada a relação entre criação e deflagração de expectativas típica do processo de criação e aperfeiçoamento da assistência jurídica do Estado. Numa primeira abordagem, a criação de expectativas está claramente vinculada ao desenho estrutural dos sistemas de acesso ao direito. Procurei demonstrar que, desde a definição

dos critérios de elegibilidade da assistência jurídica, são feitas opções de acesso que determinam o maior ou o menor envolvimento do sistema face a conflitos sociais estruturais. Corroborando a inversão da relação entre oportunidades e resultados de acesso à justiça que tenho defendido, a análise comparativa da estrutura pública de assistência jurídica no Brasil e em Portugal demonstra que a previsão de mecanismos de acesso à justiça realiza o princípio de igualdade perante a lei com densidades bastante diversas. Daí a minha afirmação de que a luta por resultados através da assistência jurídica é uma luta sobre os tipos de oportunidade facultadas pelos sistemas de acesso.

A evidente constatação de que o sistema de acesso ao direito e aos tribunais português está fadado a uma menor deflagração das expectativas que cria se relaciona com a evidência de que a promessa de acesso à justiça através da assistência jurídica em Portugal é limitada. Se é certa a garantia do acompanhamento profissional para as pessoas que se enquadrarem nos limites legais da insuficiência económica, é igualmente verdade que este apoio se reduz numa microjustiça de casos individuais concretos. Esta delimitação tem várias consequências nos modos de reprodução da assistência jurídica.

Em primeiro lugar, as reivindicações de aperfeiçoamento do sistema são dedicadas à racionalização da participação dos profissionais e as questões políticas mais amplas prendem-se com as disputas de valorização da classe perante a tutela. Em segundo lugar, a qualidade da prestação de serviços relaciona-se com a quantidade da oferta profissional. A condução do processo e a obtenção de resultados, por sua vez, subsumem-se à autonomia da autoridade de mobilização do direito. Em terceiro lugar, o carácter reativo e a baixa utilização do sistema são interpretados não como fragilidade, mas antes como sinal contundente da adequação entre a oferta liberal de serviços e o quadro de necessidades jurídicas da população de baixa renda. Procurei argumentar que uma das maiores consequências destas características é a transferência do ónus do mau funcionamento da assistência para fora do sistema. Em regra, os problemas que são apontados ao funcionamento do sistema de acesso ao direito e aos tribunais em Portugal, quando são encarados como crónicos, dizem respeito aos seus utilizadores.

O exemplo das defensorias públicas brasileiras demonstra que quanto maior a promessa de acesso à justiça mais se amplia a gestão dos défices e dos excessos (Santos, 2007b) da assistência jurídica. Os défices estão claros nos obstáculos encontrados no processo de melhoria contínua das defensorias: instabilidade no quadro de servidores, baixa cobertura dos serviços, perfis profissionais aquém das complexidades da missão institucional, etc. A administração dos excessos tem colocado a defensoria pública num verdadeiro campo de batalha pela afirmação da identidade profissional. São vários os flancos de ataque: questionamento da legitimidade para ação civil pública, gestão do convênio de assistência jurídica, resistências ao modelo de fiscalização externa, disputas acerca da capacidade postulatória da/o defensor/a, entre outros.

É inegável que o processo de fortalecimento das defensorias públicas introduziu clivagens no campo jurídico. Primeiramente, trata-se de um processo de dinamização cuja reivindicação de oportunidades jurídicas tem o Sul emergente como um dos protagonistas. Num segundo aspeto, inaugura um conjunto de inovações institucionais que, especialmente no caso da defensoria pública de São Paulo, renega um passado devotado a um modelo de serviço de assistência jurídica. Exemplifiquei diversos aspetos que permitem caracterizar a defensoria pública de acordo com o tipo ideal que Zemans (1996) denominou modelo estratégico de serviços jurídicos: a previsão de núcleos especializados, a introdução de mecanismos de participação popular, a presença de um órgão de fiscalização interna, para além da própria diversificação dos atos típicos de defensor/a num conteúdo funcional abrangente que inclui funções judiciais, extrajudiciais, fiscalizadoras e pedagógicas.

Entendo que este quadro traz uma consequência interna e outra externa no que concerne ao desempenho e às relações institucionais das defensorias. Do ponto de vista externo, a presença da defensoria nos moldes previstos no Brasil desestabiliza um quadro de prestação de serviços jurídicos marcado pela presença dominante da advocacia e do Ministério Público. Do ponto de vista interno, é a própria instituição defensoria que se vê cindida, oscilando entre um papel de serviço, face à massificação dos litígios individuais, e um papel estratégico, para o qual a estrutura orgânica da instituição apela.

Num segundo momento, procurei assinalar o fato de, ainda que bem demarcada a diferença entre um modelo de serviço e um modelo estratégico de assistência jurídica, pesar sobre ambos lógicas monoculturais dominantes que têm o condão de afetar a credibilidade do acesso ao direito como alternativa de afirmação subalterna dentro do campo jurídico. Neste domínio, sobressaem-se a autonomia do campo profissional, as linhas de colonialidade da caracterização “pobre”, as demandas produtivistas de um contexto pós-universalista e a subalternidade do próprio sistema de assistência jurídica no jogo de relações de poder com as outras profissões. A construção de espaços que denominei de simbiose virtuosa da relação entre acesso ao direito e as demandas populares desenvolve-se numa superfície armadilhada. Neste capítulo dei conta de alguns exemplos de inovação institucional, experimentação da prática jurídica e construção de uma atuação multidisciplinar como indícios de alternativas à reprodução monocultural do campo jurídico. No final deste trabalho, procurarei explorar restantes pistas que podem colaborar no processo de credibilização democrática da assistência jurídica.

# CONCLUSÕES

No capítulo precedente, tratei dos efeitos de contaminação do modo monocultural com que o campo jurídico se reproduz e espalha-se sobre a alternativa de assistência jurídica, sobleva-se o interesse em identificar pistas que apontem para uma possibilidade de reinvenção do sistema de acesso à justiça como experiência de luta pelo direito cindida entre o social e o jurídico. A noção de pista remete para a possibilidade de se desenvolver uma sociologia das emergências (Santos 2002a). Diante de experiências sociais concretas, procura-se ampliar as possibilidades de futuro existentes, ainda que de forma latente, em campos de experimentação social. A meu ver, a experiência de funcionamento dos núcleos especializados, das ações coletivas e das formas de participação social previstas pela lei orgânica da defensoria pública, dão-nos pistas sobre modos de reinvenção do uso do direito, não só a partir de baixo mas, também, a partir de dentro da instituição. Ao analisar esta experiência em latência, procuro identificar, a seguir, as expectativas de renovação dos modos oficiais de acesso ao direito em Portugal bem como os seus obstáculos.

## **BRASIL: MULTITITULARIDADE E POLIFONIA DO(S) DIREITO(S)**

O conjunto diversificado de conteúdos que compõem a missão funcional das defensorias públicas no Brasil permite reformular a relação entre acesso e necessidade. A pergunta

tradicional “quem precisa de acesso?” e a resposta óbvia “os pobres” é recolocada sobre os seguintes termos: de que tipo de acesso as/os pobres precisam?

Ao longo desta tese, procurei demonstrar que as diferentes manifestações simplistas e liberais de definição do acesso à justiça, como direito civil, alternativa de consumo e modelo de serviços, revelam-se insatisfatórias diante da radicalidade do exercício do poder no âmbito das estratégias de dominação política soberana. Importa que a relação entre conflitos estruturais e condições de exclusão abissais possam contatar zonas de fronteira em que o conhecimento e a possibilidade de utilização do direito funcionem como alternativa credível.

A meu ver, a credibilidade da alternativa de assistência jurídica 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 tem o condão de assinalar a diferenciação da própria assistência jurídica no que toca à aplicação do princípio de igualdade perante a lei. A utilização de ações civis públicas pela defensoria pública de São Paulo, mesmo que num contexto de flagrante deficiência estrutural, demonstra a possibilidade de multiplicação dos termos de enunciação e titulação dos direitos. A seguir, apresento algumas ações emblemáticas iniciadas pela defensoria pública de São Paulo.

**Quadro 1. Ações individuais e coletiva iniciadas pela DPESP**

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 a fixação da assistência jurídica complexa como lugar do exercício simultâneo da experimentação e da tradução intercultural. A experimentação decorre da própria elasticidade estrutural da defensoria, refletindo a consolidação incipiente de alguns dos seus órgãos, nomeadamente dos núcleos especializados. O lado positivo desta realidade é a janela de oportunidades que cria para o surgimento de inovações quer no tipo de atendimento jurídico prestado, quer na prática profissional de mobilização do direito. Sobre o funcionamento dos núcleos afirmou um defensor:

O núcleo tem que ser o fomentador de uma política estrutural da defensoria pública, que hoje é fundamentalmente estruturada para o atendimento de massa, de questões de baixa complexidade e de questões fundamentalmente individuais. A gente tem que fomentar e pressionar para que a defensoria pública comece a abrir mais espaço para questões de alta complexidade jurídica [...] Então, a estratégia para fazer isso é nos apresentarmos perante os problemas, participarmos de reuniões, articularmos com a sociedade, virarmos pára-raios dos problemas que chegarem, questões individuais ou coletivas. A seguir, procurarmos canalizar este conjunto de problemas dentro da instituição (Entrevista a defensor público)

No que diz respeito à necessidade de tradução intercultural, as transformações do projeto político de assistência jurídica pública implicam a tensão e a negociação de valores entre diferentes grupos. As dificuldades decorrem não apenas da sobrecarga simbólica característica dos direitos constitucionais contemporâneos, mas especialmente do facto de o exercício do acesso igualitário à justiça não afastar a influência e a presença dos grupos responsáveis pela dominação política e pelos processos de exclusão contra os quais ela se insurge. A dificuldade de defesa da liberdade, neste caso, pode ser sintetizada na seguinte frase: defender a liberdade, sem se sujeitar ou reproduzir a sujeição.

Eu acho que os núcleos, de facto, são um caminho muito evidente para você conseguir enxergar demandas bem representativas de alguns movimentos sociais. Você consegue visualizar isso. Eles acabam tendo esse carácter de refletir essas situações, essas expectativas. Só que isso também repete as contradições. Por exemplo, o grupo de mulheres tem uma posição que, certamente, não vai encontrar eco no grupo da situação carcerária, porque tem um movimento de encarceramento dos homens autores de violência doméstica, enquanto o núcleo da situação carcerária não vê o encarceramento como a solução. Outra possibilidade, o grupo contra a discriminação defende a bandeira da criminalização do crime de racismo e preconceito contra a orientação sexual. Já as pessoas mais vinculadas à questão criminal lutam contra a criminalização excessiva, porque acham que criminalizar não é a solução para nada (Entrevista a defensor público).

Noutra dimensão a previsão de mecanismos externos de participação e fiscalização do trabalho da defensoria pública permite revisar as características da luta social por direito. Tenho defendido a reconfiguração hodierna da luta por direitos enquanto luta por oportunidades de acesso à justiça, a introdução da oportunidade de participação no sistema de justiça cria, adicionalmente, um novo elemento de reivindicação, o direito à voz no processo de construção das expectativas acerca da assistência jurídica. Na minha opinião, uma das maiores vantagens dos mecanismos de participação previstos pela lei da defensoria é a replicação da polifonia no interior da instituição. Os espaços de



fiscalização, nesse sentido, servem para canalizar tanto os anseios externos como internos, repetindo a diferença no interior da estrutura jurídica.

Por outro lado, a previsão de competências da/o defensor/a pública/o no âmbito da educação para os direitos 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 de assistência jurídica. 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 legalidade e sobre as condições do exercício e da produção do direito pelo subalternizado e o (re-)conhecimento do assistido integra o reposicionamento da/o profissional como parte dialógica.

Portugal: acesso à justiça como modo de supressão dos conflitos estruturais

No caso português, a reprodução da assistência jurídica no âmbito de um modelo de competências fixas das diferentes instituições do sistema de justiça delimita um modelo de acesso à justiça em que:

- O acesso da/o necessitada/o é feito por meio de um direito liberal, individualizado e de alternativas consumistas face a serviços de reclamação administrativos.
- A luta por direitos de destaque é a luta da preservação da identidade profissional da classe prestadora dos serviços de assistência, a advocacia.
- O conhecimento do direito assenta numa relação de confiança em que a/o beneficiária/o da proteção jurídica transfere a direção do seu problema para o âmbito da competência e da independência técnica da/o profissional.

Um esquema de assistência jurídica com essas características tem como pressuposto uma metodologia de cegueira em relação aos conflitos sociais estruturais decorrentes dos desníveis das relações de poder nas sociedades. Esta metodologia de cegueira, por sua vez, sustenta-se num jogo de deslocação de responsabilidades entre as instituições responsáveis pela gestão do acesso à justiça. Esta realidade é visível no que toca à inação

do Estado e da Ordem dos Advogados relativamente à ampliação nacional dos gabinetes de consulta jurídica. Muito embora o dever de informação jurídica seja partilhado entre a Ordem dos Advogados e o Ministério da Justiça e, apesar de as estatísticas do sistema de acesso ao direito indicar uma utilização suplementar da consulta jurídica em escritórios de advogados em relação às consultas mantidas pelos poucos gabinetes públicos ainda em funcionamento, a proposta de ampliação dos gabinetes de consulta jurídica paira sobre um vazio de responsabilidade institucional. Este fato ainda é mais curioso quando a própria advocacia reconhece o papel que pode ser desempenhado pelos gabinetes no que concerne às expectativas de proximidade do sistema de acesso ao direito. No mesmo sentido, apesar do jogo de transferência de responsabilidades, a prestação de consulta jurídica continua a ser afirmada como ato exclusivamente praticado por advogadas/os.

Não há resposta àquelas lacunas que estão por regulamentar, como, por exemplo, os gabinetes de consulta jurídica, que fazem muita falta. A existência dos gabinetes de consulta jurídica levaria a que muitas questões pudessem ficar resolvidas sem precisar ir para a segurança social (Entrevista a advogada).

Penso que o maior atraso neste sistema tem haver com isso, com os gabinetes de consulta jurídica. Isso é uma decisão política, não é uma decisão da ordem dos advogados. Os políticos, porque são esses que definem as próprias prioridades, é que terão de dizer o que é que pretendem dos advogados portugueses (Entrevista a advogada, integrante do Conselho-Geral da OA).

Da análise comparativa dos esquemas de assistência jurídica brasileiro e português resulta a evidência de que, diante de uma realidade pós-universalista do acesso à justiça, as expectativas emancipatórias acerca da assistência jurídica, seja num modelo de serviços ou num modelo estratégico, ficam entrelaçadas numa ação social de retaguarda. Como afirmou Santos, a ação social de retaguarda:

.... deixa-se surpreender pelas práticas de transformação progressistas, acompanha-as, analisa-as, procura enriquecer-se com elas, e busca nelas os critérios de aprofundamento e de generalização das lutas sociais mais progressistas. ... observa nessas práticas transformadoras tanto os processos e actores colectivos mais avançados, como os mais atrasados, mais tímidos e porventura prestes a desistir. (Santos, Boaventura de Sousa, 2009: 6)

# BIBLIOGRAFIA

- Abel, Richard (1985). "Law without politics: legal aid under advanced capitalism". *UCLA Law Review*, 32, 474.
- Abel, Richard (1996). "The paradoxes of legal aid". Paterson, Alan e Goriely, Tamara. *Resources on civil justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Adorno, Sérgio (1994). "Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no tribunal do júri". *Revista USP*, 21: 132-152.
- Adorno, Sérgio (1995). "Discriminação racial e justiça criminal". *Novos Estudos Cebrap*, 43: 45-63.
- Adorno, Sérgio (1996). *A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea*. Tese de Livre Docência. Universidade de São Paulo.
- Adorno, Sérgio (1998). "Consolidação democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades". Zaverucha, Jorge. *Democracia e instituições brasileiras do fim do século XX*. Recife: Bagaço.
- Alves, Cleber Francisco (2005). *A estruturação dos serviços de assistência jurídica no Brasil, na França e nos Estados Unidos e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica.
- Anderson, Benedict (1993). *Comunidades imaginadas*. México: Fundo de Cultura Econômica.
- Annoni, Danielle (2008). *Direito Humano de Acesso à Justiça no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

Archer, Robert (2006). “Os pontos positivos de diferentes tradições. O que se pode ganhar e o que se pode perder combinando desenvolvimento e direitos humanos?” *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, 4, 3: 81-91.

ANADEP (Associação Nacional dos Defensores Públicos) e IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) (2013). *Mapa da Defensoria no Brasil*. Brasília: ANADEP.

Azzam, Fateh (2005). “Os direitos humanos na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio”. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2, 2: 22-35.

Banakar, Reza; Travers, Max (2005). “Studying legal cultures”. Banakar, Reza; Travers, Max (2005). *Theory and method in socio-legal research*. Oxford: Hart Publishing.

Barendrecht, J. M.; Langen, M. (2008). “Legal empowerment of the poor: Innovating access to justice”. *The state of access: Success and failure of democracies to create equal opportunities*. Washington D.C: Brookings institution press: 250-271.

Barendrecht, M.; Van Nispen, P. (2007). *Microjustice*. International Legal Alliances; The Microjustice Initiative.

Barreto, António (org.) (2000). *Justiça em Crise? Crises da Justiça?* Lisboa: Dom Quixote.

Barron, Gordon (2005). “The World Bank and the rule of law reforms”. *Working Papes Seires*, nº 5-70. London School of Economics and Political Science.

Baxi, Upendra (2008). “Preliminary notes on transformative constitutionalism”. *BISA Conference: courting justice*, Delhi, April 27-29.

Bernard, H. R. (2005). *Research methods in antroplogy: qualitative and quantitative approach*. Lanham: Altamira Press.

- Bizeuil, Daniel (1998). "Le récit des conditions d'enquête: exploiter l'information en connaissance de cause". *Revue Française de Sociologie*, vol. XXXIX, 4: 751-787.
- Black, Donald (1973). "The mobilization of law". *The Journal of Legal Studies*, 2, 1: 125-149.
- Blake, R. C. (2000). "The World Bank's Draft Comprehensive Development Framework and the Micro-Paradigm of Law and Development". *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 3: 159-189.
- Blankenburg, Erhard (1996). "Comparing legal aid schemes in Europe". Paterson, Alan; Goriely, Tamara (orgs.) (1996). *A Reader on Resourcing Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Blankenburg, Erhard (2002). "The lawyers' lobby and the welfare state: the political economy of legal aid". Reagan, Francis et al. (org.). *The transformation of legal aid*. Oxford: Oxford University Press.
- Blankenburg, Erhard; Reifner, Ugo (1981). "Condition of legal and political culture limiting the transferability of access to law innovations". Cappelletti, Mauro (org.). *Access to justice and welfare state*. Florença: European University Institute.
- Bógus, Lúcia; Raposo, Isabel; Pasternak, Suzana (orgs.) (2011). *Da irregularidade fundiária urbana à regularização: análise comparativa Portugal-Brasil*. São Paulo: EDUC, editora da PUC-SP.
- Bonelli, Maria da Glória (2010). *Os magistrados, a autonomia profissional e a resistência à reforma do Judiciário no Brasil*. Artigo apresentado no Congresso da LASA 2010. Toronto.
- 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.
- Briggs, Charles (1986). *Learning how to ask: a sociologist's appraisal of the role of the interview in social science*. New York: Cambridge University Press.
- Brown, Rory Stephen (2007). "Access to justice for victims of torture". Francioni, Francesco (org.). *Access to Justice as Human Right*. Oxford: Oxford University Press.
- Bruce, J.W. et al. (2007). *Legal Empowerment of the Poor: From Concepts to Assessment*. Burlington, VT: ARD Inc. for USAID.
- Cabrita, António (2003). *O Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais*. Faro: Conselho Distrital da Ordem dos Advogados.
- Caldeira, Teresa P. R. (2000). *City of Walls. Crime, Segregation and Citizenship in São Paulo*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press.
- Campilongo, Celso; Pressburger, Miguel; Araújo, Maria Teresa (orgs.) (1992). *Discutindo a assessoria popular*. Rio de Janeiro: Fase – Instituto Apoio Jurídico Popular.
- Cappelletti, Mauro (org.) (1981). *Access to justice and welfare state*. Florença: European University Institute.
- Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant (1988). *O acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Cardoso, Fernando H.; Faletto, Enzo (1970). *Dependência e Desenvolvimento na América Latina*. Rio de Janeiro: Zahar Editores.
- Cardoso, Ruthe (1991). "A sociedade em movimento: novos atores dialogam com o Estado". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 32: 129-133.

- Carlet, Flavia (2010). *Os advogados populares: práticas jurídicas e sociais no acesso ao direito e à justiça dos movimentos populares*. Tese de Mestrado. Universidade de Brasília.
- Carothers, Thomas (1998). *The rule of law revival*. *Foreign Affairs*; Mar/Apr 1998; 77, 2: 95-105.
- 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.
- Chanock, Martin (1992). "The Law Market: The Legal Encounter in British East and Central Africa". Mommsen, W. J.; De Moor, J. A. (orgs.). *European Expansion and Law*. Oxford: Berg: 279–306.
- Clarke, Ross (2011). *Customary Legal Empowerment: Towards a More Critical Approach*. Leiden University: International Development Law Organization; Van Vollenhoven Institute.
- Comaille, Jacques (2009), *Sociologie politique de l'accès au droit et à la justice*. Intervenção no Colóquio Internacional "O acesso ao direito e à justiça da família em transformação". Coimbra.
- Comaroff, Jean; Comaroff, John. (2006). *Law and disorder in postcolony*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Comaroff, Jean; Comaroff, John L. (2011). *Theory from the South: Or, How Euro-America is Evolving Toward Africa (The Radical Imagination)*. Paradigm Publishers.
- Comission on Legal Empowerment of the Poor – CLEP (s.d.). *Access to justice and the rule of law*. Nova York: Organizações das Nações Unidas.

Comissão de Acompanhamento do Sistema de Acesso ao Direito (CASAD) (2009). *Primeiro relatório de monitorização do sistema de acesso ao direito*. Lisboa: CASAD.

Costa, Salvador da (2007). *O apoio judiciário*. Coimbra: Almedina.

Correia, João (2004). *Afirmar a advocacia. Reflexões sobre a cidadania e a justiça*. Coimbra: Almedina.

Cotterrell, Roger (1997). "The concept of legal culture". Nelken, David (org.). *Comparing legal cultures*. Aldershot, Uk: Dartmouth: 13-32.

Cotterrell, Roger (2003). "Is there a logic of legal transplant?" Nelken, David e Feest, Johannes (orgs). *Adapting legal cultures*. Oxford: Hart Publishing.

Cousins, Mel (2002). "Legal Aid Reform in France and the Republic of Ireland in the 1990s". Regan, Francis *et al.* (org.). *The transformation of legal aid. Comparative and historical studies*. Oxford: Oxford University Press.

Crohn, Madeleine e Davis, William E. (orgs.) (1996). *Lessons Learned: Proceedings of the Second Judicial Reform Roundtable Held in Williamsburg*. Washington, D.C.: National Center for State Courts, USAID, Inter-American Development Bank.

Cunha, Luciana (2001). *Acesso à justiça e assistência jurídica em São Paulo*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer.

Cunha, Luciana (2008). *Juizado Especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva.

Cunha, Manuela (2007). "A reclusão segundo o género: Os estudos prisionais, a reclusão de mulheres e a variação dos contextos da identidade". AAVV (ed.). *Educar o Outro: As Questões de Género, dos Direitos Humanos e da Educação nas Prisões Portuguesas*. Coimbra: Publicações Humanas: 80 - 89.



- Cunha, Manuela (org.) (2008). *Aquém e Além da Prisão. Cruzamentos e Perspectivas*. Lisboa: Editora 90º.
- Cunha, Manuela P.; Bastos, Cristiana (orgs.) (2007). *A Prisão, o Asilo e a Rua*. Lisboa: Análise Social. Imprensa de Ciências Sociais.
- Curie, Abel (2009). "The legal problems of everyday life". Sanderfur, Rebecca (org.). *Access to justice*. Emerald Group Publishing.
- Dakolias, Maria (1995). "A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America". *Virginia Journal of International Law*, 36: 167: 167-231.
- De Soto, H (1989). *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World*. New York: Harper & Row.
- De Soto, H. (2000). *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. New York: Basic Books and London: Bantam Press/Random House, London.
- Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) (2010). *Do defensor oficioso. Uma análise do regime jurídico português numa perspectiva comparada*. Lisboa: DGPJ.
- Dezalay, Ives; Garth, Bryant (2002a). *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Dezalay, Ives; Garth, Bryant (2002b). *Global Prescriptions: the Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Dirlik, Arif (2000). "Place-based Imagination: Globalism and the Politics of Place". Prazniak, Roxann and Dirlik, Arif (org.). *Places and Politics in an Age of Globalization*. Nova Iorque: Rowman and Littlefield.

- Duarte, Madalena (2011). *Movimentos na Justiça – o direito e o movimento ambientalista em Portugal*. Coimbra: Almedina.
- Engel, David M.; Eric H. Steele (1979). *Civil Cases in Society: Legal Process, Social Order, and the Civil Justice System*. American Bar Foundation Research Journal, 2: 295-346.
- Epp, Charles R. (1998). *The rights revolution: lawyers, activists and supreme court in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Epstein, Lee; Knight, Jack (1996). "On the judicial supremacy". *Law and Society Review*, 30, 1: 87-120.
- Escobar, Arturo (2005). "O lugar da natureza ou a natureza do lugar: globalização ou pós-desenvolvimento?" Lander, Edgardo (org.) *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Escobar, Arturo (2007). *La invención del terceiro mundo. Invención y reinención del desarrollo*. Caracas: El perro y la rana.
- Ewick, Patricia; Kagan, Robert; Sarat, Austin (1999). "Legacies of legal realism: social science, social policy and the law". Ewick, Patricia, Kagan, Robert e Sarat, Austin (orgs.). *Social Science, social policy and the law*. New York: Russell Sage: 1-38.
- Falcão, Joaquim (1984). *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense.
- Falcão, Joaquim (2008). *Invasões urbanas: conflitos de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: FGV.
- Faundez, J. (1997). "Legal technical assistance". Faundez, J. (org.). *Good Government and law: legal and institutional reform in developing countries*. Basingstoke: MacMillan Press: 1-24.

- Faundez, J. (2000). "Legal reform in developing countries". *Law, Social Justice and Global Development Journal*, 1.
- Felstiner, William; Abel, Richard; Sarat, Austin (1981). "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming". *Law and Society Review*, 630: 630-649.
- Ferreira, Marco Aurélio Gonçalves (2003). "Direito de acesso à prestação jurisdicional: uma análise comparada entre os sistemas judiciários criminais dos EUA e do Brasil". Amorim, Maria Stella, Kant de Lima, Roberto e Burgos, Marcelo, Baumann (org.). *Juizados especiais criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil: ensaios preliminares*. Niterói: Intertexto.
- Fitzpatrick, Peter (1992). *The mythology of modern law*. London: Routledge.
- Flick, Uwe (org.) (2007). *The Sage qualitative research kit*. Vol. 1. London: Sage.
- Flood, John (2009), *The Transformation of Access to Law and Justice in England and Wales*. Intervenção no Colóquio Internacional "O acesso ao direito e à justiça da família em transformação". Coimbra.
- Foucault, Michel (1979). *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal.
- Foucault, Michel (1999). *Vigiar e Punir. O nascimento da prisão*. Petrópolis: Editora Vozes.
- Foucault, Michel (2005). *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes.
- Freire, Paulo (1987). *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Friedman, Lawrence (2003). "Some comments on Cotterrell on legal transplants". Nelken, David e Feest, Johannes (orgs). *Adapting legal cultures*. Oxford: Hart Publishing.
- Friedman, Lawrence (2009). "Access to justice: some historical comments". *Fordham Urban Law Journal*, 37, 1.

- Galanter, Marc (1966). "The modernization of law". Weiner, Myron (org.). *Modernization*. Basic Books.
- Galanter, Marc (1993). "A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais". Hespanha, António (org.). *Justiça e Litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Gulbenkian.
- Galanter, Marc (2003). "Why the haves come out ahead". Kritzer, Herbert e Silbey, Susan (org.). *In litigation. Do the "Haves" Still come out ahead?* Stanford: Stanford UP.
- Galanter, Marc (2010). "Access to justice in a world of expanding social capability". *Fordham Urban Law Journal*, Vol. XXVII: 115-128.
- Garth, Bryant G. (2003). "Building strong and independent judiciaries: behind the paradox of consensus programs and perpetually disappointing results". *ABF Working Paper Chicago*. American Bar Foundation, n. 2122 (1-24).
- Garth, Bryant G. (2009). "Comment: A revival of access to justice research?" Sanderfur, Rebecca L. (org.) *Access to Justice (Sociology of Crime Law and Deviance, Volume 12)*. Emerald Group Publishing Limited: 255 – 260.
- Genn, Hazel (1999). *Paths to Justice: What people do and think about going to law*.
- Gisnburg, Tom; Kagan, Robert (2005). *Institutions and public law. Comparative Approachs*. New York: Peter Lang.
- Golub, Stephen (2003). "Beyond the rule of law orthodoxy. The legal empowerment alternative". *Rule of Law Series Working Papers*, No. 41. Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace.
- Gordon, Linda; Fraser, Nancy (1995). "Contrato versus caridade. Porque não existe cidadania social nos Estados Unidos?" *Revista Crítica de Ciência Sociais*, 42: 27-52.

- Goriely, Tamara (1994). "Debating the quality of legal services: Differing models of the good lawyer". *International Journal of the Legal Profession*, 1, 2: 159-171.
- Goriely, Tamara (1996). "Law for the poor: The relationship between advice agencies and solicitors in the development of poverty law". *International Journal of the Legal of the Legal Profession*, 3, 1-2: 215-248.
- Goriely, Tamara (2002). "Making the welfare state work: changing conceptions of legal remedies in British welfare state". Regan, Francis *et al.* (org.). *The transformation of legal aid. Comparative and historical studies*. Oxford: Oxford University Press.
- Guah, Ranahit (2002). *Las voces de la historia y otros estúdios subalternos*. Barcelona: Crítica.
- Guarnieri, Carlo; Pederzoli, Partrizia (2002). *From democracy to juristocracy? The power of judges: A comparative study of courts and democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Guimarães, Antonio Sérgio (2004). *Preconceito e discriminação*. São Paulo: 34.
- Hammergren, Linn (1998). *Rule of Law: Approaches to Justice Reform and What We Have Learned: A Summary of Four Papers*. Washington, D.C.: USAID.
- Hammersley, Martyn (1989). *The dilemma of the qualitative method: Herbert Blummer and the Chicago School*. London: Routledge.
- Handler, Joel F. (1992). "Postmodernisms, protest and the new social movements". *Law and Society Review*, 26, 4: 697-730.
- Hespanha, António (1988). "Sábios e rústicos. A violência doce da razão jurídica". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 25/26: 31-57.

- Hespanha, António (1993). “Lei e Justiça: história e prospectiva de uma paradigma”. Hespanha, António (Org.). *Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Gulbenkian.
- Hesse-Biber, Sharlene Nagy; Leavy, Patricia (2006). *The Practice of Qualitative Research*. London: Sage.
- Hirschl, Ran (2004). *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard UP.
- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2010). *O Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS)*. Brasília: Instituto de Pesquisa Económica Aplicada.
- Instituto de Gestão Financeira e Equipamento da Justiça (IGFEJ) (2010). *Relatório de Gestão*. Lisboa: IGFEJ.
- Jackson, Alecia Y.; Mazzei, Lisa A. (2009). *Voice in qualitative inquiry: challenging conventional interpretative and critical conceptions in qualitative research*. London: Routledge.
- Jesus, Maria Gorete Marques de (2009). *Os crimes de tortura e a justiça criminal. Um estudo sobre os processos de tortura na cidade de São Paulo*. Tese de Mestrado. Universidade de São Paulo.
- Johnson Jr., Earl (1978). *Justice and reform. The formative years of the American Legal Services*. New York: Sage.
- Johnson Jr., Earl (2002). “Justice and reform. A quarter century later”. Regan, Francis et al. (org.). *The transformation of legal aid. Comparative and historical studies*. Oxford: Oxford University Press.
- Junqueira, Eliane (1996). “Acesso à justiça: um olhar retrospectivo”. *Revista Estudos Históricos*, n. 18, 1996: 1-15.

- Junqueira, Eliane (2002). "Los abogados populares en Brasil". *El outro derecho*, 26-27: 193-227.
- Kant de Lima, Roberto (1989). "Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial". *Revista Brasileira de Ciência Sociais*, 10, 4: 65-84.
- Kant de Lima, Roberto (1995). *A política da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Forense.
- Kant de Lima, Roberto (1997). "Polícia e exclusão na cultura judiciária". *Tempo Social*, 9: 169-183.
- Kennedy, David (2006). "The Rule of Law, Political Choices, and Development Common Sense". Trubek, David M. e Santos, Alvaro (orgs.). *The New Law and Economic Development*. New York: Cambridge University Press.
- Kilwein, John (2002). "The decline of the Legal Services Corporation: It's ideological stupid!" Regan, Francis *et al.* (org.). *The transformation of legal aid. Comparative and historical studies*. Oxford: Oxford University Press.
- Klug, Heinz (2004). "Comunidade, propriedade e garantias na África do Sul rural: oportunidades emancipatórias ou estratégias de sobrevivência marginalizadas?" Boaventura de Sousa Santos (org.), *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Porto: Edições Afrontamento.
- Kokke, Margot; Vuskovic Pedro (2010). *Legal empowerment of the poor in Nicaragua. Microjustice avant-la-lettre?* Disponível em: <http://www.facilitadoresjudiciales.org/SSRN-id1674020.pdf>
- Kritzer, Herbert (2010). "The antecedents of disputes: complaining and claiming". Cane, Peter e Kritzer. *Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press.

- Kurkchian, Marina (2005). "Researching legal culture in Russia from asking the question to gathering the evidence". Banakar, Reza; Travers, Max (2005). *Theory and method in socio-legal research*. Oxford: Hart Publishing.
- Lauris, Élida (2006). "Lições do caso africano para um Estado e direito em crise". *O Cabo dos Trabalhos. Revista electrónica dos Programas de Mestrado e Doutoramento do Centro de Estudos Sociais*, 2.
- Lauris, Élida (2007). "Pluralismo emancipatório? Uma abordagem a partir dos movimentos indígenas da América Latina". *Cronos*, 8, 57-80.
- Lauris, Élida; Fernando, Paula (2010). "A dupla face de Janus: as reformas da justiça e a Lei Tutelar Educativa". *Julgar*, 11: 135-146.
- Legal Services Corporation (2004). *Documenting the Justice Gap in America: The current unmet civil legal needs of low-income americans*. Washington: Legal Services Corporation.
- Legrand, Pierre (2003). "What legal transplants?" Nelken, David e Feest, Johannes (orgs). *Adapting legal cultures*. Oxford: Hart Publishing.
- Liamputtong, Pranee (2007). *Researching the vulnerable*. London: Sage.
- Likosky, Michael (2002). *Transnational legal processes*. London: Butterworths.
- Limongi, F. P. (1995). "O federalista: remédios republicanos para males republicanos". Weffort, F. (org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática: 243-255.
- Luz, Vladimir de Carvalho (2008). *Assessoria Jurídica Popular no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Machado, Igor José; Reis, Ellem Saraiva (2007). "Algumas conclusões acerca dos fluxos de valadarenses para Portugal". *Teoria & pesquisa*, 16, 1: 156-166.



- Maciel, Débora Alves; Koerner, Andrei (2002). "Sentidos da judicialização da política: duas análises". *Lua Nova*, 57: 113-133.
- Maffezoli Leite, Antônio; Gonçalves, Cristina Guelfi; De Vitto, Renato Campos (s.d.). *O Desafio da efetivação do acesso à Justiça e o papel de uma nova Defensoria Pública*.
- Marshall, T. H. (1964). "Citizenship and social class". Seymour, Martin Lipset (org.). *Class, Citizenship and Social development: Essays*. Chicago: Chicago University Press.
- Martin, J. Paul (2006). "Releitura do desenvolvimento e dos direitos. Lições de África". *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, 4, 3: 91-103.
- Maru, Vivek (2010a). "Access to justice and legal empowerment. A review of World Bank Practice". *Hague Journal on the Rule of Law*, 2: 259-281.
- Maru, Vivek (2010b). *Allies unknown: social accountability and legal empowerment*. International Development Law Organization.
- Mattei, Ugo (2007). "Access to Justice. A Renewed Global Issue?" *Electronic Journal*.
- Mbembe, Achille (2003). "Necropolitics". *Public Culture*, 15(1): 11-40.
- Mccan, Michael (1994), *Rights at Work*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Mccan, Michael (2006). "Legal mobilization and social reform movements. Notes on theory and Its application". Mccan, Michael (org.). *Law and Social Movements*. London: Ashgate.
- Mendes, José Manuel de Oliveira (1999). *Do ressentimento ao reconhecimento: vozes, identidades e processos políticos nos Açores (1974-1996)*. Universidade de Coimbra: Tese de Doutoramento.
- Merry, Sally (1988). "Legal Pluralism". *Law and Society Review*, 22: 869-896.

- Merry, Sally Engle (1993). "Defining Popular Justice". Merry, Sally Engle; Milner, Neal (orgs.). *The possibility of Popular Justice. A case study of community mediation in the United States*. Michigan: The University of Michigan Press: 3-30.
- Merry, Sally (1994a). "Resistance and the cultural power of law". *Law and Society Review*, 29, 1: 11-26.
- Merry, Sally Engle (1994b). "Resistance and Cultural Power of Law". *Law and Society Review*, 29, 1: 11-26.
- Merry, Sally Engle; Milner, Neal (2004). *The possibility of Popular Justice. A case study of community mediation in the United States*. Michigan: The University of Michigan Press.
- Miller, Richard E; Austin Sarat (1980). "Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture". *Law and Society Review*, 15: 525-565.
- Minda, Garry (1995). *Postmodern Legal Movements*. New York: NYUP.
- Mohanty, Chandra (s.d.). *Under western eyes: feminist scholarship and colonial discourses*.
- Moorhead, Richard; Pleasence, Pascoe (2003). *After Universalism: Re-engineering Access to Justice*. Oxford: Blackwell Publishing.
- Morse, Janice (1994). *Critical issues in qualitative research*. London: Sage, 1994.
- Mossman, Mary Jane (2009). *Comparing and Understanding Legal Aid Priorities*. Osgoode Hall Law School York University.
- Moura, Alexandrina (1990). *Terra do mangue: invasões urbanas no Recife*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Massangana.
- Murayama, Masayuki (2007). "Experiences of Problems and Disputing Behaviour in Japan". *Meiji Law Journal*, 14: 1-59.

- Nader, Laura (2004). "When is Popular Justice Popular?" Merry, Sally Engle; Milner, Neal (orgs.). *The possibility of Popular Justice. A case study of community mediation in the United States*. Michigan: The University of Michigan Press: 435-452.
- Nassar, Paulo André Silva (2011). *Judicialização do direito à moradia e transformação social: análise das ações civis públicas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Tese de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito de São Paulo.
- Nelken, David (2008). "The gap problem in the sociology of law: a theoretical review". Nelken, David. *Beyond Law in Context. Developing a Sociological Understanding of law*. London: Ashgate.
- Nelken, David (org.) (1997). *Comparing legal cultures*. Aldershot, UK: Dartmouth.
- Nelken, David (2005). "Doing research into comparative criminal justice". Banakar, Reza; Travers, Max (2005). *Theory and method in socio-legal research*. Oxford: Hart Publishing.
- Nunes, João Arriscado (2002). "Teoria crítica, cultura e ciência: os espaços e os conhecimentos da globalização". Santos, Boaventura de Sousa Santos (2002). *Globalização: fatalidade ou utopia?* Porto: Afrontamento.
- Nwobike, Justice (2006). "Empresas farmacêuticas e o acesso a medicamento nos países em desenvolvimento: o caminho a seguir". *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, 4, 3: 127-145.
- Pastoral Carcerária (2010). *Relatório sobre tortura: uma experiência de monitoramento dos locais de detenção para a prevenção da tortura*. São Paulo: Pastoral Carcerária.

- Paterson, Alan (1996). "Financing legal services: a comparative perspective". Paterson, Alan; Goriely, Tamara (orgs.). *A Reader on Resourcing Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Paterson, Alan; Tamara Goriely (orgs.) (1996). *A Reader on Resourcing Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Paterson, Alan; Nelken, David (1996). "The evolution of legal services in Britain. Pragmatic Welfareism or Demand Creation". Paterson, Alan; Goriely, Tamara (orgs.). *A Reader on Resourcing Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Pedroso, João (2001). "A construção de uma justiça de proximidade: o caso dos centros de arbitragem de conflitos de consumo". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 60: 33-60.
- Pedroso, João; Trincão, Catarina e Dias, João Paulo (2003). *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*. Coimbra, Centro de Estudos Sociais: Observatório Permanente da Justiça.
- Pedroso, João; Branco, Patrícia (2010). "Law is not enough! From legal aid to a network of legal services an overview of the system of access to family and children law and justice in Portugal". *Oficina do CES*, nº 342. Coimbra: Centro de Estudos Sociais.
- Piomelli, Ascanio (2009). "The challenge of democratic lawyering". *Research Paper*, Series No. 08/09 #17. New York Law School. Clinical Research Institute.
- Pleasence, Pascoe *et al.* (2004). *Causes of Action: Civil law and social justice*. London.
- Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD (2004). *Access to Justice. Practice Note*. Nova York: PNUD.

- Prillaman, William (2000). *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law*. Westport, CT: Praeger.
- 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.
- Rafare, Guilherme (2010). *Homo juridicus teorização sobre o conceito de indivíduo no âmbito do direito positivo brasileiro*. Tese de Mestrado. USP.
- Regan, Francis (1998). *Are There 'Mean' and 'Generous' Legal Aid Schemes? A comparison of legal aid in Australia and Sweden*. Vol. 2.
- Regan, Francis (2002). "Why do legal aid service vary between societies? Re-examinig the impact of welfare states and legal families". Regan, Francis *et al.* (org.). *The transformation of legal aid. Comparative and historical studies*. Oxford: Oxford University Press.
- Regan, Francis *et al.* (2002). "Introduction". Regan, Francis *et al.* (org.) *The transformation of legal aid. Comparative and historical studies*. Oxford: Oxford University Press.
- Ragin, C. (1987). *The comparative method moving beyond qualitative and quantitative strategies*. CA: University of California Press.
- Rhode, Deborah (2004). *Access to Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Rhode, Deborah (2005). *Pro bono in principle and in practice: public service and the professions*. Stanford: Stanford University Press.
- Rhudy, Robert J. (2000). "Expanding Access to Justice: Legal Aid Models for Latin America". Christina Biebesheimer; Francisco Mejía (eds.). *Justice Beyond Our Borders: Judicial Reforms for Latin America and the Caribbean*. Washington, D.C.: Interamerican Development Bank.

- Rodríguez-Garavito, Cesar (2001). "Globalization, Judicial Reform and the Rule of Law in Latin America: The Return of Law and Development". *Beyond Law*, 7(23): 13-42.
- 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.
- Rolnik, Raquel (2012). *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*. Nova Iorque: Organização das Nações Unidas [A/HRC/22/46].
- Rosenberg, Gerald (2008). *The hollow hope. Can courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press.
- Sadek, Maria Tereza (2004a). "Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma". *Opinião Pública (UNICAMP)*. Campinas, v. X, n. 1: 01-62.
- Sadek, Maria Tereza (2004b). "Judiciário: mudanças e reformas". *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 18, n. 51: 79-101.
- Sage, Caroline (2007). "Breaking Legal Inequality Traps: New Approaches to Building Justice Systems for the Poor in Developing Countries". *BWPI Working Paper*, 17.
- Sanderfur, Rebecca (2007). "Lawyers' Pro Bono Service and American-Style Civil Legal Assistance". *Law and Society Review*, 41, 1: 79–112.
- Sanderfur, Rebecca (2008). "Access to Civil Justice and Race, Class and Gender Inequality". *Annual Review of Sociology*, 34: 339-358.

- Sanderfur, Rebeca (2009). "Access to justice. Classical Approaches and new directions". Sanderfur, Rebeca (org.). *Access to justice: sociology of crime, law, and deviance*. Vol. 12. Emerald/JAI Press.
- Sanderson, Peter; Sommerlad, Hilary (2011) "Colonizing law for the poor: reconfiguring legal advice in the new regulatory state". *Redefining Social Justice*. Manchester University Press.
- Santos, Boaventura de Sousa (1977). "The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada Law". *Law and Society Review*, 12: 5-126.
- Santos, Boaventura de Sousa (1982). "O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 10: 10-40.
- Santos, Boaventura de Sousa (1983). "Os Conflitos Urbanos no Recife: o caso do 'Skylab'". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 11: 9-59.
- 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 (1989). "Room for manoeuvre: paradox, program or Pandora's box?" *Oficina do Ces*, 9. Coimbra: Centro de Estudos Sociais.
- 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 (1991). "Subjectividade, Cidadania e Emancipação". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 32.
- Santos, Boaventura de Sousa (1993). *Discurso sobre as ciências*. 6ª Edição. Porto: Afrontamento.

- Santos, Boaventura de Sousa (1994). *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*. Porto: Afrontamento.
- Santos, Boaventura de Sousa (1998a). “Tempo, códigos barrocos e canonização”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 51:3-20.
- Santos, Boaventura de Sousa (1998b). *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Porto: Afrontamento.
- 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 (2001). “Os processos de globalização”. Santos, Boaventura de Sousa (org.). *Globalização: fatalidade ou utopia?* Porto: Afrontamento.
- 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 (2003). “Poderá o direito ser emancipatório?” *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65: 3-76.
- Santos, Boaventura de Sousa (2005). *Reinventar la democracia e reinventar el Estado*. Buenos Aires, CLACSO.
- Santos, Boaventura de Sousa (2006). *A gramática do tempo*. São Paulo: Cortez Editora.
- 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 (2008a). "A filosofia à venda, a douta ignorância e a aposta de Pascal". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 80, 11-43.
- Santos, Boaventura de Sousa (2008b). *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatória*. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Mayor de San Marcos.
- Santos, Boaventura de Sousa (2009). "Por que é que Cuba se transformou num problema difícil para a Esquerda?". *Oficina do CES*, 322.
- Santos, Boaventura de Sousa (2011). *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez.
- 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 et al. (1996). *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Coimbra: Almedina.
- Santos, Boaventura de Sousa; Pedroso, João (coords.) (2002). *Acesso ao direito e à Justiça: um direito fundamental em questão*. Coimbra, Centro de Estudos Sociais: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.
- Santos, Boaventura de Sousa; Avritzer, Leonardo (2003). "Introdução para ampliar o cânone democrático". Santos, Boaventura (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Porto: Afrontamento.
- 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 (coord.) (2005). *Inquérito à opinião sobre o funcionamento dos tribunais em Portugal*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça.

- Santos, Boaventura de Sousa; Rodríguez-Garavito, Cesar (orgs.) (2005). *Law and Globalization from below. Towards a cosmopolitan legality*. Cambridge: Cambridge UP.
- Santos, Boaventura de Sousa e Gomes, Conceição (coords.) (2008). *Para um novo judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis*. Coimbra, Centro de Estudos Sociais: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.
- Santos, Boaventura de Sousa e Gomes, Conceição (coords.) (2009). *Desafios à justiça de proximidade: avaliação do funcionamento dos julgados de paz*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça.
- Santos, Boaventura de Sousa e Gomes, Conceição (coords.) (2010). *A gestão nos tribunais. Um olhar sobre a experiência das comarcas piloto*. Coimbra, Centro de Estudos Sociais: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.
- Santos, Boaventura de Sousa; Carlet, Flávia (2010). "The movement of landless rural workers in Brazil and their struggles for access to law and justice". Ghai, Yash and Cottrell, Jill (orgs.). *Marginalized Communities and Access to Justice*. Abingdon: Routledge: 60-82.
- Sarat, Austin (2007). "Vitality amidst fragmentation: on the emergence of postrealist law and society scholarship". Sarat, Austin (org.). *The Blackwell companion to law and society*. Oxford: Blackwell Publishing.
- 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.
- Scheinin, Martin (2007b). "Access to Justice before International Human Rights Bodies: Reflections on the Practice of the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights". Francioni, Francesco (org.). *Access to Justice as Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Scott, James (1998). *Seeing like a State*. Yale University.
- Scott, James (2000). *Los dominados y la arte de la resistencia. Discursos ocultos*. Cidade do México: Era.
- Secretaria da Reforma do Judiciário (2005a). *Acesso à justiça por sistemas alternativos de solução de conflitos: Mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais*. Brasília: Ministério da Justiça.
- Secretaria da Reforma do Judiciário (2005b). *Acesso à justiça por sistemas alternativos de solução de conflitos: Mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais*. Brasília: Ministério da Justiça.
- Secretaria da Reforma do Judiciário (2006a). *Justiça comunitária: Uma experiência*. Brasília: Ministério da Justiça.
- Secretaria da Reforma do Judiciário (2006b). *Juizados especiais cíveis: Estudo*. Brasília: Ministério da Justiça.
- Secretaria da Reforma do Judiciário (2006c). *II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Secretaria da Reforma do Judiciário.
- Secretaria da Reforma do Judiciário (2008). *Relato de uma experiência: Programa Justiça comunitária do Distrito Federal*. Brasília: Ministério da Justiça.
- Secretaria da Reforma do Judiciário (2009). *III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Secretaria da Reforma do Judiciário.

- Sen, Amartya (1999). *Development as freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- Shapiro, Martin (1964). *Law and politics in the Supreme Court: New approaches to political jurisprudence*. New York: Free Press of Glencoe.
- Shapiro, Martin; Sweet, Alec Stone (2002). *On Law, Politics and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press.
- Shetty, Salil (2005). "Millennium declaration and Development Goals: opportunities for Human Rights". *Sur, Rev. int. direitos humanos* 2, 2: 6-21 .
- Silbey, Susan; Sarat, Austin (1987). "Critical traditions in law and society research". *Law and Society Review*, 21, 1: 165-174.
- Silbey, Susan; Sarat, Austin (1989). "Reconstituting the Sociology of Law: Beyond Science and the State". Silverman, David e Gubrium, Jaber (org.). *The Politics of Field Research: Beyond Enlightenment*. Beverly Hills. CA: Sage Publications: 150-172.
- Sinhoretto, Jacqueline (2006). *Ir aonde o povo está. Uma etnografia da reforma da justiça*. Tese de doutoramento. Universidade de São Paulo.
- Slakmon, Catherine; Oxhon, Philip (2006). *O poder de atuação dos cidadãos e a micro-governança da justiça no Brasil. Secretária da Reforma do Judiciário. Novas direções da governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça.
- Snyder, Francis G. (1980). "Law and Development in the Light of Dependency Theory". *Law and Society Review*, 14, 3: 723-804.
- Sommerlad, Hilary (2008a). "Reflections on the reconfiguration of access to justice". *International Journal of the Legal Profession*, 15, 3: 179-193.

- Sommerlad, Hilary (2008b). "Some Reflections on the Relationship between Citizenship, Access to Justice, and the Reform of Legal Aid". *Journal of Law and Society*, 3, 3: 345-368.
- Sousa Júnior, José Geraldo de (1990). *Movimentos Sociais – A emergência de novos sujeitos: O sujeito coletivo de direitos*. Belo Horizonte: XIX Conferência Nacional da OAB (anais).
- Sousa Júnior, José Geraldo de (1996). "Novas sociabilidades, novos conflitos, novos direitos". Pinheiro, José Ernane *et al.* (orgs.). *Ética, Justiça e Direito: Reflexões sobre a reforma do judiciário*. Petrópolis: Vozes.
- Sousa Júnior, José Geraldo de (1997). *Movimentos sociais e práticas instituintes de direito. Perspectivas para a pesquisa sócio-jurídica no Brasil. OAB – Conselho Federal. 170 anos de cursos jurídicos no Brasil*. Brasília: Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB.
- Stiglitz, Joseph E. (2002). *Globalization and its Discontents*. New York: W. W. Norton & Company.
- Storskrub, Eva; Ziller, Jacques (2007). "Access to justice in European Comparative Law". Francioni, Francesco (org.). *Access to Justice as Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Sudarshan, R. (2009). *Avatars of Rule of Law and Access to Justice. Some Asian Aspects*. Disponível em: <http://www.snap-undp.org/lepknowledgebank/Public%20Document%20Library/Avatars%20of%20Rule%20of%20Law%20and%20Access%20to%20Justice-R.%20Sudarshan.pdf>, acessado em 19 de Junho de 2012.
- Sweet, Alec Stone (2000). *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press.

- Tamanaha, Brian (2008). "The dark side of the relationship between the rule of law and liberalism". *Legal studies research paper series*. Paper 08-0096.
- Tamanaha, Brian (2009). "As lições dos estudos sobre direito e desenvolvimento". *Revista Direito GV*, 5(1): 187-216.
- Tate, C. Neal; Vallinder, Torbjörn (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- Tigar, Michael (2000). *Law and the rise of capitalism*. New York: Monthly Review Press.
- Trochev, Alexei (2004). "Less democracy, more courts: a puzzle of judicial review in Russia". *Law and Society*, 38, 3:513-548.
- Trubek, David M.; Galanter, Mark (1974). "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States". *Wisconsin Law Review*: 1062-1103.
- Trubek, David M.; Santos, Alvaro (2006). "Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice". Trubek, David M.; Santos, Alvaro (orgs.). *The New Law and Economic Development*. New York: Cambridge University Press.
- Tyler, Tom R. (2007). "Procedural Justice". Sarat, Austin (2007). *The Blackwell Companion to Law and Society*. Oxford: Blackwell Publishing.
- Unger, Roberto Mangabeira (1979). *O direito na sociedade Moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Van Rooij, Benjamin (2009). "Bringing justice to the poor, bottom-up legal development cooperation". *Working paper*.
- Vreeland, James Raymond (2003). *The IMF and Economic Development*. New York: Cambridge University Press.

- Waldron, Jeremy (2008). "The concept end the rule of law. Public law & legal theory research paper series". *Working Paper* nº 08-50.
- Warat, Luis Alberto (1992). "A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade". *Buscalegis*, 24.
- 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.
- Weber, Max (2004). *Economia e Sociedade*. São Paulo: Editora UNB.
- Werneck Vianna, Luiz *et al.* (1999). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan.
- Wetherrell, Margaret; Potter, Jonathan (1992). *Mapping the language of racism. Discourse and the legitimation of the exploitation*. New York: Harvester Wheatsheaf.
- Wolkmer, Antonio Carlos (2006). *Pluralismo jurídico: fundamento de un nueva cultura del derecho*. Sevilha: MAD.
- World Bank (2004). *Initiatives in Legal and Judicial Reform*. Washington: World Bank.
- Zaffalon Cardoso, Luciana (2010). *Uma fenda na justiça. A defensoria pública e a construção de inovações democráticas*. São Paulo: Hucitec.
- Zaffalon Cardoso, Luciana (2012). "Participação social na defensoria pública: inovações democráticas na esfera do sistema de acesso à justiça. Sousa, José Augusto Garcia". *Uma nova defensoria pública pede passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/2009*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 169-187.

Zaffalon Cardoso, Luciana (2013). “Fendas democratizantes: mecanismos de participação popular na defensoria pública e o equacionamento da luta social por oportunidade de acesso à justiça”. Ré, Aluisio Lunes. *Temas aprofundados. Defensoria Pública*. Bahia: JusPodium: 33-66.

Zemans, Fredrick H., (1996). “Recent Trends in the Organization of Legal Services”. Paterson, Alan; Goriely, Tamara (orgs.). *A Reader on Resourcing Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press.

Zemans, Frederick; Thomas, Aneuri, (2002). “Can community clinics survive? A comparative studies of law centres in Australia, Ontario and England”. Regan, Francis *et al.* (org.). *The transformation of legal aid. Comparative and historical studies*. Oxford: Oxford University Press.