
BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS
Faculdade de Economia da Universidade
de Coimbra e Centro de Estudos Sociais

O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito*

13

O projecto da modernidade é fértil em dicotomias, algumas das quais servem de base à sociologia política e à sociologia do direito (Estado/sociedade civil; formal/informal; público/privado). Partindo da ideia de que essas dicotomias são hoje menos úteis do que já

foram, apresentam-se algumas alternativas teóricas sobre os modos de produção do poder e do direito, capazes de, a prazo, conduzirem a um novo senso comum político e jurídico, que privilegie as tarefas de emancipação sobre as de regulação.

I AS DICOTOMIAS DA MODERNIDADE E O SEU DECLÍNIO

O projecto da modernidade é fértil em dicotomias, o que em última instância se deve atribuir ao modelo de racionalidade cartesiana que lhe subjaz. Este modelo não é monolítico, mas em qualquer das lógicas de racionalidade em que se desdobra estão presentes como princípios organizadores polarizações dicotómicas. Na racionalidade instrumental-cognitiva, as dicotomias sujeito/objecto e cultura/natureza; na racionalidade estético-expressiva, as dicoto-

1. O Formal e o Informal

* Texto da comunicação apresentada ao Terceiro Congresso da Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español, realizado em San Sebastian de 28 de Setembro a 1 de Outubro de 1989. Na ocasião, foi-me solicitada uma síntese da minha investigação dos últimos dez anos no domínio da Sociologia do Direito. Essa síntese entende a *Revista Crítica de Ciências Sociais* oportuno oferecê-la também aos seus leitores.

mias arte/vida e estilo/função; na racionalidade moral-prática, as dicotomias sociedade/indivíduo e público/privado. Subjacente a todas estas dicotomias e presente nelas de vários modos está a dicotomia formal/informal, ou seja, a distinção polar entre construção conceptual auto-referenciável e conteúdo empírico desorganizado.

Esta característica do projecto da modernidade coexiste com uma outra, a ausência ou extrema deficiência de mediações entre as dicotomias. Isto mesmo é assinalado por Umberto Cerroni (1986), ao referir-se, de uma outra perspectiva, à dicotomia formal/informal.

Estas duas características são interactivas: o défice da capacidade de mediação exacerba a polarização das dicotomias e, inversamente, esta última agrava o primeiro. O efeito conjunto destes dois processos tem sido a recorrente oscilação entre os pólos das dicotomias e, conseqüentemente, a vigência exagerada de um ou outro pólo. Em momentos diferentes ou em sectores diferentes da vida social atribui-se total precedência, ora a um dos pólos, ora ao outro, ao subjectivismo ou ao objectivismo, ao esteticismo ou ao vitalismo, ao colectivismo ou ao individualismo ou ainda, na base de todas estas vigências exageradas, ao formalismo ou ao informalismo.

A prioridade total dada num certo momento a um dos pólos suscita uma reacção que contribui, por si mesma, para que no momento seguinte a prioridade seja dada ao pólo oposto. Porque o movimento e a temporalidade da oscilação se inscrevem na estrutura e nas práticas de cada sector da vida social, do direito e da arte, tal como da economia, da política e da religião, as prioridades polares de um certo momento permanecem residualmente nas que se lhes seguem. Por isso, o individualismo pré-colectivista será diferente do individualismo pós-colectivista, tal como o esteticismo pré-funcionalista será diferente do esteticismo pós-funcionalista, tal como, em suma, o informalismo pré-formalista será diferente do informalismo pós-formalista.

Esta dupla característica do projecto da modernidade — a polarização dicotómica combinada com o défice de mediação — aprofundou-se no nosso século. Para nos limitarmos ao domínio da racionalidade moral-prática do direito e da política, podemos dizer que o nosso século nasceu em plena reacção ao formalismo do direito napoleónico e da teoria política liberal. A reacção assume duas formas: uma, radicalmente anti-formalista, a revolução; e outra, moderadamente anti-formalista, o reformismo.

Depois de duas décadas tumultuosas, a reforma acabou por se transformar no modelo hegemónico de transformação social nos países capitalistas centrais e a forma política em que se cristalizou foi o Estado-Providência. A precedência dada ao reformismo foi acentuando os traços formalistas deste. Em primeiro lugar, porque a regulamentação extensiva e intensiva das relações sociais se fez no marco do direito estatal formal; em segundo lugar, porque, decorrente dessa regulamentação em permanente crescimento, o Estado expandiu enormemente o seu aparelho burocrático, ele próprio dominado por processos formais de decisão; em terceiro lugar, porque as teorias dominantes da representação política converteram os partidos e de algum modo também os sindicatos em organizações formais e exclusivas dos interesses sectoriais, recusando todas as alternativas informais de agregação de interesses, tal como a democracia directa ou de base ou os direitos não estatais. Esta formalização jurídico-política da vida social — bem representada na teoria da burocracia e da racionalidade jurídico-formal de Weber, no formalismo kelseniano e na legitimação pela redução processual da complexidade de Luhmann — teve o seu correspondente, no domínio estético, no cânone modernista, de que a arquitectura de Le Corbusier é um bom exemplar, nas epistemologias positivistas, na micro-ética individualista, na crescente colonização da sociedade civil pelo Estado enquanto versão reformista do colectivismo e do estatismo⁽¹⁾.

O formalismo reformista nunca deixou de ser contestado, quer pelo informalismo socialista revolucionário, sobretudo nos países periféricos, quer pelo informalismo fascista da política concebida como força numa relação dicotómica amigo/inimigo. Mas, apesar disso, a sua precedência manteve-se intacta até meados dos anos 60 nos países capitalistas centrais. A sua vigência corresponde ao período do capitalismo que, na esteira de Hilferding (1981) e Offe (1985), designo por capitalismo organizado. Contudo, a partir de finais dos anos sessenta, acumulam-se os sinais de crise do formalismo reformista, uma crise que com os anos se tem vindo a aprofundar, e de tal maneira que podemos caracterizar o tempo presente como de um novo movimento de pêndulo, desta vez no sentido do informalismo, um movimento que parece ser também o do estatismo para o civilismo, do colectivismo para o individualismo, do publicismo para o privatismo, da estética

(¹) Uma análise do projecto da modernidade e da sua crise, com especial incidência no direito e na política, pode ler-se em Santos (1987a, 1988).

modernista para a estética pós-modernista, da totalidade estruturalista para a desconstrução pós-estruturalista. Este período que, na sequência do anterior, podemos designar por período do capitalismo desorganizado, define-se no plano político, nos países capitalistas centrais, pela crise do Estado-Providência (e, portanto, dos ramos do direito que sustentaram a regulação social, nomeadamente o direito social e o direito do trabalho) e pela crise das formas de representação política que asseguraram a sua reprodução, ou seja, a democracia representativa, os partidos e os sindicatos.

No domínio da sociologia do direito, os dois fenómenos mais importantes da oscilação anti-formalista são a desregulação e a informalização da justiça. A primeira questiona directamente o Estado-Providência, enquanto a segunda questiona a forma jurídica e judicial em que ele se apoiou. O movimento da informalização da justiça, sob designações várias (justiça informal, justiça comunitária), teve um impacto muito importante na sociologia do direito e as suas repercussões continuam hoje à medida que nos países periféricos e semiperiféricos o mesmo tipo de reformas vai sendo adaptado. No plano da transformação prática da administração da justiça estas reformas consistiram na criação de mecanismos de processamento e de resolução de litígios com as seguintes características:

- 1) — Ênfase em resultados mutuamente acordados, em vez da estrita obediência normativa.
- 2) — Preferência por decisões obtidas por mediação ou conciliação, em vez de decisões obtidas por adjudicação (vencedor/vencido).
- 3) — Reconhecimento da competência das partes para proteger os seus próprios interesses e conduzir a sua própria defesa num contexto institucional desprofissionalizado e através de um processo conduzido em linguagem comum.
- 4) — Escolha como terceira parte de um não-jurista (ainda que com alguma experiência jurídica), eleito ou não pela comunidade ou grupo cujos litígios se pretendem resolver.
- 5) — Diminuto ou quase nulo o poder de coerção que a instituição pode mobilizar em seu próprio nome (Santos, 1982).

Estes mecanismos informais tenderam a concentrar-se na resolução de litígios de pequeno montante, quando considerados individualmente, mas muito recorrentes e portanto sus-

ceptíveis de produzirem uma sobrecarga exagerada dos tribunais. Tratava-se de pequenos litígios entre vizinhos, mas também de litígios decorrentes dos direitos sociais conquistados na década anterior, litígios no domínio do direito do arrendamento urbano, do direito dos consumidores, do direito do trabalho e da segurança social. Nestas reformas, tal como no movimento da deslegalização ou da desregulação em geral, era detectável a oscilação do pêndulo na direcção da sociedade civil, na medida em que os mecanismos informais, ou não eram estatais, ou neles a presença do Estado era, na aparência pelo menos, mais ou menos remota.

No plano científico, as reformas, ou as meras propostas de reformas no sentido da informalização, deveram muito à sociologia do direito emergente e tiveram, por sua vez, um impacto decisivo nela. A crise cada vez mais perceptível da forma jurídica e judicial do Estado-Providência criou as condições para um questionamento mais profundo do direito estatal. De facto, um questionamento duplo, que conduziu a uma dupla relativização do direito estatal. Em primeiro lugar, a sociologia do direito começou por questionar o monopólio da produção estatal do direito, admitindo a existência, nas sociedades complexas e não apenas nas sociedades ditas primitivas, de uma pluralidade de ordens jurídicas no mesmo espaço político, nas fábricas, na família, nas escolas, nos bairros marginais, no interior de comunidades mais ou menos segregadas, etc. Eu próprio fiz o meu primeiro trabalho de campo nas favelas do Rio de Janeiro, procurando identificar e caracterizar o direito interno, não-oficial, que, centrado na Associação de Moradores, regulava sectores importantes da vida dos habitantes do bairro, à margem da regulação jurídica oficial que aí não penetrava (Santos, 1977). Este tipo de investigações teve uma inspiração remota na tradição romântica anti-formalista dos finais do século XIX, princípios do século XX (direito vivo de Eugen Ehrlich; escola do direito livre) e uma inspiração muito próxima na antropologia jurídica anglo-saxónica. Mas distinguia-se da primeira por ter uma fundamentação empírica que se pretendia sólida, e de ambas, por ter um sentido epistemológico crítico, progressista. Tratava-se de denunciar a ocultação (ou supressão) de outras juridicidades existentes na sociedade, levada a cabo pelo Estado capitalista enquanto estratégia de dominação.

Mas o questionamento ou relativização do direito estatal teve uma segunda dimensão. O estudo de outras formas de juridicidade permitiu compará-las com o direito formal estatal, e reconstruir as características deste num quadro sociológico

dinâmico. Retomando o exemplo da minha investigação, procedi a uma comparação entre o direito oficial brasileiro, de recorte europeu continental, e o direito das favelas, e verifiquei que o discurso jurídico deste último tinha um conteúdo retórico muito mais amplo que o discurso jurídico do direito oficial, ao mesmo tempo que nele as formas de institucionalização burocrática da função jurídica eram apenas embrionárias e que os meios de coerção ao exercício desta última eram extremamente débeis. Generalizando a partir desta verificação, propus, como hipótese de trabalho, a seguinte correlação: *a amplitude do espaço retórico do discurso jurídico varia na razão inversa do nível de institucionalização da função jurídica e do poder dos instrumentos de coerção ao serviço da produção jurídica* (Santos, 1980). Esta hipótese de trabalho conduziu-me a considerar a retórica, a burocracia e a violência como sendo os três elementos estruturais do direito (oficial ou não) da modernidade. Nestes termos, o tipo específico de formalismo do direito estatal moderno reside no facto de a burocracia e a violência terem variado até agora no mesmo sentido e no sentido inverso da retórica. O formalismo é assim o produto do crescimento conjunto da burocracia e da violência e do correspondente atrofiamento da retórica. Consequentemente, qualquer movimento anti-formalista significará sempre o decréscimo da burocracia mas, à partida, tanto pode acarretar o reforço da retórica como o reforço da violência. Assim sendo, devemos-nos precaver contra apreciações apriorísticas do informalismo, uma vez que o seu significado social e político é, em princípio, ambíguo.

2. O Declínio das Dicotomias

A uns anos de distância das primeiras manifestações da oscilação no sentido do informalismo e com o benefício da experiência social e política entretanto ocorrida sob o seu signo, é possível ir além das conclusões dos estudos acima referidos. Defenderei nesta secção que a recorrência do movimento de oscilação entre pólos dicotómicos acabou por transformar internamente as dicotomias. Em vez de mediação, de que o projecto da modernidade sempre se mostrou carecido, tem vindo a operar-se uma progressiva aproximação entre os pólos das dicotomias e a tal ponto que cada um dos pólos tende a transformar-se no duplo do pólo a que se opõe. Nesta medida, as dicotomias que subjazem ao projecto da modernidade tendem a colapsar e os movimentos de oscilação entre os seus pólos são mais aparentes que reais. Assim sendo, estamos perante uma situação nova que, à falta de melhor nome se pode designar por transição pós-moderna.

Numa tal situação incumbe à sociologia em geral, por um lado, identificar analiticamente o processo de colapso das dicotomias e, por outro, propor novos paradigmas conceptuais que permitam captar, em seus próprios termos, a novidade da situação que vivemos.

Começarei por referir brevemente alguns dos sinais mais concludentes do processo de colapso das dicotomias da modernidade. Por ordem decrescente de generalidade, invocarei, no plano epistemológico, a dicotomia natureza-sociedade, no plano da teoria e da sociologia política, a dicotomia Estado-sociedade civil e, no plano mais específico da sociologia do direito, a dicotomia justiça formal-justiça comunitária.

19

Da filosofia grega ao pensamento medieval, a natureza e o homem pertencem-se mutuamente enquanto especificações do mesmo acto de criação. A ciência moderna rompe com esta cumplicidade, uma ruptura ontológica e epistemológica que desumaniza a natureza no mesmo processo em que desnatura o homem. Ao transformar a natureza em objecto passivo de um poder arbitrário, ética e politicamente neutro, a ciência moderna construiu sobre ela um edifício intelectual sem precedentes na história da humanidade. Este edifício, como qualquer outro, teve um fim prático e esse foi o de criar um conhecimento capaz de instrumentalizar e controlar a natureza por via de transformações técnicas.

Natureza- -sociedade

Este processo, que, no plano ontológico e epistemológico, foi de ruptura e de polarização dicotómica, foi, no plano sociológico e cultural, um processo de aproximação e de confluência. Em primeiro lugar, o homem desnaturalizado que emerge da desumanização da natureza não é um homem qualquer, uma entidade abstracta, ainda que assim tenha sido concebido pela filosofia política então emergente. Em termos sociológicos, esse homem é a burguesia, a classe revolucionária, que transporta em si o espírito do capitalismo e que vai utilizar a relação de exploração da natureza para produzir um desenvolvimento sem precedentes das forças produtivas. Daí que a relação de exploração da natureza seja a outra face da relação de exploração do homem pelo homem. A concepção moderna da natureza é, assim, um expediente de mediação de relações sociais, um expediente oculto que usa a natureza para ocultar a natureza das relações sociais.

Em segundo lugar, o processo de confluência entre o homem e a natureza está inscrito na própria transformação tecnológica da natureza. A ciência moderna visa submeter a natureza "virgem" ou "intocada" e, ao fazê-lo, desnatura

Estado-sociedade civil

za-a e socializa-a. Nestas condições a separação da natureza em relação ao homem, enquanto objecto de conhecimento, é condição da sua reintegração no homem, enquanto objectivo do conhecimento.

Esta reintegração ocorre hoje, em finais do século XX, de uma maneira dramática, com a consciência cada vez mais generalizada do perigo da catástrofe ecológica. Tal perigo deixa antever que a natureza é a segunda natureza da sociedade, uma sociedade de segundo grau, o duplo da sociedade. Desta maneira, a dicotomia natureza-sociedade é definitivamente posta em causa e o facto de a ciência moderna se fundar nela explica, em última instância, a crise definitiva em que se encontra mergulhada. A transição para uma ciência pós-moderna parte do campo de possibilidades aberto por esta crise (Santos, 1989).

Tem sido afirmado que o dualismo Estado/sociedade civil é o mais importante dualismo do pensamento ocidental moderno (Gamble, 1982:45). Nesta concepção, o Estado é uma realidade construída, uma criação artificial e moderna quando comparada com a sociedade civil. No nosso século, ninguém melhor do que Hayek expressou essa ideia: "As sociedades formam-se, mas os estados são feitos" (1979:140). A modernidade do Estado constitucional do século XIX é caracterizada pela sua organização formal, unidade interna e soberania absoluta num sistema de estados e, principalmente, pelo seu sistema jurídico unificado e centralizado, convertido em linguagem universal por meio da qual o Estado comunica com a sociedade civil. Esta, ao contrário do Estado, é concebida como o domínio da vida económica, das relações sociais espontâneas orientadas pelos interesses privados e particularísticos.

Contudo, o dualismo Estado/sociedade civil nunca foi inequívoco e, de facto, mostrou-se, à partida, prenhe de contradições e sujeito a crises constantes⁽²⁾. Para começar, o princípio da separação entre Estado e sociedade civil engloba a ideia de um Estado mínimo e de um Estado máximo, e a acção estatal é simultaneamente considerada como um inimigo potencial da liberdade individual e como a condição para o seu exercício. O Estado, enquanto realidade construída, é a condição necessária da realidade espontânea da sociedade civil. O pensamento setecentista está totalmente imbuído desta contradição, dado que, ao libertar a actividade económica

⁽²⁾Desenvolvo com mais detalhe noutro lugar a análise crítica da distinção Estado-Sociedade Civil (Santos 1985).

das regras corporativas do *ancien régime*, não pressupõe, de modo nenhum, que a economia moderna dispense uma acção estatal esclarecida.

Isto é particularmente evidente em Adam Smith, para quem a ideia de comércio gera liberdade e a civilização vai de par com a defesa das instituições políticas que garantam um comércio livre e civilizado. Ao Estado cabe um papel muito activo e, de facto, crucial na criação de condições institucionais e jurídicas para a expansão do mercado. Como Billet muito bem afirma, do primeiro ao último capítulo de *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, "ficamos impressionados com a ideia, fundamental no pensamento de Adam Smith, de que a natureza das instituições e as práticas políticas numa nação afectam decisivamente a sua capacidade para um desenvolvimento económico firme" (Billet, 1975:430). Comparando Portugal e Espanha com a Grã-Bretanha, Adam Smith considera o carácter despótico dos dois primeiros Estados, os "governos violentos e arbitrários", como responsáveis pela estagnação económica e relativa pobreza: "A indústria não é ali nem livre nem defendida e os governos civis e eclesiásticos de Espanha e Portugal são de tal ordem que só por si bastariam para perpetuar o seu estado actual de pobreza" (1937:509).

Mais impressionante ainda é que, para Adam Smith, o despotismo tanto pode ser o resultado dum governo arbitrário, que governe pela força, sem restrições institucionais ou legais, como resultado dum governo fraco, uma autoridade instável, incapaz de manter a ordem e a lei e de desempenhar as funções reguladoras exigidas pela economia (Billet, 1975:439; Viner, 1927:218).

A ideia da separação entre o económico e o político baseado na distinção Estado/sociedade civil e expressa no princípio do *laissez faire* parece estar ferida de duas contra-dições insolúveis. A primeira é que, dado o carácter particularístico dos interesses na sociedade civil, o princípio do *laissez faire* não pode ser igualmente válido para todos os interesses. A sua coerência interna baseia-se numa hierarquia de interesses previamente aceite, candidamente expressa na máxima de John Stuart Mill: "qualquer desvio do *laissez faire*, a menos que ditado por um grande bem, é um mal indubitável" (1921:950). A discussão do princípio fez-se sempre à sombra da discussão dos interesses a que o princípio se aplicava. Assim, a mesma medida jurídica pôde ser objecto de interpretações opostas, mas igualmente coerentes. Exemplo disto foi o caso da legislação de 1825-65 sobre

as sociedades por acções, considerada por uns como um bom exemplo do *laissez faire*, por eliminar as restrições à mobilidade do capital, e por outros, como uma nítida violação desse mesmo *laissez faire*, por conceder às sociedades comerciais privilégios que eram negados aos empresários individuais (A. J. Taylor, 1972:12). Isto explica que a Inglaterra vitoriana fosse considerada por uns a idade do *laissez faire* e, por outros, o embrião do *Welfare State*.

A segunda contradição refere-se aos mecanismos que activam socialmente o princípio do *laissez faire*. O século XIX inglês testemunhou, não só um incremento da legislação sobre política económica e social, mas também o aparecimento duma amálgama de novas instituições estatais, como a "Factory Inspectorate", o "Poor Law Board", o "General Board of Health", etc. É interessante notar que algumas dessas leis e dessas instituições se destinavam a aplicar políticas de *laissez faire*. Como Dicey sublinhou, "sinceros adeptos do *laissez faire* aceitavam que, para atingirem os seus fins, o aperfeiçoamento e o fortalecimento dos mecanismos governamentais era uma necessidade absoluta" (1984:306). Isto significa que as políticas do *laissez faire* foram aplicadas, em grande medida, através duma activa intervenção estatal. Por outras palavras, o Estado teve de intervir para não intervir.

Isto mostra que a dicotomia Estado-sociedade civil esteve à partida atravessada por profundas contradições a que não é estranho também o facto de sob a mesma designação de "sociedade civil" se terem acumulado diferentes concepções da dicotomia, como bem salienta Salvador Giner ao distinguir quatro concepções diferentes: a liberal clássica, a hegeliana, a marxista clássica e a neo-marxista (Giner, 1985:247).

Apesar destas contradições é, no entanto, incontestável que a dicotomia Estado-sociedade civil traduziu com alguma fidedignidade aspectos centrais da prática social e política dos países capitalistas centrais no século XIX e princípios do nosso século. Contudo, as transformações operadas nestas sociedades desde então têm vindo a aprofundar as contradições da dicotomia, e a tal ponto que para alguns esta está hoje definitivamente posta em causa. Há um certo consenso sobre o sentido geral dessas transformações. As divergências dizem respeito às implicações analíticas e às apreciações políticas que elas suscitam. Giner, por exemplo, identifica quatro das transformações que, conjuntamente, têm vindo a pôr em perigo a sociedade civil: a corporativização, a expansão do Estado, a congestão jurídica e a tecno-estrutura

(Giner 1985:259). Argumenta, no entanto, que, embora a sociedade civil corra o risco de ser redefinida em termos que lhe retirem a correspondência social estrutural e a reduzem à esfera jurídica, cultural e ideológica, a dicotomia Estado-sociedade civil continuará a resistir, não se vislumbrando nenhuma alternativa conceptual. De resto, segundo ele, uma tal alternativa não é sequer desejável, pelo menos, na medida em que se continuarem a ter por politicamente recomendáveis as dimensões fundamentais da sociedade civil, ou seja, o individualismo, a privacidade, o mercado, o pluralismo e o classismo.

23

Em meu entender, mesmo que sejam de defender todas estas dimensões sociais (ou algumas delas), elas não podem ser eficazmente defendidas no marco da dicotomia Estado-sociedade civil. As transformações por que passaram recentemente as sociedades capitalistas aproximaram e interpenetraram de tal maneira o Estado e a sociedade civil que cada um deles se está progressivamente a transformar no duplo do outro. O período que terminou em finais da década de sessenta foi inequivocamente um período de expansão do Estado ao longo do qual o Estado foi adquirindo uma centralidade na regulação social sem precedentes na época moderna.

É, pois, fácil argumentar que, nas duas últimas décadas, o pêndulo voltou a oscilar na direcção da sociedade civil, dando lugar à reemergência desta e à consequente retracção do Estado. Julgo, no entanto, que o argumento é demasiado fácil. Em primeiro lugar, o facto de os orçamentos do Estado terem continuado globalmente a aumentar e de a legislação reguladora, longe de abrandar, ter continuado a acumular-se, deve levar-nos a perguntar se em vez de retracção não estaremos a testemunhar uma nova forma de expansão do Estado, diferente da expansão do Estado-Providência mas provavelmente não menos interventora e reguladora. Em segundo lugar, uma análise detalhada das situações de regulação social que o Estado vem na aparência devolvendo à sociedade civil revela-nos, não só, que o Estado permanece presente e actuante para além do acto da devolução, mas também que as novas situações de regulação social, apesar de formalmente não-estatais, ou seja, apesar de privadas, assumem prerrogativas e qualidades até agora associadas ao Estado. As novas funções atribuídas a entidades privadas, sejam elas companhias de seguros, empresas de segurança, escolas, hospitais e prisões privadas, associações de agricultores ou quaisquer outras organizações corporativas, fazem com que estas exerçam, por delegação, autênticos poderes

de Estado, transformando-as em entidades para-estatais, ou micro-Estados.

Nestas condições a distinção entre Estado e não-Estado torna-se cada vez mais problemática, tal como se torna cada vez mais difícil determinar onde acaba o Estado e a sociedade civil começa. O que na aparência é um processo de retracção do Estado pode ser, em realidade, um processo de expansão do Estado. Só que, em vez de se expandir através dos seus aparelhos burocráticos formais, o Estado expande-se sob a forma da sociedade civil.

24

Num estudo que realizei recentemente sobre o percurso acidentado da construção, sempre adiada, de um Estado-Providência em Portugal, tendo como objecto central de investigação as políticas de saúde, cheguei à conclusão de que o Estado português, ao privatizar parte do serviço nacional de saúde, tem vindo a usar a sua capacidade reguladora e produtiva para criar espaços de actividade económica e social privada, promovendo o associativismo corporativo, associando o capital privado ao sector público de modo a drenar para aquele as actividades de saúde mais lucrativas, garantindo mercados para o capital privado, transferindo tarefas de controlo e supervisão para entidades privadas etc., etc. (Santos, 1987b). Por estas e por outras vias, o Estado cria, pela sua intervenção, espaços de sociedade civil, invertendo assim a concepção liberal clássica nos termos da qual é a sociedade civil quem cria o Estado. Dou o nome de *sociedade civil secundária* a este processo de criação estatal da sociedade civil precisamente para assinalar a inversão que nele se dá da dicotomia clássica.

Como se verá a seguir, as reformas de informalização da justiça nos países capitalistas centrais configuram igualmente em grande medida uma situação de sociedade civil secundária, na medida em que o Estado, ao informalizar a Justiça, tenta cooptar o poder coercitivo produzido no desenrolar das "relações sociais continuadas", articulando explicitamente o poder estatal com o poder emergente das relações sociais, que até agora fora mantido fora do seu alcance. Na medida em que o Estado consegue, por esta via, controlar acções e relações sociais dificilmente reguláveis por processos jurídicos formais e integrar todo o universo social dos litígios decorrentes dessas acções e relações no processamento informal, o Estado está de facto a expandir-se. E expande-se através de um processo que na superfície da estrutura social surge como um processo de retracção. O que parece ser *deslegalização* é na verdade *relegalização*. Por outras palavras, o Estado

está-se a expandir *sob a forma de sociedade civil*. E porque o Estado se expande na forma da sociedade civil, o controle social pode ser exercido sob a forma de participação social, a violência, sob a forma de consenso, a dominação de classe, sob a forma de acção comunitária. Em suma, o poder do Estado expande-se através de um "governo indirecto", uma forma política semelhante ao "indirect rule" que o colonialismo inglês adoptou para diminuir os custos da administração do império, envolvendo os nativos na sua própria subjugação ao poder colonial.

Estes processos de interpenetração cada vez mais profunda e complexa entre Estado e sociedade civil não se limitam a transformar profundamente a sociedade civil. Transformam em igual profundidade o Estado. Ao expandir-se para além dos seus aparelhos burocráticos, através de redes sociais informais, o Estado torna-se, ele próprio, mais informal, mais particularístico e menos organizado. Isto é, assume características que até agora foram consideradas próprias da sociedade civil. Tudo isto me leva a concluir que se caminha para uma situação em que o Estado e a sociedade civil se duplicam um no outro, criando cada um deles aquilo a que se opõe. Se assim for, a dicotomia Estado-sociedade civil deixa de fazer sentido. A política pós-moderna deverá partir desta verificação para propor um novo paradigma conceptual que nos habilite a superar o jogo de espelhos a que a dicotomia nos condena.

A justiça formal da sociedade moderna constrói-se a partir da formalização e unificação das várias justiças da sociedade pré-moderna, muitas delas de tipo comunitário, local, e mais ou menos informal. A atribuição ao Estado do monopólio da justiça formal, convertida assim em justiça oficial, e a consequente negação de todas as outras ordens judiciais, constitui a inovação jurídica principal da modernidade. Na longa duração histórica, esta inovação significa a oscilação do pêndulo no sentido do formal e do Estatal, uma oscilação que, como é típico da modernidade, não admite qualquer mediação, uma vez que assenta na eliminação autoritária de todas as ordens judiciais informais, não estatais.

Quando, na década de sessenta, se deu início ao movimento de informalização da justiça foi fácil pensar que o pêndulo começava a oscilar no sentido contrário, no sentido do informal e do não-estatal. Evidentemente que, depois de quase dois séculos de formalização e de estatização, o novo informalismo e o novo civilismo não podiam deixar de ser

diferentes do informalismo e do civilismo pré-modernos. Mas a ideia de que o pêndulo oscilava de novo foi largamente partilhada. E não restam dúvidas de que há um grão de verdade nesta caracterização das transformações da administração da justiça propostas nessa altura. Só que, em meu entender, tal caracterização subtrai ao nosso campo analítico o que de mais importante há em tal processo.

A diferença fundamental entre o civilismo pré-moderno e o novo civilismo é que este último é um produto do próprio Estado e tem lugar numa sociedade saturada por muitas décadas de intervenção e regulação social estatal. Como referi acima, a propósito do questionamento da dicotomia Estado-sociedade civil, o poder do Estado insinua-se de múltiplas formas no movimento de informalização da justiça, quer porque as reformas informalizantes foram quase sempre de iniciativa do próprio Estado, quer porque o poder do Estado encontrou meios de se articular com os poderes sociais informais de modo a pôr estes últimos ao serviço de uma nova eficácia da acção do Estado. Por esta razão, a justiça informal nunca deixou de ser uma justiça oficial.

É hoje claro que as reformas de informalização da justiça não foram adoptadas por questões de princípio, como reformas tendentes a aproximar a justiça dos cidadãos e, nesse sentido, a democratizar a justiça e a sociedade em geral. Prova disto é que as reformas informalizantes foram adoptadas ou propostas ao mesmo tempo que eram adoptadas ou propostas reformas quase de sinal contrário, que apontavam para um modelo de administração da justiça ainda mais afastado do controle do cidadão comum que o modelo clássico (Santos, 1982). Foram as reformas tecnocráticas que propuseram transformações profundas na concepção e gestão do sistema judicial, apetrechando-o com múltiplas e sofisticadas inovações técnicas, que vão da automatização dos ficheiros e arquivos e do processamento automático dos dados ao uso generalizado da tecnologia do video, às técnicas de planeamento e previsão de longo prazo e à elaboração de módulos e de cadeias de decisão que tornem possível a rotinização (Goldman *et al.*, 1976; Blake *et al.*, 1977; Haynes, 1977; Berkson, 1977; Heydebrand, 1979).

As reformas da informalização da justiça foram, em larga medida, determinadas por critérios de eficácia definidos pela lógica formal e estatista do Estado. Podemos identificar dois desses critérios: o critério da rentabilidade da acção estatal e o critério da estabilização das relações sociais enquanto função primordial do Estado.

Quanto ao primeiro, o critério da rentabilidade, ele funcionou, na medida em que com a justiça informal se pretendeu aliviar os tribunais de litígios de pequeno montante e repetitivos, pouco rentáveis em termos de exercício profissional, quer de juízes, quer de advogados. Informalização significou, neste caso, desvalorização social das relações em litígio.

Quanto ao critério da estabilização social, ele funcionou na medida em que funcionou a correlação positiva entre burocracia e violência assinalada acima como uma das características fundantes do Estado democrático moderno. A informalização e, portanto, a desburocratização acarretaram a redução ou eliminação do poder coercivo ao dispor dos agentes de resolução dos conflitos.

Tal redução ou eliminação da violência contribuiu, no contexto em que ocorreu, para estabilizar as relações sociais, pois nenhuma mudança dramática nestas poderia ser esperada de instituições ou processos de decisão que, por causa dos limites estritos dos poderes ao seu dispor, tinham forçosamente de se orientar para a obtenção do consenso e da harmonia (através de mecanismos de mediação, negociação, conciliação, arbitragem, etc.). Se se tiver em conta que muitos dos conflitos que se pretendia ver processados informalmente ocorriam entre partes com poder social estruturalmente diferente (conflitos entre senhorios e inquilinos; entre comerciantes e consumidores), fácil é concluir que a mediação e a arbitragem eram susceptíveis, em tais casos, de se tornarem repressivas por serem a expressão da ausência de um poder coercitivo superior, capaz de neutralizar, em alguma medida, as diferenças de poder entre as partes. Em face disto, não admira que as acções de despejo tenham aumentado em Nova Iorque depois da entrada em funcionamento dos tribunais informais com competência específica no domínio da habitação e compostos por representantes dos senhorios e dos inquilinos (Lazerson, 1982). A informalização, sempre que assume a forma de conciliação repressiva, significa desarme e desvalorização social dos grupos sociais subordinados.

O processo de duplicação dos opostos no domínio da dicotomia justiça formal-justiça comunitária reside, assim, num primeiro momento, em que, sob uma forma aparentemente não estatal ou pouco estatal, a justiça comunitária prolonga o poder formal do Estado. Aliás, tal processo é parte de um outro mais amplo que decorre da crise do Estado-Providência e que se traduz na "devolução" às comunidades de muitas tarefas que pretensamente lhe pertenciam antes de

o Estado se apropriar delas, uma delas sendo precisamente a tarefa da administração da justiça. Em todas estas “devoções”, sejam elas as da justiça, da segurança ou da saúde, o Estado desresponsabiliza-se financeiramente das prestações sociais ao mesmo tempo que mantém sobre elas um controle simbólico total. Isto me leva a pensar que, no período do capitalismo desorganizado em que nos encontramos, a expansão do Estado dá-se menos pela expansão material (produção de bens e serviços) do que pela expansão simbólica (produção alargada de símbolos e ideais com implantação no imaginário social, como, por exemplo, os símbolos da participação, da comunidade real, da auto-gestão). O Estado-Providência dá lugar paulatinamente ao Estado-Imaginação-da-Sociedade-Providência.

Julgo, contudo, que a duplicação dos opostos se dá a um outro nível, ao nível do funcionamento real dos mecanismos informais. A este nível, a duplicação consiste em que a justiça informal acaba por sucumbir à lógica formal da actuação burocrática do Estado.

Este processo tem sido largamente documentado. Os mecanismos informais tendem a formalizar-se; o senso comum jurídico que lhe serve de suporte tende a ser profissionalizado através de acções de formação dos mediadores e de muitas outras formas; as partes, que detêm a titularidade da representação dos seus interesses, vão a pouco e pouco confiando a representação a outros com mais experiência e com mais conhecimentos sobre os modos de actuação do tribunal. Por estes e outros processos, a justiça informal vai duplicando, se não as formas, pelo menos, a lógica das formas da justiça formal. Em suma, em vez de dicotomia, duplicação.

Aliás, este processo está de tal modo inscrito na matriz da modernidade que parece ocorrer noutros contextos onde a formalização da justiça nunca vigorou incondicionalmente, por exemplo, nos países recentemente saídos do jugo colonial. Referirei, a propósito, algumas das conclusões a que cheguei numa investigação que realizei nas lhas de Cabo Verde (Santos, 1984). Tratou-se de um estudo sociológico sobre os tribunais populares ou tribunais de zona em funcionamento nas ilhas desde a Independência em 1975. Com toda a justificação, a justiça portuguesa, que dominou esta colónia durante cinco séculos, foi estigmatizada depois da independência, não só pela sua natureza colonial, como também pelo seu formalismo e pelo seu estatismo. Para a substituir em parte, o Estado de Cabo Verde criou — em paralelo à justiça profissionalizada, de tipo ocidental, reser-

vada para os crimes mais graves ou para os litígios mais importantes — uma rede de tribunais populares espalhados pelos bairros urbanos e pelas aldeias mais remotas do país, constituídos por juízes leigos, designados por iniciativa do PAICV, e sujeitos a ratificação popular, entre as pessoas mais respeitadas ou mais activas da comunidade. Com competência para dirimir os litígios de pequena monta, com fraco poder de coerção, privilegiando as soluções de mediação e de conciliação e funcionando no seio das comunidades e com a activa participação destas, estes tribunais têm vindo a contribuir de modo decisivo para a construção de uma nova administração da justiça neste jovem país. Contudo, pude identificar uma série de sinais que preocupantemente apontavam para uma aproximação da justiça informal comunitária, se não às formas, pelo menos à lógica das formas da justiça profissional clássica. Entre muitos sinais, referirei alguns a título de exemplo: um aumento da distância entre as partes e os juízes; o destaque dado aos símbolos oficiais; o recurso à presença da polícia; o uso de uma linguagem técnica popular, semelhante à que já detectara nas favelas do Rio de Janeiro (Santos, 1977:26 e s.); a aspiração de status e de profissionalização por parte dos juízes; a presença maciça do Partido e a consequente identificação da justiça popular com o aparelho do Estado; o recurso a formas processuais e a formulários semelhantes aos correntes na justiça profissional; a aspiração manifestada por muitos juízes populares de estreitarem as relações com os juízes profissionalizados de modo a “aprender com eles como resolver os casos”. Todos estes sinais apontam, a meu ver, para a duplicação, uma vez que, através deles a justiça popular parece renunciar ao seu estatuto dicotómico de justiça alternativa.

A análise das dicotomias que fundam o projecto da modernidade, aqui exemplificadas com as dicotomias natureza-sociedade, Estado-sociedade civil e justiça formal-justiça comunitária — concebidas como ilustrações da dicotomia original formal-informal — revela-nos que a pobreza dos processos de mediação entre opostos tem vindo a ser superada pela negativa. Em vez de os pólos dicotómicos afirmarem a sua identidade através do reconhecimento dos seus opostos e se abrirem ao diálogo com vista à construção de soluções sociais partilhadas, está em curso um processo de descaracterização recíproca, clandestina e, portanto, incontrolada, por via da qual o pólo no momento mais pujante coloniza o seu oposto e o transforma no seu duplo.

Em meu entender, é este um dos sintomas mais perturbadores da crise final da modernidade. O incumprimento das promessas do projecto da modernidade tem sido sempre considerado provisório por permanecerem ao dispor, no horizonte, alternativas de acção e de pensamento caucionadas em última instância pelas dicotomias fundadoras. A crescente falsificação destas acabará por trivializar as alternativas e com isso o incumprimento das promessas será definitivo, um incumprimento tanto mais irreversível quanto menos for socialmente perceptível como tal. O bloqueio epistemológico social e político que daqui resulta reside em que o que foi prometido e não se cumpriu acaba por ser igual ao que existe sem ter sido prometido.

Para resistir a este bloqueio e procurar rompê-lo é necessário, antes de mais, uma nova atitude epistemológica que supere o conhecimento científico moderno e o ponha ao serviço de um novo senso comum. Designo essa atitude por *dupla ruptura epistemológica* (Santos, 1989:33 e s.). A ciência moderna constitui-se contra o senso comum (primeira ruptura epistemológica). Esta ruptura, feita fim de si mesma, possibilitou um assombroso desenvolvimento científico. Mas, por outro lado, expropriou o homem da capacidade de participar, enquanto actividade cívica, no desvendamento do mundo e na construção de regras práticas para viver sabiamente. Daí a necessidade de se conceber essa ruptura como meio e não como fim, de modo a recolher dela os seus incontestáveis benefícios, sem renunciar à exigência de romper com ela em favor da construção de um novo senso comum (segunda ruptura epistemológica).

Numa situação em que o jogo de opostos foi dando gradualmente lugar a um jogo de duplos, só um novo senso comum permitirá reconstruir as alternativas. Não se trata de inventar novas dicotomias que, pela sua abstracção, estejam, tal como as velhas dicotomias, sujeitas a falsificação. Trata-se antes de propor configurações de saberes locais adequadas a serem aplicadas de modo edificante para que a politização dos seus resultados não possa ser ocultada por pretensas exigências de aplicação técnica. Este novo senso comum teórico é, assim, intrinsecamente prático, uma vez que a sua validação é sempre pragmática. Mas, para que as alternativas emergam, é necessário que este novo senso comum frutifique nas diferentes áreas da acção social, da arte à política, da religião ao direito, da economia à cultura. Ainda que fragmentária e anti-totalizante, uma nova ordem civilizacional estará então em gestação, uma ordem que não é

mais que uma rede flexível de micro-ordens emergindo nos nossos vários quotidianos. Um deles é por certo o direito e por isso faz sentido apelar para um novo senso comum jurídico, tema de que me ocupo a seguir.

II

PARA UM NOVO SENSO COMUM JURÍDICO

Pensar o direito para além da dicotomia Estado-sociedade civil e das que lhe estão próximas — as dicotomias público-privado e formal-informal — exige uma dupla hermenêutica: uma hermenêutica negativa que critique a suposta unicidade e continuidade da tradição jurídica moderna e uma hermenêutica reconstrutiva que recupere e invente as tradições e as práticas suprimidas pela vigência "universal" do cânone moderno. As duas hermenêuticas não são dois procedimentos teóricos autónomos; são dois momentos diferentes da mesma hermenêutica crítica.

A hermenêutica crítica do direito moderno parte da ideia de que o projecto da modernidade, sendo embora a herança cultural hegemónica da nossa contemporaneidade, não é, contudo, a única. O mundo moderno, mais do que qualquer outro, é um mundo de heranças plurais e, por vezes, conflituais que, de resto, se reconstituem e renovam incessantemente sob o nosso olhar. A "universalidade" da grande tradição moderna assenta na supressão desta pluralidade e desta conflitualidade.

O direito formal estatal é um dos exemplos mais fidedignos da reivindicação universalista da modernidade e a ciência jurídica é a sua forma de auto-conhecimento e de auto-reconhecimento. A hermenêutica crítica do direito pressupõe a problematização desta reivindicação e da sua consciência teórica.

Todo o direito é contextual. A descontextualização do direito operada pela ciência jurídica assenta na conversão da juridicidade num espaço abstracto (vazio: susceptível de ser ocupado) e num tempo abstracto (cronológico: susceptível de ser medido), por sua vez transformados em expressões de universalidade. A recontextualização do direito assinala a emergência das espacialidades contra o espaço e das temporalidades contra o tempo.

As espacialidades são potencialmente infinitas: a espacialidade da casa, da escola, da empresa, da prisão, da rua,

**1. A dispersão
estrutural
do direito:
o pluralismo
jurídico**

do campo. E o mesmo sucede com as temporalidades: a temporalidade do camponês, do líder político, da mulher, do trabalhador assalariado, do excursionista, etc.. Um contexto é uma plataforma de encontro de espacialidades e de temporalidades concretas, que se constituem numa rede de relações dotadas de um tipo específico de intersubjectividade. Tal especificidade está inscrita em cada um dos elementos estruturais do contexto: unidade de prática social, forma institucional, mecanismo de poder, forma de direito e modo de racionalidade.

O direito é, assim, contextual no sentido forte de que todos os contextos produzem direito. Contudo, o significado e a relevância social destas produções variam muito. O Estado moderno, ao assumir o monopólio da produção do direito, neutralizou o significado e declarou a irrelevância de todas as produções não estatais de direito. A hermenêutica crítica do direito moderno tem de começar por problematizar esse monopólio, mas para isso tem de proceder a uma sociologia dos contextos sociais de modo a identificar aqueles cuja produção jurídica é suficientemente importante para pôr em causa o monopólio estatal.

Distingo quatro desses contextos: o contexto doméstico, o contexto da produção, o contexto da cidadania e o contexto da mundialidade. Não são, como disse, os únicos contextos sociais, são, no entanto, os únicos contextos estruturais porque as relações sociais que eles constituem condicionam decisivamente todas as demais que se estabelecem na sociedade (Santos, 1985). O *contexto doméstico* constitui as relações sociais (os direitos e os deveres mútuos) entre os membros da família, nomeadamente entre o homem e a mulher e entre ambos (ou qualquer deles) e os filhos. Neste contexto, a unidade de prática social é a família, a forma institucional é o casamento e o parentesco, o mecanismo do poder é o patriarcado, a forma de juridicidade é o direito doméstico (as normas partilhadas ou impostas que regulam as relações quotidianas no seio da família) e o modo de racionalidade é a maximização do afecto. O *contexto da produção* constitui as relações do processo de trabalho, tanto as relações de produção ao nível da empresa (entre produtores directos e os que se apropriam da mais-valia por estes produzida), como as relações na produção entre trabalhadores e entre estes e todos os que controlam o processo de trabalho. Neste contexto, a unidade da prática social é a classe, a forma institucional é a fábrica ou empresa, o mecanismo do poder é a exploração, a forma de juridicidade é o direito da produção (o

código da fábrica, o regulamento da empresa, o código deontológico) e o modo de racionalidade é a maximização do lucro. O *contexto da cidadania* constitui as relações sociais da esfera pública entre os cidadãos e o Estado. Neste contexto, a unidade da prática social é o indivíduo, a forma institucional é o Estado, o mecanismo de poder é a dominação, a forma de juridicidade é o direito territorial (o direito oficial estatal, o único existente para a dogmática jurídica) e o modo de racionalidade é a maximização da lealdade. Por último, o *contexto da mundialidade* constitui as relações económicas internacionais e as relações entre Estados nacionais na medida em que eles integram o sistema mundial. Neste contexto, a unidade da prática social é a nação, a forma institucional são as agências, os acordos e os contratos internacionais, o mecanismo de poder é a troca desigual, a forma de juridicidade é o direito sistémico (as normas muitas vezes não escritas e não expressas que regulam as relações desiguais entre Estados e entre empresas no plano internacional) e o modo de racionalidade é a maximização da eficácia.

A justificação teórica deste quadro taxonómico (ver Quadro) está feita noutra lugar (Santos, 1985). Para a análise empreendida nesta secção basta dizer que estes quatro contextos, apesar de estruturalmente autónomos no plano teórico, estão articulados entre si e interpenetram-se de múltiplas

QUADRO

Um Mapa Estrutural das Sociedades Capitalistas

ELEMENTOS BÁSICOS CONTEXTOS ESTRUTURAIS	UNIDADE DE PRÁTICA SOCIAL	FORMA INSTITUCIONAL	MECANISMO DO PODER	FORMA DE DIREITO	MODOS DE RACIONALIDADE
domesticidade	família	casamento/ parentesco	patriarcado	direito doméstico	maximização do afecto
produção	classe	fábrica/ empresa	exploração	direito da produção	maximização do lucro
cidadania	indivíduo	Estado	dominação	direito territorial	maximização da lealdade
mundialidade	nação	agências e acordos internacionais	troca desigual	direito sistémico	maximização da eficácia

formas. Os modos de co-determinação são complexos e não são exactamente os mesmos no que respeita aos países capitalistas centrais e aos países periféricos. Cada um destes contextos é um «mundo da vida» servido por um saber comum, é, em suma, uma comunidade de saber.

Cada um destes contextos é, para o que aqui nos interessa, uma comunidade de saber jurídico e de decisão jurídica.

O contexto da cidadania é o contexto dominante na sociedade moderna, em grande medida porque a sua forma de direito, o direito oficial estatal, tem a prerrogativa de interferir nos direitos nativos dos restantes contextos. Cada um destes contextos é, simultaneamente, sujeito e objecto de saberes jurídicos, autor de decisões jurídicas próprias e destinatário de decisões jurídicas alheias.

Por exemplo, no contexto doméstico justapõem-se, confrontam-se e interpenetram-se o direito doméstico "nativo" e o direito oficial da família, tal como no contexto da produção se justapõem, confrontam e interpenetram o direito "nativo" da produção (o código da fábrica, o regulamento da empresa) e o direito oficial do trabalho, o direito comercial e o direito económico.

Nesta concepção, a dominância do direito oficial estatal pressupõe, ao contrário do que proclama a dogmática jurídica, a sua não exclusividade e a sua não unicidade. O direito oficial actua, tanto no momento da sua produção como no da sua aplicação, por processos de negociação com os direitos dos restantes contextos. Trata-se de uma negociação autoritária, porque feita a partir de um centro de poder hegemónico, mas a sua eficácia reside precisamente em ter de negociar com os direitos emergentes das relações sociais em que se traduzem os diferentes contextos sociais. Esta negociação, ou subjugação negociada, explica também que o direito oficial não seja o único e se constitua em tantos modos de juridicidade quantas as interacções com os direitos não oficiais em que se envolve.

A pluralidade de ordens jurídicas assim concebidas permite compreender muitas das vicissitudes do reformismo jurídico, sobretudo nos países periféricos e semiperiféricos. Quanto maior é o poder negocial dos diferentes contextos sociais perante o contexto da cidadania, mais falaciosa será a ideia de que basta mudar o direito estatal para mudar a realidade social. Ora este poder negocial tende a ser maior nos países periféricos e semiperiféricos, uma realidade que a ciência política convencional designa, inadequadamente,

por "deficiente penetração do Estado". Em vez disto, a concepção que aqui proponho supõe a superação da dicotomia Estado-sociedade civil na medida em que cada um dos contextos contém, de modos diversos e com intensidades diferentes, características do Estado e da sociedade civil.

Porque a sociedade moderna parece tender para a contingência, a negociação tende a determinar a configuração concreta de cada contexto social em cada momento e lugar. No entanto, a contingência é parcial e por isso a negociação é sempre, em maior ou menor medida, autoritária. A dominância do espaço de cidadania (e, de algum modo, do espaço mundial nos países dependentes, periféricos ou semiperiféricos) é uma das marcas estruturais da sociedade contemporânea. A outra reside na dispersão controlada dos contextos estruturais e só ela nos permite propor uma compreensão sociológica nova do fenómeno jurídico. Se os contextos fossem adicionados até ao infinito e, com eles, as formas de direito, e se a todos fosse atribuído o mesmo significado sociológico, teríamos regressado, por um trabalhoso e inútil desvio, aos braços da teoria política liberal clássica: se o direito estivesse em toda a parte, não estaria em parte nenhuma. Excepto, claro, na parte que esta teoria converteu em totalidade, isto é, no Estado.

A dispersão controlada do direito aqui proposta tem duas implicações principais. A primeira é que o direito territorial ou direito oficial estatal, sendo embora o direito dominante na sociedade moderna, partilha o campo da juridicidade com outras formas de direito, e nessa medida é um direito *relativo*, parcial. Nas condições em que o direito estatal se auto-construiu, a sua relativização implica necessariamente a sua trivialização e vulgarização e, com elas, a trivialização e a vulgarização do auto-conhecimento que sobre ele foi edificado, a dogmática jurídica. A segunda é que, mesmo nos Estados democráticos, a juridicidade moderna só muito parcialmente é uma juridicidade democrática. De facto, das quatro formas de direito, só o direito estatal incorporou explicitamente algumas das reivindicações democráticas dos movimentos emancipatórios da modernidade. Em consequência, o direito doméstico, o direito da produção e o direito sistémico são muito mais despóticos que o direito estatal. Ao converter o direito estatal em direito único, a teoria política liberal pode converter a sua relativa democratização em democratização universal e assim ocultar eficazmente o despotismo das restantes ordens jurídicas e, conseqüentemente, o despotismo das relações sociais reguladas por elas, aquém ou além do direito

estatal. A compreensão pós-moderna do direito parte da necessidade de des-ocultar o despotismo "não oficial" da vida jurídica.

2. **A fenomenologia do sujeito de direito: A interlegalidade**

A análise do pluralismo jurídico revela-nos que, enquanto sujeitos de direito, vivemos em diferentes comunidades jurídicas organizadas em redes de legalidade, ora paralelas, ora sobrepostas, ora complementares, ora antagónicas. A nossa prática social é, assim, uma configuração de direitos. Cada um deles tem uma espacialidade e uma temporalidade próprias. Mas, dado que as espacialidades são porosas e se interpenetram e que os diferentes direitos não são sincrónicos, as configurações de sentidos jurídicos que pomos em acção nos diferentes contextos da nossa prática social são frequentemente complexas misturas, concepções jurídicas discrepantes e de normas de gerações diferentes, umas novas, outras velhas, umas emergentes outras em declínio, umas nativas, outras importadas, umas testemunhais outras impostas. Talvez mais que em nenhuma outra época, vivemos num tempo de porosidades e, portanto, também de porosidade jurídica, de um direito poroso constituído por múltiplas redes de juridicidade que nos forçam a constantes transições e transgressões. A vida sócio-jurídica do fim do século é, assim, constituída pela intersecção de diferentes linhas de fronteiras jurídicas, fronteiras porosas e, como tal, simultaneamente abertas e fechadas. A esta intersecção chamo interlegalidade, a dimensão fenomenológica do pluralismo jurídico.

A este nível, a questão principal é a de saber quem é o sujeito desta interlegalidade. Não é, por certo, o indivíduo abstracto que a teoria jurídico-política liberal converteu em sujeito universal de direito, pois esse respeita apenas a um dos direitos (o direito territorial, ou seja, o direito oficial estatal) que compõem as configurações de juridicidades acima referidas. O sujeito da interlegalidade tem de ser, ele próprio, uma configuração de subjectividades e as quatro subjectividades básicas, que identifiquei, são, além da subjectividade individual, a subjectividade da família, a subjectividade da classe e a subjectividade da nação. Para além destas, somos provavelmente muitas outras. No entanto, apesar de concordar com Agnes Heller (1987:15) que a diferenciação da subjectividade é uma variável histórica, penso que tal diferenciação não é nem infinita nem caótica. Daí, a identificação de quatro subjectividades estruturais onde se fundam todas as demais.

Nenhum de nós é uma configuração fixa de subjectividades. Pelo contrário, a mutação é constante em função

das condições que contextualizam a nossa prática social. Cada actuação social tem um vínculo privilegiado com um dos quatro contextos estruturais, e esse vínculo determina qual das subjectividades estruturais organizará, naquela actuação concreta, a específica configuração de subjectividades com que nos apropriamos da nossa prática. Quando tento disciplinar os meus filhos, esta prática tem um vínculo privilegiado com o contexto doméstico. Consequentemente, a minha subjectividade familiar predominará nesta prática. No entanto, nela, não deixarei também de ser membro da classe média, um cidadão, e um português.

As redes de legalidade são, assim, também redes de subjectividades. Entre o individualismo e o colectivismo proponho o colectivismo da subjectividade como uma das vias possíveis de construção de uma nova teoria da subjectividade jurídica.

O colectivismo matricial do sujeito individual é a condição de possibilidade da construção de sujeitos colectivos de direito, sejam eles trabalhadores, consumidores, mulheres, ecologistas, pacifistas, etc., etc. Sujeitos colectivos em que a subjectividade dos seus integrantes, porque colectiva de raiz, não corre o risco de se deixar dissolver num colectivismo abstracto e, portanto, tão individualista quanto o individualismo. Esta concepção e as práticas sociais que ela cauciona permitem regressar ao individualismo, mas não de um modo individualista. Este é, aliás, em meu entender, um dos pilares de uma teoria crítica pós-moderna.

A concepção do pluralismo jurídico e da interlegalidade aqui proposta conduz a uma certa trivialização do direito em geral e do direito oficial estatal em particular. A aura que este direito conquistou na modernidade e o monopólio do cânone jurídico que lhe foi atribuída são frontalmente contestados por uma concepção anti-aurática e pluralista do direito. A sua relativização no interior das diferentes configurações de juridicidade produz, assim, um aspecto de descanonização. Por esta razão, a concepção aqui proposta, ao mesmo tempo que alarga significativamente o campo jurídico, põe fim ao fetichismo jurídico, entendido como a conversão do direito e da legalidade estatais no único mecanismo de transformação social.

Aliás, o fetichismo jurídico tem vindo ultimamente a ser questionado no plano social, pelo que, do que se trata aqui é de teorizar esse declínio e apontar as suas consequências práticas. Pode dizer-se que nos países periféricos o

3. O fim do fetichismo jurídico: os direitos humanos como prática micro-revolucionária

fetichismo jurídico nunca foi um programa hegemónico. Durante muito tempo, foi contestado pela presença forte do modelo revolucionário da transformação social. Hoje, é contestado, quer pelo uso pragmático, alternativo, do direito nas novas e inovadoras práticas jurídicas, quase sempre de base comunitária, quer porque a discrepância ao nível do direito estatal, entre os quadros legais ("law in books") e as práticas sociais ("law in action") é cada vez mais gritante e socialmente visível. Nos países centrais, o fetichismo jurídico só foi hegemónico no período do capitalismo organizado por via do privilégio concedido nesse período ao reformismo como modelo de transformação social. No período que vivemos hoje, o período do capitalismo desorganizado, este modelo está a ser posto em causa, quer à esquerda (porque ficou muito aquém das promessas, porque reduziu a complexidade social, porque transformou cidadãos autónomos em clientes), quer à direita (porque, através dele, o Estado "ocupou" a sociedade civil, porque os seus custos sociais nunca foram devidamente avaliados, porque a transformação social não deve ser imposta e deve antes ser produto de negociação entre as partes interessadas por mais desigual que seja o poder entre elas).

Com o fim do fetichismo jurídico adquirem maior credibilidade novas formas de prática emancipatória, nomeadamente aquelas em que se misturam momentos de legalidade com momentos de ilegalidade. As redes e as configurações de legalidades aqui propostas implicam que as nossas práticas sócio-jurídicas incluem sempre momentos da ilegalidade. A porosidade das diferentes ordens jurídicas obriga-nos a constantes transições e transgressões. O respeito por algumas fronteiras jurídicas acarreta a violação de outras. Somos, pois, neste sentido, não só interlegais, como também transgressores compulsivos. Mas, se estamos condenados à transgressão, nunca estamos, à partida, condenados às transgressões em que efectivamente incorremos. As transgressões concretas são sempre produto de uma negociação e de um juízo políticos e têm, por isso, um impacto político, por mais invisível ou por mais insignificante que seja.

Nesta perspectiva, adquirem importância central duas questões: a questão dos critérios do juízo político e a questão das formas e meios de negociação. Mas a resposta a qualquer destas questões pressupõe que seja respondida uma outra, mais básica, a da definição do *campo político*. A teoria política liberal clássica reduziu o poder ao poder político e este, ao poder do Estado. A hiperpolitização do Estado é o outro lado da despolitização da sociedade civil. A redução do campo

político ao campo do Estado confinou a este último o âmbito das lutas pela democratização do poder e ocultou o carácter despótico das relações de poder nos diferentes contextos da prática social.

A concepção dos contextos estruturais da prática social pretende oferecer uma alternativa à teoria política liberal clássica. Cada contexto estrutural é caracterizado por um mecanismo de poder. As nossas práticas sociais, do mesmo modo que constituem configurações de juridicidades, constituem também configurações de poderes, de patriarcado, exploração, dominação e troca desigual, e o privilégio concedido a uma destas formas de poder depende, tal como no caso do direito, das relações privilegiadas da prática concreta com o respectivo contexto estrutural. Considerada isoladamente, nenhuma destas formas de poder é política. Políticas são as redes ou as configurações de poderes, criadas e recriadas nas relações sociais.

São elas, pois, que delimitam o campo político, um campo significativamente mais amplo que o campo político liberal clássico, mas, por outro lado, controladamente disperso e internamente diferenciado de modo a distinguir-se da politização anárquica das relações sociais à maneira de Foucault.

Definido o campo político, é possível responder às questões postas acima. Quanto aos *critérios do juízo político*, eles têm de ser necessariamente diferenciados, uma vez que as diferentes formas de poder geram formas de opressão estruturalmente diferentes e suscitam, por isso, diferentes formas de resistência. Com esta precaução, pode dizer-se que o critério geral de uma política emancipatória é a reciprocidade, já que o exercício do poder nas relações sociais se traduz sempre, de uma ou outra forma, na não-reciprocidade, ou seja, na possibilidade de alguém usar alguém para benefício próprio sem correr o risco de ser usado. As relações de poder são opostas da situação ideal de jogo. *A reciprocidade é a situação ideal de emancipação democrática.*

Porque são diferentes as configurações de poder na prática social concreta, diferentes são as lutas pela reciprocidade. A dimensão primordial destas lutas é cultural, uma vez que a reciprocidade pressupõe configurações relacionais alternativas, as quais, por seu lado, pressupõem interpretações alternativas da realidade existente. As lutas pela reciprocidade começam sempre pela transformação dos saberes constituídos pelos diferentes contextos estruturais da prática, de modo a gerar novas práticas interpretativas ao serviço de novas comunidades de sujeitos socialmente mais competen-

tes. As lutas pela reciprocidade começam, assim, pela reciprocidade no interior das configurações de subjectividades. O primeiro inimigo é o inimigo interno e vence-se pela educação no seio das comunidades interpretativas alternativas.

As definições alternativas da realidade exigem uma hermenêutica negativa que proceda à desocultação dos mecanismos de poder e uma hermenêutica reconstrutiva que ofereça alternativas contra-hegemónicas credíveis. Cada mecanismo de poder tem uma forma própria de ocultação: o patriarcado oculta-se sob a forma da afectividade; a exploração, sob a forma de retribuição; a dominação sob a forma de igualdade; a troca desigual, sob a forma da soberania. A luta cultural pela desocultação tem, pois, de ser diferenciada. As alternativas que ela permite desvelar constituem o horizonte em que têm lugar as negociações com vista à constituição de configurações de relações sociais progressivamente mais recíprocas.

Trata-se, finalmente, de responder à questão da identificação das *formas e meios de negociação* ao dispor dos sujeitos, individuais e colectivos. A negociação terá por âmbito o campo jurídico aqui proposto e, portanto, envolverá cada uma das quatro formas estruturais de direito e em cada uma procurará enriquecer o conteúdo da reciprocidade das relações que se constituem sob a sua égide. A forma e os meios de negociação deverão ser privilegiadamente os direitos humanos enquanto expressão avançada de lutas pela reciprocidade até agora confinadas ao direito territorial estatal mas com virtualidades para se estenderem ao direito doméstico, ao direito da produção e ao direito sistémico. Tais virtualidades foram até agora bloqueadas, nos países centrais pelo menos, pela hegemonia do reformismo, através da limitação do ideal democrático ao espaço da cidadania. A crise do reformismo e o conseqüente declínio do fetichismo jurídico oferecem oportunidades novas para imaginar lutas políticas de direitos humanos — tanto direitos civis e políticos, como direitos sociais e políticos, como ainda direitos culturais pós-materialistas — e de as levar à prática no espaço doméstico, no espaço da produção e no espaço mundial.

A prática dos direitos humanos, concebida deste modo, é uma prática contra-hegemónica, cuja eficácia depende da flexibilidade e da diferenciação internas com que se opõe às diferentes tradições hegemónicas que sustentam os quatro espaços jurídicos estruturais. Contra a tradição da aplicação técnica (violência com burocracia), dominante no direito territorial, há que opor a aplicação edificante do direito, uma

aplicação em que o *know how técnico* se subordine ao *know how ético* ⁽³⁾. Contra a tradição de aplicação violenta informal (violência sem burocracia), dominante, de formas diferentes, nos outros três direitos estruturais, há que opor uma aplicação retórica informal.

Uma tal prática de direitos humanos é uma prática radical porque tem lugar nas diferentes configurações de legalidade e assume, portanto, a possibilidade de envolver práticas ilegais em qualquer dos direitos estruturais, incluindo no próprio direito estatal. É, pois, uma prática pós-reformista. Mas é também, de algum modo, uma prática pós-revolucionária, na medida em que privilegia a negociação em detrimento da ruptura e, quando recorre a esta última, constrói-a como micro-ruptura feita de momentos de legalidade e de ilegalidade num contexto prático concreto, limitado. A radicalidade da prática dos direitos humanos aqui proposta reside acima de tudo em não ter fim e, como tal, em conceber cada luta concreta como um fim em si mesmo. É uma prática micro-revolucionária. Uma prática contingente, tão contingente como os sujeitos individuais e colectivos que se mobilizam para ela a partir das comunidades interpretativas onde se aprende a aspiração de reciprocidade. ■

⁽³⁾Sobre a distinção entre aplicação técnica e aplicação edificante cf. Santos (1989: 180 e s.).

Referências Bibliográficas

42

- Berkson, L. et al. 1977 *Managing State Courts*. St. Paul, West Publishing Co.
- Billet, L. 1975 «Political Order and Economic Development: Reflections on Adam Smith's *Wealth of Nations*», 23 *Political Studies* 430.
- Blake, G. F. et al. 1977 *Criminal Justice Planning: An Introduction*. Englewood Cliffs, N. J., Prentice Hall.
- Cerroni, Umberto 1986 «Formale e informale», *Szienzeasocieta*, 23-24, 3.
- Dicey, A. V. 1948 *Law and Public Opinion in England*. Londres, MacMillan.
- Gamble, Andrew 1982 *An Introduction to Modern Social and Political Thought*. Londres, MacMillan.
- Giner, Salvador 1985 «The Withering Away of Civil Society?» *Praxis International*, 5, 247.
- Goldman, J. et al. 1976 «Caseload Forecasting Models for Federal District Courts», *Journal of Legal Studies* 5, 201.
- Hayek, F. A. 1979 *Law, Legislation and Liberty*. Chicago, University of Chicago Press.
- Haynes, P. 1977 *Judicial Planning: The Special Study Team Report, Two Years Later*. Washington, DC, Law Enforcement Assistance Administration.
- Heller, Agnes 1987 «The Human Condition», *Thesis Eleven* 16, 4.
- Heydebrand, Wolf 1979 «The Technocratic Administration of Justice», in S. Spitzer (org.), *Research in Law and Sociology*, Vol. 2, 29.
- Hilferding, Rudolf 1981 *Finance Capital: a Study of the Latest phase of Capitalist Development*. Londres, RKP. Publicado pela primeira vez em Viena em 1910 com o título *Das Finanzkapital: Eine Studie über die jüngste Entwicklung des Kapitalismus*.
- Lazerson, Mark 1982 «In the Halls of Justice, the Only Justice is in the Halls» in R. Abel (org.) *The Politics of Informal Justice*. Vol.1. Nova Iorque, Academic Press, 119.
- Offe, Claus 1985 *Disorganized Capitalism*. Oxford, Polity Press.
- Santos, Boaventura de Sousa 1977 «The Law of the Oppressed: the Construction and Reproduction of Legality in Pasargada», *Law and Society Review* 12, 5.
- Santos, Boaventura de Sousa 1980 «O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (Número Especial).
- Santos, Boaventura de Sousa 1982b «O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados»; *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 10, 9.

- Santos, Boaventura de Sousa 1984 *A justiça popular em Cabo Verde*. Coimbra, Centro de Estudos Sociais.
- Santos, Boaventura de Sousa 1985a «On Modes of Production of Law and Social Power», *International Journal of Sociology of Law* 13, 299.
- Santos, Boaventura de Sousa 1987a «The Postmodern Transition: Law and Politics». Amherst College.
- Santos, Boaventura de Sousa 1987b «O Estado, a sociedade e as políticas sociais: O caso das políticas de saúde», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 23, 13.
- Santos, Boaventura de Sousa 1988 «O social e o político na transição pós-moderna», *Oficina do CES*, 1. 43
- Santos, Boaventura de Sousa 1989 *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Porto, Afrontamento.
- Smith, Adam 1937 *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Nova Iorque, Modern Library.
- Mill, John S. 1921 *Principles of Political Economy*. Londres.
- Taylor, Arthur J. 1972 *Laissez Faire and State In Nineteenth Century Britain*. Londres, MacMillan.
- Viner, Jacob 1927 «Adam Smith and Laissez Faire», 35 *The Journal of Political Economy*, 198.