

UM VIÉS DA FUNÇÃO ESTATAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITO FUNDAMENTAIS

UNA FUNCIÓN DE ESTADO DE BIAS LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Rosmar Rissi¹

Resumo:

Em poder de todos esses meios de controle, é tarefa única e exclusivamente do poder estatal garantir o efetivo atendimento aos direitos fundamentais e especificamente os sociais, através dos mecanismos e meios a ele oferecidos via os gestores públicos. O Estado nunca esteve imune de crises e transformações, perante as quais busca mecanismos de superação e adequação.

A garantia dos direitos perpassa por três elementos essenciais, a competência, a participação e a liberdade. Compreendidos no espaço necessário da democracia, não no descomprometimento com as garantias emanadas da lei fundamental.

Na atual cultura, o caráter solidário onde além do Estado, grupos da própria sociedade civil, através da batalha cotidiana buscam a superação das desigualdades, visando o bem estar social e um mínimo digno para a sobrevivência dos menos favorecidos.

Resumen:

En todos estos medios de control de potencia es una tarea exclusiva del poder del Estado para garantizar la asistencia efectiva de los derechos fundamentales y, específicamente, el desarrollo social, a través de los mecanismos y medios a su alcance a través de los gestores públicos. El Estado no ha sido inmune a las crisis y transformaciones, en contra de que los mecanismos de búsqueda de afrontamiento y adaptación.

Garantizar los derechos impregna los tres elementos esenciales, las habilidades, la participación y la libertad. Incluido en el espacio necesario de la democracia, no en la retirada de las garantías otorgadas por la ley fundamental.

¹ Graduado pela PUCRS e mestrando pela UNISINOS. Advogado. Endereço eletrônico rosmarissi@hotmail.com

En la cultura actual, donde el personaje de la solidaridad más allá de los estatales, los grupos de la sociedad civil por sí mismo la búsqueda de la batalla diaria para superar las desigualdades, para el bienestar y un mínimo decente para la supervivencia de los menos afortunados.

Palavra chave:

Estado; crise; democracia; direitos fundamentais; transformação social.

Palabra clave:

Estado; crisis; democracia; derechos fundamentales; la transformación social.

Sumário:

Introdução; 1.1. O Estado em desenvolvimento; 1.2. A crise Estatal e a transformação; 1.3. Os direitos fundamentais sociais protegidos; Considerações finais; Bibliografia.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo constatar a atual situação do Estado a partir de alguns doutrinadores, os quais compreendem que a situação é de crise e transformação. Diante dessa constatação de crise que gera consequências na sociedade e afeta direitos fundamentais em diversas abrangências. O foco dar-se-á nos direitos fundamentais, tendo em vista a necessidade da garantia desses direitos para grande parte da população através da transformação do Estado, o qual será o gerador da mudança social. Além do Estado a sociedade civil tem o dever de colaborar e ser ativa na execução da garantia desses direitos aos menos favorecidos. A partir de um esforço conjunto e com políticas governamentais

adequadas é possível conseguir adequar a necessidade com a força estatal e o gerenciamento dessas demandas advindas de uma parte da sociedade.

1.1. O Estado em desenvolvimento;

Para a compreensão da edificação do Estado Moderno, é relevante considerar a existência de todo um período anterior de feudalismo,² de monarquias e das guerras em território da Europa atual. Este processamento envolveu as mutações econômicas, sociais, políticas e ideológicas. Os feudos eram autossuficientes e predominaram na Europa do século V ao XV, dentro do sistema sócio-político-econômico que caracterizava-se pelas relações servis de trabalho, pela descentralização do poder político e pela quase imobilidade social. Os senhores feudais eram membros do clero e da nobreza. Com o enfraquecimento do feudalismo a monarquia se fortaleceu.

O surgimento do Estado segundo Jacques Chevallier, como condição para o desenvolvimento econômico e a paz social, tem sua construção resultante da conjugação de cinco elementos essenciais, a saber: a existência de um grupo humano, a nação; a construção de uma figura abstrata, o Estado; a percepção do Estado como princípio de ordem e de coesão social; o estabelecimento de um monopólio da coerção; a existência de um aparelho estruturado e coerente de dominação, as burocracias funcionais. É a partir destes cinco elementos conjugados na construção do Estado e da forma estatal que reside à especificidade e a novidade. (CHEVALLIER, 2009, p. 24-25).

Para Creveld, o Estado tem seu surgimento nas aglomerações,³ onde reinavam os chefes, governos de tribos ou grupos, uma das finalidades era a solução de conflitos, função inerente a quem exercia o poder ou a um grupo que tomava as decisões. De acordo com o autor que assim descreve: “Nas sociedades de bandos, mais simples, era o chefe da família que arbitrava e decidia tais casos, ao passo que, entre os pastoralistas mais adiantados do leste da África e os índios norte-americanos, esse papel pertencia à assembleia da aldeia.” (CREVELD, 2004, p. 7).

² O Estado feudal caracterizado pelo exercício acumulativo das diversas funções diretivas por parte das mesmas pessoas e pela fragmentação do poder central em pequenos agregados sociais.

³ Na compreensão de Martin Van Creveld, Durante a maior parte da história, e em especial da pré-história, existia governo, mas não Estados.

O contexto mundial afetado por diversos fenômenos de ordem econômica, política, social e por fatores que determinam a tomada de decisões por parte do ente público, que Poulantzas, assim denomina “Em suma, a crise política consiste em uma série de traços particulares resultantes desta condensação das contradições no domínio político, e que afetam tanto as relações de classe em sua luta política com os aparelhos de Estado”. (POULANTZAS, 1977, p. 9).

O termo crise empregado para a denominação das diferentes mudanças na sociedade e também no aparelho estatal. A abordagem dar-se-á em diferentes níveis para uma melhor compreensão

1.2 A crise Estatal e a transformação;

A crise política sofreu no império com o surgimento do feudalismo, onde ocorreu toda uma reviravolta na forma de governo e no poder. Crise ideológica com os enormes reflexos perante a sociedade e o todo. Assim descrita pelo autor: “Refletindo o surgimento do feudalismo, a ideologia imperial desmoronou. Seu lugar foi tomado por um sistema que dava destaque bem maior aos direitos coletivos da aristocracia e da religião estabelecida”. (CREVELD, 2004, p. 73).

A própria Igreja em determinado período histórico, possuía tamanha força que havia sob seu comando um exército, buscando assim a sua defesa e sua hegemonia. Um ponto relevante neste contexto de Estado ocorreu em 1302, onde a busca desenfreada pelo poder ocorreu através de uma Bula Papal, com o empoderamento perante as demais autoridades. Sendo que em 1073 a Igreja possui forte influência no Estado. Creveld assim descreve a situação histórica naquele período:

O ponto culminante aconteceu em 1302, quando o papa Bonifácio VIII publicou sua famosa *Unam sanctam Ecclesiam*. Citando Jeremias – ‘hoje vos concedo autoridade sobre as nações e sobre os reinos’ -, a bula proclamava que o poder secular deveria ser exercido *ad nuntun et patientiam saceniotis*, sob o comando e a autorização do sacerdote. (CREVELD, 2004, p. 86).

A menção a este fato, é que o poder era reinante, e não percebesse uma preocupação social, nem mesmo da Igreja com o povo. A compreensão é que são medidas forças entre Estado e Igreja. Assim e nos períodos seguintes, o Estado andou por trilhos tortuosos, mas

não parou ao longo de tantos séculos. Citando a Espanha século XV e XVI, guerra civil inglesa (1640), revolução francesa (1789), o iluminismo e diversas outras fatores de impacto na sociedade.

Situações adversas aos direitos fundamentais⁴ ocorreram, também nesse período da história, Creveld diz que: “A revolta dos camponeses de 1525 assustou as cidades do sul da Alemanha.” Revolta ocasionada pelo descompromisso do setor público da proteção a essa classe. Abandonadas por um imperador cujos compromissos em todo o mundo o tornaram evidentemente incapaz de protegê-las. (CREVELD, 2004, p. 156).

Para Poulantzas, na compreensão de crise, vê o Estado como limitador através de sua intervenção e compreende a crise como necessária, afirmando que o problema novo com relação a esse dado é o seguinte: “na medida em que o Estado intervém maciçamente na própria reprodução do capital, na medida em que também as crises econômicas, são, sob um certo ângulo, fatores orgânicos e necessários desta reprodução”, o Estado atual provavelmente conseguiu, através de suas intervenções, limitar o aspecto selvagem das crises econômicas. (POULANTZAS, 1977, p.36).

A crise do Estado advém de uma crise econômica em virtude do sistema capitalista que gera reflexos no contexto político. A crise ocorre na medida em que há um acentuado nível de desigualdade social/econômico, gerado pelo sistema como um todo.

Mesmo diante de todas estas transformações o sistema capitalista não permite que o Estado seja forte, na compreensão de Poulantzas que assim o descreve:

O Estado diante das novas realidades das lutas de classe desta fase, e conduzem assim não simplesmente a uma virada autoritária ocasional do Estado burguês, mas à constituição de uma nova forma de Estado capitalista, com características próprias de Estado Autoritário ou de Estado forte, que poderiam muito bem significar que uma certa forma de democracia política simplesmente não é mais possível sob o capitalismo. É a estas transformações que se articulam, em alguns destes Estados, as características específicas de crise de Estado, lá onde uma crise política no sentido próprio ocorre efetivamente. (POULANTZAS, 1977, p. 38).

Nessa crise, o surgimento de organismos supranacionais, como a OMC (Organização Mundial do Comércio), o GATT (Acordo sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio), o bloco econômico da União Europeia, a ONU (Organização das Nações Unidas) e outras, como a UNASUL e MERCOSUL, tendo como fator de força meramente a questão econômica. Creveld descreve como intervenção necessária ao equilíbrio global afirmando: “O funcionamento da economia mundial foi enquadrado pela intervenção das organizações,

⁴ Ciente que o termo direitos fundamentais não era empregado nesse período, utilizado para facilitar a compreensão.

chamadas a intervir permanentemente para assegurar a manutenção de um equilíbrio global”. (CREVELD, 2004, p. 42).

Reforçando esse contexto José Bolzan Moraes, enfatiza a existência de estruturas de poder que não estão atreladas a um Estado, mas possuem relevância internacional, abarcando os mais diferentes espaços tendo em vista uma única finalidade, a segurança mercantil internacional.

Deve-se ter presente, como uma constatação e um alerta, que, o brutal crescimento e autonomização do poder econômico, a ponto de ver-se por sobre o controle dos governos dos Estados e até de órgãos de caráter supra e internacionais, como a União Europeia ou a Organização das Nações Unidas (ONU). (MORAIS, 2011, p. 21)

Mesmo diante de toda essa crise Estatal descrita, o doutrinador Georg Sorensen afirma ser o Estado um ente pleno de poder, com domínio sobre as forças econômicas globais, bem como enfatiza os movimentos populares, como forças que impactam na organização do ente público, in verbis:

O mundo está mudando e abriu-se um novo debate sobre o destino do Estado. O Estado continua a ser a forma dominante de organização política universal, mas é desafiado a partir de diversas áreas, incluindo as forças de mercado globais, instituições internacionais e movimentos populares. (SORENSEN, 2010, p. 41).⁵

É possível indagar se o estado passa por uma constante crise ou a adaptação necessária, uma modernização do aparelho estatal, e os reflexos perante a própria sociedade. Nessa perspectiva da crise, Sorensen enfatiza o fenômeno da Globalização e outros como fatores que ocasionam uma transformação social sem volta.

A mudança política mais importante desde o fim da Segunda Guerra Mundial aconteceu há mais de vinte anos, quando o Muro de Berlim caiu, a Guerra Fria terminou e a União Soviética foi dissolvida.

A mudança social muitas vezes costuma ser chamada de ‘globalização’. Muitos observadores se concentram sobre os aspectos econômicos desse fenômeno. E, claro, para o intercâmbio econômico através das fronteiras é uma questão cada vez mais importante. (SORENSEN, 2010, p. 21).⁶

⁵ *El mundo está cambiando y se ha abierto un nuevo debate acerca del destino del Estado. El Estado sigue siendo la forma dominante de la organización política universal, pero se lo desafía desde ámbitos muy distintos, incluidos las fuerzas mercantiles globales, las instituciones internacionales y los movimientos populares.*

⁶ *El cambio político más importante desde el fin de la segunda guerra mundial sucedió hace más de veinte años, cuando cayó el muro de Berlín, terminó la guerra fría y se disolvió la Unión Soviética.*

El cambio social más acusado suele llamarse "globalización". Muchos observadores se concentran en los aspectos económicos de este fenómeno. Y, desde luego, el intercambio económico por encima de las fronteras es un asunto de importancia creciente.

Na busca ao longo do tempo, é possível perceber a evolução do próprio Estado, pois ele não surgiu moderno desde os seus primórdios. E advém desta modernidade a necessidade da própria proteção aos direitos fundamentais que foram juntamente com a evolução transformando-se em objeto de negócio lucrativo pelo capitalismo. Não havia Estado moderno nos séculos XVII, XVIII e XIX, e Sorensen exemplifica esta transformação dizendo que “havia condições políticas, econômicas e sociais que conduziram ao Estado moderno. A transformação, portanto, é a norma e não a exceção. O Estado sempre experimentou um crescimento e mudança.” (SORENSEN, 2010, p. 33).⁷

Na modernidade Sorensen, define o estado a partir de uma visão macro, de um contexto amplo, com a finalidade de abranger a sociedade como um todo, não apenas um grupo econômico ou por interesse, mas sim por um todo de uma sociedade complexa e estruturada. “No contexto do Estado moderno se define a nação como um povo, dentro de um território que é uma comunidade baseada na cidadania (incluindo direitos e obrigações, políticas, sociais e econômicas) e um ‘comunidade de sentimento’” (SORENSEN, 2010, p. 105).⁸

O Estado tem seu papel forte, entretanto possui entraves que dificultam o seu trabalho, tornando-se um estado burocratizado, bem como a corrupção que corrompe o ente político.

As Burocracias de Estado estão se ocupando em ‘comercializar’ do que nas atividades. A idéia de ‘reinvenção do governo’ significa a substituição das burocracias que produzem utilitários diretamente por outros serviços que monitoram e supervisionar terceirizados ou privatizados com complexos critérios financeiros e indicadores de desempenho ... Além disso, a substância da própria regulação mudou desde que o ajustamento estrutural (isto é, tenta estabelecer ex ante estruturas de mercado e monitorar o seu desempenho) do regulamento que penaliza anticoncorrenciais ou de comportamento fraudulento através de litígio ex post, como ‘regulação prudencial’ dos mercados financeiros. (SORENSEN, 2010, p. 56).⁹

⁷ *Había condiciones políticas, económicas y sociales que acabarían conduciendo al Estado moderno. La transformación, por tanto, es la norma y no la excepción. Los Estados han experimentado siempre desarrollo y cambio.*

⁸ *En el contexto del Estado moderno definimos la nación como un pueblo-dentro de un territorio que constituye una comunidad basada en la ciudadanía (incluidos los derechos y obligaciones políticos, sociales y económicos) y una "comunidad de sentimiento"*

⁹ *Las burocracias estatales cada vez se ocupan más de "mercantilizar" las actividades. La idea de "reinventar el gobierno": significa la sustitución de burocracias que producen servicios públicos directamente por otras que vigilan y supervisan servicios de contratación externa o privatizados según criterios financieros complejos e indicadores de rendimiento ... Además la propia substancia de la regulación ha cambiado desde la regulación estructural (esto es, intentos ex ante de establecer estructuras de mercado y controlar sus resultados) a la regulación que penaliza el comportamiento anticompetitivo o fraudulento por medio de la litigación ex post, como la 'regulación prudente' en los mercados financieros.*

A burocracia em alguns setores e negócios é um dos entraves em que o Estado em parte resolve através da venda ou a concessão dos mesmos a iniciativa privada via contrato ou meio lícito de concessão, por um determinado tempo.

Aspecto relevante também é a função institucional do Judiciário, como forma de garantir uma integridade e confiabilidade perante os cidadãos, busca cada vez mais inibir iniciativas que trazem prejuízos a sociedade. O autor refere-se à França e a Itália, entretanto, os meios de comunicação no Brasil também em muito divulgam ações de combate a corrupção. Os regimentos internos de cada poder político constituído preveem punição e moralização para o combate a esse crime. Destarte, Chevallier assim descreve a tentativa de superação da crise nos países europeus:

Dessa vez, magistrados vão se engajar, em nome da luta contra a corrupção, na repressão das práticas de corrupção política, não hesitando em questionar diretamente os eleitos. Vê-se proliferar a figura nova do juiz justiceiro, que assume a missão de sanear e moralizar a vida política.

Na Itália, como na França, a iniciativa virá dos magistrados inquisidores ou instrutores, que vão estender o terreno de suas investigações na direção dos políticos.

Utilizando com habilidade os instrumentos do processo penal e jogando plenamente com os meios de comunicação para assegurar o apoio da opinião pública, os magistrados não hesitam mais em processar os responsáveis políticos, até ao mais alto nível. (CHEVALLIER, 2009, p. 210).

Fator gerador de crise estatal, a globalização, a qual permitiu que os mercados livres gerassem ao longo do tempo desigualdades em determinados setores da economia, sendo que os que mais sofrem são aqueles com menos aporte financeiro em suas políticas públicas. Uma das possíveis soluções é a regulação de toda essa economia, seja interna ou por organismos paraestatais. Na concepção de Marcelo Neves, o transconstitucionalismo apontaria a solução viável na medida em que haveria regras universais. Chevallier, invoca a atuação do Fórum Social Mundial o qual, propõem que um outro mundo é possível, desejando as transformações na função do Estado.

Defensores de uma globalização diferente: Fórum Social Mundial e europeu. De uma parte, a tomada de consciência dos excessos da globalização conduziu a antecipar a necessidade de uma regulação: essa regulação aparece indispensável, não somente para corrigir as desigualdades de todas as ordens que a globalização gera, mas ainda para garantir o bom funcionamento da economia mundial.

Por outro lado, uma verdadeira 'ética da globalização' se esboça através da consagração de novas exigências.

A dimensão social, que havia passado ao segundo plano sob a pressão da concorrência e a dominação de valores liberais, tende a retornar com força. (CHEVALLIER, 2009, p. 40).

Conforme se pode perceber nem tudo o que faz parte da globalização é benéfico a toda sociedade e aos cidadãos. Chevallier, faz referência ao desenvolvimento de uma criminalidade transfronteiriça, através da indústria do sexo, da formação de redes mafiosas transnacionais, do comércio de drogas e a reciclagem dos fluxos de dinheiro sujo, algumas formas de terrorismo radical, bem como a era digital e seu potencial criminal diante do mau uso, quanto à segurança de informações pessoais e da intimidade, violando assim direitos fundamentais. (CHEVALLIER, 2009, p. 36-37).

Por fim, nessa esfera do estado globalizado, a transformação poderá ocorrer havendo uma mudança no perfil do Estado. Transformações estas que deveram ocorrer em áreas que impactam nos direitos fundamentais, onde a garantia da dignidade humana seja o objeto da mudança, da globalização para um nível melhor de bem estar à humanidade. Enquanto o ser humano é apenas uma peça da engrenagem denominada economia, não haverá a “ética da globalização”, e os direitos ficando em segundo plano.

O Estado no contexto atual, conforme descrito anteriormente, passou, passa e passará por transformações, em virtude da mobilidade e necessidade de adequação ao movimento natural da sociedade. Entretanto, as crises e transformações não podem ser motivos relevantes de deixar que os direitos fundamentais inerentes ao ser humano sejam esfacelados. O Estado tem o poder e condições de garantir a todos os cidadãos, o mínimo necessário à sobrevivência digna, pelo princípio democrático de direito.

1.3 – Os direitos fundamentais sociais protegidos

Nesta contextualização dos direitos sociais e a formação do Estado Democrático de Direito, é relevante destacar que somente encontramos de maneira positivados os direitos sociais no século XX, com o surgimento das Constituições do México no ano de 1917, da República Alemã de Weimar em 1919, sendo as mais expressivas. (DIMITRI, 2007, p. 36).

O desenvolvimento do Estado passou por transformações, a sociedade reinventa-se no passar do tempo e no surgimento de novas necessidades a fim de garantir o que é o mais precioso, a dignidade do ser humano. Com essa referência, o foco dar-se-á aos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito.

Os direitos humanos, na análise do filósofo do direito Norberto Bobbio, sublinha a dificuldade em se conceituar os “direitos do homem”, *in litteris*:

A primeira deriva da consideração de que ‘direitos do homem’ é uma expressão muito vaga. Já tentamos alguma vez defini-los? E, se tentamos, qual foi o resultado? A maioria das definições são tautológicas: ‘Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem.’ Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: ‘Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.’ Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: ‘Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.’ E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polémicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização. (BOBBIO, 1992, p. 17).

São compreendidos a partir da Constituição Federal de 88 como direitos fundamentais,¹⁰ todos aqueles direitos compreendidos no Título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Nesse extenso rol de direitos, incluem-se diversos direitos civis, individuais e garantias processuais no art. 5º, direitos sociais nos art. 6º e 193, direitos trabalhistas nos art. 7º e 8º, direitos de nacionalidade, nos art. 12 e 13 e direitos políticos art. 14 a 17 respectivamente. Nesse caso, há uma presunção de que os direitos compreendidos no Título II são ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois foi o próprio constituinte quem os considerou, de forma expressa, como direitos fundamentais.

Os direitos humanos tem uma característica nitidamente internacional compreendendo todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual. Ao revés, os direitos fundamentais são aqueles assentes no Ordenamento Jurídico que, embora tenham suas raízes no direito natural, não se esgotam nele, pois há direitos fundamentais conferidos a instituições, associações, grupos ou pessoas coletivas e muitos deles são criados pelo legislador positivo para harmonizar as opções do Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, referente aos Direitos Fundamentais Sociais, assim Andreas Krell explica:

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende

¹⁰ Observe que a Constituição Brasileira de 1988 adotou a terminologia Direitos Fundamentais em seu Título II que abrange direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade, direitos políticos, além dos direitos econômicos.

cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme às circunstâncias, as chamadas 'políticas sociais' (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos. (KRELL, 2002, p. 10 e 20).

O artigo 6º da Constituição brasileira de 1988, referindo-se aos Direitos Fundamentais Sociais assim foi elaborado e promulgado, bem como o artigo 193, que assim reza:

Art. 6 São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Para que o Estado assegure o acesso à saúde e à educação, por exemplo, é necessário que haja recursos financeiros que o possibilitem agir. São direitos que estão subjugados à conjuntura econômica, pois demandam de recursos públicos disponíveis.

Na visão continental as dificuldades nessa organização são encontradas em determinados países. O autor enfoca países africanos, onde o Estado não possui a força e o significado atribuído, por exemplo, como a União Europeia. A comunidade de afinidade, a tribo, a raça, não possuem uma força relevante para o desenvolvimento da nação como um todo, pois fica restrita ao gueto que a constitui.

Em resumo Estados fracos são caracterizados por uma situação em que a 'comunidade de cidadãos' ou 'comunidade de sentimento' evoluiu para se tornar o primeiro elo do povo. Simplesmente o país não atingiu a importância que tem nos estados modernos. Em vez disso identidades étnicas e filiações permanecer de fundamental importância. (SORENSEN, 2010, p. 121).¹¹

A função democrática e a incorporação dos valores sociais, passa pelos denominados movimentos sociais, que surgiram em virtude da necessidade demandada no meio social flagelado, em virtudes da globalização, da crise estatal, guerras, e outros fenômenos de impacto.

A democratização das relações sociais, paulatinamente conquistada – mesmo ante todos os retrocessos experimentados no curto Século XX, com todos os seus desvios autoritários e totalitários - significou, por outro lado, a abertura de canais que permitiram a quantificação e a qualificação das demandas por parte da sociedade

¹¹ *En resumen los Estados débiles se caracterizan por una situación en la que la "comunidad de ciudadanos" ni la "comunidad de sentimiento" se han desarrollado para convertirse en el vínculo primero del pueblo. Simplemente la nación no ha alcanzado la significación que tiene en los Estados modernos. En lugar de ello las identidades y afiliaciones étnicas siguen siendo de importancia fundamental.*

civil em face, em especial, da incorporação de novos atores – movimentos sociais. (MORAIS, 2011, p. 27).

Estes movimentos querem fazer frente aos direitos sociais que possuem a finalidade prestacional, tais como, regulação das relações de trabalho, seguridade social, educação, saúde, infraestrutura urbana, política energética, política de transportes, infraestrutura industrial, câmbio, juros, etc. (MORAIS, 2011, p. 27).

Políticas estas que em termos financeiros não sustentam países. No caso abaixo relatado, as ex-colônias africanas não possuem o seu controle e a subsistência é em grande parte informal, ocasionando assim a pouca circulação de riquezas e divisas ao país. Outro fator é a concentração da riqueza nas mãos de pequenas elites, as quais detém o controle e o poder econômico concentrado em seus interesses. Nessa realidade a transformação do Estado a fim de garantir os direitos sociais deve ser profunda e abarcar a diversas frentes do poder público e principalmente a conquista do poder perante as elites privadas, as quais não devem estar preocupadas com os cidadãos do país o qual exploram. Sorensen assim relata a cruel realidade que muitos chefes de Estado enfrentam para governar, e quem sabe na tentativa de reverter a cruel realidade no médio e longo prazo, segue:

Em termos materiais os Estados menos desenvolvidos do Terceiro Mundo são entidades muito fracas. Geralmente ex-colônias povoadas dentro dos limites estabelecidos pelas potências coloniais. Tomasse a maioria dos países da África subsaariana. Estados que ganharam independência raramente exercem o controle sobre seu próprio território. As populações esta dividida segundo critérios étnicos, linguísticos, culturais ou de outra forma. Não há uma economia nacional desenvolvida. Muitas pessoas estão fora da economia formal e vivem em economias de vida local. Na medida em que há uma economia formal depende fortemente da exportação de commodities e importações de tecnologia e bens de consumo. Os Governos administram instituições fracas e ineficazes e muitas vezes nas mãos de pequenas elites que buscam explorar a partir de sua posição em benefício próprio. (SORENSEN, 2010, p. 137).¹²

A incorporação do Estado na função solidária em seu tecido social, em virtude de sua adequação aos meios de proteção, como destaca Bolzan, a solidariedade, a qual compreende uma comunhão de sentimentos e atitudes, em prol da unidade em face de forças maléficas exteriores. Primitivamente Durkheim, elaborou a solidariedade mecânica, que possuía o

¹² *En términos materiales los Estados menos desarrollados del Tercer Mundo son entidades muy débiles, Por lo general se trata de excolonias pobladas dentro de los límites establecidos por las potencias coloniales. Tómesese a la mayoría de los países en el África subsahariana. Los Estados que consiguieron la independencia raramente ejercían el control sobre su propio territorio. Las poblaciones están divididas según criterios étnicos, lingüísticos, socioculturales o de otro tipo. No existe una economía nacional desarrollada. Mucha gente está al margen de la economía formal y viviendo en economías locales de subsistencia. En la medida en que existe una economía formal se basa sobre todo en exportaciones de materias primas y las importaciones de tecnología y bienes de consumo. Los gobiernos encabezan instituciones débiles e ineficaces y con mucha frecuencia están en manos de Pequeñas elites que tratan de explotar su posición en su beneficio.*

objetivo de moralizante de busca de coesão na força de trabalho. Não essa a solidariedade que garante o estado de bem estar social através do respeito às garantias dos direitos fundamentais. A transição advinda do período liberal clássico, do modelo *welfare state* para o atual modelo pós-moderno em muito corroborou para a compreensão do efeito da solidariedade na atual sociedade em prol da humanidade. Assim fundamenta o autor:

A passagem do modelo de estado mínimo ao feitiço liberal clássico para o tipo de Estado de Bem-Estar Social impõe a reconsideração do fenômeno da soberania. Enquanto o modelo liberal incorporava uma ideia de soberania como poder incontestável, próprio a uma sociedade de ‘indivíduos livres e iguais’ para os quais importava apenas o papel de garantidor da paz social atribuído ao Estado, o modelo de *welfare state* adjudica a ideia de uma comunidade solidária onde ao poder público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea. Nesta função de patrocínio da igualdade transfere-se ao Estado um novo atributo que contrasta com este poder ordenador, qual seja a solidariedade. O caráter solidário do poder estatal, para muitos, substitui a sua característica soberana para incorporá-lo na batalha cotidiana de superação das desigualdades e de promoção do bem-estar social, percebido como um benefício compartilhado pela humanidade toda. (MORAIS, 2011, p. 23).

Para Canotilho, a democracia, as leis de nada valerão se a máquina gerencial estatal não for munida de quatro estruturas estratégicas que garantam a sua plena execução. O caminho parte da garantia financeira advinda da carga tributária, de um plano de aplicações dessas receitas conjugado com o equilíbrio nacional das contas públicas, a fim de evitar um colapso financeiro e conseqüentemente uma série de fatores que fogem do controle estatal em virtude da economia globalizada. Ao Estado resta apenas os frutos catastróficos quando ocorrem erros de investimentos financeiros a fim de promover a economia em patamar aceitável. Contraponto específico com países africanos onde há concentração de economia e pouca circulação de riquezas.

[...] ora, o Estado Social só pode desempenhar positivamente as suas tarefas de sociabilidade se verificarem quatro condições básicas:

- 1) provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coação tributária;
- 2) estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva);
- 3) orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e a evitar que um défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda;
- 4) taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado. (CANOTILHO, 2006, p. 147).

O orçamento participativo, desenvolvido fortemente em Porto Alegre pelo ente político municipal, demonstrou ser uma fórmula eficaz em parte, pois a mesma sempre

depende do poder executivo e representativo para a chancela final. No foco dos direitos fundamentais sociais, a democracia participativa é mais “democrática” do que a democracia representativa. E assim o autor afirma:

As fórmulas da chamada democracia participativa talvez se constituam como alternativas possíveis de rearticulação de espaços públicos que se apresentem como uma fonte de autoridade cuja legitimidade ultrapasse até mesmo os esquemas procedimentais característicos da democracia representativa. (MORAIS, 2011, p. 57).

Por fim, a questão do judiciário, diferentemente que na função moralizadora na transformação do Estado, onde o judiciário impacta no poder político, aqui é em prol a própria garantia, no qual desempenha um papel importante para a efetivação dos direitos sociais. As ações reivindicando tais direitos por parte da parcela menos favorecida da sociedade, crescem a cada dia, a qual encontrou no judiciário um meio para “gritar” na busca dos direitos estabelecidos constitucionalmente, mas não operacionalizados, nem efetivado e muito menos garantido o seu acesso.

Contraditoriamente, em um ambiente de mais acesso – aos meios de tratamento de conflitos – resultante da própria democratização, seja como abertura mais ampla no ingresso ao sistema, seja no (re)conhecimento dos próprios direitos, vive-se um contexto de maior exclusão ou de crescente negação de promessas, o que proporciona este recurso à exaustão ao sistema de justiça como pedra da salvação, de uma salvação que, por óbvio, nele não está.

Neste contexto, a disputa pela efetivação de direitos – os sociais, sobretudo - pelo Poder Judiciário passa a ser uma das marcas da contemporaneidade. (MORAIS, 2011, p. 48).

Entretanto, o judiciário não possui mecanismos suficientes para que os direitos a um cidadão ou uma coletividade sejam garantidos, pois não dependem única e exclusivamente da esfera jurídica. As políticas públicas devem possuir orçamento e regulação, muitas vezes demandas fruto de decisões judiciais são incompatíveis com a realidade existente e o próprio orçamento público. Por exemplo uma liminar de internação em UTI de um paciente em determinado hospital onde todos os leitos estão ocupados. Toma força a necessidade de uma gestão pública a fim de atender as demandas sociais. (MORAIS, 2011, p. 89).

Considerações finais

Não basta o sistema de governo, as leis e uma sociedade organizada para a devida garantia e efetivação dos direitos fundamentais. Sorensen, quando se refere ao terceiro mundo, aquele em desenvolvimento, pressupõem legitimidade e força de governo pra conseguir os resultados desejados, entretanto, o Estado sempre está vinculado a economia, que é o motor do desenvolvimento estatal, e da circulação de riquezas. “Assim, as novas demandas sobre os estados do Terceiro Mundo são a democracia e a boa governança. A esperança consiste em impulsionar a capacidade institucional, técnica, administrativa e política.” (SORENSEN, 2010, p. 76).¹³

O sistema democrático é o mais aceitável na sociedade capitalista, onde ocorre a gestão eficaz com um governo responsável e representativo. A garantia desses direitos perpassa por três elementos essenciais, a competência, a participação e a liberdade. A liberdade compreendida no espaço necessário da democracia, não o descomprometimento com as garantias emanadas da lei fundamental. O Estado anteriormente descrito, que passa constantemente pelas mudanças ou modernizações, é essencialmente democrático, ou seja, Estado do povo, do qual emana o poder e a este devem ser assegurados os direitos e a liberdades. Georg Sorensen explana esse entendimento, compreendendo que um sistema político democrático é composto por elementos diversos e enfatiza três: “a concorrência entre os indivíduos e grupos para ocupar todos os cargos importantes de poder do governo, participação política na seleção de líderes e políticas e liberdades civis e políticas.” (SORENSEN, 2010, p. 94).¹⁴

O Estado pós-moderno, tem como fator o mundo social interconectado, não é mais apenas um deles que determina toda a condução e a efetivação dos direitos fundamentais.

Certamente não podemos esperar que o único fator-seja econômica, político, social, cultural ou de outra forma – sendo o único responsável por esta transformação geral, por isso devemos encontrar um conjunto mais amplo de fatores.

Que tipo de conjunto mais amplo estamos procurando? Em última análise, no mundo social tudo está ligado a tudo. Assim, qualquer ação passada ou presente, no mais amplo sentido do termo tomado por qualquer grupo ou indivíduo pode, em princípio, ser incluído no conjunto de fatores que estamos procurando. (SORENSEN, 2010, p.185).¹⁵

¹³ GEORG SORENSEN. **La transformación del Estado Más allá del mito del Repliegue**: Traducción: RAMÓN COTARELO. Tirant Lo Blanch Valencia, 2010. p. 76.

De este modo las nuevas demandas a los Estados del Tercer Mundo consisten en la democracia y el buen gobierno. La esperanza consiste en impulsar la capacidad institucional, técnica, administrativa y política.

¹⁴ *Competencia entre los individuos y los grupos para ocupar todas las posiciones importantes del poder de gobierno; participación política en la selección de dirigentes y políticas; y libertades civiles y políticas.*

¹⁵ *Sin duda no podemos esperar que un único factor -ya sea económico, político, social, cultural o de otro tipo-- sea exclusivamente responsable de esta transformación general, de forma que tendremos que buscar un conjunto más amplio de factores.*

Mesmo que a sociedade civil queira colaborar com o desenvolvimento social, ela sempre estará sob a égide do Estado, o qual compreende as necessidades sociais e destina os esforços para essa realidade. Não é possível considerar a sociedade civil como refém, mas como organização de um todo necessário para na globalidade o Estado ser democrático. O Estado é forte na medida em que detém os meios que controlam a economia, a violência, a distribuição de riquezas entre outros.

Em poder de todos esses meios, é tarefa única e exclusivamente do poder estatal garantir o efetivo atendimento a todos os direitos fundamentais e especificamente os sociais, através dos mecanismos e meios a ele oferecidos via os gestores públicos.

Considera-se que para a plena efetivação, fatores como a soberania e igualdade de direitos e deveres. Entretanto países subdesenvolvidos por si só são incapazes de garantir a soberania através do próprio desenvolvimento, necessitam ajuda de outros países, seja ela, humanitária emergencial, investimentos para a geração de riquezas ou gestão pública da aplicação dos recursos disponíveis, pois muitos países não possuem essa capacidade através do gestor público. (SORENSEN, 2010, p. 212).

Considerável na cultura atual o caráter solidário onde além do Estado, grupos da própria sociedade civil, através da batalha cotidiana buscam a superação das desigualdades, visando o bem estar social e um mínimo digno para a sobrevivência dos menos favorecidos. (MORAIS, 2011, p. 24).

Na elucidação da função Estatal, Ana Paula de Barcellos, dentro do mínimo existencial estão os seguintes direitos: educação fundamental obrigatória e gratuita,¹⁶ saúde, assistência social, assistência jurídica gratuita. No sentido de princípio, a Dignidade da Pessoa Humana relaciona-se a isso, pois não poderemos falar em liberdade de escolha se a pessoa não tiver o que comer, onde dormir, onde trabalhar ou mesmo se estiver doente. (BARCELLOS, 2002, p. 305).

Merece destaque nesta consideração o excerto descrito a seguir, onde bem retrata a “luta” cotidiana pelo mínimo existencial, garantido Constitucionalmente em todos os Estados. O Estado transforma-se as relações mudam, mas as necessidades permanecem e devem ser saciadas.

¿Qué tipo de conjunto más amplio estamos buscando? En último análisis en el mundo social todo está conectado con todo. Así toda acción pasada o presente en el más amplio sentido del término emprendida por algún grupo o persona puede en principio incluirse en el conjunto de factores que estamos buscando

¹⁶ É uma regra imposta ao Estado, cabendo medidas necessárias em caso de não cumprimento.

Como se vê, pôr um prato de comida nas mãos de cada um não parece ser tarefa fácil, embora inevitável e imediata, sem que enfrentemos a tensão permanente e intransponível entre uma estratégia econômica excludente e as tarefas incluídas de uma política democrática, alicerçada nos direitos humanos e expressa em um pacto estruturante da sociedade – nacional, regional, local, mundial(?).(MORAIS, 2011, p. 107).

BIBLIOGRAFIA

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**, Rio de Janeiro. Renovar, 2002,

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **A governança do terceiro capitalismo e a constituição social**. (Considerações preambulares). In: CANOTILHO, J. J. Gomes e STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra Ed. 2006.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho; Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CREVELD, Martin Van. **Ascensão e Declínio do Estado**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SORENSEN, Georg. **La transformación del Estado Más allá del mito del Repliegue**: Traducción: RAMÓN COTARELO. Tirant Lo Blanch Valencia, 2010.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado.”** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002,

MORAIS, José Luiz Bolzan. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial (Espaço-temporal) dos Direitos Humanos: 2ª Ed.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011,

POULANTZAS, Nicos. **O Estado em crise**. Rio de Janeiro: Graal, 1977.