

## A tutela estatal dos direitos e a necessidade do Estado socialmente responsável.

*Paulo Henriques da Fonseca<sup>1</sup>*

RESUMO. A ação tutelar do Estado diante da magnitude dos problemas sociais precisa de sempre novos fundamentos. A responsabilidade do Estado na implementação dos direitos sociais o re-situa ante a sociedade e os indivíduos. A crítica ao Estado precisa ressaltar o seu papel ainda essencial ante o quadro de fragilidades crescentes da população. Diversos segmentos ou situações jurídicas sociais não podem ficar entregues a regulação por contrato. Em especial no que diz respeito a administração e promoção da justiça social, o Estado ainda não foi igualado.

**Palavras chave:** Tutela estatal. Responsabilidade social. Direitos sociais.

### Notas introdutórias

O tema da “Tutela” como instituto jurídico e político está ligado conceitualmente ao da hipossuficiência como realidade do mundo dos fatos e que adentra o campo do direito. Paradoxalmente o conceito de tutela remete ao não-direito, a realidade dos *alieni juris*, dos que não têm capacidade civil (e postulatória) ou vontade que seja livremente determinada, a usar de categoria kantiana. Isso caso se adote a consideração de tutela tão somente na esfera privada e subjetiva dos direitos, embora que mesmo nesse campo do direito, a tutela revela um suprimento da carência privada individual, em favor do próprio tutelado<sup>2</sup>.

A tutela como conceito se relaciona ao também conceito de dependência, mas com uma diferença: ao passo que tutela no aspecto positivo e promocional visa suprir uma lacuna ao realizar uma intervenção, o de dependência é simples constatação. Interessante para ilustrar a diferença é que no direito, considerando esse aspecto particular de um fenômeno mais amplo, a dependência é ‘declarada’ ao passo que a tutela é ‘constituída’, ou seja, demandam espécies processuais diversas. A tutela penal na execução, melhor dizendo a custódia dos presos, é outra

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, advogado e mestrando em Direitos Humanos, CCJ-UFPB.

<sup>2</sup> Há um instituto de “Tutela” que pertence ao Direito Internacional, e que com características de um neo-colonialismo, se impôs a certas regiões do globo, especialmente nos séculos XIX e XX.

variante da tutela mais geral exercida pelo Estado, mas aquela tutela que é exercida na implementação dos direitos sociais é a que mais caracteriza o Estado.

Muito se debate, especialmente na ambiência da conjuntura neoliberal de pensamento econômico (e social, marginalmente) sobre a legitimidade e necessidade de tutelas, especialmente aquelas onerosas para o Estado. Ainda se questiona a tutela estatal como fator inibidor da autonomia e iniciativas da sociedade, mormente aquela que convencionou chamar “Sociedade civil organizada”. Não poderia ela atender mais pronta e eficientemente aos reclamos dos hipossuficientes? Ver-se-á no corpo deste trabalho que a falta de uma mais sólida teoria acerca da Sociedade e do Estado, faz incorrer nesses engodos artificiais quem exclui um tratamento teórico e ontológico acerca dos dois e suas relações, achando possível a assunção das responsabilidades e tarefas próprias de um pelo outro.

Diversas suspeitas pouco mais que bem intencionadas pugnam pela substituição ou retração do Estado que segundo Boaventura S. Santos (2002, 41 ss) é o chamado “consenso do Estado fraco”. Para o notável estudioso lusitano esse consenso tem sido dos mais problemáticos e sujeitos à correção quando após 150 anos de presença ostensiva do Estado, a desregulação, a alteração do seu papel tutelar vai exigir uma intensa atividade regulatória para criar novas normas e instituições que irão presidir a sociedade. O desmantelamento do Estado, para Boaventura de Sousa Santos pode não resultar, no vazio, uma sociedade civil forte.

No campo próprio dos Direitos Humanos, o tema da tutela ressalta em importância quando se aborda tais direitos pelo viés dos Direitos Sociais<sup>3</sup>. É que neles se coloca de modo mais pungente as relações de (co)obrigação entre Estado, sociedade<sup>4</sup> e indivíduos. A tutela, cuja realidade se impõe em diversos níveis, desde o familiar, o assistencial e internacional, se relaciona com o solidarismo, não o exclui, como querem alguns, mas faz ingressar no pacto de solidariedade também o Estado e as instâncias potestativas outras<sup>5</sup>. A indivisibilidade dos direitos humanos não esconde a situação de que os sujeitos que demandam por direitos civis e políticos, em geral garantias de manutenção do *statu quo*, e os que demandam os direitos sociais. Neste último caso, as prestações (mais) onerosas em favor de grupos vul-

---

<sup>3</sup> Ver que Sampaio (2004, P. 353) critica as crenças e práticas quase religiosas na capacidade redentora do Estado, mas isso no caso de ele o Estado ser comprometido “não propriamente como instituição do todo e de todos, mas como LOCUS da autoridade” Ver-se-á que o Estado enquanto autoridade tem realmente um histórico ‘fraco’, mas não enquanto instância promocional e efetivadora de práticas sociais, econômicas e políticas, dentre outras.

<sup>4</sup> No caso da “Sociedade” melhor falar de ‘controle’ do que ‘tutela’, que é termo que expressa realidade prestacional e jurídica mais atinente ao Estado.

<sup>5</sup> Na Constituição Federal de 1988, há uma oscilação entre as prestações a serem tuteladas exclusivamente pelo Estado e outras que se distribuem com a sociedade, a família (Cf. os arts. 205, educação; 225, meio ambiente. Também quanto à Assistência Social, na Lei 8.742/93, estende à Sociedade e famílias tal dever).

neráveis e mesmo excluídos, apontam para um Estado que exerça um inicial e inabdicável papel tutelar de políticas públicas e programas sociais.

O debruçar-se sobre o tema da tutela no presente trabalho visa se afunilar no mais específico do acesso à justiça. Esta, como estrutura estatal, não prescinde do poder e dever tutelar do Estado, da facilitação do acesso às instâncias de solução de problemas e também do exercício social de tornar um *habitus* (usando a expressão na acepção que lhe dá Bourdieu), uma prática versátil e socialmente criativa em que a justiça e o seu contínuo (r)estabelecimento sejam da cotidianidade das pessoas. Ou seja, mesmo nas modalidades alternativas de acesso à justiça em que os aparelhos formais e oficiais do Estado são deixados de lado, o padrão tutelar de acesso à justiça pelo Estado permanece válido como referencial.

Nesse ponto o conceito de tutela se aproxima da responsabilidade do Estado e suas novas relações com uma cidadania ativa, configuração democrática das relações de interesse e poder e cooperação social. A tutela vertical-hierárquica, diante da realidade dos novos atores sociais vai cedendo para novas modalidades de parceria e colaboração horizontais, na formação de redes de inclusão social. Esses novos atores que se convencionou chamar de sociedade civil organizada, ONG's, NMS's (Novos Movimentos Sociais), "governança" não substituem o Estado. Urge uma teoria política e social que dê novo fundamento à tutela estatal, evitando os extremos do minimalismo neoliberal que fragiliza o Estado e de um projeto autoritário-paternal em que este anula a sociedade e o indivíduo.

## 1 - A tutela e o Ordenamento Jurídico

Um discurso que tem aparecido reiteradamente nos círculos jurídicos apressadamente críticos é o de uma pluralidade de ordens jurídicas e normativas, aptas a prover o acesso à justiça. Escorrega-se rapidamente da constatação descritiva do fenômeno para a assertiva de uma nova pragmática institucional: substituir o monismo estatal pela nova pluralidade. A simpatia do enfoque que dilui o velho monismo estatal em novos (e velhos) atores normativos (mercado, família, mediadores, grupos marginais etc) e novas camadas ou topologias normativas (jurídico-formal, moral, técnico) tem um sentido.

Mas mesmo essa inovação que trai um ranço da fragmentação jurídico-normativa do medievo, não prescinde do papel tutelar do Estado que confere uma racionalidade a todo o sistema jurídico e político. Para exemplificar, o microsistema jurídico tributário e o do consumidor valoram diferentemente o fato do consumo, entre a vigilância sobre possível sonegação e proteção ante a hipossuficiência do consumidor na relação de consumo, respectivamente. Não se pode falar ainda que uma racionalidade tutelar do Estado seja dispensável em favor da pluralidade de regulações dos micro-sistemas jurídicos protetivos.

A ver a literatura jurídica e científica produzida mais recente, ao lado dessa pulverização de instâncias normativas e microssistemas jurídicos especializados e temáticos, aparece um outro movimento unificador do sistema jurídico legitimador de uma nova tutela estatal: os direitos humanos. Nessa emergência de uma nova instância unificadora do direito, Rabenhorst (2005, p. 107) diz que

Ofuscados pelo intenso processo de juridificação da sociedade, no sentido que Habermas atribuiu ao termo, isto é pela atividade reguladora do Estado (Vide HABERMAS, 1987), passamos a acreditar que a instância jurídica, agora cada vez mais centrada na idéia de direitos humanos universais, seria capaz de funcionar como guia para as nossas ações.

A importância do Estado surge ainda no quadro dos direitos humanos e os instrumentos internacionais e regionais de tutela desses direitos e de responsabilização dos Estados. A governança global focado nos direitos humanos pelos múltiplos pactos e protocolos pelos quais os Estados vão se obrigando, realça fortemente a responsabilidade estatal quanto à observância de um cada vez mais exigente conjunto normativo de proteção, defesa e implementação de direitos. O monitoramento e a judicialização, inclusive penal, do Estado pelas normas e organismos internacionais de aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário são no mínimo impensáveis sem a consideração da permanência de um papel decisivo do Estado.

### **1.1 - A tutela estatal e o acesso à justiça**

A tutela estatal dos direitos, no sistema de monopólio da administração da justiça pelo Estado, tem o correspondente biface do 'acesso' aos bens da vida, modo especial, os bens jurídicos. Tutela e acesso são verso e reverso de uma mesma relação. Elas aparecem na esfera administrativa e judiciária, com formatos de prestações diferentes, respeitadas as características diversas dos poderes.

Num aspecto bem específico se pode estabelecer a importância do Estado frente à diversidade normativa. O acesso aos bens jurídicos em uma sociedade em crescente complexificação pela divisão social do trabalho, mas que ao mesmo tempo tem uma configuração democrática quanto a sua organização política e social, desafia a manutenção de uma unidade de razão mínima para que se possa administrar a justiça. Isso exige uma definição contínua do papel do Estado. A sua função 'tutelar' precisa ser esclarecida e exercida junto com as suas relações com o indivíduo (tendente a uma fragilização crescente) e a sociedade (tendente à complexificação).

O Estado socialmente responsável não pode ficar indiferente a isso, embora exercite essa responsabilidade nos moldes políticos em que se radicam os governos: ora mais interventivos na esfera social, ora mais absentéistas.

Nesse sentido, o ‘cuidar’ estatal que se chama propriamente de tutela não impedindo que também os indivíduos e a sociedade ao seu modo o exerçam. Esse cuidar deve aparecer na esfera máxima de seu ordenamento jurídico pois ainda segundo Bezerra (id. p. 92)

[...] é no ordenamento jurídico que, uma vez estabelecido, determina o nível de acesso à justiça dos cidadãos que lhe estão subordinados. Se o ordenamento é estabelecido por princípios verdadeiramente democráticos, o acesso à justiça é, senão irrestrito, ao menos fator de diminuição das desigualdades.

O autor citado faz repousar no ordenamento codificado, que substitua pluralidade de leis que se sucedem uma maior gama de possibilidades ao cidadão. O acesso tem de passar pelo nível da simplificação dos processos, pois a lei pode sair do patrimônio cognitivo da cotidianidade das pessoas, especialmente quando em vista de ter de regular situações muito específicas que se vão multiplicando nas sociedades pós-industriais. Por isso a lei costuma segundo ele (ib., p 94-95) “[...] incorporar uma linguagem técnica própria do setor que regula, uma tecnolinguagem que só é compreendida por indivíduos treinados nesse novo jargão legislativo. A norma se lança fora do alcance do cidadão”.

Toma-se esse exemplo inicial para inaugurar o fundamento desse trabalho: a necessidade de enfatizar a tutela estatal quando o nível de sofisticação pluraliza os objetos e sujeitos (também as fragilidades), afastando do conhecimento da maioria, ou quase totalidade das pessoas, o acesso aos bens jurídicos. Estes no sentido amplo que lhe foi conferido pela positivação dos direitos fundamentais e as legítimas aquisições pela ampliação de direitos. Vira falácia o pressuposto de que todos conhecem o direito (transformado em ‘lei’) e da sua ignorância ninguém pode se beneficiar, pela proliferação de normas cada vez mais adstritas a situações e realidades técnicas muito específicas.

O acesso à justiça ou a efetivação do direito não é uma prática no sentido de mera execução. Se assim fosse, bastariam estruturas judiciárias e uma otimização das regras processuais. O acesso à justiça aparece então como algo próprio da tutela do Estado na feição mesmo de assistência e recepção de uma razoabilidade do *habitus* que ensejaria no campo das relações judiciárias e nos conflitos “uma composição da lide que satisfaça a concepção média da sociedade em torno do justo, e que cumpra a contento a meta da paz” diz Bezerra (2001, p. 137). Na atual fase institucional em que se vive seria bastante improvável que essa aferição de uma média em que se conciliem as questões, a modulação do justo-injusto, fosse retirado da competência do Estado. É ele quem gerencia essa “concepção média”.

É na Constituição Federal de 1988 que esse dever tutelar aparece, em duas vertentes: a da soberania, pela qual o Estado nos seus diversos entes federados se reservam competências e, na da cidadania, pela qual o Estado assume obrigações

tutelares. Os artigos 1º, incisos I e II; 3º, incisos III e IV exprimem bem isso. Mas no caso do acesso à justiça, é no art. 5º, incisos XXXIV, XXXV, LV e LXXIV que se apresentam mais especificamente os balizadores constitucionais da tutela. Estes não podem ser confundidos com as reservas garantistas dos indivíduos contra o Estado e seus agentes, típico das conquistas históricas mais antigas no campo dos direitos.

Os direitos do Estado decorrente da soberania são também tutelares e indiretamente destinam-se a garantir-lhe performance na promoção da cidadania. A soberania do Estado moderno busca seu sentido exatamente na construção da cidadania. E isso nas diversas dimensões dos direitos: civis, políticos e sociais.

## 1.2 - O Estado tutelar: dilemas

A tutela estatal quanto à administração da justiça não se dá da mesma forma diante da variedade de situações sociais, políticas, culturais e econômicas. Por isso é que a eficácia da justiça estatal questionada nos conflitos individuais é decisiva e indispensável nos conflitos coletivos. A cisão entre *ratio juris* e a *ratio potestatis* se mostra forte quanto a legitimidade do Estado num e noutra tipo de conflito. Nem sempre as razões do direito e aquelas do poder estão harmonizadas.

Onélia Queiroga (1998, p. 16) expressa esse dilema quando se define o Estado a partir do conceito de *força* ou da *ordem*. No primeiro, o acento é político, no segundo, mais jurídico, mas as duas dimensões de uma potestade unida a uma racionalidade não são mutuamente excludentes, mas necessárias para a definição de Estado.

Fonseca<sup>6</sup> (2005, p. 201) situa o dilema na distinção entre legitimidade e eficácia do Estado, a primeira como um dado subjetivo que a sociedade projeta continuamente no Estado e que este retroalimenta esse fluxo com o dado objetivo da eficácia no seu agir. A burocracia surge para, na formalização e impessoalização dos processos, livrar o Estado de sua função tutelar. Acrescente-se a isso a distinção entre Estado e Governo, de cortes nem sempre muito reconhecíveis na prática.

Para Lecour (2004, p. 38-39) o dilema do Estado está em que, apesar de ser ele ainda sujeito fundamental na ordem internacional, inclusive com uma sobrevivência em que novos estados nascem e poucos dos velhos estados morrem, ele passa pela situação de ser pequeno demais ante a globalização e grandes demais e por isso distantes e abstratos em relação ao povo e suas necessidades e particularidades locais e regionais.

Preservar as liberdades e promover as igualdades revela outra componente híbrida do Estado moderno: querer unir as tradições liberais e democráticas, que

---

<sup>6</sup> Esse mesmo autor põe uma hipótese de que a abstenção e a dificuldade da decisão pelo Estado, mormente no caso do Judiciário, encontre seu fundo arquetípico no pacto de paridade denunciado por Freud como que estando no nascedouro da civilização, narrado por ele como o “mito da horra”.

segundo Bonavides (2004) são não apenas distintas, mas até opostas. Pedro Demo (1995, p. 97) de que “O Estado, diante de uma comunidade que quer se emancipar, tem como função primordial não obstaculizar, no sentido precípua de não cooptar. Se souber não cooptar, poderá colaborar”.

Operar na base da adesão ou da coerção se apresenta como outro impasse da ação estatal contemporaneamente. Tão clara é a importância da tutela estatal no acesso e efetivação da Justiça - e em outros fatos da vida social isso pode parecer mais claro, o caso da guerra - que, sobre as insatisfações dos sucumbentes, estas devem ser pacificadas ou conformadas pela coerção estatal (ou possibilidade dela) junto com a adesão consciente ao que é decidido no concerto social maior. A tutela assume aqui um parentesco com a tese de Durkheim (1990, p. 122) do *poder explícito* e sua necessidade pois é “dimensão da instituição da sociedade carregada desta função essencial: restabelecer a ordem, assegurar a vida e a operação da sociedade através e contra tudo aquilo que a coloca em perigo”. E isso por um poder de “justiça” (exclui-se o legislativo, que é poder mais dissimulado).

O poder de coerção não pode ser o exclusivo, nem é o mais produtor de obediência, malgrado as heranças hobbesianas superficiais, pois assim sendo um grupo criminoso seria mais legítimo e eficiente pois é capaz de coagir com mais eficácia, na anedota inteligente de Santo Agostinho. A legitimação nasce de uma combinação de coerção justa com adesão consciente. Isso é do pensamento de José Luiz Anhaia Melo, segundo Pasold (2003, p. 77), a legitimidade

[...] refere-se à conciliação entre capacidade de mando e disposição de adesão. Sobre esta relação faz-se mister incidir-se novamente, a noção de legitimidade- como venho compreendendo - para verificar que o poder legítimo não implica uma obediência, mas sim uma adesão consciente.

A legitimidade (mais que a autoridade e soberania) é o pressuposto e a razão para o poder estatal tutelar. Poder-se-ia até apostar no extremo de que o Estado tanto mais é ele mesmo, quanto mais exerça o poder de incluir mediante o binômio tutela e adesão de vontades.

## **2- Tutela estatal e a dialética do público-privado e do sujeito-objeto.**

O primeiro binômio (público-privado) francamente em crise pelo esvaziamento do público no estatal-social e do privado no íntimo. Hannah Arendt (2004) trata desse tema ainda atualizadamente. A ação tutelar do Estado, que no período clássico da *Polis*, se limitava às situações de calamidade e de guerra, eminente desenvolvida no espaço público, passa a, na modernidade, construir um espaço próprio, o estatal. Houve um aumento das responsabilidades e funções do Estado.

O segundo binômio (sujeito-objeto) aparece diante do re-fortalecimento da cidadania (formal) e dos direitos civis e políticos. Estes lançam a possibilidade da cidadania ativa e do indivíduo, do particular não mais como súdito-objeto da ação estatal, mas como sujeito de direitos. E até como sujeito de direito internacional no caso da invocação das proteções e defesas aos direitos humanos, condição até bem pouco tempo vedada pela exclusividade vestefaliana de monopólio dos Estados na arena jurídica internacional<sup>7</sup>.

Esses pares binomiais caros à ciência jurídica não podem chegar ao ponto de se transformarem em opostos ontologizados. Um direito a serviço de uma justiça que vai além do “jogo de soma zero” em que uma parte ganha no que a outra perde, encontra apoio no pensamento de J. Derrida. Este denuncia a estrutura lingüística montada a partir de “oposições semânticas” (espírito-corpo, eterno-temporal, divino-humano, ciência-ideologia etc) quase sempre tendentes a ocultar uma hierarquia entre elas. Por exemplo, a oposição semântica ontologizada espírito-corpo, com uma predominância do primeiro sobre o segundo a refletir uma outra dominância mais estrutural como a das elites ociosas (espírito) sobre o trabalhador manual (corpo), segundo Derrida (*apud* Berten, 2004b, p. 60-61).

Em relação ao Estado-sociedade, tal oposição semântica ontologizada não se sustenta em termos de legitimidade, primeiro porque os dois possuem estatutos ontológicos bem diversos; segundo, porque estão em alternância, ora um ora outro em posição de dominância.

## 2.1- O público, o privado e os direitos sociais.

Tratando com maestria as expressões caras e ancestrais do surgimento da esfera do público-político, Hannah Arendt (2004, p. 143) focando no pensamento de Platão e Aristóteles dá como estranho ao modo *polis*, a autoridade personificada, o tirano. A tutela estatal sobre as situações e grupos em risco só era recepcionada na eventualidade dos perigos, das emergências em que era necessário decidir:

[...] outra experiência política [além daquela em que o tirano, cuidando de tudo, libera os súditos para cuidarem de seus próprios negócios] da necessidade de ordem e obediência poderia ter sido proporcionada pela experiência da guerra, onde o perigo e a necessidade de tomar e levar à cabo prontamente as decisões parece constituir a razão inerente para o estabelecimento da autoridade.

---

<sup>7</sup> O Tratado de Westfalia, 1648, marca o início dos acordos entre Estados-nação na Europa. Delibrou-se o fim das guerras religiosas e a “regulação” dos Estados sobre a religião, tornado-se ele mesmo ícone do novo arranjo em que o Estado-nação assume uma soberania incontestável e exclusiva no cenário mundial. Há um forte enfoque na centralidade de uma etnia, uma raça sobre outras.

A legitimidade do Estado, mesmo se considerando essa situação de excepcionalidade, segundo Hannah Arendt, repousaria na pronta resposta às necessidades e perigos, caso da guerra e das catástrofes do passado (e do presente, a se levar em conta a hecatombe social vivida pelos deserdados). A própria tarefa fiscal do Estado encontra aí justificativa, pois ele não tem um fim em si mesmo, mas é meio para a consecução de objetivos que as pessoas visam socialmente. Diante da necessidade o Estado tem dupla função: expressar os déficits das populações marginalizadas promovendo uma justa satisfação, mas também coibir a expansão de necessidades arbitrárias dos setores sócio-politicamente melhor aquinhoados e sua satisfação contra os interesses do que sem tutela protetiva do Estado seriam espoliados ao extremo.

O acesso a uma solução justa e razoável se propõe aqui antes de um debate sobre as excelências ou não do neo-contratualismo, com que se quis harmonizar as esferas do público e do privado, salvando-se a tutela estatal em sua base de legitimidade. É a posição interrogativa de João Carlos Espada (1999, p. 14) que contempla num nível preliminar os binômios problemáticos deste subtítulo:

Em que é que consistem os direitos sociais: uma rede de segurança, um chão comum sobre o qual podem florescer as desigualdades sociais ou, antes uma expressão de um princípio comum de distribuição que atribui a cada indivíduo uma quota-parte da produção geral a que se considera que ele tem direito?

Nesse momento cabe uma abordagem de duas posições que, nesse tema da tutela estatal dos direitos, despontam como opostas: uma delas é o neo-contratualismo, que vai, a partir da posição de John Rawls, postular uma conformação entre o interesse privado e a justiça e outra, a de Habermas e de Hegel, que combatem-no.

O neo-contratualista é posição mais problemática quanto ao Estado enquanto agente tutelar de direitos. Menos pelo ambiente neo-liberal em que foi gestado e mais porque nele, se impõe afastar o solidarismo social e a intervenção estatal é menos estatuída. Habermas (2002, p. 25) é quem tece as considerações importantes e pertinentes dessa desconstrução do keynesianismo nas órbitas das relações do Estado com as suas funções. “O contratualismo deixa de lado logo de início o aspecto da solidariedade, porque refere à fundamentação normativa de um sistema de justiça imediatamente aos interesses do indivíduo”

A suave presença estatal no movimento neo-contratualista não se prende a uma politização das questões – dimensão indispensável numa opção de tutela promocional de direitos – mas que o novo “contrato social surge da idéia de que qualquer aspiração precisa ter um motivo racional para se tornar participante de livre e espontânea vontade e para submeter-se às normas e procedimentos correspondentes” (id. p. 25).

Presente aí o voluntarismo autonomista, fundamento kantiano da dignidade humana, de cortes nitidamente liberais. A participação engajada nos moldes do contratualismo enseja uma paridade dos sujeitos, uma *isonomia* que é estranha à realidade da tutela estatal que envolva a promoção de aspectos não apenas formais, mas substanciais da sociedade. O neo-contratualismo, para Habermas (id., p. 25) não é uma via de inclusão, pois

[...] esse enfoque se defronta com duas objeções. Por um lado, a assimilação de questões morais às questões de justiça política de uma associação de pessoas que integram o mesmo sistema jurídico, tem a desvantagem de que com base nela não é possível fundamentar um respeito equânime para com todos, ou seja, não é possível fundamentar uma verdade universalista.

Essa verdade universalista para o filósofo de Frankfurt é condição para inclusão. O contratualismo cria no máximo um ambiente moral de justa pactuação entre indivíduos “Somente àqueles que têm interesse numa interação regrada apresenta-se como racional a assunção de obrigações mútuas” (ib. p. 26) mas a tutela do Estado é tanto mais necessária nas situações de crassa anomia política, social e econômica em que alguns segmentos objetivados estão fora dos pactos, por estarem alijados dos mecanismos de trocas sociais. O contratualismo restringe “assim, o conjunto dos detentores de direitos [pois] só pode abranger pessoas das quais, pelo fato de quererem ou deverem cooperar, é possível esperar uma contrapartida” (id. p. 26). O mecanismo racional neocontratualista não se presta para uma “trialética” indivíduo-sociedade e Estado, em que este supre ao *déficit* “contratual” de certos indivíduos (ou sociedades apartadas).

A desconstrução que Habermas faz do neo-contratualismo de John Rawls como fator de inclusão lança mão de uma aporia nos seus próprios fundamentos, quando ele detecta, mesmo na reconstrução feita pelo americano do contratualismo, a permanência da tensão (irresolúvel) do sujeito racional e autônomo que se exige no regime contratualista: ele deve ser capaz de opções livres e confiante na capacidade racional subjetiva e ‘alienar-se’ num dado momento da pactuação, para que esta ganhe forma e realidade<sup>8</sup>.

Esse neocontratualismo incidente na ação tutelar do Estado especialmente no caso da gestão social volta a se expressar de diversas formas. A mais robusta delas tem sido denunciada por Montañó (2005): o discurso legitimador de uma

---

<sup>8</sup> Sobre a fragilidade do contratualismo enquanto teoria fundante do Estado, assim se expressa, Berten (2004b, p. 17) “não podemos considerar a convenção ou o contrato como instituidores da sociedade política. Podemos muito mais perceber o contrato como o fazem Hobbes e Rousseau, como uma ficção que nos ajuda a pensar nas relações políticas”. Ou seja, serve como um discurso retrospectivo e de intelecção do fato, não como discurso ponente da realidade mesma, a origem do Estado.

reforma do Estado a partir da transferência de responsabilidade deste para a sociedade civil, organizada no “terceiro setor”. Este passaria a assumir o enfrentamento dos problemas sociais como tarefa delegada pelo Estado. Isso implicaria que as ações protetivas e tutelares na esfera social não seriam mais universais. No caso específico do acesso à justiça esse fenômeno da transferência de responsabilidades do Estado para os privados é mais restrito e bastante alternativo ainda.

## 2.2 – O sujeito-objeto: a síntese no cidadão.

Habermas situa a série de oposições (indivíduo-sociedade, por exemplo) em níveis discursivos bem diferentes, ditados por também diferentes interesses. Assim, a oposição indivíduo-sociedade está no nível do discurso crítico que se liga ao interesse da emancipação, mas no nível do discurso técnico, aquele que foca atenção na transformação e no trabalho sobre a natureza, já a oposição Estado-sociedade ou Estado-indivíduo assume um conteúdo bem diferente. Ou seja, se o foco do interesse é a emancipação, o indivíduo é o ator crítico que tem as vantagens da linguagem. Mas se o foco do discurso é a superação de um quadro social de graves desigualdades, a exigência de melhor agenciamento e melhor condição de enfrentamento é do Estado.

Ao se eleger um *status* objetivo da superação das carências e “inclusão do outro”, não se pode mais recuar, mas apenas entrar no jogo das adesões e contrapartidas. Opera-se uma revolução da qual o sujeito sai cindido, preso a uma objetualidade que vai ultrapassar o interesse individual de um contratualismo estrito

pois tão logo as partes dão um passo para além das barreiras de seu egoísmo racional e assumem a mais longínqua semelhança com pessoas morais, destrói-se a divisão de trabalho entre racionalidade subjetiva de escolha e barreiras objetivas apropriadas, pela qual se espera que sujeitos que agem em seu próprio interesse cheguem a decisões racionais, ou seja, morais. (HABERMAS, 2002, p. 66).

É uma situação “forçada”, um pressuposto que se deve assumir *a priori*, para inteligir todo o argumento que resulta artificioso mas útil, se visto de uma perspectiva tutelar do Estado. E o egoísmo racional, fechando o indivíduo na esfera mais cômoda dos seus negócios privados, contribuiria e justificaria a constituição de uma autoridade despótica que assumisse toda a esfera do público-político, na visão de Hannah Arendt. Assim, um contratualismo que ameniza a presença tutelar do Estado servirá paradoxalmente para criar uma condição de risco a viabilizar a saída despótica: cada um cuida de si e o tirano, de todos. Também Hegel critica for-

temente um contratualismo em que se pressupõe que os indivíduos pactuantes se reconhecem sem que acene para um conjunto de normas e direitos preexistentes.

A tutela estatal estaria topologicamente afirmada antes de qualquer pactuação de caráter contratual. Os novos corpos políticos, os Estados com responsabilidade sobre populações imensas, não obstante as insinuações que possam ser feitas e até muito procedentes, de que usurparam energias dos corpos intermédios, têm o dever de tutela sobre grandes segmentos dessa população. Arendt (2004, p. 52) vai até aceitar, nessa nova realidade das grandes populações que “Politicamente, isto significa que quanto maior é a população de qualquer corpo político maior é a probabilidade de que o social e não o político, constitua a esfera pública”.

Em síntese, a inclusão do outro, segundo Habermas não passa por velhos e recauchutados esquemas (neo)contratuais, que poderia ser a conclusão ou decorrência, pelo menos, da tese de Hannah Arendt quanto à presença do decisório na cultura política ancestral do Ocidente. Nem a singela transferência do concerto social e político para a autoridade despoticamente instituída que assume toda a dimensão do público-político e restringe os demais a cuidar dos próprios negócios, nem a alienação da esfera do público-político ao arbítrio racional das subjetividades e seus interesses, seriam, obviamente, a melhor expressão da tutela estatal. Nenhuma das duas situações desaguaria na inclusão social e jurídica, na cidadania plena. A dificuldade dos Estados “decentes” tem sido encontrar esse equilíbrio.

Uma série de indagações tangenciais acerca da relação direito e dever, do exercício da responsabilidade no seu ‘núcleo duro’ caberiam na reflexão sobre o papel tutelar do Estado. O dever enquanto exercitado é interação positiva com aquela responsabilidade do Estado. Claro que são prestações muito assimétricas, mas nelas, exatamente, se assenta um dos fundamentos da cidadania. Esta não é só fonte de direitos mas também de obrigações, deveres. Se uma sociedade, na pluralidade de seus membros vai perdendo a capacidade de co-obrigar-se perante os desafios comuns vai surgir um papel “antipático” mas necessário do Estado, o poder de coagir e limitar. Claro é que se exige uma perfeita identificação dos destinatários das sanções do Estado, especialmente as punitivas, que estarão sujeitas ao princípio da reserva legal, nos Estados Democráticos de Direito.

O Estado tutelar, na distribuição dos ônus da gestão do bem comum, antes (ou concomitante) das ações emancipatórias, tem que arcar com as de cunho meramente compensatórios e mesmo simplesmente assistenciais, pois não raro se depara com situação de “populações imensas [que] são tão pobres/indigentes que precisam ser sustentadas por programas assistenciais e que aí nada teria de ‘compensatório’, pois representam claramente direito à sobrevivência condigna”, diz Demo, (2003, p. 264). Tem-se nesse caso uma situação de que o direito de uma par-

cela da população (Bobbio nem chamaria de “direito” mas de “exigência” da ordem social justa) implica uma co-obrigação de todos<sup>9</sup>.

### 3 - À guisa de conclusão.

Pretendeu-se nesse trabalho, limitado claro nas suas modestíssimas perspectivas, lançar notas de esclarecimento sobre a função tutelar do Estado, que se reputa modernamente mais importante que o venerando debate acerca da ‘soberania’ estatal excludente de outras forças, conforme a cartilha vestefaliana. A cidadania exercitada num ambiente de cuidado estatal confere a uma multidão de corpos o *status* de comunidade política.

Com a retração do individuo ao campo de seus interesses e necessidades e crescendo as urgências e desafios, uma consolidação do papel tutelar do Estado é algo tão mais querido, quanto mais justo. Isso desafia as velhas desconfianças históricas tornadas inúteis, de certo modo, ou aproveitáveis no aspecto de contrapor construtivamente ao poder tutelar do Estado, os mecanismos sociais de participação e controle. A “politicidade” deverá ser reconstruída sob outra perspectiva, pois “o político deixa de ser atividade autárquica, que possui sentido em si mesma, enquanto mediação de humanidade, e torna-se atividade instrumental, em função de um fim que está além de si mesma” diz Oliveira (1996, p. 95). O controle e a participação, ao lado do sufrágio, são os formatos novos que a sociedade e o indivíduo têm para co-exercer com o Estado o papel tutelar.

A assimetrias sociais não cabem mais muito comodamente nos moldes das abstrações universalistas de ‘classes’ e ‘nação’, por exemplo<sup>10</sup>. São conceitos com fortes coloridos ideológicos. A assunção de uma construção social e política a partir dos desníveis entre os inseridos e os apartados, entre os incluídos e os excluídos parece responder com mais propriedade à situação atual. O Estado contemporâneo por sua vez, incorporou diversas conquistas históricas das lutas de classes e também sintetizou identidades culturais e morais da sua afirmação como nação. Descontados os etnocentrismos exclusivistas da construção vestefaliana, o Estado é ainda agente capaz de tutelar liberdades e direitos.

Daí que a tarefa tutelar da inclusão finda por ser um ‘mutirão ético’ na bela expressão de Cristóvão Buarque, ao qual todos estão co-obrigados. Mas obrigados também “assimetricamente”, pois não cabe a ingênua posição de que todos podem fazer tudo e do mesmo modo.

---

<sup>9</sup> Interessante notar que a Assistência Social no Brasil é tratada na Constituição e nas Leis como sendo responsabilidade de todos: Estados, sociedade, família. Diferentemente ocorre com a Previdência Social, que é tarefa sob a responsabilidade estatal, embora o custeio obedeça a uma solidarização de responsabilidades.

<sup>10</sup> Embora isso não queira dizer que em vários momentos na história atual esses elementos não sejam de extrema importância.

No caso da implementação dos direitos sociais e da melhoria do acesso à justiça como parte importante daquela implementação, a tutela estatal é imprescindível. Primeiro porque diversos direitos sociais são providos pelo Estado no pólo passivo da demanda social, que legitima a arrecadação de recursos da sociedade com a recorrência ao discurso do socorro das urgências sociais. Segundo, porque a continuidade e universalidade das políticas sociais que surgem dos direitos sociais exigem uma instância verdadeiramente estatal na atuação. As iniciativas da sociedade, do mercado e dos indivíduos à título de responsabilidade social não têm o alcance (embora possam ter exemplificativamente mais eficiência e criatividade) das ações coordenadas pelo Estado.

O seu poder promocional, exercitado na esteira dos inarredáveis compromissos e ganhos éticos que incorporou ao longo da história política dos povos, faz do Estado um agente capaz e idôneo para o exercício de uma função que longe de limitar, possibilita que um número cada vez maior de pessoas possa exercer os seus direitos, fruir dos bens da liberdade, dignidade e igualdade. E tudo isso numa disposição positiva e construtiva na qual o direito de um não representa simetricamente um dever do outro, mas o exercício de alargamento de um espaço comum de possibilidades jurídicas, humanas, sociais, políticas, éticas, culturais e econômicas que se pode chamar de cidadania.

## Referências

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004.

BERTEN, André. **Filosofia política**. Trad. Márcio Anatole de S. Romeiro. São Paulo: Paulus, 2004a.

\_\_\_\_\_. **Filosofia social**. Trad. Márcio Anatole de S. Romeiro. São Paulo: Paulus, 2004b.

BEZERRA, Paulo C. S. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. São Paulo: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DEMO, Pedro. **Pobreza da Pobreza**. Petrópolis: Vozes, 2003.

ESPADA, João Carlos. **Direitos sociais de cidadania**. São Paulo: Massao Ohno, 1999.

FONSECA, Paulo Henriques da. Da horda à civilização democrática: a legitimidade das instituições como espaço eficaz de decisão. In: MACEDO, Paulo Emílio V. B. de (Coord). **Direito e política. Anais do II Congresso Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2005.

LECOUR, Guzman M. Carriquiry. **Uma aposta pela América Latina**. Memória e destino de um continente. São Paulo: Paulus, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**. Crítica ao padrão emergente de intervenção social. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

OLIVEIRA, Manfredo A. **Ética e solidariedade**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

PASOLD, César Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: O-AB/SC Editora, 2003.

QUEIROGA, Onélia S. R. **A origem do estado moderno**. João Pessoa: Universitária, 1998.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. A dignidade do homem e os perigos de pós-modernidade. *Verba júris*: Anuário da pós-graduação em direito, João Pessoa, a. 4, n. 4, p. 105-125, jan/dez 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) **A globalização e as ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.