

# III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

# 02

Madrid/Espanha

2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

PROFA. DRA. MARIA AUREA BARONI CECATO

Direito Constitucional  
Direitos Humanos

# III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

# 02

Madrid/Espanha  
2015

**ORGANIZADORES**

**PROF. DR. VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA**

**PROFA. DRA. MARIA AUREA BARONI CECATO**

**Direito Constitucional  
Direitos Humanos**



Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### DIRETORIA – CONPEDI

**Presidente:** Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul:** Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior – UFRGS

**Vice-presidente Sudeste:** Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste:** Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu – UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro:** Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo:** Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto:** Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### CONSELHO FISCAL

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA (suplente)

**Representante Discente:** Mestrando Caio Augusto Souza Lara – UFMG (titular)

#### SECRETARIAS

**Diretor de Informática:** Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação:** Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais:** Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional:** Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica:** Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos:** Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional:** Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56

Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1. : 2015 : Madrid, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid  
[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Vladmir Oliveira da Silveira, Maria Aurea Baroni Cecato. – Madrid :  
Ediciones Laborum, 2015.

V. 2

Inclui bibliografia

ISBN (Internacional): 978-84-92602-98-8

Depósito legal : MU 1210-2015

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direitos humanos. I. Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Madrid/Espanha.

CDU: 34

---

## APRESENTAÇÃO

---

Durante los días 7 a 9 de septiembre de 2015, celebramos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, en Madrid (España), sobre el tema “Participación, Democracia y Ciudadanía en la Perspectiva del Derecho Iberoamericano”.

La celebración del Encuentro de Madrid, se gestó durante el I Encuentro Internacional en la Universidad de Barcelona, coordinado por el Prof. Dr. Jordi García Viña, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UB.

Para la preparación del evento se nombraron dos coordinadores, por parte española, el Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM, y por parte brasileña, la Profa. Dra. Clerilei A. Bier, del Departamento Administração Empresarial - Esag/Udesc.

Una vez recibido el beneplácito de las autoridades académicas de la UCM se procedió a nombrar un Comité organizar compuesto por:

**Dr. Raúl Leopoldo Canosa Usera**

*Decano de la Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional.*

**Dra. Cristina Amunategui Rodríguez**

*Secretaria Académica de la Facultad. Departamento de Derecho Civil.*

**Dra. Carmen Otero García Castrillón**

*Vicedecana de Posgrado y Titulos Propios. Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.*

**Dra. Rosario Cristóbal Roncero**

*Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

**Dra. Francisca Moreno Romero**

*Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

Como es normal en estos eventos internacionales, los trabajos preparatorios fueron muy intenso tanto en Brasil como en España, donde colaboraron tanto el equipo de CONPEDI, como el equipo de colaboradores de la Profa. Bier.

La respuesta de los profesores doctores brasileños fue excelente, presentado más de 400 trabajos para su evaluación. Igualmente la respuesta de los profesores de la

Facultad de Derecho fue bastante razonable (alrededor de 50) teniendo en cuenta que las fechas elegidas eran tiempo no lectivo y que muchos profesores disfrutaban de sus vacaciones veraniegas.

También la crisis económica que se instalaba en Brasil, dificultó que muchos ponentes se trasladaran a Madrid. No obstante la participación fue bastante numerosa, 300 profesores brasileños y españoles de todas las ramas del Derecho se reunían en Facultad de Derecho de la UCM para exponer y discutir sobre los temas de mayor actualidad y relevancia jurídica y social! TODO UN ÉXITO!!.

Llegaba el día señalado. El Acto solemne de inauguración se celebró el día 7 de septiembre a las 18,00, se realizó en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho y al mismo asistieron 300 profesores, el Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España, Dr. Javier San Martín, la representación de la Embajada de Brasil en España, la Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Gabinete del Rector de la UCM, Dra. Isabel Fernández Torres, así como todos los Presidentes de las distintas mesas de trabajo.

La Mesa presidencial estuvo compuesta por las siguientes autoridades:

**Prof. Dr. Carlos Andradás Heranz**

*Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid.*

**Prof. Dr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel**

*Presidente do Tribunal Constitucional Espanha.*

*Catedrático de Direito del trabajo y de la seguridade social da Universidade Complutense de Madrid.*

**Dr. Rafael Catalá**

*Ministro da Justiça da Espanha.*

**Prof. Dra. Carmen Otero Garcia- Castrillón**

*Vice-Decana Relaciones Internacionales e Interinstitucionales de la Facultad de Derecho – UCM.*

**Prof. Dr. Raymunto Juliano Rego Feitosa**

*Professor Adjunto Direito Tributario.*

*Presidente do CONPEDI.*

**Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM  
Coordinador Espanhol do Encontro.*

Tras las interesantes intervenciones de todos los participantes, se procedió a impartir la lección magistral inaugural a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional de España, Dr. Francisco Pérez de los Cobos, que versó sobre “Los límites del control de constitucionalidad”.

Al finalizar, se procedió a entregar las placas de agradecimiento a los miembros del Comité organizador y al Coordinado español, Prof. Jose Luis Tortuero. Finalizando el acto con la llegada de la Tuna de la Facultad de Derecho para tocar y cantar el himno universitario por excelencia el “gaudeamus igitur”

Terminado el acto inaugural todos los participantes asistieron a un excelente cocktail en los jardines de la Facultad de Derecho, propiciándose un tiempo ideal para compartir y saludarse.

El martes, día 8, se celebraron los talleres de exposición y debate de las ponencias. Fueron siete talleres que durante todo el día (des las 9 h. hasta las 19 o 20 h.) profesores brasileños y españoles reflexionaron sobre los temas investigación de mayor actualidad en todas las Áreas jurídicas. Cada Taller inicio su andadura con la conferencia de un profesor español especializado en cada tema y de renombrado prestigio. La valoración final fue el alto nivel de los trabajos presentados y de los debates... TODO UN ÉXITO.

El encuentro finalizo el día 9 en el Congreso de los Diputados, donde al finalizar la interesante visita institucional y las fotos de recuerdo, nos reunimos en la Sala de Columnas para proceder a la Clausura del Encuentro. Las palabras de clausura correspondieron al Presidente de CONPEDI, Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, y al coordinador español, Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza. La excelente conferencia de clausura corrió a cargo del Dr. Julio V. González García, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid, sobre el tema “Globalización, Democracia y Parlamento”.

El III Encuentro Internacional CONPEDI fue todo un éxito y recibió el apoyo y reconocimiento de todas las instituciones vinculadas al mundo jurídico, desde la academia, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Parlamento español. También participo la Embajada de Brasil en España. En definitiva nuestro Congreso y nuestro trabajo investigador tuvieron en España una extraordinaria relevancia.

**Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza**

*Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UCM.*

**Profa . Dra. Clerilei A. Bier**

*Professora de Direito do Trabalho na Esag / Udesc.*

**Prof. Dr. Orides Mezzaroba**

*Secretário Executivo do CONPEDI.*

# SUMÁRIO

---

Cuestiones del Desarrollo Político: Las Frágiles Democracias Latinoamericanas <i>Armando Albuquerque e Maria Aurea Baronicecato</i> .....	8
Da Constituição de Cádiz à Constituição Federal de 1988: A Conquista da Cidadania Índigena no Brasil <i>Dan Rodrigues Levy e Raquel Dani Sobral Santos</i> .....	33
Da Indivisibilidade dos Direitos Humanos e a Proteção do Trabalho Digno em Um Mundo Globalizado <i>Lourival José de Oliveira e Tânia Lobo Muniz</i> .....	55
De Pai para Filho: O Direito Fundamental à Paternidade <i>Rogério Magnus Varela Gonçalves</i> .....	82
Democracia, Governança e a Cidadania: Desafios para (Re)Construção do Estado <i>Antonio Marcos Gavazzoni</i> .....	101
Democracia: Evolução e Aperfeiçoamento – O Papel da Participação e da Deliberação <i>Rubens Becak</i> .....	114
Derecho Constitucional Comparado, Urbanismo y Derecho a la Vivienda <i>Wellington Migliari</i> .....	125
Derechos Humanos, Desarrollo y Poder, una Relación Comprometida <i>Vladmir Oliveira da Silveira e María Méndez Rocasolano</i> .....	143
Direito à Educação, Princípio da Solidariedade e a Escola Inclusiva: Construindo uma Sociedade para Todos <i>Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla e Sandra Filomena Wagner Kiefer</i> .....	172

Direito à Saúde, Teorias Negadoras, Loteria e Mínimo Decente <i>Edith Maria Barbosa Ramos e Paulo Roberto Barbosa Ramos</i> .....	201
Direito ao Desenvolvimento e Direito à Cidade: Uma Proposta de Categorias de Direitos Humanos Universais como Pressupostos de Cidadania <i>Alessandra Danielle Carneiro dos Santos Hilário</i> <i>Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa</i> .....	226
Direito ao Mínimo Social, Escassez de Recursos Públicos e Imunidade Tributária <i>Marlene Kempfer e Miguel Etinger de Araujo Junior</i> .....	255
Direito Fundamental à Saúde e Tutela Individual: Lendo esse Direito Constitucional à Luz do Liberalismo Igualitário <i>José Claudio Monteiro de Brito Filho e Vanessa Rocha Ferreira</i> .....	274



# CUESTIONES DEL DESARROLLO POLÍTICO: LAS FRÁGILES DEMOCRACIAS LATINOAMERICANAS

---

ARMANDO ALBUQUERQUE

Doctor en Ciencia Política por la Universidad Federal de Pernambuco (UFPE/Brazil). Docente Titular del Programa de Postgrado en Derecho del Centro Universitario de João Pessoa-PB (PPGD/UNIPE). Docente colaborador del Programa de Postgrado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Federal de Paraíba (PPGCJ/UFPB). Líder del Grupo de Investigación “Instituciones de la Democracia, del Estado de Derecho y de la Ciudadanía en Brasil y América Latina”- PPGCJ/UFPB/CNPq.

MARIA AUREA BARONCECATO

Doctora en Derecho del Trabajo por la Universidad de Paris II – *Panthéon-Assas* (U-II – Francia). Docente Titular y Coordinadora del Programa de Postgrado en Derecho del Centro Universitario de João Pessoa-PB (PPGD/UNIPE). Docente colaborador del Programa de Postgrado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Federal de Paraíba (PPGCJ/UFPB). Líder del Grupo de Investigación “Trabajo y Desarrollo: Influjos y Dimensiones” PPGCJ/UFPB/CNPq.

## Resumen

El desarrollo político, como campo de investigación, tuvo sus orígenes en la segunda mitad del siglo pasado. Desde los años 60, cuando empezó a florecer, pasó a constituirse una frontera conceptual con la política comparada. En las décadas siguientes hubo muchos avances en el análisis de problemas relacionados con las instituciones políticas, las estructuras estatales, la sociedad civil, la estabilidad y crisis de los regímenes democráticos, entre otros. A partir del tema, se buscará en este trabajo, tomando como base el *Democracy Index*, analizar las causas de una de las principales deficiencias del desarrollo político en América Latina, a saber, la mala calidad de sus democracias y su no consolidación.

## Palabras clave

Desarrollo político; Democracia; América Latina.

## Abstract

The political development, as research field, had its origins in the second half of the last century. From the 60s, when he began to flourish, now constitutes a conceptual

border with comparative politics. In subsequent decades there were many advances in the analysis of problems related to the political institutions, state structures, the rule of law, civil society, stability and crises of democratic regimes, among others. From this issue, will be made to this article, supported by the Democracy Index, analyzing the causes of one of the main shortcomings of the political development in Latin America, namely, the low quality of their democracies and the consequent non-consolidation of the same.

## Key words

Crisis of Democratic Regimes; Political Institutions; Failures of the Political Development.

## 1. Introducción

El desarrollo político, como campo de investigación, tuvo sus orígenes en la segunda mitad del siglo pasado. Desde los años 60, cuando empezó a florecer, pasó a constituirse una frontera conceptual con la política comparada<sup>1</sup>. En las décadas siguientes hubo muchos avances en el análisis de problemas relacionados con las instituciones políticas, las estructuras estatales, la sociedad civil, la estabilidad y crisis de los regímenes democráticos, entre otros.

A partir del tema, se buscará en este trabajo, tomando como base el *Democracy Index* do *Economist Intelligence Unit*, analizar las causas de una de las principales deficiencias del desarrollo político en América Latina, a saber, la mala calidad de sus democracias y su no consolidación. Así que, la primera premisa se basa en que la mayor parte de las democracias latinoamericanas es de mala calidad y por lo tanto no consolidada.

La propagación mundial de la democracia fue uno de los principales acontecimientos políticos del último cuarto del siglo XX. Huntington (1991) llamó a esta expansión democrática de *la tercera ola*<sup>2</sup>. Antes de esa ola, el número de democracias en todos los continentes era aproximadamente 40. Al final de 1995 podrían encontrarse entre 76 y 117 democracias repartidas entre los continentes. La diferencia entre estos números es consecuencia de la concepción del régimen político. (Diamond 1999).

1 Cf. Hagopian (2000).

2 La expansión de la democracia comienza en el sur de Europa a mediados de los años 1970 y llega a América Latina a finales de esa década, ya principios de los años 1980. Llega al este, sur y sureste de Asia en la segunda mitad de la década de 80. El año 1989 estuvo marcado por la caída apoteótica del muro de Berlín, presagiando el fin del comunismo, de la reunificación alemana y el colapso de la Unión Soviética. En el Caribe esta tendencia también ocurre en los años 1990. Finalmente, en esta misma década la democracia llega a Sudáfrica.

La ola de democratización comenzó en América Latina en 1978 y fue acompañada por avances y retrocesos<sup>3</sup>. Esto se debe, en cierta medida, a la forma como que se produjo su liberalización y procesos de transición. Tales procesos fueron, en la mayor parte de los casos, incompletos. Así, la segunda premisa aquí planteada es que la mala calidad de las democracias de América Latina y su no consolidación se deben, en cierta medida, a un proceso inacabado de democratización, lo que favoreció el aspecto electoral en detrimento del aspecto liberal de este régimen de gobierno.

Por tratarse de un artículo, no se tiene la intención de llevar a cabo una discusión teórica sobre el desarrollo político<sup>4</sup>, ni de la teoría democrática contemporánea<sup>5</sup>. En este sentido, se hace necesario tomar dos concepciones centrales para lograr el intento que aquí se propone.

La primera se refiere a la comprensión de la atención que debe ser dada por aquellos que investigan el desarrollo político. De esta forma, se comprende como Hagopian (2000), que tal investigación debe enfatizar principalmente el desarrollo de los padrones de asociación política, de los canales de participación política, de las instituciones formales e informales de la representación política y la gobernanza.

La segunda se refiere a la definición de la democracia. En este sentido, se asume un concepto más extenso que aquel propuesto por toda la tradición oriunda de Schumpeter (1961)<sup>6</sup>. Por consiguiente, es necesario para contrarrestar a la mera democracia electoral, un concepto que incluya otras dimensiones más allá del simple proceso de selección de los gobernantes. Por lo tanto, la elección es causa necesaria, pero no suficiente de una democracia.

A partir de una concepción de la democracia que tiene en cuenta cinco dimensiones, el *Democracy Index*<sup>7</sup> incluye no solo aspectos institucionales, sino también de comportamiento y culturales. Las instituciones son importantes porque moldean el comportamiento

3 Cf. Hagopian e Mainwaring (2005).

4 Cf. Hagopian (2000)

5 Cf. Albuquerque (2009).

6 Además de las definiciones de procedimiento minimalistas de Schumpeter, la definición de la democracia adoptada aquí también se distingue de las definiciones no procedimentales, a ejemplo de Bollen (1980) y (1991).

7 Se señala que no existe una preocupación de los diversos índices, incluyendo el *Democracy Index*, en considerar las relaciones entre civiles y militares y, por tanto, el control civil democrático sobre las fuerzas armadas como una dimensión importante de la democracia. Latinoamérica vio en los últimos sesenta años 36 golpes de estado, la mayor parte de los cuales se produjeron con la participación de las élites civiles y militares. Para que no se diga que estos golpes se produjeron como consecuencia de la coyuntura política de la Guerra Fría, se registran aquí los ocurridos después de este período: Haití (1991 e 2004), Perú (1992), Venezuela (2002), Ecuador (2005) e Honduras (2009) (Andréia Passos *et alii* 2007)

de los actores sociales. Sin embargo, son igualmente importantes los roles que cumplen la agencia y los valores en la creación, el mantenimiento y el cambio institucional.

La problemática central de este trabajo radica en la razón de la mala calidad y la no consolidación de la mayor parte de las democracias latinoamericanas. En un intento de encontrar una respuesta, se afirma, conjeturalmente, que estas democracias carecen de su dimensión liberal.

El argumento utilizado es que los regímenes políticos latinoamericanos han dejado a un lado las dimensiones de una democracia plena o liberal, como el buen funcionamiento de las instituciones democráticas y del Estado de Derecho, la significativa participación de los ciudadanos en las deliberaciones de la comunidad política y el alto nivel de cultura política democrática requerido por una democracia sólida.

Por lo tanto, el principal objetivo de este estudio es proporcionar una explicación plausible a la luz de la evidencia empírica, a su hipótesis principal: la ausencia de la dimensión liberal en las democracias latinoamericanas.

Sirvieron como fuentes de datos para este análisis los *Indexes of Democracy de 2006, 2008, 2010 y 2011*. Una parte de los datos se toman directamente de los *Indexes* y se utilizaron en el análisis. Otra parte se procesó y solo entonces fue analizada.

Para lograr el objetivo propuesto, el texto se divide fundamentalmente en cuatro partes: la primera (sección dos) aborda la definición y mensuración de la democracia presentada por el *Democracy Index*. Se explican las dimensiones de la democracia, la tipología de los regímenes políticos y la puntuación que los clasifica en una de cuatro formas del régimen político.

La segunda parte (sección 3) trata de la mensuración y clasificación de los regímenes políticos en América Latina a partir del análisis de las puntuaciones de la MEs (media de las puntuaciones de cada dimensión por país) de cada dimensión de la democracia. Se divide en dos subsecciones: la primera presenta los procedimientos utilizados y la segunda los realiza.

La tercera parte (Sección 4) establece una comparación entre las dimensiones de la democracia a partir de la media de las puntuaciones que señalan sus capacidades y deficiencias.

Por último, la cuarta y última parte (sección cinco), hace un análisis y clasificación de los regímenes políticos tomando como base la media de la puntuación total.

## 2. Democracy Index: Definiendo y Mensurando la Democracia

El *Democracy Index* es una producción de *Economist Intelligence Unit* cuyo principal objetivo es proporcionar una definición y metodología empírica para medir el régimen

democrático y la clasificación de los regímenes políticos en 167 países. Ofrece una definición empírica de la democracia que va más allá que el mero hecho electoral y propone cinco dimensiones constitutivas de este régimen: a) el proceso electoral y pluralismo; b) el funcionamiento del gobierno c) la participación política; d) la cultura política; y e) las libertades civiles. Su metodología<sup>8</sup> propone una mensuración de este régimen en una escala de 0 a 10 basada en la evaluación de 60 indicadores agrupados en estas cinco dimensiones. También propone una tipología de regímenes políticos que comprenden la democracia plena, la democracia defectuosa o imperfecta, el régimen híbrido y el régimen autoritario.

En la dimensión relativa al *proceso electoral y pluralismo* (*electoral process and pluralismo*) se lleva a consideración, entre otros indicadores, la existencia de elecciones libres y justas para el Legislativo y el Ejecutivo, la existencia del sufragio universal para la población adulta, la igualdad de condiciones en la campaña electoral, las condiciones de posibilidad del elector votar sin amenazas significativas de los organismos estatales y no estatales, la aceptación de la transparencia de la financiación de los partidos políticos, la libertad de organización partidaria independiente del Estado, la posibilidad efectiva de los partidos de la oposición ganar el gobierno y la posibilidad que los ciudadanos formen organizaciones libres de la interferencia del Estado.

En cuanto al funcionamiento del gobierno (*functioning of government*) algunos de los indicadores considerados son: la importancia de los representantes elegidos libremente implementar las políticas del gobierno, la condición del Legislativo como órgano político supremo con clara hegemonía sobre los otros poderes del Estado, la existencia de un sistema eficaz de *checks and balances* en el gobierno, la inexistencia de poderío extranjero en la determinación de las funciones o políticas gubernamentales, la ausencia de interferencias indebidas en el gobierno por los militares y servicios de seguridad, la ausencia de ejercicio de poder paralelo significativo a través de grupos económicos, religiosos o de otra orden con las instituciones democráticas, los votantes deben tener mecanismos de *accountability* en su relación con el gobierno en los períodos entre elecciones, la autoridad del gobierno debe extenderse a todo el territorio del país, las acciones gubernamentales deben ser abiertas y transparentes permitiendo el acceso público a la información, la corrupción no debe ser un problema significativo, etc.

Con respecto a la participación política (*political participation*) aquí están algunos de los indicadores relevantes: un alto porcentaje de participación en las elecciones, la existencia de un grado razonable de autonomía y voz en los procesos políticos de las minorías (étnicas, religiosas, etc.), una considerable participación de las mujeres en el Parlamento, el compromiso ciudadano con la política, un elevado nivel de adultos alfabetizados (por

<sup>8</sup> Cf. *Index* (2011), pp. 29-31.

encima del 90%) y un serio esfuerzo por parte de las autoridades para promover la participación política.

En lo relativo a la cultura política (*political culture*) son los principales indicadores: la existencia de un grado razonable de consenso y cohesión por parte de la sociedad para apoyar el funcionamiento de una democracia, un bajo porcentaje de la población que desee liderazgos fuertes sin parlamentos ni elecciones, un bajo porcentaje de la población que prefiera ser gobernado por militares y / o tecnócratas, alta proporción de la población (más del 80%) creer que la democracia beneficia al desempeño económico, un alto grado de apoyo a la democracia (por encima de 90%) y una fuerte separación entre iglesia y estado.

Finalmente, en cuanto a las libertades civiles (*civil liberties*) se tienen en cuenta los siguientes indicadores, entre otros: la existencia de la libertad de los medios electrónicos, la existencia de medios de comunicación robustos, la libertad de expresión y la protesta, la libertad de organización profesional y sindical, la ausencia de la tortura por parte del Estado, el grado de independencia del poder judicial en relación a la interferencia gubernamental, el grado de libertad y tolerancia religiosa, la igualdad judicial, un sistema eficaz de seguridad pública, la protección de los derechos de propiedad y la libertad empresarial, la protección de las libertades civiles, la ausencia de discriminación significativa de raza, color, credo, etc.

Sobre la base de estas categorías se clasifican los regímenes políticos a partir de ciertos valores mensurados en una escala de 0 a 10. Así, para que un régimen político sea considerado una democracia plena (*full democracy*), es necesario para se obtenga una puntuación total (*overall score*) de 8 a 10. Para que sea clasificada como una democracia imperfecta (*flawed democracy*), se hace necesario obtener una puntuación total de 6-7,9; Cuando un régimen político tiene una puntuación total de 4-5,9; recibe la clasificación híbrido (*hybrid regime*). Por último, cuando un régimen obtiene puntuación por debajo de cuatro se considera autoritario (*authoritarian regime*).

De acuerdo con el *Democracy Index*, la plena democracia se caracteriza por poseer: a) el respeto de las libertades políticas y civiles; b) una cultura política democrática; c) una gobernanza satisfactoria; d) un poder judicial independiente cuyas decisiones surtan efecto; y e) los problemas en el funcionamiento de la democracia son limitados.

Las *democracias imperfectas* incluyen: a) respeto a las libertades políticas y civiles; b) problemas de gobernanza; c) los bajos niveles de participación política; y d) una cultura política subdesarrollada.

Los *regímenes híbridos* poseen: a) elecciones con irregularidades sustanciales que a menudo les impiden ser libres y justas; b) las deficiencias en el funcionamiento del gobierno, la participación y cultura política (mayores que las democracias imperfectas); c) la

corrupción generalizada; d) frágil Estado de derecho; e) sociedad civil poco desarrollada; e) fuerte amenaza a la libertad de prensa; y f) poder judicial sin independencia.

Por último, los *regímenes autoritarios* consideran: en muchos casos los regímenes literalmente dictatoriales; b) la ausencia de pluralismo político o una fuerte limitación del mismo; c) algunas instituciones formales de la democracia, pero con poca robustez; d) las elecciones, cuando existen, no son libres ni justas; e) una fuerte violación de las libertades civiles; f) solamente los medios estatales o controlados por grupos apoyan al régimen; g) la censura y la represión contra los críticos del régimen; h) absoluta falta de independencia del poder judicial.

### 3. Mensurando y Clasificando los Regímenes Políticos por Dimensión

Esta sección tiene como objetivo mensurar y clasificar, con base en el *Democracy Index*, los distintos regímenes políticos latinoamericanos. Se divide en dos subsecciones: la primera, establecen brevemente los procedimientos utilizados para la mensuración y clasificación de la democracia y otros sistemas; la segunda lleva a cabo tales procedimientos.

#### 3.1. Procedimientos Utilizados Basados en el Democracy Index

La medición y clasificación de los regímenes políticos latinoamericanos basados en el *Democracy Index* (en adelante Index), siguieron los siguientes pasos:

- a) Inicialmente, se seleccionaron 20 de los 24 países de América Latina y el Caribe constante de los *Indexes*, con exclusión de Guyana, Surinam, Jamaica y Trinidad y Tobago.
- b) En segundo lugar, los resultados de las cinco dimensiones de la democracia fueron tomadas directamente de los índices.
- c) En tercer lugar, se construyó una tabla llamada “Regímenes políticos en América Latina” con base en la puntuación de los *Indexes* que contienen los siguientes elementos: la media de las puntuaciones de cada dimensión por país (MEs), la media de las puntuaciones totales por país (METs) y la media de las puntuaciones totales por dimensión de la democracia (MTD $\hat{i}$ ).
- d) En cuarto lugar, fueron realizadas las mensuraciones de las dimensiones y clasificaciones de los regímenes políticos basados en las puntuaciones de los cuatro *Indexes* y sus promedios, de las METs y MEs de cada dimensión.
- e) Por último, mantuvimos todos los demás contenidos de los *Indexes* relativos a la tipología de los regímenes políticos y los indicadores de su clasificación.

### 3.2. *Mensurando y Clasificando los Regímenes Políticos por Dimensión*

Para realizar este procedimiento, serán levados en consideración las puntuaciones de los *Indexes* y las MEs relativas a las dimensiones que constituyen la definición de democracia adoptada.

#### 3.2.1. Proceso Electoral y Pluralismo

El punto de partida de cualquier democracia consiste en el proceso electoral a través del cual los miembros del Ejecutivo y del Legislativo son seleccionados. Para que las elecciones sean consideradas democráticas se hace necesario que las mismas se realicen periódicamente, en un clima de libertad y de relativa igualdad de condiciones para los que de ellos participan. Se hace necesario todavía que la ciudadanía sea inclusiva<sup>9</sup>. De esa forma, la garantía de las diversas libertades civiles, así como de los derechos políticos, son condiciones necesarias para considerar un proceso electoral plural, libre y justo. En Latinoamérica, con excepción de Cuba, la casi totalidad de los países contempla, en larga medida, estos requisitos.

Esta es la dimensión en la cual los países obtuvieron las mejores puntuaciones. Así, tanto del punto de vista de las puntuaciones como del punto de vista de su promedio, casi todos los países se posicionaron bien. La única excepción puede ser hecha a Cuba con puntuación 1,75 en todos los *Indexes*.

Señalando el *Index* de 2006 y 2008 se verifica que de los 20 países, 15 obtuvieron las puntuaciones compatibles con los de una democracia plena, 3 con los de una democracia imperfecta, 1 con los de un régimen híbrido y 1 con los de un régimen autoritario.

En el *Index* de 2010 se observa que 13 de los 20 países alcanzaron puntuaciones pertinentes a los de una democracia plena. Por lo tanto, dos a menos que en los *Indexes* de 2006 y 2008. Al contrario, el número de puntuaciones compatibles con los de una democracia imperfecta aumentó de 3 en los dos *Indexes* anteriores para 5. Por fin, se mantuvieron 1 en las puntuaciones pertinentes a los de un régimen híbrido y 1 en los de un régimen autoritario.

En el *Index* de 2011 el número de puntuaciones compatibles con los de una democracia plena decreció de 13 para 12, los relativos a los de una democracia imperfecta de 5 para 4, los regímenes híbridos aumentaron de 1 para 2 y se mantuvo 1 en régimen autoritario.

La media total de las puntuaciones de esta dimensión (MTD<sub>i</sub>) es de 8,19. El gráfico 1 ilustra el número de regímenes políticos por *Index* y por la MEs.

<sup>9</sup> Cf. Dahl (1971)



## Regímenes por la Dimensión Proceso Electoral y Pluralismo

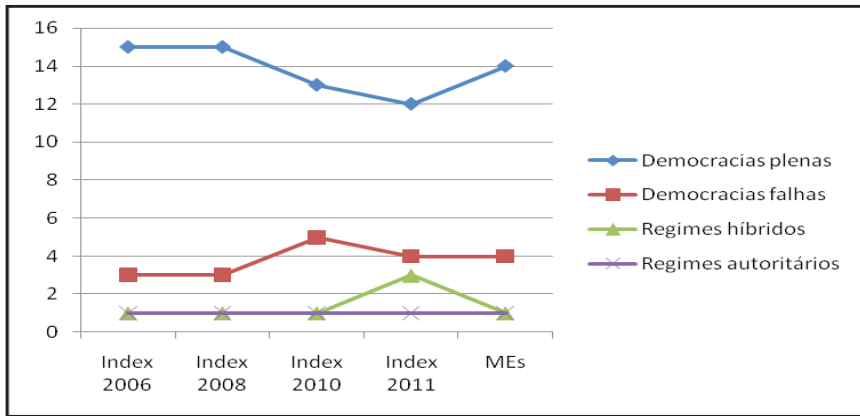


GRÁFICO 1

En síntesis, en lo que respecta a la categoría proceso electoral y pluralismo, los países de América Latina obtuvieron buenas puntuaciones y medias. Eso significa que en la mayor parte de los países no hay graves problemas en relación a las elecciones, en lo que respecta a su regularidad, su libertad y su idoneidad. De modo que por las MEs de esta dimensión, 14 países alcanzaron valores relacionados a las democracias plenas (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay). Cuatro países obtuvieron las MEs pertinentes a las democracias imperfectas (Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela). El Haití obtuvo media compatible con los regímenes híbridos y, por fin, Cuba, se mantuvo en el nivel de los países autoritarios. Ahora veamos la próxima dimensión.

### 3.2.2. Funcionamiento del Gobierno

Las elecciones para el Legislativo y el Ejecutivo no son suficientes para definir a un régimen democrático. Vale recordar que en el siglo pasado, en algunos casos, los líderes y los partidos totalitarios ascendieron al poder político a través de los mecanismos electorales. Por lo tanto, las elecciones son necesarias, no obstante insuficientes. De esta forma, es saludable que exista un sistema de *accountability*, tanto horizontal como vertical<sup>10</sup>, proporcionando la limitación de poder de los gobernantes elegidos y contribuya para la buena calidad de la democracia. Se necesita, por tanto, de medios que propicien tanto el control del Estado a través de sus mecanismos propios, como aquellos relacionados con la sociedad civil.

<sup>10</sup> Cf. Guillermo O'Donnell (1998).

En este sentido, el funcionamiento del gobierno en América Latina se ha configurado como uno de los primeros obstáculos a la consolidación de un régimen democrático. La primera señal de que esta es una dimensión problemática puede ser verificado en la fuerte caída de su MTDi, es decir, 5,88, en comparación con el anterior 8,19. Por tanto, es 2,31 menos que la media total del proceso electoral y pluralismo. Se pasa al análisis por *Index*.

En el *Index* de 2006 se observa que solo 3 de los 20 países alcanzaron un promedio compatible con las democracias plenas. Las democracias imperfectas fueron computadas en 5 países. Los regímenes híbridos alcanzan los números más altos hasta este momento, 9. Y, por último, 3 regímenes son clasificados como autoritarios.

En el *Index* de 2008 se mantiene el número de calificaciones correspondientes a una democracia plena, es decir, 3, los puntajes compatibles con las democracias imperfectas fueron alcanzados por 6 países, por lo tanto, uno más que en el *Index* anterior, los países que han logrado puntuaciones en el padrón de los regímenes híbridos aumentaron de 9 a 10 y solo un régimen autoritario se mantuvo.

En el *Index* de 2010 y 2011 se mantuvieron los mismos números: 3 puntuaciones en el nivel de democracias plenas, 7 en las democracias imperfectas, 8 en los regímenes híbridos y 2 en los regímenes autoritarios. Por lo tanto, ocurrió el aumento de 1 país con puntaje de democracia imperfecta, dos países disminuyeron sus puntuaciones de los regímenes híbridos y aumentó 1 país de los que recibieron estándar de gobierno autoritario.

El número de los regímenes políticos en relación a esta dimensión, por *Index* y por la MEs, se pueden ver en el gráfico 2.

### Regímenes por la Dimensión Funcionamiento del Gobierno

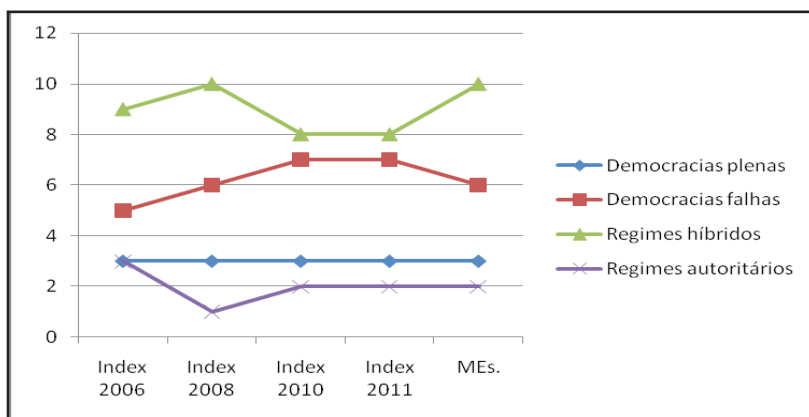


GRAFICO 2

Se observa, por lo tanto, que en relación al funcionamiento del gobierno las MEs sufren en general, una disminución considerable. En cuanto a las MEs de los 20 países, solo tres obtuvieron medias compatibles con una democracia plena (Uruguay, Chile y Costa Rica). Cinco países lograron medias que los clasifican como democracias imperfectas (Brasil, Panamá, México, Guatemala y Colombia). Diez países obtuvieron medias de regímenes híbridos (Argentina, Bolivia, Cuba, El Salvador, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú y República Dominicana). Por último, dos países tuvieron las más bajas MEs, Haití y Venezuela.

Así, por medio de las puntuaciones se infiere que a pesar de elecciones periódicas, libres y relativamente justas, el funcionamiento del gobierno deja mucho que desear. Una de las principales causas que se puede destacar es la ausencia de un sistema efectivo de *accountability*. Esta ausencia permite que después de las elecciones los gobernantes concentren en sus manos una amplia margen de poder político sobreponiéndose a los demás poderes y a la propia sociedad civil.

### 3.3.3. Participación Política

Una democracia requiere mucho más que un conjunto de instituciones. Sin embargo, las instituciones son importantes porque forman incentivos y expectativas que guían el comportamiento de los actores sociales, recompensándolos o castigándolos (Maravall y Przeworski 2003). No obstante, las instituciones no pueden prescindir de la agencia, ya que esto también tiene un impacto en la creación, el mantenimiento y el cambio institucional. Por lo tanto, la pasividad o la apatía de los actores sociales es incompatible con un régimen democrático. En América Latina la participación política es una de las dimensiones más problemáticas de la democracia, ya que exige a los ciudadanos un elevado nivel de cultura cívica<sup>11</sup>. Los puntajes de las MEs de la participación política pasan a ser analizadas.

Debe decirse desde el principio que ningún país obtuvo una puntuación compatible con una democracia plena en cualquiera de los *Indexes* y, obviamente, en sus promedios. Peor que esto, en el *Index* de 2006 y 2008, solo Costa Rica logro puntuación en los valores de una democracia imperfecta. La mayor parte de los países (13) alcanzaron puntuaciones de regímenes híbridos y 6 de regímenes autoritarios.

En el *Index de 2010*, una vez más, ninguna puntuación acorde con una democracia plena. Costa Rica y México obtuvieron puntajes de una democracia imperfecta. Los regímenes híbridos incluyen a 10 países y los autoritarios a 8.

Por último, el *Index de 2011* aparece con 3 regímenes con puntajes de democracias imperfectas, 8 con puntuación de regímenes híbridos y 9 con puntuación de regímenes autoritarios.

<sup>11</sup> Cf. Almond e Verba (1989) e Putnam (1996).

La MTD<sub>i</sub> de 4,61 es la más baja entre todas las dimensiones. Esta 3,58 por debajo del MTD<sub>i</sub> del proceso electoral pluralismo. En el gráfico 3 se muestran los regímenes políticos por las MEs de la participación política.

### Regímenes por la Dimensión Participación Política

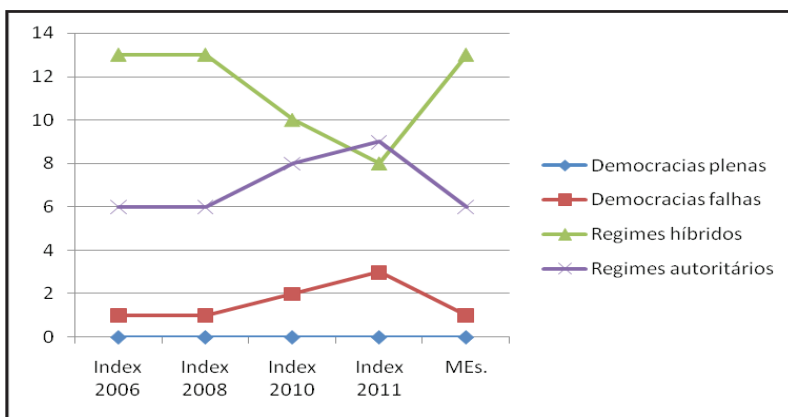


GRÁFICO 3

Se constata que en la dimensión participación política ningún país logró una puntuación compatible con una democracia plena. De los dos países considerados como tales, solo Costa Rica alcanzó en los cuatro *Indexes* una puntuación compatible con el de una democracia imperfecta, 6,11. Además, solo México (2010 y 2011) y Bolivia (2011) lograron la misma puntuación. Panamá, Argentina y Venezuela obtuvieron 5,56, Paraguay y Ecuador 5,00. Haití (2,78) y Cuba (3,89) mantienen las mismas puntuaciones en todos los *Indexes*. Uruguay y Chile, dos de las tres mejores puntuaciones totales en todos los *Indexes*, decayeron a puntajes compatibles con regímenes híbridos.

Al observar las MEs de esta dimensión, se obtiene el peor resultado en todos los casos: no hay ninguna media compatible con una democracia plena. Solo un promedio se encuadra entre las de una democracia imperfecta. La media de 13 países fueron consistentes con los regímenes híbridos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela). Por último, seis países obtuvieron el promedio equivalente a regímenes autoritarios: Cuba, El Salvador, Guatemala, Haití, Nicaragua y la República Dominicana. Finalmente, se registra que esta dimensión fue aquella en la que la mayor parte de los países están con puntajes compatibles con los regímenes autoritarios y que estas cifras están incrementando de 6 en (2006 y 2008) a 8 en (2010) y para 9 en (2011).

### 3.2.4. Cultura Política

Análogamente a la participación política, la cultura política desempeña un papel vital en la calidad de un régimen democrático. No son pocos los países de América Latina donde las instituciones democráticas están mal evaluadas en relación con las instituciones coercitivas, especialmente las fuerzas armadas<sup>12</sup>. Por lo tanto, la creencia en las instituciones políticas democráticas es parte constituyente fundamental del proceso de consolidación de la democracia. Para esta dimensión, la observación inicial realizada de la participación política es aplicable, que ninguno de los países en cuestión obtuvo un promedio o incluso una sola puntuación, compatible con una democracia plena.

El *Index* de 2006 señala la falta de resultados en el nivel de democracias plenas. Solo 3 países tienen puntuaciones similares a las democracias imperfectas, 13 permanecieron entre los de regímenes híbridos y 4 a los regímenes autoritarios. La puntuación media fue de 4,88.

El Índice de 2008 repite la situación en relación con los dos primeros regímenes y sufre un pequeño cambio entre los regímenes híbridos, que aumentó de 13 a 14 y entre los regímenes autoritarios decreció de 4 a 3. La *MEDi* es 4,97. A pesar de haber mejorado en relación a la participación política, la *MTDi* es 3,22 más baja que la *MTDi* proceso electoral y pluralismo.

Los *Indexes* de 2010 y 2011 muestran cifras idénticas: 5 países con puntajes consistentes con democracias imperfectas, 11 con puntajes similares a los regímenes híbridos y 4 con puntajes compatibles con los regímenes autoritarios.

Se observa en el gráfico 4 el número de regímenes políticos en relación a esta dimensión, por *Index* y por la *MEs*.

#### Regímenes por la Dimensión Cultural Política

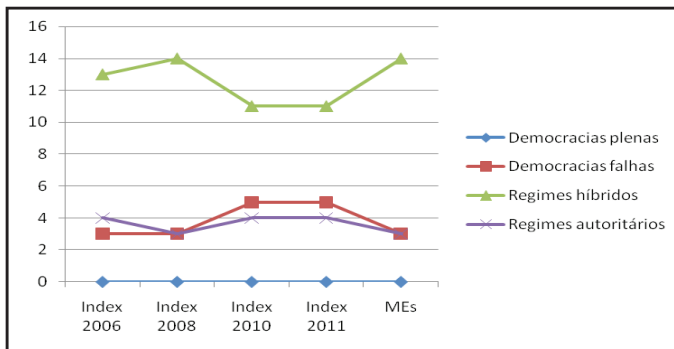


GRÁFICO 4

12 Cf. "A imagem das instituições públicas brasileiras", AMB, 2007

Analizando la media de estas puntuaciones se puede notar que no son tan bajos como los pertinentes a la participación política, también permanecen en niveles mucho más bajos a los relacionados con el proceso electoral y pluralismo. Es, para ser más exactos, el segundo peor MTD<sub>i</sub>, es decir, 4,97.

De manera similar a la participación política, no surge una sola media ni puntuación que se encuentre dentro de los parámetros de democracias plenas. En el nivel de puntuación de las democracias imperfectas se clasifican solo tres países: Chile, Costa Rica y Uruguay. La mayor parte de la media, una vez más, inciden en el padrón de los regímenes híbridos en 14 países: Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. Por último, la media de Bolivia, Ecuador y Haití se mantuvieron en el padrón de puntuación de los regímenes autoritarios.

### 3.2.5. Libertades Civis

Las libertades civiles son derechos relacionados con las personas, tales como la libertad de conciencia, de expresión, de asociación y de reunión y otros. Evidentemente, estas libertades son de suma importancia para el establecimiento de una democracia, a pesar de que no sea más que electoral. Sin embargo, una vez que pasadas las elecciones, el grado de mantenimiento de estas libertades fijará el tono no solo del gobierno, sino de la propia democracia. En algunos países de América Latina, los gobiernos que surgen de los procesos electorales, a menudo, suprimen algunas de estas libertades civiles, lo que compromete la calidad de la democracia<sup>13</sup>.

Aunque los *Indexes* en cuestión no aborden explícitamente el requisito de un Estado de derecho que propicie una democracia liberal, está implícito en sus indicadores, cuando solicitan algunas protecciones de las libertades civiles y políticas, como la igualdad jurídica, que sigue siendo la piedra angular del Estado de derecho. Por consiguiente, esta dimensión de la democracia es de suma importancia.

Los *Indexes* de 2006 y 2008 muestran que 11 países tienen puntajes correspondientes a una democracia plena. Los que obtuvieron puntajes de una democracia imperfecta fueron 7. Los regímenes híbridos y autoritarios obtuvieron un puntaje para cada uno.

Asimismo, los *Indexes* de 2010 y 2009 muestran cifras similares: 10 países con puntajes compatibles con las de una democracia plena, con ocho puntuaciones referentes a las democracias imperfectas y 2 con puntajes en los padrones de los regímenes híbridos y autoritarios (nuevamente Venezuela y Cuba, respectivamente).

13 Cf. Hagopian y Mainwaring (2005).

El  $MTDi$  es de 7,87, por lo tanto, se mantiene por debajo de la dimensión relativa al proceso electoral y al pluralismo, es decir, 0,32. El gráfico 5 muestra el número de regímenes políticos con relación a esta dimensión.

### Regímenes por la Dimensión Libertades Civiles

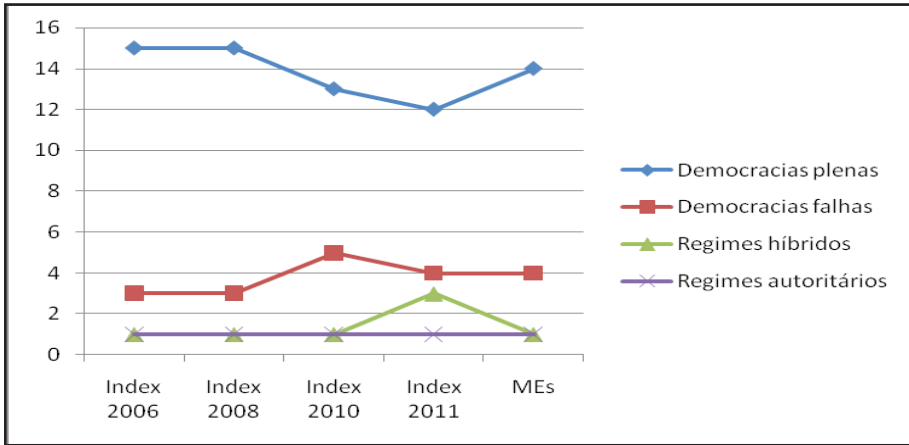


GRÁFICO 5

A diferencia de las MEs de las tres últimas dimensiones, las MEs de las libertades civiles muestran un escenario prometedor para la democracia, en particular en las esferas de las libertades civiles citadas anteriormente. Sin embargo, no se puede decir lo mismo en lo que respecta al grado de independencia judicial del gobierno, de un sistema eficaz de seguridad pública, de la ausencia de la tortura perpetrada incluso, por los organismos de seguridad del Estado. Estos son indicadores centrados también por los *Indexes* en relación con las libertades civiles.

De todos modos, al lado del proceso electoral dimensión y el pluralismo, aquí se obtuvieron los mejores resultados. Es el segundo mejor  $MTDi$  de las cinco dimensiones, es decir, 7,87. De los 20 países, 12 lograron media en los niveles de una democracia plena (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay). Otros seis obtuvieron media concerniente con las democracias imperfectas (Bolivia, Ecuador, Guatemala, Honduras y Nicaragua). Solo Venezuela y Cuba tuvieron promedios para los regímenes híbridos y autoritarios, respectivamente. El gráfico 6 muestra el número de regímenes gubernamentales por dimensión.

### Las Cinco Dimensiones de la Democracia Comparadas

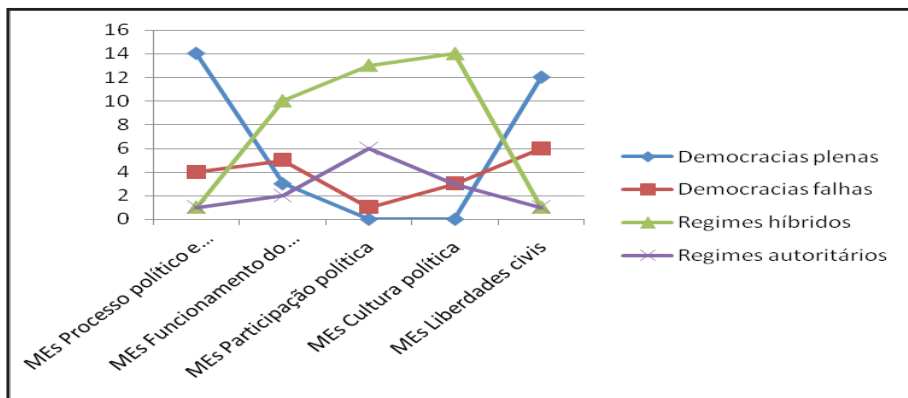


GRÁFICO 6

#### 4. Comparando las Cinco Dimensiones de la Democracia

Cuando comparamos las dimensiones de la democracia a partir de la media de las puntuaciones de cada dimensión alcanzada por los países, señala claramente la diferencia entre dos buenos promedios, en relación con el proceso político y el pluralismo y las libertades civiles, un promedio que se puede considerar cerca de lo razonable, en relación con el funcionamiento del gobierno, y sobre todo los bajos promedios de participación y cultura política. El gráfico 7 ilustra bien esta situación.

### Las Cinco Dimensiones de la Democracia Comparadas

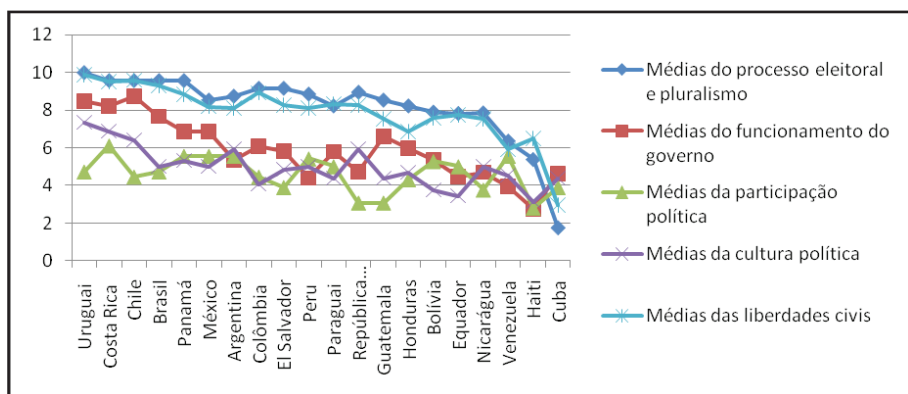


GRÁFICO 7



Lo que se puede verificar es que las democracias latinoamericanas contienen, en gran medida, las propiedades constitutivas de una democracia electoral y las libertades civiles, en particular, las necesarias para la celebración de elecciones periódicas, libres y justas. La mayor parte de los países en cuestión tienen promedios entre excelente y buena en las dimensiones del proceso electoral y pluralismo ( $MTDi = 8,19$ ) y las libertades civiles ( $MTDi = 7,87$ ). Aunque Haití tiene problemas con la media, se hace necesario tener en cuenta la situación excepcional que desde 2004 el país ha enfrentado en la restauración del orden político. Cuba, por supuesto, es un *outlier*.

En cuanto al funcionamiento del gobierno hubo una caída significativa de su promedio y de las dimensiones anteriores ( $MTDi = 5,88$ ). Es posible enumerar algunos de los principales problemas de los países latinoamericanos en relación a esta dimensión. Entre ellos se encuentran: la hegemonía del poder ejecutivo sobre los otros poderes y, por tanto, la ausencia de un sistema eficaz de *checks and balances*; la ausencia de un sistema efectivo de *accountability* (que propicia la falta de transparencia de las acciones del gobierno y, como consecuencia, un alto grado de corrupción<sup>14</sup>); la ausencia de un efectivo control civil democrático sobre las fuerzas armadas, de inteligencia y de seguridad, en vista de la naturaleza del carácter pretoriano de las sociedades latinoamericanas<sup>15</sup>. Esto requiere de una atención especial teniendo en cuenta que la falta de control de las autoridades civiles sobre las instituciones coercitivas ha contribuido fuertemente a las graves violaciones de los derechos humanos<sup>16</sup>.

Pero es en la dimensión de la participación política que los problemas se presentan de forma más acentuada ( $MTDi = 4,60$ ). Es interesante notar que en América Latina el voto permanece obligatorio en 13 países (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) de 24 en todo el mundo<sup>17</sup>. Se constata que el efecto que confiere esta seudoparticipación en el ejercicio de la ciudadanía es demasiado perjudicial. Hay una baja participación de la mujer en la vida política, tanto en el Poder Ejecutivo como en el Legislativo. Hay poco compromiso de los ciudadanos con la política y escasos esfuerzos de las autoridades para promover la participación política. Por último, en algunos países hay un alto número de adultos analfabetos<sup>18</sup>, lo que contribuye fuertemente a una mala calidad de la ciudadanía. Según

14 Ver indicadores del *Corruption Perceptions Index* 2011

15 Pocos aspectos de la modernización política son más impresionantes y comunes que la intervención de los militares en la política. Juntas y golpes, revueltas y regímenes militares han sido un fenómeno constante en las sociedades latinoamericanas "Huntington (1975)

16 Ver indicadores del *Human Rights Watch*

17 Cf. Soares (2004)

18 Ver indicadores en el *Anuario Estadístico de América Latina y El Caribe* 2010 (CEPAL / ECLAC). En este Brasil tiene la octava tasa más alta del analfabetismo entre los 28 países de la región, el 11,1%. Está adelante únicamente de Jamaica (11,3%), República Dominicana (14,5%), El Salvador (18,9%), Honduras (22,0%), Guatemala (28,2%), Nicaragua (31,9%) y Haití (45,2%).

datos de 2007 de la Campaña Latinoamericana por el Derecho a la Educación (CLADE), América Latina cuenta con 35 millones de analfabetos, la mayoría de estos 14 millones están en Brasil, es decir, aproximadamente un tercio de analfabetos en la región.

Por último, con respecto a la cultura política, nuevamente la media es más baja y su MTD $i$  es 4,97, es el segundo promedio más bajo. Algunos de los problemas de esta dimensión pueden ayudar a explicar estos resultados. El primero sería la ausencia de un grado razonable de consenso y cohesión por parte de la sociedad que apoya el funcionamiento de una democracia<sup>19</sup>. Una parte considerable de la población que desea: a) un liderazgo fuerte y sin parlamento ni elecciones, b) ser gobernado por militares y / o tecnócratas; una baja adherencia de la población a la idea de que la democracia que la democracia beneficia al desempeño económico, bajo nivel de apoyo a la democracia y un rechazo de la separación entre iglesia y estado.

## 5. Clasificando los Regímenes Políticos por las METs

Finalmente, se realizó una clasificación de los regímenes políticos latinoamericanos basados en la media de las puntuaciones totales. Se observa, una vez más, que de los 20 países seleccionados solamente dos están clasificados por las puntuaciones totales de los *indexes* como democracias plenas: Uruguay y Costa Rica. Cuando vemos el número de METs, Uruguay aparece primero en la clasificación con 8,08 y Costa Rica ocupa el segundo lugar con 8,05.

Las 12 METs siguientes indican las tres democracias imperfectas del continente latinoamericano con puntajes totales entre 7 y 8. Por lo tanto, Chile, Brasil y Panamá aparecen en el tercer, cuarto y quinto lugares con METs de 7,75, 7,25 y 7,23, respectivamente.

México con 6,83, Argentina con 6,74, Colombia con 6,53, El Salvador con 6,39, Perú, con 6,35, Paraguay con 6,34, la República Dominicana, con 6,18, Guatemala con 6,02 y Honduras con 6,01 complementa este panorama. Sus posiciones en el ranking ocupan, respectivamente, del 6º al 14º lugares.

Bolivia con 5,79, Nicaragua con 5,76, Ecuador con 5,69, Venezuela con 5,26 y Haití con 4,1 ocupan del 15º al 19º colocaciones en el rango. Desde sus METs sus regímenes se clasifican como híbridos.

Por último, Cuba aparece como el único gobierno autoritario en este universo con el último lugar en el ranking de América Latina y con METs de apenas 3,52.

19 Ver indicadores del *Latinobarómetro* sobre “El apoyo a la democracia” (2011, pp. 26-29).

Al clasificar los regímenes de gobierno por las METs de los cuatro *Indexes*, resulta que la mayoría de los países de América Latina se mantienen en la categoría de democracias imperfectas. El gráfico 8 ilustra esta situación.

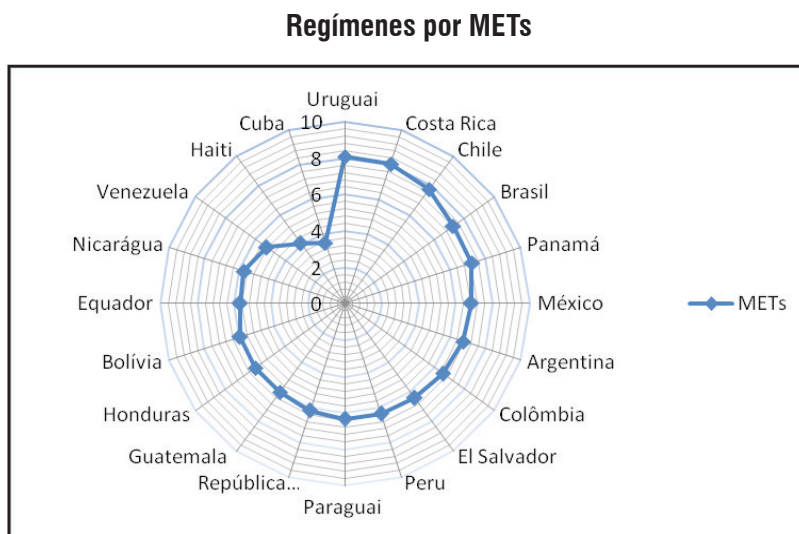


GRÁFICO 8

En resumen, por la METs en América Latina hay dos democracias plenas (10%), 12 democracias imperfectas (60%), cinco regímenes híbridos (25%) y un régimen autoritario (5%). Por lo tanto, se puede afirmar, categóricamente, a la luz de las cifras presentadas, que las democracias imperfectas constituyen el universo más amplio de los regímenes políticos en América Latina.

## 6. Conclusión

Este trabajo trató de analizar las causas de las principales deficiencias de las democracias de América Latina que, en última instancia, impiden su consolidación. Por lo tanto, se utilizó uno de los *Index* de mayor reputación de la democracia, el *Democracy Index*. Además de los datos tomados directamente de sus versiones 2006, 2008, 2010 y 2011, fue construido una tabla (Regímenes políticos en América Latina) con un rango, la medias de las puntuaciones de las cinco dimensiones de la democracia (MEs), la media de sus puntuaciones totales (METs) y la media de las puntuaciones totales por dimensión (MTDi). A partir de ahí, hubo un análisis y clasificación de los regímenes de cada una de las dimensiones democráticas. Luego se hizo un análisis comparativo de las cinco

dimensiones de la democracia basado en las MEs. Por fin, se analizaron la media para las puntuaciones totales y se elaboró una clasificación de los regímenes políticos tomándolas como base.

La hipótesis inicial de esta investigación es que la mayoría de las democracias latinoamericanas son meramente electorales o con denominaciones diversas que difieren de una democracia liberal. Su principal argumento es que hay negligencia en la región con respecto a las dimensiones que extrapolen las elecciones y de algunas libertades civiles que son condiciones necesarias. De esta forma, todas las demás dimensiones de la democracia, como el funcionamiento del gobierno, participación y cultura política son relegadas a un segundo plano.

El propósito principal de este trabajo fue tratar de explicar la mala calidad de la democracia latinoamericana y su no consolidación, señalando sus causas a la luz de la evidencia empírica presentadas. Se cree que a partir del análisis de los datos proporcionados por los *Indexes* y por la tabla de los Regímenes políticos Latinoamericanos, construida por los autores, se puede afirmar que este objetivo fue, en cierta medida, exitoso.

Al término de este trabajo es posible afirmar las siguientes conclusiones acerca de las dimensiones de las democracias de América Latina:

- 1º) Ninguna de las democracias tiene problemas considerables en el proceso electoral y el pluralismo;
- 2º) Seis países (Argentina, El Salvador, Perú, Paraguay, República Dominicana y Honduras) tienen problemas razonables en cuanto a la dimensión funcionamiento del gobierno;
- 3º) Con excepción de Costa Rica, todos los demás tienen graves problemas relacionados con la dimensión de la participación política, en particular los de El Salvador, República Dominicana y Guatemala;
- 4º) Todos, excepto Uruguay, Costa Rica y Chile, tienen serios problemas con respecto a la cultura política;
- 5º) Por último, ninguno de ellos tiene problemas con las libertades civiles.

No obstante estas fragilidades, las democracias latinoamericanas han logrado diferentes formas de consolidar la dimensión electoral, aunque no ha sido lo mismo con aquellas dimensiones pertenecientes a una democracia liberal. Estas tienen implicaciones más duraderas que una simple formalización de un gobierno democrático. Requieren de un sistema democrático en el que se contempla mucho más que el buen funcionamiento de las instituciones gubernamentales, la protección de las libertades políticas y civiles, la participación significativa de los ciudadanos en las deliberaciones sobre política y el alto nivel de la cultura política democrática.

Al final de esta investigación, hay que confesar la fuerte propensión a predecir un futuro prometedor para América Latina desde el punto de vista de su desarrollo político, dado que, tiene sus raíces en 14 democracias de los 20 regímenes políticos analizados. Mejor que eso, solo uno está configurado como autoritario. Sin embargo y a pesar de esa inclinación, la prudencia impone una pregunta crucial e inevitable: ¿Qué camino tomaran las democracias imperfectas? ¿El de la consolidación? ¿La estancación? O el retroceso? Con la palabra, la historia.

## 7. Referências

- A imagem das instituições públicas brasileiras.** AMB, Brasília, setembro de 2007. Disponível em: [http://www.amb.com.br/docs/pesquisa/imagem\\_instituicoes.pdf](http://www.amb.com.br/docs/pesquisa/imagem_instituicoes.pdf). Acesso em: 12.01.2012.
- Anuário Estadístico de América Latina y El Caribe 2010** (CEPAL/ECLAC). Disponível em: [http://websie.eclac.cl/anuario\\_estadistico/anuario\\_2010/docs/Introduccion\\_2010.pdf](http://websie.eclac.cl/anuario_estadistico/anuario_2010/docs/Introduccion_2010.pdf). Acesso em: 12.01.2012.
- ALBUQUERQUE, Armando. *Teoria democrática contemporânea: de Schumpeter a Mainwaring*. In Marcelo Novelino e Agassiz Almeida Filho, **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria do Estado**. Salvador: JusPODIVM, 2009, pp. 131-151.
- ALMOND, G; VERBA, S. **The civic culture revisited**. Londres: Sage Publications, 1989.
- BOLLEN, Kenneth A. Issues in the Comparative Measurement of Political Democracy in **American Sociological Review**, vol. 45, n. 3, 1980, pp. 370-390.
- BOLLEN, Kenneth A. Liberal Democracy: Validity and Method Factors in Cross-National Measures in **American Journal Political Science**, vol. 37, n. 4, 1991, pp. 1207-1230.
- CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. **Informe 2011**. Disponível em: <http://www.latinobarometro.org/latino/latinobarometro.jsp>. Acesso em 15 de fevereiro de 2012.
- COLLIER, David e LEVITSKY, Steven. Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research. **World Politics** Vol. 49, No. 3, Apr., 1997, pp. 430-451.
- DIAMOND, Larry. **Developing Democracy Toward Consolidation**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1999.
- HAGOPIAN, Frances. Political Development, Revisited. **Comparative Politics Studies**, Vol. 33 No. 6/7, August/September 2000, 880-911.

- HAGOPIAN, Frances and MAINWARING, Scott P. **The Third Wave of Democratization in Latin America: Advances and Setbacks**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Human Rights Watch**. Disponível em: <http://www.hrw.org/>. Acesso em: 12.01.2012.
- HUNTINGTON, Samuel P. **A ordem política nas sociedades em mudança**. Tradução de Pinheiro de lemos. São Paulo: Editora Forense-Universitária e Editora da Universidade de São Paulo, 1975.
- \_\_\_\_\_. (*The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*). Norman: University of Oklahoma Press, 1991.
- MAINWARING, Scott. BRINKS, Daniel & PÉREZ-LIÑÁN, Anibal Classificando regimes políticos na América Latina. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 44, n. 4, 2001, pp. 645 a 687.
- MARAVAL, José María e PZREWOSKI, Adam. **Democracy and the Rule of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- MARSHALL, T.H. “Citizenship and Social Class”, in T.H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*. Chicago, The University of Chicago Press, 1964.
- O’DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, CEDEC, n. 44, p. 27-103, 1998.
- PASSOS, Andréia, MICHELSON, Davis e LIMA, José Antônio. “Os golpes de Estado na América Latina”. *Revista Época*. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI80186-15227,00.html>. Acesso em: 81.01.2012.
- SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- SOARES, Paulo Henrique. Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo. (Consultoria Legislativa do Senado – Coordenação de Estudos). **Textos para discussão 6**. Brasília, 2004.
- PUTNAM, Robert. **Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 1996.
- ZAKARIA, Fareed. **The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad**. New York e London: W. W. Norton & Company, 2003.
- ZAUERUCHA. **Frágil democracia: Collor, Itamar, FHC e os Militares (1990-1998)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. **Democracy Index 2006**. [http://www.economist.com/media/pdf/DEMOCRACY\\_INDEX\\_2007\\_v3.pdf](http://www.economist.com/media/pdf/DEMOCRACY_INDEX_2007_v3.pdf). Acesso em 12.01.2012.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. **Democracy Index 2008**. Disponível em: <http://graphics.eiu.com/PDF/Democracy%20Index%202008.pdf>. Acesso em 12.01.2012.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. **Democracy Index 2010**. Disponível em: [http://graphics.eiu.com/PDF/Democracy\\_Index\\_2010\\_web.pdf](http://graphics.eiu.com/PDF/Democracy_Index_2010_web.pdf). Acesso em: 12.01.2012.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. **Democracy Index 2011**. Disponível em: [http://www.eiu.com/public/topical\\_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex2011](http://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex2011). Acesso em: 12.01.2012.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perceptions Index 2011**. Disponível em: <http://cpi.transparency.org/cpi2011/results/>. Acesso em: 12.01.2012.

## APENDICE

## Sistemas Políticos en América Latina

País	Rango latino-americano	Media del Proceso electoral y pluralismo	Media del funcionamiento del gobierno	Media de la participación política	Media de la cultura política	Medias de las libertades civiles	Media de los puntajes totales	Regímenes políticos
Uruguay	1	10,00	8,48	4,72	7,35	9,86	8,08	DP
Costa Rica	2	9,58	8,21	6,11	6,88	9,49	8,05	DP
Chile	3	9,58	8,75	4,45	6,41	9,56	7,75	DI
Brasil	4	9,58	7,68	4,72	5,01	9,27	7,25	DI
Panamá	5	9,58	6,88	5,56	5,32	8,82	7,23	DI
México	6	8,54	6,87	5,56	5	8,16	6,83	DI
Argentina	7	8,75	5,36	5,56	5,94	8,09	6,74	DI
Colombia	8	9,17	6,09	4,45	4,07	8,9	6,54	DI
El Salvador	9	9,17	5,82	3,89	4,85	8,24	6,39	DI
Peru	10	8,86	4,40	5,42	5	8,09	6,35	DI
Paraguay	11	8,23	5,80	5	4,38	8,31	6,34	DI



País	Rango latino-americano	Media del Proceso electoral y pluralismo	Media del funcionamiento del gobierno	Media de la participación política	Media de la cultura política	Medias de las libertades civiles	Media de los puntajes totales	Regímenes políticos
República Dominicana	12	8,96	4,73	3,06	5,94	8,24	6,19	DI
Guatemala	13	8,54	6,61	3,06	4,38	7,5	6,02	DI
Honduras	14	8,23	5,98	4,3	4,69	6,84	6,01	DI
Bolivia	15	7,90	5,36	5,28	3,75	7,57	5,97	RH
Equador	16	7,83	4,47	5	3,44	7,72	5,69	RH
Nicaragua	17	7,86	4,70	3,75	5	7,5	5,76	RH
Venezuela	18	6,36	3,95	5,56	4,54	5,88	5,26	RH
Haiti	19	5,38	2,75	2,78	3,13	6,47	4,10	RH
Cuba	20	1,75	4,64	3,89	4,38	2,94	3,52	RA
MED <i>i</i>		8,19	5,88	4,61	4,97	7,87	6,30	

LEYENDA: Media de las puntuaciones de cada dimensión por país (ME). Media de las puntuaciones totales por país (MET). Media de las puntuaciones por dimensión de la democracia (MED*i*). Democracias plenas (DP). Democracias imperfectas (DI). Regímenes híbridos (RH). Regímenes autoritarios (RA).

# DA CONSTITUIÇÃO DE CÁDIS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A CONQUISTA DA CIDADANIA ÍNDIGENA NO BRASIL

---

DAN RODRIGUES LEVY

Doutor em Sociologia Urbana pela Universidade de Coimbra-Portugal; Mestre em Direitos Humanos e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Pará – UFPA; Professor Assistente I na cadeira de Introdução ao Estudo do Direito da Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP; Professor de Direito Civil, Direito Ambiental e Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da Universidade Anhembi Morumbi; Advogado na área Cível e Ambiental.

RAQUEL DANI SOBRAL SANTOS

Doutoranda em Humanidades, Direitos e outras Legitimidades pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo - FFLCH/USP; Mestra em História pelo Programa de Pós-Graduação em História Social da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – FFLCH/USP; Máster em História das Independências Iberoamericanas na Universidad Jaime I de Castellón – UJI/Espanha; Historiadora; Professora de Antropologia e Cultura Brasileira e Desenvolvimento Humano e Social da Universidade Anhembi Morumbi.

## Resumo

O presente artigo tem o objetivo de analisar a conquista da cidadania indígena no Brasil. Para tanto, pretende-se contextualizar a noção de cidadão em dois recortes: desde a Constituição de Cádiz de 1812 – primeiro diploma legal que impulsionou a construção da cidadania como um direito político para os índios na Iberoamerica, sob a influência dos ideais liberais adotados na Espanha à época – até a Constituição Federal de 1988, a Carta Cidadã, que reconhece a cidadania como um dos pilares do Estado Democrático de Direito cuja fruição e exercício dos Direitos Fundamentais se confunde com a garantia da Dignidade da Pessoa Humana. Deste modo, questiona-se se, a partir desta Carta de Direitos, a cidadania indígena foi conquistada no Brasil. Esta discussão se justifica pela necessidade de demonstrar que a “construção da cidadania” representa a “construção dos direitos do cidadão” indígena. Conclui-se que o novo conceito de cidadania demanda a existência de um Estado Plural, possibilitando uma cidadania plena, revolucionária e inclusiva através da participação popular, para a garantia da revitalização da própria noção de cidadania, ou melhor, das cidadanias que possam coexistir num mesmo espaço político-territorial.

## Palavras-chave

Constituição de Cádiz de 1812; Constituição Federal de 1988; Cidadania Indígena; Participação Popular.

## Abstract

This article aims to analyze the conquest of indigenous citizenship in Brazil. Therefore it is intended to contextualize the notion of citizen in two cuts: from the Cadiz Constitution of 1812 – the first legal instrument that drove the construction of citizenship as a political right for the Indians in Iberian America, under the influence of liberal ideals adopted in Spain at the time – to the Federal Constitution of 1988, the Citizens Charter, which recognizes citizenship as one of the pillars of the democratic state of law whose fruition and exercise of fundamental rights is intertwined with the guarantee of Human Dignity. Thus, the issue is whether, from this Bill of Rights, the indigenous citizenship was conquered in Brazil. This discussion is justified by the need to demonstrate that “constitution of citizenship” is the “construction of civil rights” for the indigenous people. It is concluded that the new concept of citizenship demands the existence of a plural state, enabling a full, revolutionary and inclusive citizenship through popular participation, to guarantee the revival of the notion of citizenship, or rather of citizenship which can exist in a political-territorial space.

## Key words

Cadis Constitution 1812; Federal Constitution 1988; Indigenous Citizenship; Popular Participation.

## 1. Introdução

A primeira vez que a palavra “cidadania” apareceu na língua portuguesa data de 1913, catalogada no “Novo Dicionário da Língua Portuguesa Cândido Figueiredo” e, referindo-se a “qualidade do cidadão”, tal como na língua francesa, em que a palavra foi registrada inicialmente em 1845. Por outro lado, na língua espanhola, o verbete apareceu em 1843, referindo-se à “qualidade e direito do cidadão” (PEREIRA, V., 2010). Presume-se, então, que até pelo menos a década de 1840 tal termo não era corrente nas línguas acima citadas.

A Constituição de Cádiz de 1812 foi o primeiro diploma legal que impulsionou a construção da cidadania como um direito político para os índios na Iberoamerica, sob a influência dos ideais liberais adotados na Espanha à época.

A “cidadania”, no século XIX, era um termo que estava em processo de construção e, assim, é necessário ter cuidado com anacronismos colocando-o sempre na sua devida

temporalidade (PEREIRA, V., 2010). No tocante a este *paper* é preciso esclarecer que, ao dizermos “construção de cidadania”, entendemos ser uma “construção dos direitos do cidadão” e, claro, sem deixar de lado os processos de lutas políticas e conquistas jurídicas no Brasil.

Ao longo do século XX, o Direito Brasileiro passa a tutelar de forma mais contundente a questão do índio, principalmente com a criação do Serviço de Proteção ao Índio – SPI pelo Decreto nº 8.072/1910, da Fundação Nacional do Índio – FUNAI pela Lei nº 5.371/1967 e, sobretudo, do Estatuto do Índio, pela Lei nº 6.0001/1973, contribuindo, assim, para o fortalecimento do processo de construção dos direitos do cidadão indígena (VILLARES, 2009).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 exerceu papel fundamental para estas conquistas, tendo em vista positivar a cidadania como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, estendendo a todos aqueles nascidos em território brasileiro, a condição de cidadão, além dos direitos e garantias fundamentais, tudo conforme dispõe a atual Carta Magna.

Por outro lado, até a Constituição Federal de 1988, o processo de construção dos direitos de cidadania indígena no Brasil foi marcado por fortes ideias integracionistas e assistencialistas, sustentadas em todas as diplomas legais até então, com o intuito de preservar a perspectiva assimilacionista do índio frente a sociedade nacional.

Neste sentido, o presente artigo pretende analisar como se deu a conquista da cidadania indígena no Brasil. Portanto, questiona-se se, a partir da Carta de Direitos de 1988, a cidadania indígena foi conquistada no país. Esta discussão se justifica pela necessidade de demonstrar que a “construção da cidadania” representa a “construção dos direitos do cidadão” indígena.

Para abordar esta problemática é necessário entender que a categoria “cidadania” não pode ter uma definição inequívoca, segundo Elias José Palti (2009). Este autor afirma que o conceito de “cidadão” é contraditório, pois, ao mesmo tempo em que o sujeito-cidadão moderno deve aceitar ajustar-se a um ordenamento jurídico, ele também deve renunciar ao direito de retirar voluntariamente sua adesão a ele. É importante esclarecer que, à época da Constituição de Cádiz, os direitos do cidadão eram garantidos para quem tinha direitos, como a liberdade – fundado no ideal liberal.

Vale ressaltar que o novo conceito de cidadania impulsionado com a CF/88 demanda a existência de um Estado Plural, possibilitando uma cidadania plena, revolucionária e inclusiva através da participação popular, para garantir a revitalização da própria noção de cidadania, ou melhor, das cidadanias que possam coexistir num mesmo espaço político-territorial.

Estes são os principais pontos sobre os quais o presente artigo se insere, tendo como objetivo geral demonstrar a conquista da cidadania dos povos indígenas no Brasil – sem a pretensão de se esgotar o assunto e descartar pesquisas pretéritas – para que sejam levantados questionamentos e discussões fundamentais visando a garantia dos direitos do cidadão indígena.

## 2. As Cortes de Cádiz e a Questão Indígena

A Europa do Século XIX foi marcada, sobretudo, por uma crise política iniciada em 1808, com as invasões napoleônicas, o que incentivou o surgimento de ideias sobre autonomia e independência no contexto do mundo atlântico hispânico e, também, como incentivadora, no debate constitucional posterior, da relação entre nação, soberania e território, convertendo-os nos principais problemas a serem resolvidos pelas Cortes de Cádiz (CHUST, 1999).

Assim, a reunião para formulação da Constituição espanhola de 1812 foi organizada em meio à crise do sistema colonial e em um cenário turbulento: guerra, deposição do monarca espanhol e a tomada da maior parte do território peninsular ibérico pelos exércitos napoleônicos. A aliança com a Inglaterra foi fundamental para manter a resistência ao invasor e concluir os trabalhos constituintes (BERBEL; MARQUESE; PARRON, 2010). Destaca-se que as Cortes espanholas reunidas em Cádiz, iniciadas em 1810 e durando até 1814, consolidaram a representação colonial na repactuação do Império.

A Constituição de Cádiz, também conhecida por Constituição espanhola de 1812 ou La Pepa, aprovada em 18 de março de 1812 pelas Cortes Gerais Extraordinárias, foi o primeiro documento constitucional aprovado na Península Ibérica (BERBEL, 2008). Oficialmente, essa Constituição vigorou por dois anos, até o dia 24 de março de 1814, quando foi revogada pelo regresso do rei Fernando VII à Coroa espanhola. Foi restaurada por duas vezes, de 1820 a 1823, durante o “Triênio Liberal”, e de 1836 a 1837. O texto constitucional elaborado em Cádiz serviu de profunda influência no desenvolvimento do constitucionalismo espanhol, português e latino-americano (CHUST, 1999).

Segundo Berbel (2008, p. 47):

[...] as formulações estabelecidas em Cádiz, e retomadas em Madri [...] adquiriram uma verdadeira dimensão ibérica e alcançaram o Império português: os projetos para a unidade de uma Nação de dimensão transatlântica integraram as formulações das Cortes portuguesas de 1821 e 1822 e informaram a formação do Brasil independente. Unidade nacional, demandas por autonomia e unidade monárquica foram então debatidos sob o impacto dos resultados hispano-americanos.

A Constituição espanhola de 1812 aboliu as instituições senhoriais, a Inquisição, o tributo indígena e declarou o controle do Estado sobre a Igreja (O'PHELAN GODOY,

2012). Criou um Estado unitário com as mesmas leis para cada parte da Monarquia espanhola e restringiu a autoridade do rei ao confirmar às Cortes o poder de decisão (RODRIGUEZ, 2004). Todos esses fatores contribuíram de forma incontestável para a formação de uma nova cultura política no Espaço Atlântico.

Neste sentido, Tomich (2004, p. 228) afirma que:

As condições geográficas, como as materiais e sócio-históricas, governam o potencial para as relações de interdependência que podem vir a constituir o Atlântico como zona da economia-mundo. Fornecem meios naturais e humanos a serem transformados em recursos econômicos de acordo com as necessidades e capacidades da economia-mundo capitalista.

A política oitocentista, carregada de ideais liberais, instaurou um novo estatuto político para as comunidades indígenas de forma a incluí-las na Monarquia (VALDÉS, 2006). O primeiro constitucionalismo espanhol, de forma hábil, ao mesmo tempo em que referendou uma ideia revolucionária de direitos dos cidadãos, a partir do critério liberal, também reforçou sua legitimidade fazendo uso de valores e usos tradicionais, tais como a ideia de *vecino* – termo utilizado no mundo espanhol para designar o indivíduo leal à comunidade local e cuja presença na população fosse presumidamente perpétua – e de “República de los Indios”<sup>1</sup> (HERZOG, 2006, p. 210).

Diante destes fatos, observa-se a transformação jurisdicional da condição do indígena no Império hispânico, que, tendo sido considerado cidadão a partir da Constituinte de 1810-1812, influenciou parte da sociedade *tapuia* do território luso na América. Nesse sentido, as discussões nas Assembleias Constituintes espanholas e portuguesa institucionalizaram o Poder Legislativo como espaço de debate e de conflitos, pois pela primeira vez no Atlântico a questão indígena foi um problema constitucional.

A expressão “tapuia” foi resultado da tentativa dos europeus de sintetizar as variadas etnias existentes no Brasil do século XVI; assim, dividiram os indígenas em duas categorias: Tupi e Tapuia (MONTEIRO, 1994). Para John Monteiro, um padrão bipolar condicionou e marcou a trajetória das pesquisas, interpretações e percepções sobre a história das comunidades indígenas. A partir do binômio Tapuia/Tupi, várias bipolarizações surgiram para tal padrão, como, por exemplo, as oposições bravo/manso, bárbaro/policiado e selvagem/civilizado. Para além das interpretações históricas e/ou antropológicas, esse padrão bipolar influenciou diretamente nas formulações de políticas e legislações direcionadas aos indígenas (MONTEIRO, 2001).

1 “[...] las comunidades indígenas fueron concebidas como asociaciones basadas en el cumplimiento de deberes, que a su vez generaban el derecho a disfrutar de beneficios. Tanto las autoridades españolas como las indígenas insistían en que la residencia creaba lazos entre los recién llegados y la comunidad, lazos que acababan siendo tan importantes y significativos como el nacimiento y la ascendencia.” (HERZOG, 2006, p. 104-105).

Segundo André Machado (2010), esses tapuios eram índios destrribalizados e também eram chamados de índios civilizados ou caboclos. A eles especificamente estava designado o trabalho compulsório, ou seja, trabalhar forçado e sem remuneração, desde a legislação de 1798. Além disso, a partir daquele momento passaram a ser considerados súditos do rei de Portugal, deixando de estarem sujeitos a qualquer tipo de tutela.

No caso do Império espanhol — a partir do Direito de Conquista, e tal como está descrito na Carta testamentária de Isabel, a Católica —, os indígenas eram vassalos incluídos no Império através das “Republicas de los Indios”<sup>2</sup>. Depois da experiência nas Cortes em Cádiz, esses *vecinos* se tornaram cidadãos e, como tal, participavam da Monarquia, imbuídos de direitos políticos, conforme se depreende do Capítulo II, art. 5 da Carta Espanhola (ESPANHA, 1812), senão vejamos:

*Capítulo II – De los españoles:*

*Art. 5. Son españoles:*

*Primero: Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos.*

Desta forma, percebe-se que os indígenas foram considerados *vecinos* devido à importância e ao significado do nascimento e da ascendência que eram dados tanto para as comunidades nativas quanto para os peninsulares, o que nos direciona a entender porque os índios já estavam incluídos como cidadãos antes do início dos debates para a formulação da Constituição de Cádiz. Essa mudança de paradigma político-jurídica será mapeada e analisada nos discursos dos deputados nas Cortes de Cádiz, de modo a aprofundar a compreensão da especificidade da condição do indígena na América espanhola, tornando-os cidadãos.

De acordo com o Capítulo IV, art. 18 da La Pepa (ESPANHA, 1812), eram considerados cidadãos espanhóis:

*Capítulo IV: De los ciudadanos españoles:*

*Art. 18. Son ciudadanos aquellos españoles que por ambas líneas traen su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios, y están avecindados en cualquier pueblo de los mismos dominios.*

Neste sentido, a inclusão dos indígenas e de seus filhos como espanhóis, a partir de sua residência e nascimento em território hispânico, representa, então, a validade de um

2 “Existen muchas indicaciones de que a mediados del siglo XVII y especialmente durante el XVIII, la vecindad castellana se estaba introduciendo en la república indígena. [...] Originariamente, a los indios se les clasificaba como miembros de comunidades en virtud de su nacimiento y su ascendencia. Esta clasificación se utilizaba para determinar deberes, particularmente pagar tributos y contribuir con trabajo (repartimiento)”. (HERZOG, 2006, p. 103-104).

compromisso assumido pela Monarquia espanhola. De certa forma, desde as políticas ilustradas do século XVIII, o Império espanhol teve projetos voltados à integração do indígena à sociedade colonial, no intuito de torná-lo útil à sociedade.

Assim, partindo dessas reflexões, na primeira metade do século XIX, as definições sobre o estatuto de cidadãos indígenas nos debates parlamentares ibéricos, desde as definições adotadas em Cádiz, estiveram relacionadas a três questões principais: (i) à “civilização” dos índios e às políticas de integração social, (ii) às políticas de tributação e (iii) ao processo eleitoral relacionado com a representatividade dos deputados americanos nas Cortes.

O primeiro debate para definir o estatuto legal dos indígenas teve como questão principal a integração do nativo à sociedade, o qual permeou a herança da tradição indigenista espanhola que tinha como lema: “civilizar” ou “espanholizar” os índios. Para Marie Laure Rieu-Millan (1990) as políticas direcionadas aos índios elaboradas durante os debates nas Cortes de Cádiz foram ricas e coerentes, pelo menos quando comparadas às políticas relativas às castas pardas<sup>3</sup>.

De certo modo, a tensão dos debates esteve focada na questão política da representação, ou seja, na quantidade de representantes americanos e peninsulares, pois, incluindo os indígenas e as castas nas bases da população representável, automaticamente elevar-se-ia o número de deputados das províncias ultramarinas em relação aos europeus. A discussão sobre igualdade de representação nas Cortes entre os deputados da península e os americanos acarretou em debate importante sobre o estatuto jurídico dos índios e sua qualidade de cidadãos.

A abolição do tributo indígena foi outra questão importante para a definição do estatuto jurídico dos nativos e sua qualidade de cidadãos, pois foi a primeira medida concreta e legal de incorporação dessa parcela da população à nação espanhola<sup>4</sup>. No entanto,

3 *“A lo largo de los debates la palabra ‘castas’ se ha empleado prácticamente en el sentido de ‘castas pardas’, es decir las castas raciales con algún aporte de sangre africana, los que la Constitución llamó más precisamente ‘españoles que por cualquier línea traen origen del África’. Se decía ‘las castas’ para designar al grupo social que formaban, y a veces ‘los castas’, en masculino, para designar a los individuos pertenecientes a este grupo, y más concretamente a los hombres, de los que se discutía el derecho a la ciudadanía. En las Cortes, la palabra ‘castas’ se empleó ambigüamente. En rigor, la sociedad colonial estaba compuesta de una gran variedad de ‘castas’ raciales. En los cuadros demográficos de su Ensayo político, Humboldt suele distinguir entre ‘españoles’, ‘indios’ y ‘castas de mezcla’, en las que incluye todas las variedades de mezclas raciales. En las Cortes, en cambio, se distinguió entre ‘naturales’ (españoles, indios, y mestizos de ambos) y ‘originarios de África’, designados erróneamente como ‘castas’. Es posible que los peninsulares, que habían leído a Humboldt, fueran víctimas de esta confusión, y pensarán eliminar a muchos más habitantes de América al excluir a las ‘castas’ de la representación; así lo expone Mier (Historia de la Revolución, t. 2, p. 675-676): Humboldt incluye en las ‘castas de mezcla’ a los mestizos puros de españoles e indios, ciudadanos por derecho según todos los decretos de las Cortes; los ‘pardos’ propiamente dichos no eran tantos”.* (RIEU-MILLAN: 1990. p. 107-108).

4 *“La abolición del tributo era una etapa necesaria para la asimilación de los indígenas; este impuesto exigía la permanencia de su estatuto particular y de modos de vida diferentes, por razones meramente prácticas de*



tal medida não eximia o índio do pagamento de taxas ao Estado, ou seja, ao incorporá-los no texto da Constituição Política da Monarquia Espanhola como cidadãos, automaticamente deveriam cumprir com os deveres ligados a um Estado liberal – e pagar impostos como os demais espanhóis era um deles, conforme o art. 8 da La Pepa (ESPANHA, 1812), abaixo:

*Capítulo II: De los españoles*

*Art. 8. También está obligado todo español, sin distinción alguna, a contribuir en proporción de sus haberes para los gastos del Estado.*

Por questões históricas, as quais não convêm explicitar neste estudo, existia uma obrigação contínua de pagamentos entre os índios e o mundo peninsular europeu, e a razão pela qual os nativos foram incluídos como cidadãos na Constituição de Cádiz esteve longe de ser filantrópica. Ao discutir a questão tributária tão presente no modelo de Estado liberal, os deputados de ambos os hemisférios não ignoraram o volume do pagamento de tributos dos naturais da América.

Ante o exposto, seguindo o sistema liberal, os índios deixaram de ser súditos e se tornaram cidadãos da Monarquia Constitucional espanhola na teoria e na prática, por serem legítimos pagadores de impostos. Dessa maneira, os deputados espanhóis presentes nas Cortes de Cádiz, no início do século XIX, transformaram os vassallos indígenas em cidadãos, com direitos e deveres próprios do Estado liberal (FRADERA, 1999).

### 3. A Questão Indígena no Brasil

Por razões políticas e sociais, a questão indígena no Brasil é polêmica e, de certo modo, bastante discutida, embora ainda não esteja esgotada. De fato, é impossível descrevê-la de maneira uniforme devido à continental extensão territorial brasileira. O problema relacionado à construção dos direitos dos cidadãos indígenas ainda na América portuguesa direcionou este *paper* a incorporar estudos relacionados aos ideais liberais adotados na Espanha, devido à influência da experiência constitucional de Cádiz nas Cortes portuguesas reunidas em Lisboa em 1821.

A instalação das Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa, em 26 de janeiro de 1821, significou a consolidação do movimento Vintista com importantes alterações políticas para os portugueses de ambos os hemisférios<sup>5</sup>. A nova cultura política que emergiu a partir da Constituinte de 1820 e que, de fato, consagrou

---

*percepción fiscal. Pero la abolición no significaba que los indios quedarían exentos de todo impuesto. Las Cortes preveían una reforma fiscal para todo el imperio, que se aplicaría a todos los españoles, incluidos los indígenas*”. (RIEU-MILLAN: 1990, p. 117-122.).

5 Para melhor compreensão, ver: Berbel (2009) e Bernardes (2001).

o início de uma revolução legal e administrativa, marcou a implantação do constitucionalismo, do parlamentarismo e do exercício dos direitos do cidadão (VARGES, 2007). A partir daquele momento, ser cidadão constitucional consistia em uma ruptura com o passado, ao transformar: “vassalo, servo ou escravo [em] cidadão, súbdito ou patriota” (VARGUES: 2007, p. 24-25).

Porém, a questão indígena não foi sequer debatida em Portugal o que nos permite afirmar que o silêncio dos deputados durante a reunião das Cortes de Lisboa foi uma estratégia política utilizada com frequência, tanto em relação à escravidão negra quanto ao problema indígena.<sup>6</sup> Assim, concluiu-se que, com relação à representatividade, a parte peninsular do Império português esteve longe de incluir toda a população que o habitava; que nele tinha nascido; que era nele domiciliada como no caso espanhol (SILVA, 2004).

Portanto, a mudança na política indigenista no século XIX – ao menos no caso brasileiro – está vinculada à heterogeneidade dos três regimes políticos instituídos nos oitocentos, pois inicia como colônia escravocrata dependente da metrópole portuguesa, passa ao regime imperial independente, ainda escravocrata e termina como República oligárquica atraindo trabalhadores imigrantes europeus para trabalhar nas lavouras cafeeiras. Deste modo as políticas indigenistas brasileiras que eram encaminhadas até os setecentos pelo problema da mão de obra passam a ser também uma questão de terras durante o processo de formação do Estado e nação brasileiros a partir da delimitação das fronteiras nacionais de suas leis. Trataremos, nos subitens a seguir, a questão do índio no Brasil a partir de suas constituições pretéritas até a vigente.

### 3.1. *Da Constituição de 1824 ao Estatuto do Índio*

Como já é sabido, após o abandono dos deputados brasileiros da reunião das Cortes de Lisboa em 1822 e posterior grito de independência do Brasil liderado pelo herdeiro do trono português reuniram-se, em 1823, no Rio de Janeiro, os dissidentes no Império português à Assembleia Constituinte do Império do Brasil. Durante a reunião para a elaboração do texto constitucional, José Bonifácio – popularmente conhecido como o mentor ou tutor do Império do Brasil – apresentou uma proposta para a “civilização” dos índios bravos: *Os Apontamentos para a civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil*.

Tal projeto civilizatório não rompia com os critérios da ilustração, como por exemplo, o ensino da língua portuguesa em detrimento das línguas nativas e da fé católica para tornar o índio civilizado e cristão ou que este saísse de sua condição primitiva e incapaz. Deste modo, Bonifácio se apropriaria da prática eficiente implantada pela Coroa Portuguesa com o auxílio da Companhia de Jesus nos primórdios da colonização, não

<sup>6</sup> Ver Marques (1999).

mais para defender o território do além-mar luso, mas sim, para aumentar o número de brasileiros com sentimento de pertencimento à nação a fim de legitimar a formação do Estado nacional brasileiro.

Ao mesmo tempo em que D. Pedro I convocou uma Assembleia Constituinte em maio de 1823 para elaborar o texto constitucional do Império do Brasil ele também a dissolveu, em novembro do mesmo ano. O motivo para o descontentamento do monarca foi a limitação de seus poderes frente ao Legislativo e, portanto, o texto constitucional foi elaborado por um Conselho de Estado indicado pelo imperador outorgando-a em março de 1824.

A primeira Carta Magna do Brasil definiu a monarquia hereditária, constitucional e representativa como forma de governo. De certo modo, nada além das diretrizes dos ideais liberais que transitavam no Atlântico naquele momento. O governo era centralizado e unitário, o território era dividido e organizado por Províncias as quais reportavam-se ao Chefe do Poder Executivo, o Imperador (BRASIL, 1824).

Assim, como dito anteriormente, o problema da terra fez parte da discussão da questão indígena no século XIX e, a partir da criação da Lei de Terras em 1850, e do Regulamento das Missões de Catequese e Civilização dos Índios, de 1845, mais uma vez os nativos foram enquadrados na categoria dos incapazes ou indivíduos desprovidos de civilidade. Deste modo, o Estado regulamentou tanto o domínio sobre os índios bravos como continuou incentivando os aldeamentos para o assentamento de índios selvagens propensos ao acultramento.

A segunda Constituição Brasileira, e a primeira da era Republicana - também conhecida como República Velha - promulgada em 24 de fevereiro de 1891, em nada tratou sobre as questões indígenas, tampouco sobre seus direitos, sendo totalmente omissa a este respeito. O silvícola – nomenclatura conferida ao índio – era um ser invisível para a aquela recente República, não merecendo ter direitos reconhecidos (BRASIL, 1891).

Entretanto, em 1910, criou-se, mediante Decreto nº 8.072, o Serviço de Proteção ao Índio – SPI, o qual objetivava prestar assistência a todos os índios do território nacional. Dentre as finalidades constantes no art. 1º “a”, ao SPI cabia prestar assistência aos índios do Brasil, tanto para os que viviam aldeados, reunidos em tribos, em estado nômade quanto aos que se mantivessem promiscuamente com civilizados (BRASIL, 1910).

É certo que o Decreto, no Título I, visou regulamentar a proteção dos índios e de suas terras, porém, foi uma das primeiras normas jurídicas a definir e classificar os índios em aldeados, nômades e os que se mantivessem promiscuamente com civilizados. Esta classificação claramente desrespeitava quaisquer direitos de cidadania relativos aos índios, os quais não eram incluídos como “civilizados”, tampouco, garantia a eles alguma condição de cidadão brasileiro.

Apesar disso, o Decreto instituiu direitos como: a liberdade de qualquer índio para o trabalho e o pleno direito ao produto integral dessa atividade; a conversão dos aldeamentos em Povoações Indígenas, proporcionando educação, alimentação (nos casos previstos em lei) e socorros médicos quando necessário, sendo vedado coagir os índios ou os seus filhos a qualquer ensino ou aprendizagem.

Na verdade, o SPI se propôs instituir a assistência leiga ao índio, sobretudo, com a intenção de afastar a Igreja Católica da catequese indígena, seguindo a diretriz republicana de separação Igreja-Estado. A ideia de transitoriedade do índio orientava esse projeto: a política indigenista adotada iria “civilizá-lo”, transformaria o índio em um trabalhador nacional (OLIVEIRA, 1985).

O Código Civil de 1916, dispôs sobre a capacidade do índio em adquirir direitos e obrigações na ordem civil. De acordo com art. 6º, IV, os silvícolas eram considerados relativamente incapazes à certos atos ou à maneira de exercê-los, ficando sujeitos a um regime tutelar assegurado pelo Estado e regulamentado por leis específicas, podendo cessar esta incapacidade a medida que o silvícola se adaptasse à sociedade dita civilizada (BRASIL, 1916).

Portanto, ao Estado Brasileiro, cabia a tutela dos índios, através de um aparato institucional cujo objetivo não era outro, senão, o de mediar as relações entre índio – Estado – sociedade nacional. A terra, a representação política e o ritmo de vida foram administrados por funcionários estatais, com os índios adotando uma “indianidade genérica” (OLIVEIRA, 2001).

Todas as demais constituições que precederam a de 1988, adotaram a ideia de “incorporação do silvícola à comunhão nacional”, restringindo-se a reconhecer os direitos sobre as terras ocupadas ou aos territórios que habitavam. A Constituição de 1934, por exemplo, dispunha em seu art. 5º, XIX, “m” sobre a noção de incorporação, e no art. 129 sobre a posse de terras dos silvícolas e sua consequente inalienabilidade (BRASIL, 1934).

Da mesma forma, a Constituição de 1937, no seu art. 154 estabelecia que seria “respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (BRASIL, 1937), e ainda, a Constituição de 1946, que estabelecia em seu art. 216 o respeito aos silvícolas pela “posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem” (BRASIL, 1946).

Por fim, a Constituição de 1967 em seu art. 186 assegurava “aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes”. O que não se alterou substancialmente com a Emenda Constitucional nº 1/1969, pois em seu art. 198 assegurava que “as terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos em que a lei federal

determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas e de todas as utilidades nelas existentes” (BRASIL, 1967a; 1969).

Percebe-se que estas duas últimas Constituições apresentaram artigos equivalentes aos das constituições anteriores, porém com uma modificação importante: as terras dos índios passaram a ser consideradas terras da União, sobrando-lhes apenas a posse exclusiva e a inalienabilidade.

Vale ressaltar que apesar da Carta de 1967 e da Emenda Constitucional de 1969 terem sido outorgadas, tendo em vista o regime ditatorial imposto no Brasil à época, foram um dos primeiros diplomas constitucionais a ampliar os direitos dos silvícolas, não restringindo-se à garantia da posse das terras que ocupavam, mas resguardando também o usufruto das riquezas e de todas as utilidades nelas existentes.

Neste diapasão, percebemos, contudo, que as Constituições precedentes a de 1988 garantiam direitos aos silvícolas, porém direitos que recaiam mais sobre as terras que habitavam e sobre os recursos nelas existentes do que direitos de cidadania propriamente dito.

O termo silvícola utilizado, até então, em todos os textos constitucionais, não resguardava ao índio o direito de cidadão, pelo contrário, ainda era encarado como um habitante primitivo do país, pertencente a um grupo distinto da sociedade nacional.

Com a edição da Lei nº 5.371/1967, criou-se a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, órgão federal vinculado ao Ministério da Justiça responsável por implementar e executar a Política Indigenista no país (BRASIL, 1967b). Por Política Indigenista entende-se como sendo toda e qualquer ação política governamental que tenha as populações indígenas como objeto. Diferentemente da Política Indígena que, com o advento da Constituição Federal de 1988, passa a ser aquela protagonizada pelos próprios índios e seus segmentos, não se confundindo com a Política Indigenista e nem a ela submetida.

Apesar de ter sido criada num período de restrição de direitos no Brasil, a FUNAI foi o primeiro órgão federal, com personalidade jurídica própria, cuja finalidade, dentre outras, era a de garantir o respeito à pessoa do índio e das instituições e comunidades tribais; preservar o equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contato com a sociedade nacional; além de resguardar a aculturação espontânea do índio, de forma que sua evolução sócio-econômica se processasse a salvo de mudanças bruscas.

Importa dizer que, de acordo com o art. 1º, parágrafo único da referida Lei, a Fundação passou a exercer “os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais” (BRASIL, 1967b), corroborando o que dispunha o Código Civil de 1916.

Neste sentido, foi essencial a criação do Estatuto do Índio, instituído pela Lei nº 6.001/1973, o qual sistematizou os direitos e interesses dos índios em todo o território

nacional, cujo objetivo foi regular a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, propondo-se preservar a cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional (BRASIL, 1973).

Apesar de certo avanço quanto ao reconhecimento e proteção das comunidades indígenas e dos seus direitos pelo Estado, o Estatuto do Índio ainda se fundamentava em ideais integracionistas, e visava eliminar gradualmente o elemento índio, para que este pudesse se incorporar à comunidade nacional.

De acordo com Gomes (2012, p. 102), esta Lei:

Determina a condição social e política do índio perante a nação e estipula medidas de assistência e promoção dos povos indígenas, sobretudo, como indivíduos. Considera o índio menor de idade “relativamente capaz” a certos atos sob a tutela do Estado representado pela Funai. Estabelece as condições de emancipação da tutela tanto individual como coletivamente. Cria os mecanismos que determinam a demarcação das terras indígenas e pela sua demarcação em todas as etapas.

Observamos, portanto, que esta norma ainda sustentava o caráter paternalista de proteção estatal frente aos índios, herança de uma política assistencialista preconizada pelo SPI – Serviço de Proteção ao Índio, desde o início do século XX.

Por outro lado, o referido Estatuto foi uma das primeiras normas do Ordenamento Jurídico Brasileiro a dispor expressamente sobre os Direitos Cíveis e Políticos dos índios, no Título II, Capítulo I, art. 5º, senão vejamos:

Art. 5º Aplicam-se aos índios ou silvícolas as normas dos artigos 145 e 146, da Constituição Federal, relativas à nacionalidade e à cidadania.

Parágrafo único. O exercício dos direitos cíveis e políticos pelo índio depende da verificação das condições especiais estabelecidas nesta Lei e na legislação pertinente.

Vale ressaltar que a Constituição Federal em vigor na época era a Carta de 1967 modificada pela Emenda Constitucional 1/1969, e os artigos 145 e 146 mencionados acima referiam-se apenas à aquisição e perda da nacionalidade, não sendo garantido, portanto, os direitos políticos aos índios, como por exemplo, o direito de votar ou se candidatar a cargo público.

De todo o modo, apesar do Estatuto garantir os direitos cíveis e políticos aos índios, restringia o seu exercício na forma da lei, o que de fato não se coadunava com a construção dos direitos do cidadão indígena, sobretudo, por ainda preservar uma perspectiva assimilacionista que entendia os índios como categoria social transitória, a serem incorporados à comunhão nacional.

### 3.2. O Novo Conceito de Cidadania a partir da Constituição Federal de 1988

Como vimos, o arcabouço legislativo sobre cidadania indígena até a Constituição Federal de 1988 era raso, pois ora se referia sobre as terras por eles ocupadas, ora sobre o índio (no singular) como um ser humano em vias de tornar-se cidadão, caso se integrasse com a “sociedade civilizada”. Sendo assim, os povos e as terras indígenas eram provisórios, ou seja, apenas existiriam enquanto não houvesse a integração destes à “comunhão nacional” (SOUZA FILHO, 2006, p.134).

A partir da Constituição Federal de 1988<sup>7</sup>, mais conhecida como a constituição-cidadão, pluralista e fraterna, a cidadania<sup>8</sup> passou a ser considerada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ou seja, um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, conforme art. 1º, II da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Portanto, a cidadania passa a ser uma condição e representa um Direito Fundamental da pessoa humana. É o reconhecimento do indivíduo como pessoa, como ser social. Para Alexandre de Moraes (2006), cidadania designa um status e apresenta-se simultaneamente como objeto e um direito fundamental das pessoas.

Este princípio não se restringe apenas aos direitos civis e políticos<sup>9</sup>, mas também engloba os direitos sociais, humanos e culturais, pois abrange os direitos que a todos são atribuídos, em virtude de sua condição humana. Portanto, a dimensão política, a dimensão civil e a dimensão social atravessam o conceito de cidadania (BARRETO, 1993).

7 Segundo Gomes (2012, p. 110): “A Assembleia Constituinte convocada para elaborar a nova Constituição abriu-se para a contribuição e participação de índios, do movimento indígena, [...] das ONGs laicas e religiosas e da Associação Brasileira de Antropologia. Por essa participação e pelo clima favorável ao direito de minorias em geral, o resultado foi extremamente positivo para os povos indígenas, garantindo-lhes seus direitos com mais clareza”.

8 A cidadania é criação dos estados modernos. Portanto, o conceito moderno de cidadania consubstanciou-se a partir de Thomas Marshall, o qual entendia ser um status concedido àqueles que são membros integrais de território estatal, pois todos aqueles que possuem o status são iguais em direitos e obrigações (MARSHALL, 1967). Da mesma ideia, compartilha Mazzuoli (2001, p. 2) ao afirmar que: “A cidadania é um processo em constante construção, que teve origem, historicamente, com o surgimento dos direitos civis, no decorrer do século XVIII – chamado Século das Luzes –, sob a forma de direitos de liberdade, mais precisamente, a liberdade de ir e vir, de pensamento, de religião, de reunião, pessoal e econômica, rompendo-se com o feudalismo medieval na busca da participação na sociedade. A concepção moderna de cidadania surge, então, quando ocorre a ruptura com o *ancien régime* absolutista, em virtude de ser ela incompatível com os privilégios mantidos pelas classes dominantes, passando o ser humano a deter o status de “cidadão”, tendo asseguradas, por um rol mínimo de normas jurídicas, a liberdade e a igualdade, contra qualquer atuação arbitrária do então Estado-coator”.

9 De acordo com Alexandre de Moraes (2006, p. 44) “Direitos Políticos são direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania.”

Desta forma, entendemos que o novo conceito de cidadania corresponde à fruição e exercício dos direitos fundamentais<sup>10</sup> assegurados na Constituição Federal de 1988, os quais são indissociáveis entre si.

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, além da cidadania, destacamos a dignidade da pessoa humana, conforme art. 1º, III da CF/88. Neste contexto, os direitos fundamentais emergem como elementos básicos para a realização do princípio democrático (PIOVESAN, 2004).

Barcellos (2002) defende que o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana se relaciona com os chamados direitos fundamentais, isto é, terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles. Sarlet (1998; 2001) também afirma que os direitos fundamentais são a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, a fruição da condição de cidadão não é garantida a todos, na medida em que o exercício da cidadania é ameaçado pela exclusão de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas<sup>11</sup>, dificultando a implementação dos seus direitos fundamentais. Como medida compensatória, deve-se adotar uma cidadania com um viés social, isto é, uma cidadania revolucionária e inclusiva.

A cidadania revolucionária é aquela em que se reivindica a aplicabilidade dos direitos fundamentais frente ao ameaçado Estado Democrático de Direito. Já a cidadania inclusiva retrata a dignidade na vida do indivíduo, ou seja, a possibilidade desse Estado proporcionar a inclusão social indígena para que eles participem das tomadas de decisão do Poder Público, no intuito de exigirem melhores condições de vida.

A cidadania social torna-se, portanto, uma forma de se garantir e regular a verdadeira eficácia material dos Direitos Fundamentais, posto que a sociedade passa a superar o sentimento de “frustração constitucional”, para vivenciar e exercer de fato uma cidadania plena, através da participação popular, democratizando a implementação dos referidos direitos (KRELL, 2002).

Vale lembrar que uma das maneiras de se atingir a democracia plena e, portanto, aplicar os Direitos Fundamentais, sobretudo, para a garantia da cidadania, consiste na

---

10 Para Andreas Krell (2002, p. 19.), os Direitos Fundamentais “[...] 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 cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes aos individuais.”

11 O art. 215 § 1º da CF/88 determina que o Estado deve proteger as manifestações culturais dos povos indígenas. O art. 216 do mesmo diploma define como patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Já o art. 231 da mesma Carta reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas (BRASIL, 1988).



elaboração de políticas públicas, isto é, de planos, ações, programas e projetos de governo que visam à redução da desigualdade social e a melhoria da qualidade de vida de todos os indivíduos, principalmente dos índios, excluídos do processo democrático. São programas de ação governamental voltados à concretização de direitos, direitos estes, amplamente previstos constitucionalmente.

Na mesma linha, a cidadania passa a ser conferida aos índios quando a sua identidade, os seus costumes, tradição, cultura, etc., passam a ser encarados como direitos fundamentais – pressuposto primordial para aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana – propondo uma mudança de paradigma, pois o objetivo não mais é de integrá-los à sociedade nacional, e sim de conviver e aprender com suas visões de mundo.

Esta mudança de paradigma representa a busca pelo alcance da plena autonomia e autodeterminação dos povos indígenas no Brasil, contribuindo para a consolidação do Estado democrático e pluriétnico (PEREIRA, D., 2002), fortalecendo o processo de construção dos direitos do cidadão indígena, o que se verifica a partir da CF/88, pois segundo Villares (2009, p. 76):

Se a ideia da tutela como imposição de alguma restrição ao livre arbítrio do índio e limitação de seus direitos já tinha sido afastada, mesmo que continuasse a ser aplicada na prática, com a Constituição Federal de 1988 não pode haver nenhuma dúvida: ela garante expressamente ao índio a possibilidade de se organizar como comunidade ou através de organizações próprias, reconhecidas pelo direito, e de recorrer diretamente ao Poder Judiciário na defesa de seus direitos e interesses. Ora, a autonomia é então plena, tendo o índio os mesmos direitos e obrigações dos demais e sendo reconhecido como um cidadão brasileiro.

Do mesmo pensamento corrobora Gomes (2012), ao defender o respeito às especificidades e à autonomia da cultura indígena frente à todos os âmbitos da organização social para se promover o respeito à diversidade cultural como elemento definidor de novas relações sociais.

Esta autonomia foi ratificada pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2008, a qual no art. 33 determina que “os povos indígenas têm o direito de determinar sua própria identidade ou composição conforme seus costumes e tradições. Isso não prejudica o direito dos indígenas de obterem a cidadania dos Estados onde vivem” (NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 17).

Neste sentido, a CF/88 rompe com a tradição secular ao reconhecer aos índios o direito de manter a sua própria cultura, abandonando a perspectiva assimilacionista adotada por leis anteriores. Logo, a Carta Magna revogou tacitamente dispositivos infraconstitucionais com este viés como, por exemplo, alguns dispositivos do Estatuto do Índio.

Este novo conceito de cidadania, também apontado por Colaço (2003, p. 94), encara o cidadão como:

[...] sujeito de direitos individuais, independentemente das diferenças sociais ou culturais; a autonomia dos povos, ao contrário, estabelece direitos diferenciados. Os direitos comuns de cidadania, promulgados pelo Estado, devem incluir o direito à diferença de culturas que o compõem.

Sem dúvida que esta “cidadania diferenciada”, como afirma Barreto (1993), o crescimento populacional e o fortalecimento político-organizacional dos povos indígenas exigem o repensar das condutas sociais para com a diversidade cultural. É preciso educar o olhar para a adequada compreensão das diferenças como possibilidades de diálogo e aprendizagem mútua, posto que, representam situações onde se pode questionar a relativa normalidade dos valores encarados como universais ou comuns.

Por fim, compreendemos que o cenário ideal para toda esta discussão demanda a existência de um Estado Plural, fundado num constitucionalismo multicultural, que priorize a participação ativa de todos os povos, com o intuito de se garantir a revitalização da própria noção de cidadania, ou melhor, das cidadanias que possam coexistir num mesmo espaço político-territorial.

#### 4. Conclusões

Não é novidade que, as consequências oriundas da Revolução Francesa tiveram um forte impacto nos domínios europeus na América. Tal Revolução foi decorrente do dualismo na formação do Estado absolutista que, ora era fundamentado nas doutrinas racionalistas ora na Teoria do Direito Divino dos Reis. Deste modo, com o auxílio do pensamento dos iluministas da época, dentre os quais, Locke, Montesquieu e Rousseau, os séculos XVII e XVIII serviram para amadurecer as discussões relacionadas aos direitos e liberdades civis e políticos e à noção do indivíduo que culminaram em dois pontos fundamentais de transformação sistêmica das sociedades modernas: a crise do Antigo Regime e a afirmação das ideias liberais.

A nova noção de indivíduo trouxe consequentemente uma nova relação com o Estado e, foi no espaço dos debates parlamentares do século XIX, fundado na ideia da nação soberana e do sistema representativo, em que ocorreu a tentativa de reorganização dos impérios do Atlântico. Esse novo pacto se fundamentava na afirmação do cidadão como parte contratante. Assim, a elaboração sobre as novas condições da cidadania constituiu um dos elos principais dessas experiências no espaço ibérico.

Para além da influência francesa nos moldes da busca de direitos, incluímos a Espanha a partir da experiência constitucional de Cádiz que, antes do início das reuniões da

constituente de 1812, já considerava o índio como cidadão. Deste modo, no caso espanhol, a questão do índio cidadão esteve relacionada ao pagamento de impostos, pois, ao discutir a questão tributária, tão presente no modelo de Estado liberal, os deputados de ambos os hemisférios não ignoraram o volume do pagamento de tributos dos naturais da América desde o início do modelo de colonização.

Assim, obviamente, seguindo o sistema liberal, os índios deixaram de ser vassalos e se tornaram cidadãos da Monarquia Constitucional espanhola, na teoria e na prática, por serem legítimos pagadores de impostos, iguais aos demais cidadãos espanhóis. Dessa maneira, os deputados espanhóis presentes nas Cortes de Cádiz, no início do século XIX, transformaram os vassalos indígenas em cidadãos, com direitos e deveres próprios do Estado liberal.

A discussão sobre o estatuto dos indígenas entre os deputados hispânicos nas Cortes de Cádiz foi considerada rica e coerente, mas não deixaram de ser acaloradas e de certa forma violentas quando o estatuto de outros grupos populacionais americanos esteve em pauta. O caso português, no entanto, nos permite afirmar que o silêncio dos deputados durante a reunião das Cortes de Lisboa foi uma estratégia política utilizada com frequência, tanto em relação à escravidão negra quanto ao problema indígena.

Neste artigo, ficou claro que o processo de construção dos direitos de cidadania indígena, por um longo período, sofreu entraves decorrentes de ideias integracionistas e assistencialistas sustentadas pelo Estado Brasileiro, visando a assimilação, superioridade ou dominação dos povos indígenas, cujo objetivo era preservar a perspectiva assimilacionista, entendendo o índio como categoria social transitória que deveria ser incorporado à sociedade nacional.

Em contrapartida, demonstramos que a partir da Constituição Federal de 1988, o exercício da cidadania confunde-se com a fruição dos Direitos Fundamentais, pilar do Estado Democrático de Direito, cuja base se firma no primado da Dignidade da Pessoa Humana.

Portanto, entendemos que este novo conceito de cidadania, impulsionado pela atual Carta Magna, demanda o exercício de uma cidadania plena, sob um viés social, ou seja, uma cidadania tanto inclusiva quanto revolucionária, cuja a base é a participação popular.

Em resposta a problemática deste artigo, percebemos que o direito à cidadania indígena foi conquistado, porém, de fato ainda verificamos imensa dificuldade, tanto do Estado quanto da sociedade brasileira, em reconhecer a diversidade e respeitar o fortalecimento das formas próprias de organização de cada povo indígena, atravancando as decisões e estratégias diferenciadas consideradas no interior das políticas públicas e na relação com os diferentes setores nacionais.

## 5. Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARRETO, Vicente. O conceito moderno de cidadania. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 192, p. 29-37, abr/jun., 1993.
- BERBEL, Márcia Regina. **A nação como artefato**. São Paulo: Hucitec, 1999.
- \_\_\_\_\_. Cortes de Cádiz: entre a unidade da nação espanhola e as independências americanas. In: PAMPLONA, Marco A.; MÄDER, Maria Elisa (Orgs.). **Revoluções de independências e nacionalismos nas Américas:** Nova Espanha. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.
- BERBEL, Márcia Regina; MARQUESE, Rafael; PARRON, Tamis. **Escravidão e Política:** Brasil e Cuba, c. 1790 – 1850. São Paulo: Hucitec: Fapesp, 2010.
- BERNARDES, Denis Antônio de Mendonça. **O patriotismo constitucional:** Pernambuco: 1820-1822. São Paulo: FFLCH/USP, 2001.
- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil:** elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 10 mai. 2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil:** promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 10 mai. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 2010.** Cria o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais e aprova o respectivo regulamento. Disponível em: <file://localhost/Users/Dan/Desktop/Artigo%20Conpedi%20Madrid/Normas%20da%20ABNT%20-%20Refere%CC%82ncias.html>. Acesso em: 10 mai. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Dispõe sobre o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 10 mai. 2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil:** promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 10 mai. 2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil:** outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 10 mai. 2015.

- \_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 10 mai. 2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1967a). **Constituição da República Federativa do Brasil**: outorgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 10 mai. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967**. Autoriza a instituição da Fundação Nacional do Índio e dá outras providências, 1967b. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5371-5-dezembro-1967-359060-norma-actualizada-pl.html>. Acesso em 10 mai. 2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1969). **Emenda Constitucional nº 01**: de 17 de outubro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 10 mai. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973**: dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6001.htm). Acesso em: 10 mai. 2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 mi. 2015.
- CHUST, Manuel. **La cuestión nacional americana en las Cortes de Cádiz (1810-1814)**. Mexico: Centro Francisco Tomás y Valiente UNED Alzira- Valencia; Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Autónoma de México, 1999.
- COLACO, Thais Luzia. Os “Novos” Direitos Indígenas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ESPAÑA. **Constitución Política de la Monarquía Española** (1812). Disponível em: <[http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812\\_cd.pdf](http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812_cd.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2015.
- FRADERA, Josep María. **Filipinas: la colonia más peculiar**: la hacienda pública en la definición de la política colonial, 1762-1868. Madrid: CSIC, 1999.
- GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**. Passado, Presente e Futuro. São Paulo: Contexto, 2012.
- HERZOG, Tamar. **Vecinos y extranjeros**: hacerse español en la edad moderna. Madrid: Alianza, 2006.

- KRELL, A. J. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha.** Os (des) caminhos de um direito “constitucional” comparado. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.
- MACHADO, André Roberto de Arruda. **A quebra da mola real das sociedades:** a crise política do antigo regime português na província do Grão-Pará (1821-1825). São Paulo: Hucitec, 2010.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARQUES, João Pedro. **Os sons do silêncio:** o Portugal de Oitocentos e a abolição do tráfico de escravos. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais, 1999.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação: do pós-segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico.** Salvador: Centro de atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-valerio-mazzuoli.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-valerio-mazzuoli.pdf). Acesso em: 17 mai. 2105.
- MONTEIRO, John Manuel. **Os negros da terra.** São Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Tupis, tapuias e historiadores:** estudos de história indígena e do indigenismo. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, 2001.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.** Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf). Acesso em: 10 mai. 2015.
- OLIVEIRA, João Pacheco de. Contexto e horizonte ideológico: reflexões sobre o Estatuto do Índio. In: SANTOS, Silvio Coelho dos (Org.). **Sociedades indígenas e o direito:** uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Ed. da UFSC/CNPq, 1985, p. 17-30.
- \_\_\_\_\_. Políticas indígenas contemporâneas na Amazônia brasileira: território, modos de dominação e iniciativas indígenas. In: D’INCAO, Maria Ângela (Org.). **O Brasil não é mais aquele... mudanças sociais após a redemocratização.** São Paulo : Cortez Editora, 2001, p. 217-235.
- OPHELAN GODOY, Scarlett. Los diputados peruanos en las Cortes de Cádiz y el debate sobre el tributo, la mita y la ciudadanía indígena. **Revista de Historia Iberoamericana – HIB,** v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: [http://revistahistoria.universia.net/pdfs\\_revistas/articulo\\_171\\_1340980159250.pdf](http://revistahistoria.universia.net/pdfs_revistas/articulo_171_1340980159250.pdf). Acesso em: 21 out. 2014.

- PALTI, Elias José. O século XIX brasileiro, a nova política e os esquemas teleológicos. In: CARVALHO, José Murilo de; NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das (Coords.). **Repensando o Brasil dos Oitocentos: cidadania, política e liberdade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- PEREIRA, Deborah Macedo D. de Brito. O estado pluriétnico. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria. (Orgs.). **Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Laced, 2002. p. 41-47.
- PEREIRA, Vantuil. **Ao soberano Congresso: direitos do cidadão na formação do Estado Imperial Brasileiro (1822-1831)**. São Paulo: Alameda, 2010.
- PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- RIEU-MILLAN, Marie Laure. **Los disputados americanos en las Cortes de Cádiz: igualdad o independencia**. Madrid: Grafipren, 1990.
- RODRIGUEZ, Jaime E. Una cultura política compartida: los orígenes del constitucionalismo y liberalismo en México. In: CHUST, Manuel; MÍNGUEZ, Victor (Eds.). **El Imperio sublevado: monarquía y naciones en España e hispanoamérica**. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, p. 212-214, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Ana Cristina Nogueira da. **A cidadania nos trópicos: o ultramar no constitucionalismo monárquico português (1820-c. 1880)**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2004.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1ª ed., 5ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.
- TOMICCH, Dale. O Atlântico como espaço histórico. **Estudos Afro-Asiáticos**, 26 (2), p. 221-40, mar/ago. 2004.
- VALDÉS, José M. Portillo. **Crisis atlántica: autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispana**. Madrid: Fundación Carolina; Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos, 2006.
- VARGUES, Isabel Nobre. **A aprendizagem da cidadania em Portugal (1820-1823)**. Coimbra: Minerva, 2007.
- VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

# DA INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DO TRABALHO DIGNO EM UM MUNDO GLOBALIZADO

---

LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA

Doutor em Direito das Relações do Trabalho (PUC-SP); docente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília; docente do Curso de Graduação da Universidade Estadual de Londrina; Coordenador do Curso de Graduação da Faculdade Paranaense. lourival.oliveira40@hotmail.com

TÂNIA LOBO MUNIZ

Doutora em Direito das Relações Sociais (PUC-SP); docente da graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Londrina. lobo-muniz@gmail.com

## Resumo

A premissa inicial circunscreve-se à constatação de que os procedimentos de produção se internacionalizaram. Consequentemente, a partir da produção compartilhada ou em espaços definidos, obteve-se, como um dos resultados principais, a precarização do trabalho humano, considerando-se que no plano nacional, diante das políticas liberalizantes, não vem se tornando mais possível ao Estado nacional assegurar as garantias mínimas de proteção ao trabalho. Para enfrentar essa realidade, o presente artigo propõe a construção de novos espaços públicos, com a participação de vários atores internacionais, não mais se restringindo aos entes públicos internacionais existentes, sendo que a proteção ao trabalho humano deverá ser promovida, na condição de direito humano e direito fundamental, levando-se em conta o contexto global e a multidisciplinariedade temática. Trata-se do emprego da visão holística, que pressupõe a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, enquanto pressuposto essencial a fim de equilibrar o desenvolvimento econômico com o desenvolvimento social no plano internacional.

## Palavras-chave

Direitos Fundamentais; globalização; indivisibilidade dos Direitos Humanos; trabalho digno.



## Abstract

The initial premise is limited to the finding that the production procedures internationalized. Consequently, from the production sharing or defined spaces, was obtained as one of the main results the precariousness of human labor, considering that at the national level, given the liberalizing policies, is not making it possible to ensure the national state minimum safeguards to protect the work. To address this reality, this paper proposes the construction of new public spaces, with the participation of several international actors, no longer confining to existing international public entities, and the protection of human work should be promoted, provided as a human right and a fundamental right, taking into account the global context and the thematic multidisciplinary. It is the job of the holistic view, which assumes the interdependence and indivisibility of human rights as a prerequisite in order to balance economic development with social development internationally.

## Key words

Fundamental rights; Globalization; Indivisibility of human rights; Decent work.

## 1. Introdução

É sabido que as relações econômicas e comerciais se expandiram no mundo ao ponto de se configurar um compartilhamento de várias empresas, situadas em territórios diferentes, na produção de um mesmo produto ou da mesma prestação de um serviço, onde empresas distintas, em lugares diversos, participam de estágios da produção, sendo que, ao final, com o produto acabado ou o serviço prestado, não é fácil identificar a forma, o procedimento e, muito menos, o número de empresas que se associaram no processo de produção.

Esse procedimento faz com que trabalhadores de várias nacionalidades se juntem na produção de um mesmo bem ou prestação de certo serviço, ainda que localizados geograficamente em Estados distintos, na maioria das vezes também de nacionalidades diferentes. Desse processo tem-se uma série de resultados, dentre eles, a dificuldade do trabalhador de identificar *para quem* ou, até mesmo, *o que* ele estava produzindo, fato que contribui em grande parte para aquilo que se convencionou chamar de individualismo na produção. As relações de trabalho se transnacionalizaram.

Pode-se, como exemplo, também trazer à baila outras situações que não serão alvo de tratamento direto deste artigo, tais como, as transferências constantes de trabalhadores ligados à mesma empresa de uma localidade para outra ou as migrações maciças de trabalhadores de uma determinada localidade para outra.

No que diz respeito às migrações maciças de trabalhadores, podem ser apontados vários fatores para sua ocorrência, como a estagnação da possibilidade de sobrevivência do trabalhador em seu lugar de origem ou a formação dos chamados blocos econômicos, que levam à facilitação da movimentação de trabalhadores dentro do mesmo bloco. Ainda, nesse sentido, é importante destacar que as mudanças repentinas da empresa de uma localidade para outra ou as mudanças de investimentos na produção, tem a capacidade de tornar a localidade que ganhou o investimento polo de atração para grande massa de trabalhadores, porém, muitas vezes, nesse caso, acaba por produzir postos de trabalho sem qualquer qualidade ou dignidade.

Enfim, a prestação de trabalho no mundo se transnacionalizou, principalmente a partir da segunda metade do século XX. Esse fenômeno aconteceu na mesma proporção e velocidade da transnacionalização do capital, não sendo possível tratar os dois fenômenos separadamente. Sucede que, ao contrário dos estudos e da evolução dos mecanismos de aperfeiçoamento técnico para lidar com essa nova configuração, o mesmo não ocorreu em relação ao trato com as relações de trabalho, no que se refere à proteção ao trabalho humano e à construção de procedimentos que fossem compatíveis, na mesma proporção, com os instrumentos construídos pelo capital.

Segundo João Bosco M. Machado (p.3 - 4), tratando sobre integração produtiva e os seus reflexos:

A integração produtiva deve ser entendida como o desenvolvimento do processo de fragmentação da produção em bases regionais (grupos de países) ou globais, o que pode implicar a criação de uma divisão internacional do trabalho no circuito de uma determinada cadeia produtiva, cuja contrapartida é a consolidação de fluxos comerciais do tipo intra-industrial em que ocorrem importação de partes e componentes, processamento industrial e exportação de componentes mais complexos ou de produtos finais. Há, portanto, circunstâncias em que o processo de outsourcing conduz unicamente à formação de redes locais de fornecedores o que caracterizaria, no contexto da abordagem aqui sugerida, terceirização da produção, sem integração produtiva. É óbvio que a integração produtiva dá lugar a transações comerciais, mas não apenas a isso. Implica, como dito, o estabelecimento entre parceiros de um “compromisso de partilha” de ativos específicos, numa operação que transcende à simples compra e venda de bens e serviços (Coriat et alli, 1994). Por conseguinte, o conceito de integração produtiva aqui sugerido é mais abrangente do que a noção de fragmentação da produção, na medida em que o primeiro engloba a conformação de alianças ou cooperação entre empresas, o que implica a criação de uma divisão internacional do trabalho no âmbito de uma cadeia produtiva. Este movimento é liderado por grandes empresas em parceria com pequenas e médias empresas (PMEs), gera fluxos de

comércio e de investimento entre países e, em geral, é estimulado pela liberalização comercial ou por acordos de integração.

Logicamente que nada ocorre por acaso. O não desenvolvimento das organizações sindicais no plano internacional ou a não evolução no plano internacional da proteção ao trabalho humano (não querendo aqui desconsiderar os avanços obtidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) nas últimas décadas), a não aderência dos Estados a um plano que estabelecesse de fato proteções mínimas para os trabalhadores e o próprio descaso de organizações internacionais, demonstram a crescente privatização que vem ocorrendo dos espaços internacionais.

Vários resultados danosos foram produzidos em virtude desse contexto globalizado, valendo citar o surgimento de novas formas de doenças profissionais ou do trabalho, continuidade em alguns setores da elevação do número de acidentes de trabalho, o uso da mão de obra infantil na produção em várias regiões do planeta, tratamento diferenciado nas relações de trabalho de acordo com o sexo, nacionalidade, etnias, religiões e outras tantas consequências que afrontam os próprios direitos humanos. Estes são exemplos gritantes que denotam que, intencionalmente, a proteção ao trabalho humano, dentro do contexto globalizado, não foi vista como importante ou não foi tratada com a valoração que é devida a um direito fundamental.

As proteções hoje existentes gravitam em torno no Estado Nacional e, de forma oposta, a não evolução da proteção ao trabalho humano no mundo globalizado foi algo previamente estabelecido para não acontecer - tudo é produção prévia. Significa que o mundo globalizado cria situações de não proteção do trabalho humano, em razão dessas conjunturas se tornou possível criar um sistema no qual, por meio da migração contínua do capital, com investimentos no deslocamento de empresas de uma região para outra a fim de obterem o crescimento na lucratividade, baseado especialmente na redução do custo da mão-de-obra e considerando que não houve no mesmo compasso a criação de mecanismos para essa proteção no plano internacional, facilitou-se e possibilitou-se a precarização do trabalho humano.

O presente artigo propõe um rompimento a fim de demonstrar a necessidade da construção de espaços públicos internacionais, com o objetivo de efetivar a proteção dos direitos decorrentes das relações do trabalho. Nesse sentido, propor as bases para novas formas de prevenção e ou solução de conflitos nas relações de trabalho, assim como, identificar pontos de contato entre a proteção do trabalho humano e outros valores que também se caracterizam como Direitos Humanos e Fundamentais, de forma a construir um esforço sinérgico em torno da obtenção do resultado dignidade da pessoa humana.

Ao final, objetiva-se contribuir para a construção de um sistema que possa proteger, ainda que diante de um conflito, o valor trabalho humano, partindo-se da interação

e integração dos sistemas nacional e internacional, enquanto compondo um conjunto normativo e de ações coletivas e efetivas, a partir da geração de espaços públicos transnacionais e da participação de novos atores internacionais no processo de garantidor dos direitos laborais.

Para tanto, foi adotado aqui o método dedutivo, classificando os direitos surgidos das relações de trabalho como direitos fundamentais, onde a sua proteção importa na própria proteção dos Direitos Humanos.

## 2. Características dos Direitos Surgidos das Relações do Trabalho

A árdua questão a ser enfrentada pelo Direito do Trabalho, que se constitui também na principal razão de sua existência, é o enfrentamento do desequilíbrio entre o valor social trabalho humano e o poder econômico, que pode ser traduzido na seguinte equação: crescente desenvolvimento do poder econômico sem o correspondente e necessário desenvolvimento social.<sup>1</sup>

O projeto da Constituição Federal Brasileira é fazer com que a ordem econômica esteja realmente fundada na valorização do trabalho humano, considerando aqui o trabalho nas suas mais diversas formas de prestação e não apenas aquele realizado por intermédio de um contrato de emprego, que nada mais é do que a colocação em prática da determinação contida em seu no artigo 170.

Para Américo Plá Rodrigues (1978), o Direito do Trabalho está fundado em seis princípios, que objetivam produzir a redução da desigualdade entre empregado e empregador, sendo eles: da proteção, da irrenunciabilidade, da continuidade, da primazia da realidade, da continuidade, da razoabilidade e da boa-fé.

Nesse mesmo sentido, para Godinho Delgado (2013, p.189) o Direito do Trabalho é formado pelo conjunto de nove princípios, citando-os: da proteção, da norma mais favorável, da imperatividade da norma trabalhista, da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, da condição mais benéfica, da inalterabilidade contratual lesiva, da intangibilidade salarial, da primazia da realidade e da continuidade da relação de emprego.

---

1 Segundo publicação da OIT, datada de janeiro/2014, com o título “Mundo perde 62 milhões de empregos”, destaca-se os resultados produzidos pela crise financeira de 2008, que segundo a entidade, expulsou mais de 202 milhões de pessoas dos seus empregos. Também na mesma nota revela-se a grande concentração de renda que equivale a dizer que 1% da população mundial tem metade da riqueza global. Para a OIT, a recuperação da economia não está sendo seguida por uma geração de postos de trabalho e a previsão é de que, em 2018, 215 milhões de pessoas não terão emprego no mundo. Os esforços para a redução da pobreza foram afetados pela crise, ao ponto de a disparidade social no planeta aumentar consideravelmente a partir de 2008. O grupo de 1% mais rico tem renda 65 vezes superior aos 50% mais pobres. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-internacional,mundo-perde-62-milhoes-de-empregos,175819,0.htm> . Acesso em: 10/02/14.

Porém, como fazer valer esses princípios diante da nova dinâmica hoje existente no tocante à forma de se produzir, levando-se em conta noções de tempo, espaço, técnicas de produção, circulação de mercadorias, redução da intervenção dos Estados nacionais no sistema produtivo, concentração do poder econômico, capital especulativo e outros tantos.

A impressão que se tem é que a maioria desses princípios foi sistematizada levando-se em conta apenas o plano nacional, partindo de um Estado nacional detentor de poder interventivo e garantidor da segurança mínima para o trabalhador. Ou seja, sem considerar a nova dinâmica construída pelo capital globalizado, que promoveu a reforma quase completa na forma de produzir ou de realizar o trabalho (VIEIRA, 1997).<sup>2</sup>

No entanto, não existe outra maneira de começar o estudo que aqui se pretende a não ser a partir da conceituação e caracterização dos chamados direitos protetores do trabalho humano, levando-se em conta, contudo, o contexto internacional.

O primeiro aspecto a ser debatido é saber se os direitos chamados de trabalhistas ou do trabalho são ou não são Direitos Fundamentais e, por consequência, pertencentes ao rol dos Direitos Humanos.

A elucidação desse ponto é de grande e vital importância, considerando que toda a construção se dará sobre aquilo que for estabelecido a partir dessa premissa. Alguns estudiosos do assunto, valendo citar Fábio Siebeneichler de Andrade e Andressa da Cunha Gudde (2013, p.15), no mesmo artigo, afirmam que:

Estabelecidas estas premissas, cumpre evidenciar o reconhecimento do status de direitos fundamentais aos direitos dos trabalhadores. Tal constatação é pertinente na medida em que os mesmos, assim como os direitos da personalidade, também estão submetidos a exercícios de ponderação e relativização sempre que estiverem em colisão com outros direitos fundamentais, (...). Contudo, não é apenas a condição de direito fundamental que tais matérias do Direito Privado compartilham; mais do que isso: ambos cumprem importante função social e, por isso mesmo, são fortemente protegidos contra atos de indisponibilidade que lhe reduzam o conteúdo e aplicação. Neste contexto, como e em que bases se opera o

2 A globalização é um fenômeno complexo não podendo ser apresentada dentro do reducionismo econômico. O capital especulativo acaba ganhando do capital produtivo, fazendo com que, principalmente nos países periféricos, seja produzido o trabalho informal, em condições precárias, com consequências sociais e políticas destrutivas. Os novos procedimentos de proteção fazem com que se perca a referência das garantias sociais, criando o individualismo extremado do trabalhador dentro dos processos produtivos. Lizst Vieira (1997) afirma que a globalização não é uma fatalidade histórica, tendo sido construída historicamente, de forma que devem sobrepor aos interesses econômicos questões que são mais importantes, como por exemplo, a defesa ambiental, os interesses locais e as necessidades e valorização das diversidades entre os povos.

exercício de ponderação entre os direitos fundamentais do trabalho e da personalidade quando, no caso concreto, do outro lado estiver o direito fundamental à autonomia privada, são perguntas que a seguir se buscará responder.

O objetivo perseguido pelos autores acima é diferente do que ficou estabelecido para este artigo. Porém, aproveita-se parte dos seus estudos, no sentido de deixar balizado que as relações de trabalho são, em síntese, relações de direito privado, muito embora não exista por parte do trabalhador a vontade livre de se manifestar sobre querer ou não trabalhar e muito menos, na maioria das vezes, sobre aquilo que quer fazer como trabalho e onde deseja realizar o seu trabalho.

Portanto, a autonomia privada da vontade, que é o âmago de uma relação de direito privado e da própria realização do princípio da dignidade humana (liberdade de autodeterminação), na prática, é quase inexistente quando se trata do trabalhador decidir se irá ou não participar de uma relação de trabalho, considerando-se a necessidade de prestação de trabalho para a manutenção da sua vida e da sua família. Da mesma forma, não existe autonomia de vontade do trabalhador quando se refere a definir os procedimentos ou técnicas que serão empregados para a realização do seu trabalho.

Contudo, não é razoável, ainda que diante da desigualdade existente entre os sujeitos em uma relação de trabalho, que se subtraia do empregado qualquer possibilidade de manifestação de vontade, em defesa do princípio da irrenunciabilidade ou da condição absoluta dos direitos decorrentes das relações de trabalho serem classificados como Direitos Fundamentais. Principalmente, quando a defesa de uma irrenunciabilidade absoluta se apresenta garantida pelo Estado nacional que, de fato, não tem mais o poder de oferecer qualquer garantia, seja no plano da prevenção ou da solução adequada dos conflitos de interesse laborais.

Sobre este mesmo tema, mas por um diferente prisma e fazendo um contraponto dentro das linhas teóricas do neoliberalismo, está sendo construída a relativização daquilo que se chamou de direitos decorrentes da ordem pública, considerando-se a necessidade de preservação da liberdade de vontade, o que deu asas aos processos de flexibilização e ou desregulamentação.

Nesse sentido, embora a relativização dos direitos de ordem pública tenha contribuído para situações de flexibilização dos direitos originados das relações de trabalho, é certo, também, que a construção de dogmas no plano nacional, no sentido de inalterabilidade absoluta dos direitos laborais, pode ter contribuído negativamente para a criação de um pacto internacional para a proteção dos mesmos direitos.

Em outras palavras, o absolutismo, na acepção de não possibilitar a manifestação de vontade dos trabalhadores, contribuiu em parte para a estagnação no que se refere à

construção de um sistema mais efetivo para a proteção dos direitos laborais, considerando que essa mesma proteção está presa ou somente poderá ser exercida diante da existência de um Estado nacional que se apresente em condições de defender esses direitos.

Sabe-se que isso não é mais possível, ou seja, atribuir ao Estado nacional a obrigação de proteção dos direitos laborais, podendo significar que a linha da irrenunciabilidade dos direitos laborais ou o seu permanente engessamento, por se tratarem de direitos que compõem a ordem pública, não está mais produzindo bons resultados. Em outras palavras, o Estado nacional não está mais podendo proteger de fato os trabalhadores e a forma de solucionar conflitos ainda se mantém (no Brasil ao menos), centralizada na territorialidade, tendo o Estado Nacional como o centro de tudo, contudo, essa forma não dá conta da pacificação dos conflitos do trabalho;

Assim, está sendo construído um cenário com vistas à adaptar as proteções ao trabalho com a finalidade de atender as necessidades impostas pelo novo ambiente de trabalho, levando-se em conta um contexto muito diferente e distante daquele em que foram lapidados os princípios fundamentais do Direito do Trabalho (anteriormente relacionados), que traziam em si a condição de se tornarem estáticos, sob pena de, em assim não sendo, corromper-se a própria dignidade humana, que anteriormente era tida como realizável por intermédio de um Estado Nacional que detinha em parte o poder de aparentemente torna-los realizáveis.

A questão aqui não é traçar um estudo para se identificar aquilo que pode ser ou não relativizado em se tratando de direitos dos trabalhadores, mas é ter claro que as relativizações estão ocorrendo em vários aspectos da prestação de trabalho, muito embora no plano pátrio ainda sejam compreendidos como direitos absolutos.

Um importante exemplo de relativização dos direitos provenientes do trabalho no Brasil, é o resultado obtido a partir das transações que se operam nas audiências da justiça do trabalho, onde o trabalhador acaba sendo coagido por vários motivos a aceitar propostas de acordos com valores ínfimos, em desacordo com aquilo que já se faz provado de forma líquida e certa nos autos a seu favor.

A impressão que se tem, no caso da solução dos dissídios individuais do trabalho no Brasil, no foro judicial, é que o magistrado, em vários momentos, não exerce a tutela jurisdicional garantidora dos direitos indisponíveis. De acordo com o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), está o magistrado autorizado, diante da afronta a direitos indisponíveis, negar-se a homologar o acordo que se pretenda fazer perante aquele órgão. Porém, essa negativa é quase que inexistente, ainda que diante de acordos trabalhistas que se aproximam de valores vis.

Elucidativo o relato feito por Ivan Alemão e José Luiz Soares (2009, p.9) acerca dos processos de conciliação e os resultados produzidos:

Em 03 de Dezembro de 2008, a companhia de energia elétrica da Paraíba, a Energisa, e os representantes do Sindicato dos Eletricitários da Paraíba (Sindeletric) homologaram acordo para o pagamento de uma dívida trabalhista de R\$ 37,4 milhões, beneficiando cerca de 2000 trabalhadores, pondo fim a um processo que tramitava há mais de quinze anos e que representava a maior dívida trabalhista de uma empresa privada naquele estado. Essa conciliação foi comemorada como a maior já realizada pela Justiça Trabalhista paraibana – e uma das maiores em todo o país – pelo seu elevado valor e importância histórica.

O contexto da conciliação decorreu de uma ação de cumprimento promovida pelo Sindeletric contra a Saelpa (atual Energisa) em razão da empresa não ter cumprido integralmente um dissídio coletivo de 1990 (processo 2092/87). Os primeiros cálculos do dissídio apontavam uma dívida de mais de R\$ 200 milhões, que a Energisa conseguiu diminuir para R\$ 60 milhões através de recurso julgado no TST que determinou o expurgo do Plano Collor dos cálculos. E foi esse valor – ainda não pago, mesmo após anos de processo transitado em julgado – que serviu de referência para a negociação nas audiências de conciliação. Num primeiro momento, a empresa ofereceu aos eletricitários apenas 29% do valor, o que foi considerado como insuficiente pelo sindicato. O acordo foi fechado com a Energisa oferecendo o pagamento de 51% do débito, assumindo ainda o custo dos honorários advocatícios, a contribuição para o sindicato Sindeletric e o FGTS. De acordo com notícias jornalísticas, a proposta foi amplamente discutida no sindicato e aprovada por quase unanimidade, em assembleia da qual participaram mais de 1300 reclamantes. O processo prosseguiu para onze dos 1960 reclamantes, os quais não aceitaram o acordo. Cerca de 160 trabalhadores já haviam morrido desde o início do processo e mais de 1000 não trabalhavam mais pela empresa.

O exposto apresenta duas situações: de um lado os direitos trabalhistas são irrenunciáveis e, por conta da irrenunciabilidade, devem ser evitados outros processos de solução de conflitos de interesse; de outro lado, no foro judicial, em procedimentos de conciliação, independente da certeza ou liquidez dos direitos que estão sendo discutidos, se aceita qualquer forma ou valores, que se justificam em face da própria conciliação, independentemente dos direitos postos para serem “coercitivamente” acordados, tenham ou não se incorporado ao patrimônio dos trabalhadores.

Sendo assim, qual conclusão deve ser tirada da condição de irrenunciabilidade ou daquilo que se extrai dos princípios de proteção ao trabalho humano?

Ao mesmo tempo, quando se pensa nos direitos provenientes das relações do trabalho como direitos fundamentais, sobrelevam as modificações que estão ocorrendo nos procedimentos de produção, decorrentes em parte das novas tecnologias, que em várias situações permitem ao trabalhador: que fique conectado constantemente ao seu ambiente



de trabalho; que leve consigo o próprio ambiente; que produza em várias regiões do planeta, muitas vezes sem a necessidade do deslocamento físico; ou ,ainda, que compartilhe da mesma produção com outros trabalhadores, com diferentes condições de trabalho, rentabilidade e, por consequência, produzindo diferentes condições de vida.

Afirma-se que, inobstante o avanço da tecnologia, em especial as de comunicações, a cada dia está sendo produzido um mundo voltado para a individualidade em meio a uma competição predatória dos valores sociais, constituindo o chamado darwinismo social, que está associado diretamente aos novos procedimentos e formas de produção (PEREIRA,2003, p.55).<sup>3</sup>

Apesar das marcantes transformações nas relações de trabalho, os mecanismos de solução dos conflitos provenientes do trabalho se mantêm arcaicos e, na maioria das vezes, vem a reboque no plano coletivo, decorrente de uma grave crise econômica. Também assim no plano individual, com a intervenção do Estado Nacional, que apesar de não possuir mais poder para regular, disciplinar as novas relações e formas de se produzir, ainda mantém o monopólio para a solução jurídica dos conflitos surgidos, mesmo que na maioria das vezes a solução aconteça de forma prejudicial para o trabalhador, considerando que, até em procedimentos de acordos judiciais, no plano individual mantêm-se os elementos individualidade e sobreposição do poder econômico.

Explicando, no Brasil praticamente existe a forma judicial para a solução dos conflitos do trabalho, o que significa a exclusividade e permanente presença do Estado nos mesmos. Quanto à demora na solução dos conflitos do trabalho, esta contribui demasiadamente para que ocorra a sobreposição do poder econômico sobre o valor trabalho humano, considerando a hipossuficiência do trabalhador.

A dúvida que se coloca é a seguinte: ainda que se defenda que a maior parte dos direitos provenientes das relações do trabalho sejam absolutos, referido entendimento não está sendo suficiente para impedir resultados danosos aos empregados, o que significa que se volta, mais uma vez, para a dura questão onde a irrenunciabilidade está associada a um Estado nacional que não é mais garantidor dos mesmos direitos, como também preso

---

3 O ponto nodal não mais é se ou como adotar o capitalismo, mas como fazer o melhor dele e como transformar seus valores dominantes atualmente (individualismo competitivo, racionalidade instrumental e sucesso material), que já se mostraram insuficientes como bases para as organizações sociais que possam satisfazer as necessidades humanas contemporâneas, evoluindo em direção a ênfase em outros valores, como a cooperação, altruísmo, responsabilidade e preocupação com o futuro. Josecleto Costa de Almeida Pereira (2003, p. 55) afirma: *É indiscutível que no mundo globalizado a competitividade se exacerba, tendo como lema não a concorrência, mas a guerra. Essa guerra utiliza-se de todas as formas para dirimir os conflitos, frutos dessa lógica sem ética. A consequência mais visível dessa realidade é o egocentrismo, ou seja, os individualismos na vida econômica, política e social, que terminam por transformar as pessoas em coisas*

ao tratamento individualizado, tanto em relação às pessoas quanto em relação ao plano nacional, desconsiderando-se aquilo que está ocorrendo internacionalmente.

Não obstante, nem por isso, ainda que diante de tantas transformações, pode se pensar nos direitos decorrentes das relações do trabalho como não fazendo parte dos direitos fundamentais ou concordar com a simples limitação parcial da autonomia da vontade do trabalhador.

Por conta dessa assertiva, se torna necessário aperfeiçoar os métodos e técnicas de prevenção e modernização nas formas de proteção e solução dos conflitos do trabalho, porque o velho modelo baseado na irrenunciabilidade absoluta dos direitos trabalhistas protegidos por um Estado Nacional não está mais dando certo.

O relevante nesse momento não é adotar os princípios fundamentais do Direito do Trabalho como supremos garantidores dos direitos surgidos a partir do trabalho, de forma que a sua realização impeça a adoção de novas práticas, dentro de uma nova dinâmica (transnacional), como, por exemplo, acontece com o supremo princípio da irrenunciabilidade. Mas, também não é flexibilizar as normas de proteção do trabalho humano ao ponto de desconstituí-las do valor de direitos fundamentais.

O cerne está em propor o avanço da proteção/prevenção dos conflitos e ao mesmo tempo a solução de conflitos partindo-se da realidade posta. Qual seja, a realidade que compreende novos atores internacionais, um novo Estado Nacional e novas formas ou métodos de produzir, com o compartilhamento de várias empresas em um mesmo processo de produção, que não é mais localizado ou localizável, requerendo, assim, um novo comportamento por parte dos agentes envolvidos com a proteção dos Direitos Fundamentais, incluindo-se aqui a proteção do trabalho humano.

O novo contexto social internacional deve ser apreendido e, a partir dele, devem-se construir condições para a efetivação da proteção dos direitos decorrentes das relações do trabalho.

### **3. O Estado Nacional nas Relações de Trabalho Diante da Possibilidade da Criação de Espaços Públicos Transnacionais**

O impacto das novas tecnologias nas relações de trabalho é um tema debatido quantitativamente e qualitativamente, conforme se verifica na literatura jurídica, econômica, sociológica e da administração, principalmente. Para o mundo do trabalho as novas tecnologias apontam para o aumento da produtividade, redução dos custos, com o objetivo único de alcançar maior competitividade, sem muita preocupação com as condições que estão sendo criadas para o trabalhador, ou seja, a precarização do trabalho humano.

Quando se fala em competitividade, considerando o mundo globalizado, fala-se em competitividade internacional, ou que o mercado a ser disputado é o mundial. Razão pela qual as grandes empresas, aqui chamadas de transnacionais, procuram regiões com baixo custo de produção - menores custos de transportes, menor proteção dos recursos ambientais e mão-de-obra com baixo valor, quase sem nenhum seguro social.

Segundo Bresser Pereira (1977, p.239):

Agora as empresas multinacionais diversificam geograficamente sua atividade, em âmbito internacional, para maximizar sua taxa de expansão e sua taxa de lucro global. Instalam suas fábricas e escritórios de serviços onde o mercado seja mais favorável onde a mão-de-obra seja mais barata ou onde seja mais fácil obter pessoal técnico e administrativo, ou onde as matérias-primas sejam disponíveis, ou onde as facilidades de financiamento sejam mais favoráveis, e transferem os seus lucros através de diversos sistemas para onde os impostos sejam menores.

Considerando essas variáveis, coloca-se em estudo o papel do Estado Nacional e o modelo de Estado Nacional procurado pelas transnacionais, aquele que intervém menos, em especial, na proteção dos chamados direitos sociais. O liberalismo pós-moderno pressupõe quase a inexistência dos Estados Nacionais ou o retorno para a sua situação primitiva de ser apenas um aparente garantidor dos direitos políticos.

É importante neste momento do estudo destacar as lições de João Bernardo (2000, p. 39):

A globalização do capital alcançou um estágio superior e converteu-se em transnacionalização. Mais do que a junção de fronteiras, trata-se da passagem por cima das fronteiras. Por isso a terminologia de “companhias multinacionais”, comumente usada deve ser substituída pela de “companhias transnacionais”, que nos indica a especificidade deste tipo de empresas. Elas não juntam nações – passam por cima delas. Para compreendermos as principais implicações deste processo temos de proceder a uma mudança radical de perspectiva. Nós estamos habituados a considerar a economia mundial como um sistema de relações entre países, e é assim que a imprensa apresenta geralmente a questão. Todavia, se adotarmos o ponto de vista das sociedades transnacionais, verificamos que grande parte do comércio que as estatísticas oficiais contabilizam como externo é, na realidade, um comércio interno, constituído por transações entre matrizes e filiais. Esta alternância de perspectivas não ocorre apenas no plano econômico, mas no político também, porque as fronteiras entre países marcam a amplitude da esfera de ação de cada governo, e portanto a amplitude do Estado Restrito, enquanto a divisão entre as companhias transnacionais decorre diretamente do sistema de poder das empresas e, por isso, tem lugar no Estado amplo.

Observa-se a redução de importância do Estado Nacional, que passou a atuar em desigualdade de condições com as empresas chamadas de transnacionais, que acabam acumulando com seus *tentáculos* espalhados pelo mundo, um poder político maior que o próprio Estado. Também não podem ser perdidos de vista os novos atores internacionais que estão surgindo, expressando um maior número de entes participantes da vida internacional nascendo e sendo construídos a cada momento.

Dentro desse contexto, como trabalhar as formas de proteção e de solução de conflitos trabalhistas, considerando como paradigma o modelo reinante no direito pátrio, que é a solução dos conflitos de interesse através do Estado, também chamado de forma judicial de solução? Como manter as velhas técnicas diante de um ente que não é mais detentor de poder suficiente para reger nem mesmo as suas relações internas de trabalho, considerando-se mais uma vez, no caso pátrio, o crescimento da informalidade e as demais formas de prestação de trabalho, que ainda não foram devidamente regulamentadas? Ou a queda das fronteiras, quando se trata de espaço para produzir?

A primeira premissa que se coloca é quanto à impossibilidade de ser debatida a proteção do trabalho humano separadamente das outras questões que também guardam a mesma importância. No plano internacional não se desenvolveram a contento outras formas de solução, considerando a precarização do trabalho humano em evolução e a nova forma de produzir. Segundo Jorge Matoso (1995, p. 120):

Frente à crescente desestruturação sofrida pelo mundo do trabalho e aos problemas econômicos e sociais despertados pelo início da Terceira Revolução Industrial ainda realizada sob a modernização conservadora e cuja magnitude e desdobramento são ainda difíceis de discernir em sua totalidade, os trabalhadores e suas organizações sindicais e políticas se encontram na defensiva, sem oferecer alternativas capazes de articular as distintas forças que se opõem a este novo moinho satânico. A ofensiva do capital reestruturado que chama a si a tarefa de dirigir a sociedade capitalista sob as regras exclusivas da concorrência e do mercado auto-regulável em escala internacional, tem dificultado ainda mais a gestação de uma alternativa que aponte para uma nova sociedade capaz de gerar a emancipação crítica do trabalho social e uma nova hegemonia. Sem esta nova hegemonia, que extrapole os trabalhadores e seus tradicionais aliados, que incorpore novos agentes e novos temas sociais, e que contemple outras contradições que se apresentam crescentemente situadas além do local de trabalho e do processo de valorização, os trabalhadores dificilmente conseguirão protagonizar projetos nacionais e internacionais de transformação.

No entanto, essa mesma transnacionalidade do capital, ou dos grandes conglomerados industriais, acaba produzindo outra situação, as crescentes alterações nos sistemas

jurídicos nacionais, considerando o reducionismo do Estado Nacional, gerando uma incerteza: como efetivar a proteção dos direitos laborais em um Estado Nacional que já se faz diminuto, com a desregulamentação crescente das relações de trabalho e o estímulo a processos reducionistas de atuação pública?

Autores já estudaram esse tema, sendo importante destacar aqui algumas posições. Segundo Cruz e Bodnar (2011, p 56): [...] *o Estado e o Direito Transnacional poderiam ser propostos a partir de um ou mais espaços públicos transnacionais, ou seja, a criação de espaços públicos que possam perpassar estados nacionais.*

Não se aventa um super Estado ou uma organização supra estatal. Seria o surgimento de instituições que transpusessem os espaços nacionais, tornando possível novos ambientes, que possibilitassem a discussão e o oferecimento de respostas satisfatórias aos problemas decorrentes de todas as modificações operadas nas relações de trabalho a partir da contemporânea configuração da produção.

Esse espaço, que adotaria práticas de cooperação e de solidariedade internacional, com destaque para temas sociais, em especial presos à construção da dignidade da pessoa humana, teria a atuação dos Estados nacionais na condição de participantes, juntamente com outros entes internacionais. Sua missão seria construir uma regulamentação internacional de proteção, que envolvesse não somente a questão do trabalho, como também outras aquelas relacionadas aos direitos fundamentais, que se conectam diretamente à proteção laboral, tornando-os, de fato, temas públicos da maior valia, de tal maneira que fosse construída e intensificada uma política pública internacional, com ações estatais e de entes não estatais, por assim dizer privados, com poder de pressão internacional.

Dentro dessa visão, os agentes privados e públicos internacionais precisam interagir, com suas especificidades, mas, criando um todo, de forma sinérgica, compreendendo a proteção do trabalho humano dentro de um conjunto e não de forma compartimentada. Daí a criação e intensificação de espaços públicos com atuação global, constituindo uma força de proteção transnacional (um elo de proteção), que se sintetizaria em ações conjuntas, cooperadas e ordenadas dos atores internacionais, numa mudança de perspectiva de sua atuação, deixando se serem somente agentes reflexivos na atuação global, para se tornarem agentes e sujeitos efetivamente protagonistas e participantes da sua esfera de atuação e, indo além, interligando as várias vertentes de atuação e proteção, incluídos nesta as Organizações Internacionais e os Estados.

É interessante neste momento do estudo, demonstrar que a chamada matriz do Estado neoliberal se contrapõe à criação de espaços públicos transnacionais voltados à discussão e a adoção dessas ações de integração. Isso se deve principalmente ao fato de imperar o individualismo exacerbado, forma pela qual as relações de trabalho estão se reorganizando atualmente, considerando os novos métodos e processos de trabalho.

O posicionamento de criação de espaços públicos de discussão vem no sentido contrário, pelo qual a assimilação da existência de outros atores internacionais tem a possibilidade de construir um coletivo internacional, o qual, juntamente com o Estado Nacional, poderão ser capazes de construir um direito transnacional, sem o qual, no tema apresentado, não será possível enfrentar as questões geradas, como a crescente precarização do trabalho humano.

No plano nacional se torna cada dia mais difícil debater essa precarização, no qual, pelo prisma neoliberal, se vê dominado pela ação da economia sob uma matriz de liberdade de mercado, que prima pela liberdade de vontade e de manifestação, que são pontos de toque da própria democracia, mas, que no caso se apresenta apenas como uma roupagem democrática, porém, com objetivos muito diferentes daqueles campeados pela verdadeira democracia.

Destaca-se a contradição ou o equívoco nesse pensamento, o qual, ainda que apoiado em elementos importantíssimos que fundamentam a democracia como a liberdade de vontade, enquanto expressão da própria cidadania, e a formação de um mercado livre, sem qualquer interferência pública, se apresenta como sendo capaz de produzir uma espécie de ordem natural social.

Contudo, essa matriz do chamado modelo neoliberal, não se coaduna com o mundo globalizado, uma vez que no conceito de individualismo também se traduz o desmantelamento do Estado Nacional, enquanto o Direito, apresentado de forma destacada de outros ramos do conhecimento e ainda preso a velhos dogmas jurídicos, acaba sendo sobreposto pelos interesses econômicos desprovidos da necessidade dos resultados sociais.

Não se trata de negar que o modelo neoliberal possua a representação do mundo globalizado. Tanto o representa, que suas práticas visam reduzir custos nacionais, a fim de criar condições de competitividade internacional a partir do Estado Nacional modificado, ou reduzido. Mas de salientar que esses espaços públicos transnacionais, necessários a esse espírito democrático, são insuficientes, da mesma forma que a intensidade de construção.

Por outro lado, a transnacionalidade ocorre com grande intensidade dentro do campo privado, que se traduz pela palavra competitividade internacional, a qual se apresenta por meio das práticas voltadas para a redução dos custos de produção, que foram conseguidos e a cada dia são mais intensificados, graças aos procedimentos e métodos modernos para se produzir. Talvez por conta da privatização da transnacionalidade é que se criou a expressão mercado mundial.

Segundo Alexandre Moraes da Rosa (2009), o conceito de mercado mundial se deu na década de oitenta e início de noventa, levando-se em conta as seguintes características: criação de órgãos supranacionais, validade das normas internacionais sobre as nacionais, hegemonia do capital financeiro, que trouxeram como resultados, dentre vários, a

flexibilização dos direitos trabalhistas e a precarização dos sistemas previdenciários. Mas, o mais importante, segundo o autor, foi a criação de um sentido único de globalização, ou seja, como se fosse algo natural e uniforme para todas as regiões do planeta, produzindo efeitos homogêneos.

E esse é o ponto chave da discussão, uma vez que o modelo neoliberal verdadeiramente criou esta premissa. Ou seja, que a globalização tratada sobre o prisma econômico apenas é algo que ocorre da mesma forma em todo o planeta, apegando-se aos resultados por ela produzidos. Caso fosse verdadeira referida afirmativa, não haveria tanta desigualdade social e econômica no planeta. Também não haveria o alargamento das diferenças entre os países chamados de centrais e os periféricos. Em síntese, já deveria estar ocorrendo uma aproximação ou redução dessas desigualdades econômico-sociais no planeta. Está evidente que as desigualdades sociais continuam e se aprofundam.

Voltando às relações de trabalho e aproximando-se do tema principal em tela, como trabalhar a prevenção e a possível solução dos conflitos de interesse nessas relações, considerando a transnacionalidade privada que a cada dia se intensifica?

#### **4. A Nova Forma de Produzir e a Solução dos Conflitos nas Relações de Trabalho Transnacionalizada**

Retomando alguns pontos tratados, aprofunda-se um pouco mais na transnacionalização da economia e, por conseguinte das empresas, seja na produção de bens ou na prestação de serviços, está associada diretamente a adoção e aperfeiçoamento do modelo toyotista de organização do trabalho.

Na verdade, o aperfeiçoamento desse novo processo fez com que as empresas transnacionais localizassem em vários países estabelecimentos responsáveis por cada etapa da produção, formando uma cadeia produtiva, seja para aquisição de bens materiais, matéria prima, ou de bens de serviço, construindo assim uma cadeia logística de produção. Também, fizeram subcontratações em cada país, de acordo com as vantagens obtidas, levando-se em conta os custos empresariais, em especial aqueles fatores já mencionados, como valor da mão-de-obra, questões tributárias, proteção ambiental dentre outros. Em síntese, o critério utilizado é o da conveniência econômica para produzir.

As legislações nacionais, ainda existentes de proteção ao trabalho humano, não conseguem dar conta dessa nova realidade, a que se quer dar o nome de globalização, considerando não somente a nova logística da produção como também a sazonalidade na produção e a movimentação de trabalhadores de uma região para outra em busca do emprego ou de melhores condições de trabalho.

Segundo Stelzer (2011, p.18-19):

A globalização (ou mundialização) é um processo paradigmático, multi-dimensional, de natureza eminentemente econômico-comercial, que se caracteriza pelo enfraquecimento da soberania dos Estados-nacionais e pela emergência dos novos focos de poder transnacional à luz da intensificação dos movimentos de comércio e da economia, fortemente apoiado no desenvolvimento tecnológico e no barateamento das comunicações e dos meios de transportes, multiplicando-se em rede, de matriz, essencialmente heurística.

No plano comercial, levando em conta o perfil dessa nova realidade, está se desenvolvendo a arbitragem internacional, considerando-se a necessidade de um meio de solução de litígio comercial que seja rápido, tendo como objeto direito material disponível, de caráter patrimonial, excluindo direitos de estado, questões tributárias, de família ou os ligados aos direitos da personalidade dentre outros.

Litígios provenientes da relação de trabalho, da forma como hoje são apresentados no direito pátrio, considerando a sua característica de indisponibilidade, também não seriam tratados pela arbitragem internacional, ressalvando-se o caso de direitos coletivos do trabalho, por força do artigo 114, parágrafo 1º da Constituição Federal.

A Organização Internacional do Trabalho, dentro de um contexto de mobilização pela proteção dos Direitos Humanos em nível internacional tem construído uma linha orientadora para a solução dos conflitos de interesse laborais no plano internacional, fundada nos seguintes elementos: a) promoção do diálogo social; b) autocomposição; c) incremento das formas alternativas de solução dos conflitos (que não através do Estado), e; d) desenvolvimento de mecanismos de prevenção dos conflitos.

De imediato já é possível detectar, comparando a linha orientadora da OIT com a construção feita no direito brasileiro, que existe um forte incentivo para o desenvolvimento de formas alternativas de solução dos conflitos do trabalho, o que demonstra o desacordo com o que vem ocorrendo no Brasil, aonde a visão egocêntrica do Estado Nacional (solucionador dos conflitos do trabalho de forma monopolizada) torna-se perceptível, contribuindo para que a forma judicial de solução dos conflitos laborais seja praticamente a única. Observa-se que o paradigma Estado provedor, regulador e solucionador das controvérsias se mantém intacto, valendo-se do paradigma irrenunciabilidade absoluta dos direitos laborais.

Considerando as dificuldades enfrentadas pelos Estados Nacionais diante da transnacionalidade, percebe-se que, de forma circular, retorna-se ao mesmo problema. Ou seja, a nova logística de produção faz com que as formas locais não deem mais uma resposta satisfatória aos conflitos laborais surgidos dessa realidade globalizada, em especial a forma judicial. E, a questão que se coloca é que o desenvolvimento dessas formas de solução da conflitualidade no plano internacional funcionam sob o caráter da complementaridade,



levando-se em conta que as soluções oferecidas pelo Estado nacional se apresentam em um primeiro plano e a forma internacional em um segundo plano, muitas vezes, como se fossem instâncias de solução.

Fica difícil separar a solução dos conflitos entre instância nacional e global em se considerando a metamorfose ocorrida no mundo do trabalho, como se fossem sistemas autônomos de poder. Isso porque a lógica da produção não é mais local, ainda que diante de situações em que de forma material a empresa onde o trabalhador esteja vinculado por intermédio de uma relação de emprego, não detenha filial em outros países ou não participe explicitamente de uma rede internacional de produção. Pois, mesmo a empresa que se apresenta genuinamente nacional, estará interagindo com o mercado internacional ou sofrendo diretamente a sua interferência; significa que no plano nacional e internacional esta se relaciona com vários ambientes, o que a torna também internacional em virtude das suas ações.

O intuito não é negar ou desvalorizar os sistemas nacionais de proteção e de solução dos conflitos originados nas relações de trabalho, mas, demonstrar que a manutenção ou não dos direitos laborais e, por conta disso, também da solução dos seus conflitos, está diretamente vinculada à efetividade da proteção desses direitos decorrentes das relações do trabalho no plano global.

Não se trata, ainda, de discutir a existência de autonomia ou não da vontade do trabalhador, considerando o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, e sim da construção de um espaço onde o tema proteção do trabalho humano, juntamente com outros temas, se apresente no plano internacional, com liberdade para serem debatidos e construído um sistema de proteção internacional.

E para que essa efetividade ocorra, volta-se a questão da construção de espaços públicos transnacionais, com a participação de vários entes internacionais não estatais capazes de produzir essa efetividade e os procedimentos para a solução dos conflitos transnacionais e locais do trabalho. Esse alcance dos direitos laborais locais ou nacionais estão vinculados, ou na dependência, do envolvimento de atores internacionais, incluindo aqui o Estado Nacional - na condição de ator internacional e não de detentor único, como é o caso brasileiro, de intervir nas relações de trabalho, mesmo que de fato não mais possua o poder de intervenção.

Segundo Trubeck (2000, p. 1187-1209), os sistemas internacionais podem ao mesmo tempo assumir um caráter complementar e reforçar os sistemas nacionais, considerando o processo de interação, como se fosse uma retroalimentação, considerando a ligação direta entre os sistemas, consistindo em um conjunto de estruturas e variadas normas que sustentam práticas nacionais, podendo inclusive substituí-las. Denota-se que os objetivos e a estrutura apresentados somente se desenvolvem na medida em que vários atores internacionais possam participar da sua construção.

Nesse sentido, segundo Maria Pessoa Henrique (2007, p.47), existe uma importância crucial das empresas transnacionais para a adoção de novas práticas, criticando ao final a baixa eficácia das práticas internacionais por conta da falta do engajamento de outros atores sociais internacionais:

Ainda relativamente à emergência de um espaço mundial nos sistemas de resolução dos conflitos laborais, deve referir-se a crescente importância das empresas transnacionais, cuja influência sobre a conflitualidade laboral se reconhece em mecanismos e instrumentos como a criação de zonas francas, códigos de conduta das multinacionais, políticas de recursos humanos, arbitragem transnacional, subcontratação, deslocalização e criação de regimes internos de boas práticas das multinacionais, indutores de uma competitividade entre as suas várias sucursais. Com elevado potencial emancipatório, mas com reduzida eficácia prática, deve mencionar-se o espaço da comunidade transnacionalizado, o qual através das ONG e do sindicalismo internacional se constitui em mais um elemento associado à dimensão transnacional da resolução dos conflitos laborais.

Reforçando, a proteção aos direitos laborais ainda se apresenta compreendida no plano nacional, restrito à função do Estado Nacional, o que é um equívoco. E as práticas, no caso do Brasil, para a solução dos conflitos do trabalho, são práticas individuais através da solução judicial, quase sempre restrita a aplicação da norma nacional. Panorama esse que é quase um padrão quando o direito laboral é violado ou um preceito legal interno é descumprido, guardando uma referência nacional, presos ao Estado nacional - por conta de o próprio conceito de cidadania estar preso a uma cidadania local, nacional e não internacional-, a sua solução acabe sendo depositada majoritariamente no plano nacional e individual.

São justamente essas mudanças que precisam ser operadas, deixando o plano local, com o corte em cidadania nacional, passando para o conceito de uma cidadania internacional ou transnacional, deslocando a centralidade do Estado para o plano coletivo internacional. Significa adotar para a proteção dos direitos sociais a mesma evolução que já foi adotada pelo capital, conforme instigado anteriormente.

Segundo Maria Pessoa Henriques (2007, p. 48 e 49):

Fenômenos, como: o desemprego, o trabalho precário, o trabalho infantil, a falta de condições de trabalho, a discriminação étnica e sexual, etc.; resultam de uma matriz de combinações entre, por exemplo, o espaço local/nacional e o espaço global, entre os processos de transnacionalização do capital e os sistemas de Direito do Trabalho nacionais, entre as dinâmicas das empresas multinacionais e o desempenho dos Estados nacionais. Daí que redescobrir o trabalho, quer como categoria analítica, quer como problema social, é fundamental para a efectividade dos direitos humanos do trabalho.

É prudente afirmar que o crescimento da legitimidade da OIT frente aos Estados a ela vinculados pode ser um dos elementos mais importantes para a criação dos chamados espaços públicos internacionais de discussão sobre a proteção do trabalho humano. Atualmente, muito embora os países pactuantes da OIT não sejam obrigados a ratificarem as suas Convenções Internacionais, ainda assim, elas servem como parâmetros principiológicos para o início da construção de um sistema integrado de proteção internacional dos direitos fundamentais do trabalho, principalmente levando-se em conta um dos principais objetivos do neoliberalismo, que é a desregulamentação das relações de trabalho no plano nacional.

Acontece que a OIT não é suficiente para implementar sozinha esse grande objetivo. No plano das Convenções Internacionais do Trabalho, concebidas em um primeiro momento sob o aspecto educativo, desprovidas de um papel sancionatório, deve-se aliar outras questões que se ligam umbilicalmente à proteção do trabalho humano, como por exemplo, não discriminação étnica e ou religiosa, construção de fontes alternativas de energia, proteção ambiental, mudança dos paradigmas do consumo, produção de empregos verdes, dentre outros temas.

E, para que se alcance a efetiva proteção, deve-se construir uma rede internacional de proteção, integrada, com ações conjuntas.

## **5. Da Necessidade de Construção de um Padrão Internacional de Proteção ao Trabalho Humano**

Assim, com o reducionismo do Estado Nacional há a necessidade da adoção de uma leitura global para que se alcance a efetividade da proteção do trabalho humano, incluindo-se aqui também a forma de solução de conflitos do trabalho, enquanto fazendo parte dessa mesma proteção.

O ideal a ser alcançado, quando se fala em proteção do trabalho humano, é construir um sistema internacional de garantias mínimas que possa ser aplicado de forma global. É a construção e efetivação de direitos fundamentais do trabalho, que possam ser apostos a todos os trabalhadores do mundo. Objetivo este, em síntese, que levou à criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919. Frisando-se que, quando da criação da OIT, não havia mecanismos, tecnologia e práticas empresariais que viabilizassem a construção de um sistema internacional de garantias, salvo naquilo que era conhecido como mundo ocidental.

Observe que a globalização não pode ser vista somente enquanto algo destrutivo das condições de trabalho (apesar de essa ser a visão que proliferou), considerando que a evolução tecnológica que a promoveu, dentro de um processo de integração regional,

foi também o que possibilitou retomar o estudo sobre a necessidade e a possibilidade da construção de padrões de proteção internacional para o trabalho.

No caso do Brasil, é inconteste que as Convenções Internacionais do Trabalho promoveram a inclusão no ordenamento jurídico interno, através dos processos de ratificação, de vários princípios protetivos do trabalho humano. Mesmo o Brasil não tendo ratificado todas as Convenções, aquelas que ainda não foram recepcionadas não deixam de valer como marcos teórico para a construção legislativa nacional.

Também, vale citar como exemplo, as chamadas “queixas” (denúncias) junto à OIT contra o Estado Brasileiro, em especial sobre temas como proibição do trabalho infantil, uso desordenado do interdito proibitório (afronta ao princípio da liberdade sindical), contra o trabalho escravo (afronta ao princípio da liberdade e da dignidade), que contribuíram para a adoção de práticas especiais internas representativas no sentido de corrigir a afronta desses direitos fundamentais.

No entanto, no que se refere ao desenvolvimento de outros procedimentos para a solução dos conflitos decorrentes do trabalho, no caso do Brasil, não houve a internalização de novos procedimentos, considerando a rejeição doméstica pelo uso da arbitragem no caso dos conflitos individuais do trabalho e a própria inexistência da utilização do mesmo procedimento para os conflitos coletivos do trabalho, muito embora, no caso dos conflitos coletivos, exista determinação constitucional para que se aplique o instituto (artigo 114, parágrafo 1º da Constituição Federal).

É importante demonstrar que a construção de parâmetros internacionais, incluindo aqui o desenvolvimento de novas formas de solução de conflitos do trabalho, pressupõe não somente a estruturação de Convenções Internacionais do Trabalho, como, por exemplo, as Convenções nº 98 e 154 da OIT, que no caso específico da solução de conflitos, recomendam o emprego da negociação coletiva como forma de solução, mas também a inclusão do próprio Estado em espaços públicos, nos quais, juntamente com outras questões ligadas aos direitos fundamentais, se construa internamente a base jurídica e política para o desenvolvimento de novos procedimentos para a solução de conflitos laborais, assim como, também, a prevenção com vistas à efetividade dos direitos fundamentais do trabalho.

Essa mesma afirmativa se aplica, levando-se em conta as variáveis existentes e os temas estudados, a outros Estados Nacionais. Uma crescente produção internacional em um primeiro momento, fomentada por entes públicos e privados, vinculada a outras questões fundamentais que não somente e diretamente a proteção do trabalho humano, podem formar parâmetros normativos e políticos globais.

Não se trata da relativização dos princípios do Direito do Trabalho e sim a tomada de posição frente aos mesmos princípios, levando-se em conta o contexto global e a

multidisciplinaridade temática, evoluindo para a construção de uma proteção unificada em favor dos direitos fundamentais. Em outras palavras, somente através de uma proteção unificada é que se poderá proteger o trabalho humano.

É sabido que o Conselho de Direitos Humanos (que iniciou os trabalhos em 2006), órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU, equiparado ao Conselho de Segurança e ao Conselho Econômico e Social, seria talvez o foro mais indicado para a discussão e a elaboração de propostas para a efetivação da proteção dos direitos fundamentais do trabalho.

Não se quer aqui desqualificar o citado Conselho, contudo, não se pode resumir a criação de espaços públicos revisitando órgãos institucionalizados formalmente ao longo do tempo, ao ponto de atribuir a eles a exclusividade para a realização desses valores. O que se defende é o aproveitamento dos espaços existentes e a criação de outros espaços para a ampliação e descentralização do processo de realização dos direitos humanos.

Atualmente é possível citar como exemplo de espaço público multidisciplinar o Fórum Econômico Mundial, que entre assuntos como terrorismo, conflitos militares, política nuclear, mercado financeiro, política fiscal, também trata dos investimentos privados em países que apresentam um grande índice de pobreza, por ser um grande entrave aos investimentos estrangeiros (como no caso do Brasil) e reforma social. Dentre os temas abordados, estava as alternativas para a guerra civil que se instalou na Síria e a necessidade da melhoria das condições de vida dos seus cidadãos, passando pela premência da geração de empregos<sup>4</sup>.

Nesse sentido, um ponto relevante que pode ser apontado, em se tratando das ações da OIT, de acordo com a proposta de unificação da defesa dos direitos fundamentais, se deu principalmente a contar de 1990 com a construção do conceito de trabalho digno, a qual se concentrou na necessidade da efetivação dos Direitos Fundamentais através do trabalho, fixando-se os objetivos a serem alcançados, valendo citar a realização de um trabalho: que possa produzir a autoestima de quem trabalha, com uma remuneração que permita a proteção social da família, que propicie ao trabalhador a oportunidade de participação de decisões que afetem a sua vida e da coletividade onde está inserido, igualdade de tratamento sem diferenciação de sexo, etnia, linha religiosa ou nacionalidade.

Portanto, evidencia-se que o trabalho digno promove a realização dos direitos fundamentais, compreendendo-o no plano globalizado ou transnacional e por consequência também no plano nacional.

---

4 Os conflitos internos em vários países possuem como principal causa a miséria que se instaura para a população, como altas taxas inflacionárias, juros altos, falta de alimentos, falta de empregos e não questões éticas ou religiosas, não querendo é claro desconsiderar ou reduzir os últimos dois fatores. Davos reforça o abismo entre Irã e Israel. Disponível em: <http://www.dw.de/davos-refor%C3%A7a-abismo-entre-ir%C3%A3-e-israel/a-17383770>. Acesso em: 24.01.2014.

Para Gosdal (2006, p. 38), tratando sobre o conceito de dignidade:

Pela utilização que tem sido feita da dignidade e, ao mesmo tempo, pela necessidade de que seja observada nas relações entre os indivíduos, é preciso analisar se é norma, princípio, ou apenas valor fundante dos direitos fundamentais. O esclarecimento acerca da inserção da dignidade como direito fundamental, sem retirá-la do contexto dos direitos humanos, estando vinculada tanto aos tratados e convenções de direito internacional, como ao ordenamento jurídico interno, permite que se passe à consideração da dignidade não apenas como um princípio, de aplicabilidade duvidosa, mas também e, de maneira não excludente, como direito e necessidade.

Tem-se a construção, a partir do trabalho digno, de subsistemas para cada um dos objetivos citados, os quais se apresentam integrados, onde um alimenta o outro dentro do plano internacional, irradiando-se para o plano nacional, sem a existência da sobreposição de sistemas. De forma diferente, compondo um conjunto de direitos e de ações para a efetivação desses direitos, deixando de existir espaços geográficos sem proteção e ao mesmo tempo criando matrizes internacionais de proteção ao trabalho humano levando-se em conta o conjunto dos Direitos Fundamentais.

Para Kátia Arruda (1998, p.44):

Uma importante forma de caracterizar um direito como fundamental prende-se a sua contribuição para a dignificação do homem, que se projeta na liberdade individual, no convívio social e em todas as esferas possíveis de alcançar a plenitude do desenvolvimento humano, daí porque os direitos sociais são fundamentais, atingindo também as pessoas na produção e potencialização de sua personalidade.

A partir da construção do trabalho digno tem-se também a construção de um meio ambiente do trabalho e de um meio ambiente externo ao trabalho sustentável, ou seja, com promoção ambiental (Direitos Fundamentais de terceira geração), incluindo aqui a redução ou eliminação dos riscos do trabalho e a promoção e construção de uma consciência coletiva de proteção.

No que diz respeito à atividade empresarial, associa-se à produção econômica, necessariamente, a promoção conjunta do desenvolvimento social sustentável. A empresa irá compor, juntamente com outros agentes de promoção social, ações sociais internacionalizadas, criando um padrão globalizado de atuação empresarial.

Significa que não importa o local onde a empresa irá produzir, ela deverá estar focada no cumprimento dos padrões internacionais de produção, não permitindo assim a criação de “ilhas” geográficas onde os direitos laborais não estejam protegidos, independentemente da postura do Estado Nacional.

Quer dizer que as ações do Estado nacional serão internacionalizadas e não mais estarão voltadas apenas para a proteção do trabalho humano e sim para a proteção do conjunto dos Direitos Fundamentais, através das ações conjuntas de vários atores internacionais.

Trata-se da visão holística, que pressupõe a interdependência e a indivisibilidade dos direitos humanos. Sendo indivisíveis, o seu tratamento também precisa ser também indivisível, formando uma estrutura, onde o valor de cada direito somente existirá se reforçado pelo valor de outro direito. Implica dizer que o trabalho digno somente poderá ser defendido por meio da adoção de um modelo internacional (global) de defesa desses mesmos direitos humanos, com a participação de uma diversidade de atores internacionais.

Portanto, questões como a flexibilidade ou não flexibilidade, intervenção ou não do Estado nas relações de trabalho, irrenunciabilidade no plano individual, sem retirar a sua importância, acabam se tornando questões secundárias frente à nova forma e procedimentos que devem ser adotados para a efetiva proteção dos direitos laborais.

Em síntese, a construção de um trabalho digno está conectado à necessidade das seguintes mudanças: a) proteção no plano internacional e nacional, formando um todo e não instâncias de proteção; b) tratamento coletivo e ou difuso no plano internacional; c) construção de mecanismos variados de proteção; c) construção de novos espaços públicos internacionais; d) legitimação de múltiplos agentes de participação; e) retirada do Estado Nacional enquanto centralizador das decisões, e; e) integração da proteção laboral com a proteção de outros Direitos Fundamentais, enquanto compondo um todo único e indivisível, por meio das mesmas ações, chamadas aqui de integrativas.

## 6. Conclusões

A análise se lastreou no contexto global de produção, considerando as estratégias e ou as redefinições da empresa, nominada aqui como empresa transnacional, que levou à geração de um novo procedimento ou estrutura de produção de bens e de prestação de serviços.

A proteção ao trabalho humano, partindo do modelo criado pelo Estado brasileiro, baseia-se ainda na intervenção direta ou indireta do mesmo Estado nas relações de trabalho, sob a premissa que o Estado nacional é, ainda, o maior garantidor desses direitos, sempre se referindo ao plano nacional, muito embora não seja mais possível pensar a proteção dos direitos provenientes das relações laborais somente no plano local.

Diante dessas constatações e considerando a inoperância constante e crescente do Estado, acumulado com o emprego das novas tecnologias para se produzir, lançou-se a seguinte proposição: construir um sistema internacional de proteção dos Direitos

Fundamentais, nele incluído os direitos de origem laboral, com a criação de novos espaços públicos internacionais e a participação do maior número possível de atores internacionais, de forma a conduzir a proteção do trabalho humano no conjunto dos outros valores que constituem os Direitos Fundamentais.

Nesse procedimento, compreendeu-se tanto as formas de prevenção como de solução dos conflitos provenientes das relações do trabalho, tomando-as como sendo todas as formas possíveis de prestação do trabalho humano.

Para tanto, foi apresentada a necessidade de serem revistos alguns dos chamados princípios universais de proteção do trabalho, sem, contudo, apoiar o relativismo dos mesmos princípios, mas, de forma crítica, estabeleceu-se que os mesmos princípios precisam ser interpretados de uma forma atualizada. Acontece que muito deles já foram desfigurados pela própria prática, como acontece com os acordos ou transações que se operam perante o órgão jurisdicional do trabalho no Brasil.

Em muitas situações, a forma absoluta de tratamento dos princípios protetores, como no Brasil, a exemplo da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas no plano negocial extrajudicial ou a não adoção de outras formas de solução dos conflitos do trabalho, acabam se somando, de maneira negativa, à tentativa de alterar o centro das discussões sobre a proteção do trabalho.

Assim, o Estado Nacional não pode mais deter o monopólio da proteção dos direitos laborais, resultando na proposta de criação/intensificação de novos espaços públicos que propiciem os debates e proposições, incluindo-se a proteção do trabalho humano enquanto um valor pertencente a um conjunto de outros valores denominados Direitos Fundamentais, revestindo-os de um tratamento sistêmico, com a participação de um número maior de atores internacionais, incluindo entes de direito público e privado, com ações coordenadas de proteção a todos estes valores.

A lógica do capital propôs a construção de um mundo sem fronteiras, com múltiplas modulações quando se pensa em formas de produzir e a proteção do trabalho humano somente será efetivada quando ganhar também os elementos da transnacionalidade atemporal, com a interdependência e indivisibilidade do tratamento dos Direitos Fundamentais, criando-se a partir desses marcos, mecanismos efetivos de proteção.

O desenvolvimento econômico com desenvolvimento social não se circunscreve mais a ações locais ou nacionais de proteção ou intervenção do Estado. Também outros atores precisam participar deste processo de redefinição dos métodos e práticas de efetivação dos direitos laborais.

É preciso dar o aspecto dinâmico de criação e desenvolvimento de institutos, que de forma efetiva possam apreender a realidade hoje existente para, partindo deste entendimento,



promover novas formas/métodos ou procedimentos de prevenção ou solução de conflitos laborais.

A interação, de forma dinâmica, dos vários espaços públicos e privados, poderá formar uma rede articulada, com mecanismos que atuem de forma constante na proteção do conjunto dos valores que constituem os Direitos Fundamentais, incluindo-se no caso a proteção ao trabalho digno.

Em síntese, o trabalho humano somente poderá ter a oportunidade de ser protegido se: a) levar em conta a nova realidade internacional em termos de trabalho humano; b) sair da visão centralizadora em torno do Estado Nacional; c) alterar as formas de solução, que não seriam novas formas, mas aperfeiçoadas para o plano internacional com a participação dos outros atores internacionais.

## 7. Referências

- ALEMÃO, Ivan; SOARES, José Luiz. Pressão por conciliação dificulta acesso à justiça. **Conjur – Consultor Jurídico**, 25 de novembro de 2009, <http://www.conjur.com.br/2009-nov-25/pressao-conciliacao-revela-chicane-acesso-justica-trabalho?imprimir=1>. Acesso em: 10/01/2014.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; GUDDE, Andressa da Cunha. O desenvolvimento dos direitos da personalidade, sua aplicação às relações de trabalho e o exercício da autonomia privada. **Cadernos de Pós Graduação em Direito/UFRGS**, volume VIII, número 02, ano 2013.
- ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal**. São Paulo: LTr, 1998.
- BERNARDO, João. **Transnacionalização do Capital e Fragmentação dos trabalhadores. Ainda há lugar para os sindicatos?** São Paulo: Boitempo, 2000.
- CATTANI, Antonio David. **Trabalho e autonomia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio & STELZER, Joana (orgs). **Direito e Transnacionalidade**. 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2011.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª ed., São Paulo: LTr, 2013.
- GOSDAL, T. C. **Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra**. 2006. 195f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/4675/>

- THEREZA%20CRISTINA20GOSDAL.PDF;jsessionid=F7574BEF17D-81611DD6688EE7671C2AC?sequence=. Acesso: em 21.03.2012.
- HENRIQUE, Maria Pessoa. **Desafio à Regulamentação Internacional das Relações Laborais: A OIT e o caso português (dissertação de mestrado)**. Universidade de Coimbra: Coimbra: 2009.
- IANNI, Octávio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
- MACHADO, João Bosco M. **Integração Produtiva: referencial analítico, experiência e lições para o Mercosul**. Disponível em: [http://www.eclac.cl/brasil/noticias/noticias/5/35375/Integra%C3%A7%C3%A3oProdutivaJoao\\_Bosco.pdf](http://www.eclac.cl/brasil/noticias/noticias/5/35375/Integra%C3%A7%C3%A3oProdutivaJoao_Bosco.pdf). Acesso em: 13/01/2014.
- MATTOSO, Jorge. **A desordem do trabalho**. São Paulo: Scritta, 1995.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Estado e subdesenvolvimento industrializado**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1977.
- PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. Os paradigmas do mundo do trabalho na era da globalização. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos da Universidade Federal de Santa Catarina**, vol. 24, nº 46, Florianópolis, 2003. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15291/13894>. Acesso em: 05/01/2014.
- PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.
- ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- STELZER, J.O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, P. M.; STELZER, J. (Org.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.
- TRUBEK, David M. Transnationalism in the Regulation of Labour Relations: International Regimes and Transnational Advocacy Networks. In: **Law and Social Inquiry**, Vol. 25, nº 4. University of Chicago, 2000.
- VIEIRA, Lizst, **Cidadania e Globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

# DE PAI PARA FILHO: O DIREITO FUNDAMENTAL À PATERNIDADE

---

ROGÉRIO MAGNUS VARELA GONÇALVES

Doutor em direito constitucional pela Universidade de Coimbra. Mestre em direito público pela Universidade Federal da Paraíba. Professor do Centro Universitário de João Pessoa (Unipê). Advogado.

## Resumo

Os direitos reprodutivos do homem têm sido esquecidos pela doutrina constitucional brasileira, eis que se tem entendido que apenas as mulheres possuem o direito de decidir acerca da continuidade ou não da gravidez. O presente estudo parte da premissa de que não existe o monopólio ou a titularidade única das mulheres acerca da temática do surgimento de um novo ser humano, até porque se deve compreender o homem (pretense pai) como agente de deveres, mas também de direitos, além do fato de que não se pode suprimir da figura masculina um projeto de parentalidade.

## Palavras-chave

Direito fundamental à paternidade; Direitos reprodutivos; Cidadania.

## Abstract

Reproductive rights of men are forgotten by the Brazilian constitutional doctrine, since the prevailing understanding is that women have the right to decide on the continuation of pregnancy. This study starts from the idea that not there is a monopoly or priority of women on the issue of the birth of a new human being, because we need to understand the man (alleged father) as an agent of duties but also rights and consider the fact not be possible eliminate the male figure of a paternity project.

## Key words

Fundamental right to Fatherhood; Reproductive rights; Citizenship.

## 1. Introdução

Durante largos anos, especificamente em diversos países ocidentais, foi negligenciado o papel do pai nas escolhas atinentes ao surgimento de um novo ser humano.

Formou-se como que uma redoma inatingível aos indivíduos do sexo masculino, porquanto caberia apenas à mulher definir se ela deveria ou não levar o seu estado gravídico adiante ou fazer a interrupção voluntária da gravidez (de forma legal, nos países em que o aborto deixou de ser criminalizado, como ocorre na Espanha {o aborto passou a ser permitido em território espanhol desde o ano de 2010. A possibilidade abortiva estava condicionada ao tempo da gestação, sendo que a regra era a permissão até a 14ª semana. Em casos de grave malformação fetal, tal possibilidade era alargada até a 22ª semana. A legislação espanhola também prevê que, em casos mais graves, o aborto possa ocorrer a qualquer momento da gravidez, desde que para tanto haja a avaliação e o aprova de uma comissão de ética.}, ou de forma clandestina, nos países, a exemplo do Brasil, em que o aborto ainda está posto como fato típico e antijurídico {O vigente Código Penal da República Federativa do Brasil trata sobre o aborto entre os artigos 124 a 128, considerando-o como crime contra a vida humana}).

Muitos movimentos feministas defendem a tese de que o aborto é uma questão que só diz respeito às mulheres e que, por conseguinte, não deveria ser discutida ou decidida pelos homens. Referido pensamento é uma prova do afastamento imposto aos homens. Ademais, tal ideia se mostra discriminatória e excludente, sendo passível de ser equiparada aos seguintes dizeres “o roubo é uma questão que só diz respeito aos ladrões, não devendo ser discutido por pessoas honestas” ou ainda que “a escravidão é uma questão que só diz respeito aos proprietários, não devendo ser discutida por quem não tem escravos”.

Ressalte-se que existe uma lógica para o afastamento masculino da temática alusiva ao aborto. É que muitos foram os movimentos feministas que conseguiram sedimentar o entendimento de que se o útero (corpo) é da mulher, caberia apenas a ela a escolha e a decisão sobre se levaria ou não a gravidez ao final. Criou-se um movimento das mães livres. Apenas para ilustrar essas alegações, é importante lembrar que Hillary Clinton, Secretária de Estado dos Estados Unidos da América, por ocasião de sua manifestação oral na Conferência da ONU para o Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), levantou a bandeira da unicidade feminina nas questões relativas aos direitos reprodutivos. Chegou mesmo a afirmar que devem ser assegurados os direitos reprodutivos das mulheres. Aduziu ainda que as mulheres devem dispor do direito de decidir se querem e quando querem ter filhos. Concluiu asseverando que o país por ela representado iria trabalhar para assegurar que tais direitos fossem inseridos em acordos internacionais e cumpridos pelas diversas nações.

O presente estudo, longe de buscar apenar a importância das mulheres no processo de concepção das novas gerações, permite-se indagar se é correto o tratamento de menoscabo dado aos pais. Será que os homens podem ser alijados do processo de escolha acerca do surgimento dos futuros ocupantes do Planeta? Os homens devem ter apenas deveres para com os eventuais filhos que as mulheres aceitarem lhes conferir? Existe ou não

uma afronta ao primado constitucional da dignidade da pessoa humana em relação aos homens, quando eles são relegados a um plano secundário no que tange ao tema? Existe uma só forma de enfrentar a problemática? Quando o homem aquiesce, por ato comissivo ou omissivo, ou não luta para evitar que a mulher promova a interrupção voluntária da gravidez (inibindo o seu desejo de ser pai), estar-se-á ou não diante de uma renúncia a um direito fundamental (o de ser pai)? É possível compatibilizar os interesses dos dois agentes da concepção?

Essa será a temática abordada nas linhas agora principiadas. Buscar-se-á responder aos questionamentos supracitados.

## 2. Dos Direitos Reprodutivos: Monopólio das Mulheres?

Alguns estudiosos do tema partem da premissa de que os direitos reprodutivos seriam unicamente direcionados para as mulheres. Chegam mesmo a conceituar os direitos reprodutivos como sendo “os direitos das mulheres de regular sua própria sexualidade e capacidade reprodutiva, bem como de exigir que os homens assumam responsabilidades pelas consequências do exercício de sua própria sexualidade”. (AZERÊDO; STOLCKE, 1991, p. 16). O presente estudo ousa discordar do monopólio feminino no que toca aos direitos reprodutivos. Pensar que apenas as mulheres têm tais direitos é defender que o homem nada mais é do que um mero objeto utilizado pelas mulheres para a consecução do seu direito reprodutivo próprio. Seria uma coisificação maculina, visto que ele seria reduzido a um simples auxiliar para a efetivação de um direito alheio, o de ser mãe. Seria apequenar o homem a um simples fornecedor de material biológico.

O texto faz eco das lições de Silva Oliveira (2012, pp. 166/167 e p. 179). para quem os direitos reprodutivos se consubstanciam num conjunto de direitos básicos relativos ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana. Para a autora, os direitos reprodutivos constituem verdadeiro exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana e se fundam nos valores preconizados pelos cânones da liberdade de planejamento familiar, intimidade privada, autodeterminação e igualdade. Portanto, propõe-se uma conceituação inclusiva acerca dos direitos reprodutivos, também englobando os homens, de sorte a eliminar o pensamento exclusivista e excludente de que apenas as mulheres seriam dotadas de ditos direitos. Ademais, a inserção masculina nessa seara prestigia o princípio da igualdade de gênero, amplamente defendida nos dias presentes.

Outro tópico deve ser levado em consideração, na medida em que questiona o monopólio feminino no que concerne aos direitos reprodutivos. Reside no fato de que, quando uma mulher promove uma interrupção voluntária da gravidez (mesmo contra o desejo ou valendo-se da ausência de informação do pretense futuro pai), ela não elimina apenas a carga genética proveniente de si. Ela também está a eliminar a carga genética

proveniente do homem, ambas utilizadas para a concepção de um novo ser (com carga genética própria).<sup>1</sup>

Diante dessa evidência, é forçoso concluir que os homens têm tudo a ver com os direitos reprodutivos das mulheres com as quais se relacionam, da mesma forma que as mulheres têm total legitimidade para serem ouvidas e levadas em consideração acerca dos direitos reprodutivos dos homens com quem mantêm relacionamento sexual.<sup>2</sup>

### 3. Pai: Agente de Deveres e Também de Direitos

Os homens têm sido conclamados a assumir as suas responsabilidades em decorrência de sua paternidade. Nada mais do que correto. A questão que se coloca é que se eles devem assumir os seus deveres, parece igualmente correto que eles sejam também agentes de direitos no que tange à reprodução e na plena realização de um projeto parental pautado no princípio da paternidade responsável.

Dentre os direitos e deveres alusivos à paternidade, parece indubitosa a existência de uma premissa basilar: a conquista da condição jurídica de pai. Muitos são os homens que apenas poderão efetivar a sua paternidade mediante adoção, seja em virtude de ausência de parceiros do sexo oposto, seja em decorrência da impotência para ter cópula ou da própria impotência para gerar, especificamente nas formas radicais de azoospermia (ausência de espermatozoides) ou de necroespermia (presença de espermatozoides sem atividade) (OLIVEIRA, 2003).

Para que se concretize o desejo da paternidade e excetuando-se os casos de adoção, faz-se mister que a mulher leve a gravidez ao seu termo. Logo, na qualidade de agente de direitos e de deveres, o pretense pai haverá de ser levado em conta para o nascimento, não sendo razoável que a mulher possa, de forma unipessoal, decidir pelo abortamento, passando ao largo do opinativo de seu companheiro de concepção.

O texto defende que se deve levar a sério a opinião do agente masculino da procriação nos casos de continuidade ou não da gravidez. A gravidez não é apenas da mulher, mas sim do casal. O que diferencia os gêneros é o fato de que é dentro do corpo feminino que o feto encontra hábitat adequado para o seu desenvolvimento. Mas o filho, enquanto fruto da gravidez, é dos dois, razão pela qual não se pode afastar o homem da decisão acerca da continuidade gestacional. Noutras palavras, ele tem o direito de ser ouvido e a sua opinião não pode ser desprestigiada em se tratando de abortamento.

- 
- 1 Registre-se, por respeito à dialética, que as feministas defendem que, não obstante seja carga genética alheia (do homem), teria existido uma doação quando da ejaculação. Por ser material genético doado, a mulher teria total domínio do que com ele fazer (podendo, inclusive, desprezar o que recebera), uma vez que o esperma, enquanto fluido humano, já ingressara em seu patrimônio jurídico.
  - 2 Vai aqui uma resposta a um interessante e provocativo texto feminista: SIQUEIRA, 2000, pp. 159/168.

A linha defendida no presente estudo coincide, em linhas gerais, com a mensagem enviada pelo presidente de Portugal à Assembleia da República, em 10 de abril de 2007, por ocasião da transformação, em lei, do Decreto nº 112/X, que regulou a exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez em terras lusitanas. Na referida mensagem, a participação masculina restou preservada (em dimensão inferior ao que se propõe no presente estudo). Com efeito, ficou preconizado que o abortamento deveria ser precedido de um período reflexivo, com o acompanhamento de médicos, de psicólogos e de assistentes sociais. Segundo consta no citado texto, “parece ser razoável que o progenitor masculino possa estar presente na consulta obrigatória e no acompanhamento psicológico e social durante o período de reflexão” acerca da continuidade ou não da gravidez. O presidente resguardou, contudo, que tal participação masculina não teria o condão de inibir eventual decisão feminina de abortamento, eis que a ela caberia a última palavra acerca da interrupção voluntária da gravidez.

O trabalho aqui desenvolvido acredita que a presença masculina não haveria de ser apenas protocolar. O homem (enquanto pretense futuro pai), como agente de direitos e de deveres, deveria ter suas opiniões apreciadas com igual dignidade e respeito aos opinativos da mulher (enquanto pretensa futura mãe).

#### 4. O Direito Fundamental de ser Pai como Desdobramento do Direito à Vida

O direito à vida, por definição e natureza está repleto de desdobramentos, densificações e significados, não se limitando apenas à questão biológica. Dentre as densificações, encontra-se o direito de ter descendência, não devendo confundir-se tal assertiva com a ideia de um dever de procriação.

O indivíduo, mesmo já tendo morrido, ainda pode e deve ser considerado em sua história e memória. Outrossim, existem os que têm o desejo de, por meio dos filhos, projetar a sua existência para além do momento de sua morte. Antigamente, o exercício desse desejo haveria de ocorrer dentro da própria existência biológica. Hoje, existe a possibilidade técnica de se retardar tal concretude para data posterior ao óbito. Em virtude dos avanços da medicina e, particularmente, da biogenética, o atual estado da arte já permite a geração de um ser depois do falecimento dos progenitores biológicos. Imagine-se o caso da mulher que for inseminada com o material genético de seu falecido esposo. O filho do *de cuius* seria, nas lições de Neves Barbas (1998, pp. 129/137), como que uma herança espiritual e física, constituindo-se em elo entre o ser presente e o ser que já partiu.<sup>3</sup>

3 O presente estudo discorda do posicionamento defendido acima, porquanto não pode ser retirada do indivíduo a sua maior essencialidade: o seu caráter individual. Ele não pode ser gerado para representar seus antepassados. Igualmente, não pode ser culpado por atos de seus ancestrais. Embora, ao olhar para o filho, a mãe possa lembrar o pai, o filho é o filho e jamais será o pai.

Também no sentido de defender a transmissibilidade da carga vital para as gerações futuras, dentro de um contexto do direito de gerar como desdobramento do direito à própria vida, Capelo de Souza (1995, pp. 203/204) aduz que a vida humana se consubstancia num “fluxo de projeção coletivo, contínuo, transmissível, comum a toda a espécie humana e presente em cada indivíduo humano, enquanto depositário, continuador e transmitente dessa energia vital”.

Em linha de confirmação com a ideia em destaque, Limongi França (1994) tem entendimento de que o direito à integridade física seria um dos aspectos fundamentais da personalidade. O citado autor aduz ainda que na integridade física estaria inserido o direito à vida. Este, por seu turno, compreenderia, dentre outros, o direito à concepção e à descendência; o direito ao nascimento e o direito ao planejamento familiar.

Como se observa, está-se diante da mais importante responsabilidade intergeracional: a de conceber as gerações futuras. Logo, o direito fundamental de ser pai é um desdobramento do direito à vida, bem como um elemento essencial para a própria continuidade da vida no Planeta.

#### *4.1. O Projeto Parental como Livre Desenvolvimento da Personalidade*

Além de se constituir em um desdobramento do direito à vida, é igualmente indesmentível afirmar que o projeto parental decorre do livre desenvolvimento da personalidade. Os direitos da personalidade, no olhar de Maria Helena Diniz (2008, p. 117), são dotados de uma dupla dimensão: “a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes”. Eles permitem que a pessoa defenda o que lhe é próprio, a exemplo da vida, da identidade, da liberdade, da imagem, da privacidade, da honra etc. em outras palavras, são direitos voltados à tutela do ser humano e que estão lastreados no primado constitucional da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da vigente Constituição Federal do Brasil).

Ingo Sarlet (2012, p. 101) defende a tese de que os direitos fundamentais são exigências e concretizações do princípio da dignidade humana. Adverte que nem todos os direitos fundamentais são derivações automáticas da dignidade da pessoa humana. Mesmo assim, esclarece que os direitos fundamentais constituem, por via de regra, explicitações da dignidade da pessoa.<sup>4</sup> Desta forma, a regra é que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana.

---

4 Para André Ramos Tavares (2004, pp. 232 e ss.), em linha de confirmação com o pensamento não-purista de Ingo Sarlet, não existe um elo inquebrantável entre a dignidade da pessoa humana e os direitos



O texto ora escrito parte do entendimento de que a dignidade da pessoa humana é de difícil conceituação. Ela é mais sentida do que definida. Os direitos fundamentais teriam a missão de dar concretude à dignidade da pessoa humana, posto que estes podem ser melhor vislumbrados e avaliados pela sociedade, ao passo que a dignidade da pessoa humana permanece num plano mais abstrato. Sendo assim, e partindo-se da premissa do enquadramento do direito à paternidade como sendo um direito fundamental, é forçoso concluir pela existência de um elo inquebrantável entre os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e o direito geral de personalidade com a questão alusiva à paternidade.

O projeto de ser pai ecoa entre os direitos da personalidade. Tais direitos, sem natureza de rol taxativo, foram alvos de regulamentação própria no vigente Código Civil do Brasil, especificamente entre os artigos 11 a 21. Porém, a paternidade e a maternidade não deverão ser exercidas de forma impulsiva ou irracional. Ao contrário, no exercício desse direito, deve-se dar especial atenção ao mandamento constitucional da paternidade com responsabilidades. Com efeito, a paternidade responsável é, no Brasil, uma exigência contida no texto da própria Carta Magna (§ 7º do art. 226).

#### 4.2. Princípio da Isonomia entre Homens e Mulheres nas Relações Familiares

As mulheres mantiveram e ainda mantêm uma incessante luta pela igualação substancial de direitos. As conquistas nesse campo, rigorosamente legítimas e justas, vieram acompanhadas da simetria de deveres. Tanto é assim que o inciso I do art. 5º da Lei Fundamental brasileira de 1988 prescreve que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da própria Constituição Federal. Ainda na órbita constitucional, e em linha de reforço da simetria, convém lembrar que o art. 226, § 5º, é categórico em preconizar que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal hão de ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Sendo assim, qualquer tratamento assimétrico entre homens e mulheres só pode ser validado se possuir morada constitucional. Fora da Constituição todo e qualquer tratamento legislativo de desigualdade de gêneros peca por inconstitucionalidade<sup>5</sup>, devendo ser combatido.

---

fundamentais. Nem todos os direitos fundamentais seriam desdobramentos do primado constitucional contido no inciso III do art. 1º da Constituição Federal. A rigor, haveria uma consubstancialidade parcial e não total dos direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana.

5 O texto segue a argumentação de Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 111), ao assinalar: “O constituinte, ao igualar homens e mulheres, acatou uma solicitação há muito reclamada. Expressou em termos constitucionais as longas lutas travadas contra a discriminação do sexo feminino. Ao fazê-lo, garantiu muito mais do que a igualdade perante a lei. Assegurou a igualdade em direitos e obrigações. Logo, homens e mulheres, que estiverem em situação idêntica, não poderão, seja qual for o argumento, sofrer qualquer

O cânone em apreço foi alvo de explícito reforço por parte da norma infraconstitucional regedora da matéria. Nesse sentido, o art. 1.511 do Código Civil do Brasil pontifica que o casamento estabelece comunhão plena de vida, sendo lastreado no primado da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Assim, superada a antiga regra da prevalência do *pater familias*, passou-se a não mais existir uma hierarquia entre os cônjuges ou entre os conviventes. Por conseguinte, não há que se falar de supremacia da vontade de um em relação ao outro. Desse modo, as opiniões do homem e da mulher, que formam um casal, devem ser tidas com igual respeito e consideração, não podendo haver mais valia automática e apriorística de um sobre o outro (MAIA JÚNIOR, 2008, p. 140).

Cabe aqui lembrar os ensinamentos de Miguel Reale (1986, p. 107) acerca do tema, quando teorizava que as questões essenciais são decididas em comum, sendo necessária a colaboração da mulher na direção da sociedade conjugal. Para ele, em clara refutação ao contexto patriarcal que preponderou até a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, a mulher deixou de ser simples colaboradora e companheira para passar a ter, juntamente com o seu marido ou companheiro, efetivo poder de decisão no seio da família. Ocorre que o argumento posto (o de decisões conjuntas) também serve de lastro para a inserção do homem na refutação de eventual desejo da mulher acerca da continuidade da gravidez.

### 4.3. *Renúncia ao Direito Fundamental da Paternidade*

Indaga-se se é possível enquadrar a situação de um homem que deseja ser pai e que se relaciona com uma mulher que não aceita ser mãe como sendo uma renúncia ao direito fundamental de paternidade.

Inicialmente, impende destacar que, durante largos anos, o tema da renúncia dos direitos jusfundamentais foi pouco enfrentado, porquanto estava sedimentado o entendimento de que ditos direitos seriam irrenunciáveis. A doutrina constitucional, ao abordar os direitos fundamentais, asseverava que eles podiam até não ser exercidos, mas a ausência de seu exercício não seria bastanta e suficiente para configurar a admissibilidade de sua renúncia (SILVA, 2012, p. 60).

Mais recentemente, parte da doutrina brasileira começou a admitir a renúncia aos direitos fundamentais, consoante se infere do opinativo de Pedro Augustin Addamy (2011, p. 58). Para ele, a renúncia a direito fundamental seria uma situação definida em lei, em que o titular do direito fundamental, expressamente, renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas pelo direito fundamental. Ou, então, consente

---

cerceamento em suas prerrogativas e nos seus deveres, sob pena de infringir a manifestação constituinte originária. Só valem as discriminações contidas na própria Constituição, e, g., a aposentadoria da mulher com menos tempo de contribuição e idade do que o homem (art. 40, § 1º, III, a e b)”.

que o poder público restrinja ou interfira mais intensamente, por um determinado espaço de tempo e a qualquer momento revogável, tendo em vista um benefício proporcional e legítimo, direto ou indireto, pessoal ou coletivo.

Com todo o respeito ao conceito acima reproduzido, ele mais se aproxima de uma definição de restrição a direitos fundamentais do que de renúncia. Chega-se a tal conclusão em virtude da menção a um elemento normativo como limitador do direito jusfundamental. Mais adequada parece a perspectiva de renunciabilidade defendida por Jorge Reis Novais (2006, p. 235), ao afirmar:

Da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual – que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem, inclusivamente no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria. Nesse sentido, a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido de sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito.

Ante o exposto e partindo-se do pressuposto de que o homem opte por inibir o seu desejo paterno em prol da manutenção de seu relacionamento com a mulher (eis que ele considera mais importante para a sua vida pessoal a continuidade da união que até então mantém) que não deseja lhe dar descendência, é forçoso concluir que ele está a renunciar (ao menos momentaneamente<sup>6</sup>) ao seu direito fundamental de paternidade.

#### *4.4. Colisão de Direitos Fundamentais: Livre Disposição sobre o Próprio Corpo Versus Concretização do Direito Fundamental da Paternidade*

A questão posta em apreciação (homem que deseja ser pai e companheira que não deseja ser mãe) pode ser analisada à luz da colisão de direitos fundamentais? (GUERRA, 2007; TOMÁS DE DOMINGO, 2001) O questionamento decorre do fato de que, de um lado, existiria o direito fundamental à disposição da mulher sobre o próprio corpo

6 A transitoriedade a que alude decorre da própria dinâmica da vida, eis que o casal pode se separar, o homem pode ficar viúvo, estando livre para exercer o seu direito de paternidade com uma futura nova companheira.

(enquanto direito de não ser mãe) (NETO, 2004, pp. 601/639) e, de outra banda, existiria o direito fundamental da concretização da paternidade (enquanto direito de ser pai). Ante essa possibilidade, parece incontornável promover uma aproximação conceitual do que vem a ser colisão de direitos fundamentais.

Não se pode perder de vista que a colisão dos direitos fundamentais é espécie do gênero colisão de direitos. As antinomias, por sua vez, são contradições entre normas que ocorrem quando estas atribuem consequências divergentes para uma mesma situação de fato, ou seja, quando, diante de um mesmo evento fático, existem no ordenamento comandos em sentidos opostos e que não podem ser efetivados ao mesmo tempo. Os direitos fundamentais, especificamente considerados, mesmo quando enunciados através de formulações precisas, estabelecem princípios. Por conseguinte, as antinomias envolvendo normas de direito fundamental são, na verdade, colisões de princípios (PEREIRA, 2006, p. 223).

Já na visão de Roberto Barroso (2007, p. 105), a colisão dos direitos fundamentais se consubstancia em um fenômeno contemporâneo em que, salvo indicação constitucional expressa, não seria possível dirimir o conflito de forma abstrata, permanente e inteiramente dissociada das características do caso concreto. Aduz que o legislador não estaria impedido de proceder a um arbitramento, visando a solucionar o conflito. Nesse caso, pontua o doutrinador que as escolhas do legislador infraconstitucional estariam sujeitas a um duplo controle de constitucionalidade: o que se processa em tese, tendo em conta apenas os enunciados normativos envolvidos; o que se desenvolve diante do caso concreto e do resultado que a incidência da norma produz na hipótese.

O que poderia caracterizar a colisão de direitos fundamentais é o fato de se estar diante de um conflito entre normas contemporâneas e de idêntica hierarquia, com o condão de afastar dois dos clássicos critérios de superação de antinomia: o da historicidade e o da hierarquia normativa. São conflitos que emergem em concreto e são antinomias eventuais (do tipo parcial-parcial, na terminologia de Alf Ross).

Para a superação da colisão seria de bom alvitre a mobilização da técnica da ponderação dos interesses (NOVAIS, 2003, pp. 639/725). A partir dessa metodologia, uma vez constatado um conflito de interesses legítimos, deve-se buscar um melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes. Não seria inadequado afirmar que a ponderação pode ser caracterizada como uma técnica de decisão própria para os casos difíceis, em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado (BARCELLOS, 2006, p. 55). Registre-se, lembrando Gomes Canotilho (2003, pp. 1.236/1.237), que as ideias de ponderação (*Abwägung*) ou de balanceamento (*balancing*) surgem sempre que haja a necessidade de encontrar o direito pra resolver os casos de tensão (*Ossenbühl*) entre bens juridicamente protegidos.

A doutrina desenvolveu duas principais modalidades de resolução para casos em que há aparente choque entre direitos fundamentais: a concordância prática e a dimensão de

peso ou de importância [nominada pela doutrina constitucional norte-americana (FARIAS, 1996) de posição preferencial – *preferred position*].

Gomes Canotilho (2003, pp. 1.186/1.187), ao estudar o primado da concordância prática, o faz em associação com o preceito da especificidade, afirmando:

As relações de complementaridade, de condicionamento e imbricação entre os princípios estruturantes explicam o sentido da especificidade e concordância prática: a especificidade (conteúdo, extensão e alcance) própria de cada princípio não exige o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes aponta para uma tarefa de harmonização, de forma a obter-se a máxima efectividade de todos eles.

Já a dimensão de peso ou de importância, como outro critério mobilizado para enfrentar os eventuais choques normativos (partindo-se do paradigma da ponderação de interesses), parte da afirmativa de que as normas-princípios divergem das normas-regras, porquanto estas estariam pautadas na lógica do tudo (cumprimento integral) ou do nada (desrespeito total ao comando normativo). Para corroborar essa assertiva, é de bom alvitre transcrever breve passagem do pensar de Dworkin (*Apud* ESPÍNDOLA, 1999, p. 65), quando disse que os princípios:

[...] possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles (...). As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deve prevalecer uma em virtude de seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida.

O ponto de interseção das duas correntes apontadas acima reside no fato de que o princípio da proporcionalidade seria utilizado como um meta-princípio, na tentativa de preservar, o mais que possível, os preceitos constitucionais em cotejo ou confronto. Seriam feitas concessões parciais no intuito de tentar utilizar, mesmo com temperanças, os dois direitos fundamentais (que são princípios, eis que mandamentos de otimização) em colisão (STEINMETZ, 2001).

Na densificação proposta no presente estudo e tendo em consideração o que até aqui já foi abordado, advoga-se a tese de que não existe conflito real entre direitos fundamentais, mas tão somente uma aparência de conflito, mormente tendo em conta que o indivíduo do sexo masculino pode ser pai mesmo sem a aquiescência de sua companheira (e sem que se force que ela seja mãe).<sup>7</sup>

7 Chega-se a tal conclusão, tendo em conta a seguinte lição: “Como corpo normativo harmônico e necessariamente coerente, a Constituição deve ter na interação de suas normas um referencial de coexistência

Com efeito, a possibilidade de filiação monoparental refuta a colisão de direitos detentores de fundamentalidade. Para tanto, o homem pode se valer da adoção, bem como da maternidade de substituição (popularmente conhecida como barriga de aluguel). Ademais, agora já dentro de um contexto de biparentalidade, o homem pode findar o seu relacionamento e passar a se relacionar com outra mulher que também deseje ter filhos. Por fim, outra maneira de superação do impasse é a conclusão gestacional e a entrega da criança para o pai, sem que haja qualquer participação da agente feminina da concepção no desenvolvimento da criança. Ela estaria a renunciar ao seu direito de maternidade, sem limitar o direito do homem de ser pai.

## 5. Perda de uma Chance de ser Pai

A ausência do chamamento do pai a participar de uma decisão abortiva pode ser enquadrada como sendo a perda de uma chance de ser pai, sendo passível de indenização civil em desfavor da mulher. Proveniente do direito francês, a teoria da perda de uma chance afigura-se quando houver a subtração de uma oportunidade futura de obtenção de um benefício, bem como para que se possa evitar um dano ou prejuízo. A teoria em apreciação consagra a possibilidade de indenização de determinados danos, sendo perfeitamente aplicável na órbita das relações familiares.

O presente estudo não caminha só. Ao contrário, acompanha o pensamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 81). Os citados autores advogam a tese de se enquadrar como sendo perda de uma chance a situação de aborto sem a informação ou o consentimento do outro genitor, de sorte a frustrar a concretização da paternidade.

Por outro lado, deve-se ter em conta que a perda em apreço não é definitiva. Trata-se da perda de uma chance em específico, até porque pode existir a concretização do desejo da paternidade nas seguintes hipóteses: com a mesma mulher, no futuro; o homem pode adotar uma criança; a paternidade pode advir da mãe de substituição<sup>8</sup> ou mesmo com outra parceira sexual.

Muito mais gravosa seria a situação de errônea intervenção médica que viesse a ceifar a possibilidade reprodutiva masculina, restando ao indivíduo apenas a adoção como

---

pacífica, permitindo que direitos e valores aparentemente antinômicos sejam igualmente reconhecidos e prestigiados”. GARCIA, 2008, p. 531.

8 Ao longo do presente estudo, serão utilizados como sinônimos os termos “mãe portadora” e “mãe de substituição”, muito embora se tenha ciência de que alguns promovem a seguinte diferenciação: a mãe portadora seria aquela que recebe o óvulo já fecundado; já a mãe substituta é a que é inseminada apenas com espermatozoides. Logo, neste caso, ela estaria também a fornecer elemento fertilizante pessoal e indispensável à concepção (óvulo a ser fecundado). Vide a respeito BARBAS, 1998, p. 145.

forma de aceder à paternidade. A situação da transitoriedade ou da perenidade no impedimento ou na dificultação da paternidade haverá de ser levada em consideração pelo Poder Judiciário em caso de eventual procedência do pedido de indenização formulado pelo frustrado pai, mais especificamente por ocasião da fixação do dano.

Outro aspecto que não pode ser olvidado é o fato de se estar diante de um estudo futuro de probabilidades. A perda de uma chance tem correlação com algo futuro e incerto; contudo, provável. Sendo assim, se a mãe promover, mesmo sem o consentimento e a ciência do genitor, um aborto em caso de inviabilidade fetal, parece inadequada a sua condenação civil, porquanto o bem jurídico tutelado (o de ser efetivamente pai) não poderia ser alcançado. Nos casos em que se constatar a viabilidade de vida exterior do concepto, o dano há de ser arbitrado, tendo em conta o grau de probabilidade do êxito do período gravídico e, por conseguinte, da paternidade.

## 6. O Planejamento Familiar como Decisão Conjunta

Para alguns civilistas brasileiros, a vigente Constituição Federal propiciou a defesa de um verdadeiro direito ao planejamento da filiação. Tal disposição foi alvo de densificação infraconstitucional, quando do surgimento da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que prevê o planejamento familiar como sendo um direito de todo cidadão. A citada norma entende a planificação da família como o conjunto de ações de regulação da fecundidade, de sorte a garantir direitos iguais de constituição, limitação ou majoração da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. A participação governativa no planejamento familiar deve ficar adstrita a uma natureza informativa e de cunho não coercitivo, apenas no sentido de cientificação técnica aos agentes da procriação, orientando-os para “ações preventivas e educacionais e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade” (LÔBO, 2009, p. 197).

Da mesma forma que não se mostra minimamente aceitável que os homens possam, de forma isolada, decidir acerca do planejamento familiar, por vezes inibindo que a esposa ou companheira realize o sonho de ser mãe, parece justo e razoável que também a mulher não possa, de forma individualista, impedir que o marido ou companheiro concretize o seu direito fundamental de paternidade. A vigente Constituição da República Federativa do Brasil trata do tema no art. 226, § 7º, ao dispor que o planejamento familiar haverá de ser pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável. A planificação da família deve consistir em livre decisão do casal, sendo que ao Estado apenas compete dar acesso aos recursos educacionais e científicos para o exercício do aludido direito, sendo repudiada qualquer forma coercitiva por parte de instituições estatais ou particulares.

Logo, resta indesmentível que a decisão atinente ao planejamento familiar deve ser fruto do diálogo entre homem e mulher e não de um monólogo desta última (excetuando-se em casos de família monoparental). Ademais, dentre as deliberações do casal, não existe espaço, na vigente legislação brasileira (que tipifica o aborto como crime), para se escolher acerca da continuidade ou não de um estado gravídico já consolidado. Esse entendimento, fruto do respeito ao primado constitucional da legalidade, também é difundido por Pereira Júnior (2009, pp. 2.383), quando esclarece:

O casal pode planejar e replanejar sempre, adstrito a fatos novos que venham a impor retificação de projetos, como aconteceria no caso de uma eventual gravidez indesejada. Neste caso, exercer o planejamento familiar significará providenciar os meios para salvaguardar o máximo de bem-estar para a gestante e para a criança, e pensar nas providências a serem tomadas com relação à composição futura da própria família. Não entra na esfera deliberativa a possibilidade de abortar a criança, pois os pais não têm poder jurídico de tirar a vida do filho. Entraria nesse plano o uso futuro de meios temporários ou definitivos para evitar novas concepções.

A decisão sobre o planejamento familiar haverá de ser, *a priori*, do casal (excetuando-se as questões da monoparentalidade), não sendo razoável qualquer imposição masculina em face da mulher, bem como não se admitindo o contrário. Tal decorre, dentre outros aspectos, dos primados da isonomia entre homens e mulheres, da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

## 7. Conclusões

Feitas estas ponderações e com o intuito de lançar luzes que permitam responder as indagações expostas na introdução do presente estudo, são esboçadas as seguintes notas conclusivas:

- a) O absolutismo de se imaginar que apenas e tão somente a mulher deve decidir acerca da continuidade da gravidez, por vezes, impedindo que o homem, seu companheiro, namorado ou esposo, possa ser pai, contrasta com o pensamento de um direito dúctil. Nessa perspectiva, convém lembrar as lições de Gustavo Zagrebelsky (2003, pp. 14 e ss.), para quem o direito constitucional deve ser flexível e dúctil, eis que – ante a variedade de situações fáticas e de pluralismos de universos culturais, éticos, religiosos e políticos – não se pode cogitar a existência de valores e princípios de caráter absoluto. Ante essa maleabilidade constitucional, não seria adequada uma resposta apriorística, pronta e acabada para todas as situações. Dever-se-ia analisar o caso concreto e tomar uma decisão tópica e pontual, levando-se em conta os contornos e entornos específicos de cada relação jurídica travada entre os agentes da procriação. Nesta linha de



raciocínio, parece que não se pode colocar no mesmo plano a decisão de uma mulher de interromper a gravidez, tendo ela um relacionamento amoroso com um homem (seu esposo, namorado ou amante) e a decisão de outra mulher que esteja, por meio de contrato, a exercer a maternidade de substituição, de sorte a frustrar o homem (seu contratante) que pretende descendência, mas que não deseja compromisso com alguém do sexo oposto.

- b) Dentre as motivações legítimas tradicionais para a maternidade por substituição encontram-se a infertilidade feminina, a tentativa de impedir a transmissão de doenças genéticas e o risco de óbito para a mulher. Vera Raposo (2005, pp. 19/21) lista outras possibilidades motivacionais para a contratação de uma mãe substituta, a saber: mulher que não quer engravidar com receio de comprometer a sua carreira profissional; mulher que busca preservar a sua aparência física (especialmente naqueles casos em que a pessoa exerça uma atividade que dependa do corpo para a consecução de seu trabalho, a exemplo, de atletas de alto rendimento, atrizes e modelos); casais homossexuais e os homens que pretendam ter filhos, mas que não desejem compromisso com alguém do sexo feminino. O presente estudo acrescentaria mais uma hipótese de utilização de maternidade por substituição: homens que sejam heterossexuais (e fiéis) e cuja mulher com quem se relaciona não tenha o desejo de ser mãe.
- c) Existem duas posições jurídicas favoráveis ao exitoso término da gestação: a do pai e a do nascituro. Em contrapartida, apenas seria possível a suscitação de uma posição contrária, sendo que esta seria antijurídica no direito brasileiro. Logo, o prosseguimento da gravidez seria, qualitativa e quantitativamente, superior à sua interrupção, visto que os dois interesses protegidos pelo direito devem ter primazia sobre a vontade da mãe.
- d) Na hipótese de uma gestação que não seja fruto de violação sexual e tendo em conta a igual dignidade de homens (pretensos pais) e mulheres (pretensas mães), não parece razoável aceitar que a escolha sobre a gravidez caiba apenas a estas últimas. Promover o abortamento sem a ciência e consentimento do pai, ou até mesmo contra a vontade dele, é uma violência aos direitos do homem. O pai, como afirmou Pedro Pais de Vasconcelos, não é um simples aportador de esperma, de modo que sua intervenção na procriação é tão importante como a da mãe, embora a gestação seja feita no útero materno. Para o citado autor, se o futuro pai quiser se opor à interrupção da gravidez, poderá fazê-lo em nome próprio. Para tanto, poderá suscitar o direito de ser pai (que é um direito de personalidade). Ou também, na qualidade de representante legal do filho, invocar o direito que este tem de nascer.

- e) Não se aceita a imposição do opinativo da mulher no que concerne ao abortamento, tendo em conta o primado da igualdade de gêneros. A regra constitucional da simetria faz com que a ordem jurídica considere identicamente o homem e a mulher, na sua essencialidade humana. Por conseguinte, é de se repudiar a redução de qualquer deles à situação de mero objeto de outrem. Acerca do tema, o autor lusitano Pedro Pais de Vasconcelos (2009, pp. 399/400) discorda da possibilidade de se suscitar a tese da colisão de direitos fundamentais (direito de paternidade versus direito de interrupção da gravidez), sob o argumento de que inexistente um direito subjetivo do abortamento. Tal argumentação nos parece mais válida para os países em que o aborto é tido como sendo fato típico e antijurídico (crime). Já nos países que legalizaram a sua prática, o citado argumento perde muito de sua força. Outro aspecto interessante do estudo aqui referido é que o autor português promove uma tipologia das situações de paternidade. São sete os tipos por ele indicados, de modo que a participação paterna na decisão de interrupção voluntária da gravidez é inexistente, maior ou menor, a depender de cada uma das circunstâncias. Veja-se o elenco: a) hipótese de o pai ser desconhecido, pois, embora biologicamente exista um pai, socialmente ele não existe; b) hipótese em que a gravidez decorreu de violência sexual (estupro); c) hipótese da gravidez na adolescência; d) hipótese em que a mãe é casada ou vive *more uxorio* em comunhão de fato e o pai do nascituro não é o marido nem o companheiro da mãe; e) hipótese em que a mãe é casada ou vive *more uxorio* em comunhão de fato e o nascituro é efetivamente filho do marido ou do companheiro da mãe; f) hipótese em que a continuidade da gravidez pode levar ao óbito da mãe ou gerar uma criança com severa e incurável doença, bem como com malformação congénita aguda; g) Hipótese em que a gravidez é interrompida sem que ocorra ou que seja invocada qualquer causa. O presente estudo, sem ter a pretensão de ser exauriente, acrescentaria outra situação já vislumbrada em hodiernos dias: o desejo abortivo fruto de arrependimento da mulher que fora contratada para exercer a função da mãe de substituição, igualmente nominada de mãe portadora (barriga de aluguel).
- f) O suprimento judicial seria um mecanismo a se ter em conta nos casos em que houver a ausência de conciliação dialogada entre o homem e a mulher acerca da continuidade da gestação.
- g) Na situação hipotética de a mulher se negar a ter filhos, o homem poderá se valer da mãe por substituição ou da adoção para a consecução da paternidade e da efetivação do seu projeto parental. Vera Raposo (2005, pp. 47/88) traz um rol de argumentos contrários e favoráveis à maternidade de substituição. Dentre os aspectos negativos dessa prática, destacam-se: a) a instrumentalização da

criança; b) a instrumentalização da mãe de substituição; c) a contratualização da maternidade; d) os efeitos nocivos para o casal contratante; e) os efeitos nocivos para a instituição familiar; f) a exploração da pobreza; g) alguns óbices morais à maternidade de substituição; h) a comercialização da vida humana; i) a indeterminação de maternidades e paternidades. No que concerne aos aspectos positivos são dignos de nota os seguintes: a) o respeito pela autonomia pessoal e contratual; b) a existência de direitos sobre o próprio corpo; c) a igualdade entre os cidadãos; d) o direito de constituir família; e) o direito à intimidade e à vida privada; f) o direito ao livre desenvolvimento pessoal; g) a efetivação das condições que permitam a realização pessoal dos membros da família; h) a dádiva da vida.

- h) Muitos poderiam criticar o presente estudo dando conta de que pouco se falou das mulheres. Esta reflexão, rigorosamente justa e verdadeira, serve de paradigma para se concluir o quanto não é justo o olvidar dos homens.

## 8. Referências

- ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AZERÊDO, Sandra; STOLCKE, Verena (coord.). **Direitos reprodutivos**. São Paulo: FCC/DPE, 1991.
- BARBAS, Stela Marcos de Almedida Neves. **Direito ao património genético**. Coimbra: Almedina, 1998.
- BARCELLOS, Ana Paula de. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”. In FARIAS, Cristiano Chaves de. **Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 10 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. Vol. I, 25 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.
- FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996.
- FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.
- GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável**. Tese de doutorado policopiada. São Paulo: PUC-SP, 2008.
- NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- \_\_\_\_\_. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério jurídico da paternidade**. Coimbra: Almedina, 2003.
- OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. “A família homoafetiva e a garantia da parentalidade”. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; NEWTON, Paulla Christianne da Costa (coordenadores). **Cidadania plural e diversidade: a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças**. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. “Comentário ao art. 226”. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

- RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- REALE, Miguel. **O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SIEGEL, Reva B. “Argumentos baseados na igualdade de gênero em prol dos direitos reprodutivos: fundamentos críticos e a evolução da expressão constitucional”. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 8 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- SIQUEIRA, Maria Juracy Toneli. “Saúde e direitos reprodutivos: o que os homens têm a ver com isso?”. In **Estudos feministas**. Ano 8 (primeiro semestre), 2000.
- SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
- TAVARES, André Ramos. “Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem”. In **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. nº 4, jul./dez. 2004.
- TOMÁS DE DOMINGO. **¿Conflictos entre derechos fundamentales?**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord.). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 5 ed., Madri: Editorial Trotta, 2003.

# DEMOCRACIA, GOVERNANÇA E A CIDADANIA: DESAFIOS PARA (RE)CONSTRUÇÃO DO ESTADO

---

ANTONIO MARCOS GAVAZZONI

Doutor em direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: antoniogavazzoni@gmail.com

## Resumo

A discussão sobre o futuro da democracia passa necessariamente sobre ideias relacionadas a uma reforma do atual sistema político e transformações na forma de gerir a coisa pública. A crise que vem dominando o aparato estatal começa a abrir perspectivas para a renovação e garantia da cidadania. A globalização, as regras do mercado e a constante mudança das relações sociais e comportamentais ante às inovações trazidas por esse contexto, imputaram ao Estado de Direito mudanças inevitáveis. O avanço tecnológico, o fluxo de informações, transformam a maneira como o cidadão se vê perante o Estado e exigem novas e mais ágeis respostas do Estado ao cidadão. Tudo isso perpassa pela ideia de uma Governança Pública e o modo por meio do qual os administradores públicos entendem a interconexão entre desenvolvimento e economia.

## Palavras-chave

Democracia; Governança; Globalização; Cidadania.

## Abstract

The discussion on the future of democracy goes necessarily through the ideas related to a renovation of the current political system, and transformation in the management of the public apparatus. The domain crisis onto the State, begins to open perspectives to the renovation and the citizenship warranty. Globalization, the market rules, and the constant changes in the social and behavioral relationship, in view of the innovations brought by this context, had attributed inevitable changes to the Rule of Law. The technological advance and the information flux had transformed the way on how the citizen sees oneself in the State, and demands new and faster responses from the State. All these matters permeate the idea of a Public Governance and the manner on which the public administrators comprehend the interconnection between development and economics.

## Key words

Democracy; Governance; Globalization; Citizenship.

## 1. Introdução

O modelo de Estado de Direito herdado da modernidade vem sendo cada vez mais degradado pelas mudanças comportamentais das sociedades em todo o mundo. As pilstras que sempre deram suporte ao sistema estatal nacional vão sendo ruídas frente às novas ferramentas de comunicação e socialização de informações. No atual cenário contemporâneo internacional os Estados não estão mais sozinhos à frente das decisões globais. Têm-se novos atores, tais como os conglomerados econômicos, concorrência global por mercados e as tecnologias, que se popularizam em ritmo acelerado e exercem grande influência na arena global - influenciando em muito as decisões públicas a seguirem as diretrizes dadas pelo mercado.

No âmbito da sociedade civil, as mudanças são percebidas também com nitidez. Os sujeitos assumiram uma nova condição comportamental, e as relações sociais ultrapassaram barreiras espaciais. Eleitores adiam decisões difíceis iludidos pela visão de curto prazo. Governos repassam a conta de seus benefícios sociais às gerações que não poderão opinar sobre eles. Somente a democracia pode garantir esse tipo de manifestação. Mas a democracia de nossos dias está presa por nós difíceis de desatar.

A velocidade e urgência com as quais os atores sociais contemporâneos estão agora adaptados se transferem às outras áreas que não apenas a da comunicação: é cada vez menor a tolerância com prazos e tempos de espera seja por um serviço, um atendimento, uma prestação de informação. Ao mesmo tempo em que um sujeito acumula centenas de amigos virtuais, com a mesma facilidade exclui de seus círculos um fornecedor, uma marca, um político. Constroem-se e se destroem relações em velocidades inimagináveis em décadas anteriores. Opiniões são formadas e derrubadas, comunidades se formam em torno de temas comuns e não há problema em mudar de ideia, de empresa ou de partido. Essa nova realidade dos ambientes virtuais tem reflexos diretos nas estruturas até então sólidas e consolidadas do mundo considerado real. É aí que se dá o conflito. Quem, nos dias de hoje, tolera aguardar cinco – dez anos – pelo julgamento de uma ação judicial? Este é apenas um dos muitos exemplos da desconexão entre nossos modelos convencionais de sociedade e o comportamento cotidiano dos cidadãos, que não têm tempo a perder em qualquer que seja o campo de suas vidas.

O atual modelo não delega, só acumula responsabilidades. Embora exerça funções vitais à sociedade, especialmente provendo infraestrutura, o Estado é cada vez mais esmagado por dívidas e crescimento demográfico. Nesse contexto, o Estado de Direito é

lançado em descrédito, e as ferramentas administrativas tradicionalmente utilizadas se tornaram insuficientes para dar conta da complexidade da sociedade contemporânea. No âmbito da gestão pública, libertando-se da visão tradicional e superada de administração, podem-se encontrar oportunidades importantes para, ainda que parcialmente, mudar essa realidade.

A discussão sobre o futuro da democracia passa necessariamente sobre ideias relacionadas a uma reforma do atual sistema político e reformas na forma de gerir a coisa pública. A crise que vem dominando o aparato estatal começa a abrir perspectivas para a renovação e garantia da cidadania.

Tudo isso perpassa pela ideia de uma Governança Pública e, para enfrentar este tema, é preciso considerar o modo através do qual os administradores públicos entendem a interconexão entre desenvolvimento e economia, pois o desenvolvimento econômico, desde há muito tempo, tem se tornado norte balizador das políticas públicas e das estratégias de gerenciamento administrativo.

## **2. A Globalização, Desenvolvimento Econômico e as Mudanças no Estado: Uma Visão Crítica**

O funcionamento e organização do Estado estão previstos na Constituição Federal, com o Direito Público fundamental, destinado “à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases de sua estrutura política” (SILVA, 2010, p. 33-35). Contudo, o Estado precisa se ajustar ou se adaptar à nova realidade político-econômica que paira no mundo sem, no entanto, subverter as diretrizes e objetivos traçados na Constituição da República.

O fenômeno da globalização tem gradativamente transmutado a estrutura do aparato estatal. O Estado soberano moderno, visto como ator privilegiado no cenário internacional, agora divide espaço com novos jogadores. A tomada de decisão pública passa pela consideração a questões econômicas ditadas pelo mercado. A mudança dos moldes governamentais acaba sendo um dos principais desafios políticos encontrados.

Baumann (1999, p.64-67) já denunciava que, nessa nova ordem mundial pautada pela movimentação globalizada do capital, o Estado-nacional passou a se relacionar com forças modeladoras transnacionais que são em boa parte anônimas e de difícil identificação. O controle da política econômica não está mais exclusivamente nas mãos dos mandatários públicos. O autor afirma que o fenômeno da globalização, especialmente a financeira, carrega consigo essas marcas. Nesse sentido “o significado mais profundo transmitido pela idéia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de auto-propulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo”.



No Brasil essa desestruturação do Estado e conseqüentemente da Democracia, passam também pelo desencantamento e falta de identificação entre cidadãos e políticos. Mesmo que não haja uma situação extrema, a insatisfação está ligada ao malfadado modelo com o qual o país convive: uma intrincada rede de partidos políticos que confundem os cidadãos e geram paralisia do sistema.

A descrença em determinadas esperanças e ambições modernas e o fim das ilusões com que elas envolveram os processos sociais e as condutas de vida dos indivíduos, forjam um novo ambiente de convívio em sociedade, marcado especialmente pelo processo de privatização e individualização das responsabilidades. E isso implica impacto direto no comportamento das pessoas, na sua visão de mundo, e na forma de se relacionar com a coisa pública – seja na condição de administrado, seja na condição de administrador (BAUMANN, 2011, p.9-13).

A liquidez, a fragilidade, da vida e da sociedade são cada vez mais perceptíveis e, não possuem condições de “manter a forma ou permanecer em seu curso por muito tempo”. (BAUMAN, 2007, p.7).

Os atores sociais estão cada vez mais adaptados a uma velocidade nunca antes vivenciada, o tempo passa por uma nova conformação. Virilio (1999), em suas obras, trata a velocidade como um fenômeno peculiar contemporâneo, com papel estratégico para a compreensão das vicissitudes decorrentes da globalização. Para ele a *velocidade* “é poder”, “é meio” a serviço do fluxo e da movimentação financeira global. Para o autor as pessoas estão cada vez mais sendo capturadas para o que ele chama de *economia da velocidade*. Com o intencional desacerto criado entre o tempo real e o tempo histórico, onde o consumo utiliza-se da revolução tecnológica para se estabelecer através da velocidade, manobrando e catequizando (VIRILIO, 2006, 1999).

Esse contexto tem relação direta na forma dos sujeitos se relacionarem, o que hoje, se dá em grande parte através das tecnologias, no ciberespaço, virtualmente, criando um novo fluxo de informações e uma nova forma de emaná-la e emití-la. Mezzaroba destaca, por exemplo, que “a popularização da internet, o que melhor ilustra atualmente a introdução do ciberespaço ao modo de vida contemporânea, dá ao indivíduo a sensação de *ubiquidade*.” (2011, p. 115).

A discussão sobre o futuro da democracia passa necessariamente sobre ideias relacionadas a uma reforma do atual sistema político; no resto do mundo a crise começa a abrir perspectivas para a renovação e garantia da cidadania.

O gerenciamento do aparato estatal ainda é refém do olhar tradicional. De longa data tem se mostrado insuficiente para lidar com as complexas relações humanas, e tem se mostrado precário para oferecer respostas satisfatórias às novas demandas que surgem a par da gradativa mudança comportamental nessa sociedade marcada cada vez mais pelo

consumismo, pela busca da satisfação instantânea, pela descrença em projetos finalísticos futuros, pela aceleração e descompasso da relação tempo e espaço, pelo individualismo exacerbado, e pelo esvaziamento ético e moral que pretere a capacidade de pensamento e de visão crítica do que ocorre ao redor.

O sujeito de direito kelseniano (KELSEN, 1986), tido como destinatário da norma jurídica, tinha sua conduta estatuída pela norma. Ocorre, contudo, que a norma não pode, por si só, regular condutas: ao lado dela, está todo o universo do sujeito, todos os valores e interações sociais. E o que hoje se observa é a influência marcante da globalização e do mercado, o sujeito é engolido pela cultura, pela demanda social, é manipulado por informações midiáticas e, porque não, normativas.

Essa noção de sujeito de direito, numa perspectiva positivista-liberal, vai materializar “uma categoria cristalizada, anacrônica, na qual a concretude existencial e social dos indivíduos é desconsiderada”. Denota-se, segundo Philipi (1991, p. 111), uma “técnica do bom adestramento”, onde a lei, e aqui se acrescenta o mercado, vai normatizar comportamentos e ditar medidas e valores sociais. O sujeito do direito vai converter-se “numa abstração, numa construção legal, legitimadora de determinadas práticas políticas que necessitam da homogeneização dos indivíduos, no universo jurídico dominante, no qual o positivismo, na versão normativa, ainda fala a verdade”.

Mickethwait e Wooldridge (2015, p.21), na obra intitulada *A Quarta Revolução*, denunciam e ressaltam que “o Estado está sob suspeita tanto nos países ocidentais avançados quanto no mundo emergente. O mistério é porque tão poucas pessoas admitem a probabilidade de mudanças radicais”. As mudanças são urgentes diante do aparato estatal e político atual, a utilização de tecnologias a serviço da ampliação da democracia, da apresentação política e da participação popular são inevitáveis. Não é um processo rápido ou fácil, mas com uma maior transparência e com mais voz aos cidadãos, a democracia ainda pode ter vida longa.

Tudo isso perpassa pela ideia de uma Governança Pública e, para enfrentar este tema, é preciso considerar o modo através do qual os administradores públicos entendem a interconexão entre desenvolvimento e economia, pois o desenvolvimento econômico, desde há muito tempo, tem se tornado norte balizador das políticas públicas e das estratégias de gerenciamento administrativo.

Nesse norte, Amartya Sen (1999) com a sua tese de “*desenvolvimento como liberdade*” vai oferecer uma grande contribuição para a superação da visão tradicional de desenvolvimento econômico. Sen (2000, p. 4) lembra que ao longo do século passado e início deste século o mundo mudou em muito, especialmente na esfera social e econômica. O fenômeno da globalização interligou as várias regiões do planeta criando uma nova dinâmica nas relações humanas, e os conceitos de direitos humanos e de liberdade política

assumiram nova dimensão, tornando-se categorias recorrentes na retórica prevalente em sociedade. De outra parte, a exclusão social assumiu proporções extraordinárias. Como sintetiza o autor, “existem problemas novos convivendo com antigos”.

Sen (2000, p.9-10) aponta que a solução para o abrandamento de problemas como a persistência da pobreza, fomes coletivas e fome crônica, violação de liberdades políticas elementares e afronta ao meio ambiente, deve ser o objetivo central de um verdadeiro processo de desenvolvimento econômico. Torna-se importante, segundo o autor, reconhecer o papel das diferentes formas de liberdade para serem utilizadas com o instrumental de combate a esses males. Seria preciso, para obter êxito nesta empreitada, “considerar a liberdade individual um comprometimento social”.

Ao analisar o desenvolvimento econômico, Sen (2000, p. 22) destaca que o mercado não pode ser completamente extirpado do processo, pois seria complicado imaginar tal desenvolvimento sem a utilização de mercados, “mas isso não exclui o papel do custeio social, da regulamentação pública ou da boa condução dos negócios do Estado quando eles podem enriquecer – ao invés de empobrecer – a vida humana”.

De sorte que esse modelo acumulador de responsabilidades impõe ao Estado cada vez mais dívidas esmagadoras e crescimento demográfico. De forma que, nesse contexto, o próprio Estado de Direito cai em descrédito, e as ferramentas administrativas tradicionalmente utilizadas vão se tornando parcas diante da complexidade da sociedade contemporânea. Mudanças de paradigmas e modo de lidar com o público são essenciais para o fortalecimento da cidadania e da democracia.

### **3. A Governança e Democracia no Fortalecimento da Cidadania**

Antes do estudo formal acerca da administração pública que se deu por volta do século XX, pontos de vista como o de Thomas Jefferson já demonstravam a preocupação com a execução administrativa do Estado. Robert B. Denhardt (2012, p. 57/58), ao tratar das Teorias da Administração Pública, em especial quanto ao pensamento jeffersoniano ressalta que Thomas “observava que o problema da administração e da organização estava diretamente ligado ao problema da extensão da democracia”. Salienta ainda que o pensador “argumentava em favor de limites legais e constitucionais rigorosos para o poder exercido pelo órgão executivo – limites que garantissem a responsabilidade dos funcionários públicos”. Essa visão jeffersoniana demonstrava uma clara preocupação com a democracia, desenvolvendo-se uma forma descentralizada de governo.

Na tentativa de conciliar gestão privada com a pública, com suas raízes ainda nas décadas de 1920 e 1930, originaram-se os estudos organizacionais e de gestão da administração pública. Essa técnica de gestão de negócios à Administração Pública, inicialmente, conforme enfatiza Denhardt (2012, p. 70), “só foi possível em função de uma definição

institucional da administração pública e do pressuposto de que a política (ou valores) ficasse de fora”.

Contudo, estudiosos de administração pública foram atraídos por uma visão de gestão que não desvinculava a política da administração, pelo contrário, trabalham com a visão de que os organismos públicos - a administração pública - fazem parte do processo político, dão ênfase às políticas públicas dentro da gestão<sup>1</sup>. Nesse sentido, Paul Appleby (1949 *apud* Denhardt, 2012), lastimava a separação da política e administração, pois não deixava, segundo ele, o papel de *policy-making* para os administradores. Esse sistema de união entre administração e política traz consigo a questão da responsabilidade, posto que a burocracia pública influencia na política pública.

Assim, a administração pública gerencial teve seu nascimento justamente na ligação com a política pública, onde se buscava um governo que “funcionasse melhor e custasse menos”. Segundo Denhardt (2012), essas medidas estavam alicerçadas “no que alguns chamaram de racionalismo econômico, um esforço que busca encontrar soluções para os problemas governamentais a partir de uma análise econômica”.

Ao tratar do caráter gerencial da reforma administrativa encartado com a inclusão do princípio da eficiência, Bresser Pereira (1998, p.25 e 28), relata que para o aprimoramento da democracia seria necessária uma substituição da burocracia administrativa por uma gerencial. Afirma o autor que uma administração pública que pode ser caracterizada como gerencial é aquela direcionada ao cidadão e que visa resultados e utiliza “contrato de gestão como controle dos gestores público”.

Essa tendência gerencial-liberal que modificou o trato com a coisa pública passou a ser denominada de *governança*, que tem como princípio referência o da efetividade. No Brasil a ideia de *governança* vem pautada na “boa administração”, termo retirado da doutrina italiana e cunhado por Juarez Freitas (2007, p. 20), que afirma ser “o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.”

Segundo Gustavo Justino de Oliveira foi na última década do século XX que a Governança Pública surgiu baseada “em um consenso de que a eficácia e a legitimidade da atuação pública se apoiam na qualidade da interação entre os distintos níveis de Governo, e entre estes e as organizações empresariais e da sociedade civil”.

A governança busca um novo modelo de gestão, pautado no governo democrático, legal, inclusivo e participativo. Onde a sociedade possa se reconhecer no governo e a

---

1 Nesse sentido Paul Appleby, Norton Long – em APPLEBY, Paul. *Policy and administration*. Tuscalloosa: University of Alabama Press, 1949 e NORTON, Long. *The polity*. Chicago: Rand McNally, 1962.

gestão pública seja um baluarte da democracia. É uma nova construção teórica que visa explicar o papel do Estado e da Administração Pública no atual cenário mundial, um modelo de gestão pública que busca a eficiência e a maximização da gestão.

Foi com a criação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995, através da emenda constitucional nº19/1998, que se deu o marco da Governança no Brasil, com o propósito de reformar e reconstruir o Estado Brasileiro. Seus maiores objetivos eram a alteração do papel do Estado, a redução de custos e a definição de um novo desenho institucional, mudando o modelo burocrático administrativo para um modelo orientado pelo desempenho (REZENDE, 2004).

Ferreira (1996, p.5) visualiza na Governança à capacidade de implementação das reformas, nos seus aspectos técnicos, financeiros e gerenciais. Bresser-Pereira (2001, p.8), acredita que Governança pública é um processo dinâmico pelo qual se dá o desenvolvimento político e através do qual a sociedade civil, o Estado e o Governo organizam e gerem a vida pública.

Segundo o Banco Mundial (1992 apud SANTOS, 2001, p. 7) Governança é o exercício da autoridade, controle, gerenciamento e poder de governo. É a maneira pela qual o poder é exercido no gerenciamento dos recursos econômicos e sociais para o desenvolvimento do país. Tem como objetivo o gerenciamento dos recursos econômicos e sociais para o desenvolvimento do país (Gestão pública). Sua qualificação consiste no exercício da autoridade, controle, gerenciamento e poder de governo (Processo). Kickert (1997, p.732) acredita que Governança Pública é mais do que uma forma eficaz e eficiente de executar o ‘negócio governo’, ela está relacionada à legalidade e legitimidade, sendo mais do que valores estritamente empresariais. Timmers (2000, p. 9) define Governança Pública como a proteção da inter-relação entre gestão, controle e fiscalização por organizações governamentais e por organizações criadas por autoridades governamentais, visando à concretização dos objetivos políticos de forma eficiente e eficaz, bem como a comunicação aberta e a prestação de contas, para benefício das partes interessadas. Com o intuito de concretizar objetivos políticos de forma eficiente e eficaz (Gestão pública). Sua qualificação consiste na proteção da inter-relação entre gestão, controle e fiscalização (Mecanismos).

Löffler (2001, p. 212) vai afirmar que a Governança visa uma,

ação conjunta, levada a efeito de forma eficaz, transparente e compartilhada, pelo Estado, pelas empresas e pela sociedade civil, visando uma solução inovadora dos problemas sociais e criando possibilidades e chances de um desenvolvimento futuro sustentável para todos os participantes.

O ponto em comum de praticamente todos os conceitos acima expostos é que os recursos públicos devem ser geridos em prol da concretização dos anseios sociais, o gestor

público deve efetivamente representar a sociedade e agir de acordo com suas necessidades e, conseqüentemente, em prol do fortalecimento da democracia e da cidadania.

Nas palavras da ONU: “A boa governança promove a igualdade, a participação, o pluralismo, a transparência, a responsabilidade e o Estado de Direito, de forma efetiva, eficiente e duradoura.” Quando os governos colocam em prática essa boa governança, as conseqüências são eleições livres, justas e periódicas, com eleitos que representam realmente os anseios populares efetivando-os através de leis que posteriormente serão interpretadas por um judiciário isento.<sup>2</sup>

A governança é democrática e opera conjuntamente com a sociedade civil organizada trazendo avanços na erradicação da pobreza, na preservação do meio ambiente, na garantia de igualdades, e busca proporcionar uma distribuição equitativa dos benefícios do crescimento econômico. Demanda alta qualidade na prestação dos serviços públicos, que devem funcionar de modo eficiente e atender a toda população indistintamente e de forma digna. Com servidores em número proporcional ao atendimento do volume real das necessidades sociais, capacitados e preparados para exercer suas atribuições. Exige ainda um governo legítimo, democrático e com participação ativa da sociedade.

A conquista de espaço para a participação social direta na tomada das decisões representa uma possibilidade real de acesso dos setores populares na definição dos rumos do desenvolvimento da sociedade. Contudo, infelizmente as propostas participativas ainda permanecem mais no plano da retórica do que no da prática. A falta da participação popular na tomada das decisões acarreta, entre outros danos, uma grave crise de governabilidade e de legitimidade. Os governos estadistas, centralizadores, patrimonialistas não refletem as reais necessidades e anseios da sociedade em geral.

Segundo Jacobi (1999, p.33-35):

o surgimento da sociedade civil brasileira está indissolúvelmente vinculado não apenas à emergência de movimentos sociais, mas ao processo pelo qual atores sociais modernos e democráticos surgiram, adquiriram uma nova identidade democrática e passaram a pressionar o Estado e o sistema político a se adaptarem a uma nova concepção acerca da moderna institucionalidade democrática.

O autor ressalta que esses movimentos populares e as diversas instituições da sociedade civil acabaram por criar novos espaços e maneiras de participação e relacionamento com o poder público, na luta pela conquista de direitos civis e sociais, transformando suas carências em reivindicações. E para ampliar concretamente o potencial participativo é necessário melhorar as condições materiais dos grupos sociais mais excluídos, reduzir o

---

2 [www.onu.org.br](http://www.onu.org.br)

poder burocrático, garantir sistemas de informação abertos e institucionalizar princípios de autonomia democrática.

De forma que, é na democracia, por meio do governo do povo, que se poderá pensar sim na construção da cidadania. Contudo, tal modelo vem sendo sufocado, por uma estrutura estatal inchada, por cidadãos descontentes. Não se pode ignorar essa nova realidade. Entretanto, é possível fazer um sistema de governo melhor e redesenhar um Estado mais estreito, restrito e sustentável, que reduza as promessas e melhore as entregas.

As novas tecnologias, a internet e as chamadas TICs (tecnologia da informação) vêm ao encontro dessa necessidade de mudanças. Mickethwait e Wooldridge (2015, p. 173), destacam que no século XX com a entrada dessas tecnologias a tendência era a concentração do poder na Administração, e já no século XXI “as pressões se exercerão cada vez mais no sentido oposto. A tecnologia não só encolherá o governo como o tornará melhor”. A tecnologia tornou a informação em um produto que deve ser consumido assim como os demais. O tempo passa a ter uma nova conformação.

Bauman (1999) afirma que a informação se desloca de forma independente, ou seja, não faz diferença quem sejam seus portadores físicos ou o objeto que informa. Cada vez mais a sociedade utiliza-se da tecnologia, a internet, para a troca de informações, o que impôs uma nova conformação das relações interpessoais, e impõe cada vez mais uma nova visão em relação ao tempo.

É nesse viés que a Governança se torna ainda mais imprescindível na arte da gestão e no fortalecimento da democracia. Sair do papel de cumpridor de obrigações e dívidas herdadas, e passar a pensar em investimento futuro. Para isso é preciso mudar paradigmas, mudar a forma de gerir e, principalmente, mudar o olhar do Estado para o cidadão e vice versa.

O cidadão, aquele sujeito de formato tradicional herdado da modernidade, tem cada vez mais sido substituído por um sujeito-consumidor, que atua em sociedade sem apego a narrativas de longo prazo e a ideologias clássicas.

Contudo, como ressaltam Mickethwait e Wooldridge (2015, p. 191-206; 256), “os governos não podem descartar os cidadãos difíceis da maneira como as empresas alijam clientes difíceis”. Os autores salientam que “os cidadãos devem dispor do máximo possível de informação sobre o desempenho [...]”. Os autores, quando tratam da temática, ressaltam que é através da tecnologia que se terá um aproveitamento melhor dos serviços. Que há uma necessidade imbrincada na inovação e na rejeição de práticas superadas. Procura-se com isso nas palavras dos autores uma “revivificação do espírito da democracia”, pois é ela “a melhor salvaguarda dos direitos basilares e das liberdades fundamentais”.

A governança pública, desta forma, deve ser aliada das tecnologias, da cultura cidadã, deve buscar em outros parâmetros e lugares ideais que fortaleçam o crescimento do governo e da democracia. E cada vez mais os cidadãos estão conectados a isso.

## 4. Conclusões

O modelo público administrativo carreado pela modificação do mundo ao seu redor tem encontrando desafios e grandes entraves para a garantia de direitos fundamentais mínimos impostos pela Constituição Federal de 1988. A complexidade da sociedade atual é marcada pelo fenômeno global, que traz consigo as mudanças de mercado e visão de mundo que têm ditado um novo ritmo comportamental. Esse fluxo influencia diretamente a forma como a Administração Pública vai agir. O governo deve possuir uma capacidade de resposta mais ágil e assertiva à sociedade.

O avanço tecnológico e o fluxo muito maior e mais rápido de informações transformam a maneira como o cidadão se vê perante o Estado e a forma como o Estado responde ao cidadão. Somente através da mudança de paradigmas e de formas de gestão se pode chegar a um grande aliado na construção da cidadania, e garantir não apenas a sua efetividade, mas também a utilidade das informações prestadas para a sociedade globalizada.

O que se vê hoje é um modelo concentrador de responsabilidades, que torna as estruturas convencionais sobrecarregadas, morosas e muitas vezes ineficientes. Não se nega que o Estado ainda exerça funções vitais à sociedade, especialmente provendo infraestrutura, muitas vezes assistindo sujeitos menos capazes de garantir padrões mínimos de dignidade. Ainda assim o acúmulo de funções imputadas às administrações públicas, aos poderes executivo e judiciário, fragmentam o que deveria ser o foco primordial dessas instituições. São necessários cada vez mais servidores públicos, conseqüentemente, maior custeio da coisa pública. Ainda assim, esse crescimento nunca acompanhará o crescimento das demandas nem a urgência dos cidadãos em ter suas necessidades atendidas. Cidadãos cobram cada vez mais do sistema e toleram cada vez menos suas deficiências. É uma conta que não fecha. Nesse contexto, o Estado de Direito é lançado em descrédito, e as ferramentas administrativas tradicionalmente utilizadas se toram insuficientes para dar conta da complexidade da sociedade contemporânea.

Faz-se premente uma adaptação do Estado, da democracia e das estruturas públicas a um contexto social e econômico múltiplas vezes transformado em relação ao surgimento destas mesmas estruturas e conceitos. Sob pena de implodirem, governos em todas as esferas precisam diminuir em tamanho e crescer em eficiência. Ferramentas já experimentadas na esfera privada, como a produtividade e uso efetivo e amplificado de tecnologias de informação surgem como alternativas viáveis à promoção desse reencontro entre democracia e cidadãos; entre serviços públicos e necessidades públicas.

## 5. Referências

BAUMANN, Zigmunt. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.



- \_\_\_\_\_. *A sociedade Individualizada: vidas constadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Vida em fragmentos: sob a ética pós-moderna*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRAGA, Lamartine V.; ALVES, Welington S.; FIGUEIREDO, Rejane M. C.; SANTOS, Rildo R. O papel do Governo Eletrônico no fortalecimento da governança do setor público. *Revista do Serviço Público*. Brasília, ENAP, jan-mar, 2008. (P. 5-22)
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestao no Setor Publico: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos *et al.* (Orgs.) *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.
- \_\_\_\_\_. Uma Nova Gestão para um Novo Estado: Liberal, Social e Republicano. In: *Revista do Serviço Público*, Vol. 52, p. 5-24. Artigo. 2001. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2001/78Ottawa-p.pdf>.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Governança Européia: Um livro branco*. Bruxelas, 25.7.2001 – COM(2001) 428 final.
- DENHARDT, Robert B. *Teorias da Administração Pública*. Trad. Técnica e glossário Francisco G. Heidemann. São Paulo: Cengage Learning, 2012.
- FERREIRA, Caio. Artigo Crise e reforma do Estado: uma questão de cidadania e valorização do servidor. In: *Revista do Serviço Público*, Vol. 120. 1996. Disponível em: [http://www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/Terceiros-Papers/96-Marini,-Caio47\(3\).pdf](http://www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/Terceiros-Papers/96-Marini,-Caio47(3).pdf).
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). *Políticas Publicas e Desenvolvimento – bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.
- JACOB, Pedro . Artigo: PODER LOCAL, POLÍTICAS SOCIAIS E SUSTENTABILIDADE. *Revista Saúde e Sociedade* 8 (I), páginas 21 – 48. 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1986.

- LÖFFER, Elke. Governance: Die neue Generation von Staats- und Verwaltungs- modern- isierung. *Verwaltung + Management*, v.7, n. 4.
- MEZZARROBA, Orides.. (re)Pensando a democracia contemporânea a partir das novas tecnologias de informação e comunicação. In: CECATTO, Maria Aurea Baroni; LEAL, Mônica Clarissa Hannig; MISAILIDIS, Mirta Lerena; MEZZARROBA, Orides (Org.). *Cidadania, Direitos Sociais e Políticas Públicas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança Pública e Parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, setembro, outubro, novembro, 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-GUSTAVO-JUSTINO-OLIVEIRA.pdf>>. Acesso em 04/02/2013.
- \_\_\_\_\_. Governança Pública. Artigo disponível no blog: <http://www.justinodeoliveira.com.br/governanca-publica/?view=1>.
- PHILIP, Mark. *Delimiting Democratic Accountability*. In: *Political Studies*, v. 57, nº2, 2009.
- PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *O sujeito de direito: uma abordagem interdisciplinar*. 1991. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina – Curso de Pós-Graduação em Direito, 1991.
- REZENDE, Denis Alcides. *Planejamento estratégico para organizações privadas e públicas: guia prático para elaboração do projeto de plano de negócios*. Rio de Janeiro: Brasport, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Os processos de globalização*. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *A Globalização e as Ciências Sociais*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- SANTOS, Maria Helena. Artigo Governabilidade, governança e capacidade governativa. In: ENAP Texto para Discussão, No. 47. 2001. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=259>.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- TIMMERS, Hans. Artigo. Government Governance: Corporate governance in the public sector, why and how? In: 9th fee Public Sector Conference. Netherlands. 2000. Disponível em: [http://www.ecgi.org/codes/documents/public\\_sector.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/public_sector.pdf).
- VIRILIO, Paul. *Velocidad y Política*. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: La Marca, 2006.
- \_\_\_\_\_. *El ciber mundo, la política e lo peor*. Trad. Monica Poole. Madrid: Cátedra, 1999.

# DEMOCRACIA: EVOLUÇÃO E APERFEIÇOAMENTO – O PAPEL DA PARTICIPAÇÃO E DA DELIBERAÇÃO

---

RUBENS BECAK

Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP - Secretário Geral da Universidade de São Paulo (2010-14). Currículo na Plataformaattes da CAPES: <<http://lattes.cnpq.br/7461141539467509>>.

## Resumo

Apesar de constituir fenômeno relativamente recente, a democracia parece ter sido alçada ao patamar da onipresença, sendo que sua existência e entronização são verdadeiramente entendidas como postulado.

Neste sentido, importantíssimo entendermos como se fez a sua evolução na perspectiva histórica moderna para, sobretudo, entendermos como o modelo veio a evoluir, adotando a representação pelos partidos políticos.

Apesar de suas pretensas qualidades, a crítica ao modelo, mormente centrada na eventual falta de legitimidade, sempre se apresentou. Esta, no mais das vezes, se fez no sentido de objetivar a sua melhora, aproximando-a de pretensão ideal coletivo.

Neste viés evolutivo é que vamos observar a construção de modelos alternativos, que preferimos ver como complementares ao tradicional – representativo pelos partidos – mormente com a adoção de práticas de democracia direta, consignando sistema denominado semidireto.

Esse, adotado pelo atual ordenamento constitucional brasileiro, com a previsão da utilização das figuras do plebiscito, *referendum* e iniciativa popular, não parece ter esgotado o questionamento e o criticismo. Ao contrário, esses vêm recrudescendo nas últimas décadas, espocando na doutrina e vindo a propugnar a adoção de experiências diferenciadas.

Estas práticas, com mecanismos denominados participativos e deliberativos, têm o condão de procurar buscar eventual otimização democrática.

## Palavras-chave

Democracia; Democracia moderna; Democracia semidireta; Participação; Deliberação.

## Abstract

Despite being a relatively recent phenomenon, democracy seems to have been raised to the level of a ubiquitous system so its existence and enshrinement are truly understood as a postulate.

In this sense it's very important to understand it's evolution from the advent of the Modernity specially to understand how the model evolved adopting the representation by the political parties.

Despite its qualities, the criticism about the model especially focused on the pretense lack of legitimacy, always persisted. This, in most cases, is done in order to improve its aim approaching the collective ideal.

In this evolutionary bias is that we observe the construction of alternative models - we prefer to see as complementary to traditional representative by the parties - especially with the adoption of practices of direct democracy conducting to a system called semi-direct one.

This is adopted by the current Brazilian Constitution with the prediction of the use of the figures of the plebiscite, referendum and popular initiative, does not seem to have exhausted the questioning and criticism. Rather these have been increased in recent decades flaring up in the nurture and coming to advocate the adoption of different experiences.

These practices with mechanisms called participatory and deliberative, has the ability to seek eventual democratic optimization.

## Key words

Democracy; Modern democracy; Semi-direct democracy; Participation; Deliberativity.

## 1. Introdução

Este trabalho, ao tomar por verdadeira ponderação de certa maneira comum nas obras críticas sobre democracia, qual seja a necessidade de seu aperfeiçoamento, não pretende entrar no campo da discussão de seus primados nem das vantagens desta forma de exercício do poder sobre outras. Parte da premissa de sua excelência.

Apesar de constituir fenômeno relativamente recente,<sup>1</sup> a democracia parece ter alcançado “vitória histórica sobre formas alternativas de governança”, mesmo que dando origem a uma série de tipos.

1 Cf. HELD, David. *Democracy: from city-states to a cosmopolitan order?* In: HELD, David. *Prospects for democracy: north, south, east, west.* (Ed.). Stanford: Stanford University Press, 1993. p. 13.

Sendo a democracia este “óbvio”, este sistema “natural”, por que então a sensação de “estranheza” quando, por exemplo, nos colocamos frente a frente com a histórica frase de Lincoln definindo-a como “um governo do povo, pelo povo e para o povo”?<sup>2</sup>

Apesar das suas vicissitudes e notadamente graças à enorme difusão que o sistema experimentou no mundo todo, as críticas que se nos ocupam são aquelas que procuram debater a possibilidade de sua melhora, aproximando-a de pretensão ideal coletivo.

Na tentativa de entender este processo é que quisemos investigar a existência de certos parâmetros doutrinários, especialmente aqueles que vão discutir a participatividade e a deliberatividade

## 2. Objetivos e Método

Com este artigo procura-se, com a verificação do evoluir democrático, entender a otimização por que esta forma de exercício de poder passou, tomando instrumentos para sua explicitação que acabaram por questiona-la.

Com a utilização do método de pesquisa histórico bem como com o levantamento de fontes subsidiárias (a doutrina), sua crítica e a aposição de conclusões, pretende-se a verificação da assertiva inicial, qual seja a de que a utilização da participação e deliberação são mecanismos para seu aperfeiçoamento.

## 3. A Democracia Antiga

Se a democracia, por um lado, tornou-se onipresente mundo afora, constituindo aquele tipo de ideia que parece que se auto impôs pela sua própria força, percebe-se que sua evolução para este patamar foi bastante lenta e recente.<sup>3</sup>

Sabe-se, que praticamente inexistente relação entre o conceito de democracia antigo, advindo dos gregos, com aquele que vai se afirmar, sobretudo já no final do século XIX.<sup>4</sup>

Para os gregos, a democracia era a condição do estabelecimento de uma relação inerte, semiótica, com a *polis*.

2 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo; Malheiros, 2001., p. 267.

3 Cf. TILLY, Charles. *Democracia*. Trad.: Raimundo Viejo Viñas (do original em inglês *Democracy*, Cambridge, 2007). Madrid: Akal, 2010. Cap. II, sobretudo p. 73-78.; SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia*. v. 1. *El debate contemporáneo*. versión española de Santiago Sánchez González. Trad. Santiago Sanchez González. Madrid: Alianza, 1988 e SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia*. v. 2. *Los problemas clásicos*. versión española de Santiago Sánchez González. Trad. Santiago Sanchez González. Madrid: Alianza, 1988.

4 Cf. TILLY, 2010, op. cit., p. 59.

Na “cidade-estado” ateniense, Estado não difere de sociedade. O cidadão é, ao mesmo tempo, criador e sujeito as leis, participando diretamente na gestão da cidade. Era relação de “subordinação da vida privada ao interesse público e ao bem comum.”<sup>5</sup>

Mas, se nos acostumamos a pensar neste sistema, como a quintessência da democracia, melhor seria se fosse utilizado o nome dado na classificação de Aristóteles, *politeia*.<sup>6</sup>

Isto porque democracia, enquanto forma de governo, designava, para os antigos, especialmente após a elaboração da classificação aristotélica, aquela forma “corrompida” de governo das massas,<sup>7</sup> tão deletéria quanto à oligarquia. Se esta última constituía o governo de poucos em próprio benefício, a primeira constituía o governo de muitos, em proveito próprio.

No século XVIII, sabe-se, a palavra democracia estava completamente “banida”.<sup>8</sup> O seu ressurgimento dar-se-á a partir deste momento.

Sem olvidar da influência ateniense na criação, aplicação e desenvolvimento da democracia, é com Roma que a ideia se propagará.<sup>9</sup> Ali, apesar de alguns darem pela existência de instituições oligárquicas em essência, a ideia de democracia influenciará por completo a formação do republicanismo clássico. Este redundará, sabidamente, no modelo que virá a ser praticado muito tempo depois nas “cidades-estado” italianas.

Apesar da ideia da *polis* permanecer central, também a percepção de que o conceito de virtude cívica podia ser altamente influenciado de acordo com os interesses do povo, da aristocracia ou da monarquia, faz surgir nova aspiração, qual seja, a de que o governo ideal seja aquele que reúna, “balanceando”, os interesses das diversas facções políticas. No mesmo caminho, enfaticamente, Maquiavel.<sup>10</sup>

#### 4. República e Democracia Moderna / A Representação

Percebe-se assim que o conceito que acaba por ser valorado no limiar da Idade Moderna é o de República, e não o de Democracia.

5 Cf. HELD, 1993, op. cit., p. 16.

6 Cf. CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia: uma introdução crítica*. Trad. Delamar José Volpato Dutra. São Paulo: Artmed, 2009. (Debates Contemporâneos). p. 15-16; SARTORI, 1988a, op. cit. e SARTORI, 1988b, op. cit., p. 347-348.

7 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011., p. 104-105.

8 Cf. DUNN, John. *Il mito degli uguali: la lunga storia della democrazia*. Trad. Rossana Stanga (do original em inglês *Setting the people free: the story of democracy*. London: Atlantic Books, 2005). Milano: UBE, 2008., p. 71.

9 Cf. HELD, 1993, op. cit., p. 17.

10 Cf. MAQUIAVEL (Niccolò Machiavelli), no Livro I dos seus “Discursos”. *The Discourses*. London: Pelican, 1970. (reimpr. 1974, com correções e 1983, pela Penguin). (Penguin Classics). p. 104-111.

A classificação tradicional, baseada no número de ocupantes, vem a se transmutar numa classificação dos Estados em os democráticos (as repúblicas) e os autocráticos.<sup>11</sup>

A ideia de democracia é absorvida no conceito de república, relegando a monarquia e a aristocracia para o polo oposto, o das autocracias.<sup>12</sup>

O exercício de um “governo representativo” passa a ser visto como o ideal numa “república”.

Nesta construção, John Stuart Mill<sup>13</sup> é emblemático, no mesmo caminho já percorrido por Montesquieu<sup>14</sup> e Sieyès,<sup>15</sup> anteriormente. Este conceito é que vem a passar a ser entendido como a democracia “moderna”.

Alexis de Tocqueville desempenha papel fundamental neste processo, ao entender os Estados Unidos da América como paradigma, a “forma autêntica da democracia dos modernos contraposta à democracia dos antigos”.<sup>16</sup>

O termo democracia vai sendo resgatado paulatinamente e a expressão república, por sua vez, virá a experimentar desvalorização. Com o tempo, virá a figurar mais termo de distinção da forma de Estado, em contraposição à monarquia.

Mas, se a democracia veio a se estabelecer como a forma antes das formas, tornando a dicotomia república x monarquia secundária, o debate sobre a representação e os partidos políticos nunca deixou de estar presente. Aliás, não raramente, o questionamento se faz pelo distanciamento entre as vontades de representantes e representados.

## 5. Democracia Semidireta

Apesar da evidente ampliação do espectro dos habilitados a participar da cidadania ativa,<sup>17</sup> a ânsia por mais e melhores práticas que permitissem uma busca mais efetiva de

11 Manoel Gonçalves Ferreira Filho no mesmo tom: “A preferência no século das luzes era pela república, termo empregado como sinônimo de governo representativo. Não se opunha à monarquia a república, mas até se admitia a monarquia republicana – a monarquia com governo representativo. É o que fica bem claro da obra de figuras proeminentes do tempo, seja nos Estados Unidos, seja na França, seja na Inglaterra”. Cf. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009., p. 45.

12 Cf. BOBBIO, Norberto. *Stato, governo, società: frammenti di un dizionario politico*. Torino: Einaudi, 1995. (ET Saggi, 318)., p. 130.

13 Cf. MILL, John Stuart. *O governo representativo*. Trad. E. Jacy Monteiro. (do original em inglês *Consideration on representative government.*, The Liberal Art Press, 1958) São Paulo: Ibrasa, 1983. Cap. III – De como a forma idealmente melhor de governo é a representativa., p. 34-49.

14 Cf. MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat). *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

15 Cf. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le tiers état?* Paris: Boucher, 2002.

16 Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Trad. Henry Reeve. London: Oxford University Press, 1959. p. 126.

17 Em que pese a questão da definição do polo representado já se ter definido desde a questão da prevalência da não imperatividade no voto, tinha-se por claro que, apesar de o universo representado sempre ser

legitimidade na democracia, vai fazer com que se acentue a busca por práticas de democracia semidireta.

Para Afonso da Silva, a democracia representativa,<sup>18</sup> com o “sistema de partidos, o sufrágio universal e a representação proporcional” passou a adquirir concretude, da qual exsurgiu a “ideia da participação”.

Ainda que materializada no ato de votar, a participação está expressa. Trata-se agora de ampliá-la, para além do sufrágio, no que se denomina “princípio participativo”.<sup>19</sup>

Na sua explicitação, é o *referendum* que possui papel “preponderante”<sup>20</sup>, nesse processo.

## 6. A Participação e a Deliberação como Aperfeiçoamento Democrático

Observa-se assim que as possibilidades contempladas no modelo semidireto, buscando aproximação com o modelo de “democracia direta”, não obstaculizarão o processo do recrudescimento do “discurso crítico” e, muitas vezes, “deslegitimizador”<sup>21</sup> da representação política.

Aqui presentes, basicamente, as críticas à ausência de mandato imperativo, a qual contribui para a “ausência da relação pessoal e material entre eleitores e representantes” e a propugnação por um modelo que estabelecesse “coincidência de interesses entre eleitores e eleitos”.<sup>22</sup>

Nos anos 1960 verificar-se-á o surgimento de uma série de experiências que buscavam resolver estes questionamentos. São práticas logo cognominadas “participativas” o que faz aparecer no vocabulário político nova desinência, “democracia participativa”, que as procura açambarcar.

---

constituído por todos, o exercício ativo da cidadania, i.e., aqueles cidadãos com aptidão ao voto, remanesce com aqueles que reuniam as condições para tal.

18 Cf. AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 137-138.

19 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003., p. 301.

20 AFONSO DA SILVA, *O sistema representativo e a democracia semi-direta*. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002., p. 13.

21 Cf. GARCÍA GUITIÁN, Elena. *Representación y participación: la rendición de cuentas en las democracias contemporáneas*. In: MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel. (Ed.). *Participación y representación política*. Valencia: Tirant lo blanch, 2009. (Colección Ciencia Política, 30), p. 27-28.

22 ESPÍN TEMPLADO, Eduardo. *Una reflexión sobre la representación política y los sistemas electorales en las democracias constitucionales*. In: RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo José; GAMBINO, Silvio (Coords.). *Formas de gobierno y sistemas electorales: la experiencia italiana y española*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997. p. 30-31.



Carole Pateman já em 1970 alertava sobre importância fulcral da participação na construção da teoria da democracia.<sup>23</sup>

Mais recentemente, a questão voltará a furo. A discussão da necessidade de aperfeiçoamento democrático, com a revalorização e o reequacionamento da deliberação, aparecerá de forma sintomática.

Papel importante neste processo todo é o do incremento do pluralismo, com toda gama de diversidades dos mais variados aspectos sendo cada vez mais valorizada.<sup>24</sup>

Numa sociedade em que tudo assume o valor de importante, com a exacerbação exponencial dos individualismos e idiosincrasias, natural a percepção de que um sistema fundado na verificação do bem comum pelo critério da maioria venha a ser contestado.

Mencione-se aqui, e particularmente, os estudos e o pioneirismo de Joshua Cohen, o qual, para parte da doutrina, teria sido o primeiro a cunhar a expressão “democracia deliberativa”.<sup>25</sup>

Para alguns, deliberação tem sido descrita como “uma conversação em que os indivíduos falam e escutam sequencialmente”,<sup>26</sup> antes de tomarem uma decisão coletiva. Para outros, estaria em algum ponto entre os extremos da barganha, a “qual envolve a troca de ameaças e promessas” e a “discussão, que pode dizer respeito a princípios ou a fatos e causalidades”.<sup>27</sup>

A questão da definição parece ser tão cara a todos que se caracteriza como a grande dificuldade daqueles com eventual predisposição a debater o assunto. Para alguns autores, melhor do que discutir o assunto, é mostrar “o valor de uma discussão antes da tomada de decisões políticas”.<sup>28-29</sup>

23 Cf. PATEMAN, Carole. *Participation and democratic theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1970., p. 103.

24 GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006. (Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho), p.44-45.

25 Cf. SCHAEFER, David Lewis. “*Deliberative democracy*”: the transformation of a political concept. In: SCHAEFER, David Lewis. (Ed.) *Democratic decision-making: historical and contemporary perspectives*. New York: Lexington, 2012., p. 86.

26 Austen-Smith apud GAMBETTA, Diego. “*Claro!*”: an essay on discursive machismo. In: ELSTER, Jon. (Ed.) *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 19.

27 Idem, *Ibidem*, p. 19.

28 Por exemplo, FEARON, James D. *Deliberation as discussion*. In: ELSTER, Jon. (Ed.) *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 44.

29 Cf. ELSTER, Jon. (Ed.) *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. Introdução, p. 1.

A concepção habermasiana<sup>30</sup> de que a democracia envolve todo o processo de transformação, mais do que a simples agregação de preferências”, passou a ser uma das posições com maior aceitação na teoria democrática.<sup>31</sup>

Alguns valores parecem ser pressupostos aos defensores da deliberatividade,<sup>32</sup> desde que presente que “a democracia deliberativa é um ideal de legitimidade política”, quais sejam a percepção de que os que tomam parte nos processos deliberativos “estão cometidos com os valores da racionalidade e da imparcialidade” e, de que os afetados pela decisão a ser efetivamente tomada, “podem dele tomar parte diretamente ou através de seus representantes”.<sup>33</sup>

Também a predisposição daqueles envolvidos nos processos, de estarem imbuídos de mentalidade dialógica, como processo necessário à argumentação coletiva,<sup>34</sup> o que permite pressupor “a disposição para alterar seus pensamentos e preferências”, desde que assim persuadidos pelos outros.<sup>36</sup>

Com relação à persuasão utilizada na deliberação, tem-se que ela se dê de forma a diferenciar-se de outros processos comunicativos, procurando obter a transformação das preferências alheias, em busca de “razoável” consenso, obtido pela “persuasão racional, por argumentos fortes”, supondo-se as partes envolvidas procurarem a “imparcialidade”. Esta busca da imparcialidade não se incompatibiliza com a existência de “interesses pessoais” ou de “comportamentos estratégicos”.

Apesar de realçar-se a “distinção entre deliberação e votação”, especialmente considerado o fato de que “a alteração racional de preferências difere da sua mera agregação”, não se deve afastar a possibilidade de que no curso do processo, em certas condições, a decisão final venha a se dar com a utilização, inclusive, a votação.

Isto deve ser entendido tão somente como um fator procedimental, realçadas as claras diferenças entre os dois processos. A mesma observação vale para a utilização eventual de outros métodos, como a negociação.<sup>37</sup>

30 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário, 101, 102). v. II, especialmente o capítulo VII, Política deliberativa: um conceito procedimental de democracia., no qual a base dessa concepção está posta. (p. 9-56).

31 Cf., dentre outros, ELSTER, 1998, op. cit., Introdução, p. 1.

32 Resumindo algumas das ideias comuns aos defensores da deliberatividade, mas realçando as evidentes diferenças conceituais, cf. ELSTER, 1998, op. cit., p. 8-9.

33 Cf. BESSON, 2006, op. cit., p. xv.

34 Cf. Idem, Ibidem, p. xvi.

35 James Bohman trabalha o conceito entendendo que “a deliberação pública é o processo dialógico de troca de razões com o propósito de resolver situações problemáticas que não podem ser resolvidas sem coordenação interpessoal e cooperação”. Cf. *Public deliberation: pluralism, complexity, and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 27.

36 Cf. BESSON, 2006, op. cit., p. xvi.

37 Cf. passagens várias Idem, Ibidem, p. xvii.

Amy Gutmann e Dennis Thompson,<sup>38</sup> realçam a necessidade de a discussão ser levada a efeito no espaço público e a sua compreensibilidade. Agregam a isto a necessidade da discussão “construtiva” por um período de tempo e certa dinamicidade.

Paul Ginsborg nos lista exemplos de experiências de democracia deliberativa efetivamente utilizados mundo afora,<sup>39</sup> que podem ser complementadas por experiências nacionais como o orçamento participativo e a criação de conselhos comunitários numa série de campos, tais como segurança, educação, saúde e de gestão de espaços públicos.

## 7. Conclusões

Procurou-se neste trabalho expor historicamente a evolução da democracia desde a democracia antiga até o seu “reaparecimento”, já na Modernidade, quando lentamente e com enorme transformação, vai ganhar *status* de postulado.

Num momento posterior, afirmada a representação e sua expressão pelos partidos políticos, explorou-se o criticismo sobre o sistema e o aparecimento do modelo semidireto.

Este não esgotou o debate por dimensões inexploradas, mormente tendo-se em vista a participatividade e a deliberatividade.

Estas ganham relevo numa sociedade de exacerbação da pluralidade, devendo ser assim entendidas como tentativas de aperfeiçoamento democrático.

Procurou-se aqui deter-se ao tema proposto, resultando esta tese numa exposição histórica do evoluir da ideia democrática, desde a Modernidade, explorando sua implementação e consagração, até ser percebida como ideia majoritária, já no século passado.

Isto posto, passou-se a trabalhar o que se denominou “críticas”, detendo com mais vagar no surgimento e difusão do modelo “semidireto”.

## 8. Referências

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *O sistema representativo e a democracia semi-direta*. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta*: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002.

38 Princeton: Princeton University Press, 2004., p. 3-6.

39 Cf. GINSBORG, Paul. *Democracy: crisis and renewal*. London: Profile, 2008., p. 65.

- BESSON, Samantha; MARTÍ, José Luis. (Eds.). *Deliberative democracy and its discontents*. Hampshire: Ashgate, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Stato, governo, società: frammenti di un dizionario politico*. Torino: Einaudi, 1995. (ET Saggi, 318).
- BOHMAN, James. *Public deliberation: pluralism, complexity, and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia: uma introdução crítica*. Trad. Delamar José Volpato Dutra. São Paulo: Artmed, 2009. (Debates Contemporâneos).
- DUNN, John. *Il mito degli uguali: la lunga storia della democrazia*. Trad. Rossana Stanga (do original em inglês *Setting the people free: the story of democracy*. London: Atlantic Books, 2005). Milano: UBE, 2008.
- ELSTER, Jon. (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- ESPÍN TEMPLADO, Eduardo. *Una reflexión sobre la representación política y los sistemas electorales en las democracias constitucionales*. In: RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo José; GAMBINO, Silvio (Coords.). *Formas de gobierno y sistemas electorales: la experiencia italiana y española*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.
- FEARON, James D. *Deliberation as discussion*. In: ELSTER, Jon. (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GAMBETTA, Diego. “Claro!”: *an essay on discursive machismo*. In: ELSTER, Jon. (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- GARCÍA GUTIÁN, Elena. *Representación y participación: la rendición de cuentas en las democracias contemporáneas*. In: MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel. (Ed.). *Participación y representación política*. Valencia: Tirant lo blanch, 2009. (Colección Ciéncia Política, 30).
- GINSBORG, Paul. *Democracy: crisis and renewal*. London: Profile, 2008.
- GREPPI, Andrea. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006. (Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho).

- GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário, 101, 102).
- HELD, David. *Democracy: from city-states to a cosmopolitan order?* In: HELD, David. (Ed.). *Prospects for democracy: north, south, east, west*. Cambridge: Polity Press, 1993.
- MAQUIAVEL.(Niccolò Machiavelli) *The discourses*. London: Pelican,1970. (reimpr. 1974, com correções e 1983, pela Penguin). (Penguin Classics).
- MILL, John Stuart. *O governo representativo*. Trad. E. Jacy Monteiro (do original em inglês *Consideration on representative government.*, The Liberal Art Press, 1958). São Paulo: Ibrasa, 1983.
- MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat). *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores.).
- PATEMAN, Carole. *Participation and democratic theory*. London: Cambridge University Press, 1970.
- SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia*. v. 1. *El debate contemporáneo*. versión española de Santiago Sánchez González. Trad. Santiago Sanchez González. Madrid: Alianza, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la democracia*. v. 2. *Los problemas clásicos*. versión española de Santiago Sánchez González. Trad. Santiago Sanchez González. Madrid: Alianza, 1988.
- SCHAEFER, David Lewis. “*Deliberative democracy*”: the transformation of a political concept. In: SCHAEFER, David Lewis. (Ed.) *Democratic decision-making: historical and contemporary perspectives*. New York: Lexington, 2012.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le tiers état?* Paris: Boucher, 2002.
- TILLY, Charles. *Democracia*. Trad.: Raimundo Viejo Viñas (do original em inglês *Democracy*, Cambridge, 2007). Madrid: Akal, 2010.
- TOCQUEVILLE. Alexis de. *Democracy in America*. Trad. Henry Reeve. London: Oxford University Press, 1959.

# DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO, URBANISMO Y DERECHO A LA VIVIENDA

---

WELLINGTON MIGLIARI

Es doctorando en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Facultad de Dret, Universitat de Barcelona, España. Es becario de la institución federal Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Reconocimiento a la agencia brasileña por permitir el presente trabajo. E-mail: wemigliari@yahoo.com.br

## Resumen

De acuerdo con el método de derecho comparado, el presente artículo profundiza la cuestión urbana sobre el derecho a la vivienda en conflicto con el sistema de propiedad privada en dos realidades constitucionales distintas bajo fuertes y singulares interpretaciones (ACKERMAN, 1977, p. 168-169; MACPHERSON, 2012, p. 125-126). Teniendo en cuenta que la justicia del Estado de São Paulo en Brasil defendió una propiedad sin cumplir con el requisito de su función social y el poder ejecutivo español en la aprobación de decretos locales para vender viviendas protegidas, se comparan los casos de desalojo de Pinheirinho y viviendas negociadas por el gobierno de Madrid en ciertos aspectos legales. La ciudad debería ser para los que en ella viven y la construyen (BRENNER; MARCUSE; MAYER, 2012) Hay dos jueces y dos sentencias distintas que nos invitan a observar contrastes entre las mismas controversias. Las decisiones de los casos afectan a colectivos vulnerables sin hogar que deben ser defendidos, en base a interpretaciones constitucionales y ante tratados internacionales ratificados por ambos países.

## Palabras clave

Derecho Comparado; Derecho Urbanístico; Derecho a la Vivienda y Propiedad.

## Abstract

According to comparative law method, the present article delves into the urban question regarding the right to housing in conflict with the private property system in two different constitutional realities under strong singular interpretations (ACKERMAN, 1977, p. 168-169; MACPHERSON, 2012, p. 125-126). Taking into consideration the justice of São Paulo State in Brazil defending a property lacking its social function and the Spanish executive power in approving local decrees to sell protected state houses, we compare the cases of Pinheirinho eviction and Madrid government negotiating dwellings with some

relevant legal aspects. The city should be for those who live in it and construct it (BRENNER; MARCUSE; MAYER, 2012). There are two judges and two different sentences that are pointed out observing contrasts for the same dispute. The decisions for the cases involve vulnerable homeless collectives that should be defended by all means with constitutional interpretations and with the help of international treaties ratified by both countries.

## Key words

Comparative Law; Urban Law; Right to Housing and Property.

## 1. Contexto Global: España y Brasil

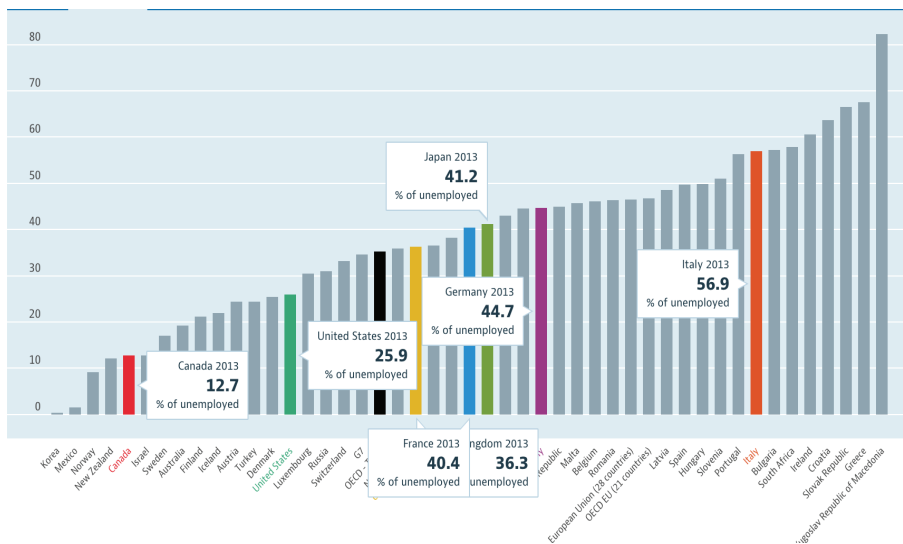
El derecho a la vivienda o a un techo es esencial para el desarrollo humano, social, económico y cultural de los individuos. Aún así, el panorama en algunas naciones periféricas del sistema económico global es desolador, casos como Brasil y España, han evidenciado en los últimos años una serie de esfuerzos para impulsar el tema bajo una percepción de emergencia. Sin embargo, es innegable que tener un espacio está más allá de una protección física. Por lo tanto, es importante pensar que el derecho a la vivienda se diferencia del hecho de tener simplemente un techo e incluye otros derechos como la intimidad, la dignidad, el círculo familiar, la salud psíquica y el espacio privado. Compartir un baño, una habitación o una cocina ilustran las dificultades que diferencian bien el techo de una vivienda. No estamos considerando situaciones de emergencia tales como guerras, tragedias naturales o calamidad pública. Se trata de decisiones impuestas a gran parte de la población trabajadora en las cuales los más afectados no formaron parte. Un grupo económico y político, en el ámbito del mercado inmobiliario junto a las administraciones públicas, que define medidas con efectos negativos a los sectores más pobres de la sociedad.

El contexto global suele ser tratado en el presente trabajo por su aspecto predominantemente económico. Los derechos humanos aún no se sitúan en los pareceres de órganos internacionales como OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) o IMF (International Monetary Fund). Las materias sobre la dignidad y vida humana orientadas por el eje del Estado de bienestar social y de derecho son amenazadas constantemente por demandas del sector privado. Sea por círculos económicos productores, posfordistas o del capital financiero. Desde 2008, las medidas de austeridad después de la crisis de 2008 resultaron recortes y disminución de las actividades del sector de la construcción. Así, con millones de trabajadores en situación de paro, el derecho a la vivienda como bien material elemental se ve atacado también en consecuencia de estas dimisiones.<sup>1</sup> El porcentaje de individuos en situación de paro a largo plazo es desolador.

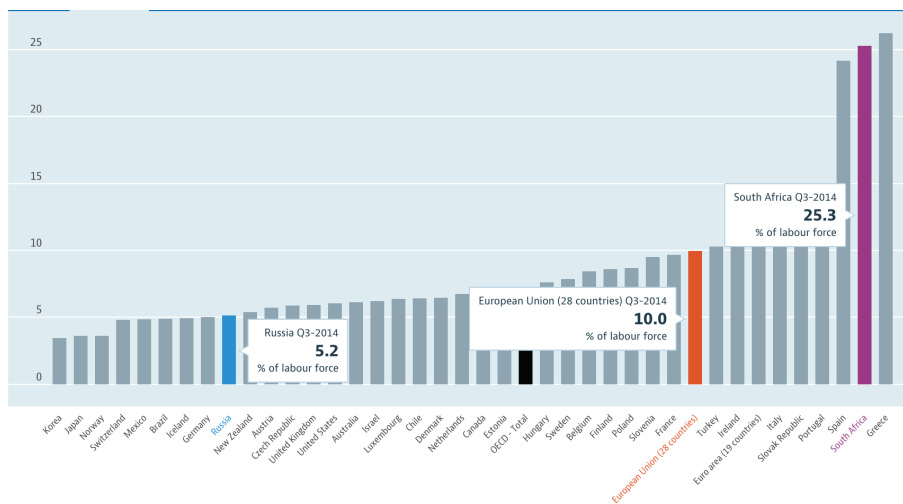
1 Véase el texto del IMF en <http://bit.ly/1zx0D3F> sobre desempleo y lenta recuperación económica global. Sobretodo, una discusión cuanto al aumento de la producción, ánimos de lucro y flexibilización de

Eso quiere decir que, del total de desempleados, gran parte de la mano de obra desocupada busca un puesto de trabajo por al durante doce meses.

**Figura 1 – Datos OECD**



**Figura 2 – Datos OECD**



derechos de los trabajadores. Un modelo intenso de posfordismo en la producción de *commodities* y dinero en el contexto internacional de las economías periféricas. Los datos sobre desempleo en las figuras 1 y 2 son de la OECD. Disponibles en <http://bit.ly/1aHUKDS> y <http://bit.ly/1FXdSgb>.



El contexto global económico de crisis del sistema productivo y su reinención ha provocado mas exclusión social. El capital internacional ha demandado en planes legales la exponencial reducción de los conceptos que caracterizan un Estado de derecho y promoviendo verdades guerras por flexibilización de reglas de inversión. ¿Por qué sería eso importante para los planes urbanísticos? En Brasil y España, las sociedades urbanas ya son una realidad irreversible, respectivamente, con grados de urbanización sobre el total de la población de 84% y 77%.<sup>2</sup> En Brasil y España, las sociedades urbanas ya son una realidad irreversible, respectivamente, con grados de urbanización sobre el total de la población de 84% y 77%. Las cuestiones de medio ambiente y sanitarias se sumarán a éste panorama de empobrecimiento urbano cada año más en las próximas décadas. Las Naciones Unidas en materia urbana y ambiental afirman que hasta 2050 dos tercios de la población del planeta vivirá en ciudades. Eso quiere decir que la vivienda digna y asequible es vital para equilibrar el consumo de los recursos naturales globales, empleo y producción.<sup>3</sup> Quizá el nivel de desarrollo económico en las últimas décadas y su paradigma neoliberal no son adecuados o proporcionales a los límites físicos, naturales y ambientales. La construcción de la ciudad pasa por transformaciones en los propios ciudadanos, más actuantes en las transformaciones de la urbe, pues, a medida que la organización del trabajo en las ciudades genera consciencia de participación a los colectivos, las demandas por distribución de la riqueza y la disminución brutal del valor de cambio pueden ser conquistadas con una vivienda digna y asequible. La desarticulación de preceptos absolutos sobre el derecho de propiedad y de los ánimos de lucro de los promotores de vivienda, por ejemplo, dan paso a la construcción de otros derechos (HARVEY, 2008, p. 23-40).

Una aproximación al derecho urbanístico, aún en realidades tan distintas como la brasileña y la española, evidencia algunas similitudes. Primero, el alto grado de urbanización en ambos países, sus sistemas económicos periféricos rehenes de proyectos urbanos de alta concentración de renta en favor de los promotores de vivienda y las herencias de una cultura institucional forjada por dictaduras militares. En otros términos, el proceso de decisión para el desarrollo urbano y socioeconómico pasa por la toma de decisiones muy centralizadas. Juicios de magistrados y legisladores que no ven la acción colectiva urbana empoderada, es decir, los medios legales actuantes de estos grupos no son comprendidos como legítimos. Después, los grupos más vulnerables y afectados en materia de vivienda son excluidos del debate y pierden terreno frente a los *lobbyists* del mercado de la construcción o instituciones financieras. La ciudad no debe ser sustraída de los que viven en ella y no puede ser objeto de la demanda deshumanizada del capital (BRENNER; MARCUSE; MAYER, 2012; LEFEBVRE, 2013).

2 Véase en Index Mundi el grado de urbanización de Brasil y España disponible en <http://bit.ly/1ljRSZ4>.

3 Véase Temas Globales y reflexiones elaborados por las Naciones Unidas en <http://bit.ly/1IYN0Yn>.

## 2. Urbanismo, Unión Europea y España

El Consejo de Europa ha tenido un papel relevante en la defensa del derecho a la vivienda en Europa. Hay numerosos documentos legales que buscan promover la adecuación de la materia en el ámbito europeo y, consecuentemente, afecta a las administraciones locales. Este derecho se conecta a otros principios básicos tales como el derecho a la vida privada, a la vida en familia y a la vida. Los casos de desahucio y violación de derechos humanos también están presentes en las demandas colectivas. En los últimos años, el Comité Europeo de Derechos Sociales impulsa el derecho a la vivienda en casos concretos de desahucios como los que se pasaron entre el Centre on Housing Rights and Evictions versus France, Italy and Croacia, respectivamente, los documentos 63/2010, 58/2009 y 52/2008.<sup>4</sup> El artículo 31 de la Carta Social Europea refuerza la importancia de defensa de este derecho como forma de disminución de la pobreza, exclusión y indignidad humana. España es condenada también por incumplir derechos fundamentales y por poner en riesgo la dignidad humana.<sup>5</sup> La *Fédération Européenne des Associations Nationales Travaillant avec les Sans-Abri* (FEANTSA) ha litigado con el gobierno francés con la finalidad de dejar claro el máximo respeto del Estado en relación a grupos socioeconómicos vulnerables. La misma organización llevó a cabo demandas contra Eslovenia y Holanda por el mismo motivo. Los casos 30/2006, CC39/2006 y 86/2012 son ejemplos concretos de la sistemática violación de un derecho básico. Los jueces españoles no buscan interpretar el conflicto entre el sistema especulador de la propiedad y el derecho a la vivienda mediante tratados internacionales, sino poner de relieve la tradición del derecho civil (HESPANHA, 1990, p. 15-51; MARTÍNEZ, 1994, p. 191-194). Tampoco prestan la debida atención a los numerosos casos de desahucio bajo la percepción de una crisis generalizada. Actualmente, los bancos son los mayores propietarios en el estado español e incumplen normativas locales, como la 18/2007 de Cataluña, al mantener pisos y viviendas desocupadas por más de dos años.

### 2.1. Caso de Madrid: ¿Inconstitucionalidad en Actos del Gobierno?

En Madrid, las administraciones públicas han puesto en marcha contratos de compraventa de viviendas de protección oficial. La materia de habitabilidad urbana es un derecho social básico de la sociedad española y garantizado por la constitución en su artículo

4 Véase los artículos 2 y 8 presente en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. La Corte Europea de Derechos Humanos defiende el derecho de cada ciudadano, víctima de violación de derechos humanos, en buscar los trabajos de la institución. La Carta Social Europea, Consejo de Europa, afirma el derecho a la vivienda en varias secciones de su documento. Parte I, párrafo 31; Artículos 15.3; 16, 23 y 30.

5 Véase <http://bit.ly/1pizi2f>

47. No obstante, tal principio ha sufrido algunos ataques y dismantelamiento por parte de algunas regiones autonómicas. Es sabido que, el gobierno de Madrid inició la negociación de viviendas protegidas en un mercado con ánimo de lucro ya en 2006. Ese proceso se intensificó después de la crisis de 2008 y, desde entonces más amparado por los planes de austeridad, llegó a formar parte de políticas públicas de recortes de varias comunidades autonómicas. Han sido cada vez más frecuentes las operaciones de compraventa entre entidades extranjeras de inversión y ayuntamientos en materia de vivienda. En España, la negociación de inmuebles de protección oficial en áreas urbanas forma parte en los últimos años de los dichos planes de reestructuración de la deuda pública.

Los Decretos Autonómicos 19/2006, 74/2009 y 59/2013 que establecen las reglas de negociación de viviendas de protección oficial han sido formulados por el gobierno madrileño con la justificación de generar más seguridad jurídica, legalidad y adecuación de las competencias en materia urbana. Sin embargo, es también verdad que las acciones de un gobierno deben obedecer el ordenamiento jurídico constitucional y no crear consecuencias negativas al interés común por culpa de actitudes irresponsables. Los decretos en cuestión producirán miles y miles de sin techo, dado que los alquileres practicados por los agentes privados son impagables para una gran parte de la sociedad madrileña sin trabajo. Otro punto con efectos jurídicos negativos es el hecho de que el Poder Ejecutivo de Madrid legisle por decreto sobre materia urbana sin tener en cuenta preservar o ampliar el derecho a la vivienda, sino vulnerando los derechos sociales defendidos por la CE, documentos europeos y tratados internacionales. En otras palabras, el artículo 24.1.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (ASMC) de 1998 está en el “bloque de constitucionalidad” y deriva de él. Por lo tanto, no pueden los documentos locales sustraer derechos y principios afirmados en la CE. Es importante mencionar que las materias defendidas en los estatutos autonómicos tienen estatus jurídico de leyes orgánicas, normas emanadas de la carta constitucional conforme el artículo 81.1 también de la CE, y éstas no suelen ser contrarias a su matriz generadora. Además, el artículo 86.1 afirma que los decretos-leyes “no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas”. El derecho a la vivienda está inscrito en el título indicado por el dispositivo constitucional en cuestión y, por tanto, no puede ser objeto de ley secundaria que se sobreponga sobre derecho constitucional.

El Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA) ha sido responsable por viviendas de carácter social. En el derecho comunitario, las recomendaciones Rec(80)2, (87)16 y (2007)7, elaboradas por el Consejo de Europa, Comité de Ministros, pueden ser utilizadas como herramientas flexibles para hacer frente a la gestión pública irresponsable ya que afecta a un gran número de ciudadanos. Eso produciría completamente lo contrario de la seguridad jurídica deseada por los gobernantes de Madrid. Los decretos madrileños

no solamente violan normas constitucionales y comunitarias, mas, sobre todo, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el 31 de la Carta Social Europea de 1961 en materia de vivienda. Las implicaciones para los contratos internacionales privados son la posibilidad de su ilegalidad y, consecuentemente, invalidez. De esta manera, el capital de Golden Sachs International, Blackstone y Magia Real State se someten a un contexto de incertidumbre causado por el incumplimiento del debido proceso. De acuerdo con la Ley 1/1993, IVIMA es un organismo autónomo mercantil con personalidad jurídica propia, pero las discusiones de deuda pública están bajo la competencia de la asamblea de la comunidad como afirma el artículo 16.3 de la (ASMC) en su letra “c”. Así, es inevitable la interferencia legislativa y el debate constitucional más profundo en materia de vivienda.

### 3. Urbanismo, Latino América y Brasil

*El abandono y la condición de anomia son dos elementos básicos para quien desea ver un poco más allá la realidad latino americana (DAVIS, 2006, p. 71-95). En la Región del Chaco, Argentina y Bolivia, la Organización Médicos Sin Fronteras hizo un trabajo conjunto con una periodista en un proyecto cuyo volumen publicado ganó el título Dignidade!. La descripción de la vida cotidiana de afectados por la enfermedad de Chagas puso de relieve la vida de estas personas en torno al tema de la vivienda. El Trypanossoma cruzi, protozoo flagelado, es la causa de miles de diagnósticos diarios. El vector es un insecto triatomino con muchos nombres. En español, es denominado “vinchuca” o, en portugués, “barbeiro”, “chupão”, “fincão” y “procoto”. Conforme define Eliane Brum con la ayuda de las palabras de los enfermos en su capítulo escrito sobre la Trypanosomiasis americana, la designación científica para el agente causante, se trata del mal de los insectos que se “dejan caer” (BRUM, 2012). La Organización Panamericana de la Salud muestra un mapa asustador.*

La enfermedad conocida como Tungiasis se encuentra presente en muchas zonas degradadas urbanas. Las Favelas brasileñas no dejan de ser parte en las estadísticas. Causada por el contacto con pulgas de la especie *Tunga penetrans*, el mal prolifera en algunas grandes ciudades brasileñas. Un estudio sobre el tema fue publicado en 2007 en una favela en la región de Serviluz y Vicente Pinzón II, Estado de Fortaleza, Ceará, nordeste de Brasil. En los resultados presentes en la muestra, las personas infectadas son más vulnerables por las malas condiciones de las viviendas y por las precariedades del entorno. Enfermedades parasitarias de piel como Escabiose, *Larva migrans* y pediculosis son frecuentes en áreas similares. En Rio de Janeiro también se ha constatado la aparición de la enfermedad (CARVALHO et al, 2003). Es apenas, uno más de los casos, entre los innumerables que se acumulan sobre cuestiones de viviendas. El deterioro de la piel y los puntos negros que

se forman en todo cuerpo son muy parecidos a aquellos vistos en los libros sobre la peste negra durante el siglo XIV (ARIZA et al, 2007).<sup>6</sup> Los investigadores, así, confirman la relación entre enfermedad y pobreza en áreas urbanas degradadas como variables dependientes (EISELE et al., 2003).

La tuberculosis es una enfermedad que sigue siendo una realidad en las favelas brasileñas o zonas urbanas degradadas. En Rio de Janeiro, Rocinha, 2008, el número de diagnosticados era de 600 casos al año por cada 100 mil habitantes. Condición elevada según lo que indica la Organización Mundial de la Salud a 5 por cada 100 mil habitantes. Las favelas y la segregación tienen una conexión con la historia de la formación de las ciudades latinoamericanas. Los pobres infectados y endémicos están cada vez más aislados de la red formal de los centros higiénicos de las clases más ricas en los anillos externos de las metrópolis. Conforme Nicolau Sevchenko, la historia se repite en los procesos de higiene social y segregación (SEVCENKO, 2010, p. 46). La favela do Morro da Dona Marta tiene un muro de 650 metros de extensión por 3 metros de altura que la separa del los alrededores de Botafogo. Los pobres se encuentran “concretamente segregados” (FERREIRA, 2009).

En Brasil, además de los casos de enfermedades íntimamente conectadas con condiciones inadecuadas de las viviendas, el Movimiento de los Trabajadores Sin Techo (MTST), organización colectiva con similar demanda jurídica de FEANTSA, apunta la falta de acceso a la vivienda digna y asequible en el país. La dificultad de tener un techo obliga ciudadanos a convivir de tres formas precarias distintas, i.e., por medio de la cohabitación familiar, la excesiva densidad por hogar y las condiciones insalubres de las viviendas. Según datos de la Fundación João Pinheiro, la suma de estas tres categorías representaron más del uno 54% de los 5,7 millones de casas en el país. La otra mitad excluye aquellos individuos con un contrato de alquiler, pero también vulnerables a las tres formas de vulnerabilidad. Para empeorar las cosas, la irresponsabilidad de los propietarios privados complica el escenario. Hoy en día, la mayoría de los deudores del Impuesto sobre

6 Véase LONDON, Jack. **The People of the Abyss**. Memphis: Botton of the Hill Publishing, 2012. Hay dos fragmentos interesantes en los cuales podemos observar las deplorables condiciones de vivienda de la clase operaria: “My first impression of East London [1903] was naturally a general one. Later the details began to appear, and here and there in the chaos of misery I found little spots where a fair measure of happiness reigned – sometimes whole of rows of houses in little out-of- the-way streets [periphery/segregation], where artisans dwell and where a rude sort of family life obtains”. p. 28; “I looked out of the window, which should have commanded the back yards of the neighbouring buildings. But there were no back yards, or, rather, they were covered with one-storey hovels, cowsheds, in which people lived. The roofs of these hovels were covered with deposits of filth, in some places a couple of feet deep—the contributions from the back windows of the second and third storeys. I could make out fish and meat bones, garbage, pestilential rags, old boots, broken earthenware, and all the general refuse of a human sty”. p. 35

Bienes Inmuebles (IBI) en la ciudad de São Paulo conforma los clubes de deportes, centros comerciales, hospitales privados y las instituciones educativas privadas.<sup>7</sup>

Los impagos del IBI afectan al ordenamiento urbano, una vez los ayuntamientos dependen del dinero de tasas sobre estas propiedades para impulsar proyectos hacia la sociedad. El caso de la Vía Sul Shopping Mall y Pinheirinho, respectivamente Ceará y São Paulo, dos provincias distintas, son muy ilustrativos por la reflexión sobre otras cuestiones derivadas la función social de la propiedad como medio ambiente y derechos humanos (CUNHA, 2011; KENNA, 2006, p. 189-213). El 6 y 7 de febrero de 2015, el MTST ocupó seis regiones diferentes en Brasília, la capital política de Brasil, al mismo tiempo. Brazlândia, Ceilândia, Planaltina, Recanto das Emas, Samambaia y Taguatinga son áreas administradas por los Estados de la compañía Terracap, que es una agencia inmobiliaria creada por la Ley 5.861 en 1972. Según el MTST, el déficit de vivienda en el Distrito Federal ha sido de de 350.000 unidades y, por lo tanto, es importante una acción de ocupación dado que los fondos presentes en muchos proyectos de Terracap son públicos y no benefician a las familias más vulnerables. Señalaron que las inversiones masivas se mantuvieron por el espíritu empresarial de Estado hacia la demanda de las clases medias y no para los más pobres de la población brasileña. Vila Nova Palestina, Copa do Povo y Ocupação Carlos Marighella son algunos otros ejemplos en la periferia de São Paulo, donde el MTST ha actuado condenando la misma lógica del consumismo, la especulación urbana y la segregación de los que no pueden permitirse una casa adecuada.<sup>8</sup>

### 3.1. Caso de São Paulo: ¿Inconstitucionalidad en Actos del Judiciario?

En Brasil, una propiedad llamada Pinheirinho, que fue ocupada por el *Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto*, es un ejemplo muy claro que podemos utilizar para observar

7 En Brasil, es competencia del estado federal brasileño aplicar el impuesto sobre la propiedad rústica. Por su vez, los municipios se encargan del impuesto sobre bienes inmuebles en áreas urbanas y se denomina Imposto Territorial Predial Urbano (IPTU). Ver, respectivamente, los artículos 153, VI y 156, I de la Constitución Federal Brasileña de 1988. Los atrasos de estos dueños irresponsables llegaron a 650 millones de reales, (o unos 300 millones de dólares de Estados Unidos calculados sobre el valor de acotación medio del año vigente) en 2013 sólo en la área metropolitana de São Paulo. En Araraquara, otra ciudad brasileña en la Provincia de São Paulo, la administración pública debería haber recibido 20 millones de reales en impuestos de sólo 30 familias acomodadas. Esa cantidad representa el 30% del presupuesto municipal que se recoge para cubrir los servicios públicos locales. Hay más de cinco mil municipios de todo el país y la mayoría de ellos se enfrentan a la misma situación. Las incursiones de ocupación en estas propiedades deudoras por el MTST sirven para dejar claro los impagos de tasas al poder público y, por lo tanto, el ataque al derecho constitucional de la función social de la propiedad.

8 Los artículos 5, XXIII; y 170, II, remiten a la función social de la propiedad y su respectiva responsabilidad con el orden económico del país. De acuerdo con los legisladores de la Constitución Federal Brasileña de 1988, la propiedad posee varios límites y no debe ser tratada como bien material que promueva el desequilibrio social.

esta negligencia administrativa. En primer lugar, el poder público cobraba impuestos por la propiedad a la fallida Selecta S/A —grupo responsable de una quiebra empresarial y con muchos trabajadores que aún esperan sus indemnizaciones, ya dictadas por tribunales específicos en materia de trabajo. Respecto a los impuestos urbanos de esta ex-empresa, sus impagos llegaron a desequilibrar el presupuesto público y fueron considerados por la Ley Federal 6.830 de 1980 como una infracción muy grave. La empresa debería haber sido perseguida inmediatamente por jueces designados para ello, tal y como prevén los artículos 2, § 1; 4, 4§; 6, apartado I de la ley en cuestión. En segundo lugar, los costes sociales que los administradores irresponsables de Pinheirinho le han generado al sistema jurídico brasileño no serán compensados. Además, el caso expuesto revela como el exceso de carga de trabajo hace imposible el trabajo eficiente de los tribunales y los juristas responsables en el sistema público. En relación a la función social de la propiedad, la área no generó impuestos a la comunidad de São José dos Campos y, encima aumentó los costes sociales de interés colectivo debido al desalojo de mil familias de la propiedad deudora. En tercer lugar, los descuentos arbitrarios en el pago de impuestos que ofrece el Ayuntamiento de la localidad de São José dos Campos para Selecta S/A no han sido considerados hasta ahora por la Justicia del Estado de São Paulo como un tema de interés público. En cuarto lugar, las funciones sociales acordadas previamente respecto a la área ocupada, que había sido previamente destinada por el Gobierno del Estado de São Paulo a viviendas populares, desaparecieron al realizar Selecta S/A una alegación de invasión de la propiedad privada.

Hay una desviación imprevista de lo que se encuentra en el derecho civil y en las obligaciones que los contratos privados deben respetar. En la Constitución Brasileña de 1988, Capítulo II, sección sobre cuestiones urbanas, el artículo 182, *caput*, menciona que la política de desarrollo urbano está bajo el poder municipal. Como había previsto la legislación específica sobre vivienda, el objetivo de la función social de la propiedad era el completo desarrollo de la función social de la ciudad, no solo en lo relativo a la propiedad. Las garantías de vivienda para el bienestar de los habitantes de Brasil aparecen como una de las prioridades sociales en la Carta Magna de 1988. En el primer párrafo, se indica que el modelo de planificación debe ser aprobado por el poder legislativo municipal y actualmente es de obligada referencia en el Estatuto de la Ciudad para aquellas ciudades con más de veinte mil habitantes. En este documento derivado de las prerrogativas constitucionales, el modelo de planificación es entendido como el instrumento fundamental para el fomento de la participación política de la sociedad en el desarrollo urbano. En el segundo párrafo, la propiedad urbana debe priorizar su función social si es utilizada dentro de las prerrogativas de los derechos individuales en el modelo de planificación de la ciudad. En el cuarto párrafo, el poder municipal tiene la posibilidad de aumentar progresivamente los impuestos urbanos a lo largo del tiempo. Sin embargo, en el artículo 182,

párrafo cuarto, número III, la expropiación se realiza bajo el pago de la deuda a través de títulos públicos aprobados por el Senado Federal. Respetarán el límite máximo de diez años y la deuda pagada en cuotas anuales, iguales y sin interrupción. El valor real de la indemnización y los intereses jurídicos debe observarse también. En otras palabras, el marco constitucional plantea muchas de las garantías exigidas por los propietarios privados y las necesidades sociales al mismo tiempo. El Estatuto de la Ciudad, la Ley 10.257 aprobada en 2001, podría leerse, por lo tanto, como un esfuerzo en términos de concesiones de propiedad y de aplicar medidas para fomentar una mayor igualdad material en Brasil a través de su sistema de propiedad.<sup>9</sup>

#### 4. Constitucionalismo Comparado: El Derecho a la Vivienda en el Contexto Urbano

El método del derecho comparado es imprescindible también por incluir las decisiones jurídicas de diferentes realidades sociales, económicas e históricas sobre una misma materia. Además, el papel de los jueces puede, al mismo tiempo con sus distintas interpretaciones y formas de argumentación, revelar de modo objetivo qué tipo de efecto tienen sus decisiones en una sociedad. Dictar sentencias no se resume los trabajos de un tribunal o la burocracia formal de sus funciones. Así, las personas, sus profesiones e intereses involucrados determinada demanda son también relevantes para la evaluación de casos concretos (ZWEIGERT; KÖTZ, 1987, p.1-12). Al comparar juicios, los contrastes, los acercamientos y singularidades de cada universo legal damos más cuerpo a los tipos de técnicas utilizadas en Brasil y España por jueces para solucionar la disputa entre

9 Una vez el gobierno promueve el Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), reglado por la Ley 11.977/2009, hay algunos avances importantes. Los grupos familiares en zonas de riesgo geofísico y mujeres responsables de familias monoparentales, grupos previstos en el artículo 3, apartados II y III, pueden ser entendidos como cambios relevantes. Sin embargo, es necesario aclarar que el proyecto de construcción masiva de viviendas no se inserta en un plano nacional de disminución sistemática de desigualdades. El artículo 2 de la norma, por ejemplo, prevé la viabilidad del programa conforme la disponibilidad financiera del estado federal brasileño. En otras palabras, el coste social para el desarrollo del derecho a la vivienda con construcción de unidades habitacionales, artículo 23, IX, de la Constitución Brasileña de 1988, no es tratado como fijo, pero determinado por las variaciones de la contingencia económica. El artículo 21, XX, hace referencia a la construcción de vivienda y a la promoción de políticas de saneamiento básico. No obstante, la construcción de una infraestructura de alcantarillado aún se ve determinada por la lógica centro-periferia en las ciudades brasileñas. Las regiones más centrales o bien ubicadas en el plano urbano de las gran ciudades brasileñas cumplen relativamente lo que determina la Ley 11.445/2007 en materia de saneamiento básico. Hay todavía un gran número de municipios con enfermedades relacionadas a saneamiento básico en Brasil. Los datos oficiales demuestran que más de la mitad de la totalidad de los ayuntamientos en el país sufren con el problema. Son más de 2400 municipios brasileños afectadas de un total de más de 5.000. En las regiones del nordeste y norte, son los niños que se encuentran más expuestos a la falta de servicios básicos. Véanse <http://bit.ly/1KV5Vwq> y <http://bit.ly/1Epp6Kd>.



propietarios y ocupantes. En el presente trabajo, la comparación de nivel macro evidencia instrumentos legales de uno de los jueces que parecen atacar el derecho de propiedad (HUFFMAN, 2013). Sin embargo, la finalidad de imponer límites a la propiedad y garantizar su función social también se incluye en la protección de derechos humanos.

#### 4.1. *São Paulo, la Justicia Brasileña y el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo*

La área de Pinheirinho se reintegró a sus administradores después que el Presidente del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo confirmara la decisión de la juez Márcia Faria Mathey Loureiro, 6ª Juzgado Civil del municipio de São José dos Campos. Como Brasil es una federación, el sistema judicial local es independiente del federal con excepción del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia, este último siendo la esfera superior de los juzgados locales. Según el juez Ivan Ricardo Garisio Sartori, presidente del Tribunal de Justicia de São Paulo, hubo un problema tanto de competencia para el impedimento de la reintegración de posesión como de procedimiento. Primero, solamente la justicia paulista del Estado de São Paulo y el Supremo Tribunal Federal podían determinar esta cuestión. Sin embargo, si hubiera un elemento pasivo de la unión, a saber, si la esfera federal se denunciara afectada por el caso, el Tribunal Regional Federal sí que tendría competencia para impedir la retirada forzosa de los trabajadores sin techo de la propiedad Selecta.<sup>10</sup> Conforme el propio juez Ivan Ricardo Garisio Sartori resalta, bajo los artículos 36, apartado III, y 34, VII, letra “b”, de la Constitución Federal brasileña de 1988, solamente las instancias jurisdiccionales constitucional y superior tienen competencia para impedir la decisión inicial de la jueza de la 6ª Vara Márcia Faria Mathey Loureiro. En segundo lugar, es importante decir que, aún si hubiera un conflicto de competencias, la corrección de procedimiento podría multiplicar efectos positivos en las esferas privada, social y de derechos humanos. Según el jurista de procesos Cândido Rangel Dinamarco, el proceso no debe ser tomado con un fin en sí mismo, sino, sobre todo, como medio apto para asegurar un derecho invocado sea por quien fuere (CANDIDO, 1996, p.266). Por lo tanto, la interpretación de la justicia federal en no ver razones para la interferencia del estado brasileño en la jurisdicción del Estado de São Paulo no anula la legalidad de defensa constitucional de derechos humanos y devalúa el establecimiento del contradictorio propuesto por los órganos independientes del poder judicial como el Ministerio Público Federal.<sup>11</sup>

10 Véase la decisión del Tribunal de Justiça de São Paulo, año de 2012, en <http://bit.ly/1HaWryE>.

11 La decisión final y la relación por lo que denominamos cortesía negativa está en el sitio de la Justicia Federal. La instancia jurisdiccional de la unión federal no demostró interés en el caso. Véase <http://bit.ly/1JYBw2N>.

La apreciación del caso podría ser motivada por el juzgado federal o por la justicia del Estado de São Paulo si uno de ellos se hubiera declarado interesado en él. Los impuestos impagados del propietario de Pinheirinho en el municipio de São José dos Campos serían utilizados por la justicia de la provincia como *facto jurídico* para expropiación forzosa. El estado si que indemnizaría el Grupo Selecta S/A, pero la finalidad de la expropiación sería mantener en la propiedad un colectivo y construir en el sitio viviendas de carácter social. Ese proceso seguiría su lógica constitucional y el debido proceso si la propiedad estuviera libre de cualquier sospecha de ilegalidad en su escritura. No se trata bien de eso, una vez hay dudas sobre el *facto* de Pinheirinho ser una propiedad completamente idónea.<sup>12</sup> Sin embargo, si consideramos la área libre de pruebas contrarias cuanto a la veracidad de su título de compraventa u origen legal, el juez federal o de la provincia no debería garantizar el derecho de propiedad hasta que su responsable fuera un ciudadano o empresa ejemplar. Además, calcularía que los costes sociales con los descuentos sobre la deuda del propietario, la expropiación forzosa de otro terreno y la construcción de viviendas en la periferia del municipio conllevan más desequilibrio social (KENNEDY, 1976, 2011). El mensaje a la sociedad asegura la idea de propiedad absoluta y sin límites.

Entonces, la pregunta inicial sería si un bien que se declaró en quiebra continuaría generando costes para la administración pública; o si el presupuesto público depende de los pagos de los impuestos de una sociedad. De acuerdo con la Ley Federal 6.830, de 22 de Septiembre de 1980, constituyen deudas activas aquellos tributos o tasas que fueron pagos a las administraciones públicas. En el artículo primero, después de constatado el débito y el deudor en un certificado, el cobro es susceptible de ejecución judicial para la unión, estados y municipios. El artículo segundo explicita que no es necesario que la deuda tenga naturaleza tributaria o no, ya que las cuentas públicas son elaboradas y equilibradas bajo tales ingresos. El párrafo primero, artículo 2º, destaca que cualquier “valor, cuya cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública”. Además, en el artículo segundo, párrafo 2º, “A Dívida Ativa da Fazenda Pública [...] a tributária e a não tributária, abrange a atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato”. Después de evaluada e inscrita por el órgano de la Procuradoria da Fazenda Nacional, el juez estará apto para la ejecución de la deuda.<sup>13</sup> El artículo cuarto de la Ley Federal 6.830, apartado IV, prevé la ejecución fiscal de la “*massa falida*” – empresa que se ha declarado en quiebra;

12 Véase <http://bit.ly/1coZtlk>.

13 Véase <http://bit.ly/1GXghIm>. Los diez mayores deudores de Impuesto Predial e Territorial Urbano en São Paulo, la ciudad más grande de Brasil, son clubs, centros comerciales, hospitales y facultades. La deuda de estos propietarios para la administración pública llega a 650 millones de reales o aproximadamente 300 millones de dólares. La ciudad de Araraquara tiene que recibir 20 millones en impuestos de apenas 30 familias. Esa cantidad representa un 30% de todo el presupuesto en el género. Hay más de cinco mil municipios en todo el país. Véase <http://bit.ly/1bHMiLU>.

y, en el apartado V, contra “o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado”. La referida ley indica en sus artículos primero y cuarto, párrafo 4, el Código Civil y el Código Tributario Nacional – éste en los artículos 186, 188 hasta 192 – como subsidiarios. El artículo sexto, apartado I, confiere al juez el *imperium* de la ejecución de la deuda activa y los procedimientos de la petición inicial como documentos comprobatorios, valores, requerimiento y el propio certificado. La discusión sobre deudas públicas en Brasil solamente es posible mediante ley conforme al artículo 38°. Es importante resaltar que no hay prescripción para la ejecución de deudas activas conforme el artículo 40°. Si el ejecutado no posee recursos para pagar sus débitos públicos, el artículo undécimo, IV, alerta que sus inmuebles están sujetos a pignoración. En el artículo 23, la alienación de cualquier bien que esté confiscado pasará por subasta pública en sitio definido por el juez encargado. La respuesta final al caso tanto por la Justicia Federal cuanto por el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo generó un diálogo sobre competencia y procedimiento.

#### 4.2. *Cataluña, la Justicia Española y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

El caso Aziz versus Caixa d’Estalvis de Catalunya siguió el mismo curso, pero con extremo valor simbólico. Un señor y su familia, después de años de cumplir con sus obligaciones hipotecarias, según la cultura jurídica del derecho de propiedad, debería ir a la calle. Al final, el Tercer Juzgado Mercantil de Barcelona, juez José María Fernández Seijo, planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) si, bajo un contrato con cláusulas abusivas, una persona tendría como resultado final quedarse sin techo. El TJUE aceptó la demanda de Mohamed Aziz, obrero marroquí, y las consecuencias jurídicas para el Estado Español fueron numerosas. Primero, el hecho de cambiar la cultura jurídica de desahuciar siempre con los mismos criterios. Los casos de grupos socioeconómicos más vulnerables son indudablemente sensibles. Después, el derecho del consumidor importa en este y otros casos similares, ya que la buena fe y condiciones de pago también deben ser propuestas por el consumidor. La base legal para tales interpretaciones proviene de los artículos 3 y 3.1 de la Directiva 93/13/CEE. Tercero que el cumplimiento de un derecho privado o de contrato no puede afrontar un principio constitucional. La materia debe ser analizada a la luz de valores descendientes de la dignidad y protección humana, no sustancialmente por la lógica de mercado, ánimos de lucro y deuda. Por fin, suele cambiar la cultura jurídica dogmática, puesto que la imparcialidad y el equilibrio económico han favorecido históricamente a los mismos grupos sociales. Es decir, bancos, grandes promotores de vivienda y agencias gestoras de inmuebles siguen engrosando sus beneficios materiales con el mercado de propiedades y sobrecargando el acceso a la justicia para endeudar a los menos favorecidos. El derecho a la vivienda se revela en conflicto con el sistema de

propiedad vigente en España. Tal tensión es muy positiva, porque promueve a la vez otros derechos sociales si hay más efectividad para el derecho a la vivienda digna y asequible.

El artículo 148.3 de la Constitución Española (CE) de 1978 atribuye materias de planificación del suelo edificable a las Comunidades Autónomas. Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda son competencias de las regiones y no del Estado español. Sin embargo, los estatutos aprobados en parlamentos locales no deben generar conflictos con derechos y principios constitucionales. Según Javier Perez Royo, dicha desconexión entre derechos constitucionales y leyes orgánicas, en consecuencia, los estatutos autonómicos, “choca con la finalidad perseguida por el legislador, que no era otra que la de integrar a las Leyes Orgánicas en una suerte de ‘bloque de constitucionalidad’” (ROYO, 2008, p. 75). Si consideramos el problema desde la perspectiva del derecho público, tampoco los decretos autonómicos pueden amenazar normas que tiene como fin la buena administración. Incluso el Consejo de Europa, recomendación R(2007)07, documento aprobado por su Consejo de Ministros, ha puesto de relieve la responsabilidad de las administraciones y competencias que tienen hacia un gran número de individuos y al *interés* general. La negociación de viviendas de *protección* oficial en régimen de mercado con *ánimo de lucro es un ataque a los recursos provenientes de los ciudadanos, a los derechos sociales inscriptos en la CE y a la buena administración. De los dos casos en España, el juez catalán del tercero juzgado mercantil de Barcelona fue lo que más influyó la demanda del derecho a la vivienda a la luz de tratados internacionales y, consecuentemente, asegurar un derecho constitucional.*

## 5. Conclusión: Dos Jueces y dos Sentencias a la Luz del Derecho a la Vivienda

El derecho a la vivienda es una forma de distribución de renta, ya que su efectividad promueve otros derechos básicos presentes en la Constitución Española de 1978 y la Constitución Federal Brasileña de 1988. En el plano internacional, el principio constitucional pone de relieve materia de derechos humanos y promueve una agenda de superación de las condiciones de vida deplorables en las grandes ciudades globales. Por lo tanto, una vivienda digna y asequible es elemento crucial para el desarrollo urbano inclusivo, democrático y de equilibrio social. La efectividad de este derecho impulsa modelos de planeamiento del suelo urbano edificable cuyo actor primordial para su realización es la persona humana. No parece ser sostenible del punto de vista jurídico tampoco económico la liquidación de viviendas construidas con dinero y financiamientos públicos, casos de ciudades españolas y brasileñas, con excusas estratégicas de supuesta superación de crisis económicas. El urbanismo es materia altamente conectada al derecho a la vivienda y las competencias locales no pueden amenazar normas de naturaleza internacional o constitucional. Por lo que la defensa de un estado social y democrático de derecho no puede pautarse en su propia destrucción. El cuerpo legislativo es contrario a su papel cuando

genera reglas jurídicas que tienen como efecto la liquidación de derechos. Por lo que se refiere al poder judicial, no debe ser esta una entidad parcial cuyas decisiones agudicen diferencias absurdas en el orden social. En España, hay más de 3.4 millones de viviendas desocupadas y miles de desahucios cada día.

La decisión del juez José María Fernández Seijo en consultar de TJUE fue una alternativa que no se pautó en los posibles errores de procedimientos. Es importante mencionar que la demanda del afectado Mohamed Aziz *versus* Caixa d'Estalvis de Catalunya no llegó a el como un problema puramente de derecho de consumidor. No obstante, el juez tenía claro que plantear el caso o dar una solución solo en el campo de los derecho humanos no resultaría una sentencia transformadora. Además, era necesario cambiar la lógica jurídica de pensar el problema del derecho a la vivienda por medio del contexto social y histórico de tiempos difíciles. Parámetro este inclusive de acuerdo con el Código Civil Español, artículo 3.1, i.e., “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”. Es importante decir que la actitud del magistrado en el caso Aziz reveló un comprometimiento los valores y principios de garantías fundamentales, pero, sobre todo, en una ética basada en la dignidad de la persona humana. Después que el TJUE dictó su parecer, hubo un cambio colosal en las decisiones de jueces españoles cuanto al conflicto entre el sistema d propiedad y derecho a la vivienda.

En comparación al caso brasileño, es interesante notar que el juez del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo *indicó inconsistencia de procedimiento como causa de no aceptación del pedido de expropiación del Grupo Selecta S/A. contra los ocupantes de la propiedad. Reconoce el interés social y la acción del MTST junto a otros movimientos en la lucha por vivienda. El juez Ivan Ricardo Garisio Sartori, presidente del Tribunal de Justicia de São Paulo, afirmó que la justicia federal no se presentó interesada después de la decisión de expropiación de la 6º Vara.*<sup>14</sup> *De alguna manera, el silencio del poder judicial federal brasileño conformó la justificación del magistrado paulistano en no intervenir para el orden social. Mismo ante la clara motivación de interés social presente en la ocupación de Pinheirinho, incluso prevista en el Código Civil Brasileño de 2002, artículo 1.228, § 3º, la solución fue el desahucio. Además de las consecuencias morales y jurídicas, el Ayuntamiento de São José dos Campos aplicó un descuento de un 10% sobre los impuestos de la propiedad impagados hacía años. Para los impuestos futuros, un bono sobre el valor de facto de un 6.5%. Antes el cobro del IBI era de un 8%, desde el desahucio, pasó a ser de un 1.5%*<sup>15</sup> *El beneficio del Grupo Selecta S/A. se incrementa, porque los gobiernos federal y de la provincia formalizaron*

14 En el sistema jurídico brasileño, es el juzgado de primero rango y a lo que todos los ciudadanos deben dirigirse en caso de cuestiones de derecho civil.

15 Véase <http://bit.ly/1Eqj2Bi>.

*un acuerdo de construcción de viviendas con interés social. Los costes de indemnización en una nueva área más la construcción de unidades superan 172,8 millones de reales y recaen en toda la sociedad brasileña, pues el gobierno federal pagará 136,8 millones del total. La deuda del Grupo Selecta S/A sigue subiendo. Once meses después de la ocupación llegó a casi 30 millones de reales.<sup>16</sup> Esa lógica de decisión jurídica genera irresponsabilidades de privados y asegura a la propiedad ningún tipo de obligación jurídica. Se trata de un poder absoluto e imperioso. Sin embargo, es imprescindible reconocer la importancia del tema urbano y la manera como él se relaciona con la clase trabajadora. El derecho a la vivienda se ve más vulnerable en un estado social y de derecho cuyas políticas públicas de oportunidad de empleo son las más degradantes. Hay un reto ante la sociedad mundial urbana sobre el tema y las ocupaciones con claro interés social son expropiaciones forzosas indirectas al amparo de la función social de la propiedad.<sup>17</sup>*

## 6. Referencias

- ACKERMAN, Bruce A. **Private Property and the Constitution**. New Haven: Yale University Press, 1977.
- ARIZA, Liana et al. Tungíase: doença negligenciada causando patologia grave em uma favela de Fortaleza, Ceará. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical**, vol. 40, n.1, p. 63-67, 2007.
- BRENNER, N.; MARCUSE, P.; MAYER, M. **Cities for People, not for Profit: Critical Urban City and the Right to the City**. New York: Routledge, 2012.
- BRUM, Eliane et al. **Dignidade! Nove Escritores Vivenciam Situações-Limite e Relatam o Comovente Trabalho da Organização Médicos Sem Fronteiras**. São Paulo: Leya, 2012.
- CARVALHO, R.W. et al. The patterns of tungiasis in Araruama township, state of Rio de Janeiro, Brazil. **Memórias do Instituto Oswaldo Cruz**, 2003, n. 98, p. 31-36, 2003.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. The social function of property in Brazilian law. **For-dham Law Review**, n. 80, p. 1171-1181, 2011.
- DAVIS, Mike. **Planeta de Ciudades Miseria**. Madrid: Akal, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>16</sup> Véase <http://bit.ly/1F8CkyM>.

<sup>17</sup> Véase <http://bit.ly/1KAd1Wp>.

- EISELE M. et al. Investigations on the biology, epidemiology, pathology and control of *Tunga penetrans* in Brazil: I. Natural history of tungiasis in man. **Parasitology Research**, n. 90, p. 87-99, 2003.
- FERREIRA, Álvaro. Favelas no Rio de Janeiro: Nascimento, Expansão, Remoção e, agora, Exclusão através de Muros. **Revista Bibliográfica de Geografia y Ciencias Sociales**, vol. 14, n. 828, jun. 2009.
- HARVEY, David. The right to the city. **New Left Review**, n. 53, p. 23-40, Sep-Oct, 2008.
- HESPANHA, A. M. **Derecho Privado y Revolución Burguesa**. Madrid: Marcial Pons, 1990.
- HUFFMAN, James L. **Private Property and the Constitution**. New York: Palgrave, 2013.
- KENNA, Pdraic. **Los Derechos a la Vivienda y los Derechos Humanos**. Terrassa: ProHabitatge, 2006.
- KENNEDY, David. Some caution about property rights as a recipe for economic development. **Accounting, economics and Law**, vol. 1, n. 1, p. 01-62, 2011.
- KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. **Harvard Law Review**, n. 89, p. 1685-1778, 1976.
- LEFEBVRE, Henri. **La Producción del espacio**. Madrid: Capitán Swing, 2013.
- LONDON, Jack. **The People of the Abyss**. Memphis: Botton of the Hill Publishing, 2012.
- MACPHERSON, C. B. **Democratic Theory: Essays in Retrieval**. Ontario: Oxford University Press, 2012.
- MARTÍNEZ, Ferando Rey. **La Propiedad Privada en la Constitución Española**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1994.
- SEVCENKO, Nicolau. **A Revolta da Vacina: Mentres Insanas em Corpos Rebeldes**. São Paulo: Cosac Naif, 2010.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to Comparative Law**. 2.ed. Oxford: Clarendon Paperbacks, 1987.

# DERECHOS HUMANOS, DESARROLLO Y PODER, UNA RELACIÓN COMPROMETIDA

---

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Pós-Doutor pela UFSC. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito Internacional Público na PUC/SP. Coordenador do Mestrado e Diretor do Centro de Pesquisa em Direito da UNINOVE, onde também é Professor de Direitos Humanos. Foi presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI (2009-2013).

MARÍA MÉNDEZ ROCASOLANO

Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid. Foi *fellow scholar* na Universidade Harvard (2003). Professora na Universidad Católica de Santo Antonio de Múrcia.

## Resumen

A través del diálogo entre los autores desde el significado, alcance y notas características del derecho al desarrollo especialmente con enfoque internacional se plantea un rasgo novedoso del derecho al desarrollo como expresión poderosa en la dialéctica de los derechos humanos. En la primera parte se incide en la categoría conceptual del desarrollo en su relación con el poder a través del proceso que el desarrollo implica y en la segunda se dibuja un perfil del derecho al desarrollo vinculado a la dignidad de la humanidad como concreción de un nuevo paradigma y expresión poderosa de los denominados Derechos Humanos de la cuarta generación/dimensión. Este es un artículo de carácter dialéctico y de revisión conceptual, que tratará de investigar, segundo la técnica de la búsqueda bibliográfica, los principales conceptos necesarios para obtener su objeto.

## Palabras clave

Desarrollo; Derecho al Desarrollo; Poder; Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Dignidad de la Persona Humana.

## Resumo

Por intermédio do diálogo entre os autores a partir do significado, o alcance e características do direito ao desenvolvimento, especialmente com abordagem internacional, surge uma nova característica do direito ao desenvolvimento como uma poderosa



expressão na dialética dos direitos humanos. Na primeira parte, será investigada a categoria conceitual do desenvolvimento na sua relação com o poder, focando-se no processo de desenvolvimento, e, na segunda, procurar-se-á estabelecer um perfil do direito ao desenvolvimento ligado à dignidade da humanidade como uma realização de um novo paradigma e poderosa expressão dos chamados Direitos Humanos da quarta geração/dimensão. Trata-se de um artigo de carácter dialético e de revisão conceitual, que buscará investigar, pela técnica da pesquisa bibliográfica, os principais conceitos necessários para atingir o objetivo almejado.

## Palavras-chave

Desenvolvimento; Direito ao Desenvolvimento; Poder; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Dignidade da pessoa humana.

## 1. Introducción

El presente artículo se propone a analizar el derecho al desarrollo segundo una perspectiva histórica, de modo a establecer su centralidad y carácter integrador de los derechos humanos.

Este trabajo trae la problemática de la complejidad e importancia que los derechos humanos protagonizan dentro del ámbito jurídico, que se puede identificar en las aportaciones doctrinales, Declaraciones Internacionales y normas Constitucionales que han ido perfilando los contornos del significado, funciones, y garantías de los derechos de la humanidad. Hoy los Derechos Humanos son categorías jurídicas cotidianas, próximas, conocidas por la sociedad que no debe olvidar el atormentado sacrificio que ha hecho posible que estos derechos sean incuestionables. El camino recorrido hasta aquí ha sido un reto, fruto agri dulce de injusticias sufridas por hombres y por pueblos, bandera de innumerables héroes desconocidos que se enfrentaron al poder establecido, trabajo incansable de intelectuales y juristas que alzaron la voz impulsado nuevas categorías para que la dignidad de los seres humanos se reconozca como un poder absoluto, una categoría superior.

Así, la justificativa de esta investigación se encuentra en la historia de los derechos humanos, que es una historia de confrontación, de lucha incesante por la Justicia donde el Poder que se impone a los hombres y su organización en comunidades, en pueblos y en Estados va perdiendo batallas bajo la consigna de la libertad, la igualdad, la solidaria fraternidad de la raza humana que se rebela con la poderosa autoridad de la razón.

La hipótesis de esta investigación considera el derecho al desarrollo como un grano de arena que se suma a otros tantos que van delineando una costa pacífica que limita la fuerza de un océano que pugna por imponerse, pues la batalla contra el Poder continua y

debe mantenerse la barrera que desde las primeras declaraciones de derechos han posibilitado salvaguardar el vivir y el devenir de los hombres con dignidad.

El texto es organizado en dos partes diferenciadas pero vinculadas por la temática y el método dialéctico que engarza con sutileza.

## 2. Desarrollo y el Poder en la Dialéctica Internacional de los Derechos Humanos :El Desarrollo y el Derecho al Desarrollo

### 2.1. El Derecho al Desarrollo

A la pregunta de qué significa el desarrollo, el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos en su 60º período de sesiones en el 2004 estableció que el desarrollo debería ser un proceso global cuyo sujeto principal es el ser humano y cuya finalidad es la plena realización de éste en todos sus aspectos (físicos, intelectuales, morales y culturales) en el seno de la comunidad <sup>1</sup>

En la actualidad encontramos ese proceso vinculado al adjetivo “sostenible” lo que revela aspectos importantes, relacionados con el modelo conceptual del desarrollo que se pretende, es decir un modelo ecológico, de respeto por el entorno natural y sus recursos, de los que depende la vida de la humanidad que es un *prius* lógico, ontológico y deontológico.

La comunidad internacional incorpora la sostenibilidad al desarrollo centrándose especialmente en su dimensión social y económica en el ser humano y/o en la humanidad, de forma que el desarrollo será sostenible, no sólo cuando tenga las conexiones con la ecología también sino cuando se refiera a exigencias como el respeto a la Democracia y a los Derechos Humanos sin las cuales el desarrollo carece de contenido real y efectivo. El proceso global al que se refería la Comisión de Derechos Humanos exige pues la participación activa y consciente de los individuos y las colectividades en la adopción de decisiones en todas las etapas del desarrollo. Desde la determinación de los objetivos y los medios para alcanzarlos hasta la puesta en práctica de los mismos y la evaluación de los resultados; Debido a las diferencias culturales y a los distintos modelos de organización que hay en el mundo no existe un modelo único ni preestablecido de desarrollo, sino múltiples que dependen con carácter general de: la libre determinación de los pueblos, el reconocimiento de la soberanía propia sobre los recursos y riquezas naturales que poseen y el pleno respeto de su identidad cultural; Es un proceso que afecta a la dimensión

<sup>1</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS 60º período de sesiones EL DERECHO AL DESARROLLO EN UN MUNDO GLOBALIZADO Grupo de Trabajo sobre el derecho al desarrollo - 11 al 20 de febrero de 2004.

económica, política, cultural y biológica de los ciudadanos de los Estados de la comunidad internacional pues concierne a todos debido a la interdependencia que existe entre todas las naciones.

El tema del desarrollo comporta por lo tanto aspectos jurídicos, políticos, éticos, económicos, sociales y culturales, y así podemos definir tres notas características del contenido del derecho al desarrollo:

Su *multi e inter disciplinarietà* pues se estudia desde distintos enfoques pertenecientes a diferentes Ciencias dentro de las que destacan la Economía, la Sociología, la Ética y el Derecho

Su caracter *dinamico* vinculado al proceso que representa, lo que se manifiesta en el artículo 1 y en el preámbulo de la Declaración del derecho al desarrollo, como en la progresión conceptual que todavía inacabada va desvelando nuevos sentidos según la sociedad avanza. Estos están vinculados a las reivindicaciones de la población mundial, hechas principalmente a los Estados, pero también a la sociedad en general, y en particular la comunidad internacional, de que exista un proceso que les permita gozar de todos los derechos y libertades consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Su *internacionalidad* y enfoque mundial, debido a que su regulación más importante se ha dado en sede internacional y donde organizaciones internacionales como la ya disuelta Comisión de Derechos Humanos de la ONU<sup>2</sup> han ocupado un papel protagonista como agentes impulsores y promotores de este derecho sin el cual no pueden realizarse plenamente los demás derechos humanos y las libertades fundamentales”<sup>3</sup>.

## 2.2. *Multidisciplinarietà y Referentes Económicos, Políticos y Sociales del Desarrollo*

Dentro de las múltiples voces que reflexionan sobre el desarrollo, todas coinciden en que éste es sinónimo de crecimiento económico, de mejora en las condiciones de vida, en el progreso en definitiva, que se concreta en una producción y empleo crecientes, en

2 E/CN.4/2004/WG.18/2 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS 60º período de sesiones Grupo de Trabajo sobre el Derecho al Desarrollo Ginebra, 11 a 20 de febrero de 2004 *Examen de los progresos alcanzados y los obstáculos encontrados en la promoción, la aplicación, el ejercicio y el disfrute del derecho al desarrollo examen del sexto informe del experto independiente en el derecho al desarrollo*, pp. 5 y ss. El 15 de marzo de 2006 vió la luz el Consejo de Derechos Humanos como organismo de la Naciones unidas sustituyendo y disolviendo a la Comisión.

3 First report: E/CN.4/1999/WG.18/2; second report: A/55/306; third report: E/CN.4/2001/WG.18/2; fourth report: E/CN.4/2002/WG.18/2; fifth report: E/CN.4/2002/WG.18/6 and E/CN.4/2003/WG.18/2.

transformaciones institucionales y avances tecnológicos, es decir en el alcance y en su caso mejora del bienestar de la poblaciones.

Con esta afirmación se pone de manifiesto la importancia que tiene el factor económico en la cuestión del desarrollo, el acceso de la población a los bienes y servicios dependen tanto de la riqueza material y humana como de su capacidad de aumentar dicha riqueza. Dependiendo del modelo económico que tengamos en consideración, así habrá un tipo de desarrollo, aparejado a la economía, de forma tal que la disponibilidad de cualquiera de los bienes y servicios correspondientes a la realización de los Derechos Humanos y por ende el del derecho al desarrollo, no puede aumentarse indefinidamente sin disminuir la disponibilidad de otros, a menos que aumenten los recursos de un país<sup>4</sup>. No ha de olvidarse a éste respecto que las transformaciones en la economía y las condiciones de vida de los ciudadanos y las sociedades, generan nuevas actividades y relaciones económicas, que hacen surgir nuevas instituciones y relaciones jurídicas en correspondencia con los cambios y sus consecuencias, manifestación clave de los vínculos que el desarrollo tiene con la sociedad, sus condiciones y su historia. En el proceso del desarrollo asistimos a la socialización de la economía a favor de la garantía del derecho a una vida digna. En este escenario, el Derecho debe responder a la necesidad de garantizar el derecho al desarrollo de los individuos y las naciones. Esta vinculación entre sociedad, Economía y Derecho es de interdependencia. De tal forma que el Derecho debe tener en cuenta la realidad social, de la cual la economía es uno de los aspectos. Por su parte la norma jurídica, debe expresar las exigencias a las cuales la economía ha de someterse con criterios sociales y éticos.

El carácter multidisciplinar del derecho al desarrollo se manifiesta en las herramientas utilizadas como indicadores de Derechos Humanos, de tal forma que los parámetros éticos y socioeconómicos concretan y evalúan el proceso que lleva a la realización de este derecho. En fin las del contexto cultural del país y las prioridades de los Estados donde no hay que olvidar el contenido moral que expresan las normas jurídicas que se refieren al derecho al desarrollo.

### *2.3. Dinamicidad y Caracter Integrador del Derecho al Desarrollo*

El carácter dinámico va aparejado a la idea del proceso que el desarrollo supone y también en relación directa con la expresión del curso configurador de su propio contenido conceptual. Donde operan categorías dinámicas y de contenido abierto como los valores de libertad, de igualdad y de justicia que se expresan a través del enunciado general

---

<sup>4</sup> Del mismo modo, el acceso a los bienes o servicios correspondientes dependerá, entre otras cosas, de las políticas públicas, muy especialmente el gasto público, que no puede crecer indefinidamente sin el previo aumento de los ingresos fiscales; esto, a su vez, dependerá de que aumente el producto interno bruto (PIB) del país.

de la garantía y respeto del valor de la dignidad de la persona en su ámbito vital. Esta expresión se manifiesta en el proceso en el que algunos de los resultados buscados, si no todos, se realizan de manera progresiva.

En el recorrido del proceso se manifiesta en el crecimiento económico compatible con los principios y las normas de derechos humanos, de forma que al decir de la Comisión “el derecho al desarrollo comprende el derecho a los resultados del proceso, es decir una mejor realización de los diferentes derechos humanos, así como el derecho al propio proceso para realizar dichos resultados”<sup>5</sup>.

En otras palabras, los fines y los medios de dicho proceso de desarrollo deben tratarse como un derecho. Es más, como un derecho complejo en el que los derechos económicos, sociales y culturales, así como los civiles y políticos, debido a su interdependencia e indivisibilidad, se realizan de forma conjunta. Así lo ponen de manifiesto la debida interpretación a tres bandas que debe de hacerse de los principios Limburg, las aportaciones de Amartya SEN y el Pacto de Cotonou<sup>6</sup>.

La integridad de estos derechos implica que si se viola uno de ellos, se vulnera también el derecho al desarrollo. De ello da buena cuenta, poniendo de manifiesto el carácter dinámico y progresivo, la revisión que a continuación se hace del proceso de reconocimiento en sede internacional del desarrollo y del derecho al desarrollo.

## 2.4. *El Desarrollo y la Comunidad Internacional*

El derecho al desarrollo ha sido objeto de examen en múltiples Cumbres y Conferencias, lo que ha permitido que la complejidad y estructura multidimensional del derecho se vaya perfilando con mayor claridad desde que en sede Brasileña y con ocasión de la Declaración de Río, en su declaración final se afirmase que este derecho “debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”<sup>7</sup>.

5 E/CN.4/2004/WG.18/2 citado en 1. Pág 6.

6 Para una explicación detallada que aquí supera el sentido de las presentes reflexiones recomendamos la lectura de Amartya SEN, *Desarrollo y libertad*, Ed Planeta, Bogota, 2000, donde se pone de manifiesto la visión ética del derecho al desarrollo que defiende el premio novel de economía

7 Conferencia de las NU sobre Medio Ambiente y Desarrollo, A/CONF.151/26, 12-VIII-1992, *Declaración de Río*, Tercer Principio. La *Declaración de Río*, también se manifiesta sobre temas como: la necesidad de cooperación para la erradicación de la pobreza, la prioridad de las situaciones y necesidades de los países en desarrollo, el deber de los Estados de cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable que conduzca al desarrollo sostenible de todos los países y capaz de abordar los problemas ambientales, la importancia de la participación de todos para el logro del desarrollo sostenible, y la guerra como enemiga del mismo, todos éstos íntimamente relacionados con el Derecho al Desarrollo como derecho humano.

Una breve mirada hacia atrás, siempre ayuda a entender el presente. Así pues relatamos a continuación los que parecen los hitos más importantes en la configuración del derecho al desarrollo, donde la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena tiene un papel protagonista. En ella se reafirmó la relación entre desarrollo y medio ambiente y se confirmó el carácter universal e inalienable del derecho al desarrollo, así como su integración con el resto de los Derechos Humanos. A partir de este momento desarrollo, democracia y el respeto de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales se entienden como conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. En lo concreto se hizo un llamada a la comunidad internacional para aliviar la carga de la deuda externa de los países en desarrollo, entendiendo que la pobreza extrema y la exclusión social se manifiestan contra la dignidad humana, siendo graves obstáculos para el desarrollo<sup>8</sup>.

Durante 1994 son tres las conferencias que aportaron perfiles conceptuales al derecho al desarrollo. La más importante es la referente a Población y Desarrollo del Cairo, en la que se incorpora el parámetro de la población, afirmándose que el derecho al desarrollo debía ejercerse de tal manera que se satisficieran equitativamente las necesidades ambientales, de desarrollo y las demográficas<sup>9</sup>. Se plantearon las problemáticas subyacentes a las migraciones masivas hacia los países más desarrollados en la arena internacional, debiendo entrar en juego la calidad de vida desde la perspectiva de la libertad y de la dignidad como indica MÉNDEZ ROCASOLANO en lo referente a los derechos de los inmigrantes que buscan mejores formas de vivir<sup>10</sup>.

Las otras dos Conferencias son las relativas al desarrollo sostenible de los Pequeños Estados Insulares (PEI)<sup>11</sup> y a la Reducción de Desastres<sup>12</sup>, celebradas respectivamente en Bridgetown, Barbados y Yokohama, Japón.

8 Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, A/CONF.157/23, 12-VII-1993, *Declaración de Viena*, párrafos 8, 10, 12 y 25

9 Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el desarrollo, A/CONF.171/23, 18-X-1994, *Programa de Acción*, Principios 3, 5 y 6 y Preámbulo 1.5. La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, al igual que las anteriores Conferencias analiza una serie de cuestiones relacionadas con el derecho al desarrollo como derecho humano, como por ejemplo la necesidad de erradicación de la pobreza, la urgencia de cooperación en todos sus niveles y en especial en la atención de las necesidades específicas de los países en desarrollo, la cabal integración de éstos en la economía mundial (principio 7) y la necesaria movilización de recursos a los países en desarrollo (preámbulo 1.9) Así, a partir de esta Conferencia los objetivos y políticas de población son parte integrante del desarrollo social, económico y cultural, y deben tender al mejoramiento de la calidad de vida de todas las personas.

10 MÉNDEZ ROCASOLANO, María: “Movimientos migratorios y derechos humanos de los extranjeros: entre el impulso de la supervivencia y la dignidad de la persona” en *Revista de Direito Brasileira Volumen 1*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo Brasil, 2011, pp. 469 a 486

11 Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo, A/CONF.167/4, 7-IV-1994. Reconoce que las necesidades en materia de desarrollo de los PEI exigen que los programas de desarrollo reflejen sus necesidades prioritarias y se encaminen a aumentar su capacidad para formular y aplicar políticas idóneas con miras a respaldar su desarrollo sostenible a largo plazo.

12 Informe de la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres Naturales, A/CONF.172/9, 27-IX-1994 Se establece que la “prevención de desastres y la preparación para casos de desastre deben

Al año siguiente se celebraron, la Cumbre Mundial de Desarrollo Social<sup>13</sup> y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. La primera de ellas, celebrada en Copenhague, expresa su convencimiento de que: (a) la democracia, el buen gobierno y la administración transparente y responsable son indispensables para la consecución del desarrollo sostenible centrado en lo social y en el ser humano; (b) el desarrollo y la justicia sociales son indispensables para el logro y conservación de la paz y seguridad de las propias naciones y entre ellas; (c) el desarrollo y la justicia sociales no pueden alcanzarse si no hay paz y seguridad o si no se respetan todos los derechos humanos y las libertades fundamentales y (d) el desarrollo económico y social, y la protección del medio ambiente son elementos interdependientes del desarrollo sostenible y constituyen el marco de acción para el logro una mejor calidad de vida para todas las personas.<sup>14</sup> Así las cosas, el desarrollo social es: “un elemento fundamental de las necesidades y aspiraciones de las personas del mundo entero y de las responsabilidades de los gobiernos y de todos los sectores de la sociedad civil”<sup>15</sup> y éste al igual que el desarrollo económico sostenible no se puede lograr sin la plena participación e igualdad de todos.

Por otra parte, la Conferencia sobre la Mujer<sup>16</sup>, realizada en Beijing, tiene como propósito la defensa de todos los instrumentos de derechos humanos y en particular, los propios de derecho al desarrollo vinculados a la problemática del género, subrayándose la dimensión social e igualitaria del desarrollo<sup>17</sup>. En ella se denuncia la continua violación de los derechos humanos contra la mujer, incluido el derecho al desarrollo, y en razón de ello se exige la participación plena e igual de las mujeres en el progreso de las naciones<sup>18</sup>.

Con estos nuevos parámetros toma fuerza la idea de que el crecimiento económico en sí mismo no mejora la calidad de vida de la población, siendo preciso buscar alternativas que garanticen que todos los miembros de la sociedad reciban los beneficios de éste, para ello se requiere enfoques integrales del desarrollo, que incluyan los conceptos de crecimiento, igualdad, justicia social, conservación y protección del medio ambiente, sostenibilidad, solidaridad, participación, paz y respeto por los Derechos Humanos como indicábamos líneas arriba.

---

considerarse aspectos integrales de la política y la planificación del desarrollo en los planos nacional, regional, bilateral, multilateral e internacional”. Principio 3. Nuevamente se aborda aquí la necesidad de la cooperación internacional y de consideración de las circunstancias especiales de los países en desarrollo toda vez que los desastres naturales ponen en peligro el desarrollo económico sostenible en el mundo entero, y particularmente en los países en desarrollo que tienen grandes pérdidas en vidas humanas, reducción de recursos esenciales y pérdidas económicas.

13 Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, A/CONF.166/9, 19-IV-1995.

14 *Ibidem*. Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social, puntos 4-6,

15 *Ibidem*. punto 7

16 Informe de la Cuarta Conferencia sobre la Mujer, A/CONF.177/20, 17-X-1995. Declaración de Beijing Anexo I y Plataforma de Acción de Beijing Anexo II

17 Programa de Acción de Beijing, *Op.cit.* punto 14.

18 De la Declaración de Beijing, puntos: 16, 19, 26, 34, 36; Plataforma de Acción de Beijing, puntos: 1-5, 29 y 56.

Traemos aquí las Conferencias referentes a los Asentamientos Humanos<sup>19</sup> - las Cumbres sobre la Alimentación<sup>20</sup> de Estambul, y Roma donde se reconoció que la Justicia, la paz, la lucha contra la pobreza exigen un entorno político, social y económico pacífico, estable y propicio, de la democracia, de la promoción y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo que requiere la participación plena y equitativa de todos sus agentes.

Igualmente, dando nuevos y mayores perfiles de contenido al derecho al desarrollo, el programa Hábitat, combina el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente (desarrollo de solidaridad), con el pleno respeto de todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales.<sup>21</sup>

Con el comienzo del siglo XXI, en el año 2000 se celebró en Nueva York, con la asistencia de 188 Estados la Cumbre del Milenio<sup>22</sup>, que preocupada por los retos a los que ha de enfrentarse la humanidad, hizo referencia a problemáticas directamente implicadas en el derecho al desarrollo de los pueblos como la pobreza, los conflictos armados, el crecimiento sostenido y sostenible, la cooperación y solidaridad internacional, la deuda externa y el acceso a los mercados; todos ellos temas que a lo largo de la evolución del derecho al desarrollo hicieron de la Cumbre del Milenio el más importante referente de este derecho.

Durante el 2001, se celebraron cuatro Conferencias que aportan al derecho al desarrollo, entre otras asuntos, la educación como herramienta necesaria para la concreción y fortalecimiento de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, para la formación de ciudadanos responsables, y de los consecuentes beneficios para el proceso del desarrollo<sup>23</sup>; la necesidad de la paz, la estabilidad y la seguridad; el reconocimiento de los efectos negativos de la intolerancia sobre el derecho al desarrollo<sup>24</sup> y la confirmación de la

19 Informe de la Conferencia de las NU sobre los Asentamiento Humanos (Hábitat II), A/CONF.165/14, 7-VIII-1996. La Conferencia sobre los Asentamientos Humanos asume como temas centrales: la vivienda adecuada para todos y el desarrollo de asentamientos humanos sostenibles, y afirma su pretensión de lograr de manera equitativa la paz, la justicia y la democracia, sobre la base del desarrollo económico-social y la protección del medio ambiente, que son componentes interdependientes y complementarios del desarrollo sostenible

20 Cumbre Mundial sobre la Alimentación, WFS 96/INF/3 Rev.1, Roma, 1996, Declaración de Roma, párrafos 10-13.

21 *Ibidem*. Declaración de Estambul, punto 3.

22 AG, *Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas*, resolución 54/254, 23-III-2000

23 Conferencia Internacional Consultiva sobre la Educación Escolar en Relación con la Libertad de Religión y de Convicciones, la Tolerancia y la No Discriminación, Madrid, 23-25 de noviembre, Documento final, párrafos K, M y W.1

24 Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Sudáfrica, 31 de agosto-7 de septiembre de 2001, A/CONF.189/PC.2/5, 17-IV-2001 Y A/CONF.189/PC.2/4, 14-III-2001



decisión de los Estados miembros de la NU de erradicar la pobreza, de integrar a los PMA en la economía mundial y de resistir su marginación<sup>25</sup>.

En la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo del 2002 se señaló que la aplicación de políticas económicas racionales, la existencia de instituciones democráticas sólidas que respondan a las necesidades de la población y la mejora de las infraestructuras, constituyen la base de un crecimiento económico sostenido, de la eliminación de la pobreza y de la creación de puestos de trabajo; afirma también que la libertad, la paz y la seguridad, la estabilidad interna, el respeto de los Derechos Humanos, incluido el derecho al desarrollo, y el Estado de Derecho, la igualdad entre los géneros, las políticas con orientación de mercado y el compromiso de crear sociedades justas y democráticas son condiciones esenciales que se refuerzan mutuamente.<sup>26</sup>

Observamos pues como se interrelacionan realidades que afectan a la humanidad entera, configurándose el derecho al desarrollo como un derecho de cuarta generación, complejo y con doble naturaleza como se explicará por una parte con categoría propia de los Derechos Humanos y además con expresión configuradora de la categoría superior de los Derechos Humanos, representando en términos de la extinta Comisión un “vector de los Derechos Humanos” ya que configura la dimensión conceptual de los mismos como se explicará más adelante. En este sentido se contextualiza el diálogo de los Derechos Humanos que se localiza en el Derecho Internacional y sus instituciones.

El poder de los Derechos Humanos se concreta en el ámbito internacional, donde adquiere importancia el enfoque desde los Derechos Humanos en la concreción del derecho al desarrollo a través de su asistencia. En la asistencia al desarrollo y las políticas vinculadas al mismo, configuradas sobre el marco internacional de los Derechos Humanos, adquieren fortaleza el desarrollo y el derecho al desarrollo, de tal forma que los acuerdos, pactos, declaraciones y tratados adquieren coherencia. A través de la asistencia al desarrollo podemos decir con el Consejo de Derechos Humanos de Australia, que la eficacia y eficiencia del derecho al desarrollo “se vincula a principios, significados y prácticas más allá de prioridades, intereses o valores particulares, se renueva el énfasis y significado de los objetivos genuinamente humanitarios de la asistencia para el desarrollo”<sup>27</sup>.

25 Informe de la Tercera Conferencia de las NU para los Países Menos Adelantados, A/CONF.191/12, 2-VII-2001; Programa de Acción en favor de los Países Menos Adelantados para el Decenio 2001-2010, A/CONF.191/11, 8-VI-2001

26 AG, *Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo*, A/AC.257/L.13, 30-I-2002. La Conferencia trabaja sobre las cuestiones de movilización de recursos financieros nacionales e internacionales para el desarrollo, el comercio internacional, cooperación financiera y técnica internacional, deuda externa, sistemas financieros, monetarios y comerciales internacionales. Punto 11

27 El Consejo se creó en 1978 dirigido por James DUNN, y publicó *El Camino Derecho al Desarrollo: Un enfoque desde los Derechos Humanos en la Asistencia para el Desarrollo*, obra de obligada consulta para y en las reflexiones que aquí se expresan.

Como hemos señalado anteriormente, la concreción del derecho al desarrollo viene expresada en el *artículo 1 de Declaración sobre el derecho al desarrollo* adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986 que reza:

“El derecho al desarrollo es un Derecho Humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él. Y continúa en su apartado segundo El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de Derechos Humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales”.

La importante lista de tratados de Derechos Humanos firmados por la comunidad internacional, así como la aceptación de sus principios y normas orientadoras ponen de manifiesto el interés que mueve a los operadores internacionales, representantes de Estados e instituciones a llevar a la práctica lo enunciado de forma expresa en la Declaración de Viena. Donde se reafirmó la Declaración Internacional de Derechos y otros principales instrumentos de Derechos Humanos, avalándose inequívocamente la universalidad e indivisibilidad de todos ellos.

En el ámbito concreto del derecho al desarrollo, se cumple el interés internacional que tiene como Derecho Humano, representando además una prioridad explícita en la cooperación internacional.

Actualmente, el marco internacional de Derechos Humanos impone obligaciones discernibles y aplicables sobre los gobiernos en este sentido a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Pacto vincula en concreto a cumplir con las obligaciones de derechos incluidos en él, que por cierto derivan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que tiene en el desarrollo u en el derecho al desarrollo fundamentos existenciales.

Es pues bajo el plexo de los convenios y consensos internacionales que regulan el derecho al desarrollo en cualquiera de sus formas, bajo el que los Estados Partes quedan obligados, no siéndoles posible invocar su legislación interna para justificar incumplimientos en lo que se refiere a la exigible colaboración en la garantía y cumplimiento de las exigencias que hacen posible el derecho al desarrollo<sup>28</sup>.

28 Artículo 27 de la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados (Viena, 1969).

El carácter dinámico, mencionado anteriormente del derecho al desarrollo se manifiesta aquí a través de la “realización progresiva” del derecho al desarrollo que ha de inspirar a la comunidad internacional y a los Estados en particular. En este sentido, vemos que el tratamiento jurídico parece que no es suficiente. El Derecho debe hacerse efectivo lo que exige o requiere una gama de iniciativas, recursos, adaptaciones institucionales, políticas sociales, posibles garantías regulatorias y procedimientos de cumplimiento que hagan realidad el derecho al desarrollo que como derecho humano, de hecho, debe ser realizado en la vida cotidiana de las personas y en el devenir de los pueblos. Este papel lo están promoviendo muy notablemente el cuarto poder y las Organizaciones Internacionales (reconocidas como un sujeto de derecho internacional público). Ambas están poniendo de manifiesto a través de la difusión en los medios masivos de comunicación las exigencias humanas, jurídicas y éticas a las que estamos obligados por los lazos de solidaridad, igualdad y fraternidad con los presentes y futuros representantes de la humanidad.

### **3. Poder y Desarrollo en la Dialéctica Internacional de los Derechos Humanos: El Poder del Derecho Humano al Desarrollo**

#### *3.1. El Poder, los Poderes y el Poder del Derecho Humano al Desarrollo*

Los Derechos Humanos o su versión constitucionalizada, los derechos fundamentales, se configuran como poderes en tanto que son capaces de limitar las actuaciones, manifestaciones y el ejercicio del Poder. El derecho al desarrollo como expresión particular de los Derechos Humanos, hace que lo entendamos como la expresión de una potencia definida por la poderosidad de su esencia, en versión individual la dignidad de la persona y en colectiva la garantía del desarrollo de los pueblos. Resulta interesante detenerse en cómo se han resuelto los conflictos con otros poderes que pretenden imponerse desde la esfera política económica y cultural y cuáles son los retos que en el actual campo de batalla se plantean, para conseguir una victoria que se habrá conquistado cuando las estructuras de poder se rindan al tratamiento de todos y cada uno de los seres humanos como libres, iguales y dignos.

Abriéndose, en términos de igualdad, un diálogo entre la categoría poder y la propia de los derechos humanos, fundamento del método dialéctico, observamos una relación tensa, donde el derecho al desarrollo está definido por el progreso y la realidad de la dignidad humana, en conjunción con el poder económico y sus múltiples significaciones. De entre las diferentes interpretaciones y representaciones de la palabra *poder* nos ceñimos a la acepción que pone de manifiesto su poderosidad como presupuesto que por una parte limita y por otra legitima la teoría del poder como presupuesto necesario en la teoría de los Derechos Humanos. *Aporía* propia del método dialéctico que intentaremos desentrañar a continuación.

Nos acercamos al significado de BERTRAND DE JOUVENEL o de BIDART CAMPOS que aportan la nota activa a *potere*, contracción de *posse*, del latín arcaico *potis esse*, o capacidad de hacer algo. Con interpretación política BURDEAU entiende que es una fuerza al servicio de una idea destinada a dirigir a una comunidad. Incorpora una visión positiva al entenderlo como una expresión del orden social que impone un comportamiento determinado a la comunidad. El elemento de la fuerza se manifiesta como inherente al poder, cuando se aplica la coerción (*vis materialis*) y como su expectativa cuando se utilice la coacción (*vis compulsiva*). Recordemos aquí que ambas coercibilidad y coacción también son elementos básicos para el Derecho que se manifiesta doblemente como instrumento y poder en sí mismo, en tanto que constriñe a la acción de respeto de los Derechos Humanos a través de su regulación.

La fuerza al servicio de una idea de BURDEAU se convierte en la dialéctica de los Derechos Humanos en la fuerza de la humanidad al servicio del respeto por la esencia del hombre, de los hombres y de los pueblos, de la humanidad toda en el caso del derecho al desarrollo. En este aspecto y de modo concreto, el poder comprende la habilidad de dirigir o transformar las relaciones sociales, reduciendo o anulando resistencias contrarias, lo que le identifica con expresiones como autoridad, dominio e influencia<sup>29</sup>.

El poder político supone pues la configuración de una planificación social que tiene como objeto lo que se opone a la *oligarquía*, según Aristóteles la *eutaxia*, es decir el buen orden, donde surge la tradicional diferencia entre *auctoritas* y *potestas*.

El poder en la visión humanista de FOULCAULT, se manifiesta sutil pero peligrosamente sobre el cotidiano, considera que es un esfuerzo por perfilar sus mecanismos, que enmarcan la existencia de los individuos, una adaptación y un ajuste de los engranajes que se ocupan de la vida diaria, de la identidad, de la actividad, de los gestos aparentemente sin importancia<sup>30</sup>, donde si no se está alerta el poder se impone de forma ladina sin que se manifieste un enfrentamiento directo con los Derechos Humanos. De ahí el aviso del pensador que aquí rescatamos,

“no debemos plegarnos ante ningún poder pues ningún poder es legítimo ya que para encontrar su legitimidad está utilizando filtros discursivos que son estrategia del mismo poder que a su juicio no es una institución

29 En esta la misma línea, rompiendo con el racionalismo iluminista FOULCAULT considera al poder, presente en el comportamiento cotidiano del individuo situando en la cultura el referente del buen gobierno. Tradicionalmente se ha entendido el poder como aquél que se ejerce directamente sobre los cuerpos, normalmente el clásico es un poder armado, que entiende el no cumplimiento de las obligaciones como una ofensa, de tal forma que el acto de desobediencia es hostil. Este poder no da explicaciones y busca la renovación de sus efectos que se manifiestan claramente en el poder supremo del soberano FOULCAULT *Vigilar y Castigar*.ed SXXI Madrid, 2000, pp. 38-74.

30 Ib p. 83.

, y no es una estructura, no es cierta potencia de la que algunos estarían dotados: es un nombre que se presta a una situación estratégica compleja en una sociedad dada”.<sup>31</sup>

En el desarrollo de nuestra dialéctica coincidimos con HABERMAS para quien el discurso no es un campo de batalla donde los poderes disputan. Con él entendemos que es posible la discusión si existe el consenso sobre las reglas básicas de un discurso y un diálogo democrático. Así pues, superadas las consideraciones de HOBBS en la versión clásica del poder, rescatamos aquí el magnífico debate sobre el Poder social que tantas frutos categóricos y conceptuales ha dado desde el siglo XXI. Interesa en estas líneas, en relación con el desarrollo, una referencia a los efectos, naturaleza, estructura y funciones en el ámbito sobre el cual el poder dominante se ejerce, teniendo en cuenta la forma de relación del poder dominante y dominado, que en el desarrollo se refiere al poder económico y al referido poder de los Derechos Humanos.

En cuanto al poder económico, es un claro ejemplo de cómo superadas las formas de poder que se manifiestan a través de la fuerza, surgen modalidades más delicadas que ejercen un poder de dominación más sutil sobre la estructura social. En relación con el desarrollo el poder económico se manifiesta como la capacidad de imponer una conducta, sometiendo a un modelo de apropiación los resultados de la producción, distribución y del consumo en la sociedad con el fin último del lucro y de la riqueza, del crecimiento económico en definitiva. Fundamentado en ideologías diferentes, el poder económico ha tomado distintos posicionamientos que básicamente son los del capitalismo, el comunismo y socialismo. En la actualidad opera en la esfera económica de casi todos los países un sistema ecléctico de economía social de mercado donde sin desconocer las necesidades sociales, corrigiendo las diferencias económicas y protegiendo en lo básico a los desfavorecidos se deja a la actividad económica actuar con las reglas del mercado<sup>32</sup>.

El poder económico como cualquier otro poder no puede adjetivarse como bueno o malo, son sus efectos y sus manifestaciones las que pueden someterse a juicio. Y son los Derechos Humanos el criterio que define ese juicio de valor. Con este criterio WEBER y MARX definieron el modelo comunista en la antigua URSS, superado en la actualidad por la total ineficacia del mismo. Hoy en día, el ejemplo de la República cubana, donde bajo el régimen castrista se violan descaradamente los derechos humanos pone de manifiesto que el cambio de la titularidad del poder que paso de las manos de unos pocos

31 FOULCAULT *Historia de la sexualidad, vol I* ed SXXI Madrid 1998 p. 113.

32 Véanse las disposiciones constitucionales que hacen referencia al orden económico en las Cartas magnas de los países del entorno euroatlántico al que pertenecemos, en todas ellas es común la corrección de los posibles abusos que genera el poder económico expresados en los derechos prestacionales a la vez que se reconocen y garantizan derechos fundamentales vinculados al modelo liberal como la libertad de empresa.

al proletariado, en la experiencia comunista, no es una solución. En el sentido opuesto, el capitalismo radical reflejado en el pensamiento liberal de la escuela de Chicago con KEYNES<sup>33</sup> o MISSES como referentes, igualmente no supera la prueba de los Derechos humanos, pues genera injusticias sociales y desprotege a una gran masa de población que teóricamente podría justificar la ruptura del “contrato social”, por incumplimiento de sus cláusulas básicas<sup>34</sup>.

La economía social de mercado<sup>35</sup>, diferente del socialismo, se viene mostrando como la más aceptable forma de manifestación del poder económico. Deja a la iniciativa del capital un espacio que genera crecimiento económico y desarrollo, limitando su poder de dominación a través de un sistema tributario que garantiza tanto un mínimo existencial digno como los llamados derechos sociales de los ciudadanos. El orden económico se encuentra limitado al cumplimiento de los mandatos constitucionales que expresan bajo la forma de derechos fundamentales, así los derechos económicos, sociales y culturales, es decir los derechos de la persona a una vida digna con satisfacción de sus necesidades básicas, el derecho al trabajo, a la seguridad social, los derechos de protección de la familia, el derecho a la salud, a la educación, a la participación en la vida cultural y la igualdad de oportunidades para ejercerlos. Todo ello sin embargo parece que no afecta al poder de la economía, que ante la falta de control eficaz, permite que se resbale el cumplimiento de lo anterior por falta de fondos que se localizan en los oscuros rincones de la corrupción. Al poder económico le interesa la subsistencia de la mano de obra barata, la ignorancia de la población de la periferia y los inmigrantes, las alianzas con el poder político para no poseer límites en sus actuaciones.

La categoría social de los Derechos Humanos que significan obligaciones de hacer para los Estados, es decir de cumplir con políticas que aseguren el disfrute y ejercicio de

33 Tanto las teorías de KEYNES como la crisis de 1929-30 impulsaron el desarrollo industrial y supusieron un cambio de mirada hacia las posibilidades de crecimiento.

34 Aquí cobra protagonismo el derecho económico que establece una vinculación entre el derecho y la economía, fundamentalmente, a través de tres instituciones principales: la sociedad, el contrato y la propiedad. Siguiendo a DÍAZ MÜLLER el derecho económico surge como producto del subdesarrollo, del proceso de industrialización y de la intervención económica del Estado, en sus grandes líneas. LUIS DÍAZ MÜLLER, El derecho al desarrollo y el nuevo orden mundial, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. No debemos olvidar que tras la segunda guerra mundial, el derecho económico adquiere perfiles propios, destacándose su autonomía y características, especialmente, el papel que va a ocupar con la creación del sistema de las Naciones Unidas, la preocupación por el desarrollo, y la creación del GATT y el Fondo Monetario Internacional.

35 Importante manifestación de aceptación de la economía social de mercado es el Tratado de Lisboa, año 2010, cuyo artículo 2º (3) establece: “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.”

los derechos sociales, no se cumple si no se tiene controlado al poder económico que por naturaleza es ilimitado y no acepta obligaciones de abstención, y raramente de no interferencia en las estructuras sociales de las cuales se abastece. En contra de ello el ordenamiento jurídico incorpora vías de control del poder económico y del poder político, para poder hablar del derecho al desarrollo simplemente debemos activarlas de forma eficaz en una constante lucha por preeminencia de los Derechos Humanos.

El poder de los derechos humanos al desarrollo se manifiesta en la arena internacional donde se ha regulado su expresión bajo el plexo de los Derechos, así el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1945, pone el acento en la cooperación para el Desarrollo; el 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), se refiere a vida digna, necesidades básicas, salud, vivienda, educación, seguridad social haciendo referencia explícita al mismo; También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, lo incluye y en el mismo sentido las normas de la Organización Internacional del Trabajo, siendo que es la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) la que lo consagra expresamente.

En definitiva, el poder del derecho al desarrollo se expresa a través del derecho en virtud del cual las personas y los pueblos colaboran y promueven en sus procesos de progreso y desarrollo participando equitativamente en las mejoras y beneficios que aquel procura. Se habla de su dimensión de derecho de tercera generación al concretarse en él los valores de solidaridad o fraternidad, justicia e igualdad. Esta concepción supone entender el orden jurídico desde la moral y la ética donde los valores imponen la protección de la dignidad humana como finalidad última del Derecho. Desde este posicionamiento se impone la denuncia de las injusticias y las desigualdades entre los hombres a través de los conceptos de la dialéctica de los Derechos Humanos, que avanza incorporando a la humanidad toda presente y futura, como sujeto de éste derecho. Este planteamiento le acerca a la cuarta generación de los Derechos Humanos como veremos más adelante.

Cómo ha señalado SILVEIRA anteriormente<sup>36</sup>, el desarrollo está configurado por las dimensiones política, cultural, económica, y ecológica<sup>37</sup> a lo que hay que aumentar una dimensión que expresando todas las anteriores es integradora. Esta incluye los perfiles

36 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. O direito ao desenvolvimento na doutrina humanista de Direito econômico. 369 f. Tese (Doutorado em Direito – Direito Público). Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

37 De forma concreta la dimensión cultural hace referencia al desarrollo y acceso a la cultura y la educación, la económica pone de manifiesto un sistema económico donde se posibilite el crecimiento desde el respeto a los valores y donde coexista junto al lucro y al beneficio una participación equitativa de los recursos entre otros factores como el aumento del bienestar, mejoras de la salud y nutrición, etc. Por su parte la referencia a la dimensión ecológica del desarrollo configura el concepto de desarrollo sostenible que establece un uso coherente y racional de los recursos naturales según enunció BRUTLAND.

políticos del desarrollo y un sistema democrático donde la libertad y la igualdad son parámetros básicos de la organización social como fundamento y garantía del progreso y de los Derechos Humanos.

La dimensión integradora del desarrollo expresa un vínculo de interdependencia categórico y conceptual de las otras dimensiones, lo que hace del desarrollo un derecho poliédrico en significaciones y expresiones. De forma tal que no puede darse un real derecho al desarrollo sin un sistema democrático que respete los Derechos Humanos, y facilite el acceso al conocimiento y a la cultura de los ciudadanos en un marco económico que asegure unos mínimos existenciales y a la posibilidad de un crecimiento en términos de igualdad y libertad. Con esta naturaleza integradora se entiende el derecho al desarrollo como derecho de cuarta generación. Si admitimos que los valores son el fundamento y motor de una sociedad y una cultura, la dignidad vital de las personas y de las naciones que representan, es decir el núcleo existencial del derecho al desarrollo, el fin que se pretende alcanzar en un sistema sociocultural democrático que entiende el Derecho como expresión cultural, es el medio a través del cual se realiza la labor fundamentadora e inspiradora de derechos y obligaciones a las cuales los Estados y los individuos que son agentes de poder están sujetos. Esta es la potencia que expresa el poder del derecho al desarrollo, la coacción y coerción que el orden jurídico ha de expresar a través de las expresiones de Derechos Humanos que exigen un derecho al desarrollo de las personas y los pueblos.

### 3.2. *El Derecho al Desarrollo como Derecho de la Humanidad*

Admitido el contenido ético del Derecho, suponemos que las normas expresan valores. Para saber qué efectos se pretenden, cuál es el objeto y la finalidad que tiene una norma que expresa valores debemos estudiar su causa. En nuestro caso, el valor que expresa el desarrollo es la fraternidad, la justicia social, el valor de ética, en definitiva el respeto a la dignidad de las personas y los pueblos de tal forma que el contenido de derecho al desarrollo debe ser su expresión y concreción en su dimensión económica y social.

Las normas en las que se ha ido plasmando el derecho al desarrollo han puesto de manifiesto concreciones desiguales debido a múltiples factores. Inicialmente, fue considerado como un derecho económico de los Estados poco industrializados a obtener un tratamiento diferenciado de la comunidad internacional, en particular de los países industrializados, a fin de poder emprender la vía del desarrollo. De tal manera que la situación de desventaja de los países menos desarrollados supuso el reconocimiento del derecho de compensar el despojo de sus riquezas<sup>38</sup>.

38 Capítulo 11, Principio i, de la Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.



Tradicionalmente se han utilizado términos poco afortunados donde las expresiones países desarrollados y países en vías de desarrollo, no son neutrales si no que poseen un contenido ideológico que manifiesta que los pobres deben seguir el modelo de los países ricos para lograr ponerse a su altura. Aquí, nos movemos en el terreno poco firme que supone aceptar un solo modelo como el válido de desarrollo, olvidando que existen diferentes culturas, historias y tradiciones que conforman la identidad de cada pueblo, su idiosincrasia, su patrimonio y su legado.

Reconociendo esa riqueza cultural los últimos planteamientos a nivel teórico e internacional<sup>39</sup>, indican un recorrido en el que la noción de derecho al desarrollo no se refiere únicamente al parámetro o dimensión económica, sino que se incluyen elementos relativos al patrimonio cultural, a criterios de consumo y utilización de recursos diferentes a los eurocentricos y al progreso con categorías de creatividad e innovación que dan nuevos perfiles y representan nuevas formas de entender los Derechos Humanos. Se plantean cambios en los titulares de los derechos y obligaciones que las relaciones jurídicas comportan, los sujetos activos y pasivos no son sólo los Estados sino las personas y las colectividades, de modo que se podría afirmar que la noción de derecho al desarrollo comprende actualmente una serie de derechos con una finalidad común y antigua: la plena realización de la persona humana, tanto individual como colectivamente.

En lo colectivo conecta con los derechos denominados de la cuarta generación que se refieren a aquellos procesos e institutos jurídicos enfocados a proteger la dignidad de la humanidad atemporalmente. Como extensión de la dignidad de la persona individualmente considerada, la dignidad de la humanidad tiene como núcleo esencial la promoción, protección y garantía de la especie humana, lo que en el derecho al desarrollo significa entender la interrelación de los derechos. Ello comporta que la violación de uno solo de los que integran la primera dimensión (individual), la segunda (social) y tercera (global) afecta a la violación de todos los demás. La cuarta dimensión o generación desde el punto de vista histórico de derechos humanos entiende bajo el paradigma de la ética que el desconocimiento, abuso o violación de los derechos humanos de un ser humano afecta a toda la humanidad presente y también futura. Se produce una virtualidad<sup>40</sup> por universalidad y atemporalidad que conecta todos los derechos en el objetivo de establecer una justicia real y efectiva entre los seres humanos, la protección del entorno vital del hombre y la paz en el mundo.

39 Quince Observaciones generales hasta el año 2002, acerca de distintos derechos que figuran en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de su aplicación.

40 En este sentido recogemos las consideraciones de Pierre LÉVY cuando indica que la virtualización es uno de los principales vectores de creación de la realidad, movimiento inverso a la actualización que encuentra su centro de gravedad en el campo problemático. (Pierre LÉVY; *¿Qué es lo virtual?* Ed. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 10 y ss.)

De forma extensiva el derecho al desarrollo recoge lo anterior y en su contenido se ponen de manifiesto como derecho de la cuarta generación, nuevas soluciones a necesidades humanas, que deben garantizar según BUSTAMANTE el acceso universal a formas más avanzadas de ciudadanía y civilidad, de libertad y de calidad de vida. Así la globalización económica, debe dar paso a la sociedad del conocimiento. Con ocasión de los derechos vinculados a las nuevas tecnologías comenta

“Comienzan a reivindicarse con fuerza los derechos a la paz y a una justicia internacional, a poder intervenir desde instituciones de carácter supranacional en los conflictos armados locales, imponiendo a la paz desde una fuerza legítima. La persecución sin fronteras de los dictadores, la limitación del derecho a la inmunidad diplomática para determinados delitos, y el derecho a crear un tribunal internacional que actúe de oficio en los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad. El derecho a escoger modelos de desarrollo sostenible que garanticen la vía diversidad y que permitan preservar el medio ambiente natural, así como el patrimonio cultural de la humanidad. El derecho a un entorno multicultural que supere el concepto de tolerancia, haciendo de la diferencia una ventaja y no un inconveniente”<sup>41</sup>.

Se plantean nuevas condiciones y categorías que marcan los perfiles de nuevos derechos que igual que los de las generaciones o en términos de Willis GUERRA<sup>42</sup>, primera, segunda y tercera dimensiones, aspiran a concretarse en normas e instituciones como parte del progreso de la ciencia jurídica que intenta ordenar la conducta humana y en el caso del derecho al desarrollo, poner límites al poder para abrir esferas donde la dignidad de los hombres se imponga poderosamente. Decía a tenor de la dignidad hace poco que se ha de *re-humanizar* nuestra realidad, *re-humanizar el mundo*. Ello supone un doble movimiento de reducción y aumento. Han de reducirse las actuaciones, actividades y expresiones que directamente transgreden la libertad, igualdad y dignidad de las personas y amentar los esfuerzos que tanto la jurisdicción internacional de los Derechos Humanos como las instituciones públicas y privadas en gran manera realizan vigilando, denunciando y divulgando para la vergüenza de todos, las violaciones de los Derechos Humanos de los hombres, mujeres y niños de este planeta.

Estas manifestaciones de reconocimiento, promoción y protección de la dignidad son noble expresión de la fuerza renovada y actual de aquella noble armada a la que pertenecieron los que inaccesibles al desaliento lucharon a favor de la libertad y de la igualdad

41 BUSTAMANTE DONAS, Javier. “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”. *Revista iberoamericana de ciencia, tecnología e innovación*. Número 1, Septiembre–Diciembre, 2001.

42 Se recomienda la lectura de GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

en las revoluciones del siglo XVIII donde la dignidad humana era un imperativo, ahora debe serlo igual y el derecho al desarrollo como derecho integrador acoge en su naturaleza esta posibilidad que no debemos dejar pasar.

La dignidad humana hade reconocerse como *imperativo categórico*, como logro histórico, transcultural y pese a todo irreversible para todos los miembros del linaje humano. La naturaleza inviolable y connatural de la dignidad humana pone de manifiesto que es previa al concepto del ser y deber ser (*Sein und Sollen*) y que no puede estar subdesarrollada.<sup>43</sup>

La dignidad únicamente tiene sentido en un mundo menos cruel, más humanizado en el que se concrete plena y conscientemente el respeto incondicionado y absoluto por la persona que ha de elevarse por encima de su individualidad con el resto de los presentes congéneres, incluso con las generaciones futuras como referentes. En este espacio es donde se propone el derecho al desarrollo como el propio de un ser triádico un *ser-relación-participación-vinculación con el mundo donde* las relaciones entre los extremos, el individuo, el género humano (la humanidad) y la dignidad se triangula, recíproca y reflexivamente, opera como un circuito cerrado donde la pérdida de *entropía* se resuelve incorporando la energía de la ilusión. Esta función se eleva a través de la interconexión de sus vértices a través de un movimiento de hélice, de mejora continua dirían los expertos en calidad para lograr la excelencia .

Recordando la metafísica de las costumbres<sup>44</sup> reivindicamos el orden axiológico, los valores para el entorno social. Aquí cobra sentido la teoría de la *dinamogénesis de los valores*<sup>45</sup> que ya fue utilizada por SILVEIRA para apoyar la fundamentación del derecho al desarrollo ampliando de nuevos y actuales significados a los Derechos Humanos con valores y principios que impregnan las reglas jurídicas tanto a nivel estructural como funcional<sup>46</sup>.

El derecho al desarrollo se sitúa en el epicentro del debate de los grandes problemas éticos y políticos de la actualidad entre los que encontramos el reto de revalorizar la

43 KANT lo plantea magistralmente en el tercer imperativo categórico por el que establece que se ha de obra de tal forma que uno se relacione con la humanidad, tanto con uno mismo como con los demás, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio. Llevado al desarrollo, este ha de ser siempre finalista. KANT, Immanuel: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa Calpe, Madrid, 1994, p. 103.

44 *Ibidem*, p. 104

45 Para una explicación de la teoría de la dinamogénesis de los valores véase María MENDEZ ROCASOLANO *El medio ambiente como derecho de la persona*, Rodela, Madrid, 2000, donde se expone el significado y alcance de dicha teoría respecto al medio ambiente. En referencia a los Derechos humanos está también explicada en SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, y SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O direito ao desenvolvimento na doutrina humanista de Direito econômico*. 369 f. Tese (Doutorado em Direito – Direito Público). Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

46 Cfr. BOBBIO, Norberto, *Dalla struttura alla funzione*, Ed. di Comunità, Milan, 1977.

dignidad de forma integradora y universal. Cobra sentido en tanto que el desarrollo y el progreso promueve y acerca al hombre a la felicidad. Felicidad de todos pues el ser humano tiene una bidimensionalidad coexistencial que le hace vivir en un mundo social.<sup>47</sup>

Esta nueva conciencia de la dignidad de la humanidad que representa una dimensión relacional, atemporal y coexistencial del ser humano en el derecho al desarrollo, reduce el carácter absoluto de los derechos subjetivos que pasan a contemplarse como también el deber de no injerir en el ejercicio del legítimo derecho subjetivo del otro. Se forma así una cadena de relaciones *derecho-deber-derecho* que se apoyan en la *relación-vínculo-uniión* de todos las individualidades poniéndose de nuevo de manifiesto el carácter dinámico, la nota vinculada al proceso y la integración que el derecho al desarrollo representa .

La dimensión de la dignidad vinculada al derecho al desarrollo habla pues de la humanidad como nuevo paradigma para la fundamentación de los Derechos Humanos, al recoger como indicábamos líneas arriba la atemporalidad y la historicidad. Estas notas definen su naturaleza ontológica y establecen la lógica de la dignidad, que es además la del sujeto individualmente considerado, la del género humanidad en el tiempo y en el mundo.

La humanidad es el titular del derecho al desarrollo, que abre al Derecho el reto de renovar y redescubrir su naturaleza ontológica. La dignidad de la humanidad , expresada en el contenido esencial del derecho al desarrollo pone de manifiesto el papel del Derecho como exigencia existencial y el poder fundado en los Derechos humanos que recupera que el Derecho responde a una necesidad del hombre y es inseparable de la vida humana *Ubi homo ubi jus*.<sup>48</sup>

#### 4. Conclusión

Ese artículo tuvo la propuesta de analizar el derecho al desarrollo segundo una perspectiva histórica, de modo a establecer su centralidad y carácter integrador de los derechos humanos.

En su primera parte, se ha expuesto que el Derecho al Desarrollo tuvo en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena, año 1993, un papel protagonista,

47 Se ha de apoyar en la sociología y en la filosofía no para confundir su validez con su eficacia o legitimidad. Elías Díaz piensa que la norma sólo se entiende plenamente cuando se investiga y analiza como totalización, en su transfondo real sociológico de valores e intereses. Considera que el jurista debe tomar en cuenta estos tres planos tanto para participar en el proceso de desarrollo de creación normativo como en el plano práctico en la aplicación y realización del derecho positivo. DIAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1982, p. 125.

48 VECCHIO, Giorgio del, *Los principios generales del Derecho*. Trad F. Clemente de Diego, Bosch, Barcelona, 1979, p. 76.

donde se confirmó su carácter universal e inalienable, así como su integración con el resto de los Derechos Humanos. Desde entonces se plantearon las problemáticas subyacentes al desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente. Se han alcanzado convenios e consensos internacionales que regulan el derecho al desarrollo e obligan los Estados, los cuales no pueden traer la legislación interna como razón para justificar incumplimientos.

No obstante, vimos que el tratamiento jurídico parece no ser suficiente, pues el Derecho se ha hecho efectivo junto a una gama de iniciativas, recursos, políticas sociales, funciones que han sido desarrolladas por las Organizaciones Internacionales y el Cuarto Poder.

En su segunda parte, buscamos presentar la relación entre poder, los poderes, y el poder del derecho humano al desarrollo si presenta. La relación es tal que no puede darse un real derecho al desarrollo sin un sistema democrático que haga posible el acceso al conocimiento y a la cultura de los ciudadanos, en un contexto económico garantizador de un mínimo existencial e crecimiento en términos de igualdad, solidaridad y libertad.

La perspectiva de igualdad, libertad y solidaridad, así como la comprensión de la naturaleza integradora del derecho al desarrollo nos ha permitido señalar que la humanidad es el nuevo paradigma para la fundamentación de los derechos humanos.

Ese trabajo ha buscado enfocar la producción teórica acerca de su objeto para ofrecer bases a futuras inversiones más específicas sobre la relación entre derechos humanos, desarrollo y poder, pues la batalla contra el Poder continua y debe mantenerse la barrera que desde las primeras declaraciones de derechos han posibilitado salvaguardar el vivir y el devenir de los hombres con dignidad.

## 5. Referencias

- BOBBIO, Norberto, *Dalla struttura alla funzione*. Milan: Ed. di Comunità, 1977.
- DIAZ, Elias. *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1982.
- DONAS, Javier Bustamante. Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica. *CTS+ I: Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, n. 1, p. 3, Septiembre–Diciembre, 2001.
- DUNN, James (coord.). *El Camino Derecho al Desarrollo: Un enfoque desde los Derechos Humanos en la Asistencia para el Desarrollo*, 1978.
- FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad. vol I*. Siglo XXI, Madrid, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Vigilar y Castigar*. Siglo XXI Madrid, 2000.

- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.
- KANT, Imanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa Calpe, 1994.
- MÜLLER, Luis Díaz. *El derecho al desarrollo y el nuevo orden mundial*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2004..
- LÉVY, Pierre. *¿Qué es lo virtual?* Barcelona: Paídos, 1999.
- ROCASOLANO, María Mendez. *El medio ambiente como derecho de la persona*. Madrid: Rodela, 2000.
- \_\_\_\_\_. “Movimientos migratorios y derechos humanos de los extranjeros: entre el impulso de la supervivencia y la dignidad de la persona”. *Revista de Direito Brasileira*, v. 1, n. 1, p. 469-485, 2013.
- ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SEN, Amartya. *Libertad y desarrollo*. Bogotá: Editorial Planeta, 2000.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *O direito ao desenvolvimento na doutrina humanista de Direito econômico*. 369 f. Tese (Doutorado em Direito – Direito Público). Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.
- VECCHIO, Giorgio del. *Los principios generales del Derecho*. Trad F. Clemente de Diego. Barcelona: Bosch, 1979.

## Documentos de las NN.UU.

Número del documento	Título	Website	Fecha de publicación
A/CONF.39/27	Convención de Viena sobre la Ley de Tratados (Viena, 1969)	<a href="http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G70/232/06/PDF/G7023206.pdf?OpenElement">http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G70/232/06/PDF/G7023206.pdf?OpenElement</a>	01/02/1971
A/RES/3281(XXXIX)	Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados	<a href="http://www.un.org/cn/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281(XXXIX)&amp;Lang=E&amp;Area=RESOLUTION">http://www.un.org/cn/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281(XXXIX)&amp;Lang=E&amp;Area=RESOLUTION</a>	04/12/1974
A/CONF.151/26	Conferencia de las NU sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Declaración de Río)	<a href="http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm">http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm</a>	12/08/1992
A/CONF.157/23	Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Declaración de Viena)	<a href="http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf">http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf</a>	12/07/1993
A/CONF.167/4	Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo	<a href="http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/170/45/IMG/N9417045.pdf?OpenElement">http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/170/45/IMG/N9417045.pdf?OpenElement</a>	07/04/1994
A/CONF.172/9[P]	Informe de la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres Naturales	<a href="http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/376/07/pdf/N9437607.pdf?OpenElement">http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/376/07/pdf/N9437607.pdf?OpenElement</a>	27/09/1994
A/CONF.171/23	Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el desarrollo (Programa de Acción)	<a href="http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf?OpenElement">http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf?OpenElement</a>	01/01/1995

Número del documento	Título	Website	Fecha de publicación
A/CONF.166/9	Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social)	<a href="http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/116/54/pdf/N9511654.pdf?OpenElement">http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/116/54/pdf/N9511654.pdf?OpenElement</a>	19/04/1995
A/CONF.177/20	Informe de la Cuarta Conferencia sobre la Mujer (Declaración de Beijing Anexo I y Plataforma de Acción de Beijing Anexo II)	<a href="http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/312/62/pdf/N9531262.pdf?OpenElement">http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/312/62/pdf/N9531262.pdf?OpenElement</a>	17/10/1995
A/CONF.165/14	Informe de la Conferencia de las NU sobre los Asentamiento Humanos (Hábitat II) (Declaración de Estambul)	<a href="http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/025/03/pdf/G9602503.pdf?OpenElement">http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/025/03/pdf/G9602503.pdf?OpenElement</a>	07/08/1996
WFS 96/INF/3 Rev.1	Informe de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación	<a href="http://www.fao.org/docrep/003/w3548e/w3548e00.htm#doc09">http://www.fao.org/docrep/003/w3548e/w3548e00.htm#doc09</a>	17/11/1996
E/CN.4/1999/WG.18/2	Estudio sobre el estado actual de aplicación del derecho al desarrollo, presentado por el Sr. Arjun K. Sengupta, experto independiente, de conformidad con la resolución 1998/72 de la Comisión y la resolución 53/155 de la Asamblea General	<a href="http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/141/64/PDF/G9914164.pdf?OpenElement">http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/141/64/PDF/G9914164.pdf?OpenElement</a>	27/07/1999



Número del documento	Título	Website	Fecha de publicación
A/55/306	Informe del experto independiente sobre el derecho al desarrollo, Sr. Arjun Sengupta, con arreglo a lo dispuesto en la resolución 54/175 de la Asamblea General y en la resolución 2000/5 de la Comisión de Derechos Humanos (segundo informe)	<a href="http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/612/85/IMG/N0061285.pdf?OpenElement">http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/612/85/IMG/N0061285.pdf?OpenElement</a>	17/08/2000
A/55/L.2	Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas	<a href="http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N00/631/40/pdf/N0063140.pdf?OpenElement">http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N00/631/40/pdf/N0063140.pdf?OpenElement</a>	05/09/2000
E/CN.4/2001/WG.18/2	Tercer informe del experto independiente sobre el derecho al desarrollo, Sr. Arjun Sengupta, presentado de conformidad con la resolución 2000/5 de la Comisión	<a href="http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/100/73/PDF/G0110073.pdf?OpenElement">http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/100/73/PDF/G0110073.pdf?OpenElement</a>	02/01/2001
A/CONF.189/PC.2/4	Informes sobre las actividades y reuniones preparatorias llevadas a cabo en los planos internacional, regional y nacional	<a href="http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/127/26/pdf/G0112726.pdf?OpenElement">http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/127/26/pdf/G0112726.pdf?OpenElement</a>	14/03/2001

Número del documento	Título	Website	Fecha de publicación
A/CONF.189/PC.2/5	Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Sudáfrica, 31 de agosto-7 de septiembre de 2001	<a href="http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/138/00/pdf/G0113800.pdf?OpenElement">http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/138/00/pdf/G0113800.pdf?OpenElement</a>	27/04/2001
A/CONF.191/11	Programa de Acción en favor de los Países Menos Adelantados para el Decenio 2001-2010	<a href="http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/517/37/pdf/G0151737.pdf?OpenElement">http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/517/37/pdf/G0151737.pdf?OpenElement</a>	08/06/2001
A/CONF.191/12	Informe de la Tercera Conferencia de las NU para los Países Menos Adelantados (Declaración de Bruselas)	<a href="http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/519/10/pdf/G0151910.pdf?OpenElement">http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/519/10/pdf/G0151910.pdf?OpenElement</a>	02/07/2001
A/AC.257/L.13	Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (Consenso de Monterrey)	<a href="http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N02/237/45/pdf/N0223745.pdf?OpenElement">http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N02/237/45/pdf/N0223745.pdf?OpenElement</a>	30/01/2002

Número del documento	Título	Website	Fecha de publicación
E/CN.4/2002/WG.18/2	Adición al cuarto informe del experto independiente en el derecho al desarrollo, Sr. Arjun sengupta, presentado de conformidad con la resolución 2001/9 de la Comisión	<a href="http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/113/00/PDF/G0211300.pdf?OpenElement">http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/113/00/PDF/G0211300.pdf?OpenElement</a>	05/03/2002
E/CN.4/2003/WG.18/2	Estudio preliminar del experto independiente en el derecho al desarrollo, Sr. Arjun Sengupta, sobre la incidencia de las cuestiones económicas y financieras internacionales en el ejercicio de los derechos humanos, presentado de conformidad con las resoluciones 2001/9 y 2002/69 de la Comisión	<a href="http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/158/66/PDF/G0215866.pdf?OpenElement">http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/158/66/PDF/G0215866.pdf?OpenElement</a>	09/12/2002
E/CN.4/2002/WG.18/6	Quinto informe del experto independiente en el derecho al desarrollo, Sr. Arjun Sengupta, presentado de conformidad con la resolución 2002/69 de la Comisión	<a href="http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/162/16/PDF/G0216216.pdf?OpenElement">http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/162/16/PDF/G0216216.pdf?OpenElement</a>	31/12/2002

Número del documento	Título	Website	Fecha de publicación
E/CN.4/2004/WG.18/2	<p>COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS 60º período de sesiones Grupo de Trabajo sobre el Derecho al Desarrollo Ginebra, 11 a 20 de febrero de 2004 Examen de los progresos alcanzados y los obstáculos encontrados en la promoción, la aplicación, el ejercicio y el disfrute del derecho al desarrollo examen del sexto informe del experto independiente en el derecho al desarrollo.</p>	<p><a href="http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/110/16/PDF/G0411016.pdf?OpenElement">http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/110/16/PDF/G0411016.pdf?OpenElement</a></p>	17/02/2004
E/CN.4/2004/23	<p>COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS 60º período de sesiones EL DERECHO AL DESARROLLO EN UN MUNDO GLOBALIZADO Grupo de Trabajo sobre el derecho al desarrollo - 11 al 20 de febrero de 2004.</p>	<p><a href="http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/121/78/PDF/G0412178.pdf?OpenElement">http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/121/78/PDF/G0412178.pdf?OpenElement</a></p>	18/03/2004

# DIREITO À EDUCAÇÃO, PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A ESCOLA INCLUSIVA: CONSTRUINDO UMA SOCIEDADE PARA TODOS

---

JULIANA IZAR SOARES DA FONSECA SEGALLA

Doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Professora de Direito Constitucional do Curso de Direito da FARA – Faculdade de Araraquara. Orientadora em Pós-Graduação da Escola Superior de Advocacia – ESA/Jaú-SP. Advogada.

SANDRA FILOMENA WAGNER KIEFER

Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA-RJ). Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM-RJ). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora de Direito Empresarial da Universidade Candido Mendes (UCAM-RJ). Advogada.

## Resumo

O presente estudo objetiva trazer à reflexão a relação entre o direito fundamental à educação, o princípio constitucional da solidariedade e a escola inclusiva, demonstrando que, como a diversidade é uma das características da humanidade, um ambiente acolhedor das diferenças é propício para o desenvolvimento humano, para a preparação para o exercício da cidadania, bem como para a qualificação profissional. A Constituição Federal estabeleceu as prioridades do direito à educação no artigo 205, a partir do qual se analisará a educação escolar brasileira e, assim, restará evidente a importância da escola inclusiva para alcançar a vontade constitucional e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O princípio constitucional da solidariedade também deve ser ensinado e praticado no ambiente escolar e, por isso, a instituição de ensino que recebe alunos com e sem deficiência tem naturalmente maiores chances de agir de acordo com a Constituição.

## Palavras-chave

Direito à Educação; Princípio da Solidariedade; Escola Inclusiva; Deficiência.

## Abstract

This paper aims to reflect the relationship between the fundamental right to education, the constitutional principle of solidarity and inclusive school, demonstrating that,

as diversity is one of humanity's features, a positive approach to the differences is conducive to human development, preparing for citizenship and professional qualification. Based on Article 205 of the Brazilian Constitution that establishes priorities of the right to education, Brazilian education will be examined, including the necessary highlight to the importance of inclusive school to achieve constitutional objectives and to build a free, fair and solidary society. The constitutional principle of solidarity must also be taught and practiced in the school environment. Therefore, the educational institution that welcomes students with and without disabilities has naturally more chance to act in accordance with the Constitution.

## Key words

Right to Education; Principle of Solidarity; Inclusive School; Disability.

## 1. Introdução

O direito à educação no Brasil é positivado na Constituição Federal e em extensa legislação infraconstitucional. O país também é signatário de inúmeros documentos internacionais sobre o tema. De um lado, direito de todos; de outro, dever do Estado, da família e da sociedade<sup>1</sup>. No entanto, há que se observar a falta de reflexão acerca de qual seria a educação a que se tem direito.

No presente estudo a proposta que se faz é analisar o direito fundamental à educação à luz das prioridades do artigo 205 da Constituição Federal e, portanto, assim concluir que a educação almejada pelo Constituinte Originário ultrapassa os limites do aspecto cognitivo do processo de ensino-aprendizagem. Destarte, nota-se que o pleno desenvolvimento humano, a preparação para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho, que são os objetivos educacionais traçados pelo referido artigo 205, somente serão possíveis se a educação escolar acontecer numa escola que reflita a sociedade tal como ela é: cheia de diversidade.

Portanto, a escola inclusiva, que é uma escola em que todos cabem, é a melhor tentativa para se concretizar a vontade constitucional em relação ao direito à educação.

1 Artigo 227 *caput* da Constituição: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Por sua vez, o artigo 205 também estabelece que a educação é um “direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

Ficará evidenciado, então, que a escola inclusiva não é boa apenas para o aluno que tem deficiência, mas também para aqueles que não a possuem e para sociedade em geral.

Em relação ao direito à educação das pessoas com deficiência, embora evidente que esteja abrangido e garantido pelo texto constitucional e toda a legislação em vigor, falta muito para ser efetivamente praticado. No contexto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção da ONU)<sup>2</sup>, crianças e adolescentes com deficiência têm direito à matrícula (acesso) e permanência em escola comum, regular<sup>3</sup>, em condições de aprendizagem. Apesar da existência de escolas especiais, fruto da resistência de setores da sociedade<sup>4</sup>, a escola comum deve acolher a todos os alunos, com ou sem deficiência, respeitadas as suas singularidades, pois isso é benéfico para todos. E não basta recebê-los, há que se propiciar o aprendizado<sup>5</sup>. Além disso: o Constituinte previu o direito à educação de qualidade<sup>6</sup> – inclusive qualidade na formação dos professores, nas instalações físicas, no material utilizado, nos equipamentos etc.

Certamente a escola de vinte ou trinta anos atrás não estaria apta a receber alunos com as mais variadas formas de deficiência. Entretanto, atualmente, não há base legal para que as escolas tenham resistência para receber esses alunos, negando (expressa ou veladamente) o acesso à escola ou deixando de proporcionar a eles condições para um real aprendizado. Já é tempo das escolas e seus profissionais estarem aptos para a inclusão desses alunos e de fato os incluírem. Mudanças em estrutura física, de equipamentos, adaptação de materiais, planos de aprendizagem, projetos pedagógicos, capacitação de professores e profissionais são mais que necessárias e urgentes. Na prática, tem-se verificado que a inclusão de alunos com deficiência não tem ocorrido de modo satisfatório, sendo frequente a recusa de matrícula por parte das escolas e a falta de um processo que realmente inclua o aluno com deficiência e proporcione a ele o esperado aprendizado, respeitadas as suas individualidades.

2 Promulgada por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

3 O país se obrigou a assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, garantindo que elas não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência. Obrigou-se, ainda, a garantir que sejam providenciadas: adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais; apoio necessário para facilitar sua efetiva educação; e medidas de suporte individualizadas e efetivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena (art. 24 da referida Convenção).

4 Em função do escopo e limite de páginas deste trabalho, as autoras deixam de abordar a questão da existência de escolas especiais. O assunto é seríssimo e demanda um estudo mais aprofundado e detalhado, que não pode ser objeto do artigo em questão.

5 “A educação inclusiva implica oferecer oportunidades significativas de aprendizagem a todos os estudantes em um sistema escolar regular. Idealmente, permite que crianças com e sem deficiência frequentem as mesmas classes apropriadas para sua idade, na escola local, com apoio individual adicional, conforme a necessidade.” **Relatório Situação Mundial da Infância 2013**: crianças com deficiência, p. 28.

6 Inciso VII, do artigo 206 da Constituição.

É preciso que a escola reveja seu papel e seus (pré) conceitos, aprimorando técnicas e atitudes, e deixe de praticar qualquer ato que importe em exclusão, segregação, discriminação e preconceito. Educar alunos com deficiência, acolhendo-os, implica em aprender a olhar para o outro, em vivenciar a solidariedade na sua forma de ser, pensar e agir. Apenas dessa maneira poderá ser alcançada a vontade constitucional em relação ao direito à educação.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como almejou o Constituinte Originário ao estabelecer os objetivos fundamentais da República, começa a partir de uma educação escolar que ensina valores como solidariedade e tolerância, que prepara para o exercício da cidadania (demonstrando que ser cidadão implica em direitos e deveres), que ensina a conviver com a diferença em ambiente de harmonia e que incentiva a enxergar o outro como um ser de igual dignidade. Neste passo, será ressaltado o princípio constitucional da solidariedade e a importância da escola para sua efetivação. Apresentar-se-á que a solidariedade, além de princípio, é um dever do cidadão e, portanto, deve ser ensinada e praticada no ambiente escolar.

Outrossim, as autoras, por entenderem que a educação inclusiva é a forma mais eficaz e benéfica (para todos) de realmente efetivar a educação a que se tem direito, propõem-se a tratar do assunto, convidando à reflexão de que talvez seja possível, quem sabe um dia, “educação inclusiva” ser chamada apenas de “educação” e escola ser apenas escola (nem inclusiva, nem especial), já que educar o ser humano pressupõe considerar as diferenças e individualidades de cada um, considerando todos com igual valor e mesma dignidade.

## 2. Deficiência: Um Tema de Interesse Geral

Feitas as considerações iniciais, pretende-se abordar aspectos que devem compor a imperiosa mudança de paradigma das escolas regulares, que é o olhar para o outro e a solidariedade. E tudo isso se torna relevantíssimo quando se trata de educação para pessoas com deficiência. Até porque, não podem as escolas fugir do tema, já que no Brasil, segundo o Censo do IBGE de 2010, 23,9 % da população apresenta alguma deficiência (ou seja, quase 45 milhões de pessoas)<sup>7</sup>. Além desse expressivo número, não se pode olvidar que, como já fora apresentado nas notas introdutórias, a educação inclusiva é boa para todos os alunos (com ou sem deficiência) e para toda a sociedade.

---

7 IBGE. Censo Demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. IBGE, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia/default\\_caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/default_caracteristicas_religiao_deficiencia.shtm)>. Acesso em: 01 mai. 2015.



O tema deficiência, as questões a ele pertinentes, os direitos, garantias e a luta por seu reconhecimento e efetividade, parecem restritos ao âmbito das famílias e das (poucas) pessoas que a ele se dedicam. No entanto, a deficiência pode ser impactante para muitas pessoas, já que ela faz ou pode fazer parte da vida de muitas delas. O “Relatório Mundial Sobre a Deficiência-2011”, publicado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) esclarece:

A deficiência faz parte da condição humana. Quase todas as pessoas terão uma deficiência temporária ou permanente em algum momento de suas vidas, e aqueles que sobreviverem ao envelhecimento enfrentarão dificuldades cada vez maiores com a funcionalidade de seus corpos. A maioria das grandes famílias possui um familiar deficiente, e muitas pessoas não deficientes assumem a responsabilidade de prover suporte e cuidar de parentes e amigos com deficiências.<sup>8</sup>

Então, importante estabelecer que o conceito de deficiência ora adotado é aquele da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção da ONU)<sup>9</sup>,

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (artigo 1º, segunda parte).

Vale ressaltar, também, a importância da utilização de termos e da nomenclatura adequada a respeito das pessoas com deficiência, já que, com o passar do tempo, várias expressões foram usadas e hoje se tem como a mais indicada aquela adotada pela já citada Convenção da ONU (“pessoa com deficiência”). A mesma convenção reconhece que “a deficiência é um conceito em evolução” (preâmbulo, letra “e”). Apesar da Constituição pátria ainda utilizar formalmente a expressão “pessoa portadora de deficiência”, a expressão “pessoa com deficiência” também foi abraçada pelo ordenamento jurídico brasileiro, em função do *status* de emenda constitucional da aludida Convenção da ONU. A legislação pátria em geral, da mesma forma que a Constituição, ainda faz uso de expressões como “deficiente”, “portador de deficiência” ou “portador de necessidades especiais”,

8 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). BANCO MUNDIAL. **Relatório mundial sobre a deficiência 2011**. Lexicus Serviços Linguísticos (trad.). São Paulo, 2011, p. 3. Disponível em: <[http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9788564047020\\_por.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9788564047020_por.pdf)>. Acesso em: 7. maio. 2015.

9 BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 (Convenção da ONU). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 04 maio. 2015.

necessitando de atualização. De notar que a preocupação com o uso das expressões corretas se justifica, já que grupos que sofrem discriminação almejam, em termos políticos, a libertação de estigmas históricos, como afirma Fonseca<sup>10</sup>. Costumeiramente são adotados eufemismos e expressões que trazem o peso da exclusão social e da inferiorização para qualificar as pessoas com deficiência<sup>11</sup>. Como bem ilustra Roberta Cruz da Silva

(...) partindo do que as necessidades e valores sociais consideram adequado ou inadequado, em cada momento da história, tem-se uma ideia do que é concebido como deficiência. A expressão passou por um longo período de ressignificação, a partir do contexto histórico cultural, adotando-se expressões como invalidez, incapacidade, ou deficiência.<sup>12</sup>

Com efeito, “a deficiência é inerente à pessoa que a possui. Não se carrega, não se porta (...). Tampouco deficiência traz alguma sinonímia com doença e não é expressão antônima de eficiência (que tem o seu contrário em ineficiência).”<sup>13</sup> A deficiência é resultante “da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”. (Convenção da ONU, preâmbulo, letra “e”). Por isso, importante que a sociedade em geral, e o próprio Estado estejam preparados a exercer suas atividades e conviver com as pessoas com deficiência, sem discriminação ou preconceito, proporcionando a necessária acessibilidade e inclusão em todos os ambientes.

Ademais, é expressivo o número de pessoas com deficiência no mundo e no Brasil especificamente, o que dá maior importância e repercussão ao tema, inclusive da educação inclusiva, objeto deste estudo. No “Relatório Mundial Sobre a Deficiência - 2011”,<sup>14</sup> encontra-se a estimativa de que entre 93 milhões e 150 milhões de crianças de 0 a 14 anos possuem deficiência (2011, p. 213; 236). E no Brasil, segundo o Censo 2010 “em relação à proporção de pessoas com pelo menos uma das deficiências investigadas segundo os grupos de idade, constatou-se que 7,5% das crianças de 0 a 14 anos de idade apresentaram pelo menos um tipo de deficiência”. Desse percentual de crianças, 0,9% tem deficiência

10 Idem, p. 22.

11 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa com Deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* (coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

12 SILVA, Roberta Cruz da. Direito à Saúde. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* (coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114.

13 MADRUGA, Sidney. **Pessoas Com Deficiência e Direitos Humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.34.

14 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). BANCO MUNDIAL. **Relatório mundial sobre a deficiência 2011**. Lexicus Serviços Linguísticos (trad.). São Paulo, 2011, p. 213; 236. Disponível em: <[http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9788564047020\\_por.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9788564047020_por.pdf)>. Acesso em: 7 maio. 2015.

intelectual<sup>15</sup>; 5,3%, deficiência visual; 1,3%, deficiência auditiva e 1,0%, deficiência motora<sup>16</sup>. Vale destacar que os dados a respeito das taxas de alfabetização, escolarização e nível de instrução demonstram que as pessoas com deficiência se apresentam em desvantagem se comparadas às pessoas sem deficiência, consoante ressaltado na Cartilha do Censo 2010 - Pessoas com Deficiência 2012<sup>17</sup>. Por isso, também, a relevância do tema ora estudado, qual seja, a educação inclusiva, na qual os alunos com ou sem deficiência frequentam a mesma escola regular, na mesma classe, conforme se abordará mais adiante.

### 3. Educação Escolar Brasileira: Alguns Princípios e Objetivos

Cabe esclarecer que o objeto do presente estudo é a educação escolar, ainda que a participação familiar nesse processo seja fundamental. Por sua vez, não é preciso um estudo aprofundado para se constatar que a educação escolar hoje, no Brasil, ainda é de certa forma elitista, excludente, utilitarista<sup>18</sup> e muito mais preocupada com a qualificação para o mercado de trabalho, em detrimento da formação e do desenvolvimento humano. E, mais: a educação como um direito de todos é algo recente e sua efetivação no Brasil ainda é um desafio. Note-se que não se fala aqui de acesso à escola apenas, afinal, isso não é educação. Efetivar a educação escolar como um direito de todos pressupõe um olhar atento às necessidades de cada educando, bem como às peculiaridades regionais, além de valorizar seu caráter formativo (pleno desenvolvimento humano e preparação para o exercício da cidadania)<sup>19</sup>. Somente quando a educação realmente se destinar a todos, e for

15 A deficiência intelectual afeta 1,40% da população brasileira, conforme informações da Cartilha do Censo 2010 - Pessoas com Deficiência 2012. (SDH-PR/SNPD, 2012, p.6).

16 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Demográfico 2010**. Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência, Rio de Janeiro, 2012, [p. 74-76]. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\_Demografico\_2010/Caracteristicas\_Gerais\_Religiao\_Deficiencia/caracteristicas\_religiao\_deficiencia.pdf>. Acesso em: 6 maio. 2015.

17 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria de Direitos Humanos (SDH/PR); Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD); Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência. **Cartilha do Censo 2010 - Pessoas com Deficiência 2012**. Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012, p. 15-18. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf>. Acesso em: 7 maio. 2015.

18 Cf. FREIRE, 2014, op. cit., p. 77.

19 “O acesso à educação permite o **desenvolvimento do ser humano** e o alcance de conhecimentos que ensejam **sua transformação**, seu progresso, O desenvolvimento científico e cultural permite ao indivíduo uma mobilização social capaz de incorporá-lo à sociedade em que está inserido. Capacita-o ao exercício de uma atividade profissional, ao questionamento do desenvolvimento das políticas públicas implementadas pelo Estado à obtenção da condição de **cidadão participativo**. (grifos do autor). BASILIO, Dione Ribeiro. **Direito à Educação**: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz da teoria dos direitos fundamentais e da constituição federal brasileira de 1988. 2009. p. 59. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02122009-152046/>. Acesso em: 06 maio. 2015.

de qualidade, é que se poderá alcançar a almejada sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos e discriminações.

Piovesan liga os direitos fundamentais ao conceito de cidadania. Para ela, a constituição adota a “concepção contemporânea de cidadania” – tendo o Estado como responsável pela sua consolidação – ao reconhecer o alcance universal e a indivisibilidade dos direitos fundamentais, bem como o processo de especificação do sujeito de direito<sup>20</sup>. Quanto à indivisibilidade, a autora afirma que a) o Estado deve proteger e defender os direitos civis e políticos, bem como a implementação dos direitos sociais, culturais e econômicos; e b) não se pode separar os valores liberdade (representado pelos primeiros direitos citados) e igualdade (representados pelos últimos). A sua face universal se revela quando se entende que os direitos fundamentais são de interesse legítimo da comunidade internacional. E é nesse cenário que o Estado se torna responsável pelo “desafio da extensão universal da cidadania, sem qualquer discriminação” e pelo desafio de “conferir cumprimento às obrigações internacionais assumidas relativamente aos direitos humanos, decorrentes de tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.”<sup>21</sup> De notar que esses dois aspectos são relevantíssimos para a compreensão e estudo dos problemas enfrentados pelas pessoas com deficiência, em especial, no tocante ao direito fundamental à educação, para todos. Ainda mais pelo fato da já referida Convenção da ONU ter sido recepcionada pelo Brasil com *status* de emenda constitucional, repita-se.

Sob outro ponto de vista, o das ciências sociais, a cidadania adquire um caráter mais amplo:

Nessa acepção [...] a ênfase conceitual recai não apenas no gozo dos direitos políticos, senão no gozo de todos os direitos previstos na Constituição Federal. Assim, ser um “cidadão” significa não apenas o direito de votar e ser votado, mas também a possibilidade de ser garantido por todos os incisos previstos no artigo 5º da Carta Magna, incluindo-se, portanto, os direitos à igualdade e à não discriminação, numa palavra: no “direito a ter direitos”.<sup>22</sup>

Nesse aspecto, o direito à educação deve ser efetivamente garantido a todos, sem qualquer exclusão, discriminação ou preconceito. O direito de acesso (matrícula) e permanência na escola, em condições de real aprendizado, é direito de todos, com ou sem

20 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 461- 472.

21 Idem, p. 461- 472.

22 PEIXINHO, Manoel Messias; GUANABARA, Peixinho. O Sistema de Cotas Raciais e o Princípio Constitucional da Isonomia: um estudo sobre a cidadania, a igualdade e as ações afirmativas no Brasil. In: **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Manaus, 2006, [p.2]. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_humano\\_td\\_manuel\\_peixinho\\_e\\_ricardo\\_guanabara.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_manuel_peixinho_e_ricardo_guanabara.pdf)>. Acesso em: 06 maio. 2015.

deficiência. E é nesse contexto que se insere a escola inclusiva, tão necessária e que parece tão distante da realidade, como se estudará.

Vale, neste ponto, observar a importância que o Constituinte de 1988 deu para o tema educação, não deixando dúvidas sobre sua fundamentalidade na vida da pessoa humana. Em atenção ao assunto, ensina Sarlet<sup>23</sup> que sendo o direito fundamental social à educação reconhecido expressamente no art. 6º da Carta Magna, integra, portanto “o catálogo dos direitos fundamentais” e está “sujeito ao regime jurídico reforçado a estes atribuído pelo Constituinte (especialmente art. 5º, § 1º, e art. 60, § 4º, inc. IV)”. De fato, a educação, por ser um direito fundamental, é irrenunciável e inerente a todo ser humano, tendo garantida sua aplicação imediata, conforme o disposto no artigo 5º, § 1º<sup>24</sup> da Constituição Federal. Sobre o disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV<sup>25</sup>, da Lei Fundamental vigente, Borges Horta faz interessante elucidação, que também vai ao encontro do pensamento de Sarlet:<sup>26</sup>

Para nós, contudo, não há direito social, ou mesmo difuso, que não esteja diretamente vinculado a direito ou garantia individual.

Assim, pensamos que a Constituição, ao utilizar o termo “tendente”, na realidade parece ter pretendido atingir os direitos fundamentais como um todo, o que é absolutamente lógico: se se exclui do texto o direito à licença-maternidade, social, restringe-se (ou tende-se a abolir) o direito à vida, individual; se se exclui o direito à Educação, prejudica-se a liberdade de pensamento [...]<sup>27</sup>

“Com status de direito fundamental, a educação torna-se base para a participação na vida social, ao mesmo tempo em que é fundamento para a aquisição e o crescimento da cidadania” afirma Wilson Donizeti Leberati.<sup>28</sup>

23 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 300.

24 § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

25 § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

26 Para Ingo Wolfgang Sarlet, “a função precípua das assim denominadas ‘cláusulas pétreas’ é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição” e “[...] constituindo os direitos sociais (assim como os políticos) valores basilares de um Estado social e democrático de Direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem Constitucional.” Assim, “não apenas uma emenda Constitucional que venha a abolir (suprimir) um direito fundamental, mas também alguma que venha a atingi-lo de forma equivalente, tendendo à abolição, isto é, ferindo o seu conteúdo essencial, se encontram inequivocamente vedadas pela nossa Constituição”. – Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 363 e 366.

27 Op. cit., p. 185.

28 LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 13.

O direito fundamental à educação é também um direito instrumental: deve ter sua importância valorizada porque é através dele que se têm condições de entender os demais direitos e lutar por suas concretizações. Indispensável a colocação de Lauro Ribeiro que, baseado nas lições de Anísio Teixeira, afirma: “a educação é o mais significativo instrumento de justiça social, para corrigir as desigualdades provenientes da posição de riqueza..”<sup>29</sup>. (grifos nossos)

A educação visa o pleno desenvolvimento humano, o preparo para o exercício da cidadania e para o trabalho. É isso que determina o *caput* do artigo 205 da Constituição Federal. Destarte, pode-se concluir que a educação almejada pelo Constituinte de 1988 vai muito além do seu aspecto cognitivo, uma vez que o pleno desenvolvimento humano e a preparação para o exercício da cidadania ultrapassam esse limite. Educar significa ajudar na construção do pensamento, ensinar na busca do conhecimento e na utilização dele. Educar tem de levar a percepção do outro e do espaço que se ocupa na comunidade. Educação tem de transformar, tem de nos tornar mais humanos, pois o ato de pensar é que nos diferencia dos outros animais. Inegável, pois, que ensinar a pensar<sup>30</sup> é ensinar a ser livre.

Mister, destarte, colacionar a lição de Edgard Morin, apoiado no ensinamento de Durkheim:

Como dizia magnificamente Durkheim, o objetivo da educação não é transmitir conhecimentos sempre mais numerosos ao aluno, mas o “de criar nele um estado interior e profundo, uma espécie de polaridade de espírito que o oriente em um sentido definido, não apenas durante a infância, mas por toda a vida.”. É, justamente, mostrar que ensinar a viver necessita não só de conhecimentos, mas também de transformação, em seu próprio ser mental, do conhecimento adquirido em sapiência, e da incorporação dessa sapiência para a vida toda.<sup>31</sup>

Assim, a educação deve ser percebida como uma formação constante e multifacetada<sup>32</sup>. “O conceito de educação deve refletir uma escola realmente formadora de indivíduos

29 RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Direito Educacional**: educação básica e federalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 67.

30 Segundo Rubem Alves, “Esse é o objetivo principal da escola: ensinar a pensar, ou seja, a brincar com símbolos, coisas que não existem. Infelizmente, na maioria dos casos, a escola não ensina a pensar. Dá informações e adentra os alunos para fazer exercícios. Aquilo a que vulgarmente se dá o nome de problema não é problema. É exercício. Aprender a resolver exercício não é aprender a pensar. É aprender a repetir receitas.” ALVES, Rubem. **Variações sobre o prazer**: Santo Agostinho, Nietzsche, Marx e Babette. São Paulo: Planeta do Brasil, 2011, p. 96.

31 MORIN, Edgard. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 47.

32 Cf. MORAIS, José Luiz Bolzan de. Direitos humanos, direitos sociais e justiça: uma visão contemporânea. In: KONZEN, Armando Afonso (Coord.). **Pela justiça na educação**. Brasília, DF: MEC, FUNDESCOLA, 2000, p. 101.

críticos e conscientes, e que possam contribuir para uma sociedade melhor e mais justa”<sup>33</sup>, assinala Machado Júnior.

Outrossim, é preciso atentar para a urgente necessidade de ressignificação da escola e do papel do educador de hoje. O professor tem de despertar no aluno a vontade de aprender e de conhecer um mundo novo. Tem de incentivá-lo em atitudes de respeito, tolerância e solidariedade. Solidariedade, aliás, que é um dos princípios da Constituição brasileira e que pode claramente ser percebido no texto constitucional em várias oportunidades (*v. g.* preâmbulo e artigos 1º, 3º e 4º).

A legislação pátria parece ter enxergado a importância da educação para o todo social, quando reflete em seus comandos essa preocupação. Especial destaque merece o artigo 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional que, indo ao encontro do disposto no artigo 205 da Constituição Federal, estabelece:

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, **inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana**, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o **exercício da cidadania** e sua qualificação para o trabalho. (grifos nossos).

Claro está que essas previsões de que a educação deve ser inspirada nos ideais de solidariedade humana e de que ela deve preparar para o exercício da cidadania objetivam o bem comum e a vida harmoniosa em sociedade. Inegável que em seu lugar no mundo o homem é sujeito de direitos e de deveres, dentre os quais está a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como determina o artigo 3º da Constituição Federal. Logo, também é sua tarefa transferir e preparar sua descendência para essa obrigação. “A principal função dos pais é transmitir princípios, valores”, diz Ceres Alves de Araújo<sup>34</sup>. Todavia, essa tarefa hoje se tornou também atribuição da escola, em função da mudança na organização social e estilo de vida moderno.

Josep Maria Puig, professor titular de Teoria da Educação da Universidade de Barcelona e coordenador do Grupo de Pesquisas em Educação Moral (Grem) ensina: “Como educadores, devemos ajudar as pessoas para que construam uma forma de vida que as deixe felizes e que seja socialmente justa”<sup>35</sup>.

A escola, então, é o lugar onde se aprende a conviver com o outro, onde se começa a entender e a praticar as regras da vida em coletividade, onde a pessoa inicia sua preparação para o exercício da cidadania (a qual pressupõe direitos e deveres, como já dito). Valiosas

33 MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O direito à educação na realidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003, op. cit., p. 42.

34 ARAUJO, Ceres Alves de. **Entre dois mundos**. Entrevistador: Roberto Guimarães. Revista Educação, São Paulo, v. 11, n. 22, set. 2011, p. 28.

35 *Idem*, p. 30.

lições nascem da convivência escolar e os pais não podem privar seus filhos, ao contrário, tem o dever de lhes propiciar isso. Tanto a escola quanto a família devem objetivar o pleno desenvolvimento de criança e do adolescente, prepará-los para serem cidadãos e qualificá-los para o trabalho. Os objetivos são comuns entre as duas instituições, portanto, deveria ser fácil trabalharem juntas. No entanto, a impressão que se tem é que a escola brasileira não tem dado a devida importância à sua função de espaço coletivo, à preparação para o exercício da cidadania e nem está se inspirando em ideais de solidariedade. “A formação escolar de hoje tende a valorizar não a vida, mas a sobrevivência e a competição”, afirma Leon Crochík<sup>36</sup>. Também, não se percebe a valorização daquele que é diferente. Parece que a escola quer alunos homogêneos, que sejam aptos a se adaptar aos seus métodos e alcançar os objetivos traçados (aprovação e melhores notas nos vestibulares, ENEM, concursos e provas em geral, além de “ranking” das “melhores escolas”). Aquele aluno diferente, que não esteja no padrão esperado, parece não ter lugar na escola de hoje. O que se dirá de alunos que tenham realmente alguma deficiência? A escola parece não desejar se adaptar a ele, seja pelos custos inerentes, seja pela mudança e alteração necessárias em sua estrutura, seja pela possibilidade de não ter todos os alunos aprovados nas provas e exames externos... Ora, tantas variáveis, tantas desculpas... O fato é que a escola não deve apenas transmitir conhecimentos e formar alunos repetidores de conteúdo. Há que se educar para a vida, para a solidariedade, para o respeito, para a formação de cidadãos conscientes de seus direitos, valores e deveres!

Pergunta Hugo Assmann: “Será que não está na hora de conjugar, de forma inovadora, experiências efetivas de aprendizagem com criação de sensibilidade solidária?”<sup>37</sup>. A resposta é, com toda certeza, afirmativa. Esse autor também afirma, com propriedade, que “a educação terá um papel determinante na criação da sensibilidade social necessária para reorientar a humanidade”<sup>38</sup>. “Ensinar exige a convicção de que a mudança é possível”, afirmou Paulo Freire<sup>39</sup>.

Não é novidade que a escola brasileira está deixando a desejar e evidente é a necessidade de reformulá-la<sup>40</sup>. Talvez, então, começar com uma postura inclusiva seja uma

36 CROCHÍK, Leon. **Novos papéis**. Entrevistador: Rubem Barros. Revista Educação, São Paulo, v. 9, n. 97, p. 30-40, 2005.

37 ASSMANN, Hugo. **Reencantar a educação**: rumo à sociedade aprendente. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 27.

38 Idem, p. 26.

39 FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996., p. 30.

40 Maria Teresa Eglér Mantoan diz: “A Escola brasileira é marcada pelo fracasso e pela evasão de uma parte significativa de seus alunos, marginalizados pelo insucesso, por privações constantes e pela baixa autoestima resultante das exclusões escolar e social [...]. A inclusão total e irrestrita é uma oportunidade que temos para reverter a situação da maioria de nossas escolas [...]”. MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão escolar**: o que é? Por quê? Como fazer? 2. ed. São Paulo: Moderna, 2006, p. 21.



boa alternativa no caminho para a qualidade do ensino: boa para todos (e não só para os alunos que têm deficiência). Aprender em meio às diferenças é saudável e estimulante. Sem dúvida é assim que se prepara NA cidadania para o exercício DA cidadania e para o pleno desenvolvimento humano. Ninguém consegue se desenvolver plenamente se não a partir de sua sociabilização num contexto real, ou seja, num ambiente que reflete as diferenças como características humanas. Outra qualidade do ser humano, é ser eminentemente social e carecer de vínculos afetivos. Precisa do outro e o outro precisa de dele, inevitavelmente.

Já se afirmou<sup>41</sup> que todos os seres humanos são diferentes (únicos) e que talvez as pessoas com deficiência apenas tenham suas diferenças um pouco mais perceptíveis, um pouco mais notadas. Disse Hannah Arendt: “A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, **sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir**”<sup>42</sup>. (grifo nosso)

Contudo, parece que muita gente fecha os olhos para as diferenças intrínsecas da espécie humana e acreditam na homogeneidade. A escola, que deveria ser um ambiente acolhedor das diferenças, de maneira que estimulasse a capacidade e o desenvolvimento de cada um, parece entender que seu papel é de massificação, de padronização de pessoas. Essa constatação é feita por educadores<sup>43</sup> comprometidos com a Educação e com a sociedade. Alerta Rubem Alves:

Nossas escolas são construídas segundo o modelo das linhas de montagem. Escolas são fábricas organizadas para a produção de unidades biopsicológicas móveis, portadoras de conhecimento e habilidades. Esses conhecimentos e habilidades são definidos exteriormente por agências governamentais a que se conferiu autoridade para isso. Os modelos estabelecidos por tais agências são obrigatórios, e têm a força de leis. Unidades biopsicológicas móveis que, ao final, do processo, não estejam de acordo com tais modelos são descartadas. É a sua igualdade que atesta a qualidade do processo. Não havendo passado no teste de qualidade-igualdade, elas não recebem os certificados de excelência ISO-12.000, vulgarmente denominados diplomas. As unidades biopsicológicas móveis são aquilo que vulgarmente recebe o nome de “alunos”<sup>44</sup>.

41 SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. Inclusão social e direito à educação: a importância de uma escola para todos. In: GASPARETTO, Soraya Lunardi (Org.). **Inclusão social e sua efetivação**. Curitiba: CRV, 2011, v. 1, p. 131-146 e SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; RAGAZZI, Ivana Aparecida G. Assistência integral à saúde da pessoa com deficiência: meios de efetivação do dever estatal. In: GOTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu P. (Org.). **Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos da Constituição Brasileira**. Birigui: Boreal, 2008, p. 140-162.

42 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.16.

43 Como exemplos têm-se Rubem Alves e Maria Teresa Eglér Mantoan.

44 ALVES, Rubem. **A escola com que sempre sonhei sem imaginar que pudesse existir**. Campinas: Papirus, 2001, p. 36.

Então, oportuna a lição de Freire, que afirma: “A educação deve ser desinibidora e não restritiva. É necessário darmos oportunidades para que os educandos sejam eles mesmos.”<sup>45</sup>.

Dessa forma, ao analisar o já citado artigo 205 da Constituição Federal, tem-se que o primeiro objetivo da educação, segundo o texto constitucional, é o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Depois, visa o seu preparo para o exercício da cidadania e, por fim, sua qualificação para o trabalho.

Tem-se a impressão de que na prática a escola **atual** inverteu essas prioridades. Parece que o futuro profissional (de alguns) é só o que importa para a maioria das escolas brasileiras. “O pleno desenvolvimento da pessoa humana significa o desenvolvimento em todas as suas dimensões, não apenas no aspecto cognitivo ou da mera instrução, mas do ser humano de forma integral”, ensina Gabriel Chalita<sup>46</sup>.

Como é possível a escola fazer a preparação para o exercício da cidadania de seus alunos? Vivenciando e educando na cidadania, no respeito ao outro como alguém que tem o mesmo valor que o nosso “eu”. Só será possível se desenvolver plenamente como ser humano aquele que tiver oportunidade de perceber o outro, de vivenciar as diferenças. Daí a importância de se educar para solidariedade.

A melhor percepção do direito à educação valoriza o pleno desenvolvimento humano, além de seu preparo para o exercício da cidadania, e, por fim, a qualificação para o trabalho, pois essas são as prioridades constitucionais. Assim, claro está que para haver desenvolvimento completo do ser humano é necessário que a escola reflita solidariedade e tolerância. A diversidade compõe a necessária base da educação. Ou seja, a escola só cumprirá verdadeiramente o seu papel se for uma escola inclusiva, que aceita as diferenças e sabe respeitá-las.

#### 4. Olhar para o Outro

É fato que o ser humano, como ser eminentemente social, tem a necessidade de ser reconhecido e amado, além de precisar de afeto por toda vida. Ora, se então “eu” preciso, é necessário que esse “eu” reconheça que o “outro” também precisa e, portanto, há que se incentivar essa percepção do “outro” enquanto pessoa igual em valor, necessidades e dignidade. Leonardo Boff ressalva que acolher o outro sempre foi uma dificuldade do Ocidente, e afirma categoricamente:

A relação com o outro suscita a responsabilidade. [...]

45 FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 31. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

46 CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. **Educação: a solução está no afeto**. São Paulo: Gente, 2001, p. 107.

É o outro que faz emergir a ética em nós. Ele nos obriga a uma atitude ou de acolhida ou de rejeição. A ética é a filosofia primeira, no dizer de Emmanuel Lévinas.

A maioria das filosofias do Ocidente são centradas na identidade, reservando pouco espaço para a alteridade. Por isso a ética vem sempre de menos. [...] <sup>47</sup> É de extrema necessidade que as ações (ou omissões) humanas se voltem para o outro: qualquer decisão que se tome pode afetar o outro, de modo benéfico ou não. Nesse sentido, para Naconecy, a postura ética frente a esse outro se torna imprescindível:

Algumas de nossas escolhas só dizem respeito a nós mesmos: *onde devo morar, a que horas devo dormir, se devo fazer uma tatuagem, etc.* Mas as escolhas que serão importantes para a Ética Prática são aquelas que afetam os outros. Essas escolhas são chamadas de escolhas *morais* e devem ser avaliadas por critérios *morais*. [...] Portanto, basta que você reconheça que sua ação de fato afeta (beneficia ou prejudica) outros para que você caia na arena moral, mesmo que você ainda não saiba se sua ação é correta ou errada. Você estará defronte de um conflito em “atender a seus interesses pessoais” versus “atender aos interesses dos outros”. [...] <sup>48</sup>

Em seguida, o autor acrescenta:

[...] O exercício ético consiste em se colocar no lugar dos outros a fim de avaliar uma situação. Se uma pessoa não está preparada para se preocupar com algo ou alguém além de si mesmo, será impossível a ela a adoção de princípios éticos. Esse “preocupar-se” envolve empatia, isto é, tentar adotar uma concepção imaginária do estado, situação ou condição alheia. A empatia é um componente básico para as atitudes éticas [...] <sup>49</sup>

Por sua vez, a diversidade é característica da humanidade e, portanto, as pessoas têm direito de serem diferentes, apesar da sua igual dignidade. Logo, num contexto de diferenças, imprescindível que se faça presente o conceito de tolerância. “Tolerar significa conviver, sem perder a própria convicção.”, ensina Luiz Alberto David Araujo <sup>50</sup>.

47 BOFF, Leonardo. **O outro é tudo**. nov. 2004. Não paginado. Disponível em: <<http://www.leonardoboff.com/site/lboff.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

48 NACONECY, Carlos Michelin. **Ética & Animais**: um guia de argumentação filosófica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 15-16.

49 NACONECY, Carlos Michelin. **Ética & Animais**: um guia de argumentação filosófica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 34-35.

50 ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 3.

A convivência pressupõe, então, uma cedência recíproca e aceitação do “outro” como ele é. Significa dizer que apesar das diferenças é possível (e necessário) estar junto, afinal, assim nos desenvolvemos como seres humanos. Aliás, a tolerância deve ser vista como um traço de uma sociedade democrática<sup>51</sup>.

Ademais, a partir do momento em que se convive com a diferença sob a ótica da tolerância, aprende-se que também é possível ajudar aquele que precisa, mesmo que ele seja ou pense diferente e que “amanhã” pode ser que o “eu” seja o “outro que necessita de ajuda” de alguém.

Alerta-nos, com propriedade, Humberto Maturana: “Sem a aceitação do outro na convivência, não há fenômeno social”<sup>52</sup>. Dito de outra forma, “só são sociais as relações que se fundam na aceitação do outro como um legítimo outro na convivência, e que tal aceitação é o que constitui uma conduta de respeito.”<sup>53</sup>.

Sob essa visão, o papel da escola, como se tenta deixar evidente neste estudo, vai bem além do aspecto cognitivo na vida do aluno. A escola ensina lições e valores que ultrapassam o “conteúdo programático” e, se coloca como o meio de transição entre a “família” (que é um (ou deveria ser) um porto seguro) e o mundo real, a sociedade em que se vive. A escola não será mais escola se não aprender, ela própria, a pensar no outro – nos seus alunos e familiares, nos seus funcionários e professores, além da própria comunidade em que está inserida. E mais, cabe a ela ensinar o “olhar ao outro” a seus alunos, desde a mais tenra idade. Não há dúvidas de que também<sup>54</sup> cabe à escola o ensino de atitudes éticas. É de um início de vida como esse, com valores éticos e de solidariedade, que a escola deve proporcionar aos seus alunos. Olhar com atenção, respeito e solidariedade o outro, conhecer e saber conviver com as suas diferenças e potencialidades. Cabe à escola, da mesma forma, adotar atitudes éticas e solidárias no desenvolvimento de suas atividades, vivenciando “olhar para o outro”.

Também, diante da mudança de hábitos e estilos de vida, das exigências do mercado de trabalho e estabilização da mulher no mercado de trabalho, a reconfiguração das estruturas e modelos familiares, a escola agora vai ter de se adaptar a novas funções, que antes eram exclusivamente da família e estar preparada para novas responsabilidades. Chega-se à conclusão de que em dias atuais é cada vez mais importante o papel da instituição de ensino na preparação para o exercício da cidadania e no pleno desenvolvimento humano.

---

51 *Idem*, p. 2.

52 MATURANA, Humberto. **Emoções e linguagem na Educação e na política**. Tradução de José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: UFMG, 1998, p. 23.

53 *Idem*, p. 24.

54 Certamente a família do aluno da mesma forma tem esse dever.

## 5. Princípio da Solidariedade e Construção de uma Sociedade para Todos

É cediço que a solidariedade foi insculpida na Constituição de 1988 como um princípio fundamental<sup>55</sup>, quando o artigo 3º determina que o primeiro dos objetivos fundamentais da República é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, como assevera Marco Aurélio Greco, a “indicação de objetivos não é mera declaração de boas intenções; ela assume o papel condicionante dos mecanismos e instrumentos que vierem a ser criados e utilizados à vista das competências constitucionais.”<sup>56</sup> E, em outra oportunidade, esse autor brilhantemente sintetiza: “os dispositivos constitucionais não são mera expressão de propósitos ou de boa-vontade, estão lá para gerar efeitos”<sup>57</sup>.

Ademais, como já fora dito, a preocupação com o viés social da dimensão humana está retratada desde o preâmbulo da Constituição, no qual se pode observar a definição de um novo desenho da sociedade brasileira, almejada pelo Constituinte de 1988<sup>58</sup>. Então, o princípio da solidariedade, positivado na Lei Maior vigente, vai ao encontro de uma “justiça reformadora”<sup>59</sup>, ou seja, está em busca reformas transformadoras.

Ricardo Lobo Torres afirma<sup>60</sup>, com propriedade, que “a solidariedade, sendo um valor jurídico que aparece ao lado da liberdade, da justiça e da igualdade, projeta-se, como princípio, para o campo constitucional, em íntimo relacionamento com os princípios vinculados à liberdade, à justiça e à segurança.”<sup>61</sup>

Oportuno, para continuarmos nosso estudo, trazer as definições de um dicionário, em relação ao termo solidariedade:

55 Segundo Humberto Ávila, “A Constituição Federal de 1988 estabeleceu duas formas de princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. De um lado, por meio da instituição daquilo que se denominou de “fundamentos”, como é o caso da dignidade humana e do valor social do trabalho (art. 1º). De outro lado, por meio da fixação daquilo que qualificou como “objetivos”, como sucede com o dever de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º).” ÁVILA, Humberto. Limites à tributação com base na solidariedade. In: GRECCO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 68.

56 GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. In: GRECCO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 172.

57 *Idem*, p. 185.

58 *Idem*, p. 174.

59 Douglas Yamashita traz a ideia de “justiça reformadora”, de Klaus Vogel, e explica que ela é contraposta à “justiça distributiva”, a qual “aceita as circunstâncias nas quais os cidadãos vivem, como seu ponto de partida, mantendo o *status quo*.” YAMASHITA, Douglas. Princípio da Solidariedade em Direito Tributário. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 56-57.

60 TORRES, Ricardo Lobo. Existe um Princípio Estrutural da Solidariedade? In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 198.

61 E, em outra oportunidade diz que “a solidariedade aproxima-se da justiça por criar o vínculo de apoio mútuo entre os que participam dos grupos beneficiários da redistribuição de bens sociais. A justiça social e a justiça distributiva passam pelo fortalecimento da solidariedade.”. *Idem*, p. 199.

*substantivo feminino:*

- a) caráter, condição ou estado de solidário;
- b) compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas às outras e cada uma delas a todas;
- c) laço ou ligação mútua entre duas ou muitas coisas ou pessoas, dependentes umas das outras;
- d) sentimento de simpatia, ternura ou piedade pelos pobres, pelos desprotegidos, pelos que sofrem, pelos injustiçados etc.;
- e) manifestação desse sentimento, com o intuito de confortar, consolar, oferecer ajuda etc.;
- f) cooperação ou assistência moral que se manifesta ou testemunha a alguém, em quaisquer circunstâncias (boas ou más);
- g) estado ou condição de duas ou mais pessoas que dividem igualmente entre si as responsabilidades de uma ação ou de uma empresa ou negócio, respondendo todas por uma e cada uma por todas; responsabilidade, interdependência;
- h) mutualidade de interesses e deveres;
- i) identidade de sentimentos, de ideias, de doutrinas;
- j) estado ou condição grupal que resulta da comunhão de atitudes e sentimentos, de maneira que o grupo venha a constituir uma unidade sólida, capaz de oferecer resistência às forças externas e, até mesmo, de se tornar mais firme ainda em face da oposição procedente de fora.<sup>62</sup>

É bom frisar que “o termo solidariedade, apesar de plurívoco, aponta sempre para a ideia de união, de ligação entre as partes de um todo.”<sup>63</sup> Isso se percebe quando do sentimento de uma obrigação jurídica solidária (onde credores e devedores podem ser solidários), ou ainda de um sentimento ou estado anímico de alguém ou grupo em relação a outro<sup>64</sup>. Saccheto diz que “não há dúvida que o conceito de solidariedade é um conceito relacional e que subentende uma relação entre pelo menos duas pessoas.”<sup>65</sup>

62 HOUAISS, Antonio (Ed.). Grande dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. **UOL**, Instituto Antonio Houaiss, 2012. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=solidariedade>>. Acesso em: 26 dez. 2014.

63 GODOI, Marciano Seabra. Tributo e solidariedade social. In: GRECCO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 142.

64 Idem, p. 142.

65 Op. cit., p.16.

Concebe-se como “raiz da solidariedade a idéia de reconhecimento do outro”<sup>66</sup>, diz Joana Tavares da Silva Rapozo.

Importante esclarecer que fraternidade e solidariedade não são termos sinônimos, embora sejam conceitos que se completam. Nos dizeres de Greco:

Fraternidade e solidariedade não são sinônimos, mas conceitos que se completam, pois, enquanto a segunda se exprime nos múltiplos modos de auxílio ao semelhante e de agir “junto com o próximo”, a primeira abrange, além disso, a tolerância, o amor e o respeito ao outro, bem como outras formas de agir “em benefício do próximo”, o que inclui, por exemplo, a filantropia.<sup>67</sup>

Logo, percebe-se que, ao contrário da fraternidade, que pode apenas ser desejada, a solidariedade é um dever advindo de uma norma jurídica, pois tal valor foi positivado como princípio no texto constitucional brasileiro.

Impossível, neste passo, deixar de mencionar que cidadania e solidariedade caminham “de mãos dadas”. Afinal, de acordo com José Casalta Nabais, “efetivamente a solidariedade mais não é do que um aspecto ou dimensão nova, e um aspecto ou dimensão nova ativa, da cidadania...”<sup>68</sup>. Na verdade, tal autor entende que se esteja diante de uma terceira etapa da cidadania: a cidadania responsabilmente solidária, “em que o cidadão assume um novo papel, tomando consciência de que seu protagonismo ativo na vida pública já não se basta com o controle do exercício dos poderes”<sup>69</sup> e no qual o indivíduo assume encargos, deveres e responsabilidades derivados dessa mesma vida pública e que não podem ser enxergados como tarefa exclusiva do Estado<sup>70</sup>.

Inegável, portanto, que enquanto cidadãos, existe o dever de serem solidários. Rapozo explica que:

Ao contrário do que ocorre com os demais valores que fundamentam direitos, a solidariedade apresenta sua função legitimadora de forma indireta, na medida que o faz por intermédio de deveres, pelo menos naqueles deveres que necessariamente correspondem a direitos.<sup>71</sup>

Destarte, “quando falamos do princípio da solidariedade, referimo-nos à norma que prescreve a necessidade de um cumprimento de deveres de cooperação, tendo em conta a perspectiva dos menos favorecidos, que se estende inclusive às gerações futuras.”<sup>72</sup>.

66 RAPOZO, Joana Tavares da Silva. **Limites do princípio da solidariedade na instituição de contribuições sociais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

67 GRECO, 2005, op. cit., p. 174.

68 NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e Direito Fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 124.

69 *Idem*, p. 124-125.

70 *Idem*, p. 124-125.

71 RAPOZO, 2009, op. cit., p. 27.

72 *Idem*, p. 15.

Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz acertadamente fala que “a solidariedade implica, por outro lado, a co-responsabilidade, a compreensão da transcendência social das ações humanas, vem a ser, do co-existir e do con-viver comunitário.”<sup>73</sup>.

No mesmo passo, Marco Aurélio Greco alerta:

Outro ponto que resulta do exame da solidariedade social é o da dignificação constitucional dos deveres fundamentais.

Não há como raciocinar sobre direitos fundamentais sem examinar os equivalentes deveres, dentre os quais, o dever de ratear o custo do Estado querido pela sociedade.<sup>74</sup>

Por lógico, o Direito enquanto organizador da vida em sociedade traz determinações, limites e deveres para que se possa buscar o bem comum e a harmonia social. Diante do estágio evolutivo social em que se vive, solidariedade não pode mais ser vista apenas como virtude ou favor<sup>75</sup>, pois o ordenamento jurídico brasileiro a positivou como norma constitucional e sua concretização depende da satisfação de deveres pelos cidadãos. Todos ganham com a solidariedade. Cabem aqui as palavras de Peces-Barba Martínez:

*El ejercicio de un deber fundamental no reporta beneficios exclusivamente al titular del derecho subjetivo correlativo, cuando existe, sino que alcanza una dimensión de **utilidade general**, beneficiando al conjunto de ciudadanos y a su representación jurídica, el Estado.*<sup>76</sup> (grifo nosso)

Embora se tenha a impressão de que, conforme alerta Nabais<sup>77</sup>, o assunto “deveres, responsabilidades e custos” para materialização dos direitos não esteja há muito em moda, não se pode perder de vista que “tanto os direitos como os deveres fundamentais integram o estatuto constitucional do indivíduo, ou melhor da pessoa.”<sup>78</sup>. Ambas as faces são igualmente importantes, na medida em que são interdependentes.

73 DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado Social e princípio da solidariedade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n 3, p. 31-48, jul./dez. 2008, p. 32.

74 GRECO, 2005, op. cit., p. 182.

75 Nas palavras de Paulo Sergio Rosso, a “solidariedade tornou-se, por via da Constituição de 1988, direito positivo, passando a não representar apenas sentimento pessoal ou aspiração de grupos. Hoje é dever de toda sociedade prestar auxílio aos fracos e desamparados, ainda que esse desejo possa inexistir no íntimo de alguns ou muitos cidadãos.”

ROSSO, Paulo Sergio. Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. In: CONPEDI, Manaus, 2013. **Anais...** CONPEDI, 2013. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/paulo\_serjio\_rosso.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014.

76 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Doxa*, Alicante, n. 4, p. 329-341, 1987, p. 336. **Universidad de Alicante**, Alicante, 1987. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10045/10915>. Acesso em: 30 nov. 2014.

77 NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Egov – Portal de e-governo, inclusão digital, e sociedade do conhecimento**. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014.

78 Idem.



A noção de deveres fundamentais não é nova, ainda que pareça haver em tempos atuais um esquecimento da ideia de deveres<sup>79</sup> e que o egoísmo e o individualismo são frequentes na sociedade. Todavia, a vida em comunidade pressupõe o “enxergar o outro” para que se consiga um mínimo de harmonia que garanta tal *modus vivendi*.

Interessante aqui registrar, a título de exemplo, o artigo 2º da Constituição Italiana, que contém uma cláusula geral de deveres fundamentais, ilustrando que é possível nos textos constitucionais vigentes, além da noção implícita de dever, encontrar a determinação expressa de deveres fundamentais e, sobretudo, do dever de solidariedade:

*Art. 2.*

*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*<sup>80</sup> (grifamos)

Destarte, nota-se o importante reconhecimento de que do ser humano deve ser exigido o cumprimento de deveres imperativos de solidariedade política, econômica e social, além da garantia de direitos. Nesse sentido, com propriedade afirma José Casalta Nabais:

Os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam **a cooperação social e a responsabilidade individual**.<sup>81</sup> (grifo nosso)

José Fernando de Castro Farias, em valioso trabalho sobre a origem do direito de solidariedade, traz a lição de León Bourgeois, que afirma:

Não é então, entre o homem e o Estado ou a sociedade que se põe o problema do direito e do dever; é entre os homens eles mesmos, mas entre homens concebidos como associados a uma obra comum e **obrigados uns com os outros pelos elementos de um objetivo comum**.<sup>82</sup> (grifamos)

79 Idem, p. 2.

80 ITALIA. Costituzione (1947). **Governo Italiano – Presidenza Del Consiglio dei Ministri**, Itália. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaItaliana.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

“Art. 2. A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, tanto como ser individual quanto nas formações sociais em que desenvolve a sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres imperativos de solidariedade política, econômica e social.”. Tradução livre desta autora.

81 NABAIS, 2014, op. cit., p. 11.

82 FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 191.

“Solidária, a sociedade que não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft* – a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros.”<sup>83</sup>, observa Eros Grau. Assim, importa que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária seja de acordo com uma postura mais exigente<sup>84</sup>, que enxerga que “a sociedade solidária é aquela que se ergue sobre pilares de sustentação efetivamente solidários” e não uma postura menos exigente<sup>85</sup>, a qual “responde que a sociedade solidária é uma sociedade que reconhece, valoriza e incentiva que seus cidadãos pratiquem atos solidários” apenas. Afinal, “cidadania implica tanto direitos como deveres”<sup>86</sup> e **os indivíduos são membros concomitantemente livres e responsáveis em sua comunidade**<sup>87</sup>.

## 6. A Solidariedade na Educação Escolar

Assim, solidariedade também deve ser ensinada (e praticada<sup>88</sup>) na escola, afinal, como disse Paulo Freire, “a educação tem a ver com *formação* e não com *treinamento*. A educação vai além da mera transferência de técnicas.”<sup>89</sup> (destaques no original). E continua: “Formar é algo mais profundo que simplesmente treinar. Formar é uma necessidade precisamente de transformar a consciência que temos, aumentar sua curiosidade intuitiva, que nos caracteriza como seres humanos. Onde há vida, há curiosidade [...]”<sup>90</sup>.

A solidariedade deve ser transmitida como parte da formação do ser humano e, parafraseando Freire, onde há vida, há necessidade de solidariedade. Ninguém é tão independente a ponto de dizer que jamais precisará do outro, ao contrário, essa independência é ilusória, uma vez que todos estão inseridos num sistema social de mútua dependência.

Roque Strieder, com razão, afirma: “Multiplicamos o conhecimento, mas temos dificuldades e impasses éticos para utilizá-lo em benefício de toda humanidade [...]”<sup>91</sup>. Então, cabe aqui a reflexão sobre para que se quer o conhecimento, “em favor de quem e em favor de que, e contra quem, e contra ou quê”<sup>92</sup> ele é válido<sup>93</sup>.

83 GRAU, 2014, op. cit., 212.

84 Cf. GODOI, 2005, op. cit., p. 148.

85 *Idem*, p. 148.

86 NABAIS, 2014, op. cit., p. 4.

87 *Idem*, p. 22.

88 Nas palavras da Paulo Freire: “É absolutamente importante saber que a educação demanda exemplos, testemunho [...]”. FREIRE, Paulo. **Pedagogia da solidariedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2014, p. 36.

89 FREIRE, 2014, op. cit., p. 37.

90 *Idem*, p. 73.

91 STREIDER, Roque. **Educar para a iniciativa e a solidariedade**. Unijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 310.

92 FREIRE, 2014, op. cit., p. 39.

93 “O sonho principal, o sonho fundamental não é a matemática. A matemática é muito importante, mas tem de estar a serviço de alguma coisa. Eu quero que a matemática trabalhe em favor da minha pessoa, um ser humano.”, reflete sabiamente Paulo Freire.

Pedagogia da Solidariedade... p. 33.

Precisa-se, segundo Strieder, “criar um conhecimento que priorize a possibilidade da convivialidade solidária entre seres vivos e em particular entre seres humanos.”<sup>94</sup>. Assim, é necessário “criar uma ética para a sensibilidade solidária, para que o interesse da humanidade esteja acima do interesse de indivíduos.”<sup>95</sup>.

Não se nega que nos tempos atuais, em que o individualismo é impulsionado pela realidade social, seja difícil manter e lutar por uma postura solidária. Sabe-se que transmitir esse valor em um espaço coletivo cheio de diversidade como a escola é uma tarefa árdua, porém necessária.

Diz Assmann:

A humanidade chegou numa encruzilhada ético-política, e ao que tudo indica não encontrará saídas para a sua própria sobrevivência, como espécie ameaçada por si mesma, enquanto não construir consensos sobre como incentivar conjuntamente nosso potencial de iniciativas e nossas frágeis disposições à solidariedade<sup>96</sup>.

Assim, pensando na “preservação da espécie”, a prática da solidariedade no cotidiano escolar se faz urgente. Deve-se manter um ambiente de cooperação, de solidariedade, um ambiente em que se possa sentir satisfação pelo outro, ficar contente com o outro e assim mostrar que a negação do outro não é algo natural, afinal nos completamos com o outro.

Não há dúvida que um ambiente solidário favorece e estimula o aprendizado dos conteúdos propostos, além de ensinar a importância de enxergar e valorizar o outro.

Oswaldo Ferreira de Melo, em artigo publicado sobre direitos e deveres de solidariedade, observa que:

Através de um sistema educacional que não se preocupe apenas com a ciência e a tecnologia, mas que junte a essas importantes jornadas epistemológicas um pouco de sabedoria do agir ético e da estética convivencial, poder-se-á conquistar muita coisa no esforço de **construir uma sociedade solidária. A esperada pedagogia da solidariedade fará a criança e o jovem entenderem que ser bom, ser justo e ser honesto não é sinal de fraqueza para enfrentar o mundo opressivo; pelo contrário, é um extraordinário ato de coragem** superar as mazelas e ajudar os outros a criarem a consciência de que, sem os laços de solidariedade a nos proteger reciprocamente, sucumbiremos todos, em meio ao caos e às lutas fraticidas.<sup>97</sup> (grifo nosso).

94 Op. Cit. p. 317

95 STREIDER, op. cit., p. 319.

96 Op. cit., p. 28.

97 MELO, Oswaldo Ferreira de. Sobre direitos e deveres de solidariedade. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica**, Bauru, v. 42, n 49, p. 137-148, jan./jun. 2008, p. 146.

## 7. A Solidariedade na Escola Inclusiva

A solidariedade é lição da escola inclusiva, já que nela todos devem ser aceitos e respeitados. Para tanto, as escolas devem repensar sua atividade, sua maneira de ser e de ensinar. Respeitar e acolher alunos com deficiência é um desafio, sem dúvida, mas este deve ser superado – e de modo imediato – porquanto a legislação pátria assim deseja. Não haverá inclusão sem mudança de paradigmas, sem mudança de atitudes, sem vontade.

A necessidade atual de criar meios novos de acesso aos direitos e bens sociais, de modo que as pessoas com deficiência possam usufruir deles da mesma maneira que os demais, decorre da desconsideração histórica da sociedade em relação a esses indivíduos, e não propriamente de certos traços e características que distinguem esses indivíduos.<sup>98</sup>

A necessidade de mudanças, por parte das escolas, fica evidente nas palavras de Mantoan:

A meta da inclusão é, desde o início, não deixar ninguém fora do sistema escolar, o qual terá de se adaptar às particularidades de todos os alunos para concretizar a sua metáfora - o caleidoscópio.

Mudam as escolas e não os alunos, para terem o direito a frequentá-la, nas salas de aulas do ensino regular<sup>99</sup>.

A escola inclusiva, além de acessível – proporciona todos os meios necessários para que os alunos frequentem seus espaços e nela permaneçam, em condições de efetivo aprendizado, considerando as individualidades de cada aluno – acolhe, convida quem está fora para entrar. Então, educar para solidariedade só é possível nesse contexto de diversidade, sob a ótica da tolerância, pois “o caminho se faz caminhando”<sup>100</sup>. Aliás, como ensina Sacchetto, “a solidariedade pressupõe a desigualdade e age como limite dos seus efeitos, ainda que não se resume a mero corretivo.”<sup>101</sup>. E completa: “Onde um está separado do outro cessa a solidariedade.”<sup>102</sup>.

98 BARCELLOS, Ana Paula de; CAMPANTE, Renata Ramos. A Acessibilidade como Instrumento de Promoção de Direitos Fundamentais. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* (coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 176.

99 MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Integração x Inclusão**: Escola (de qualidade) para Todos. 1993. Laboratório de Estudos e Pesquisas em Ensino e Diversidade (LEPED). UNICAMP. Não paginado. Disponível em: <<http://styx.nied.unicamp.br/todosnos/acessibilidade/textos/revistas/IntegInclusaoEscolaParaTodos.rtf>>. Acesso em: 29 nov. 2013.

100 HORTON, Myles; FREIRE, Paulo. **O caminho se faz caminhando**: conversas sobre educação e mudança social. Organização de Brenda Bell, John Gaventa e Jonh Peters; tradução de Vera Lúcia Mello Josceline; notas de Ana Maria Araújo Freire. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 37-38.

101 SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o Ordenamento Italiano. In: GRECCO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 16.

102 Idem, p. 36.

Ademais, os princípios adotados pela Convenção da ONU<sup>103</sup> (e que estão incorporados ao direito pátrio) devem servir de base para a interpretação das questões relativas às pessoas com deficiência e, em especial, à educação e escola inclusivas. E sob esse aspecto, é nítida a presença da solidariedade e do pensar no outro na maioria desses princípios. Pela sua importância, vale citar: a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) a não-discriminação; c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade; g) a igualdade entre o homem e a mulher; h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade (artigo 3º).

Assim, a escola inclusiva, que é uma escola por natureza solidária, vai ao encontro do almejado pela referida Convenção da ONU<sup>104</sup> e do próprio Constituinte Originário, o qual desde o preâmbulo demonstra a intenção de que sejamos uma sociedade fraterna e pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. E a harmonia social entre os adultos (que vivem sob a pressão “do mercado”) só será um dia possível se as crianças e jovens aprenderem a ser solidários e o quanto é fundamental é se colocar no lugar do outro. Portanto, educar para solidariedade é tarefa de todos os envolvidos no processo de formação humana e, indubitavelmente, dever da instituição de ensino.

## 8. Conclusões

O direito à educação de qualidade é direito constitucional, que não pode ser negado a qualquer aluno, muito menos ao aluno com deficiência. Sob o manto da Convenção da Onu, que tem status de emenda constitucional, não há mais espaço – nem tempo – para se excluir da escola regular qualquer tipo de aluno. Considerando-se que no Brasil a solidariedade é norma constitucional (na modalidade “princípio”) e que todo cidadão, além de direitos tem deveres fundamentais, e considerando que a educação visa o pleno desenvolvimento humano e a preparação para o exercício da cidadania, além da qualificação para o trabalho, conforme os ditames do artigo 205 da Constituição Federal, outra não pode ser a conclusão senão a de que as instituições de ensino têm o dever de ensinar e praticar a solidariedade. Todavia, isso não é possível se a escola “abrir as portas” apenas para alguns “tipos” de alunos. A escola inclusiva é a que melhor pode refletir e ensinar solidariedade, pois ensina a enxergar no outro, apesar das diferenças, igual dignidade. A

---

103 Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

104 Idem.

escola que inclui, aceitando todos os tipos de alunos, sem discriminação e preconceito, proporcionando a eles reais condições para o desejado aprendizado, além de cumprir a legislação vigente, está exercendo o seu mais sublime papel: o de educar, que não comporta divisões, exclusões ou segregações. Educar, vale repetir, é dever de todos e também direito de todos.

Portanto, a educação que deve ser considerada direito fundamental, no que tange ao ensino escolar, para atender à vontade do Constituinte Originário e para ser instrumento na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, precisa ser praticada em um ambiente acolhedor das diferenças, o qual hoje recebe o nome de “escola inclusiva”, mas que se espera, um dia, ser tratada apenas de “escola”, pois escola existe para educar GENTE... e gente é naturalmente diferente.

## 9. Referências

- ALVES, Rubem. **A escola com que sempre sonhei sem imaginar que pudesse existir**. Campinas: Papyrus, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Variações sobre o prazer**: Santo Agostinho, Nietzsche, Marx e Babette. São Paulo: Planeta do Brasil, 2011.
- ARAUJO, Ceres Alves de. **Entre dois mundos**. Entrevistador: Roberto Guimarães. Revista Educação, São Paulo, v. 11, n. 22, set. 2011.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ASSMANN, Hugo. **Reencantar a educação**: rumo à sociedade aprendente. Petrópolis: Vozes, 2011.
- ÁVILA, Humberto. Limites à tributação com base na solidariedade. In: GRECCO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de; CAMPANTE, Renata Ramos. A Acessibilidade como Instrumento de Promoção de Direitos Fundamentais. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* (coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BASILIO, Dione Ribeiro. **Direito à Educação**: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz da teoria dos direitos fundamentais e da constituição federal brasileira de 1988. 2009. 140 p. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos).

- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02122009-152046/>>. Acesso em: 06 maio. 2015.
- BOFF, Leonardo. **O outro é tudo**. nov. 2004. Não paginado. Disponível em: <<http://www.leonardoboff.com/site/lboff.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2015.
- CHALITA, Gabriel Benedito Isaac. **Educação: a solução está no afeto**. São Paulo: Gente, 2001.
- CROCHÍK, Leon. **Novos papéis**. Entrevistador: Rubem Barros. Revista Educação, São Paulo, v. 9, n. 97, p. 30-40, 2005.
- DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado Social e princípio da solidariedade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n 3, p. 31-48, jul./dez. 2008.
- FARIAS, José Ferando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa com Deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* (coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 31. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Pedagogia da solidariedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2014.
- GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: GRECCO, Marco Aurélio;
- \_\_\_\_\_. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.
- GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. In: GRECCO, Marco Aurélio;
- HORTON, Myles; FREIRE, Paulo. **O caminho se faz caminhando: conversas sobre educação e mudança social**. Organização de Brenda Bell, John Gaventa e John Peters; tradução de Vera Lúcia Mello Josceline; notas de Ana Maria Araújo Freire. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O direito à educação na realidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003.
- MADRUGA, Sidney. **Pessoas Com Deficiência e Direitos Humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

- MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão escolar: o que é? Por quê? Como fazer?** 2. ed. São Paulo: Moderna, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Integração x Inclusão: Escola (de qualidade) para Todos.** 1993. Laboratório de Estudos e Pesquisas em Ensino e Diversidade (LEPED). UNICAMP. Não paginado. Disponível em: <<http://styx.nied.unicamp.br/todosnos/acessibilidade/textos/revistas/IntegInclusaoEscolaParaTodos.rtf>>. Acesso em: 29 abr. 2015.
- MATURANA, Humberto. **Emoções e linguagem na Educação e na política.** Tradução de José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: UFMG, 1998.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. Sobre direitos e deveres de solidariedade. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos:** divisão jurídica, Bauru, v. 42, n 49, p. 137-148, jan./jun. 2008.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. Direitos humanos, direitos sociais e justiça: uma visão contemporânea. In: KONZEN, Armando Afonso (Coord.). **Pela justiça na educação.** Brasília, DF: MEC, FUNDESCOLA, 2000.
- MORIN, Edgard. **A cabeça bem-feita:** repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e Direito Fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação.** São Paulo: Dialética, 2005.
- NACONECY, Carlos Michelon. **Ética & Animais:** um guia de argumentação filosófica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Doxa*, Alicante, n. 4, p. 329-341, 1987, p. 336. **Universidad de Alicante**, Alicante, 1987. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10045/10915>>. Acesso em: 30 nov. 2014.
- PEIXINHO, Manoel Messias; GUANABARA, Peixinho. O Sistema de Cotas Raciais e o Princípio Constitucional da Isonomia: um estudo sobre a cidadania, a igualdade e as ações afirmativas no Brasil. In: **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI.** Manaus, 2006. Não paginado. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_humano\\_td\\_manoel\\_peixinho\\_e\\_ricardo\\_guanabara.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_manoel_peixinho_e_ricardo_guanabara.pdf)>. Acesso em: 06 maio. 2015.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_; SILVA, Beatriz Pereira da; CAMPOLI, Heloisa Borges Pedrosa. A Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência no Brasil. *IN: Temas de Direitos Humanos.* 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAPOZO, Joana Tavares da Silva. **Limites do princípio da solidariedade na instituição de contribuições sociais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.



- RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Direito Educacional:** educação básica e federalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o Ordenamento Italiano. In: GRECCO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação.** São Paulo: Dialética, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. Inclusão social e direito à educação: a importância de uma escola para todos. In: GASPARETTO, Soraya Lunardi (Org.). **Inclusão social e sua efetivação.** Curitiba: CRV, 2011, v. 1, p. 131-146
- SILVA, Roberta Cruz da. Direito à Saúde. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* (coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012.
- STREIDER, Roque. **Educar para a iniciativa e a solidariedade.** Unijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 310.
- TORRES, Ricardo Lobo. Existe um Princípio Estrutural da Solidariedade? In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação.** São Paulo: Dialética, 2005.
- YAMASHITA, Douglas. Princípio da Solidariedade em Direito Tributário. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Solidariedade social e tributação.** São Paulo: Dialética, 2005.

# DIREITO À SAÚDE, TEORIAS NEGADORAS, LOTERIA E MÍNIMO DECENTE

---

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professora Adjunta do Departamento de Direito e do Programa de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA. Professora e Pesquisadora da Universidade do CEUMA. Professora do IMEC. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário – NEDISA/UFMA.

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Granada – Espanha. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professor Associado e Coordenador do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Maranhão. Professor e Pesquisador da Universidade do CEUMA. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Bolsista Produtividade da FAPEMA.

## Resumo

Abordam-se as teorias negadoras do direito à saúde com o objetivo de evidenciar a fragilidade das argumentações e demonstrar a possibilidade de se construir uma justificação metajurídica e ética para a garantia do direito à saúde. Destaca-se a complexidade do direito à saúde e a universalidade de sua titularidade, assim como problematiza-se a identificação do direito à saúde com o direito à assistência social. Analisam-se as teorias de negação do direito à saúde a partir de uma proposta que se apresenta libertariana. Destaca-se a discussão sobre as relações propostas por essa teoria entre o direito à saúde e o direito de propriedade, com o objetivo de justificar a configuração de um estado mínimo. Coloca-se em evidência a ideia de loterias natural e social, o dever de beneficência e a ideia de mínimo decente para introduzir uma reflexão sobre o mercado da saúde.

## Palavras-chave

Saúde; Teorias negadoras; Mínimo descente.

## Abstract

It approaches the theory that deny the right to health in order to highlight the fragility of arguments and demonstrate the ability to build a ethical justification for guaranteeing the right to health. Highlights the complexity of the right to health and the universality of their ownership, as well as discusses the identification of the right to health with the right to social assistance. It analyzes the theories of denial of the right to health from a proposal that presents libertarian. Noteworthy is the discussion on the relations proposed by this theory, between the right to health and the right to property, in order to justify the setting of a minimal state. We put in evidence the idea of natural and social lotteries, the duty of beneficence and the idea of decent minimum, to introduce a reflection on the health market.

## Key words

Health; Theories of denial; Decent minimum.

## 1. Introdução

O presente artigo objetiva problematizar as teorias negadoras do direito à saúde. Para tanto, apresentam-se dois argumentos que demonstram a fragilidade de tal concepção, quais sejam: que tem sentido conceitual falar-se de direito à saúde; e que o direito à saúde é um direito justificado, entendendo sua justificação como metajurídica e ética.

Discute-se, também, que o direito à saúde é um direito complexo, pois expressa uma série de elementos distintos, embora conectados entre si. Em seguida, a partir desta constatação, objetiva-se demonstrar que o direito à saúde é um direito que deve ser concebido como universal em sua titularidade. Problematiza-se a identificação do direito à saúde com o direito à assistência à saúde. Ainda põe-se em análise a identificação do direito à saúde com um *direito de negação*, ou seja, de o indivíduo não ser lesado em sua saúde.

Observa-se que num contexto de cortes crescentes no setor da atenção à saúde, de avanço notável de novas tecnologias e de uma suposta crise do Estado Social, a questão da justificação do direito à saúde chama atenção, principalmente quando o debate aborda o seu alcance, os seus limites e as formas em que estaria justificado fornecer – ou ainda racionar – os recursos em saúde. Por isso, não é de se estranhar a crescente expansão e incremento da literatura mundial sobre as questões sanitárias.

Inicialmente analisar-se-á as teorias de negação do direito à saúde desenvolvidas a partir de uma proposta que se apresenta como libertariana. Discute-se a justificação do direito à saúde pelo princípio da autonomia/liberdade, em especial, por meio do direito de propriedade. Objetiva-se demonstrar que essa proposta se preocupa fundamentalmente

em justificar e traçar o significado do direito de propriedade. Assim, o único Estado que está justificado por meio da presente teoria é o *Estado Mínimo*. Analisa-se a possibilidade de justificação das políticas de saúde pública nessa perspectiva, assim, como põem-se em debate a ideia de que a doença é uma falta de sorte, mas não uma injustiça.

Para alcançar os objetivos propostos o trabalho foi dividido em três capítulos, quais sejam: problematização das teorias negadoras do direito à saúde; estado mínimo, loteria social e direito à saúde e, dever de beneficência e *decent minimum*.

No primeiro capítulo, como mencionado acima, abordam-se as teorias negadoras do direito à saúde com o objetivo de evidenciar a fragilidade das argumentações e demonstrar a possibilidade de se construir uma justificação metajurídica e ética para a garantia do direito à saúde. Destaca-se a complexidade do direito à saúde e a universalidade de sua titularidade, assim como, problematiza-se a identificação do direito à saúde com o direito à assistência social.

No segundo capítulo analisa-se as teorias de negação do direito à saúde a partir de uma proposta que se apresenta libertariana. Destaca-se a discussão sobre as relações, propostas por essa teoria, entre o direito à saúde e o direito de propriedade, com o objetivo de justificar a configuração de um estado mínimo. Coloca-se em evidência a ideia de loterias natural e social de Engelhardt (1995).

No último capítulo analisa-se o dever de beneficência e a ideia de mínimo decente de Buchanan, para introduzir uma reflexão sobre o mercado da saúde.

Para construção do presente artigo utilizou-se o método analítico, cuja aproximação das teorias da negadoras caminharam de um plano abrangente para constatações particulares com o objetivo de problematizar a justificação do direito à saúde. Desenvolveu-se procedimento de pesquisa monográfico, com a finalidade de evidenciar a falta de solidez das teorias libertarianas, assim como abordaram-se diferentes teorias que pretendiam ultrapassar tal perspectiva, mas que caíram na armadilha do individualismo e do mercado. Foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica. Deve-se destacar que o presente artigo é parte de pesquisa desenvolvida no âmbito do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário e do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da Universidade Federal do Maranhão, num processo articulado e interdisciplinar de atuação científica.

## **2. Problematização das Teorias Negadoras do Direito à Saúde**

Diante das teorias negadoras, ou seja, aquelas teorias que negam que se possa falar de um direito à saúde, devem-se apresentar dois argumentos que demonstram a fragilidade de tal concepção, quais sejam: que tem sentido conceitual falar-se de direito à saúde; e que o direito à saúde é um direito justificado, entendendo sua justificação como metajurídica

e ética, configurando-se esta perspectiva como suficiente para resguardar um direito fundamental à proteção da saúde.

Em seguida, deve-se assumir que o direito à saúde é um direito complexo, pois expressa uma série de elementos distintos, embora conectados entre si. Entre eles estão no mínimo: o direito que tem o indivíduo de não sofrer danos, em sua saúde, provocados por terceiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas; o direito a que o estado promova uma série de medidas e políticas de proteção e promoção da saúde pública, meio ambiente e seguridade social e que sejam criadas condições para que a saúde das pessoas não seja ameaçada; e o direito à assistência sanitária. Este ponto é importante, pois de alguma forma as outras condições dele derivam.

Em terceiro lugar, efetivamente, se o direito à saúde abarca todos esses elementos, não resta dúvida de que este direito deve ser concebido como universal em sua titularidade. A questão torna-se mais complexa quando se identifica o direito à saúde ao direito à assistência à saúde. Para alguns, o direito à assistência à saúde não tem caráter universal (AÑÓN, 2009). No entanto, Añón (2009) argumenta que a redução do direito à saúde ao direito à assistência à saúde não afeta a universalidade do direito à saúde já que deve ser concebido como universal em todas as suas vertentes, inclusive na perspectiva da assistência à saúde.

Fala-se, geralmente, de *direito à saúde*, mas a própria denominação desse direito está longe de suscitar consenso. Assim, pode-se ressaltar, de acordo com Añón, no mínimo seis possibilidades de apresentação desse direito, quais sejam:

[...] direito à saúde, direito à assistência sanitária, direito à proteção da saúde, direito a gozar de um nível adequado de saúde ou, paradoxalmente, as expressões aparentemente contraditórias: direito ao máximo nível possível de saúde e o direito ao mínimo decente de assistência sanitária (AÑÓN, 2009, p. 37).

Tomadas em suas formulações estritas, cada uma dessas denominações têm alcance e significado bastante diversos. Examine-se, por exemplo, os textos e declarações jurídicas de âmbito internacional em que se reconhece o direito à saúde. As declarações internacionais de direitos humanos não só constituem normas válidas – Declaração de 1948, por exemplo, como permitiram que o direito à saúde fosse alçado à categoria de direito fundamental, tal como ainda, para exemplificar, o artigo 6º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Além disso, as declarações internacionais constituem verdadeiros *standards* de legitimidade do poder dos estados, pois são uma referência iniludível e uma diretriz inquestionável para a compreensão do conteúdo dos direitos humanos. Faz-se referência, exemplificativamente, ao artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

de 1966 em seu artigo 12, à Convenção sobre os Direitos das Crianças em seu artigo 24, entre outros.

Deve-se observar a formulação prevista no preâmbulo da Constituição da OMS, de 1946, ao asseverar que todos os povos têm direito de “[...] goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.” (OMS, 1946, p. 1).

Chama a atenção a heterogeneidade das formulações, mas também os numerosos elementos que parecem estar reconhecidos nas diferentes declarações. Assim, e isto é muito relevante, o texto da Declaração Universal de Direitos Humanos parece distinguir ao menos três elementos diferentes que devem ser levados em consideração quando se trata do direito à saúde, quais sejam: o direito a um nível de vida adequado que assegure saúde e bem-estar; o direito à assistência médica e serviços sociais básicos; e o direito ao auxílio doença (para suportar a doença na medida em que se pressupõe uma perda dos meios de subsistência – trabalho – por circunstâncias alheias a vontade do indivíduo).

Se se quiser dar relevância à formulação da Declaração Universal de Direitos Humanos na configuração desse direito, ter-se-á, ao menos, que constatar determinadas referências fundamentais. Em primeiro lugar, o direito à saúde não é suscetível de uma consideração simplista, pois se apresenta como um direito complexo, por agrupar uma série de elementos de diversos âmbitos. Para Dallari e Nunes Júnior:

Uma das questões mais elementares – e, contraditoriamente, mais complexas – no Direito Sanitário é a formulação de um conceito jurídico de saúde. Isso porque, embora já existam diversos juízos sobre o tema, ainda não houve um que granjeasse, senão o consenso, ao menos a hegemonia na doutrina. Nesse ambiente de dilemas e dúvidas, podemos encontrar, no entanto, alguns lugares comuns, de onde partem, ou partiram, quase todos os esforços conceituais em relação ao assunto. O primeiro deles advém da acepção com que o termo é ordinariamente empregado: saúde como ausência manifesta de doença. Com efeito, a descoberta dos germes causadores de doenças e o seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, somada ao verdadeiro culto à ciência, predominante no século vinte, induziu a disseminação do conceito de saúde como ausência de doenças. As drogas aperfeiçoadas, adequadamente empregadas, resultavam na cura de várias doenças, salvando muitas vidas. Parece evidente, entretanto, que a ausência de doença, embora expresse um fator importante do estado de saúde, não o esgota, pois diversos outros aspectos devem ser considerados, como, por exemplo, o bem-estar psíquico do indivíduo. A insuficiência do conceito, contudo, não lhe subtrai importância, pois, se de um lado, padece da falta de amplitude, de outro, apresenta a virtude da precisão, o que serve, ao menos,

para exprimir um núcleo claro e preciso dentro de um conteúdo mais abrangente. Em outras palavras, como sempre haverá algum espaço de indeterminação, estremar-se conteúdos de clareza e determinação constitui instrumento hermenêutico dos mais relevantes (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 7).

Assim, a consideração do direito à saúde dos indivíduos e sua proteção aparece fortemente vinculada com aspectos relativos ao nível e as condições de vida da população. Além disso, os serviços médicos de saúde aparecem apenas como um dos elementos integrantes do direito à saúde, mas não o único. O auxílio doença figura como um elemento autônomo desvinculado da assistência médica e este auxílio configurando-se como um seguro destinado a suportar as situações de infortúnio do trabalhador. Ou seja, o auxílio doença deve assegurar a subsistência do trabalhador e sua família nos períodos em que o trabalhador esteja impedido de desenvolver regularmente sua atividade laboral.

Esta perspectiva desvincula o direito à assistência à saúde do seguro obrigatório para todos os trabalhadores e parece fortalecer a ideia de que o direito aos serviços de saúde não estariam necessariamente vinculados com a situação de trabalhador ativo, embora historicamente esta tenha sido sua origem. A temática dos serviços de saúde tem ganhado uma tendência de universalidade, e desta forma, de fornecimento incondicionado.

Apesar de todo o conjunto de argumentações acima expostas, a configuração do direito à saúde, ainda, está distante de uma unanimidade. Para os críticos da expressão *direito à saúde*, esta terminologia é uma forma abreviada e pouco precisa de se referir ao *direito de proteção à saúde*, já que a expressão *direito à saúde*, entendida estritamente, não teria sentido, vindo a significar no mínimo um *direito a não estar doente*, o que está fora das possibilidades jurídicas, ou seja, o direito não pode garantir um resultado que está fora do alcance humano, apenas pode garantir a utilização de certos instrumentos para a proteção e recuperação da saúde.

Na realidade seria um *direito à proteção* no sentido em que é um direito a que se estabelece por parte do Estado – uma série de medidas que permitem que a saúde dos cidadãos seja promovida ou reparada. Embora seja impossível garantir os resultados, não parece que este argumento seja concludente quanto ao uso da expressão *direito à saúde*. É o que observa Toebe (2001), não sem certa ironia, ao dizer que o *direito à vida* pretende poder garantir a vida eterna. Podem-se dizer coisas similares de muitos outros direitos, como o direito à segurança, o direito à educação ou outros direitos sociais, e não há contestação quanto à utilização dessas expressões em relação a estes últimos direitos.

A denominação *direito à saúde* é seguramente a mais utilizada no âmbito das Nações Unidas. Assim, utilizar-se-á a expressão *direito à saúde* em geral, já que esta parece ser a mais coerente com os textos internacionais. Os principais documentos internacionais

vinculam a expressão *direito à saúde* não apenas a assistência à saúde, mas também a todas as condições necessárias para a saúde, como o acesso à água potável, o meio ambiental, o meio ambiente do trabalhador, dentre outras (TOEBES, 2001).

Em todo caso, se se quiser atender as exigências apresentadas anteriormente sobre a necessidade de especificar a expressão para assinalar que o direito não pode garantir um resultado, pode-se afirmar que a expressão *direito à proteção à saúde* é a opção mais adequada, embora tenha o grave inconveniente de sugerir uma certa identidade reducionista com o direito à assistência à saúde. Daí ressalte-se, como fez Dallari e Nunes Junior (2010) sobre a importância do Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, pois nele são enaltecidos outros importantes aspectos da saúde, como a ideia de saúde como um bem coletivo.

Com efeito, tomando-se como relevante a formulação e as implicações da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 parece que se tem um primeiro elemento de análise. Se o direito de que se está falando se trata de um direito complexo (COBREROS MENDAZONA, 1988), parece melhor referir-se a um *direito à proteção da saúde* ou de um *direito à saúde* e não de um *direito de assistência à saúde*, que é apenas mais um dos elementos que estão incluídos no direito de proteção à saúde. Assim, por exemplo, Gavín (1989), referindo-se ao caso da configuração do *direito à proteção da saúde* afirma que este se projeta em três direções, que constituem outros tantos aspectos do direito: a) direito à proteção da saúde como direito de todo cidadão as prestações de saúde do Estado; b) direito à proteção da saúde como direito subjetivo em relação à atividade dos poderes públicos para proteger a salubridade pública; e c) direito de proteção à saúde como direito de cada pessoa a que sua própria saúde não seja ameaçada nem lesionada por ações externas, realizadas por qualquer sujeito público ou privado.

Apesar de todas essas considerações, alguns autores teimam em optar pela expressão *direito de assistência à saúde*. Não resta dúvida de que este é um elemento essencial do direito à saúde, mas não é o único e nem o mais importante. Além disso, pode-se analisar que o debate sobre a temática da saúde tem, infelizmente, se concentrado nesta dimensão. Principalmente, devido às grandes dificuldades teóricas que o *direito à saúde* apresenta, tanto do ponto de vista de sua justificação, quanto na sua configuração jurídica e na sua garantia. Esta questão é fortalecida tendo em vista que o direito à saúde se configura como um direito social de prestação, que exige uma atividade positiva do estado.

Dar prioridade ao aspecto de assistência à saúde tenderia a justificar o *direito à saúde* num aspecto teórico extremamente problemático, daria destaque apenas à perspectiva econômica e deixaria todos os outros aspectos extremamente empobrecidos. Entre os que preferem falar de *direito à assistência médica*, afirmam que esta é a parte mais importante do direito à saúde.



González (1999) utiliza a expressão *direito à atenção à saúde*, entendendo por esta o oferecimento de *serviços destinados a prevenir, promover ou recuperar a saúde*. Para este autor, tal caracterização do direito teria duas vantagens: a) referir o direito à saúde como *direito à atenção à saúde* evitaria ter que conceituar *saúde*, tarefa que pode resultar prejudicial para efetiva realização do direito, dadas as dificuldades e intermináveis discussões a que daria lugar obter uma definição prévia de saúde; e b) teria a ver com o paradoxo de se falar *direito à atenção à saúde* e *direito à saúde*. Em tal caso se a saúde de uma pessoa se deteriora sem qualquer intervenção, nem de forma direta nem de forma indireta, resultaria difícil saber se e em que sentido se haveria violado este direito.

Não obstante, aos efeitos da fundamentação do direito, esta tem sido uma questão objeto de debate. Assim, a partir de determinadas concepções e teorias da justiça, quando se compreende a saúde ou a doença como uma mera circunstância, como uma espécie de loteria natural independente de considerações sobre a estrutura social ou institucional, a ausência de saúde não poderia ser considerada como uma situação de injustiça e não seria problema da sociedade, pois a coletividade não poderia ser responsabilizada pela doença das pessoas.

No que se refere à primeira questão, não ter que contar com uma definição prévia de saúde talvez seja efetivamente uma vantagem porque as definições de saúde são incompletas, sofrem certa indefinição ou são tão amplas que parecem ser pouco operativas. A definição de saúde mais conhecida e citada é a da Organização Mundial de Saúde. Esta definição foi aprovada em 1948 e significativamente – como a própria OMS normalmente adverte – não tem sido emendada desde então. Como já mencionado, a OMS define saúde “[...] como um estado completo de bem-estar físico, mental e social e não meramente ausência de doença.” (OMS, 1946, p. 2).

Efetivamente, as críticas apresentadas à definição de saúde da OMS são muito duras e em parte justificadas. Assim, por exemplo, para Gracia (1988), se se tomasse esta definição ao pé da letra, seria preciso *medicalizar* os orçamentos públicos dos estados e dedicá-los exclusivamente à assistência à saúde.

Cortina (1998), por sua parte comunga desta crítica, considerando, além disso, que a proposta da OMS, não somente seria pouco realista, bem como seria suscetível de criar enormes frustrações na medida em que nenhuma sociedade poderia conseguir que todos os seus membros gozassem desse perfeito bem-estar físico, mental e social. Em outro sentido, algo diferente, mas também crítico, Berlinguer (2002, p. 175) tem observado que a saúde não é um estado nem é perfeição, mas sim, “[...] es una situación de equilibrio cambiante que ahora podemos desplazar notablemente hacia lo mejor, a diferencia de lo que ocurría en el pasado.”

No entanto, não se acredita que ter que estabelecer um conceito de saúde seja uma desvantagem ou que seja algo impossível. Cortina (1998), mesmo rejeitando a definição

da OMS, argumenta que é possível caracterizar de forma aceitável o conceito de saúde, para o qual, como para a qualidade de vida, existem certas variáveis objetivas. Apesar de todos os inconvenientes, para Añón (2009) o conceito de saúde da OMS tem algumas vantagens e enfatiza determinados aspectos que não devem ser olvidados. Frente às concepções anteriores de saúde, apresenta a vantagem de abandonar a visão puramente *medicamentalizada*.

Retomando a discussão sobre a validade das teorias negadoras do direito à saúde, em quarto lugar, derivando da complexidade do direito à saúde, Añón (2009) entende que o direito à saúde não se identifica meramente com um *direito de negação*, ou seja, de o indivíduo não ser lesado em sua saúde. Entende-se que essa perspectiva é uma parte do direito à saúde – conectada com outros direitos, como o direito a integridade física, ou o direito à vida – mas não a única. Assim sendo, seria possível distinguir entre uma vertente negativa e uma vertente positiva do direito à saúde.

Geralmente, parece constituir uma vantagem teórica e prática e, sobretudo, operativa, identificar o direito à saúde com o direito à assistência à saúde. Essa vantagem seria de dois tipos. Por um lado, essa identificação permitiria definir claramente o alcance do direito à saúde (e com ela, também definir as medidas para sua proteção). Por outro lado, permitiria, ainda, postular o direito à saúde sem a necessidade de optar por um conceito de *saúde* que é de difícil especificação.

Añón (2009) considera, contudo, que estas aparentes vantagens são extremamente obscuras. Por um lado, se é certo que mediante uma configuração restritiva do direito à saúde se pode estreitar o problema, não está claro por sua vez que isto permitiria determinar o *mínimo protegido* pelo direito (ao menos sem buscar uma definição de *saúde*, com o que se perde sua pretensa vantagem). Além disso, limitar o *direito à proteção da saúde* a um *direito à assistência à saúde* não oferece melhores possibilidades de garantia do direito, tanto na perspectiva do não cumprimento individual, quanto no âmbito da abstenção geral dos poderes públicos, ou o que é o mesmo, a questão de efetivação de suas garantias (e em geral, os problemas conceituais e sociológicos atribuídos à proteção dos chamados *direitos de prestação*).

É certo que não ter que optar por estabelecer uma definição de *saúde* poderia ser vantajoso, em virtude das dificuldades que isto oferece, contudo, não parece fácil – como se tem sugerido – que se possa determinar um mínimo de proteção sem apelar a algum conceito mínimo de saúde. É certo que algumas teorias da justiça propostas desde o liberalismo igualitário têm optado por não elaborar uma teoria das *necessidades básicas* que indiquem um nível mínimo de saúde, para centralizar a questão nos desejos e preferências do agente, argumentando a necessária proteção da autonomia individual.

Para Añón (2009) é possível falar da existência de um direito à saúde, em oposição às teorias negadoras em dupla perspectiva: do direito à saúde do ponto de vista jurídico e de sua justificação atendendo a considerações metajurídicas.

De alguma maneira, estas duas perspectivas representam duas formas de responder a pergunta sobre a existência de um direito à saúde. A pergunta sobre a existência de um direito à saúde, assim formulada, parece imprecisa e irrelevante, no entanto, deve-se observar que é fundamental questionar se conceitualmente faz sentido falar-se de um autêntico direito subjetivo à proteção da saúde (para além do fato que distintas constituições e declarações internacionais de direitos falem sobre o direito à saúde) ou, em outro plano, se existe uma pretensão justificada que possa dar lugar ao estabelecimento de um direito subjetivo à saúde.

Dentre estes dois aspectos Añón (2009) aborda como ponto de partida a segunda perspectiva. O debate sobre a existência de uma justificação metajurídica, de caráter moral ou político a respeito de um direito à saúde, pode parecer irrelevante quando se aponta para existência de um direito à saúde positivado, previsto em constituições e textos internacionais, que o reconhecem como direito subjetivo. E, ainda de forma mais conclusiva, quando se alude a uma série de instituições, de políticas públicas e de ordenamentos normativos que preveem o direito à saúde em diferentes vertentes.

### 3. Estado Mínimo, Loteria Social e Direito à Saúde

Num contexto de cortes crescentes no setor da atenção à saúde, de avanço notável de novas tecnologias e de uma suposta crise do Estado Social (AÑÓN, 2009), a questão da justificação do direito à saúde chama atenção, principalmente, quando o debate aborda o seu alcance, os seus limites e as formas em que estaria justificado fornecer – ou ainda racionar – os recursos em saúde, por isso não é de se estranhar a crescente expansão e incremento da literatura mundial sobre as questões sanitárias.

Inicialmente analisar-se-á as teorias negativas do direito à saúde desenvolvidas a partir de uma proposta que se apresenta como libertariana. A resposta radical dada à justificação do direito à saúde pelas teorias libertarianas consiste em *negar* que o direito à saúde possa ser justificado. Posturas deste tipo apresentam, pelo menos, duas teses que precisam ser abordadas, sejam analisadas isolada ou cumulativamente: a) a primeira entende que não é conveniente ou não é possível justificar a saúde em termos de direitos e b) a segunda entende que o direito à saúde (caso se pudesse falar da existência de um direito à saúde) não é um direito autônomo, mas parte de outros direitos, pois se constitui, unicamente, em duas perspectivas, quais sejam: um direito a que a saúde do indivíduo não seja prejudicada por um terceiro (especialmente, pelo estado), posto que é apenas parte do direito à vida ou do direito à integridade física e um direito a possibilidade de adquirir livremente assistência à saúde no mercado.

Essas duas teses não são incompatíveis. Em relação a tese “a”, trata-se de uma negação completa do direito à saúde e de sua possibilidade de justificação. A tese “b”, embora

admita a expressão *direito à saúde*, assevera que esta expressão constitui uma mera afirmação retórica, pois reduz ou identifica o direito à saúde a outros direitos negativos genéricos.

Nessa perspectiva retórica, somente poder-se-á admitir o dever de custear a assistência à saúde de um indivíduo no caso de o estado ou terceiro ter provocado diretamente o dano à saúde daquele, ou seja, o direito de assistência à saúde surge como uma compensação ou reparação à violação do direito à vida ou à integridade física do sujeito. Sem dúvida, as propostas mais extremadas de negação sobre a existência de um *direito à saúde* foram constituídas nas propostas libertárias ou libertarianas de autores como Robert Nozick<sup>1</sup>. A proposta libertariana surgiu nos Estados Unidos da América nos anos 1970, inspirada, principalmente, em Friedrich Von Hayek.

Vita esclarece que:

O valor político central, para essa vertente, é uma noção de “liberdade negativa” – o termo foi cunhado por Isaiah Berlin em seu clássico ensaio de 1958, intitulado “Dois conceitos de liberdade” (Berlin, 2002) – que tem por foco a não interferência, sobretudo por parte da autoridade política (mesmo se exercida de forma democrática), em direitos de propriedade ou “titularidades” (no sentido em que Nozick em prega este termo) adquiridos por meio de uma cadeia de transações de mercado voluntárias e não fraudulentas. Dessa perspectiva, a justiça tem duas características distintivas: (1) é uma virtude da conduta individual (Hayek, 1976:31-33), não um atributo que possa ser imputado a uma ordem social e política, ou cuja ausência possa ser criticada em uma ordem social e política; e (2) é uma virtude que se exprime por meio de deveres negativos (Hayek, 1976:35-38), tais como “não interfira arbitrariamente na integridade física ou na propriedade de outros”, “não descumpra suas promessas e contratos válidos”, “não aja de forma desonesta ou fraudulenta”, “não impeça uma pessoa de praticar sua religião ou de exprimir seu pensamento e suas opiniões” e assim por diante, e que se impõem como restrições não excepcionáveis às linhas de conduta que agentes individuais, privados e públicos, podem escolher. Nozick (1974:28-35) denomina essas injunções morais de “concepção side constraints” de direitos individuais. Mas o emprego da linguagem dos direitos, nesse caso, não deixa de ser dúbio, já que a ideia não é que certos direitos devem ser garantidos igualmente a todos, e sim que agentes privados e especialmente públicos estão sujeitos à exigência de se abster de adotar linhas de ação que, por mais socialmente desejáveis que possam ser, tenham o efeito colateral de violar

1 Robert Nozick foi um proeminente filósofo político americano nas décadas de 70 e 80. Desenvolveu outros trabalhos adicionais, menos influentes nas áreas de epistemologia e teoria da decisão. A sua obra “Anarquia, Estado e Utopia” de 1974 foi uma resposta libertariana para a obra “Uma Teoria da Justiça” de John Rawls, publicada em 1971.

“titularidades legítimas” (como são definidas pela própria teoria política libertariana). O foco não recai sobre a igualdade de direitos, quaisquer que sejam; a motivação central é o não descumprimento de deveres que incidem sobre a conduta individual (VITA, 2011, p.572).

A proposta libertariana desenvolveu a ideia de *Estado Mínimo* num quadro de *capitalismo radical*, mas, fundamentalmente, propôs a garantia dos direitos individuais contra a interferência de terceiros, com o objetivo de proteger o valor supremo da liberdade individual, ou como resumiu Arnsperger e Van Parijs:

El punto de partida del pensamiento libertario es la dignidad fundamental de cada persona, que no puede ser burlada en nombre de ningún imperativo colectivo. Esta dignidad reside en el ejercicio soberano de la libertad de elección en el marco de un sistema coherente de derechos. El libertarismo pretende así articular de manera consecuente una idea cuyo atractivo, hoy en día, no cede en nada frente al ideal utilitarista de una sociedad feliz: una sociedad justa es una sociedad libre (ARNSPERGER E VAN PARIJS, 2002, p. 43).

Para esta proposta, se o valor supremo a defender é a liberdade individual, os únicos direitos legítimos são os direitos de não interferência, que protegem a esfera da individualidade. A extensão desta esfera é determinada pelo conjunto do que possui o indivíduo, ou seja, na tradição de Locke (1978), o direito de propriedade, especialmente, neste caso específico, a propriedade sobre seu próprio corpo.

Desse modo, o principal direito justificado e delimitado pelo princípio da autonomia/liberdade é o direito de propriedade. Por isso, essa proposta se preocupa fundamentalmente em justificar e traçar o significado do direito de propriedade (AÑÓN, 2009). Os indivíduos devem ser livres para usar, gozar e dispor, sem limitações, de suas propriedades. Isto permite que as propriedades sejam legitimamente transferidas de um indivíduo a outro, sempre que houver acordo de vontades. Nenhum estado e nenhum poder coletivo podem legitimamente estabelecer, por meio de instrumentos normativos, restrições à liberdade, ao exercício do direito de propriedade e de livre disposição sobre os bens do indivíduo, inclusive sobre si mesmo (AÑÓN, 2009).

Para Vita:

Disso se segue que nada além de um estado comprometido com um estado de direito que converta em obrigações legais as restrições morais à ação que garantem a liberdade negativa tal como interpretada anteriormente, com ênfase na não violação de direitos amplos de propriedade, pode se justificar em nome da justiça. É possível que vastas desigualdades socioeconômicas se produzam em uma “sociedade livre”. Mesmo sendo lamentável, isso não justifica que a autoridade política empregue a coerção coletiva da sociedade para realizar um padrão de justiça social. Se há

desigualdades, isso não é produto das intenções ou dos planos de ninguém em particular, e sim de decisões tomadas de forma descentralizada por agentes individuais que decidem livremente – e são responsáveis pelas consequências das decisões que tomam – o que fazer com os recursos sobre os quais têm titularidade plena, nisso se incluindo o exercício dos próprios talentos e capacidade produtiva. Ninguém, em particular, muito menos ainda, a sociedade, pode ser responsabilizado pelas desigualdades socioeconômicas que se geram na “ordem espontânea” produzida pelo mercado que Hayek batizou de “catalaxia” (Hayek, 1976:107-132). Esse é um dos sentidos – o de negar a responsabilidade pública – que pode ser atribuído à célebre frase de Margaret Thatcher de que “não há semelhante coisa como a sociedade”. E, mais fundamentalmente, a tentativa de realizar um padrão de justiça distributiva na sociedade implica necessariamente a violação de deveres negativos não excepcionáveis, isto é, implica o emprego arbitrário e, portanto, injusto, do poder político (Vita, 2011, p. 573).

Assim, o único estado que está justificado por meio da presente teoria é o *Estado Mínimo*. O *Estado Mínimo* está unicamente preocupado em garantir que a liberdade de cada um seja preservada, ou seja, é um estado garantidor dos direitos de propriedade e repassador de tudo aquilo que macule ou obstaculize o exercício livre do direito de propriedade<sup>2</sup>.

Deve-se advertir que a proposta de um *Estado Mínimo*, preocupado apenas com a proteção dos direitos de liberdade e propriedade, por mais que sirva como arsenal argumentativo contra os supostos excessos (assistencialistas) do Estado Social (com práticas coativas e violadoras da liberdade)<sup>3</sup>, não pode ser caracterizado como uma opção atualizada de um Estado de caráter liberal-burguês, tal qual existiu historicamente após o processo revolucionário francês.

Segundo Añón (2009) o Estado liberal-burguês histórico assumiu a proteção da salubridade pública, com uma polícia sanitária que não somente podia exigir, eventualmente, ações de caráter coativo, como também o indivíduo poderia exigir, em certas circunstâncias, uma ação positiva por parte do estado para a proteção da saúde coletiva<sup>4</sup>.

2 Segundo a conhecida frase do prefácio da obra *Anarquía, Estado y Utopía* de R. Nozick: “Mis conclusiones principales sobre el Estado son que un Estado mínimo, limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robó y el fraude, de cumplimiento de contratos, etc., se justifica; que cualquier Estado más extenso violaría el derecho de ellas personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no se justifica; que el Estado mínimo es inspirador; así como correcto. Dos implicaciones notables son que el Estado no puede usar su aparato coactivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros o para prohibirle a la gente actividades para su propio bien.” (NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. México: FCE, 1990. p. 7).

3 Sobre as críticas liberal-conservadoras ao Estado Social (FERNÁNDEZ, E. *Estado, sociedad civil y democracia, en AAVV, valores, derechos y estado a finales del siglo XX*. Madrid: Marcial Pons, 1995; OFFE, Claus. *Contradicciones en el estado del bienestar*. Madrid: Alianza, 1988).

4 Sobre esta questão ver COBREROS MENDAZONA, Eduardo. *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988;

Diante do exposto, segundo o pensamento de Añón (2009) rejeita-se a primeira tese. Passa-se, agora, à análise da tese “b” (em sua dupla versão): como um direito a não ser lesado em sua saúde ou como um direito a adquirir serviços de saúde, ou, ainda, o que é o mesmo, que não existe um direito à saúde, existem apenas direitos de liberdade e propriedade, incluindo neste último a propriedade sobre o próprio corpo (podendo o indivíduo decidir como deve ser seu tratamento, e ainda, que parte de sua renda está disposto a utilizar em tratamento de saúde, em outras palavras, que serviços médicos está disposto a arcar e a que preço). Mesmo assim, observa-se, em qualquer caso, o estado não deve intervir nas questões de saúde.

Conclui-se que, para essa teoria, nenhuma política de saúde pública ou imposição de seguro público poderiam ser justificadas, pois se o estado patrocinar aos cidadãos o acesso a serviços de saúde estará violando o direito à liberdade e à propriedade, na medida em que, implica uma redistribuição coativa dos bens privados, o que, por sua vez, implica uma imposição ao direito de liberdade/propriedade sem qualquer justificação.

Na verdade não haveria justificativa nem mesmo para programas de vacinação obrigatória<sup>5</sup> ou para regulamentação da profissão de medicina. Assim, supõem que os médicos ou hospitais que prestam serviços deficientes ou não corrijam com reparações/indenizações seus erros poderiam ser identificados como estelionatários e, por conseguinte, serem expulsos pelo próprio mercado. No entanto, enquanto não se verificar situação de erro médico/hospitalar ou outras mazelas não estará justificada a tomada de qualquer medida contra a atuação desses médicos e/ou hospitais.

Por fim, se o âmbito da justiça vem definido pelos processos de apropriação das coisas e pela não violação dos direitos de liberdade e propriedade, o fato de uma pessoa adoecer é alheia a questão do direito de liberdade e propriedade, logo não outorga ao estado o dever, nem ao indivíduo o direito de assistência e, muito menos, permite ao estado a apropriação coativa de recursos pertencentes a outras pessoas para custear a saúde pública. Desta feita, Engelhardt (1995) deixa claro a impossibilidade de justificação de um direito à saúde.

De fato, Engelhardt se inspira num argumento próximo às teses libertarianas para negar a existência de um direito à saúde (ENGELHARDT, 1995). Para Engelhardt não se pode falar de direito à saúde. Para não radicalizar, pode-se, para o autor, e em certo sentido, até falar-se do direito à saúde como um direito de não ser lesado por terceiro, mas somente isso (ENGELHARDT, 1995).

---

AMOEDO SOUTO, Carlos. **Poder policial y derecho administrativo**. A Coruña: Universidad da Coruña, 2000.

5 Ressalte-se que a proteção da saúde e da salubridade pública são atividades que o Estado Liberal histórico assumiu como própria (STIGLITZ, Joseph Eugene. **Le economía del sector público**. Barcelona: Bosch, 1995, p. 319).

Embora alicerçado em argumentos libertários, Engelhardt (1995) oferece uma explicação mais sofisticada que aqueles, pois não se limita a uma mera transposição da proibição de violar os direitos de propriedade de terceiros.

Por isso, a argumentação de Engelhardt (1995) supera, em certa medida, a estrita dimensão das considerações libertarianas. Ele considera que a ideia dos direitos como reivindicações frente a terceiros se situa no plano da justiça. Portanto, supor que existe um direito à saúde, significa supor que existe um imperativo de justiça relativo à saúde, mas isso, no entanto, não significa, por outro lado, dizer que a doença é uma injustiça. Pelo contrário, para o autor a saúde (ou a doença) é uma questão de acaso (sorte ou azar), assim a doença é uma falta de sorte, mas não uma injustiça.

A saúde (ou a falta de saúde) seria o resultado de uma loteria natural: uns gozam de melhor saúde que outros e perdem ou ganham saúde em distintos momentos de sua existência<sup>6</sup>. Além da loteria natural, Engelhardt também fala de uma loteria social, porém esta loteria social, mesmo utilizando-se da expressão social, não está vinculada a ações ou omissões de terceiros (AÑÓN, 2009). Para ele, as desigualdades entre as pessoas se devem a circunstâncias do acaso, que podem ter um caráter natural ou social, assim como se deveram ao acaso não podem reputar-se como justas ou injustas.

Engelhardt (1995) admite que é difícil traçar uma distinção clara entre a injustiça e o acaso, mas sustenta que este é o único critério adequado para admitir reivindicações legítimas em matéria de saúde: será uma reivindicação legítima a que derive de um dano causado injustamente por terceiro, não uma simples necessidade.

Raciocina da seguinte forma: se se admitir a possibilidade de que as necessidades se convertam em critérios para imposição de demandas perante terceiros, se se admitir a possibilidade de que as necessidades criem direitos, se estará violando a autonomia das pessoas – o núcleo do liberalismo – pois se permitirá ao Estado legitimar medidas coativas frente aos direitos de liberdade e propriedade.

Dos dois tipos de loteria, a natural e a social, a primeira é seguramente a que proporciona o argumento de caráter mais geral (e que também se dirige diretamente a refutar toda pretensão de justificação de um direito à saúde). Já o argumento da loteria social somente funciona no âmbito das teorias libertarianas. Parece inegável que a saúde ou a ausência de saúde tenha algo do acaso: a predisposição genética a uma doença ou a possibilidade de sofrer um acidente imprevisível parecem ser questões de má sorte.

No entanto, não parece ser legítimo operar uma completa naturalização nesse sentido, embora o fato de que uma pessoa possa nascer no seio de uma família rica ou pobre

---

6 RAWLS, John. **A teoria da Justiça**. Brasília, DF: UnB, 1981. Ressalte-se que esta concepção de loteria natural Engelhardt toma da teoria da justiça de Rawls. Contudo, para Rawls a distribuição dos talentos e dons que produzem a loteria natural é moralmente arbitrária e injusta.



possa se configurar como uma questão de acaso. No entanto, não é uma questão de acaso que existam famílias ricas e pobres, também não é uma questão de acaso que existam desigualdades sociais, ou que essas desigualdades sejam tão abissais<sup>7</sup>.

Isso ocorre exatamente porque a maior ou menor desigualdade depende, em certa medida, da estrutura social das instituições básicas da sociedade. Por isso, o argumento de sustentação da loteria social somente é válido se se aceita o ponto de partida das teorias libertarianas, ou seja, somente se a questão da justiça se reduz ou se limita à proteção de determinados direitos preexistentes.

Em vez disso, se se aceita que a questão da justiça está relacionada com as instituições básicas da sociedade, se se aceita que as instituições básicas da sociedade devem ser, não apenas eficientes, mas justas, já não se poderá admitir que a distribuição da riqueza seja uma mera questão de acaso.

Esta suposição de que as instituições sociais básicas devam ser justas e que esta é sua principal virtude é o ponto de partida da teoria da justiça de John Rawls (1981) e com ele de grande parte da discussão posterior sobre a questão da justiça. Exceto a particular visão libertariana, não parece contrário a concepção liberal (de respeito à autonomia) o fato de que a desigual distribuição dos bens sociais seja temática imprescindível e extremamente relevante para consecução do ideal de justiça, bem como necessidade de consecução de certas medidas de correção social sustentadas em direitos, caracterizados como fundamentais.

Em qualquer caso, ainda se não se admitir o argumento da loteria social – ou se se considera que a loteria social tem um peso relativo nas questões de saúde – merece maior consideração, neste momento, o argumento da loteria natural. A crítica as teses de Engelhardt podem ser obtidas, segundo Añón (2009), a partir de dois pontos de vista: a) questionar se a saúde (ou a sua ausência) podem ser atribuídas a uma loteria natural e b) questionar a relevância de sua delimitação no campo da justiça, ou seja, quais circunstâncias devidas ao acaso não têm importância para a discussão do âmbito da moral.

Em relação ao primeiro argumento, Añón (2009) admite que o acaso – a loteria natural – é importante para a questão da saúde e apresenta dois exemplos que se poderia atribuir ao puro acaso: o caso de uma doença de caráter hereditário ou um acidente imprevisível. Mas entre esses casos e o de um dano causado por terceiro (a única situação que segundo Engelhardt justifica a possibilidade de recair sobre um terceiro os custos da assistência à saúde) existem, ao menos, outros dois tipos de casos intermediários.

---

7 Acrescente-se que Nozick, em resposta a algumas críticas recebidas, admite que dado que muitas das transações que precederam a atual estrutura de propriedade foram ou podem ter sido ilegítimas, existe a possibilidade de corrigir essas situações utilizando-se do “princípio da retificação”, o que poderia justificar um Estado intervencionista para corrigir tais situações (NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado y utópia**. México: CE, 1990. p. 155).

Existem, inicialmente, casos em que a *loteria natural* se modifica por causas sociais, como por exemplo: os hábitos de vida do indivíduo, as condições de higiene, a alimentação, a habitação, a riqueza, o próprio acesso a cuidados de saúde – todas essas questões influenciam decisivamente a *loteria natural*.

Deve-se destacar que a esperança de vida não é a mesma nos diversos países, não é a mesma entre as classes sociais. Na África, por exemplo, se registra uma incidência do HIV-AIDS sem comparação no mundo e isso não depende de nenhuma *loteria natural* (como não dependem, principalmente, de uma *loteria natural* o número de mortes em acidentes de trânsito, ou na violência urbana ou por doenças cardíacas na América). Além disso, mesmo dentro dos níveis de saúde e mortalidade aceitáveis para uma sociedade (ou uma classe social) existem fatores que incidem na saúde que não são diretamente causados por um terceiro identificado, mas que não podem ser atribuídos exclusivamente a causas naturais: assim, a deterioração da saúde devido a contaminação e/ou intoxicação alimentares, acidentes e catástrofes como a do Acidente Radiológico – Césio-137, em Goiânia, Acidente Nuclear em *Chernobil* etc. Estes exemplos problematizam a possibilidade de definir o que está incluído e o que está fora da *loteria natural*.

No entanto, segundo Añón (2009), com isso, a pureza da distinção de Engelhardt deixa de ter solidez: sem negar o papel de *loteria natural* de um lado e *chance* (se a *distribuição* de catástrofes naturais ou artificiais) por outro, este não é mais um critério confiável do ponto de vista empírico para fazer a distinção entre o que é injustiça e o que é acaso.

Por outra parte, num terreno tão escorregadio deve ser reconhecido que a delimitação do que é *natural* e *social* é, por sua vez, culturalmente construído. Parece ser mais significativo, ainda, questionar a segunda parte da tese “b”, qual seja: a delimitação do campo da justiça, baseando-se na relevância ou irrelevância para o discurso moral das circunstâncias devidas ao acaso.

Añón (2009) apresenta diferentes indagações sobre a questão do acaso, entre elas as que seguem: Por que ter-se-ia que excluir do campo da justiça a existência de circunstâncias devidas ao acaso? Por que haver-se-ia de excluir do campo da justiça a existência de circunstâncias que sendo distribuídas aleatoriamente entre as pessoas, sabe-se que serão distribuídas de forma desigual? Por que a distribuição dos riscos haveria de ver-se excluída das considerações da justiça? Deve-se perguntar se não é mais injustiça que acaso a existência de diferenças de expectativas de vida numa sociedade segundo a classe social ou se não é mais injustiça que acaso a mortandade devido a doenças facilmente curáveis ou se não é mais injustiça que acaso a mortalidade devida à inexistência de condições de vida dignas.

Nesse sentido, Hierro (2002, p. 100) observou que: “Lo que se siente como una injusticia no es padecer una determinada enfermedad, sino padecer una enfermedad que

con un reparto más igualitario de los recursos uno podría haber evitado.” A proposta de Engelhardt de considerar irrelevante para configuração da justiça a *loteria natural* é extremamente criticável. Além disso, pode acabar conduzindo a consequências extremadas, na medida em que a negação de um direito à saúde não significa apenas que não pode haver reivindicação legítima de qualquer tipo de assistência à saúde por parte de qualquer cidadão, assim como, seria ilegítimo qualquer tentativa do estado para organizar um sistema de saúde, para prestar assistência à saúde ou de facilitar qualquer incentivo. Para evitar consequências tão extremas, algumas das propostas negadoras do direito à saúde, entre elas a de Buchanan (1984), consideram legítimas, contudo, e até desejável, certa atividade prestacional do estado.

#### 4. Dever de Beneficência e *Decent Minimum*

O dever de beneficência é a alternativa que Buchanan oferece à negação do direito à assistência à saúde. Buchanan também rechaça a existência de um direito à assistência à saúde. Compartilha da ideia de que se existisse um direito à assistência à saúde (cujas possíveis justificações desconsidera em seus trabalhos) este seria virtualmente ilimitado e em razão disso impossível de ser realizado concretamente.

Este parece ser no fundo a preocupação que sobressai em sua proposta. Seus pontos de partida não são essencialmente libertarianos, mas compartilham em muitos aspectos com este ponto de vista. Seu principal argumento está nas dificuldades das abordagens baseadas em direitos, o que em parte, também, afeta os argumentos libertarianos baseados em direitos de não interferência ou de propriedade (BUCHANAN, 1984).

Em particular, Buchanan não mantém, como fazia Engelhardt, que as necessidades em matéria de saúde sejam irrelevantes ou que não devam preocupar ninguém mais do que aqueles que as sofrem. Coincide com Engelhardt, ao situar as pretensões em matéria de cuidado da saúde fora do âmbito da justiça (e fora do âmbito dos direitos) e em trazê-las de volta ao âmbito não de um direito à saúde, mas de um dever de beneficência, que justifica um mínimo grau de assistência à saúde.

Buchanan (1984) constata que existe certo consenso em reconhecer um direito a um *mínimo decente* (*decent minimum*) em matéria de saúde, além de admitir, em sua proposta, que o estado deva realizar uma certa atividade para a proteção da saúde dos cidadãos, na medida em que pode coordenar melhor um esforço conjunto neste sentido. Contudo, este dever é estritamente um dever de beneficência e não uma derivação de um princípio de justiça, e muito menos uma derivação de um direito individual à proteção à saúde.

A vantagem de excluir um autêntico direito é dar limitações ao que se converteria em pretensões ilimitadas (e dificilmente limitáveis a esta categoria de direito subjetivo).

Pelo contrário, os deveres de beneficência são certamente obrigatórios (não seria um dever se fosse diferente), mas resulta de uma noção mais aberta e que, sobretudo, deixa a critério do agente (o estado) o momento e o alcance do exercício desse dever. Também, nessa perspectiva teórica não há necessidade de uma justificação tão exigente como de um direito à saúde.

Para Buchanan (1984), a justificação da atuação do Estado passa por sua capacidade para coordenar melhor os esforços conjuntos. Efetivamente, se a beneficência fica isolada a certos indivíduos não há garantia de que seja eficiente, visto que em muitos casos o que seus destinatários precisam exigirá uma ação coordenada de várias pessoas.

O autor mesmo argumenta que, se necessário, estaria justificada uma ação coercitiva do estado em favor do dever de beneficência mediante dois argumentos (BUCHANAN, 1984): a) uma pessoa que queira atuar caridosamente para promover um *mínimo decente* de assistência veria que seu esforço sozinho sem o esforço de outras pessoas se perderia, posto que, para o autor, o racional seria dedicar seu esforço caridoso para outros fins, mas se todo o mundo atuasse dessa forma seria impossível somar esforços e b) na medida em que o projeto de *mínimo decente* de saúde seja mais importante que outros fins a que atribuir o *orçamento individual para a caridade*, se não for oferecida uma garantia de que não seria um esforço vazio – pelos motivos do primeiro argumento – ninguém que aja racionalmente destinará a este projeto seus fundos, pelo que se diminui a eficácia do esforço.

Buchanan (1984) não crê que reforçar o princípio da beneficência (que em seu esquema é um princípio moral) significa uma atuação perfeccionista do estado, na medida em que é feita para garantir a virtude moral dos cidadãos. Na realidade, forçar o princípio moral somente se justifica se for a única forma de assegurar as contribuições dos demais para alcançar resultados eficazes e evitar que o comportamento racional, mesmo para aqueles que têm o desejo de contribuir (ou destinar suas contribuições terá fins menos eficazes).

A proposta de Buchanan (1984) é criticada de forma precisa por Vidiella em duas linhas de pensamento. A primeira destaca as fragilidades das argumentações propostas por aquele e a segunda critica a tese do *decent minimum* (VIDIELLA, 2000).

Em relação à primeira questão, a argumentação de Buchanan para a justificação da atuação do estado parte da atuação do estado para assimilar o nível decente de saúde como um bem público, como algo necessário para todos. Contudo, na argumentação de Buchanan (1984) é excluída esta possibilidade, posto que sua construção parte de um dever de caridade para com os necessitados, não de um dever com caráter geral, ou seja, para todas as pessoas.

Por outro lado, a suposta vantagem de se falar de um dever de beneficência em vez de um direito seria o fato de que não seria tão necessário especificar qual o conteúdo do

dever. Contudo, uma vez que o estado pode forçar a execução do dever, será necessário definir o conteúdo do dever moral de beneficência no que diz respeito à atuação super-rogoratória, com a qual será igualmente necessário estabelecer seus limites e fazê-lo de forma justificada, com o que se tem perdido a pretensa vantagem.

Com respeito à tese do *decent minimum*, Vidiella (2000) observa que o conceito está construído sobre a ideia de proporcionar um nível *adequado* de saúde que permita levar uma *vida tolerável*. Contudo, não está claro que se possa realizar uma divisão entre *saúde básica* e outras superiores: se alguém necessita de um tratamento excluído do *decent minimum* isto o conduzirá à morte. Não há, neste caso, uma vida tolerável. Mas talvez – como também assinala Vidiella – o problema principal constitui a negativa de Buchanan em situar esta questão no plano da justiça e dos direitos.

Além disso, quando Buchanan (1984) afirma como não relevante tais elementos, sua proposta aparece como um retrocesso, tanto do ponto de vista teórico quanto das conquistas históricas, na medida em que substitui a linguagem do direito pela da beneficência (na visão não muito distante das teses inspiradas em Nozick). Percebe-se, por fim, que esta proposta está vinculada a ideia de Estado Mínimo, na medida em que retira a questão das considerações de justiça, a justificação da proteção do *decent minimum*.

As posturas examinadas até aqui coincidem em atribuir ao mercado um enorme peso na distribuição dos recursos para a saúde. Não são as únicas nesse sentido. Mesmo sem a perspectiva extremada anterior, também no âmbito do utilitarismo, a questão da saúde continua – na expressão de Arnsperger e Van Parijs (2002, p. 110) “[...] numa presunção em favor do mercado.”

A presunção a favor do *laissez faire* não foi abandonada, embora esteja matizada, tendo em vista as características de um mercado como o que se trata e tendo em conta algumas das críticas mais significativas que sofreram as posturas baseadas num mercado puro, como as que, no fundo, propõem os libertarianos. O refinamento e o raciocínio que introduz o utilitarismo podem levar a justificar uma importante atividade do estado, levando mesmo a propor a imposição de um seguro obrigatório de saúde (o que seria inconcebível do ponto de vista libertário).

Para Arnsperger e Van Parijs (2002), o ponto de partida dos utilitaristas admite que determinadas considerações conduzem à limitação da presunção favorável ao livre mercado e à justificação de uma atuação do estado que imponha a todos um seguro obrigatório. Segundo Añón (2009, p. 110), seguem as considerações que devem ser ressaltadas:

- a) la falta de información, la valoración incorrecta o una atención insuficiente hacia las personas que están a nuestro cargo, podría llevar a no contratar seguros que aumentarían el bienestar de las familias. Para evitar el despilfarro de bienestar habría que permitirse ser paternalista para imponer a todos un nivel mínimo de seguro, que podría adoptar diferentes formas;

- b) si el seguro es obligatorio para todos, se pueden cubrir algunos riesgos a un coste que todo el mundo considere que vale la pena, pero que no sería así si el seguro fuera facultativo;
- c) el recurso a las atenciones médicas puede producir externalidades positivas, es decir, ventajas para otras personas distintas del beneficiados (piénsese en el caso de vacunación o tratamiento de enfermedades contagiosas). Si el seguro es facultativo, los que no contribuyan no solo se conviertan en “gorrones” y “aprovechados”, sino que también producen externalidades negativas.

Contudo, seja com seguros obrigatórios ou não, a suposição de que, pura e simplesmente, o mercado pode fazer uma distribuição de recursos sanitários eficiente e justa (HIERRO, 2002) é questionada por diferentes autores. Mas, além de tais argumentações, as políticas públicas em matéria de saúde e o reconhecimento de um direito à saúde, postas em marcha nos sistemas sanitários de carácter público, resultam da histórica constatação de que as injustiças e as desigualdades existentes, no que se refere à proteção da saúde, não podem ser solucionadas unicamente por critérios mercadológicos. Deve-se ressaltar o que observam Beauchamp e Steinbock (1999, p. 103):

Quizá el modo más directo en el que el modelo de justicia basado en el mercado debilita nuestra resolución de preservar y proteger la vida humana tiene que ver con la libertad primaria que este sistema extiende a todos los individuos y grupos para actuar con obligaciones mínimas de proteger el bien común. A pesar del hecho de que esta regla del autointerés de manera previsible falla en la protección adecuada de la seguridad de nuestro lugares de trabajo, de nuestro medios de transporte, de nuestro ambiente físico, de los bienes que consumimos, o de la equitativa y efectiva distribución de la atención médica, esos fallos han resultado hasta ahora solo en débiles intentos de regulación y control. Esta respuesta se explica en gran medida por la poderosa influencia que la justicia basada en el mercado ejerce sobre nuestra imaginación, reconociendo a todos los individuos la libertad fundamental de que nos dejen tranquilos – incluso si los “individuos” en cuestión son grupos económicos gigantes con enormes capacidades de generar enormes perjuicios públicos.

Analisando os argumentos que são apresentados contra a pretensão de deixar a atenção à saúde ao livre jogo do mercado (ou se se prefere a fórmula utilizada geralmente *as razões que podem justificar a intervenção do estado no mercado*) podem ser divididas essencialmente em dois tipos: a) os que centram em ressaltar a ineficiência do mercado na área de proteção à saúde e b) os que se centram em ressaltar as consequências desiguais do mercado. Embora se trate de argumentos de tipos diversos, estes não são contraditórios. De outro lado, pode-se afirmar que qualquer desses argumentos possui razão suficiente para justificar o abandono do livre mercado em matéria de assistência à saúde.

Nas razões do tipo apresentado na letra “a”, segundo Stiglitz (1995), o mercado da assistência à saúde está muito longe das características que a teoria atribui aos mercados competitivos, posto que o mercado de saúde lida com informações e competências imperfeitas e o mercado da medicina se diferencia dos mercados competitivos convencionais, ao menos porque: tem um número limitado de vendedores (poucos hospitais); não se comportam exatamente como empresas maximizadoras de benefícios; os bens que oferecem não são homogêneos; os compradores não possuem informações perfeitas e completas sobre diagnósticos e tratamentos e os pacientes pagam somente uma parte do custo, pois não custeiam, por exemplo, as pesquisas científicas na área.

Além de outros fatores, a existência de informações imperfeitas ou insuficientes (os pacientes somente sabem aquilo que é informado pelos médicos) e a heterogeneidade dos serviços oferecidos (a incapacidade de valorar comparativamente as distintas ofertas e serviços) reduzem o grau de análise segura das competências.

Como o mercado médico se comporta de forma distinta dos mercados convencionais, não se pode, por exemplo, garantir que o aumento do número de médicos no mercado corresponda, necessariamente, a uma diminuição dos preços (STIGLITZ, 1995).

Algumas dessas características parecem *inelimináveis* e devidas às características intrínsecas aos mercados de saúde, tais como: a heterogeneidade dos serviços e a informação superficial sobre doenças e tratamentos dados aos pacientes/compradores. Contudo, outras características parecem depender mais da estrutura institucional e da regulação do sistema de saúde de cada país, ou melhor, parecem ser aspectos nos quais se pode incidir de maneira mais ou menos intensa.

Assim, se poderia promover, a partir de determinados incentivos ou punições, a competição entre hospitais, ou fazer com que os pacientes pagassem uma quantidade maior – ou a totalidade – dos custos da saúde. E, de fato, algumas medidas (re)privatizadoras da saúde estão neste sentido, de tentar aproximação o máximo possível ao modelo de mercado competitivo.

Deixando de lado o fato de que, como afirma Añón (2009), algumas das características intrínsecas do mercado da saúde se distanciam do modelo de mercado competitivo. O mercado competitivo ao eliminar todo tipo de benefícios fiscais, subsídios ou sistemas de proteção, faz com que os pacientes tenham somente o tipo de proteção à saúde que estejam dispostos a pagar (leia-se *que podem pagar*). Mas, desta maneira, como se pode perceber, a objeção não está relacionada com a eficiência, mas com os injustos e desiguais resultados produzidos e inaceitáveis.

## 5. Conclusões

Demonstrou-se a ausência de solidez das teorias negadoras. Constatou-se que o direito à saúde é um direito complexo, pois expressa uma série de elementos distintos,

embora conectados entre si, entre os quais estão, no mínimo: o direito que tem o indivíduo de não sofrer danos em sua saúde, provocados por terceiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas; o direito a que o estado promova uma série de medidas e políticas de proteção e promoção da saúde pública, meio ambiente e seguridade social e que sejam criadas condições para que a saúde das pessoas não seja ameaçada e o direito à assistência sanitária. Este ponto é importante, pois de alguma forma as outras condições dele derivam.

Concluiu-se que como direito à saúde abarca todos esses elementos, não resta dúvida de que esse direito deve ser concebido como universal em sua titularidade. Demonstrou-se a identificação do direito à saúde ao direito à assistência à saúde. Provou-se que a redução do direito à saúde ao direito à assistência à saúde não afeta sua universalidade. Percebeu-se que o direito à saúde não se identifica meramente com um *direito de negação*, ou seja, com o direito de o indivíduo não ser lesado em sua saúde. Examinou-se que essa perspectiva é uma parte do direito à saúde – conectada com outros direitos, como o direito a integridade física, ou o direito à vida – mas não a única.

Comprovou-se que é possível falar da existência de um direito à saúde, em oposição às teorias negadoras em dupla perspectiva: do direito à saúde do ponto de vista jurídico e de sua justificação atendendo a considerações metajurídicas. Analisaram-se as teorias de negação do direito à saúde desenvolvidas a partir de uma proposta que se apresenta como libertariana.

Problematizou-se a perspectiva restritiva de admitir o dever de custear a assistência à saúde de um indivíduo apenas no caso de o estado ou terceiro ter provocado diretamente o dano à saúde daquele, ou seja, o direito de assistência à saúde surgir apenas como uma compensação ou reparação à violação do direito à vida ou à integridade física do sujeito. Questionou-se a ideia das teorias negadoras de que o valor supremo a defender é a liberdade individual e de que os únicos direitos legítimos sejam os direitos de não interferência, que protegem a esfera da individualidade. Analisou-se a perspectiva do *Estado Mínimo* para advertir que essa proposta está preocupada apenas com a proteção dos direitos de liberdade e propriedade e que não pode ser caracterizada como uma opção atualizada de estado.

Desconstruiu-se a teoria das loterias natural e social, pois entende-se que não parece ser legítimo operar uma completa naturalização das desigualdades, embora o fato de que uma pessoa possa nascer no seio de uma família rica ou pobre possa se configurar como uma questão do acaso. No entanto, não é uma questão do acaso que existam famílias ricas e pobres, também não é uma questão do acaso que existam desigualdades sociais ou que essas desigualdades sejam tão abissais.

Evidenciou-se que, exceto a particular visão libertariana, não parece contrário à concepção liberal (de respeito à autonomia) o fato de que a desigual distribuição dos bens



sociais seja temática imprescindível e extremamente relevante para consecução do ideal de justiça, bem como necessidade de consecução de certas medidas de correção social sustentadas em direitos, caracterizados como fundamentais.

Criticou-se a proposta do mínimo decente e do dever de beneficência, por entender que não é uma derivação de um princípio de justiça e muito menos uma derivação de um direito individual à proteção à saúde. Questionou-se a suposição de que o mercado possa fazer uma distribuição de recursos sanitários eficiente e justa. Observou-se que as políticas públicas em matéria de saúde e o reconhecimento de um direito à saúde, postas em marcha nos sistemas sanitários de caráter público, resultam da histórica constatação de que as injustiças e as desigualdades existentes, no que se refere à proteção da saúde, não podem ser solucionadas unicamente por critérios mercadológicos.

O mercado competitivo ao eliminar todo tipo de benefícios fiscais, subsídios ou sistemas de proteção, faz com que os pacientes tenham somente o tipo de proteção à saúde que estejam dispostos a pagar (leia-se *que podem pagar*). Mas, desta maneira, como se pôde perceber, a objeção não está relacionada com a eficiência, mas com os injustos e desiguais resultados produzidos e inaceitáveis.

## 6. Referências

- AMOEDO SOUTO, Carlos. **Poder policial y derecho administrativo**. A Coruña: Universidad da Coruña, 2000.
- AÑÓN, Lema Carlos. **Salud, justicia, derechos: el derecho a la salud como derecho social**. Madrid: DYKINSON, 2009.
- ARNSPERGER, C.; VAN PARIJS, P. H. **Ética económica y social: teorías de la sociedad justa**. Barcelona: Paidós: 2002.
- BEAUCHAMP, D. E.; STEINBOC, B. (Ed.). **New ethics for the public's health**. New York: Oxford University Press, 1999.
- BERLINGUER, G. **Bioética cotidiana**. México: Siglo XXI, 2002.
- BUCHANAN, Allen E. A right to a decent minimum of health care. **Philosophy and Public Affairs**, v. 13, 1984.
- COBREROS MENDAZONA, Eduardo. **Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud**. Oñati: Instituti Vasco de Administración Pública, 1988.
- CORTINA, Adela. Ética, tecnología y salud. In: CALVENTE, Maria García. **Ética y salud**. Granada: Escuela Andaluza de Salud Pública, 1998.
- DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

- ENGELHARDT, H. Tristan. **Los fundamentos de la bioética**. Barcelona: Paidós, 1995.
- FERNÁNDEZ, E. **Estado, sociedad civil y democracia, em AAVV: valores, derechos y Estado a finales del siglo XX**. Madrid: Marcial Pons, 1995
- GAVÍN, Juan Pemán. **Derecho a la salud y administración sanitaria**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.
- GONZÁLEZ, Àngel Puyol. Ética, derechos y racionamiento sanitario. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 22, 1999.
- GRACIA, Diego. **Fundamentos de bioética**. Madrid: Eudema, 1988.
- HIERRO, Liborio. **Justicia, igualdad y eficiencia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- NOZICK, Robert. **Anarquía, Estado y utopía**. México: FCE, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Anarquia, estado e utopia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.
- OMS. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. 1946. Disponível em: <<http://www.fuoc.pt/CI/CEE/OI/OMS/OMS.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2010.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Vamireh Chacon. Brasília, DF: Unb, 1981. (Coleção Pensamento Político, 50).
- STIGLITZ, Joseph Eugene. **Le economía del setor público**. Barcelona: Bosch, 1995.
- TOEBES, Brigit. The right to health. In: EIDE, A.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (Ed.). **Economic social and cultural rights**. A textbook. 2nd. rev. Boston: London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- VIDIELLA, Graciela. **El derecho a la salud**. Buenos Aires: Eudeba, 2000.
- VITA, Alvaro. Liberalismo, Justiça Social e Responsabilidade Individual. **DADOS– Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 54, no 4, 2011, pp. 569 a 608.

# DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E DIREITO À CIDADE: UMA PROPOSTA DE CATEGORIAS DE DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS COMO PRESSUPOSTOS DE CIDADANIA

---

ALESSANDRA DANIELLE CARNEIRO DOS SANTOS HILÁRIO

Graduação em Direito (UNIPÊ), especialização em Gestão Pública (UNIPÊ/TCE -PB), Mestrado em Direito Econômico (UFPB/CCJ/PPGCJ), doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB, Professora Assistente do Departamento de Ciências Jurídicas de Santa Rita/PB/CCJ/UFPB, na área de Direito Constitucional e Administrativo. Email: ad\_hjunior@hotmail.com

MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA

Possui graduação em História e em Direito (UFPB); mestrado em Ciências Jurídicas (UFPB); aperfeiçoamento em Direito da Regulação (CEDIPRE O Universidade de Coimbra); doutorado em Ciências Jurídico-Econômicas (Universidade de Coimbra, Portugal) e pós-doutorado em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC, Brasil. É atualmente Diretora do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. É bolsista de produtividade em pesquisa do CNPQ. Email: mluizalencar@gmail.com

## Resumo

Este artigo aborda o Direito à Cidade (DaC), em uma dimensão conceitual e ampla, e sua relação dialética com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e as respectivas categorias de universalismo e relativismo cultural. O DaC é capitulado como uma das categorias do Direito Humano ao Desenvolvimento dentre os compartimentos de Direitos Humanos que descendem da Declaração Universal de Direitos Humanos. Atrélada a essa premissa, a discussão sobre as teorias de universalismo e relativismo cultural trazem à baila importantes questionamentos e considerações quanto à condição do DaC, visto que, em sua concepção atual e calcado por uma herança maléfica do neoliberalismo, tal direito demonstrou a necessidade de uma ação impositiva do Estado, dada a sua natureza de direito humano fundamental de terceira dimensão. Por meio do DaC, usufrui-se de direitos econômicos, sociais e culturais, demandando uma ação positiva do Estado como garantia de observância desse direito humano. Nesse viés, relevantes são as discussões sobre o conceito de direito, moral, liberalismo, efetividade de direitos humanos e teorias de universalismo e relativismo culturais em dialética com o DaC e sua complexidade.

Parte-se do pressuposto de que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e as demais Declarações das quais descendem têm caráter universalista (não obstante críticas), todavia, nessa seara, é imprescindível um exame mais acurado do conceito, previsão, garantia e efetividade de direitos humanos fundamentais, o que pode conduzir a uma aplicação mista das teorias universalista e relativista quando analisadas sob a ótica dos institutos referidos. O Direito Humano ao Desenvolvimento (DaD) pressupõe noções de sustentabilidade socioambiental e de democracia econômica, com participação qualificada dos sujeitos sociais (cidadania ampla), encaradas em perspectiva contínua e articulada, como norteadores do processo de desenvolvimento.

## Palavras-chave

Direito à cidade; Desenvolvimento; Universalismo; Relativismo.

## Abstract

This article discusses the Right to the City, in a conceptual dimension and wide, and his dialectical relationship with the Universal Declaration of Human Rights of 1948 and its universalism and cultural relativism categories. The Right to the City (RtC) is capitulated as one of the categories of the Human Right to Development from the compartments on Human Rights to descend from the Universal Declaration of Human Rights. Linked to this assumption, the discussion of universalism and cultural relativism theories bring to the fore important questions and considerations as to RtC condition, since in its current design and trampled by an evil legacy of neoliberalism, this right has demonstrated the need for authoritative action of the State, given the nature of fundamental human right of the third dimension. Through RtC, boasts up of economic, social and cultural rights, requiring a positive action of the state as compliance guarantee this human right. In this bias, relevant are discussions about the concept of law, morality, liberalism, effectiveness and universality of human rights theories and cultural relativism in dialectic with the RtC and its complexity.

It starts from the assumption that the Universal Declaration of Human Rights and other statements which have descended universality (despite criticism), however, this harvest, it is imperative closer examination of the concept, forecast, guarantee and effectiveness fundamental human rights, which may lead to a mixed application of universalistic and relativistic theories when analyzed from the perspective of these institutes. The Human Right to Development (RtD) presupposes notions of environmental sustainability and economic democracy, with qualified participation of social subjects (wide citizenship), seen continuous and articulated perspective as guiding the development process.

## Key words

Right to the City; Development; Universalism; Relativism.

## 1. Introdução

A cidade é o lugar onde o indivíduo se realiza como pessoa, trabalha, constitui família, relaciona-se socialmente, auferir ganhos pela produção laboral, dispense seus recursos, educa-se e profissionaliza-se. O espaço urbano é o lugar de promoção da estruturação social do território, onde ocorrem manifestações culturais e sociais e são disponibilizados os meios de consumo coletivo e onde incidem os processos de produção e reprodução do capital, transformando as cidades em produto da sociedade capitalista, palco de manifestação da luta de classes, decorrente da exploração de trabalhadores.

Neste contexto, surgem as discussões em torno do Direito à Cidade e seus papéis. A questão urbana, na crise atual das cidades mundiais, volta à tona e traz a preocupação com a consolidação de um DaC capaz de intervir no tradicional processo de urbanização e desconstruir o artifício espoliador, influenciado pelo liberalismo, o qual marcou a formação das cidades ao longo dos anos. Em perspectiva positiva, trata-se de um ramo do direito, de natureza coletiva, voltado para garantir a fruição dos recursos urbanos postos à disposição de seus moradores, porém, em visão holística, trata-se do direito capaz de reinventar, modificar e alterar a cidade e os cidadãos, garantindo-lhes cidadania econômica e social, conforme padrões de necessidade e de prioridades coletivamente designados, respeitando a relevância da figura do cidadão/morador como elemento central do processo. Assim, o DaC possui direta vinculação com os direitos econômicos, sociais e culturais, previstos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (PIDESC), tendo como ponto de conexão o direito ao usufruto desses valores, no espaço urbano, sem perder de vista os direitos individuais e os direitos difusos de solidariedade.

A perspectiva aqui apontada conduz, ainda, a um vínculo permanente entre o Direito à Cidade e os Direitos Humanos do e ao Desenvolvimento (DdD e DaD<sup>1</sup>, respectivamente) positivados nos Pactos Internacionais das Nações Unidas. O desenvolvimento é visto como processo econômico, social, cultural e político abrangente, que objetiva o bem-estar da população através de sua participação no usufruto de tais direitos de forma equitativa e holística.

Há uma necessária convergência de análise entre o DaC e o DaD, no sentido de que, diante do colapso atual das cidades (pelo modelo contemporâneo de urbanização), o indivíduo/cidadão passa a ser o referencial para a fruição desse processo de desenvolvimento. Ele é (ou deveria ser) a principal força motriz do fenômeno de urbanização dos espaços, bem como da instituição e aplicação de políticas públicas capazes de favorecer o interesse coletivo, no sentido da garantia de bem-estar ou do desenvolvimento humano, entendido

---

1 Abreviaturas cunhadas pela Profa. Dra. MARIA LUIZA ALENCAR MAYER FEITOSA, na obra *Direitos Humanos de Solidariedade: avanços e impasses*. Curitiba: Appris, 2013.

como processo múltiplo e interdisciplinar, de vertentes socioeconômica, cultural e política, de modo a consentir a maximização de suas capacidades e valores como seres humanos, no espaço cidadão. A referência ao Direito **do** Desenvolvimento vai compreendê-lo como ramo do direito econômico consubstanciado em estratégias e medidas adotadas pelos governos, na esfera estritamente econômico-jurídica, para garantir a produção dos meios econômicos indutores do desenvolvimento. Por outro lado, convergindo o DaC com o DaD, pode-se chegar aos procedimentos democráticos de escolhas, que respeitam as tendências e peculiaridades locais. A conjugação dos três ramos jurídicos aqui apontados vai se revelar importante para a consecução das metas de desenvolvimento plural e incluyente, no contexto territorial urbano.

A questão que se põe quando se categoriza o DaC como um direito humano (ao desenvolvimento - DaD) refere-se a uma análise desse direito em relação às teorias de universalismo ou relativismo cultural. Considerando que a enunciação dos direitos na Declaração de Direitos Humanos e demais Declarações e Pactos foi feita de forma universal, isto é, foram previstos direitos universais indistintamente a todas as categorias de pessoas, e, considerando as peculiaridades culturais de cada sociedade ou País, cabe discutir a viabilidade da aplicação das teorias do universalismo ou relativismo culturais, notadamente em relação ao DaC e DaD. A discussão permeará necessariamente questões referentes à efetividade dos direitos humanos e seus obstáculos (a exemplo, na temática específica, do liberalismo e neoliberalismo) como pressupostos do exercício de uma cidadania ampla.

## **2. O Direito à Cidade no Contexto dos Direitos Humanos: Configuração de Categorias**

O Direito à Cidade é um ramo do Direito que se coliga diretamente com os direitos humanos do desenvolvimento e ao desenvolvimento. Abrange conquistas do constitucionalismo econômico, que dão lastro ao direito do desenvolvimento, ao tempo em que pressupõe a participação do indivíduo nas decisões relativas ao desenvolvimento econômico, social, cultural e político, como expressões da realização plena de direitos humanos e das liberdades fundamentais. São direitos exercitáveis e tornados factíveis no espaço no qual os indivíduos fixam sua moradia e desenvolvem suas atividades. Imprescindível a concepção do Direito à Cidade e configuração de sua condição ou natureza quanto aos direitos humanos.

### *2.1. A Cidade, o Urbano e o Direito à Cidade*

HENRI LEFEBVRE é expoente vanguardista nas matérias relativas ao estudo de cidade, urbes, urbano e também na compreensão do alcance do chamado Direito à Cidade, tendo focado sua análise na perspectiva da sociologia urbana e apontando preliminarmente

uma linha divisória entre os termos ‘cidade’ e ‘urbano’ (2001, p. 46). Cidade seria uma expressão pautada em perspectiva mais material, concernente à sua paisagem e formas arquitetônicas, enquanto que o urbano seria a relação dialética e imaterial, vinculada à comunidade e à sociedade que nela se inserem, de natureza mutuamente interferente em áreas diversas, dos pequenos grupos (famílias e corporações) aos grandes grupos (como Estado, Igreja e sociedade), em contato com a cultura e as leis.

Nesse sentido, a cidade seria uma obra (e não um produto) resultante de ações humanas sequenciadas por essas relações, por isso, não poderia (ou, pelos menos, não deveria) ser encarada como mercadoria destinada à comercialização (BAVA, 2013, p. 4-5), não obstante LEFEVBRE (2001, p. 62-63) não subestime a ação do poder de mercado sobre ela. Não se olvide, entretanto, que, para LEFEVBRE, mesmo o aspecto material da cidade admite significados que os identificam com a ideologia e configuração desta, ou seja, as próprias estruturas arquitetônicas retratam o aspecto urbano da cidade e as relações (inclusive de poder) entre os seus atores, aí compreendidos indivíduos e grupos, Estado e mercado. É de se destacar, nesse contexto, o processo de urbanização, categoria necessária ao estudo do Direito à Cidade, com quem guarda íntima relação. Para LEFEVBRE, o processo de urbanização das cidades teve início simultaneamente ao processo de industrialização, responsável pelas novas configurações da cidade e sua relação com o campo (ou seja, urbano *versus* rural), assim como pelos problemas nela vivenciados, no tocante ao seu crescimento desordenado e ao modo de vida das pessoas, tornando-se ponto de atração de riquezas, conhecimento, técnicas e obras<sup>2</sup> (LEFEVBRE, 2001, p. 3). Como consequência dessa relação simbiótica<sup>3</sup> de causa, efeito e interações constantes, a cidade conjuga duas vertentes importantes: como obra, dotada de valor de uso, e como produto, munida de valor de troca. Nesta última análise de LEFEVBRE se encontra a origem da concepção contemporânea delineada por DAVID HARVEY de ‘cidade como mercadoria’ (HARVEY, 2013), parecendo desvanecer-se, assim, da figura de direito humano.

Para LEFEVBRE, o processo de industrialização expressou o início da fase do capitalismo (sob a influência do neoliberalismo), entendido como modelo de regência da vida econômica nas cidades. Atente-se para o destaque dado ao seu valor de troca, que pontua, em marco temporal e histórico, o começo da crise nas cidades, não obstante a existência de um período progressivo de explosão e de proliferação de centros urbanos, permeados por ações voltadas para a manutenção do poder econômico, cujos grupos dispunham de soluções para o enfrentamento dos problemas urbanos sob a ótica capitalista, em associação com o Estado.

2 Em LEFEVBRE, ‘obra’ assume o significado de resultado das ações humanas.

3 Toma-se de empréstimo a simbiose como um dos tipos de relações entre duas espécies que se aliam ou se conjugam para galgarem dado benefício, entretanto, de maneira desproporcional.

Sim, esta cidade que atravessa tantas vicissitudes e metamorfoses, desde seus núcleos arcaicos que seguiram de perto a aldeia, essa forma social admirável, essa obra por excelência da práxis e da civilização se desfaz e se refaz sob nossos olhos. [...] Quando emergiram os problemas de conjunto, sob o nome de urbanismo, foram eles subordinados à organização geral da indústria. Atacada ao mesmo tempo por cima e por baixo, a cidade se alinha pela empresa industrial; figura na planificação como engrenagem; torna-se dispositivo material próprio para se organizar a produção, para controlar a vida quotidiana dos produtores e o consumo dos produtos. Rebaixada para o nível de meio, ela estende a programação para o lado dos consumidores e do consumo; serve para regulamentar, para ajustar uma sobre a outra, a produção das mercadorias e a destruição dos produtos através da atividade devoradora chamada 'consumo'. (LEFEVBRE, 2001, p. 76).

O cenário da industrialização e seu processo se constituem em pano de fundo, panorama no qual se erigirá o Direito à Cidade, como pressuposto jurídico-teórico do desenvolvimento econômico harmônico e concatenado à compreensão da interface desse ramo normativo com o DaD e DdD. Nesse sentido, LEFEVBRE vincula a ideia de base do DaC às necessidades sociais, não individualmente tomadas como potencialidade de consumo isolado e seletivo de produtos e bens, mas em perspectiva que transcende essa individualidade e assume proporções coletivas e difusas. Refere-se a um sentimento de solidariedade preocupado com o bem-estar geral, no presente e no futuro. A cidade, objeto do Direito à Cidade, precisa ser entendida no contexto do espaço urbano e de suas implicações socioeconômicas, políticas e culturais, postulando, em todo caso, a construção de um *locus* capaz de distribuir, ao menos de forma aproximada, equitativa e qualitativamente, os recursos necessários à fruição dos direitos sociais<sup>4</sup> nesse território que representa lugar de realização de vida e pressuposto do desenvolvimento como **direito fundamental humano** (PIOVESAN, 2004, p.22). Na perspectiva proposta por LEFEVBRE, o Direito à Cidade se relaciona diretamente com uma atividade de recriação, não havendo mais a possibilidade de retorno aos formatos anteriores de cidade. A reconstrução da cidade e dessa nova urbanidade dar-se-ia segundo critérios ditados pelas atuais necessidades, descomprometidas das necessidades capitalistas de reinvestimento dos lucros, mas inspiradas por um **direito fundamental e humano ao desenvolvimento plural** no qual os direitos sociais (educação, saúde, moradia, alimentação, trabalho, seguridade, segurança, entre outros) assumem caráter de prestação positiva efetiva, assumida preponderantemente pelo Estado,

4 São referidos apenas os direitos sociais em virtude da concordância com o entendimento de FLÁVIA PIOVESAN acerca da necessária efetividade dos direitos individuais como pressuposto à efetividade dos direitos sociais, pelo que ambos se revelam indissociáveis dentro da categoria de dimensões de direitos fundamentais. Ver: PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **SUR – Revista Internacional dos Direitos Humanos**. Ano I, Número I, 2004, p. 22.



mediante participação destacada e decisiva do indivíduo cidadão (ONU, Declaração de Viena, 1993).

O Direito à Cidade, relacionado ao conjunto de direitos constitucionais fundamentais e humanos insertos na Constituição Federal do Brasil de 1988, é capitulado pela doutrina e a jurisprudência constitucional como direito de terceira dimensão, que transcende a individualidade do ser humano e deve ser programado em atenção às presentes e futuras gerações, importando em preocupações para além do espectro individual egoístico. Para SARLET, trata-se de um direito que envolve, de forma cumulativa e não geracional (SARLET, 2006, P. 293), a proteção de direitos individuais civis e políticos e de direitos sociais em sua amplitude (econômicos, culturais e ambientais), com clara conotação de direito material, inserido na lista dos direitos fundamentais e humanos, e, na vertente social, estreitamente vinculado ao Direito humano ao Desenvolvimento, que se realiza pela **efetividade** dos direitos sociais, econômicos e culturais (SENGUPTA, 2002, pp. 70 e 82)<sup>5</sup>.

O DaC, nas suas relações com o DdD e o DaD, apresenta interfaces, convergências e divergências, assumindo relevância a necessária clareza conceitual acerca de expressões como desenvolvimento, crescimento econômico, desenvolvimentismo e DdD e DaD, considerados em relação ao DaC e sua efetivação.

## 2.2. *O DaC no Contexto do Direito do Desenvolvimento (DdD) e do Direito Humano ao Desenvolvimento (DaD)*

Contextualizada a topografia do Direito à Cidade relativa aos direitos humanos e fundamentais, cabe tecer algumas considerações sobre as relações entre o Direito à Cidade (DaC) e os Direitos ao e do Desenvolvimento (DaD e DdD), incluindo temas como crescimento econômico, desenvolvimento e desenvolvimentismo.

Nas suas vinculações econômicas, o desenvolvimento se mistura às ideias de progresso e de crescimento econômico; no campo jurídico, o desenvolvimento foi admitido ao catálogo dos direitos humanos de terceira dimensão, como direito da pessoa humana, internacionalmente tutelado, tendo como marco inicial o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (PIDESC), adotado e ratificado em 16 de dezembro de 1966, com vigência a partir de janeiro de 1976. Esse iter revela que a primeira perspectiva social de desenvolvimento ocorreu no campo econômico, tendo representado

5 ARJUN SENGUPTA afirma que o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais examinou o direito à moradia adequada e declarou que o mesmo deveria ser visto como o direito a residir em algum local em segurança, paz e dignidade. Isso deveria ser assegurado a todas as pessoas, independentemente de renda ou disponibilidade de recursos econômicos, porém, ARJUN SENGUPTA complementa afirmando que, para melhor se alocar como direito ao desenvolvimento, o direito à moradia adequada teria que pressupor a liberdade de escolha, consubstanciada na participação na decisão sobre o local tido seguro.

o início de um processo de transmutação da ideia de desenvolvimento do contexto do crescimento econômico ou dos propósitos governistas de desenvolvimentismo para a seara dos Direitos Humanos (FEITOSA, 2013, p. 172). Da ênfase nas políticas econômicas e nas estratégias de equilíbrio de contas públicas, comércio internacional, industrialização, reestruturação de setores econômicos, típicas do DdD, para a cobertura das crescentes demandas humanas que transcendiam os aspectos econômicos e nacionais, alcançando o nível de tutela internacional, características do DaD, ganha relevo a temática de efetividade de direitos econômicos, atrelados aos direitos sociais e culturais, dando aos primeiros um caráter mais instrumental à realização dos últimos.

Nesse itinerário estaria, em apertada síntese, o percurso entre o direito do desenvolvimento e o direito ao desenvolvimento. A mudança se torou mais evidente quando os aspectos econômicos do desenvolvimento começaram a perder fôlego, impulsionados pelo agudizamento dos conflitos nas relações Norte-Sul e nas relações dos países em desenvolvimento entre si e pelo avanço do processo de globalização dos mercados, tendo ganhado projeção, em contrapartida, os aspectos plurais e transversais da abordagem de desenvolvimento, que passou a perceber as demandas humanas, superando o contexto macroeconômico; assim, entram em cena temas como o respeito às minorias, a autodeterminação dos povos e sua identidade social e cultural, para além da questão da circunscrição nacional ou regional de políticas econômicas permeáveis à proteção internacional. (FEITOSA, 2013, p. 173).

Assim, a ideia de desenvolvimento avança a partir de um arcabouço de políticas econômicas que, em ação plural e complexa, promovem o bem-estar dos indivíduos, nos campos econômico, social, cultural e político. Dessa percepção, comum ao DdD, as políticas devem mirar os indivíduos e grupos sociais, tidos como efetivos participantes da programação do desenvolvimento, através da distribuição/fruição equitativa e justa dos recursos advindos da realização dos DESC, conforme previsto na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU (ONU, 1986). Neste ponto reside a raiz do DaD, provocando a mudança de perspectiva do desenvolvimento, antes ligado aos aspectos economicistas e divorciado dos compromissos de bem-estar, podendo ser capitulado como um direito econômico, e, posteriormente, percebido como um direito humano, orientado à consecução da realização humana, em áreas plurais, porém com foco em sua efetividade real, tendo, nesta última perspectiva, o Estado como importante promotor, porém não o único a figurar nessa relação.

A visão do desenvolvimento como direito humano, em realidade, abriu uma dicotomia de direitos, não concomitantes em sua origem, mas diferentes em foco e dimensão. FEITOSA passou a distingui-los em dois campos jurídicos claros: o DdD, no contexto do Direito Econômico, e o DaD, no campo dos direitos humanos (FEITOSA, 2013). Esta

percepção é inovadora porque destaca, em esfera nacional e internacional, projeções diversas das anteriormente tratadas. Ilustrativamente, podem ser assim visualizados:

**Figura 1 – Relação Desenvolvimento x DdD e DaD**



Ambos possuem raiz comum no desenvolvimento, mas diferem pela área em que se inserem e pela amplitude que alcançam. O DdD refere-se ao direito econômico constitucional, manejado no âmbito das interações entre Estado e agentes de mercado (FEITOSA, 2013, pp.173-174), porém com objetivo de atendimento ao interesse social no tocante aos DESC, através de processos e estratégias econômicas que lidem com fenômenos socioeconômicos de caráter promocional (prestação positiva do Estado<sup>6</sup>) referidos, por exemplo, nos artigos 6º (Direitos Sociais) e 170 (Ordem Econômica), da Constituição Federal do Brasil de 1988 (SARLET, 2006, p. 293). Significa que o DdD pode ser encontrado e positivado em leis e codificações formais.

Por sua vez, o DaD teria amplitude conceitual mais acentuada que o DdD, posto se inserir no campo dos direitos humanos inalienáveis e indisponíveis, à dimensão da coletividade e dos direitos de solidariedade (PEIXINHO e FERRARO, p. 6957), portanto, dos direito dos povos (FEITOSA, 2013, p. 174), servindo à realização da dignidade da pessoa humana, em seu sentido de proteção mais do que promoção. No entanto, ampliado no campo conceitual e principiológico, seria reduzido no terreno dogmático, havendo mesmo quem o considere um metadireito ou uma abordagem do desenvolvimento conforme a visão dos direitos humanos (SENGUPTA, 2002, p. 66). Ambos, DdD e DaD, podem interagir no contexto da cooperação internacional e das políticas de desenvolvimento econômico, estando a distinção na **crescente participação popular**, assim, o DaD se volta

6 Segundo SARLET, sobre os DESC, direitos de segunda dimensão na tradicional classificação dos direitos fundamentais em dimensões, incide uma conduta do Estado que se denomina de prestação positiva, a significar que, para sua real efetivação, é imperioso um agir do Estado no sentido de promover a fruição desses direitos aos seus administrados. É justamente aí que se circunscreve um dos grandes desafios dos DESC. SARLET, cit.

para a satisfação de indivíduos, coletividades ou povos, que representam o centro da tutela humana do direito. No DaD, a perspectiva da proteção assume contornos transnacionais, intergeracionais e difusos, conexos à humanidade em sua dimensão mais amplificada. Pontuando as diferenças entre o DaD e DdD, Arjun Sengupta afirma que:

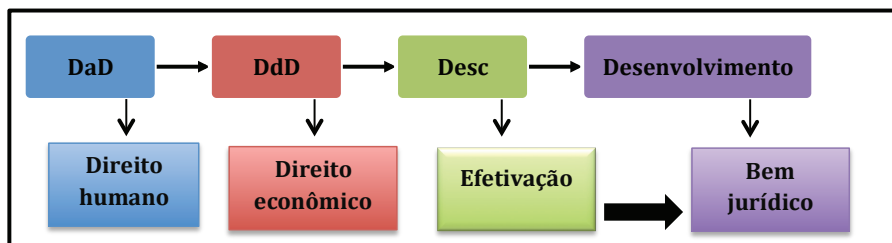
O direito ao desenvolvimento como um direito humano traz à tona questões sobre as quais o mundo tem estado fundamentalmente dividido – tais como as relacionadas às ideias de justiça, igualdade e prioridades da política internacional. [...] Em função de sua associação com essas questões relacionadas à justiça e igualdade, realizar o direito ao desenvolvimento é fundamentalmente diferente das políticas convencionais e programas para o desenvolvimento, vistos como o aumento do PIB, o suprimento das necessidades básicas ou melhoria do índice de desenvolvimento humano. [...] Se o desenvolvimento depende de políticas e não apenas do espontâneo jogo das forças do mercado, então qualquer abordagem que facilite, mesmo que não assegure, mais que outra, a formulação, adoção e implementação de políticas apropriadas para realizar os objetivos do desenvolvimento seriam tidas como superiores. (SEGUNPTA, 2002, pp. 66 e 71).

Do exposto sobre DdD e DaD, cabe salientar que o DdD seria, como mencionado, um direito de menor amplitude e alcance do que o DaD, tendo caráter instrumental à realização do DaD. Essa inferência é resultado da leitura interpretativa da própria Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento em seu art. 2º, §3º, art. 4º e art. 6º, §3º<sup>7</sup>, que remete aos Estados à formulação de políticas, inclusive econômicas, para efetivação dos DESC com foco na realização do desenvolvimento, portanto, do DaD. Nessa dinâmica, o desenvolvimento assume viés de bem jurídico plural em fruição e não apenas o direito a um processo de desenvolvimento.

7 Art. 2º, §3º. Os Estados têm o direito e o dever de formular **políticas nacionais** adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes. (grifo nosso).

Art. 4º. Os Estados têm o dever de, individual e coletivamente, **tomar medidas** para formular as políticas internacionais de desenvolvimento, com vistas a facilitar a plena realização do direito ao desenvolvimento. É necessária ação permanente para promover um desenvolvimento mais rápido dos países em desenvolvimento. Como complemento dos esforços dos países em desenvolvimento, uma cooperação internacional efetiva é essencial para prover esses países de meios e facilidades apropriados para incrementar seu amplo desenvolvimento. (grifo nosso).

Art. 6º, §3º. Os Estados devem **tomar providência** para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultante da **falha na observância dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais**. (grifo nosso).

**Figura 2 – Relação funcional DaD, DdD, Desc e Desenvolvimento**

Neste trabalho, os conceitos de DdD e DaD são de extrema relevância para se inferir que, quando a adoção de políticas públicas (DdD) não consegue ser suficiente para gerar satisfação de DESC, com ações voltadas para a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a progressiva eliminação da exclusão social (justiça e igualdade<sup>8</sup>), no sentido da realização de um desenvolvimento plural (DaD), verifica-se apenas simples crescimento econômico (setorial) ou, no máximo, um contexto de desenvolvimentismo, que, embora programado pelos governos, não se afigura de modo **estrutural**. Por sua vez, o desenvolvimentismo seria considerado um “projeto singular e sequencial de crescimento ou acumulação de riquezas para posterior distribuição” contrapondo-se à noção de desenvolvimento que importa, por sua vez, em um processo plural de maximização de fruição de DESC e de capacidade com vistas à “imediate distribuição das riquezas” (FEITOSA, 2013, p. 224). CARLA RISTER (2007, p. 2) corrobora esse entendimento ao afirmar, citando EROS GRAU (1981, p. 7), que “a ideia de desenvolvimento supõe [...] um processo de mobilidade social contínuo e intermitente [...] acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário”.

A partir destas premissas, chega-se ao ponto central deste item, que é a abordagem das interfaces entre DdD, DaD e DaC. Considerando que a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (ONU, 1986) condiciona, em seu artigo 1º, §1º, o DaD à participação dos indivíduos e povos no desenvolvimento socioeconômico, cultural e político; considerando que o Direito à Cidade, cujo objeto é a própria cidade, envereda sua investigação pelo espaço urbano e suas implicações socioeconômicas, políticas e culturais, com o escopo de construção de um locus que distribui, pelo menos de forma aproximada os recursos necessários à fruição dos direitos sociais nesse território, como fonte de realização de vida e como pressuposto do desenvolvimento como direito fundamental humano, estabelece-se a conexão entre o DaD e DdD quanto ao mencionado direito urbano.

8 Conforme previstas na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU.

É no contexto urbano que se pode configurar concretamente o Direito ao Desenvolvimento, lugar onde se entrelaçam as interações relacionais entre Estado (em sentido amplo), mercado e indivíduos, a se direcionarem (por ideal) à consecução dos DESC. É, portanto, na cidade que o indivíduo transcende como sujeito de direitos e passa a interagir com os demais atores sociais, demandando reivindicações coletivas e igualdade de oportunidades de acesso aos recursos básicos pressupostos do desenvolvimento, a exemplo de educação, saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição de renda, fundamentados no respeito aos direitos humanos e nas liberdades fundamentais. Assim, o DaD, no contexto do Direito à Cidade, pode assumir vertentes de desenvolvimento, posto que os espaços urbanos são dotados de peculiaridades sociais, econômicas, políticas e culturais que, por meio de estudos instrumentais, servirão de base para a implementação de políticas públicas de desenvolvimento.

Expostas as relações entre DaC, DaD e DdD e a categorização dos mesmos, inequivocamente, como direitos humanos, surge o segundo nível de discussão com relação à efetividade desses direitos humanos e as teorias de universalismo e relativismo cultural. A questão que se põe é: sendo o DaC um direito humano ao desenvolvimento resultante de pactos e declarações provenientes da Declaração dos Direitos do Homem, qual a relação desse direito com as teorias universalista e realista? Qual se aplicaria ao DaC? A Universalista? Ou ao contrário, a sua previsão como direito universal feriria as peculiaridades culturais de cada sociedade/País, devendo-se aplicar a teoria relativista? Ou, em uma terceira opção, a questão estaria mais vinculada à própria efetividade do direito e não ao direito em si.

### **3. Direito à Cidade e Direito ao Desenvolvimento: Direitos Universais, Relativos ou Questão de Efetivação?**

Após as explanações acerca do Direito à Cidade e sua interface com o Direito ao e do Desenvolvimento (DaD e DdD), necessário se faz, como ato preparatório à análise das relações das teorias do universalismo e relativismo cultural em face do DaC e DaD, empreender um estudo conceitual acerca dos direitos fundamentais humanos, notadamente suas características e atributos.

#### **3.1. DaC E DaD como Direitos Humanos Fundamentais: Atributos**

Consoante exposto, o Direito à Cidade é um direito humano dentro da categoria de Direito ao Desenvolvimento, que, por sua vez, emana da Declaração dos Direitos do Homem e, portanto, é um direito fundamental humano com as mesmas características que essa categoria de direitos, as quais passamos a analisar.

Os direitos fundamentais humanos (inclusos o DaC e DaD), em sua essência, possuem como características a historicidade, universalidade, essencialidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, efetividade, limitabilidade ou relatividade e integralidade ou unidade. Segundo Flávia Piovesan<sup>9</sup>, a historicidade dos direitos humanos é fruto de uma construção a partir de fatos históricos emblemáticos na violação de direitos, a exemplo, prioritariamente, do Pós-Guerra, como uma reação às atrocidades praticadas, inclusive sob o manto do liberalismo/legalismo protagonizado pelo próprio Estado. Esse fato e outros posteriores de extremas violações ensejaram a reconstrução do arcabouço de direitos humanos pautado em um valor supremo, qual seja, a dignidade da pessoa humana<sup>10</sup>, como paradigma e referencial ético orientador da ordem internacional, e em uma veemente reação e resistência à descartabilidade humana, conforme a autora<sup>11</sup>. A construção histórica desses direitos trouxe uma concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade.

A universalidade é claramente expressa desde a Carta das Nações Unidas de 1945<sup>12</sup>, quando prevê, em seu art. 55, “o respeito universal e a observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 veio, posteriormente, a elencar detalhadamente quais seriam tais direitos, fixando, assim, uma espécie de “código comum e universal de direitos humanos”<sup>13</sup>, como uma obrigação legal no sentido de promovê-los. Esse código de direitos<sup>14</sup> consagra em sua base uma plêiade de valores universais que

9 PIOVESAN, Flávia. **Direito ao desenvolvimento**. II Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, 2002, p. 2.

10 Acerca da dignidade da pessoa humana, importante lição de Ingo Wolfgang Sarlet: “Nesse contexto, verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. [...] /em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Ver SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 84.

11 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192.

12 ONU. **Carta das Nações Unidas**. EUA: São Francisco, 1945. Disponível em: <http://naacoesunidas.org/carta>. Acesso em 31 jan 2015.

13 Idem n. 11, p. 200.

14 FLÁVIA PIOVESAN, ao discorrer sobre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, afirma com bastante propriedade, que a plêiade de instrumentos jurídicos (pactos, tratados e declarações) formam um todo integrado de proteção universal: “Esse processo de “juridicização” da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos — o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos

devem ser seguidos e promovidos pelos Estados, aos quais EDUARDO MUYLEAERT ANTUNES<sup>15</sup> chama de “ética universal”. RENÉ CASSIN<sup>16</sup> confirma a universalidade ao reafirmar que o elenco de direitos contidos na Declaração de 1948 se aplica a “todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide”.

A universalidade coliga-se com a essencialidade, dado que o código de direitos baseia-se na imprescindibilidade da necessária condição de dignidade da pessoa humana como valor básico e universal, a qual conduz a uma indivisibilidade dos direitos, quando foi previsto pela Declaração de 1948, simultaneamente, os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais, segundo FLÁVIA PIOVESAN (2013, p. 206), terminaram por associar os ideais e filosofias liberais e sociais da cidadania, ao vincular liberdade e igualdade, antes dissociadas e limitadas a direitos de liberdade, segurança e propriedade.

Esse contexto se aplica adequadamente à problemática das cidades associada aos processos de urbanização sob a influência do neoliberalismo e, portanto, de uma individualidade extrema com base no poder aquisitivo, que termina por trazer uma fissura na equitatividade e qualitatividade da distribuição dos DESC no espaço urbano, demandando, assim, uma intervenção estatal no sentido da garantia do Direito à Cidade, nos exatos termos da principiologia da própria Carta da ONU, que impõe aos Estados o dever de prever, garantir e efetivar tais direitos por meio de plano de ações (PIOVESAN, 2013, p. 206).

---

Econômicos, Sociais e Culturais — que passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal [dentro os quais se insere o DaC e o DaD]. Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, os dois pactos internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos. [...] A partir da elaboração desses pactos se forma a Carta Internacional dos Direitos Humanos, *International Bill of Rights*, integrada pela Declaração Universal de 1948 e pelos dois pactos internacionais de 1966. violação dos direitos das crianças, entre outras formas específicas de violação. [...] Diversamente dos tratados internacionais tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos não objetivam estabelecer o equilíbrio de interesses entre os Estados, mas sim garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos. [...] Atente-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com seus inúmeros instrumentos, não pretende substituir o sistema nacional. Ao revés, situa-se como direito subsidiário e suplementar ao direito nacional, no sentido de permitir sejam superadas suas omissões e deficiências. No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o Estado tem a responsabilidade primária pela proteção desses direitos, ao passo que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária. [...] Os tratados de proteção dos direitos humanos consagram, ademais, parâmetros protetivos mínimos, cabendo ao Estado, em sua ordem doméstica, estar além de tais parâmetros, mas jamais aquém deles. (acréscimo nosso).

15 ANTUNES, Eduardo Muylaert. **A natureza jurídica da Declaração dos Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 446, 1972, p. 35

16 CASSIN, René. **El problema de la realización de los derechos humanos em la sociedade universal**. In: Veinte años de evolución de los derechos humanos. Pamplona: Universidade Nacional Autónoma de México, 1974, 397.



Na sequência, a imprescritibilidade, pela qual tais direitos não decaem com o decurso do tempo; a inalienabilidade, pela qual é inviável a transferência dos direitos; a irrenunciabilidade, pela qual tais direitos não podem ser renunciados e ninguém pode abrir mão dos mesmos; a inviolabilidade, que impede a violação desses direitos, nem mesmo por leis infraconstitucionais ou atos administrativos, sujeitando seus infratores às penas de responsabilidade civil e criminal; a integralidade ou unidade, em que tais direitos compõem uma unidade interdependente e indivisível, não sendo possível a fruição de um sem o outro, o que enseja a teoria das dimensões de direitos humanos fundamentais, pela qual não há a sobreposição ou substituição de uma geração por outro, mas um acúmulo de proteção e garantias (SARLET, 2006, p. 93)<sup>17</sup>; todos esses são características dos direitos humanos, mas que têm o condão de inibir ou mesmo blindar qualquer possibilidade de violação ou desprezo dos mesmos por quem quer que seja, inclusive o próprio indivíduo.

Por fim, de importância fundamental para a discussão central da temática deste item, os direitos humanos são dotados de efetividade e relatividade. Pela primeira, resta para o Poder Público ou Estado o ônus de criar mecanismos e planos de ação para a concretização ou efetivação desses direitos. Do contrário, os direitos humanos cairiam no manto da mera formalidade. A relatividade, por sua vez, ponto de alta relevância na discussão proposta, é característica que exclui aos direitos humanos o atributo de absolutos, não obstante sejam universais. Essa premissa é essencial para a exata compreensão desses direitos, notadamente quando em relação dialética com contextos culturais nos quais serão aplicados. Disso resulta que o elenco dos direitos na Declaração de 1948 e demais instrumentos (Pactos e Declarações posteriores) traz a ideia de universalidade inequivocamente, em nossa compreensão. São direitos universais, porque, como dito, aplicam-se, indistintamente a toda e qualquer pessoa independentemente de qualquer elemento de discriminação.

A universalidade, assim, é atributo dos direitos materiais humanos, em sua essência, in abstracto. Entender contrariamente, a despeito de todo arcabouço histórico de violações que os ensejou, seria equivalente a institucionalizar uma lacuna jurídica que os sujeitasse a possíveis violações. Considerando que a universalidade se coliga, indissociavelmente, com a dignidade da pessoa humana, não há como refutar a ideia de que tais direitos, materialmente falando, sejam relativos a qualquer pessoa, independentemente de seu contexto político, social e cultural. Isso significa dizer que a universalidade dos direitos humanos (nos quais se insere os direitos à cidade e ao desenvolvimento) se relaciona, a nosso sentir,

---

17 No mesmo sentido, FLÁVIA PIOVESAN (2013, p. 232) detalha: “A partir desse critério, os direitos de primeira geração correspondem aos direitos civis e políticos, que traduzem o valor da liberdade; os direitos de segunda geração correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais, que traduzem, por sua vez, o valor da igualdade; já os direitos de terceira geração correspondem ao direito ao desenvolvimento, direito à paz, à livre determinação, traduzindo o valor da solidariedade”.

especificamente com a natureza material dos mesmos. Porém, apesar de serem direitos universais, os mesmos não são absolutos, posto que dotados de relatividade.

Como conciliar tais atributos? A nossa compreensão reside no fato de que a relatividade dos direitos humanos se situa no campo da efetividade dos mesmos e não de sua previsão material.

Assim, os direitos humanos, quando em conjunturas de crise ou em colisão com outros interesses/direitos humanos, sofrerão, necessariamente, uma restrição em sua aplicação ou efetividade, através da aplicação de um juízo de ponderação<sup>18</sup>. Considerando que os direitos humanos fundamentais, por excelência, baseiam-se em, como dito, uma ética universal (CASSIN, 1974, p. 397), ou seja, em valores<sup>19</sup> e princípios axiológicos, a sua efetivação ou aplicação não pode ser procedimentalizada através do critério do “tudo ou nada”, fundamentando apenas na vigência das normas (regras ou leis), afastando-se do positivismo jurídico que possibilitou, inclusive, as atrocidades da Grande Guerra (VILLEY, 2007, p. 3-4)<sup>20</sup>. Ao contrário, sua efetividade se dá por meio de juízo de valor, de peso, de ponderação (baseado em um senso de justiça), mormente quando há colisão de interesses ou direitos, nos quais se deve utilizar, para a solução do caso, métodos de razoabilidade, adequação, necessidade, ensejando uma relativização de um direito em detrimento de

- 
- 18 Sobre esse método, HUMBERTO ÁVILLA traz relevante ensinamento: “A ponderação de bens [jurídicos como os direitos] consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. [...] É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionam a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais [dignidade da pessoa humana]”. Ver ÁVILLA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 145. Sobre o mesmo tema, LUÍS ROBERTO BARROSO afirma que “[a ponderação] consistem em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas”. Ver BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 358.
- 19 Sobre valores e moral, segue lição de ENOQUE FEITOSA, que revela a densidade e volatilidade do tema: “Por outro lado - e isso permite distinguir as críticas de MARX feitas ao padrão moral positivo, daquelas observações que ele faz e que constitui uma ética normativa - há que se diferenciarem numa sociedade duas moralidades: **uma** comum e difusa resultante do sistema econômico e de relações historicamente existentes e **outra** na forma de incipiente ética superior e que é projeção de um mundo em gestação nas entranhas da própria sociedade atual e que poderá vir a ser, a depender dos esforços individuais e coletivos, o sistema que poderá vir a se instaurar como nova moralidade de um agrupamento dado. Ver: FEITOSA, Enoque. De como o marxismo lida com a relação entre prescrição e descrição do mundo e as demandas por sua transformação. **Encontro internacional do GT Ética e Cidadania da ANPOF**. Pernambuco: UFPE, 2013.
- 20 MICHEL VILLEY, discorrendo sobre o assunto, afirma que o positivismo jurídico (no período anterior às Declarações de Direitos Humanos) era base jurídica dos Estados fechada em leis, mas submetida às “vontades arbitrárias dos poderes públicos”. Foi-lhe necessário um “antídoto”: os direitos humanos, oriundos da Escola do Direito Natural, baseados em arcabouços éticos e de justiça. Ver VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 3.

outro, porém não configurando a relativização do próprio direito, mas a sua adequada aplicação aos casos e situações concretas (DWORKIN, 2002, p. 39 e 44-45).

É de se realçar mais ainda que a natureza jurídica dos direitos elencados nas Declarações de Direitos Humanos (demais instrumentos sequenciados a ela e que preveem outros direitos) não é simplesmente de norma estrita ou leis, mas de princípios axiológicos que inspiram a enunciação de direitos que só passam à categoria de leis quando do processo de ratificação e incorporação nos ordenamentos nacionais. Ainda assim, é cediço que, pela densidade valorativa que lhes inspira, em face do princípio da dignidade da pessoa humana, este, por sua vez, seria o fio condutor de todos os direitos que lhe descendem, de maneira a terem uma posição de supremacia ao ponto de, em não poucas constituições, serem reputados como impassíveis de modificação por emendas constitucionais, consubstanciando as cláusulas pétreas.

De maneira que, à guisa de conclusão, o Direito à Cidade contextualizado no Direito ao Desenvolvimento, como direitos humanos fundamentais que são, revestem-se de caráter universal, inalienável, irrenunciável, inviolável, imprescritível, integrante, por sua vez, de um rol de outros direitos que com ele formam um arcabouço interdependente de fruição. É, ainda, efetível a partir de ações do Estado à sua concretização, todavia, nesse mister, reveste-se de relatividade quando, em face de conjunturas sócio-políticas e culturais que ensejam colisão de direitos humanos, poderá ser limitado ou ponderado em sua extensão, contudo realizável a toda e qualquer pessoa. Essa relatividade é fundamental, notadamente, em face da existência de duas teorias que analisam a concepção dos direitos fundamentais humanos sob a ótica do contexto social, político, econômico, cultural e moral em que se inserem: universalismo e relativismo cultural.

### *3.2. Universalismo e Relativismo Culturais e o Direito à Cidade: Um Problema de Concepção ou de Efetividade?*

O universalismo cultural se consubstancia, na verdade, em uma teoria ou movimento que, conforme já demonstrado, defende a ideia de que os direitos humanos fundamentais têm, em face de seu fundamento na dignidade da pessoa humana, uma aplicação universal a qualquer pessoa de qualquer sociedade, independentemente do sistema social, econômico, político, cultural e moral em que se insere. A essência dessa corrente está na individualidade ou singularidade da pessoa. Opõe-se a esse movimento universal a teoria do relativismo cultural, e o cerne desse embate se concentra no alcance ou extensão que os direitos humanos admitem, notadamente pela concepção contemporânea (ao mínimo, ocidental) que esses direitos imprimiram nos ordenamentos jurídico-constitucionais no sentido de uma remodelação de sua soberania em atenção ao complexo de direitos que se entendeu mínimos, os quais os Estados-nações devem garantir e promover, sob pena de ingerência internacional em caso de violação (PIOVESAN, 2013, p. 211). Ao passo que os

universalistas defendem a ampla extensão e aplicação desses direitos em qualquer espaço e conjuntura e a qualquer pessoa, os relativistas submetem-nos ao sistema político, social, econômico, cultural e moral de dada sociedade. Saliente-se que a linha argumentativa dos relativistas parece se centrar na própria noção de direito em sinergia com seu contexto político, cultural, social e moral.

Sob esse prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Nesse sentido, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral (PIOVESAN, 2013, p. 211).

Aprofundando a questão, a discussão passa necessariamente pela concepção acerca do homem em relação à sociedade. Para os relativistas, o direito toma como a base a perspectiva do grupo, da coletividade, e a relação do indivíduo em relação a este, de maneira que o diagnóstico de uma possível violação de direitos humanos necessariamente perpassará pela repercussão do ato sobre dada pessoa quanto à coletividade em que se insere. R. J. VINCENT (2005, p. 8) afirma que o relativismo advoga o entendimento de que a noção ou as regras de moral variam de acordo com o espaço e o contexto sociocultural, de maneira que não haveria uma “moral universal”. Ainda segundo o autor, há um *DESCOMPASSO* e uma tensão entre a compreensão de moral pelos realistas e a agenda internacional, que, a nosso entender, capitanearia a teoria universalista.

Esse entendimento é fortalecido ainda mais por uma distinção comum entre os realistas; o comportamento do grupo (coletividade) versus o comportamento individual, ou a moral pública versus a moral individual (VINCENT, 2005, p. 8). (tradução nossa).

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2007, p. 22-23), a favor do relativismo cultural, afirma que o “imperialismo cultural e epistemicídio são parte da trajetória histórica da modernidade ocidental”, a entender por prejudicial e reprovável a visão etnocêntrica ocidental. Com base nisso, o autor propõe um procedimento “hermenêutico diatópico”, baseado na comparação e dialética entre duas culturas. Nesse processo, está a proposta de um multiculturalismo emancipatório.

Compete à hermenêutica diatópica proposta neste artigo transformá-los [os direitos humanos] numa política cosmopolita que ligue em rede línguas nativas de emancipação, tornando-as mutuamente inteligíveis e traduzíveis (SANTOS, 2007, p. 30). (acréscimo nosso).

Observa-se que a questão crucial que envolve o realismo versa acerca da cultura e, nesta, a concepção de moral como requisito de validade. Em vista disso, JACK DONNELLY

(2005, p. 7) discorre sobre várias correntes de realismo, que vão desde tendências fortes ou radicais, que consideram a cultura como única fonte de validade do direito, até movimentos mais amenos, que entendem a cultura como possibilidade de fonte de validade da norma entre outras. À guisa de dirimir as divergências, ao mesmo do ponto de vista desse artigo e de nossa proposta, JACK DONNELLY, R. J. VINCENT E FLÁVIA PIOVESAN reagem contrária e veementemente ao relativismo e favoravelmente ao universalismo jurídico. São unânimes ao reafirmarem a universalidade dos direitos humanos, reforçando que esses mesmos direitos garantem o livre exercício da cultura e a autodeterminação dos povos, desde que tais não sejam fundamentos ou pretextos para a violação de direitos humanos e para se imiscuir do monitoramento da comunidade internacional. Há um “mínimo ético irreduzível” (PIOVESAN, 2013, p. 212-213) intangível sob pena de agressão à dignidade da pessoa humana.

A Declaração de Viena de 1993<sup>21</sup>, em face de tais divergências e discussões, em seu §5º, tratou de demarcar o posicionamento de seus signatários, reafirmando a universalidade dos direitos humanos, que devem ser tratados de forma global, justa e equitativa, não desprezando ou menosprezando as peculiaridades culturais e religiosas a nível regional e nacional, desde que assumam e persigam seu dever de promover todos os direitos humanos. Nesse sentido, JACK DONNELLY (2005, p. 7-8), posiciona-se contrariamente ao relativismo, afirmando que as divergências são, de certa forma, equivocadas, porque há confusão entre direitos humanos, como direitos simplesmente do homem, com conceitos mais amplos de dignidade e justiça social, que, embora inspirem os direitos, não são os próprios direitos. Afirma, ainda, que não obstante a sua importância, a cultura “não é um destino”, e, portanto, não poderia figurar como parâmetro ou fonte única de validade de uma norma.

[A cultura] é **dinâmica e contestável**, mudando constantemente através de conflitos, muitas vezes violentos de **controle sobre significados sociais**. Tenho argumentado (2003, cap. 4) que os direitos humanos têm uma **estrutura** em vez de uma **base cultural**: eles **respondem às ameaças distintas à dignidade humana** e às oportunidades sociais e políticas específicas criadas pelos mercados modernos e Modernos estados. A universalidade dos direitos humanos é, portanto, **funcional** e historicamente contingente. Os mercados e os estados têm penetrado praticamente todo o globo e engenho humano (pelo menos até agora) mostrou-se incapaz de elaborar respostas mais eficazes (DONNELLY, 2005, p. 8). (tradução nossa) (grifo nosso).

21 ONU. Declaração e Programa de Ação de Viena. Viena, 1993. Disponível em: [www.oas.org.br](http://www.oas.org.br). Acesso em 31 jan 2015.

Por seu turno, R. J. VINCENT (2005, p. 36) firma taxativamente seu entendimento pela universalidade dos direitos humanos, contudo propõe uma espécie de categoria, qual seja, a de direitos humanos relativamente universais, dispensando o devido valor às concepções morais e culturais, que, por sua vez, são absolutamente compatíveis com a concepção histórica de direitos humanos contida na Declaração de Direitos Humanos e demais instrumentos.

Meu principal objetivo é explicitar e defender os direitos humanos como direitos universais. Eu não sustento, contudo, que esses direitos sejam estáticos, imodificáveis ou absolutos; qualquer elenco ou concepção de direitos humanos — e a ideia de direitos humanos por si mesma — apresenta uma especificidade cultural e contingente. (...) Este livro demonstra que a contingência histórica e a particularidade de direitos humanos é completamente compatível com a concepção de direitos humanos como direitos morais universais, que não nos permite aceitar fortes reivindicações do relativismo cultural (VINCENT, 1984, p. 419).

Expostas teorias do universalismo e relativismo culturais, mister se faz contextualizá-los, inclusive em face do Direito à Cidade objeto desse artigo. Parte-se, em uma primeira instância, dos próprios conceitos e atributos de direitos fundamentais humanos conforme percorridos no item 3.1, nos quais se insere o DaC. A partir daí, passa-se à proposição de que, não obstante a ideia de R. J. VINCENT de um universalismo relativo, bem como o maciço reconhecimento da relevância dos valores éticos, morais e culturais, a questão do **universalismo** coliga-se necessariamente aos **direitos humanos materiais**, sua simples previsão, enquanto que a questão do **relativismo** estaria vinculada ao atributo da **efetividade dos direitos humanos**, ou seja, à sua aplicação, que por sua vez, importaria necessariamente em juízo de ponderação acerca de um dado direito em face de um dado universo ou contexto de direitos de fundo relevantemente moral, político, cultural e social (conflito de direitos humanos), todavia sem subtrair a validade do direito, mas, possivelmente impingindo-lhe certa gradação em face desses últimos. Isso significa dizer que a lista dos Direitos Humanos são um rol in abstracto, que serão concretizados e efetivados a partir da realidade socioeconômica, cultural e política de cada País, em relação, muitas vezes de conflito com direitos dessa ordem ou de uma necessidade de adequação, mas que impedem a irrefutável observância desses direitos universais em decorrência até da auto-aplicabilidade que lhes é própria, dando-lhes, assim a devida gradação no caso concreto através de critérios de ponderação, razoabilidade e adequação.

Assim, a negativa de validade do universalismo atingiria o próprio direito, enquanto previsão ou abstração, e sua essência: a dignidade da pessoa humana. Daí porque o rol de direitos humanos é absoluto, indivisível e teleologicamente plausível, pois é fruto de uma gênese histórica de construção cujo objetivo é evitar veementemente novas violações e atrocidades como outrora, inclusive sob os auspícios do positivismo jurídico ou em

virtude de qualquer que seja a unidade de argumentação que destoe do valor fundamental e supremo humano: a dignidade. O relativismo, por outro lado, é condição de máxima efetividade ou concretização ao direito, considerando-se que os direitos humanos são relativos quando em rota de conflito com outros de sua categoria, caso em que haverá, como explanado, a necessidade de exercício de um juízo de ponderação como método procedimental de solução de conflitos ou mesmo de adequação à realidade peculiar, que importará na limitação de um em face do outro direito. Segue-se uma quadro ilustrativo e representativo da proposição.

**Figura 1 - Universalismo de Efetividade Ponderada ou Relativa**



Do exposto, a universalidade desses direitos alcança quaisquer tipos de suas categorias: direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e toda a gama de outros direitos fundamentais consubstanciados em Acordos, Pactos, Convenções e Declarações que tratem, inclusive, sobre categorias específicas de pessoas. Nesse universo se insere, claramente, o Direito à Cidade como uma vertente do Direito ao Desenvolvimento. Porém, é imperioso que os casos que podem incidir o relativismo cultural orbitam, quase que em sua totalidade, em torno de direitos que envolvem liberdades religiosa e cultural dotadas de certo grau de peculiaridade, como é o caso das culturas islâmicas e budistas próprias de sociedades orientais. A propósito, a título de reforço dessa premissa, os exemplos trazidos na doutrina dos mais tarimbados autores na área de Direitos Humanos versam todos sobre esses direitos específicos. Em via inversa, é extremamente dificultoso vislumbrar uma relatividade cultural (na forma como defendida pelos relativistas radicais) na previsão in abstrato de direitos civis e políticos, ou econômicos, sociais e culturais, a ponto de lhes retirar a condição de garantia, como seria o Direito à Cidade, objeto desse artigo. Quando se reporta a direitos dessa área (DaC), pode-se listar: alimentação, habitação, saúde, seguridade social, lazer, vestuário, trabalho, todos, portanto, realizáveis no contexto da cidade. É nessa interface que o Direito à Cidade se situa e, tendo em vista a sua essencialidade e instrumentalidade ao Direito ao Desenvolvimento, notadamente quanto a imbuir a pessoa dos aspectos necessários e indispensáveis à condição de cidadão<sup>22</sup>, entende-se que

22 A respeito de uma concepção rigorosa de cidadania, no seu sentido técnico-jurídico, FREDYS SORTO traz importante lição cotejando esse instituto com o da nacionalidade com quem interage e que tem vínculo direto com a temática deste artigo: “A nacionalidade, ensina Aláez Corral (2006, p. 6). É “[...] o vínculo

não se trata, assim, de um direito relativo culturalmente, mas a sua garantia, à semelhança dos demais componentes do rol de direitos humanos, deve ser promovida independentemente do contexto socioeconômico, cultural, político e moral de cada País, embora seja plenamente viável a possibilidade de adequações que poderão variar segundo alguns padrões ou modelos de urbanização (por exemplo), mas nunca no sentido de expurgar o Estado de tal responsabilidade, a ponto de relegar seus cidadãos a uma situação de vulnerabilidade social extrema.

Nesse sentido, os padrões de urbanização atuais, segundo a influência severa da globalização, neoliberalismo e capitalismo, terminaram por ensejar sérios problemas quanto aos elementos que compõem o DaC e que são causas de aviltantes desestruturas sociais no contexto urbano, a exemplo da marginalização, miséria, desabrigados, deficiência intelectual e profissional, precarização da saúde e, como consequência, uma fragilidade brutal na concepção e exercício da cidadania<sup>23</sup>. No contexto do Direito à cidade, o processo

---

legal que une o indivíduo a um ordenamento jurídico soberano, integrando-o no coletivo estável e permanente de súditos”. [...] A cidadania, diz o mesmo autor (2006, p. 6), “[...] se deve conceber como uma pluralidade de situações jurídicas através das o ordenamento permite a integração indivíduo nas diversas esferas da comunicação social, juridicamente reguladas”. Ver SORTO, Fredys Orlando. **Cidadania e nacionalidade**: institutos jurídicos de direito interno e de Direito Internacional. Verba Juris: Anuário da Pós-Grauação em Direito, João Pessoa, ano 8, n. 8, p. 43, jan/dez. 2009. Por outro lado, tratando sobre a divergência do multiculturalismo em relação aos direitos humanos, FREDYS SORTO faz relevante análise quanto a estes em face do cidadão: “Não se deve subestimar o tema do multiculturalismo, porque ele mantém intensa vinculação com a problemática acima enunciada (obstáculos à efetivação dos direitos humanos). [...] É óbvio que não se devem tolerar violações de direitos já consagrados como normas de *jus cogens* na sociedade internacional, dado que os direitos com dignidade maior devem prevalecer sobre os de menor valor (conflito de interesses). [...] Na superação dessa problemática certamente a educação e o desenvolvimento têm papel de grande importância. A referência não é a qualquer tipo de educação, mas à Educação que forma cidadãos comprometidos com a comunidade política à qual pertencem e igualmente comprometidos com os valores comuns da Humanidade”. Ver SORTO, Fredys Orlando. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário**. Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, ano 7, n. 7, p. 12-13, jan/dez. 2008.

- 23 Nesse sentido, DOMENICO LOSURDO destaca o paradoxo do liberalismo (à semelhança do neoliberalismo) que proclamava a liberdade (para poucos) e violava a liberdade dos negros: “Sim, Calhoun fala da escravidão dos negros como um ‘bem positivo’, mas embora utilize uma linguagem altissonante, também o filósofo inglês, ao qual o autor estadunidense remete explicitamente, considera óbvia e natural a escravidão nas colônias e contribui pessoalmente para a formalização jurídica desse instituto na Carolina. Participa na redação da norma constitucional pela qual ‘todo homem livre da Carolina deve ter absoluto poder e autoridade sobre os seus escravos negros seja qual for sua opinião e religião’. Ver LOSURDO, Domenico. **Contra-história do liberalismo**. São Paulo: Ideias e Letras, 2006, p. 15. Em Hegel, Marx e a Tradição Liberal, LOSURDO afirma que “a negação da questão social é ainda mais radical no publicismo neoliberal dos nossos dias, que, também nesta negação, não por acaso, acaba por se encontrar com Nietzsche. [...] E Nietzsche, por sua vez, polemizando contra aqueles que de ‘profundas injustiças’ no ordenamento social, os acusa de ter ‘imaginado responsabilidades e formas de vontade que não subsistem de modo algum. Não é lícito falar de uma injustiça nos casos em que não estão presentes as condições preliminares para a justiça e a injustiça’. Assim como em Nietzsche, o protesto social, longe de remeter a condições objetivas e a uma real ‘injustiça’, remete, ao contrário, ao *ressentiment*, ao rancor que os fracassados da vida nutrem pelos melhores e mais afortunados, para Von Hayek, o que alimenta a



de urbanização é marcado pela industrialização (sempre em expansão) e pelo regime de mercado capitalista. Este, por sua vez, tem como estratégia básica o reinvestimento ou a reaplicação de seus lucros, através do incentivo ao consumo constante (HARVEY, 2013), gerando um processo urbanístico impulsionado pelo capitalismo com capacidade potencial para alterar ou ditar estilos/modos de viver, posto ser o consumo o fio condutor das estratégias capitalistas. Há uma interação simbiótica entre esse regime de mercado e o consumidor, assim considerado o indivíduo/cidadão. Tais percepções são histórica e juridicamente verificadas, desembocando em uma dicotomia maléfica: aqueles que, com poder aquisitivo, adquirem os elementos de seu bem-estar social e de cidadania versus aqueles que, despidos de qualquer instrumentalidade aquisitiva, sobrevivem à base de um pálido *modus vivendi* urbano periférico e dependente, cada vez mais, de uma interferência estatal que lhes garanta tais direitos fundamentais (BAUMAN, 2009, p. 6). CANÇADO TRINDADE (2007, p. 421) discorre sobre a problemática abordando os desafios do Direito Internacional na proteção dos direitos humanos, cotejando, ao final, o tema com a questão do relativismo cultural como mais um obstáculo a efetivação desses direitos.

Com efeito, a atual recessão econômica mundial veio agravar as disparidades já insuportáveis entre países industrializados e países em desenvolvimento, no plano internacional, e entre diferentes setores da sociedade, no plano interno. Lamentavelmente têm crescido, em distintos continentes, a humilhação do **desemprego**, assim como, de modo alarmante, a **pobreza extrema**. Em tempos de “**globalização da economia**”, as fronteiras passaram a se abrir à livre circulação dos capitais, inversões, bens e serviços, **mas não necessariamente das pessoas, dos seres humanos**. A crescente concentração de renda e poder em escala mundial, a acompanhar *pari passu* a chamada “globalização”, em meio à **glorificação do mercado**, passou a acarretar o trágico aumento - estatisticamente comprovado - dos marginalizados e **excluídos** em todas as partes do mundo, nesta mais recente manifestação de um perverso neodarwinismo social (TRINDADE, 2007, 421). (grifo nosso).

Destaque-se, nesse assunto, a realização da Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social em 1995 (TRINDADE, 207, p. 421-422), em Copenhague, que tratou exatamente dessa temática sob o viés da redução de pobreza, incremento do emprego e integração social, todos exercíveis no contexto do DaC, os quais demandam urgentemente o

---

exigência de ‘justiça social’ são ‘sentimentos’ absolutamente nada elevados, como ‘o desprezo por pessoas que estão em melhor situação que nós ou simplesmente a inveja’ e ‘institutos predatórios’. A objetividade da questão é, assim, dissolvida na responsabilidade individual e até mesmo na psicologia individual dos que sofrem condição de miséria”. Essa opinião de Nietzsche e Hayek terminam por demonstrar a concepção desses liberais quanto à exclusão de responsabilidade do Estado na promoção dos hoje chamados DESC. Ver LOSURDO, Domenico. **Hegel, Marx e a tradição liberal**. São Paulo: Unesp, 1998, pp. 208-209.

“renascimento dos ideais de justiça social” e um “desenvolvimento mundial da humanidade” para combater e tais problemas. Outro fato importante relatado como desafio à efetivação desses direitos é a negligência e fragilidade estatais em bem se postar nessa realidade global e capitalista sem se subsumir aos seus movimentos, bem como em proteger os hipossuficientes socioeconômicos sob sua jurisdição. Instrumentos de relevância nesse ponto são a Agenda Habitar I (à época. Atualmente, Habitat III)<sup>24</sup> e a Declaração de Istambul<sup>25</sup>, frutos da II Conferência Mundial das Nações Unidas, e que versou sobre a precariedade de um bilhão de pessoas (à época) em condições de abandono, sem moradia e em condições subumanas de vivência, o que se traduz em uma nova forma de exclusão e discriminação (TRINDADE, 2010, p. 424). A referência a essas dificuldades especificamente na área dos direitos socioeconômicos tem o condão de realçar os desafios para a efetividade dos direitos humanos, não só na área de direitos civis e políticos, mas, igualmente, na seara dos DESC. Por oportuno, é de se destacar que graves violações de direitos humanos não se circunscrevem aos repugnantes fatos de genocídios, torturas e guerras, mas configuram, semelhantemente, violações aos DESC a timidez e negligência estatais em bem desempenhar sua responsabilidade de efetivação de tais direitos para uma aproximação mais adequada de uma distributividade social (DOUZINAS, 2010)<sup>26</sup>, essencial à formação e robustecimento do cidadão. Acrescente-se, ainda, que, conforme bem preleciona AMARTYA SEN, sem a fruição dos DESC torna-se inviável o exercício dos direitos civis e políticos e de desenvolvimento plural, inclusive, das capacidades. Por consequência, tem-se uma parcela da sociedade hipossuficiente econômica e politicamente, incapaz de bem se postar entre o seu Estado e demais entidades na reivindicação de suas necessidades em uma perspectiva

24 ONU. Agenda Habitat. Vancouver, 1976. Disponível em: <http://nacoesunidas.org.br/agencia/habitat>. Acesso em 31 jan 2015. Elementos chave a serem considerados na Habitat III para a criação de um padrão de crescimento urbano sustentável: a) Política urbana nacional: deve estabelecer uma conexão entre dinâmicas de urbanização e o processo marco de desenvolvimento nacional; b) Leis, instituições e sistemas de governança: esses são os alicerces normativos para ação, os princípios operacionais, as estruturas organizacionais e as relações institucionais e sociais que perpassam o processo de urbanização; c) Economia urbana: embora haja uma forte e positiva correlação entre crescimento econômico e urbanização, esse potencial relacionamento não é espontâneo e nem se desenvolve por si mesmo. HABITAT III poderá ser o meio para se colocar os pilares centrais para um robusto desenvolvimento econômico urbano.

25 ONU. **Declaração de Istambul sobre assentamentos humanos**. Istambul, 1996. Disponível em: <http://pdfc.pgr.mpf.mp.br>. Acesso em 31 jan 2015.

26 Sobre esse descompasso ou paradoxo entre elenco e efetividade dos direitos humanos, DOUZINAS desfere forte e relevante crítica: “Se o século XX é a era dos direitos humanos, seu triunfo é, no mínimo, um paradoxo. Nossa época tem testemunhado mais violações de seus princípios do que qualquer uma das épocas anteriores e menos ‘iluminadas’. O século XX é o século do massacre, do genocídio, da faxina étnica, a era do Holocausto. Em nenhuma outra época da história houve um hiato maior entre os pobres e os ricos do mundo ocidental, e entre o Norte e o Sul globalmente. ‘Nenhum progresso permite ignorar que nunca, em número absoluto, nunca tantos homens, mulheres e crianças foram subjugados, passaram fome e foram exterminados sobre a terra. Ver DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

coletiva (SEN, 2010, p. 10), além de engrossar as fileiras da degeneração e miséria sociais tão antagônicas à ideia de dignidade humana, desenvolvimento e sustentabilidade urbana como direitos humanos fundamentais. Para além de reforçar a necessidade de efetividades dos DESC, os desafios arrolados exemplificativamente também têm o fulcro de sedimentar a perspectiva UNIVERSAL desses direitos, no tocante à sua previsão abstrata, dado que a possibilidade de sua relatividade (dentro da perspectiva radical) ensejaria desestrutura, desequilíbrio e violações sociais tão aviltantes e de tal monta (para além da conjuntura atual) que não se poderia mensurar a sua dimensão, notadamente pela possibilidade de isenção de responsabilidades a que os Estados poderiam incorrer.

Pelo exposto, reafirme-se a condição de universal do Direito à Cidade e ao Desenvolvimento, como direitos humanos que são, dado que fundamentados no primado supremo da dignidade, e cuja relatividade se vincula à sua efetivação no campo da adequação à realidade socioeconômica de cada País. São, por assim dizer, direitos materiais humanos, instrumentais da cidadania, universalmente tutelados e relativamente aplicados em consonância às peculiaridades conjunturais de dada sociedade. Propõe-se, assim, aos direitos humanos, e ao Dac e DaD em especial, a **Teoria do Universalismo de Efetividade ou Ponderada Relativa**<sup>27</sup>. Especialmente quanto a esses DESC, JACK DONNELLY, acertadamente, posiciona-se pelo universalismo:

Finalmente, os direitos econômicos e sociais reconhecidos nos artigos 22 a 27 garantem, como direitos individuais, proteções básicas que em uma sociedade tradicional comumente são providas pela família ou pela comunidade como um todo: seguridade social, trabalho, descanso e lazer, subsistência, educação e participação na vida cultural da comunidade [todos exercíveis no contexto da cidade, urbano]. Mas não são esses direitos os únicos a serem dirigidos novamente ao estado moderno, eles são mantidos simplesmente pelos indivíduos como pessoas humanas, e assim correspondem à individualização da pessoa na sociedade moderna. E o artigo 28, que garante uma ordem social e internacional em que os

27 Nesse sentido, ver trecho do discurso do Secretário-Geral da ONU à época, na sessão de abertura da Conferência de Viena, em 1993, que reforça a ideia de universalidade quanto à guarida e promoção desses direitos: “Que cada um de nós venha de diferentes culturas não absolve nenhum de nós da obrigação de cumprir a Declaração Universal. Tortura, estupro, antissemitismo, detenção arbitrária, limpeza étnica e desaparecimentos políticos — nenhum destes atos é tolerado por qualquer crença, credo ou cultura que respeita a humanidade. Nem mesmo podem ser eles justificados como demandas de um desenvolvimento econômico ou expediente político. Nós respeitamos as características religiosas, sociais e culturais que fazem cada país único. Mas nós não podemos deixar com que o relativismo cultural se transforme em refúgio para a repressão. Os princípios universais da Declaração da ONU colocam os indivíduos em primeiro lugar. Nós rejeitamos qualquer tentativa de qualquer Estado de relegar seus cidadãos a um *status* menor de dignidade humana. Não há contradição entre os princípios universais da Declaração da ONU e as culturas que enriquecem a comunidade internacional. O abismo real repousa entre as cínicas escusas de regimes opressivos e a sincera aspiração de seu povo”.

direitos previamente listados podem ser realizados, claramente reflete a peculiar noção moderna de responsabilidade internacional pela proteção e provisão de tais direitos básicos (DONNELLY, 1984, p. 418). (acréscimo nosso).

#### 4. Conclusões

O Direito humano à Cidade se insere na categoria do Direito ao Desenvolvimento, sendo considerado como o ramo do direito que trata de todas as subáreas relativas à fruição dos DESC no contexto urbano. Esse direito, por sua vez, também se reveste de instrumentalidade ao direito de desenvolvimento plural do ser humano, notadamente em sua perspectiva de cidadão. No entanto, há duas décadas vem-se verificando um aviltamento desses direitos, notadamente em um contexto de globalização e economia neoliberal, o qual tem resultado em uma nova forma de exclusão e discriminação mediante a miséria, o desemprego e desabrigo em proporções gigantescas, não obstante a previsão do DaC e DaD como direitos humanos e a responsabilidade dos Estados em promovê-los.

Paralelamente a esse contexto, as divergências acerca de universalismo e relativismo culturais dos direitos humanos têm, a nosso ver, um potencial alarmante para a fragilização desses direitos como um agravante à conjuntura socioeconômica já verificada. Questões como Teoria da reserva do Possível podem ser tomadas como argumentos para uma pálida atuação na direção dessa responsabilidade. De maneira que a discussões entre universalismo e relativismo tornam ainda mais prejudiciais a condição dos direitos humanos para além das realidades sociopolíticas e econômicas existentes. Uma correta compreensão e categorização da natureza desses direitos, em face das discussões acima, torna-se imprescindível. Nesse ponto, é imperioso lembrar a aplicabilidade dos atributos dos direitos fundamentais em geral aos próprios direitos humanos (DaC e DaD), especialidade a historicidade, a universalidade, irrenunciabilidade e efetividade. No intuito de robustecer a teoria constitucional vinculada a essa categoria de direitos e de ratificar a concepção universal impressa aos mesmos em sua gênese, propôs-se a Teoria da Universalidade de Efetividade Relativa. Nesta, a universalidade se coliga à lista ou previsão in abstracto dos direitos humanos, pela essência que os inspira (dignidade humana), e a relatividade se refere à efetividade desses direitos dentro do contexto socioeconômico, político e cultural de cada sociedade, notadamente quanto aos conflitos de interesses, quando se recorrerá, em ambos os casos a um juízo de ponderação que gradará ou adequará cada direito em face do caso concreto.

O DaC e o DaD se inserem nessa temática e nessa proposição inequivocamente, mormente por se constituírem em nova forma de exclusão e violação de direitos humanos em virtude da conjuntura de desequilíbrio e injustiça sociais verificadas pelas estatísticas

sobre habitação, emprego, educação, alimentação, entre outros, que demandam políticas públicas mais robustas para efetivação dos DESC como expressão de assunção de responsabilidade perante seus cidadãos e a ordem internacional. Essa concepção jurídica (universais de efetividade relativa) sobre os direitos humanos e, em especial, DaC e DaD, bem como uma retomada de ações na direção dos DESC marca e influi, decisivamente, para forjar e aprimorar o perfil de cidadão livre nos exatos termos da dimensão captada por AMARTYA SEN<sup>28</sup>: liberdade (ampla) como fator de desenvolvimento.

## 5. Referências

- ANTUNES, Eduardo Muylaert. **A natureza jurídica da Declaração dos Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 446, p. 35.
- ÁVILLA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zaar, 2009.
- BAVA, Silvio Caccia. **Le Monde Diplomatique Brasil**. Ano 7. No. 73.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.
- CASSIN, René. **El problema de la realización de los derechos humanos em la sociedade universal**. In: Veinte años de evolución de los derechos humanos. Pamplona: Universidade Nacional Autónoma de México, 1974.
- CONPEDI. PEIXEINHO, M. Messias e FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. In: CONSELHO NACIONAL EM PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 15., 2006, Manaus. **Anais**, Manaus: CONPEDI, 2006, p. 6952-6973.

---

28 Sobre a relação entre liberdade e cidadania, FREDYS fez importante análise histórica, perpassando pelos teóricos e teorias a respeito, motivo pelo qual transcrevemos trecho de seu artigo: “A célebre afirmação de Hannah Arendt de que cidadania é o direito a ter direitos em resposta à ruptura totalitária, como diz Lafer, representa, a despeito de toda a carga positiva da asserção humana, apenas um dos lados da questão. Pois não há cidadania sem deveres, nem direitos sem obrigações na comunidade política. [...] A cidadania e a liberdade têm a mesma origem e o mesmo percurso. A modernidade reinventa-as, adapta-as a realidades diferentes. [...] Por outras palavras, a adequada prática da liberdade pressupõe também o imprescindível exercício da autoridade, o que leva a negar também o seu valor absoluto, uma vez que se assim for, o governo deixa de ser legítimo. Além do mais, sem a liberdade a cidadania não existe, sem a autoridade é impossível qualquer forma de organização política. Ver SORTO, Fredys Orlando. **O projeto jurídico de cidadania universal**: reflexões à luz do direito de liberdade. Anuário hispano-luso-americano de derecho internacional, Madrid, vol. 20, p. 105 e 108, ene./dic. 2011.

- DONNELLY, Jack. Cultural relativism and universal human rights. **Human Rights Quarterly**, vol. 6, n. 4, 1984. Disponível em: [www.jstor.org](http://www.jstor.org). Acesso em 31 jan 2015.
- DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FEITOSA, M. L. A. M; FRANCO, F. C. O; PETERKE, SVEN; e VENTURA, V. A. M. F. **Direitos humanos de solidariedade: avanços e impasses**. Curitiba: Appris, 2013.
- FEITOSA, Enoque. De como o marxismo lida com a relação entre prescrição e descrição do mundo e as demandas por sua transformação. **Encontro internacional do GT Ética e Cidadania da ANPOF**. Pernambuco: UFPE, 2013.
- HARVEY, David. O direito à cidade. **Revista Piauí**. Ed. 82, jul/2013. Disponível em: <http://revistapiaui.estadao.com.br/edicao-82/tribuna-livre-da-luta-de-classes/o-direito-a-cidade>.
- LEFEVRE, Henri. **O direito à cidade**. 5 ed. São Paulo: Centauro, 2005.
- LOSURDO, Domenico. **Contra-história do liberalismo**. São Paulo: Ideias e Letras, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Hegel, Marx e a tradição liberal**. São Paulo: Unesp, 1998.
- ONU. **Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento**, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 1966.
- \_\_\_\_\_. **Declaração e Programa de Ação de Viena. Viena, 1993**. Disponível em: [www.oas.org.br](http://www.oas.org.br). Acesso em 31 jan 2015.
- \_\_\_\_\_. **Agenda Habitat**. Vancouver, 1976. Disponível em: <http://nacoesunidas.org.br>. Acesso em 31 jan 2015.
- \_\_\_\_\_. **Carta das Nações Unidas**. EUA: São Francisco, 1945. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/carta>. Acesso em 31 jan 2015.
- \_\_\_\_\_. **Declaração de Istambul sobre assentamentos humanos**. Istambul, 1996. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br>. Acesso em 31 jan 2015.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 28.
- \_\_\_\_\_. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **SUR – Revista Internacional dos Direitos Humanos**. Ano I, Número I, 2004, p. 22.
- \_\_\_\_\_. Direito ao desenvolvimento. **II Colóquio Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, 2002, p. 2.
- RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. São Paulo: Renovar, 2007.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Coimbra: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, jun. 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 84.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SENGUPTA, Arjun. **O direito ao desenvolvimento como um direito humano**. Social Democracia Brasileira, 2002. Disponível em: [http://ww1.psdb.org.br/psdb\\_antigo/Partido/itv/revista/revista\\_02/p7292\\_o\\_direito.pdf](http://ww1.psdb.org.br/psdb_antigo/Partido/itv/revista/revista_02/p7292_o_direito.pdf).
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI**. In: Tratado internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.
- VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- VINCENT, R. J. **Human rights policy and international relations: realist foundations reconsidered**. Utah: University of Utah, 2005.
- SORTO, Fredys Orlando. Cidadania e nacionalidade: institutos jurídicos de direito interno e de Direito Internacional. **Verba Juris**: Anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, ano 8, n. 8, p. 43, jan/dez. 2009.
- \_\_\_\_\_. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. **Verba Juris**: Anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, ano 7, n. 7, p. 12-13, jan/dez. 2008.
- \_\_\_\_\_. O projeto jurídico de cidadania universal: reflexões à luz do direito de liberdade. **Anuário hispano-luso-americano de derecho internacional**, Madrid, vol. 20, p. 105 e 108, ene./dic. 2011.

# DIREITO AO MÍNIMO SOCIAL, ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS E IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

---

MARLENE KEMPFER

Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL - Universidade Estadual de Londrina. Professora dos cursos de graduação em Direito da UEL e da PUC/PR, campus Londrina.

MIGUEL ETINGER DE ARAUJO JUNIOR

Doutor em Direito da Cidade pela UERJ. Professor e Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL - Universidade Estadual de Londrina. Professor do curso de graduação em Direito da UEL.

## Resumo

A construção da cidadania se faz, também, a partir dos esforços públicos para que os direitos sociais mínimos sejam objeto de políticas de Estado e de governo. Esta preocupação deve ser de âmbito nacional e internacional. Neste caso, já está retratada no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas. Em seus artigos 11, 12 e 13 está previsto que os Estados Partes reconhecem o direito da pessoa a um nível mínimo de vida. Indica, entre outros, o direito ao alimento, moradia, educação e saúde. O Brasil depositou a Carta de Adesão a este Pacto em 1992 (Decreto nº 591/92), comprometendo-se a cumpri-lo. Além deste compromisso internacional são valores constitucionais positivados pela Constituição Federal do Brasil de 1988 a promoção do bem-estar, dignidade da pessoa humana, fraternidade, igualdade e a justiça social. Para vivenciá-los foi escolhido, democraticamente, entre os objetivos do Estado, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (Art. 3º, III). Para tanto, as condições materiais mínimas acima referidas foram positivadas no nível de direitos sociais (Art. 6º). A dificuldade em concretizá-los é discurso reiterado, especialmente, em Estados onde há escassez de recursos. Tal argumento será considerado para este estudo, indicando a realidade brasileira, onde a exclusão e a desigualdade social são reclamos legítimos. Diante de tal constatação, políticas afirmativas mínimas de Estado devem ser protegidas do argumento da reserva do possível. Neste momento é que se propõe a alternativa da imunidade tributária (política de Estado), que diferentemente da extrafiscalidade por meio da isenção (política de governo), é uma proteção constitucional expressa por meio da incompetência para instituir



impostos para produtos, mercadorias, patrimônio, renda e serviços que sejam necessários à efetivação do acesso e permanência ao mínimo social referido. É um caminho possível pois evita a tributação indireta, decorrente da repercussão econômica, que coloca o Estado (sentido amplo) e, também, as pessoas de poucos recursos, na condição de contribuinte de fato. Desta forma, sendo consumidores, arcam com a tributação e sua onerosidade.

## Palavras-chave

Direitos sociais mínimos; Reserva do possível; Imunidade tributária.

## Resumen

La construcción de la ciudadanía se hace, también, con los esfuerzos públicos para que los derechos sociales mínimos sean objeto de políticas de Estado y de gobierno. Esta preocupación debe ser en ámbito nacional e internacional. En este caso, ya está retratado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966, adoptada por la XXI Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Los artículos 11, 12 y 13 estipulan que los Estados Partes reconozcan el derecho de las personas a un nivel de vida mínimo. Indica, entre otros, el derecho a la alimentación, la vivienda, la educación y la salud. El Brasil depositó la Carta de adhesión a este Pacto en 1992 (Decreto N° 591/92), comprometiéndose a cumplirlo. Además de este compromiso internacional, son valores constitucionales expresamente previstos en la Constitución de la República Federativa de Brasil del año 1988, la promoción del bienestar, de la dignidad humana, la fraternidad, la igualdad y la justicia social. Para experimentarlos, fue elegido democráticamente entre los objetivos del Estado, erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales (Art. 3º, III). En consecuencia, las condiciones materiales mínimas anteriormente descritas son expresamente previstas como derechos sociales (Art. 6º). Es notable la dificultad en hacerlos efectivos, especialmente en los Estados donde hay escasez de recursos. Este argumento será considerado para este estudio, con menciones a la realidad brasileña, donde la exclusión y la desigualdad social son reclamos legítimos. Ante tal constatación, las políticas afirmativas mínimos del Estado deben ser protegidas del argumento de la reserva de lo posible. En este punto es que se propone la alternativa de la inmunidad tributaria (política de Estado), que a diferencia de la extrafiscalidad través de la exención (política de gobierno), es una protección constitucional expresa por la imposibilidad de establecer impuestos para productos, bienes, propiedades, ingresos y servicios que son necesarios para efectuar el acceso y la permanencia de ese mínimo social. Es una forma posible, ya que evita la tributación indirecta, debido a la repercusión económica, que pone el Estado (sentido amplio) y también la gente de escasos recursos, en la condición de contribuyente real. Por lo tanto, como consumidores, soportan los impuestos y su onerosidad.

## Palabras clave

Derechos sociales mínimos; Reserva de lo posible; Inmunidad tributaria.

### 1. Introdução

Entre os desafios contemporâneos, dos governos sociais democráticos, continua a busca para promover uma convivência humana em que os direitos sociais sejam de acesso universal e efetivos. Este é um compromisso nacional e internacional, em especial, daqueles Estados que integram a Organização das Nações Unidas, documentado em vários pactos e tratados.

Argumentos têm sido apresentados para justificar o descumprimento dos direitos sociais de modo pleno e universal, entre eles, destaca-se, o mais reiterado, que é o da escassez de recursos. Portanto, a realidade posta, especialmente nos Estados não desenvolvidos ou em desenvolvimento, é a de que o usufruto destes direitos, para todos, não é possível, pois o orçamento público assim não possibilita.

No Brasil não é diferente. Os direitos sociais estão elencados no Art. 6º da Constituição Federal de 1988 - CF/88 e, por ser Estado parte do “Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, o Estado, por meio dos governos, tem o dever jurídico de promovê-los. É obrigação de nível constitucional.

Para enfrentar este desafio esta pesquisa de natureza bibliográfica, foi desenvolvida a partir da atual realidade socioeconômica brasileira e das seguintes premissas: a escassez de recursos é um argumento importante, mas, não justificável diante de alguns direitos que devem ser eleitos como direitos sociais mínimos. Estes seriam: os da educação de nível fundamental; moradia para projetos avaliados como habitações de interesse social; no âmbito da saúde, medicamentos e enfermidades sociais, ou seja, aquelas que resultam de condições mínimas de saneamento básico, ou que sejam características de determinada região; e, alimentos que compõem uma cesta básica cujos ingredientes devem considerar a cultura regional.

Em face do Princípio da Reserva do Possível justifica estabelecer prioridades para os direitos sociais mínimos referidos. E, para viabilizá-los, em face dos custos que representam, a contribuição deste estudo é a proposta de imunidade tributária, por meio dos impostos, para os produtos (IPI), mercadorias (ICM) e serviços (ISS), que os viabilize.

A imunidade é uma forma de determinar, em nível constitucional, a incompetência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para instituir tributos. As hipóteses protegidas pela imunidade compõem política de Estado, enquanto as competências de fiscalidade e de extrafiscalidade (incentivos) são políticas de governo. Portanto, a imunidade

retira do frágil âmbito da legalidade e da discricionarietà dos governos a interferência nos custos destes direitos mínimos, que pode ocorrer por meio da tributação.

## 2. Direitos Fundamentais Sociais Mínimos: Alimento, Moradia, Saúde e Educação

Em seus estudos sobre Direito Intercultural e ao tratar sobre direitos humanos, Otfried Höffe (2008, p.165), aponta que eles são parte de uma moral universal baseada nas condições gerais do ser humano, sobre tudo em sua razão, e já difundida na antiguidade, referindo-se a Aristóteles. Outros doutrinadores indicam, também, o discurso cristão como uma das suas fontes, na medida em que enaltece a importância de humanizar as relações por meio da convivência com condutas que realizem os valores da fraternidade, igualdade, paz, solidariedade, liberdade.

Seguindo uma trajetória histórica, outros marcos importantes podem ser citados a respeito de avanços em direitos individuais e sociais, tais quais, a Declaração de Direitos de Virgínia e a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, ambas de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Mas, o foco contemporâneo, é a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, aprovada por meio da Resolução 217 (A) III da Assembleia Geral da ONU, que os sistematiza sob a forma de princípios paradigmáticos de cunho universal. Desde então, novos documentos importantes sobre direitos humanos (tratados, pactos, convenções) foram apresentados e, reunidos, recebem a denominação de Carta Internacional de Direitos Humanos.

Indiscutível a força axiológica e ética dos princípios e regras que compõem a Carta referida. Destacando-se o alerta de Höffe (2008, pp.166-167), para quem, segundo a tradição europeia-norteamericana, estes direitos entram com a finalidade de ser parte da Constituição, obrigando os poderes públicos a partir da positivação.

Para esta pesquisa, entre os documentos que compõem a Carta Internacional de Direitos Humanos, é importante o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Resolução 2.200 de 16/12/66), vigente para a ordem internacional a partir de 1976. Entre os princípios e compromissos nele constantes, serão destacados somente aqueles enumerados nos artigos 11, 12 e 13, pois têm por foco a temática sobre o nível de vida humana adequada por meio dos direitos ao alimento, moradia, saúde e educação:

### ARTIGO 11

1.Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão

medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

[...]

#### ARTIGO 12

1.Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

[...]

#### ARTIGO 13

1.Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

[...]

Após 1966, data da Resolução 2.200, muitas transformações ocorreram entre as relações humanas. Constatou-se, entre outros fatores: a precarização das condições de vida para as comunidades mais necessitadas; inovações tecnológicas que melhoraram as condições da vida, mas, de restrito acesso; preocupantes alterações ambientais; movimentos fundamentalistas entre eles os xenofóbicos. Todas estas situações trouxeram mais e novas preocupações de nível nacional e internacional. Portanto, tais e outros fatos impulsionaram a construção de paradigmas para o desenvolvimento humano sustentável, em novas dimensionalidades.

Neste contexto tem-se a atuação da ONU por meio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que se propõe a atuar no sentido de melhorar as condições para a vida humana, considerando novos desafios contemporâneos. Tais constatações são fonte de insegurança econômica, política, social e ambiental, justificando a necessidade de atuações governamentais, acadêmicas e de instituições internacionais, com finalidade de desenvolver políticas e estudos para atuação conjunta, na expectativa de que tenham resultados mais efetivos. Neste sentido o PNUD propõe o cumprimento de políticas públicas mínimas a serem executadas em tempo determinado. É uma saudável forma de monitoramento dos avanços diante da luta diuturna para a convivência com os direitos humanos, especialmente aqueles que devem ser considerados imprescindíveis para a existência humana minimamente digna.

A multidimensionalidade das ações para melhorar as condições de vida acima referida e que permitem gerar um ambiente para enfrentar as inseguranças humana, defendido pelo PNUD, foram estudadas por Juan Pablo Fernández Pereira (2006, p.71-75), nas sete dimensões propostas pela ONU. Destacou que o critério considerado foi o do impacto que elas têm na construção de políticas públicas: i) alimentação (acesso a alimentos básicos); ii) econômica (acesso e permanência em trabalho produtivo com justa remuneração); iii) pessoal (violência física por meio de torturas, guerra, tensão étnica, delinquência, violência doméstica e aos menores); iv) comunidades (proteção à identidade cultural); v) saúde (enfermidades contagiosas e parasitárias, sistema circulatório, câncer); vi) política (repressão a indivíduos ou grupos, liberdade de expressão e de informação); e vii) meio ambiente (abastecimento de água, poluição, salinização, desertificação). Tais dimensões ao serem enfrentadas, defende-se, possivelmente permitem gerar ambiente de segurança humana.

Estes paradigmas ao serem comparadas com o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, podem indicar que repetem a preocupação com os aspectos de direitos sociais mínimos destacados para este estudo. Ou seja, constata-se, que transcorridos mais de 40 anos da vigência do Pacto, novos desafios estão à frente, mas, permanece, ainda, distante o usufruto dos direitos fundamentais básicos ao alimento, moradia, saúde e educação, especialmente, nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

É importante que ações sejam planejadas e executadas para promover este mínimo existencial social enaltecendo-se, no entanto, a fundamentalidade de todas as demais dimensões da segurança humana. Para tanto, é importante o empenho dos Estados nacionais em deflagrar os processos de reconhecer e aceitar-se como parte do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificando-o e seguir para os trâmites de sua internalização. Assim, os Estados passam a ser cobrados por instituições internacionais para que os compromissos sejam cumpridos.

### **3. Direitos Fundamentais Sociais Mínimos no Brasil: Alimento, Moradia, Saúde e Educação**

Nesta pesquisa, a exposição sobre os direitos sociais mínimos ao alimento, moradia, saúde e educação no Brasil, tem caráter acadêmico e exemplificativo. A proposta de reconhecer imunidade tributária, a seguir apresentada, é de caráter geral e em face de sua importante contribuição e viabilidade, pode ser adotada por governos que têm efetivo interesse em enfrentar as dificuldades de acesso e permanência nestes direitos sociais mínimos, em um cenário de escassez de recursos.

O Brasil está comprometido com a ordem internacional referenciada pela ONU, pois aprovou o texto do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. A Carta

de Adesão ao Pacto foi depositada em 24 de janeiro de 1992 e, promulgada, entrou em vigor em 24 de abril de 1992 e, finalmente, o Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992, compromete o Estado brasileiro a executar e cumprir tão inteiramente como nele se contém (Art. 1º).

Sob o aspecto normativo tem-se as seguintes disposições constitucionais e legais que permitem afirmar que o Brasil já deu os primeiros passos em consonância com o compromisso internacional assumido, pois ao positivar valores e os direitos sociais mínimos em foco, passam a compor um dever ser jurídico. Ou seja, integram, assim, a estrutura normativa onde estão as relações jurídicas que vinculam aos direitos subjetivos e respectivo deveres jurídicos:

i) Quanto aos valores, a partir do preâmbulo da Constituição Federal, dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.(grifos nosso)

ii) Quanto aos fundamentos do Estado, a CF/88, em seu Art. 1º, II e III, dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

iii) Quanto aos objetivos do Estado, a CF/88, em seu Art. 3º, I e III, dispõe:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

iv) Quanto aos compromissos internacionais, a CF/88, em seu Art. 4º, II, dispõe:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

v) Quando aos direitos sociais, a CF/88, em seu Art. 6º, dispõe:

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

vi) Quando ao direito a saúde, a CF/88, em seu Art.196 e Lei 8080/90, dispõem:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Em nível legal tem-se a Lei 8080/90:

Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

vii) Quanto ao direito a educação, a CF/88 em seu Art. 205 e Art. 208 e Lei 8.069/90, dispõem:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

Em nível legal tem-se a Lei 8.069/90

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

viii) Quanto ao direito a alimento, em nível legal tem-se a Lei 11.346/06, que dispõe:

Art. 1º Esta Lei estabelece as definições, princípios, diretrizes, objetivos e composição do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, por meio do qual o poder público, com a participação da sociedade civil organizada, formulará e implementará políticas, planos, programas e ações com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada.

Art. 2º A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

ix) Quanto ao direito à moradia, em nível legal tem-se a Lei 11.124/05, dispõe:

Art. 2º Fica instituído o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, com o objetivo de:

I – viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável;

Art. 4º A estruturação, a organização e a atuação do SNHIS devem observar:

I – os seguintes princípios:

b) moradia digna como direito e vetor de inclusão social;

Conforme se pode aferir, a ordem jurídica brasileira assegura todas as competências ao Estado para que, por meio dos governos, atendam aos direitos sociais mínimos em estudo. Portanto, devem ser interpretados na condição de direito subjetivo público.

Os fundamentos para tal argumento levam em consideração os ensinamentos apresentados pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Luís Roberto Barroso



(2009, pp. 299-305), ao defender que a “Constituição é dotada de força normativa e suas normas contêm o atributo típico das normas gerais: a imperatividade.” Aponta, nas páginas referidas, um catálogo de princípios instrumentais de interpretação constitucional, quais sejam:

- i) da supremacia da constituição, pois os valores e regras da Constituição “são fundamento de validade e sentido de todo o ordenamento jurídico”;
- ii) da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, pois as normas neles contidas, decorrem do exercício de competências que tem por fonte o princípio da separação dos poderes;
- iii) da interpretação conforme a constituição, para eleger, entre as interpretações possíveis, aquela que tem mais afinidade com a Constituição;
- iv) da unidade da constituição, que permite a interpretação sistemática reconhecendo que a ordem jurídica é um sistema e como tal deve-se procurar os caminhos para “harmonizar as tensões e contradições entre as normas jurídicas”;
- v) da razoabilidade ou da proporcionalidade, que permite o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e com isto, diante de caso concreto, possibilitar a proteção de direitos, inclusive os fundamentais, que estão entre compromissos constitucionais de âmbito internacional; e,
- vi) da efetividade das normas constitucionais, para realizar o direito e aproximar o “dever-ser normativo e o ser da realidade social”. Desta forma possibilita-se, também, realizar os objetivos da Carta Magna (interpretação teleológica).

Diante do direito à dignidade da pessoa humana, que na contemporaneidade deve ser entendida na acepção de oportunidades e condições de vida emancipatórias e não meramente assistencialista, o caminho para a interpretação trazido acima é contundente para defender que é possível delimitar os direitos a alimento, moradia, educação e saúde, no nível de direitos subjetivos mínimos em face do Estado. Portanto, devem ser atendidos, prioritariamente, diante dos demais deveres públicos.

#### **4. A Decisão por Direitos Sociais Mínimos Diante da Escassez de Recursos**

O argumento da escassez de recursos públicos tem amparo no Princípio da Reserva do Possível. Conforme escreve Paulo Caliendo (2009, pp 203-205), esta regra é “entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações”. Aponta que tem origem no constitucionalismo alemão e tendo sido, inclusive, fundamento da Corte Constitucional alemã para reconhecer “limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito”, assim se manifestando diante

de um pedido de acesso ao ensino universitário público barrado pelo limite de vagas (*numerus-clausus*).

O discurso da impossibilidade estatal em atender todos os seus deveres constitucionais e legais e, ainda, para todos, deve ser analisado adequadamente. Tais falas governamentais estão presentes, inclusive, em Estados desenvolvidos e mais contundentes em Estados em desenvolvimento e subdesenvolvido, onde a crise de acesso e permanência a direitos sociais é cada vez mais grave.

A justificativa de restringir os argumentos desta pesquisa à análise da inefetividade de direitos sociais somente nos Estados em desenvolvimento e subdesenvolvidos e diante da real insuficiência de recursos, é porque nesta circunstância é que se faz necessário a adoção de medidas distributivas. Defende-se que não devem ser excluídas as medidas de controle estatal e social para apurar a verdade sobre o argumento da escassez, mas, ressalte-se, ser premente que seja discutido quais seriam os direitos sociais mínimos que merecerão proteção independentemente de qualquer outro compromisso que um Estado possa ter no âmbito interno ou internacional, em face dos direitos sociais mínimos.

Embora possa ser uma afirmação criticável à luz das outras inúmeras responsabilidades estatais e dos atuais desafios em face da multidimensionalidade e interdependência dos fatores de insegurança humana, é preciso acrescentar que a prioridade apontada está registrada em documentos internacionais tal qual o Pacto referido, e outros mais recentes como o documento o “Futuro que Queremos” (Conferência RIO+20) aprovado em 2012, no Rio de Janeiro-BR. Nele foi incluída a discussão sobre aspectos sociais de erradicação da miséria entre os temas da sustentabilidade. A acepção de miséria, defende-se, compreende condições mínimas de alimento, moradia, saúde e educação.

Diante do exemplo brasileiro, que por via democrática constitucionalizou e tornou os direitos referidos previstos em Lei (subjativando-os) e, ainda, partindo da premissa de que a escassez de recursos estatal é real, defende-se que quanto à garantia de acesso e permanência na categoria de cada um dos direitos em análise, eles devem ser hierarquizados. O critério para esta ordenação é considerar a igualdade de oportunidades que estes direitos sociais podem promover ao maior número de pessoas.

Entre as difíceis discussões sobre o critério que possibilitaria a delimitação de direitos sociais mínimos em face da escassez, importante pesquisa de tese de doutorado foi apresentada por Lucas S. Grosman sob o título “Escasez e Igualdad” (2008). No capítulo inicial (2008, pp 17-36), em brevíssima síntese, conclui que atualmente não mais é sustentável a tradicional distinção entre direitos negativos (direitos civis e políticos) e direitos positivos (direitos sociais) sob argumento de que é inquestionável a proteção judicial no primeiro caso (exige a abstenção estatal) e não, necessariamente, no segundo (exige atuação estatal); e, como segundo argumento, que aqueles não podem ser considerados

onerosos e estes o são, portanto, poderiam inviabilizar o orçamento público se pudessem ser judicializados. Defende o Prof. Grosman que os direitos sociais também comportam abstenções do Estado, tal como não permitir a poluição ambiental, pois está comprovado pela ciência que contribui para o agravamento da saúde das pessoas. E, quanto à questão da onerosidade, exemplifica, que os direitos civis e políticos para possibilitar as eleições, manter tribunais que permitem o exercício ao direito do devido processo legal, garantir o direito individual à propriedade privada, também são muito custosos.

Portanto, é preciso superar tais argumentos e avançar para outro patamar de discussão e admitir que todos estes direitos estão no mesmo nível jurídico quanto ao seu usufruto, mas, que diante da constatação da escassez, novos paradigmas precisam ser considerados. Seguindo a pesquisa do Prof. GROSMANN (2008, pp 65 a 71), especificamente quando estuda a temática da judicialização dos direitos sociais em face da escassez, indica que diante de tal fato deve ser considerado o ideal da “igualdade estrutural de oportunidades”. Justifica a escolha deste ideal por dois fatores: o primeiro pela importância deste valor, averbando que a hierarquia dos valores é variável no tempo e exemplifica que a democracia, na atualidade, na maioria dos países, já é uma conquista e que outros avanços constitucionais devem ser considerados; o segundo, que na eleição de valores para justificar decisões, o sejam aqueles que honrarem as promessas que estão previstas na Constituição. Conclui que se “a comunidade considera que a realização de um ideal é de máxima importância, as instituições que esta comunidade cria e financia devem servir a tal determinação” Grosman (2008, p. 9).

A ênfase que deve ser dada à proposta do Prof. Grosman está em ter caminhado para argumentos além do discurso trivial da igualdade formal e ter considerado o fato real da escassez e, ainda, ao indicar que a igualdade de oportunidades permite que o ser humano demonstre as suas capacidades, talentos, potencialidades.

Sob estas orientações é possível justificar que todos os direitos sociais são importantes, mas, há aqueles que são indispensáveis, pois geraram condições mínimas para que as pessoas possam ter, igualmente, oportunidades de inclusão social e econômica. Assim, as pessoas podem enfrentar por mérito próprio os desafios contemporâneos para mudanças estruturais nestes sistemas. Estas condições mínimas que o Estado deve possibilitar para as mudanças tão desejadas são garantia de alimento, moradia, saúde e educação. Por meio do usufruto deles há maior possibilidade de que avanços emancipatórios possam ocorrer. A relevância destas indicações é de tal envergadura que podem ser considerados, atualmente, um mínimo para uma existência humana digna.

É importante seguir nos argumentos quanto à necessidade ou não de, entre tais direitos, promover uma hierarquização de prioridades em face, sempre, de uma realidade de escassez. Considerando os ensinamentos do Prof. Grosman e do Ministro Prof. Barroso acima apresentados, pode-se afirmar que sim. A fonte desta afirmação para os dois

professores está na Constituição em primeiro lugar e nas legislações caso já tenha ocorrido a positivação em nível infraconstitucional de valores e direitos. A Carta Magna é a suprema fonte e todo o ordenamento deve ser interpretado conforme, pois gera unidade e possibilita a efetividade de direitos.

Retomando o exemplo da Constituição e legislação brasileiras, pode-se indicar o valor da igualdade em várias passagens da Constituição. Ou seja, a primeira interpretação diante deste valor seria a de que todos devem ter igualmente direito de acesso e permanência aos direitos sociais. No entanto, deve-se avançar para identificar que entre os objetivos que o constituinte qualificou de fundamentais para a República Federativa do Brasil, em seu Art. 3º, III, está o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais. Defende-se que este é o critério que justifica hierarquizar os direitos sociais mínimos em estudo, para então classificá-los como necessários à própria condição humana.

Em termos normativos, avanços no Brasil podem ser apontados. No âmbito da saúde, tem-se previsto como dever do Estado no artigo 196 da CF/88 e nos termos da Lei 8080/90, no entanto, o grau de universalidade previsto, diante da escassez, não permitirá atender a todos integralmente em todas as ações preventivas ou de tratamento médico-hospitalares. Um mínimo de obrigações, no entanto, deve ser estabelecido a partir de dados que permitam indicar aquelas que resultam de condições mínimas de saneamento básico, ou que sejam características de determinada regiões, enfermidades sociais, exemplificativamente: malária, hanseníase, chagas, cólera, leishmaniose, hepatite, dengue, Aids, câncer. Para outras situações, seria justificável o critério de prioridades, resultante de uma avaliação judicial, com fundamento na igualdade estrutural de oportunidades, conforme ideia do Prof. Grosman, acima apresentadas.

Quanto à educação as prioridades já estão estabelecidas nos termos dos artigos 205, 208, I e IV e da Lei 8.069/90 em seu Art. 54 e VII, e obrigam o Estado a garantir acesso à educação infantil e educação básica, incluindo material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Atualmente este nível educacional mínimo deve ser irredutível, pois gera maiores oportunidades individuais. Os demais níveis da educação formal são importantes (ensino superior, por exemplo), mas, a prioridade mínima é o investimento na educação fundamental e não comporta o argumento da reserva do possível.

Para o direito à moradia, nos termos da Lei 11.124/05, a prioridade absoluta é para atender ao Sistema de Habitação de Interesse Social e viabilizar moradia digna para população de baixa renda. É política de Estado promover investimento, no caso do Brasil, em projetos de desfavelamento e promover a estas comunidades tal acesso.

O acesso ao alimento é o que possibilita a vida. Neste sentido a Lei 11.346/06 que avança ao prever um Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Em seu artigo 2º, expressamente atribui à alimentação a qualidade de direito fundamental humano,

inerente à dignidade da pessoa humana. Pode-se destacar o programa brasileiro que reconhece o direito à cesta de alimentos em caráter emergencial e complementar.

Estes direitos sociais mínimos, no Brasil, constituem direitos subjetivos. Consequentemente, a sua judicialização é legítima pois são políticas do Estado brasileiro (nível constitucional e legal) e, diante de tal positivação, não há discricionariedade do Executivo em não prever receitas no Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária (Art. 165 CF/88).

Para contribuir no sentido da efetividade segue a análise da proposta da imunidade tributária para produtos, mercadorias, bens e serviços que podem viabilizar o acesso e permanência a tais condições mínimas e promover a igualdade de oportunidades.

## **5. Política de Estado por Meio da Imunidade Tributária para a Proteção dos Direitos Sociais Mínimos**

As temáticas que envolvem o Direito Tributário são aquelas que tratam da competência do Estado para instituir, arrecadar e fiscalizar tributos. Outro é o campo de estudos do Direito Financeiro que reúne as proposições descritivas que tem por objeto a Constituição e Leis que disciplinam o orçamento público. No Brasil, a Constituição trata dos valores e das regras de competência tributária, especialmente, no capítulo do Sistema Tributário Nacional (artigos 145 ao 156) e sobre o controle das receitas e gastos públicos no capítulo das Finanças Públicas (artigos 157 a 168).

O tema da escassez de recursos pressupõe análises deste conjunto normativo. Ou seja, para que o Estado cumpra com suas atribuições e, especialmente, diante dos direitos sociais mínimos, o orçamento público depende de mais recursos e gastos eficientes. A fonte principal dos recursos é a tributação e gastos de qualidade pressupõe respeitar a hierarquia entre políticas de Estado e políticas de governo. Aqueles decorrem de decisões democráticas e soberanas da comunidade nacional registradas na Constituição, portanto, devem ser de execução obrigatória pelos governos, sob pena do Estado Democrático de Direito ser um mero discurso. As políticas de governos são ações no campo da liberdade para executar políticas públicas que estão nas prioridades do governo e podem coincidir ou não com as prioridades do Estado. Nesta hipótese a legitimidade dos gastos públicos deve ser criticada e justifica a avaliação judicial quanto ao mérito das opções governamentais.

As fontes de recursos tributários no Brasil são os impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições. Por meio das receitas destes tributos a União, Estado, Distrito Federal e Municípios irão construir seus orçamentos. Para tanto, defende-se que as competências constitucionais devem ser interpretadas como sendo de exercício obrigatório, uma vez que farão frente às inúmeras atribuições do Estado.

No Brasil, infelizmente, o único imposto que ainda não foi instituído é o Imposto sobre Grandes Fortunas de competência da União. Conforme a interpretação ora defendida esta omissão é inconstitucional, inclusive, pelo argumento de que haveria mais recursos para as políticas sociais mínimas.

Ao exercer as competências constitucionais para arrecadar recursos tem-se a função administrativa da fiscalidade, por meio da qual o Estado tem o dever de exercê-la de modo eficiente para que possa contar com tais recursos. Neste sentido, deve-se ver com certa reserva os mecanismos da extrafiscalidade, que tem por fim estimular ou desestimular condutas social e economicamente desejáveis por meio de tributação diferenciada. Esta opção está no campo das políticas de governo e pode ocorrer aprovando, por exemplo, isenções, redução de alíquotas, base de cálculo.

A reserva quanto à extrafiscalidade é no sentido de que tais políticas podem representar redução de receitas e afetar a execução de políticas de Estado. O risco, portanto, seria o uso ilegítimo desta alternativa por ser um discurso político-econômico que é bem aceito socialmente e que pode resultar na diminuição da arrecadação de tributos.

Comumente, no Brasil, os governos recorrem a políticas tributárias extrafiscais e sob a justificativa de diminuir a carga tributária. Tais decisões, atualmente, no Brasil, estão fundamentadas entre as formas de intervenção do Estado sobre o domínio econômico, facultado pelo Art. 174 da CF/88. São denominadas políticas de incentivos fiscais e fazem parte de políticas econômicas com intenção de regular os mercados. Quanto à tributação que incide sobre produtos, mercadorias e serviços que viabilizam o acesso e permanência em bens que compõem os direitos sociais mínimos, defende-se, não devem permanecer neste campo da extrafiscalidade. São direitos mínimos cujo usufruto não deve ficar no campo da discricionariedade de governos.

A atual Constituição traz para o regime tributário o Princípio da Seletividade do Impostos sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto sobre a Circulação de Mercadoria (ICM), para produtos e mercadorias consideradas essenciais. Este já é um mecanismo importante, pois os governos podem incluir entre os produtos, mercadorias e serviços que vão possibilitar os direitos em análise. Esta seletividade já é aplicada, ou seja, estão previstas alíquotas menores e até zero (isenção) para produtos (IPI) e mercadorias (ICM) que compõem a cesta de alimentos básicos e, em alguns Estados, estendem para certos materiais utilizados na construção de casas em projetos sociais. No entanto, infelizmente, diante de argumentos da escassez de recurso e das crises econômicas, este tratamento diferencial, em face da essencialidade, não obrigatoriamente precisa ser mantido. Ainda não há interpretações judiciais sobre a possibilidade de interferência do Judiciário para avaliar o mérito desta discricionariedade do Executivo. Infelizmente, tal posicionamento não contribui para proteger o direito de essencialidade dos direitos sociais em análise.

Além da situação acima exposta, duas razões de natureza tributária e outra política interferem dificultando o acesso a mercadorias, produtos e serviços que viabilizam os direitos em análise: i) em face do ICM, as mercadorias sujeitas à isenção, não geram direito a crédito para compensação com o devido nas operações que seguem, ou seja, a Constituição (Art. 155, § 2º, II, a), não permite a aplicação do Princípio da Não-Cumulatividade. Tal proibição é prejudicial diante dos tributos indiretos (aqueles que são repassados ao consumidor) porque haverá aumento da carga tributária; ii) em face do ICM e do IPI (além de outros tributos), serem considerados tributos indiretos há o repasse para a formação dos preços e com isto o contribuinte de fato (consumidor) arca com o valor das incidências dos tributos por ocasião da compra (repercussão econômica), inclusive, quando este for o poder público; iii) quanto à razão política, a extrafiscalidade depende de decisão governamental e é recorrente o uso de argumentos denominados razões do Estado para revogar ou diminuir os incentivos. Esta imprevisibilidade gera instabilidade quanto à continuidade das políticas públicas extrafiscais.

Mediante a exposição apresentada quer-se defender que a extrafiscalidade não é caminho seguro para a efetividade dos direitos sociais mínimos em estudo. Esta é a razão pela qual sugere-se a imunidade.

Conforme os ensinamentos do Prof. Paulo de Barros Carvalho (2013, pp 190-192):

A imunidade é uma classe finita e imediata determinável, de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição da República, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno, para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.

É importante destacar a enfática afirmação do professor de que “o núcleo deontológico do comando constitucional denuncie uma proibição inequívoca, dirigida aos legisladores infraconstitucionais e tolhendo-os no que tange à emissão de regra instituidoras de tributos” (Carvalho, 2013, pp191-192), ou seja, a imunidade determina a incompetência para tributar.

A análise da efetividade dos direitos sociais mínimos e em relação à fiscalidade e à extrafiscalidade, a imunidade tem a vantagem de ser uma proteção constitucional absoluta quanto à tributação. Diante das dificuldades acima apresentadas quanto à extrafiscalidade pela isenção, por exemplo, a imunidade não traz as desvantagens da não aplicação do Princípio da Seletividade, Princípio da Não-Cumulatividade, tributação indireta e da instabilidade das políticas de governos e de sua discricionariedade. Ou seja, a imunidade é, efetivamente, política de Estado.

Para exemplificar, por meio da imunidade, não seria possível a exigência de impostos sobre: i) produtos e mercadorias que compõe a cesta de alimentos que, atualmente, nos

termos Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional brasileiro, é composto pelos alimentos arroz, açúcar, feijão, farinha de mandioca, macarrão, óleo de soja, leite em pó, e farinha de fubá. (<http://www.mds.gov.br/segurancaalimentar/cestas-de-alimentos/entenda-o-programa/composicao-das-cestas-de-alimentos>). Estes alimentos poderiam custar muito menos para o Estado quando os compra para cumprir seu dever de fornecer esta cesta e, também, para todos aqueles que os consomem independentemente da condição financeira pessoal; ii) produtos, mercadorias e serviços necessário à execução dos serviços de saúde mínimos compreendendo também os medicamentos, a serem definidos em lei, teriam seus custos substancialmente reduzido; iii) quanto ao direito à moradia, os produtos, materiais e serviços para construção de especial interesse social, como é o caso de moradias sociais, seriam rapidamente viabilizados pois haveria redução do custo final; iv) quanto à educação para o nível fundamental público não seriam tributados, por exemplo, os materiais didático-escolar, transporte de alunos, merenda escolar; v) os serviços de educação fundamental quando prestados pela iniciativa privada não seriam tributados pelo Imposto sobre Serviços (ISS), por exemplo.

Poder-se-ia argumentar que há a imunidade recíproca, prevista no Art. 150, VI, a, da CF/88, protegendo o patrimônio, renda e serviços diante da competência tributária dos membros federados. Ou seja, da União não pode ser exigido o Imposto sobre a Propriedade de veículo automotor (IPVA), ou sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) e, assim, reciprocamente, diante de todos os impostos de incidência direta. No entanto, em face do fenômeno da repercussão e da consequente tributação indireta, os membros federados são considerados contribuintes de fato e assumem, tal qual os demais consumidores, a carga tributária. Exemplificando, o Poder Público arca com o custo tributário que incide sobre toda a cadeia da compra de mercadorias para compor a cesta de alimentos ou programas sociais de construção de moradia.

Deve-se anotar que atualmente já estão no campo da imunidade os serviços de educação e de assistência social (Art. 150, VI, c, da CF/88) caso sejam instituições sem fins lucrativos. Mas, no caso da educação, não limita aos serviços da educação fundamental. Ou seja, esta proteção, para outros níveis de ensino (nível superior), causa perda de arrecadação prejudicando investimentos públicos no nível de direito social mínimo ora defendido.

A defesa da ideia da imunidade é a de que os direitos sociais mínimos em análise devem ser considerados direitos emancipatórios da condição humana contemporânea. Por esta qualificação, no Brasil, estão protegidos não somente por meio das regras constitucionais na condição de direitos fundamentais, mas, também, por meio dos compromissos assumidos em âmbito internacional. Assim, ao proibir a tributação, em nível constitucional, tem-se o reconhecimento efetivo de fundamentalidade.

A efetividade destes direitos não poderia levar em conta os argumentos da reserva do possível, pois estas receitas nem fariam parte dos orçamentos públicos. Não é legítimo



construir o orçamento público com receitas advindas da tributação dos direitos sociais mínimos que contribuem para a dignidade da pessoa humana. A imunidade possibilita esta proteção de modo seguro e duradouro. É uma legítima política de Estado e que não deve ficar ao alvitre dos governos.

Urge buscar caminhos para viabilizar o acesso e permanência quanto a estes mínimos, uma vez que, nos termos do Art. 5º, § 2º e 3º da CF/88, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e ainda se afirma que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” Assim, este compromisso deve ter prioridade absoluta e a imunidade tributária pode contribuir para viabilização efetiva dos direitos sociais mínimos apresentados.

## 6. Conclusões

Esta pesquisa apresentar uma proposta de natureza tributária que poderá contribuir para aumentar as possibilidades de acesso e a permanência aos direitos sociais mínimos, em Estado de escassez de recursos.

O desafio em busca de caminhos para a efetividade dos direitos sociais considera que todos estes direitos, que no Brasil estão previstos no Art. 6º da CF/88, são fundamentais e deveriam ser de acesso universal. Mas, em face do Princípio da Reserva do Possível, é importante selecionar aqueles que devem ser considerados direitos subjetivos mínimos das pessoas e dever jurídico dos governos, uma vez que estão positivados em nível constitucional, pactos internacionais e leis.

Tais direitos sociais mínimos são: os da educação de nível fundamental; moradia para projetos avaliados como habitações de interesse social; no âmbito da saúde, medicamentos e enfermidades sociais, ou seja, aquelas que resultam de condições mínima de saneamento básico, ou que sejam características de determinada regiões; e, alimentos que compõem uma cesta básica cujos ingredientes devem considerar a cultura regional.

Os critérios para tal seleção foram: a possibilidade de concretizar o valor da igualdade de oportunidades que o usufruto destes direitos mínimos poderá proporcionar; e, a indicação em documentos da ONU para os quais o Brasil se comprometeu a viabilizar, tal qual o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A proposta tributária é no sentido de que os produtos, mercadorias e serviços que viabilizem os direitos sociais mínimos sejam protegidos da tributação por meio da imunidade tributária. Esta é uma proteção que indica a incompetência da União, Estados e Municípios para instituírem impostos que tributem situações indicadas na Constituição.

Diferentemente da competência fiscal e extrafiscal, a imunidade vai além, pois exclui a possibilidade de normas de incidência de tributos. É uma redoma constitucional que evitaria, especialmente, a repercussão econômica pela qual a carga de tributos é suportada pelo consumidor, onerando-o, muitas vezes, em demasia. Quando não se faz presente a extrafiscalidade, por meio de incentivos, este fenômeno, atinge, também, as pessoas jurídicas de direitos público interno, uma vez que são sujeitos das relações de consumo, inclusive quando adquirem produtos, mercadorias e serviços para viabilizar os direitos sociais mínimos.

A imunidade é um meio de proibir o exercício da competência tributária. Por ser norma de nível constitucional, compõe política de Estado e não de governos. As situações imunes somente podem ser incluídas ou alteradas por meio de Emenda Constitucional e tal exigência gera segurança jurídica e certeza do direito, diferentemente das políticas de governos (extrafiscalidade) que podem ser temporárias e estão no campo da legalidade e discricionariedade. A imunidade para impostos, tal qual o IPI, ICM e ISS, portanto, reforçará a qualidade de fundamentalidade dos direitos sociais mínimos indicados.

Além destes argumentos é importante ressaltar que a Constituição brasileira de 1988 impôs compromissos de erradicar a miséria, reduzir as desigualdades sociais, promover cidadania e a dignidade da pessoa humana (Art. 3º e Art. 1º). O primeiro passo para tanto, defende-se, é a promoção de direitos sociais mínimos. Assim, todos os caminhos que apontam para cumprir estes deveres devem ser considerados. Neste sentido, é preciso alterar a Constituição para incluir a imunidade ora defendida. Para tanto, é preciso uma corajosa decisão política.

## 7. Referências

- BARROSO, Luís Roberto. “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CALIENDO, Paulo. “Direito Tributário e Análise Econômica do Direito”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. “Curso de Direito Tributário”. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- GROSMANN, Lucas. “*Escasez e Igualdad*”. Buenos Aires: Libreria, 2008
- HÖFFE, Ortfried. “*Derecho Intercultural*”. Barcelona : Editorial Gedisa, 2008.
- PEREIRA, Juan Pablo Fernández. “*La Seguridad Humana*”. Barcelona: Editorial Ariel, 2006.

# DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E TUTELA INDIVIDUAL: LENDO ESSE DIREITO CONSTITUCIONAL À LUZ DO LIBERALISMO IGUALITÁRIO

---

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Professor Titular da Universidade da Amazônia. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. [jclaudiobritofilho@gmail.com](mailto:jclaudiobritofilho@gmail.com)

VANESSA ROCHA FERREIRA

Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca. Professora Assistente I da Universidade da Amazônia. Advogada. Vice-coordenadora do Departamento de Direito do Trabalho da Escola Superior de Advocacia (ESA/PA) - OAB/PA. [vanessarochaf@gmail.com](mailto:vanessarochaf@gmail.com)

## Resumo

Texto que pretende discutir o direito fundamental à saúde como um direito social que pode ser tutelado na esfera individual, estabelecendo o liberalismo igualitário como um modelo teórico adequado para fundamentar esse entendimento, a partir, principalmente, da concepção contemporânea de justiça distributiva de John Rawls.

## Palavras-chave

Direito fundamental à saúde; Tutela individual; Liberalismo de princípios; Justiça distributiva; John Rawls.

## Abstract

The present text aims to discuss the fundamental right to health as a social right that can be protected in the individual sphere, establishing the egalitarian liberalism as a theoretical model suitable to support this understanding, especially from the contemporary concept of distributive justice by John Rawls.

## Key words

Fundamental right to health; Individual protection; Egalitarian Liberalism; Distributive justice; John Rawls.

## 1. Contextualizando a Discussão

O direito do ser humano à saúde é tema que vem suscitando diversas reflexões, não havendo uniformidade nas análises que são feitas pelos autores que se ocupam do assunto. Isso nos mais variados aspectos que o tema comporta, e, às vezes, com argumentos que, levados a efeito, negam à pessoa o direito de viver — melhor seria dizer, sobreviver — em condições que lhe garanta exercitar suas potencialidades, dando curso às ações necessárias para o cumprimento de seu plano de vida.

Uma das razões apresentadas se traduz na alegação de que o direito à saúde é um direito social, não devendo ser entendido como configurando um direito subjetivo de índole individual.

Scaff (2010, p. 30), por exemplo, em relação a esse argumento, afirma:

É nítido que este preceito determina um direito à saúde através de “*políticas sociais e econômicas*”, porém a interpretação que vem sendo dada a este preceito é a de que este é um direito individual, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo, e não através da implementação de uma *política pública. Aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual.* (destaques todos do autor)

No mesmo sentido, mas salientando uma ação que “transcenda” as demandas individuais, é o pensamento de Maués (2010, p. 270-271), que defende que pode o Judiciário atuar, desde que não respalde, por exemplo, “tratamentos não previstos oficialmente”, cabendo-lhe colaborar “com a distribuição mais equitativa dos bens relacionados à saúde”. Para esse autor, fica claro, o papel do Judiciário nas questões envolvendo o direito à saúde deveria estar voltado para que a discussão a respeito se dê, prioritariamente, no que chama de “campo por excelência” para as decisões em matéria de saúde, que é o “das leis orçamentárias”.

Outro que se posiciona de forma semelhante é Amaral (2011, especialmente páginas 111/112), que postula no sentido de que o Judiciário deve decidir para além da adjudicação em favor do autor envolvido diretamente no feito, impondo obrigações, “dentro de prazos e balizas postas [...] como técnica de solução”.

Não obstante sejam opiniões que encontrem respaldo, até na esfera judicial, o que incluía o Supremo Tribunal, em passado recente<sup>1</sup>, pensamos que elas partem de premissas

1 Nesse sentido o pedido de Suspensão de Segurança (STA) formulado pelo Estado de Alagoas para tornar sem efeito a medida liminar concedida na Ação Civil Pública n.º 001.06.014309-7, que determinou o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. Na oportunidade, a Ministra Ellen Gracie, na condição de Presidente do STF à época, julgou o pedido e suspendeu a decisão impugnada, ao argumento de que o art. 196 da CF impõe a implementação de políticas públicas de caráter geral e igualitário, não abarcando situações

que não são as mais adequadas, embora aparentemente sejam corretas, chegando, como era de se esperar, a conclusões que não são as que favorecem o sujeito protegido no caso dessas normas, que é o ser humano.

A esse respeito, e de forma genérica, ou seja, para os direitos sociais como um todo, Brito Filho (2008, p. 87) afirma:

[D]e pouco adianta consolidar a idéia de que há direitos mínimos garantidos a todos os seres humanos se ficarmos, sempre, postergando sua realização.

Argumentos contrários, com aparência de legalidade e até de bom-senso, sempre existirão. O que todos precisamos decidir é se vamos ceder a esses argumentos, fazendo da vontade da coletividade e da Constituição letras mortas, ou se vamos afastar esses argumentos contrários e materializar, de fato, o bem-comum.

De minha parte, penso que tempo é de praticar todos os atos necessários para que os direitos sejam concedidos, sem exceções, e sem condicionantes. Já é hora de todos termos o mínimo.

O texto, como pode ser depreendido da transcrição acima, defende a plena realização dos direitos sociais, a partir da ideia de serem estes direitos componentes do mínimo necessário para o respeito à dignidade do ser humano<sup>2</sup>, não fazendo sentido reconhecer a fundamentalidade de direitos se eles não serão respeitados no patamar adequado.

Aproveitando essa ideia, mas, focando especificamente no direito à saúde, pretendemos discutir, de forma mais restrita, a questão da realização dos direitos sociais em dois

---

individualizadas. Verifique-se, a respeito, trecho da decisão mencionada: “Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados ‘(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)’ (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. [...]” (STF - Agravo Regimental em Pedido de Suspensão de Efetivação de Antecipação de Tutela nº 2006.002444-8 - Relª Min. Ellen Gracie – DJ 05.03.2007, p. 165-167).

2 Para ver a relação direta entre a dignidade da pessoa humana ver capítulo escrito por Brito Filho, denominado *Direitos humanos: algumas questões recorrentes: em busca de uma classificação jurídica*, constante de livro coordenado por João Carlos de Carvalho Rocha e outros (2008), e que se encontra, na obra referenciada, às páginas 29-43.

aspectos: 1) a realização do direito que, de fato, consiga suprir as necessidades do real destinatário; 2) a concepção teórica que melhor justifique a realização do direito.

Tratando-se de um ensaio com número limitado de páginas, é possível que as questões não possam ser tratadas de forma completa, sendo intenção dos autores, pelo menos, apresentar as questões principais a respeito desse debate, expondo razões, com apoio teórico e jurisprudencial, para sustentar uma posição não restritiva da realização do direito à saúde.

## **2. O Direito Fundamental à Saúde como um Direito dos Indivíduos, a partir de uma Concepção Teórica que Reconhece sua Jusfundamentalidade**

Os dois objetivos acima indicados estão, não somente pelo tema comum, interligados. É que é natural, em uma concepção de Direitos Humanos e de Direitos Fundamentais, que a pessoa humana seja considerada também em uma perspectiva individual, sob pena de ser esquecida a razão de ser do reconhecimento de um mínimo de direitos ao ser humano, que é proporcionar a cada pessoa o indispensável para que ela possa viver com dignidade.

E há, pensamos, uma concepção teórica que permite acolher essa ideia de forma natural, e que se vem convencionando chamar de liberalismo de princípios.

O tratamento que será dado ao tema, entretanto, impõe, por uma questão somente lógica, a discussão em separado, e na sequência que parece ser a mais adequada.

### *2.1. O Direito Fundamental à Saúde como um Direito dos Indivíduos*

Pensamos que, aqui, a primeira questão a ser tratada diz respeito ao fato de o direito à saúde ser indicado, no texto constitucional brasileiro, como um direito social.

É certo que o artigo 6º da Constituição da República prescreve, dentre os direitos sociais, a saúde, o que relaciona, de imediato, este direito a toda a coletividade, sendo, pelo que se depreende a partir do artigo 196, ainda do texto constitucional, esta a ótica preferencial, pela ênfase que é emprestada às políticas para a prevenção dos riscos da doença e para sua promoção, proteção e recuperação.

Isso significa que é dever, especialmente, do Estado, adotar as medidas necessárias para a preservação da saúde de todos os integrantes da coletividade.

Ocorre que, é no mínimo incorreto entender o direito à saúde somente sob essa ótica. É que, do ponto de vista das pessoas, a saúde é, claramente, uma questão que envolve cada um dos indivíduos, não sendo possível raciocinar apenas pelo prisma coletivo.

Pensar diferente é imaginar que o ser humano, em relação ao direito à saúde, é somente uma parte de um todo, e que basta uma política geral para que o direito seja

preservado, como se os problemas de saúde não se manifestassem de maneira individualizada em cada pessoa; como se as particularidades dos indivíduos não os levassem a ter ou não determinados agravos à sua perfeita condição física e mental; como se as necessidades de todos fossem sempre as mesmas. É óbvio que não é assim.

Por esse motivo, não obstante deva o Estado planejar e executar serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde das pessoas, concretamente cada pessoa estabelecerá com esse bem da vida uma relação de caráter individual.

As políticas gerais, então, não desobrigam o Estado de se relacionar, na medida das necessidades das pessoas, com cada um dos indivíduos, a partir de demandas concretas para a preservação de sua saúde.

Assim é que, ao lado do interesse de toda a coletividade de ter o Estado realizando todas as ações necessárias para a preservação da saúde de todos, há o interesse de cada indivíduo de ter a sua própria saúde garantida, por meio das ações convenientes para o seu caso concreto.

Nesse sentido é o que afirma Sarlet (2011, p. 141):

[O] que satisfaz o mínimo existencial guarda relação com necessidades físicas e psíquicas que, embora comuns às pessoas em geral, não podem levar a uma padronização excludente, pois o que o direito à saúde assegura — mesmo no campo dos assim designados direitos derivados a prestações (!!!), não é necessariamente o direito ao tratamento limitado a determinado medicamento ou procedimento previamente eleito por essa mesma política, mas sim, o direito ao tratamento para a doença.

É por isso que o direito à saúde constitui, sim, um direito subjetivo de cada indivíduo de exigir do Estado as medidas específicas para a preservação de sua saúde, e não somente aquelas que o Estado pretender prestar<sup>3</sup>.

A respeito do assunto, Bandeira de Mello (2011, p. 43-44), tratando genericamente do direito subjetivo do administrado em relação ao Poder Público, entende que este existe quando:

- (a) a ruptura da legalidade cause ao administrado um agravo pessoal do qual estaria livre se fosse mantida íntegra a ordem jurídica ou
- (b) lhe seja subtraída uma vantagem a que acederia ou que pretenderia aceder nos termos da lei e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-la se

3 Defender que caiba ao Estado determinar onde e como vai atuar, no caso dos direitos fundamentais sociais — previstos na Constituição da República, e com a indicação de que é do ente público, em seus diversos níveis, a obrigação primeira de proporcioná-los —, é desvirtuar, senão aniquilar, a ideia de que, nestes casos, o Estado tem de ser visto como um prestador de serviços, e que não tem sua existência justificada senão para prestar serviços públicos essenciais à comunidade.

não houvesse ruptura da legalidade, *nada importando que a ilegalidade argüida alcance a um ou a um conjunto de indivíduos conjuntamente afetados, por se encontrarem na mesma situação objetiva e abstrata.* (destaque do autor)

E mais adiante (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 46), o mesmo autor registra que, se não houvesse a possibilidade de se fazer a correção, pela via judicial, das violações aos direitos das pessoas, os princípios da legalidade e da isonomia de pouco valeriam.

Já Sarlet (2011, p. 143-144), tratando especificamente do direito fundamental à saúde, embora afirme a preferência pela tutela coletiva, do ponto de vista dos objetivos que podem ser alcançados, deixa claro que há uma titularidade — “no que diz com a condição de sujeito de direitos subjetivos” — ao mesmo tempo individual e transindividual.

De outro lado, sem fazer distinções, mas propondo uma busca mais intensa da tutela jurisdicional, tanto no plano individual como no coletivo, está Piovesan (2010, p. 69), que entende que,

É necessário [...] avançar em estratégias de litigância no âmbito nacional, que otimizem a justiciabilidade e a exigibilidade dos direitos econômicos e sociais, como verdadeiros direitos públicos subjetivos, por meio do *empowerment* da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo.

No plano jurisprudencial, atualmente observa-se uma tendência dos tribunais, a começar do Supremo Tribunal Federal (STF), de reconhecer o direito de as pessoas pleitearem, individualmente, em juízo, as prestações que entendem devidas pelo Estado em matéria de direito à saúde, tendência que, pensamos, deve ser ampliada cada vez mais.

O STF tem entendido, em diversos julgados, pela possibilidade de se pleitear o direito à saúde de forma individualizada, a exemplo da decisão proferida no AgRg no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que reconheceu o direito à saúde como o direito indissociável ao direito à vida.

O caso em questão tratava a respeito da condenação do Município de Porto Alegre em fornecer gratuitamente medicamentos para AIDS/HIV em favor de pessoas carentes.

A questão chegou ao STF por meio de Recurso Extraordinário, que não foi conhecido pelo Min. Relator Celso de Mello, mantendo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, por sua vez, havia reconhecido incumbir, solidariamente, ao Município de Porto Alegre e ao Estado do Rio Grande do Sul a obrigação de fornecerem gratuitamente medicamentos necessários ao tratamento de AIDS, nos casos que envolvessem pacientes destituídos de recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV.

Inconformado, o Município de Porto Alegre interpôs agravo regimental, alegando que a decisão violou o art. 167, I da CF que veda o início de programas ou projetos não



incluídos na Lei Orçamentária Anual. Ademais, aduziu a afronta ao princípio federativo da separação de poderes, bem como ao art. 198 e seu parágrafo único da CF, que responsabiliza as três esferas federativas pelo financiamento, ações e serviços de saúde.

O recurso foi levado a julgamento perante a 2ª Turma do STF, que negou provimento ao mesmo, ao argumento de que o direito à saúde é um direito indissociável do direito à vida, além de que sua interpretação de norma programática não pode transformá-lo em promessa constitucional inconsequente. É a seguinte a ementa do referido julgado:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na

concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Após o julgado transcrito acima, o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, manteve este entendimento, no sentido de determinar a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos em situações individualizadas.

Nesse sentido, merece atenção a decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 421/PE, ajuizado pelo Município de Arcoverde/PE, em face da decisão liminar proferida pelo TJ/PE, em ação que tem como objetivo o custeio do transporte do autor, portador de doença motora de origem cerebral do tipo Diparesia Espástica, para realização do seu tratamento na cidade do Recife/PE. Na oportunidade, o Min. Gilmar Mendes assim decidiu:

Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Essas considerações já são suficientes para a análise do pedido. [...] (STF – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 02101394-5/0 – Rel. Min. Gilmar Mendes - DJe 20.04.2010).

Outra decisão de destaque foi a proferida no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175/CE, proferida pelo plenário do STF. A medida em questão foi ajuizada em face de decisão proferida pelo TRF da 5ª Região, que determinou fornecimento de medicamento de alto valor, R\$52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) mensais, denominado ZAVESCA (Miglustat), não registrado na ANVISA, em favor de paciente portadora de doença rara (NIEMANN-PICK, tipo C).

Na oportunidade, o plenário do STF decidiu pela manutenção da decisão do Tribunal de origem, reconhecendo o direito subjetivo à saúde da autora da ação, considerando as suas condições pessoais, independentemente de políticas públicas de caráter geral. A ementa é a seguinte:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência

Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (Miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

Ainda neste sentido, de reconhecimento do direito à saúde vinculado diretamente ao direito à vida, há um caso que teve grande repercussão local, em Belém do Pará. Trata-se do pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 50/PA, em que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região obrigou a União ao depósito da quantia de US\$ 218.833,00 (duzentos e dezoito mil, oitocentos e trinta e três dólares) na conta-corrente da Universidade do Texas, M.D. ANDERSON CANCER CENTER, bem como a custear o tratamento médico do autor, portador de doença rara (Linfoma de Hodgkin), até sua total convalescença.

Nas razões expostas na STA, a União alegou que a decisão do tribunal local acarretaria lesão à ordem jurídica, administrativa e à economia popular. Quando da realização do julgamento, o presidente do STF à época, Min. Nelson Jobim, entendeu que o direito à saúde deve ser prestado em sua integralidade, tanto de forma individual como coletiva, visto estar ligado ao direito à vida. Vejamos o que disse o Ministro, em parte de decisão monocrática:

Primeiro, porque esta Egrégia Corte, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal entendem que a restrição prevista na Lei nº 9.494/97, que veda antecipação de tutela em relação a atos do Poder Público, não pode ser aplicada em questões pertinentes à saúde e à previdência do interessado (Súmula nº 729/STF) porque, nesses casos, há risco de dano inverso; em segundo lugar, como se observa pelo compulsar do processo, o Autor já está em tratamento naquele nosocômio desde outubro de 2003, razão que, isoladamente, já apresentaria a razoabilidade da pretensão, a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável, justificando sua concessão. 8- Não fora isso, o Sistema Único de Saúde pressupõe integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, consistente em ações e serviços preventivos e curativos de doenças, caso a caso, em todos os níveis de complexidade, abrangendo, inclusive, os tratamentos excepcionais, mesmo porque, o bem jurídico comprometido no caso é a vida, não somente a saúde, já que a moléstia que acomete o Autor, não tratada a tempo, é irreversível e leva o paciente à morte, e o direito à vida é direito individual fundamental, com previsão constitucional (art. 5º), não podendo prevalecer sobre ele o interesse eminentemente financeiro ou orçamentário do Estado para não retirar a

eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde, condenando o Autor à morte... [...] Assim, ausentes os requisitos legais (lesão à ordem, economia, segurança, saúde públicas), indefiro o pedido de suspensão. Publique-se. Brasília, 7 de novembro de 2005. Ministro NELSON JOBIM Presidente (STF – Pedido de Suspensão de Segurança STA 50/PA. Rel. Min. Nelson Jobim – DJ 14 nov.. 2005).

Cumpramos registrar que, reconhecer o direito individual de pleitear o direito fundamental à saúde contra o Estado em juízo, não é, ao contrário do que por vezes é afirmado, uma visão elitizante do direito à saúde, no sentido de que, assim entender favorece os com mais recursos, e que podem mais facilmente demandar em juízo. Pelo contrário, favorece os que têm menos e, portanto, não podem suportar, ao menos no total, o custo da preservação ou da restauração de sua saúde.

A propósito, observamos que, nada há de incorreto em discutir, judicialmente, questões na esfera individual; afinal é, ao fim e ao cabo, o indivíduo que será beneficiado ou prejudicado com as medidas do governo. Além do mais, as ações coletivas nem sempre serão hábeis para prevenir ou reparar todas as lesões, pois, podem investir contra situações gerais, mas, dificilmente serão suficientes para reparar todas as lesões causadas a cada um dos indivíduos, e, muito menos serão hábeis em casos de urgência<sup>4</sup>.

Essa é uma das formas, embora não a única, de dizer não à discricionariedade estatal. Afinal, as políticas públicas decorrem de mandamentos previstos no ordenamento, não são criações, sem base alguma, dos governantes. As ações estatais devem obedecer à lógica da prestação dos direitos fundamentais de forma plena, e não à lógica mesquinha dos governos, mais preocupados com seus projetos de poder. Um exemplo: é habitual o fornecimento — seletivo — de medicamentos para algumas enfermidades graves, enquanto que para outras, também graves, não, ao menos não na amplitude necessária para uma proteção eficiente. Ora, permitir a discricionariedade é aceitar que o governo tem o direito de dizer que doença vai tratar, e quem deve viver, o que é, sob qualquer ótica, inaceitável.

### 2.1.1. O Liberalismo de Princípios de Rawls como Concepção Teórica Suficiente para Sustentar o Direito Fundamental dos Indivíduos à Saúde

Cabe indicarmos, agora, a concepção teórica que, combinada com o modelo de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais que é adotado no Brasil, justifica o direito dos indivíduos à saúde.

<sup>4</sup> Isso reconhece, por exemplo, Scaff (2010, p. 29), quando, embora diga que não é papel do Poder Judiciário substituir o Legislativo, afirma que, “É certo que muitas medidas de caráter urgente devem ser proferidas visando salvar vidas ou resolver situações emergenciais”

Pensamos que essa concepção é o liberalismo de princípios, que Vita (1993, p. 22) também denomina de liberalismo kantiano, e Gargarella (2008, p. XIX) de liberalismo igualitário, como consta no título deste artigo.

Antes disso, é preciso que expliquemos qual a importância de discutir uma concepção teórica específica para justificar a defesa do direito individual à saúde, como sustentado no item anterior.

É que as posições contra ou em favor do direito individual à saúde não são apresentadas sem uma concepção teórica específica, não obstante nem sempre isso seja indicado de forma expressa. Identificá-las permite entender porque algo que parece óbvio: o dever do Estado de oferecer o básico aos indivíduos, que no caso aqui discutido é a saúde plena, pode ser singelamente negado por diversos autores, como se fosse algo normal.

Começando com as posições mais radicais contra o direito individual à saúde, pensamos que é possível perceber uma insatisfação contra o direito em si, ou seja, contra a obrigação do Estado de proporcionar saúde a todos.

É como se, em não sendo possível desobrigar o Estado do “ônus” de proporcionar saúde, tentassem os que entendem que assim deveria ocorrer limitar ao máximo o direito dos indivíduos, circunscrevendo a obrigação estatal a um espaço controlado pelo próprio Estado, onde é possível limitar o direito, ao ponto de torná-lo bem menor do que o que é imposto pelo texto constitucional, e muito abaixo do que é necessário para os seres humanos.

Esse entendimento se enquadra no que Piovesan (2010, p. 60), tratando de algumas decisões judiciais contra o direito individual à saúde, chama de ótica liberal clássica, concepção que, hoje em dia, é chamada de libertarismo.

Para o libertarismo, o Estado tem um papel bem restrito, não lhe cabendo proporcionar às pessoas direitos sociais. A concepção libertária fica clara nas palavras de um de seus expoentes, Nozick (2009, p. 21), que afirma:

[A]s principais conclusões que retiramos acerca do estado são as de que um estado mínimo, limitado às funções estritas da protecção contra a violência, roubo, fraude, execução de contratos, e por aí em diante, justifica-se; e que o estado mínimo, além de correcto, é inspirador. Duas implicações dignas de nota são a de que o estado não pode usar os seus instrumentos coercitivos com o objetivo de obrigar alguns cidadãos a ajudar outros, ou de proibir determinadas actividades às pessoas para o próprio bem ou protecção delas.

Mas essa não é a única concepção que pode ser percebida. Há claramente os adeptos do utilitarismo que, ao defenderem um atendimento limitado, que até pode ser suficiente, embora de forma precária, para uma boa parte da população, julgam que os casos que

discreparem dessa atenção mínima são somente uma exceção. Essa é uma visão que, ao contrário do que dizem alguns de seus defensores, só é compatível, em caso de uma necessidade maior em matéria de saúde, com as possibilidades de uma minoria, que supre um atendimento mínimo e insuficiente investindo seus próprios recursos. É uma visão elitista, então, por criar uma diferenciação baseada na capacidade do indivíduo de empregar sua própria renda para suprir uma deficiência na atuação estatal.

A respeito do utilitarismo, ensina Vita (1993, p. 13) que:

[O] utilitarismo é uma teoria ética teleológica, isto é, uma teoria que define o que é correto ou justo fazer em função de uma concepção da boa vida humana. Essa concepção, no caso do utilitarismo, é vazia de conteúdo próprio, já que resulta da agregação de preferências e desejos *de facto* dos agentes, sem que a motivação ou a validade dessas preferências e desejos sejam colocadas em questão.

Já Will Kymlicka (2006, p. 11) indica que, na forma mais singela, o utilitarismo “afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade”. Mais adiante (p. 25), o mesmo autor afirma que, no utilitarismo, as preferências dos indivíduos não são satisfeitas quando contrárias ao que “maximiza a utilidade de maneira geral”.

Essas duas passagens, mais a anterior, de Álvaro de Vita, deixam claras algumas questões próprias do utilitarismo: a predominância do bem sobre o justo, sendo o resultado o que indica o ato como moralmente correto, bem como o fato de que, no utilitarismo, as preferências dos integrantes dos grupos minoritários são ignoradas, desde que se maximize a utilidade e se contemple a maior parte dos indivíduos.

É o que acontece, por exemplo, quando um governo afirma, normalmente de forma triunfante, que a medida que vai adotar possibilitará, por exemplo, que 90% das crianças tenham educação básica. Aparentemente tem-se aqui uma boa medida, pois a maioria das crianças será alfabetizada. O problema é que, na verdade, o que se está a dizer é que, por causa da medida adotada para cumprir uma obrigação essencial do Estado, 10% de todas as crianças serão excluídas do direito de ter educação formal, normalmente as mais necessitadas.

John Rawls (2002, p. 31), por seu turno, rejeita o utilitarismo por diversos argumentos, podendo ser citado o fato de o utilitarismo — ao contrário da justiça como equidade, que afirma que os princípios de justiça são objeto de um consenso original — estender “à sociedade o princípio da escolha feita por um único ser humano”. Para Rawls, não há sentido em haver a regulação de uma associação de pessoas, em uma sociedade plural e em que as pessoas têm interesses distintos, a partir da “extensão do princípio de escolha para um único indivíduo”. Rawls, a propósito, na mesma obra (p. 30), chega a afirmar que o “utilitarismo não leva a sério a diferença entre as pessoas”.

O problema, no Brasil, a respeito da utilização do utilitarismo, é que essa utilização é agravada pela sua apropriação por aqueles que acreditam que a justiça distributiva deve ser pensada não como um modelo em que o Estado é obrigado a proporcionar o mínimo a cada indivíduo, e que vai depender, é claro das necessidades mínimas de cada indivíduo em relação a alguns direitos, mas sim em um mínimo imutável.

Para esses, bem comum é proporcionar o mesmo, da mesma forma, a todos, em um nivelamento por baixo que não faz sentido. Tratando-se de um bem como a saúde, em que as necessidades são individualizadas, esse pensamento deveria ser considerado uma bobagem, não fosse o componente trágico dessa cruel opção, que é negar o direito à saúde a cada um dos indivíduos.

Para encerrar o item, e reveladas as motivações teóricas para posicionamentos tão conservadores na questão debatida, usamos o pouco espaço que ainda resta para, ao menos indicar qual o modelo teórico que pode justificar um tratamento mais qualitativamente igualitário para todos em matéria de direito à saúde.

Esse modelo, claro que atualizado e compatibilizado com as normas brasileiras a respeito desse direito (à saúde), é o modelo de justiça distributiva construído a partir das concepções de John Rawls na obra *Uma teoria da justiça* (2002), e chamado de justiça como equidade.

Sintetizando a ideia de justiça distributiva, atualmente, essa concepção se esteia no reconhecimento, como afirma Fleischacker (2006, p. 12), de que “alguma distribuição de bens é devida a todos os seres humanos, em virtude apenas de serem humanos”.

Sob esse prisma, o autor (*idem*) indica as premissas necessárias para o moderno conceito de justiça distributiva, e que são:

1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem;
2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem;
3. O fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares;
4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável: tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar; e
5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada.

Ela é feita por Fleischacker, obviamente, sob uma perspectiva liberal igualitária, ou de princípios, pois toma por base que a distribuição deve ser feita a todos os indivíduos, nessa condição, sendo que se pode sintetizar as premissas acima em duas partes: cada indivíduo é merecedor de direitos básicos, sendo que uma certa parcela de bens materiais está compreendida nesses direitos; garantir que ocorrerá a distribuição desses bens — entendida a distribuição como algo factível — compete principalmente ao Estado.

E em relação ao direito fundamental à saúde, onde a ideia pode ser encontrada, na teoria de Rawls?

Genericamente, em duas ideias, caras ao autor. Primeiro, de que cada indivíduo deve ser levado em consideração, respeitadas as suas diferenças, o que já foi visto logo acima, quando apresentamos o pensamento desse autor em relação ao utilitarismo.

Segundo, pelo que pode ser depreendido de um dos princípios de justiça enunciados por Rawls (2002), e que é chamado de princípio da diferença. Nele, Rawls defende o que pode ser chamado de chamado de desigualdade controlada, e que pode ser explicado, de forma singela, assim: 1) ninguém pode ter tudo, mesmo que isso seja amealhado lícitamente, pelo que, ao menos pela tributação, uma parte deverá reverter à sociedade; 2) ninguém pode ficar sem alguma coisa, cabendo aos indivíduos um mínimo que deve ser garantido<sup>5</sup>.

Em relação à saúde, o que é o mínimo? Claro que não pode ser um mínimo de saúde”, sinônimo de uma vida precária. Só pode ser a saúde plena, no limite do que for possível, considerando o conhecimento disponível.

A única forma de fazer isso é admitindo que o direito à saúde também é um direito fundamental individual, e se aceitando que o Estado, no caso em discussão o Estado Brasileiro, é obrigado a proporcionar a cada indivíduo o que for necessário para que esse direito seja satisfeito.

### 3. Conclusões

Como fecho das questões enfrentadas, permitimo-nos fazer algumas considerações, e que, em boa medida, traduzem a perplexidade de vermos criarem corpo teorias que negam aos indivíduos aquilo que lhes é básico, mínimo, fundamental, além de, o que é de suma importância, previsto no texto constitucional.

Devemos dizer inicialmente que, quando há restrições na prestação dos serviços de saúde pelo Estado, o que este faz é: decidir quem atende, e quem não atende; decidir

---

5 Há dois autores que podem aperfeiçoar essa discussão: Dworkin (2005) e Sen (2001). Essa discussão, todavia, por ser longa, não cabe nesse texto, devendo ficar para outra oportunidade.



para quem fornece medicamentos, e para quem não fornece; decidir quem tem direito de participar da vida em sociedade, e quem não tem; mais que isso, decidir, às vezes, quem vive e quem morre.

Isso, sempre, prejudicará os menos favorecidos. Acolher concepções restritivas, para quem advoga soluções radicais e que culminam com a negativa do direito à saúde, pensamos, é só uma visão elitista, digna, na melhor das hipóteses, dos herdeiros do libertarismo, e, na pior delas, de pensadores como Malthus ou Herbert Spencer<sup>6</sup>.

Para os que ainda postulam restrições, embora em menor grau, é importante lembrar que, só há respeito ao direito fundamental à saúde se os serviços forem prestados de forma plena, e isso só acontece se a pessoa tiver preservado o seu direito à vida, e uma vida com saúde.

Para isso, a solução é dizer não à desigualdade, rejeitando-se teorias conservadoras e que só privilegiam quem já tem, subordinando o papel do Estado aos interesses dos governantes, e contra a sociedade, especialmente os menos favorecidos, sendo exemplos as teorias da reserva do possível; dos custos dos direitos; da prevalência da lei orçamentária; entre outras.

No plano da tutela individual, essas restrições têm sido rejeitadas, como se verifica das decisões do Supremo Tribunal Federal acima apresentadas, não obstante, em matéria coletiva, ainda sejam mencionadas, embora sem afetar, mesmo nesse nível, a concessão dos direitos, como se observa, por exemplo, da decisão do Ministro Celso de Mello no AI 677274 / SP – São Paulo, proferida em 18 de setembro de 2008. Em parte dessa decisão, a propósito, embora trate de questão sob a ótica coletiva, em ação proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Município de São Paulo, o Ministro Celso de Mello deixa bem clara a titularidade também individual dos direitos sociais, ao afirmar, na página 2:

É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo “welfare state”, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos — como o direito ao trabalho, à saúde, à educação — têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade.

E os abusos que, infelizmente, em certos casos são cometidos, e que acabam servindo de mote para justificar a retirada do mínimo das pessoas? Que sejam coibidos, mas sempre sendo tratados como exceções, pois a regra de toda e qualquer comunidade deve ser a

6 Para compreender um pouco a respeito das ideias desses dois autores sugerimos ler: Malthus (1983); Brue (2006); e Fleischacker (2006).

de ter respeito por cada um de seus integrantes. É o que se convencionou chamar de igual consideração, e que, pensamos, é materializada, dentro das concepções mais importantes de justiça, no liberalismo de princípios, especialmente na teoria da justiça como equidade, de John Rawls.

#### 4. Referências

- AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In NOBRE, Milton Augusto de Brito e SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, p. 117-147, 2011.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1ed, 3ª tiragem. São Paulo; Malheiros Editores, 2011.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos humanos: algumas questões recorrentes: em busca de uma classificação jurídica. In ROCHA, João Carlos de Carvalho, HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras, e CAZETTA, Ubiratan (Coord.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997)*. Belo horizonte: Del Rey, p. 29-43, 2008.
- \_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais sociais: realização e atuação do poder Judiciário. *Revista do TRT da 8ª Região – Suplemento Especial Comemorativo*, Belém, v. 41, n. 81, p. 77-87, Jul./Dez./2008.
- BRUE, Stanley L. *História do pensamento econômico*. São Paulo: Thomson Learning, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008.
- KYMLIKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MALTHUS, Thomas Robert. *Princípios de economia política e considerações sobre sua aplicação prática; Ensaio sobre a população*. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os economistas).

- MAUÉS, Antonio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. **In** SCAFF, Fernando Facury, ROMBOLI, Roberto, e REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, p. 257-273, 2010.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Tradução de Vitor Guerreiro. Lisboa – Portugal: Edições 70, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. **In** CANOTILHO, J. J. Gomes, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves, e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, p. 53-69, 2010.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2 ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **In** NOBRE, Milton Augusto de Brito e SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, p. 117-147, 2011.
- SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. **In** SCAFF, Fernando Facury, ROMBOLI, Roberto, e REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, p. 21-42, 2010.
- SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- VITA, Álvaro de. *Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.