

Cadernos

*da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo*

v. 3 n. 14 2018

Direitos Humanos

**Direitos econômicos,
sociais e culturais**

ISBN 978-85-92898-15-1



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EDEPE Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo

©2018 EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

v. 3 n.14 2018 – ISSN 2526-5199

Defensor Público Geral

Davi Eduardo Depiné Filho

Defensor Público Diretor da EDEPE

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Defensores Públicos Assistentes da EDEPE

Bruno Vinicius Stoppa Carvalho

Rafael Folador Strano

Corpo Editorial

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Bruno Vinicius Stoppa Carvalho

Rafael Folador Strano

Clarissa Christianne Rodrigues Souza

Diagramação e Projeto Gráfico

Laura Schaer Dahrouj

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Rua Líbero Badaró, 616 - 4º andar

CEP 01008-000 - São Paulo-SP

Tel.: (11) 3105-0919 - ramal 401

escola@defensoria.sp.gov.br

Todos os direitos reservados à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Salomão Barros Ximenes (Org.)
Davi Quintanilha Failde de Azevedo (Org.)
Felipe Hotz de Macedo Cunha (Org.)

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Direitos econômicos, sociais e culturais

1ª edição

São Paulo
Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
2018

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo / Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. – Vol. 1 (2016)- . – São Paulo : EDEPE, 2016- .

ISSN 2526-5199

ISBN 978-85-92898-15-1 (v. 3, n. 14, 2018)

1. Direito – Periódico. I. Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

CDU 34(05)

Elaborado por Giliardi Pereira Delli Paoli – CRB-8/10114

APRESENTAÇÃO DA SÉRIE

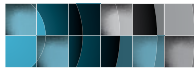
No exercício de sua missão constitucional de realizar a assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 134, da Constituição Federal), a Defensoria Pública veicula ao sistema de justiça realidades e pleitos até então inexplorados pela doutrina jurídica tradicional. Esta atuação peculiar, criativa e inovadora merece o respectivo registro.

Publicados pela Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE, os Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo pretendem concentrar a produção de conhecimento pautada pela vulnerabilidade dos usuários dos serviços de assistência jurídica gratuita, consolidando artigos, pesquisas, anais de eventos, dentre outras produções de Defensores/as Público/as e Servidores/as da Instituição.

Embora este caminho já tenha sido trilhado por outros atores e instituições, é certo que ainda se encontra em seus passos iniciais, de modo que a série ora apresentada pretende somar e contribuir para a construção de arcabouço de produção escrita que não apenas reproduza os institutos doutrinários clássicos, mas que inove e tenha como objetivo a consecução dos direitos da população vulnerável.

A série é dividida em onze áreas temáticas: 1. Cidadania e Direitos Humanos; 2. Ciências Penais; 3. Infância e Juventude; 4. Direito das Famílias e Sucessões; 5. Direito Processual e Litigância Estratégica; 6. Habitação e Urbanismo; 7. Direito das Mulheres; 8. Diversidade e Igualdade racial; 9. Direitos da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência; 10. Direito do Consumidor; 11. Questões Institucionais e Atuação Interdisciplinar.

A EDEPE está à disposição para críticas e sugestões através do e-mail: escola@defensoria.sp.def.br



Sumário

Apresentação.....	7
<i>Salomão Barros Ximenes</i>	
<i>Davi Quintanilha Failde de Azevedo</i>	
<i>Felipe Hotz de Macedo Cunha</i>	
Teses para uma dogmática unitária e contemporânea dos direitos fundamentais.....	9
<i>Salomão Barros Ximenes</i>	
A concepção contemporânea dos direitos sociais.....	28
<i>Lúcia Thomé Reinert</i>	
Aferição das políticas estatais para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma introdução.....	37
<i>Carlos Weis</i>	
Os direitos econômicos, sociais e culturais e a dívida pública: sobre a importância da avaliação de impactos de reformas econômicas.....	54
<i>Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes</i>	
O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU rumo à terceira década do século XXI.....	68
<i>Renato Zerbini Ribeiro Leão</i>	
Direitos econômicos, sociais e culturais e sua proteção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: um avanço necessário.....	79
<i>Felipe Hotz de Macedo Cunha</i>	
A internalização das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal e o papel da Defensoria Pública.....	93
<i>Milena Jackeline Reis</i>	
O papel da Defensoria Pública do Estado de São Paulo no acesso a direitos econômicos, sociais e culturais de pessoas refugiadas ou imigrantes.....	108
<i>Davi Quintanilha Failde de Azevedo</i>	
A luta pelo direito à terra: novos atores e novas estratégias de defesa de comunidades rurais tradicionais no Estado de São Paulo.....	131
<i>Marilene Alberini</i>	
Territorialidade quilombola no bloco dos direitos sociais e a invalidação das Unidades de Conservação de Proteção Integral no estado de São Paulo.....	146
<i>Wagner Giron de la Torre</i>	
A Defensoria Pública de São Paulo em defesa do patrimônio histórico e cultural: o asfaltamento das ruas de paralelepípedo no centro de Presidente Venceslau.....	166
<i>Denis Moura Dos Santos</i>	
Análise dos critérios utilizados para concessão de “bolsa aluguel” na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.....	176
<i>Andrea Castilho Nami Haddad Barreto</i>	
O direito à educação e sua efetivação através das garantias constitucionais.....	193
<i>Mike Luiz Sella da Costa</i>	
Algumas considerações sobre litigância estratégica e direito à saúde.....	208
<i>Daniela Batalha Trettel</i>	
<i>Gustavo Samuel Silva Santos</i>	
A reforma previdenciária e a proibição de retrocesso dos direitos econômicos, sociais e culturais.....	218
<i>Marcus Vinicius Ribeiro</i>	
A Justiça Restaurativa como método de resolução de conflitos.....	236
<i>Barbara Fátima Cardoso</i>	
<i>Thiago Rogério Silva Soares</i>	



Apresentação

Salomão Barros Ximenes

Doutor em Direito do Estado e professor da UFABC

Davi Quintanilha Failde de Azevedo

Defensor Público do Estado de São Paulo

Felipe Hotz de Macedo Cunha

Defensor Público do Estado de São Paulo

É no contexto de crise que são testados os compromissos com os direitos fundamentais. Passamos por esse teste no Brasil, fruto das crises política, social e econômica impulsionadas desde o final de 2014, com as políticas de austeridade econômica do segundo governo Dilma (PT) e muito agravadas durante e após o impeachment de 2016. O resultado: sucessivas reprovações. Ainda que o desemprego, o subemprego (positivado na reforma trabalhista) e a miséria sejam as faces mais duras desse período, não é possível minimizar a inter-relação entre essas violações a típicos direitos econômicos e sociais e a violação aos direitos políticos e civis da maioria do povo brasileiro. De um lado, o triste espetáculo do impeachment, fato que pôs em xeque a já frágil estabilidade da democracia e do sistema político. De outro, a explicitação da violência contra as classes populares, tendo como face extrema a recente intervenção federal no Rio de Janeiro. Contra a crise social e política, a resposta é a repressão.

Antes disso, a Emenda Constitucional nº 95/2016 instituiu o chamado “Novo Regime Fiscal”, que determina a estagnação das despesas primárias do orçamento federal por vinte anos. Retira assim dos próximos cinco presidentes seu principal instrumento, o orçamento público. Suspende as chamadas vinculações constitucionais para a educação e a saúde. Inviabiliza os direitos sociais básicos, como a seguridade, nosso principal instrumento de integração social. Significa, na prática, transformar uma equivocada política de austeridade econômica em Estado de Exceção Fiscal, uma moratória sobre os pactos fundantes de 1988.

Felizmente a sociedade resiste, representada por movimentos sociais, organizações de direitos humanos e atores do sistema de justiça fiéis à defesa do Estado Social e Democrático de Direito. Também há Ações Diretas de Inconstitucionalidade à disposição do Supremo Tribunal Federal, contra a Emenda nº 95 e seus efeitos. No julgamento monocrático da ADI 5595, o ministro Lewandowski suspendeu os efeitos da Emenda nº 86/2015, que trata do gasto mínimo em saúde, sob o argumento de que sua



aplicação, no contexto do “teto de gastos”, implicaria retrocesso inconstitucional, nos seguintes termos: “(...) alterações que impliquem retrocesso no estágio de proteção por eles [direitos] alcançado não são admissíveis, ainda que a pretexto de limites orçamentário-financeiros”.

Organizações da sociedade civil e movimentos sociais reunidos em torno da Plataforma de Direitos Humanos (DhESCA Brasil), por sua vez, lançaram uma campanha pela revogação da Emenda nº 95/2016, denominada “Direitos valem mais, não aos cortes sociais” (<http://direitosvalemmais.org.br>) com debates, mobilizações, proposições legislativas e judiciais.

É nesse contexto de críticas, debates e resistências em defesa de direitos que ganham relevância as iniciativas do *Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Primeiramente, com a realização, em julho de 2017, do "Seminário Direitos Humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais em tempos de crise", e agora com a publicação desta edição dos Cadernos da Defensoria Pública, sobre a temática Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Saudamos a chegada desse conjunto de reflexões, teóricas e práticas, que animam à luta por justiça social, conscientização e mobilização contra os retrocessos e pela realização dos direitos fundamentais.



Teses para uma dogmática unitária e contemporânea dos direitos fundamentais

Theses for a unitary and contemporary theory of fundamental rights

Salomão Barros Ximenes¹

Professor da Universidade Federal do ABC (UFABC)

salomao.ximenes@ufabc.edu.br

Resumo

Trata-se de artigo teórico que apresenta e discute contribuições doutrinárias e jurisprudenciais que embasam a construção de uma dogmática unitária e contemporânea dos direitos fundamentais, em consonância com a interpretação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Para isso, desenvolvemos três teses, segundo as quais não há diferença estrutural entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais: todo direito impõe obrigações negativas e positivas, todo direito tem custos públicos; todo direito tem dimensões objetiva e subjetiva e todo direito determina ao Estado obrigações de proteger, respeitar e realizar; e os direitos econômicos, sociais e culturais têm na dimensão de realização objetiva sua principal vertente de realização, embora isso não exclua a relevância jurídica das demais dimensões. Como referência de análise, valemo-nos do conteúdo jurídico-constitucional do direito à educação. Ao final, traçamos algumas considerações sobre os reflexos dessas teses nos debates sobre financiamento, reserva do possível e controle judicial.

Palavras-chave: teoria dos direitos fundamentais; DESC; direito à educação.

Abstract

It is a theoretical article that presents and discusses doctrinal and jurisprudential contributions that support the construction of a unitary and contemporary dogmatic of fundamental rights, in line with the interpretation of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights. For that, we have developed three theses, according to which there is no structural difference between civil and political rights and economic, social and cultural rights: every right imposes negative and positive obligations, every right has public costs; every right has objective and subjective dimensions and every right determines the State's obligations to protect, respect and fulfill; and economic, social and cultural rights have in their objective dimension their main aspect of realization, although this does not exclude the juridical relevance of the other dimensions. As a reference for analysis, we use the constitutional content of the right to education. In the end, we draw some considerations on the reflexes of these theses in the debates about financing, reserve for contingencies and judicial control.

Key words: *fundamental rights theory; DESC; right to education.*

¹ Advogado *pro bono*, é Bacharel em Direito e Mestre em Educação Brasileira pela Universidade Federal do Ceará (UFC), doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Membro da Rede Escola Pública e Universidade e do Centro de Estudos Educação e Sociedade (CEDES). Autor de “Direito à Qualidade na Educação Básica: teoria e crítica” (Quartier Latin).



Introdução

O artigo¹ apresenta e discute as teorias de direitos fundamentais que propõem a integração das dimensões negativas e positivas desses direitos - civis, políticos, econômicos, sociais e culturais - em uma *dogmática unitária e contemporânea*, conforme vem sendo incorporado e proposto na jurisprudência do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Para isso, utilizaremos como referência de análise o desenvolvimento do conteúdo jurídico-constitucional do direito à educação.

É a partir dessa dogmática unitária dos direitos fundamentais que, em uma perspectiva atual de superação das dicotomias entre direitos “de liberdade” e direitos “sociais”, podemos compreender a totalidade de posições jurídicas, negativas e positivas, objetivas e subjetivas, que estão contidas no âmbito de proteção do conjunto dos direitos fundamentais e que se manifestam, em maior ou menor medida, nos processos de especificação normativa, delimitando em diferentes graus as obrigações de realização ou de abstenção por parte do Estado.

A chave dessa dogmática unitária é a teorização sobre a natureza tripartite das obrigações estatais em matéria de direitos fundamentais, conforme apresentamos em complemento às três teses básicas. A partir dessa perspectiva, valorizam-se tanto as dimensões de liberdade e de participação política presentes nos DESC – aspectos relevantes diante das propostas de fechamento de escolas, de mobilizações estudantis e ameaças de censura na educação, por exemplo –; como a dimensão de custo dos direitos civis e políticos, que igualmente exigem atuação estatal para sua plena realização.

Teses para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais

Ainda se faz necessário superar teoricamente a visão mais difundida sobre o desenvolvimento dos direitos fundamentais e sua natureza. Essa visão, forjada à época da edição dos Pactos que compõem a Carta Internacional de Direitos Humanos², opôs dicotomicamente direitos civis e políticos a direitos econômicos, sociais e culturais, em razão dos constrangimentos políticos e intelectuais provocados pela disputa imperial bipolar entre Estados Unidos e União Soviética. Segundo essa concepção dicotômica e historicamente determinada, que recebeu ampla teorização na segunda metade do século passado, a primeira categoria de direitos “nascem contra o superpoder do Estado”, enquanto os outros “exigem para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado” (BOBBIO, 2004, p. 25).

A superação dessa visão sobre a natureza dos direitos humanos fundamentais ganhou impulso, ao menos normativamente, no processo de *especificação* dos direitos humanos em



âmbito global, que vem influenciando diretamente as constituições e normas nacionais editadas a partir da década de 1990 (PIOVESAN, 2006). Tratados internacionais de direitos humanos – como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1966), a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção Internacional de Proteção às Pessoas com Deficiência (2007)³, todos com relevantes artigos dedicados à especificação do direito à educação de cada um desses segmentos – *contemplam igualmente os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais*, resgatando, com isso, a estrutura integradora que está na origem das Nações Unidas. Entretanto, o principal marco de superação da bipolaridade histórico-jurídica entre esses direitos surge com a Declaração de Viena, de 1993, quando se reafirma a concepção contemporânea de direitos humanos, já assente no artigo 5º da Declaração de 1948, e são convocados todos os órgãos da ONU a se desvencilharem dos constrangimentos intelectuais impostos na segunda metade do século XX e a reaverem suas posições:

3. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais (Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993).

A visão contemporânea aqui adotada, portanto, ajusta-se a essa perspectiva, extraindo das ideias de universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos em geral as bases para a adoção de uma teoria unitária dos direitos fundamentais, bases que permitam abandonar de vez a perspectiva de um regime jurídico específico para cada tipologia, às quais se agrega a exigibilidade jurídica (justiciabilidade) dos direitos econômicos, sociais e culturais como uma “novidade” desafiante do período. Na formulação que apresentaremos a seguir, propomos, como ponto de partida, o deslocamento do enfoque analítico. Anteriormente, o enfoque se dedicava à catalogação da natureza dos direitos em si; propomos agora que o olhar seja deslocado para a caracterização sobre as diferentes obrigações jurídicas que os direitos exigem do Estado.

É sob essa perspectiva que a doutrina e a jurisprudência internacional vêm afirmando que no conjunto dos direitos fundamentais reconhecidos pesam, a princípio, as mesmas restrições e reservas, sejam eles denominados direitos civis e políticos ou direitos econômicos, sociais e culturais. Tais restrições e reservas não se apresentam em função da classificação tipológica dos direitos, mas são definidas em função da natureza das obrigações objetivas de respeitar, de proteger e de promover os direitos fundamentais, aplicáveis a cada um deles em um ordenamento concreto.



Tese 1 - Não há diferença estrutural entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais: todo direito impõe obrigações negativas e positivas, todo direito tem custos públicos

Feitas essas considerações, que nos permitem situar esse ponto da análise nos desafios teóricos e práticos contemporâneos dos direitos humanos, tomando-se a Conferência de Viena (1993) como o marco da chegada de um novo século “histórico” (HOBSBAWN, 1995) no discurso sobre esses direitos, entendemos útil distinguir, didática e dogmaticamente conforme proposto por Peláez (1994), entre os sentidos político e jurídico dos direitos sociais. A utilidade de expressar essa distinção está em evitar anacronismos graves, como a reprodução de uma teoria jurídica dos direitos sociais que foi construída a partir de pressupostos hoje inaplicáveis, ainda mais no caso brasileiro, em que a Constituição reconhece esses direitos como fundamentais e imediatamente aplicáveis, integrados ao regime internacional de proteção.

Politicamente, os direitos sociais encontram origem na luta de classes que levou ao ascensão do tipo de organização político-jurídica representada pelo Estado Social e Democrático de Direito, sob a hegemonia das classes de proprietários. Esse fenômeno, ao menos nos países centrais, permitiu um considerável período em que foi possível conjugar os altos ganhos capitalistas com a elevação geral do padrão de vida das classes populares, sobretudo pela elevação do emprego, da massa salarial e pela universalização de prestações sociais como educação, saúde e previdência universais.

Juridicamente, no entanto, a história demonstrou não haver necessária correlação entre prestações sociais objetivas e direitos sociais constitucionalmente protegidos. Ou seja, se inicialmente o constitucionalismo dessa etapa estatal de juridificação representada pelo Estado Social e Democrático de Direito, na concepção de Habermas (2012), procurou expressar em termos positivos tais direitos, como na Constituição de Weimar (1919), na “(...) *viragem* do (neo)constitucionalismo europeu na segunda metade do século passado, a sorte dos direitos sociais foi decisivamente afetada pela discutida e discutível opção da Lei Fundamental de Bonn [1949] quando esta se assumiu como *Constituição sem direitos sociais*” (NOVAIS, 2010, p. 11, destaques no original). Foi essa opção do constitucionalismo alemão que levou a que fosse desenvolvida uma complexa jurisprudência sobre prestações sociais pelo Tribunal Constitucional, a quem coube extrair de uma Constituição *sem direitos sociais* as garantias básicas em termos de obrigações estatais.

Em paralelo, ainda que fortemente influenciados pela doutrina e jurisprudência alemãs da segunda metade do século passado, a opção por uma constituição *sem direitos sociais* não foi reproduzida nos contextos de redemocratização na periferia mundial, com destaque à Constituição Portuguesa de 1976, pioneira no revigoramento constitucional dos direitos sociais como direitos constitucionais fundamentais, à Constituição Brasileira de 1988 e à Constituição Sul-africana de 1996⁴. Essas, em termos bastante gerais, mesclam o conteúdo material amplo da Constituição de Weimar, *com direitos sociais*, ao regime de proteção dos direitos fundamentais



da Constituição de Bonn (1949), cuja principal expressão é o reforço da jurisdição constitucional.

Devido a essa nova configuração constitucional, os conceitos consolidados na jurisprudência alemã nem sempre podem ser transpostos diretamente para as realidades constitucionais dos países que afirmam constitucionalmente os direitos sociais. Critica-se, por exemplo, a importação de conceitos como a chamada *reserva do possível*, desenvolvida naquele contexto. Primeiro porque tal reserva não deve ser exclusivamente atribuída aos direitos sociais, já que aplicável, enquanto elemento objetivo, a todos os deveres de prestação. Segundo porque nas constituições com direitos sociais, como a Constituição brasileira, muitas das prestações relacionadas a esses direitos vêm diretamente determinadas no próprio texto constitucional (SARLET, 1998; KRELL, 2002; NOVAIS, 2010).

No constitucionalismo brasileiro, os direitos sociais são reconhecidos em normas de direitos fundamentais, em muitos casos em normas com estrutura de princípio, não sendo possível fundamentar em tais normas uma dicotomia estrutural entre esses direitos e os direitos civis e políticos. Entendemos, assim, que não há fundamento constitucional para o estabelecimento de distinções dogmáticas unicamente baseadas em classificações e tipologias de direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais etc. Há diferenças significativas, evidentemente, entre as normas constitucionais, mas essas são definidas não a partir da bipolaridade caracterizadora da oposição entre direitos negativos de liberdade e direitos sociais, e sim em função da natureza das obrigações estatais que caracterizam o exercício de cada direito no regime constitucional.

Nesse sentido, como elementos diferenciadores reais, no estudo de um sistema constitucional específico é possível distinguir diferentes ênfases e densidades normativas, ou seja, a partir de uma maior ou menor especificação constitucional sobre o conteúdo de um determinado direito, da presença de normas com estrutura de regras na própria Constituição, da delimitação negativa ou positiva do direito fundamental, bem como sobre as reservas que o afetam, além da perspectiva atinente aos deveres estatais. Essas opções político-constitucionais são decisivas, muito mais relevantes que qualquer taxonomia abstrata. São essas opções realizadas no âmbito do direito positivo que “(...) mudam os graus de vinculatividade jurídica, os padrões de controle constitucional, as margens respectivas que devem ser reconhecidas ao poder político democrático ou ao poder judicial” (NOVAIS, 2010, p. 269). O importante, para efeito de análise e crítica da juridificação, é que não se confundam a característica estrutural do direito e as opções legislativas adotadas em um determinado contexto.

Diferentemente do regime constitucional português (Novais, 2010), não há fundamento constitucional para a manutenção de um regime jurídico específico para os direitos sociais no Brasil. O Título II da CF 88 é a fonte positiva dessa unidade de regime jurídico dos direitos fundamentais, no que se destacam os §§ 1º e 2º do art. 5º, sentido de que as normas de direitos sociais também são protegidas pelo regime desses dispositivos, apontando uma “integração harmônica entre todas as categorias de direitos fundamentais” (SILVA, 2001, p. 186). A maior



parte da doutrina, contudo, defende posição contrária, apoiada na interpretação isolada do PIDESC e na apropriação local da jurisprudência germânica. Seriam típicas desse regime a garantia de um mínimo social, a reserva do possível, a progressividade e a vedação de retrocesso (GOTTI, 2012).

Na perspectiva de uma dogmática unitária dos direitos fundamentais, contudo, tais características tipicamente atribuídas aos direitos sociais são extensíveis não somente a esses direitos, mas às dimensões positivas (protetiva e prestacional) de todo e qualquer direito fundamental. Portanto, não se trata de negar a relevância desses institutos, mas de expandir sua incidência em uma perspectiva ampliada de direitos fundamentais prestacionais.

Como veremos a seguir, essas “características” são mais referidas aos direitos sociais por razões empíricas – e não dogmáticas⁵ – atribuíveis ao subdesenvolvimento, à injustiça social, à ideologia capitalista dominante e à captura do Estado e do direito por interesses hegemônicos contrários à universalização dos bens comuns, ou seja, não porque representam fenômenos que sejam exclusivos dos direitos sociais. É essa situação empírica, e não uma *natureza* específica limitadora de sua eficácia, que leva ao problema jurídico de baixa efetividade dos direitos sociais, representado pelo *deficit* de regulamentação e, sobretudo, de aparelhamento público para sua realização.

A não ser que se entenda a Constituição como um documento isolado, cuja efetividade independe de outras normas e políticas, não se pode analisar a eficácia de suas normas independentemente das condições jurídicas de implementação e de seus custos. Por outro lado, isso não significa enunciar a inexistência de direitos *sem* garantias ou recursos, mas reconhecer que em tais condições *há* direito *eficaz*, mas carente de *efetividade*, decorrente do deficit de implementação. A questão, se colocada corretamente, aponta que as dimensões positivas dos direitos sociais, apesar de dotadas de eficácia constitucional, são eventualmente menos efetivas que as dimensões positivas dos direitos civis e políticos por razões que não podem ser atribuídas a diferenças estruturais entre as mesmas dimensões prestacionais presentes em cada um desses direitos, mas às condições objetivas de realização e à correlação de forças políticas em dada sociedade.

Essa nossa posição decorre da obra seminal de Holmes e Sunstein (2011) e suas contribuições aos estudos sobre a natureza das limitações opostas aos direitos sociais⁶. Esses autores chamam a atenção para o custo econômico dos direitos de liberdade, a partir de uma perspectiva de inspiração institucionalista, portanto, contrária à difundida noção, sobretudo nos Estados Unidos, de liberdades “naturais”. A partir dessa ideia, desenvolveram uma premissa decisiva para a reconfiguração dogmática dos direitos fundamentais:

[...] as liberdades privadas têm custos públicos. Estes não só valem para direitos como os de seguridade social, assistência médica e carnes de alimentação, mas também para o direito à propriedade privada, a liberdade de expressão, a não ser vítima de maus-tratos policiais, a liberdade contratual, ao livre exercício da religião e para todo o arsenal de direitos característicos



da tradição estadunidense (HOLMES; SUNSTEIN, 2011, p. 241, tradução livre).

Com isso, praticamente desmontaram a identificação automática entre os direitos sociais e a chamada reserva do possível, ao apontar, por exemplo, os custos públicos do direito de propriedade privada, contabilizados a partir do arsenal de normas, instituições, forças policiais, funcionários burocráticos e poder judicial postos à disposição para garanti-lo, de forma repressiva ou preventiva. Ou seja, desnudaram o quanto seria inoperante a dimensão negativa dos direitos se não fosse acompanhada de um conjunto de prestações estatais específicas e positivas. Destacam os autores, ainda, que o direito de propriedade, quando comparado a algumas prestações sociais, é um fator de injustiça social, uma vez que os recursos uniformemente aplicados para a defesa da propriedade de todos acabam por beneficiar quem tem mais propriedade (HOLMES; SUNSTEIN, 2011, pp. 81-97), além de não representar menor custo para o Estado.

Isso quer dizer que as liberdades civis e os direitos políticos também possuem necessariamente uma dimensão positiva, constituída pelos direitos de proteção e pelos direitos a organização e procedimento (SILVA, V., 2011), mesmo que idealizados originalmente no âmbito da teoria política liberal contra o poder do Estado, ou seja, como direitos subjetivos de estrutura negativa. Essas dimensões positiva e negativa constituem o próprio âmbito de proteção amplo do direito de liberdade. Estes em geral, como destacado pela teoria dos custos dos direitos de liberdade, requerem um amplo e custoso aparato público, em muitos casos, de aparatos repressivos ou de sistemas eleitorais e de representação política. Nesse sentido, comparando a eficácia jurídica das disposições constitucionais sobre o direito ao sufrágio e o direito à saúde: “(...) pode-se dizer que a diferença entre os dois casos é fática e temporal: porque já existem tribunais eleitorais, seções, juntas etc., parece que a norma é de eficácia plena, que basta a si mesma; como não existem hospitais, médicos e medicamentos suficientes, acha-se o contrário. Em ambos os casos, no entanto, a atuação estatal é necessária e imprescindível” (HOLMES; SUNSTEIN, 2011, p. 234). Portanto, o alto custo público envolvido na garantia de direitos civis e políticos não pode ser tratado como uma dimensão secundária de seu regime jurídico, mas como uma das dimensões de obrigações que esses direitos impõem ao Estado.

Nessa linha de argumentação, como destacam Abramovich e Courtis (2004), diante da magnitude de custos envolvidos na defesa de direitos civis e políticos, somente o fato de serem vistos como naturais na ideologia hegemônica, indispensáveis, inertes, afetos à própria existência e natureza do Estado, explica que não sejam contabilizados e que seus impactos econômicos não sejam discutidos, como ocorre rotineiramente em relação aos direitos sociais.

É nesse âmbito que Silva (2011) propõe, a partir das premissas analisadas neste trabalho, uma dogmática integrada dos direitos fundamentais, cuja base se assenta no reconhecimento de que “(...) todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis” (SILVA, V., 2011, p. 246). Essa proposição significa, a partir da teoria dos princípios, a desconstrução da tradicional tipologia de José Afonso da Silva (2009) sobre a



eficácia das normas constitucionais, que as classifica como normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada ou normas programáticas (SILVA, 2009)⁷, já que esta difundida classificação, como apontado por aquele autor, pressupõe distinções jurídicas entre, de um lado, normas constitucionais não restringíveis e que não necessitam de regulamentação (eficácia plena) e, de outro, normas restringíveis (eficácia contida) ou que dependem de regulamentação legislativa ou desenvolvimento infraconstitucional para a produção de seus efeitos (eficácia limitada).

Em relação especificamente aos direitos sociais, as normas constitucionais que os definem estariam, em regra, agrupadas na noção de eficácia limitada, posto que dependeriam de regulamentação e da adoção de medidas concretas de implementação. De outra parte, os direitos de liberdade seriam de eficácia plena ou contida, nesse último caso quando a própria Constituição autorizasse sua limitação legislativa.

Ora, se, na perspectiva da teoria dos princípios de Alexy (2008), os direitos fundamentais são mandamentos de otimização *em si* ilimitados, se sua realização passa necessariamente por algum tipo de restrição ou, no caso da dimensão prestacional, por alguma delimitação das pretensões iniciais contidas em seu âmbito de proteção; se, ademais, como apontado por Peláez (1994), não existem direitos que comportam exclusivamente obrigações negativas e se, por essa razão, toda norma depende de uma ação estatal para se tornar eficaz no sentido jurídico, ou seja, para ser capaz de produzir efeitos jurídicos, daí implicando em algum custo de realização, a conclusão a que se chega é que “(...) *toda norma [constitucional], a partir desse ponto de vista, tem eficácia limitada* – mas algumas delas, por razões extrínsecas, têm melhores condições de produzir efeitos” (SILVA, V., 2011, p. 232). Por *razões extrínsecas* o autor quer destacar que as diferenças de eficácia jurídica atribuídas às categorias de direitos fundamentais devem ser reconhecidas “(...) não no plano jurídico-analítico, mas no plano jurídico-empírico” (SILVA, V., 2011, p. 233). Ou seja, não é no direito fundamental em si, mas no estudo das instituições de proteção, das normas regulamentadoras, das condições e das políticas estatais e da distribuição de recursos na sociedade, que se deve buscar as razões da maior ou menor capacidade de produção de efeitos jurídicos.

Tese 2: Não há diferença estrutural entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais: todo direito tem dimensões objetiva e subjetiva, todo direito impõe obrigações estatais de proteger, respeitar e realizar

O desenvolvimento de uma base para a dogmática geral e unitária dos direitos fundamentais é possivelmente, conforme destaca Pisarello (2007), a maior contribuição jurisprudencial do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (Comitê DESC). Essa proposição foi desenvolvida durante a década de 1990, a partir da elaboração precursora de Shue (1996), e difundida inicialmente na Recomendação Geral nº 12, de 1999, sobre o direito à alimentação adequada.



Shue (1996) formulou uma proposição bastante original para a teoria dos direitos fundamentais, à época fortemente pautada na bipolaridade entre os tipos de direitos e a consequente divisão entre direitos fundamentais negativos e direitos fundamentais positivos. Em termos gerais, propôs uma tipologia tripartida de deveres estatais, ou seja, que sempre que houvesse o reconhecimento de um direito básico tal fato levaria, em contrapartida, ao surgimento de três tipos de deveres para o Estado: o dever de evitar, consistente em assegurar que ninguém será privado das condições necessárias ao exercício do direito de que é titular; o dever de proteger os direitos do indivíduo contra ameaça de terceiros e o dever de ajudar, neste caso consistente em apoiar quem não venha a reunir condições de satisfação do direito por conta própria. Para o autor, direitos básicos não são sinônimo de direitos fundamentais, já que aqueles teriam um caráter de subsistência. O desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial posterior ampliou a aplicação de sua tipologia, com adaptações relevantes que culminaram na posição do Comitê DESC (STEINER; ALSTON, 2000; EIDE, 2001; HOFF, 1984).

Na Recomendação Geral nº 12, enfim, o Comitê estabeleceu que os deveres estatais relativamente aos direitos humanos, contidos ou não no PIDESC, impõem três tipos de obrigações: de respeitar, de proteger e de realizar. Esta, por sua vez, subdivide-se em duas espécies: as obrigações de facilitar ou promover e de prover ou prestar diretamente⁸.

Na Recomendação Geral nº 13, de 1999, dedicada à interpretação do direito à educação com base no PIDESC, o Comitê aplicou o mesmo modelo para o detalhamento das obrigações estatais relacionadas a esse direito⁹:

47. A *obrigação de respeitar* exige que os Estados-parte evitem as medidas que obstaculizem ou impeçam o gozo do direito à educação. A *obrigação de proteger* impõe aos Estados-parte adotar medidas que impeçam que o direito à educação seja obstaculizado por terceiros. A *de realizar (facilitar)* exige que os Estados adotem medidas positivas que permitam a indivíduos e comunidades gozar do direito à educação e lhes preste assistência. Por último, os Estados-parte têm a *obrigação de realizar (prover)* o direito à educação. Como norma geral, os Estados-parte estão obrigados a realizar (prover) o direito específico do Pacto cada vez que um indivíduo ou grupo não pode, por razões alheias à sua vontade, pôr em prática o direito por si mesmo com os recursos à sua disposição. Não obstante, o alcance dessa obrigação está subordinado sempre ao texto do pacto (tradução livre).

Uma decorrência dogmática da não diferenciação estrutural entre as tipologias no plano jurídico-analítico é a constatação de que todo direito fundamental, visto em seu conjunto, apresenta concorrentemente dimensão objetiva e dimensão subjetiva.

Em resumo, a teoria constitucional que reconhece os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos fundamentais dotados de eficácia constitucional, sobretudo aquela influenciada por Canotilho (1999), desenvolveu um duplo enquadramento para esses direitos. De um lado, como forma de reconhecer tal eficácia e de afastar a ideia de normas programáticas, ou de eficácia limitada, afirma-se sua dimensão subjetiva, na qual são fundamentados como



direitos subjetivos “(...) inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas” (CANOTILHO, 1999, p. 434). Com isso, ressalta que a eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais, em sua dimensão subjetiva e *prima facie*, é por princípio anterior às discussões sobre a legitimidade da intervenção jurisdicional ou sua exigibilidade.

Apesar de intrinsecamente relacionadas e dependentes no plano jurídico-empírico, essas dimensões não devem ser confundidas no plano jurídico-analítico. Como exemplifica Canotilho (1999), o direito à educação, reconhecido na Constituição, é direito social independentemente do sucesso das imposições constitucionais que caracterizam sua dimensão objetiva. Há, em termos dogmáticos, direito social dotado de eficácia, independentemente das ações positivas para sua garantia.

A partir dessa posição teórica, não há identidade necessária entre regras e dimensão subjetiva e entre princípios e dimensão objetiva, já que, quando se analisa as normas consagradoras de direitos fundamentais, é possível “(...) salientar a existência de princípios e regras consagradores de direitos subjetivos fundamentais (dimensão subjetiva) e a existência de princípios e regras meramente objetivos (dimensão objetiva)” (CANOTILHO, 1999, p. 1.124). Assim, por exemplo, haverá direito subjetivo à qualidade da educação mesmo que não seja possível juridicamente exigir uma determinada prestação objetiva a ele relacionada, quer por ausência de delimitação legal do princípio geral ou por comprovada impossibilidade material do Estado.

Há outra modalidade de delimitação jurídica, no entanto, mais comumente associada à dimensão subjetiva: é o caso em que a dimensão subjetiva é combinada a uma norma com estrutura de regra que especifica o bem a ser concedido e o seu devedor, como no § 2º do art. 208 da Constituição brasileira. Por ora, é relevante salientar que, independentemente do tipo de norma que os veicule, os direitos econômicos, sociais e culturais “(...) são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias. Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de proteção destes direitos” (CANOTILHO, 1999, p. 434).

De outro lado, segundo Canotilho (1999), os direitos sociais exigiriam uma operação prática que os diferenciaria da dimensão tradicional dos direitos de liberdade. Para o autor, as normas constitucionais sobre direitos sociais também pressupõem uma dimensão objetiva, que assume duas formas básicas: i) imposições legiferantes, direcionadas ao legislador (em sentido amplo), que estabelecem a obrigatoriedade de atuação positiva para a criação do marco legal, institucional e das condições materiais para o exercício desses direitos; e ii) fornecimento das prestações aos cidadãos, como meio para “densificação” dos direitos subjetivos e execução das imposições legais e institucionais. A dimensão objetiva se caracteriza, assim, por vincular o sujeito – no caso, o Estado – através da “(...) fundamentação de deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto” (CANOTILHO, 1999, p. 1.122).



É em relação aos direitos de liberdade que a adoção de uma dogmática unitária apontaria uma necessária adaptação, que em nada descaracteriza o sentido geral da obra de Canotilho (1999)¹⁰. Ao relativizar a bipolaridade da oposição entre direitos de liberdade e direitos sociais e, sobretudo, ao afastar a pressuposição de que haveria elementos estruturais diferenciadores entre esses direitos, temos como decorrência que *todos* os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva, além da dimensão subjetiva. Portanto, também não há identificação estrutural entre direitos negativos e dimensão subjetiva e, de outro lado, entre direitos positivos e dimensão objetiva. Como vimos, ainda que o direito se caracterize por sua natureza negativa, como é o caso das liberdades de aprender e ensinar, seu suporte fático inclui igualmente a exigência de cumprimento do dever positivo de proteção que está a cargo do Estado. Essa dimensão objetiva dos direitos, identificada também em relação à autonomia e à não intervenção, leva, no mínimo, ao desenvolvimento das imposições legiferantes voltadas à organização do aparato legal e institucional de proteção aos direitos, mesmo que subjetivamente não se venha a recorrer a tal aparato no caso concreto.

Dito isso, para Novais (2010), ainda que não se possa segregar os diferentes direitos fundamentais conforme essa distinção, os direitos sociais têm na dimensão objetiva sua “primazia lógico-jurídica” (NOVAIS, 2010, p. 46). Nesse sentido, enquanto dimensão objetiva, nossa ideia básica é que *o princípio da qualidade do ensino determina ao Estado a adoção de medidas, positivas e negativas, com o máximo de recursos disponíveis e progressivamente, com a finalidade de assegurar o exercício, por todos, da máxima qualidade na escolarização*.

Questão relacionada a esta procura saber em que medida haveria, a partir da dimensão subjetiva geral aplicável ao princípio da qualidade, o direito público subjetivo a exigir individualmente a prestação devida, com base na garantia constitucional dos direitos (à educação e ao acesso à justiça) e no reconhecimento do dever objetivo de prestação pelo Estado.

A doutrina vem reconhecendo indubitavelmente a faculdade de exigir individualmente o direito à educação, como parte da sua dimensão subjetiva, a partir do sentido expresso no § 1º do art. 208 da Constituição (DUARTE, 2004), que declara como direito público subjetivo o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, hoje abrangendo toda a educação básica dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade¹¹ em razão da Emenda Constitucional nº 59, de 2009.

A questão, no entanto, não se resolve no referido dispositivo constitucional, já que este não *constitui* todo o âmbito do direito público subjetivo na educação, mas apenas *declara* um âmbito prioritário. Esta é a conclusão de Barroso (2003), que identifica no referido parágrafo mais uma estratégia para isentar de dúvidas a interpretação sobre o dever do Estado em relação à educação obrigatória que, no entanto, “(...) não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídico-constitucionais que sejam redutíveis ao esquema “*direito individual – dever do Estado*” configuram, na mesma sorte, direitos públicos subjetivos” (BARROSO, 2003, p. 115)¹². O que é determinante para a emergência do direito público subjetivo, portanto, é a presença de regra jurídica especificadora dos deveres objetivos do Estado e dos titulares do direito.



Essa conclusão é particularmente importante na definição da dimensão subjetiva do direito à educação básica em suas etapas e modalidades não obrigatórias, que são reguladas pelo regime da *generalização*, e não pelo regime da *universalização*, que consiste no dever de matrícula de *toda* a população na faixa etária. Na generalização devem ser disponibilizadas vagas com qualidade e tornadas acessíveis, sem discriminação, a todos que manifestem interesse em exercer sua prerrogativa jurídica. Uma vez negada essa prerrogativa, há direito público subjetivo a exigir a prestação estatal devida. Se, por um lado, no caso da educação infantil, por força da interpretação jurisprudencial, já se consolida a noção de que deve esta ser protegida como um direito público subjetivo²; no caso da educação básica na modalidade de educação de jovens e adultos (EJA), essa perspectiva não está consolidada, ainda que dotada de fundamento constitucional e legal (HADDAD; XIMENES, 2008).

No caso do direito à qualidade do ensino, a Constituição de 1988 e as reformas que especificaram esse princípio priorizaram o desenvolvimento da sua dimensão objetiva. Estabeleceu-se, por exemplo, com a EC nº 14, de 1996, o dever da União de equalização de oportunidades educacionais e de garantia de padrão mínimo de qualidade em todo o País. Outra questão é saber quais são os conteúdos dessa dimensão objetiva que permitiriam o reconhecimento de um correspondente direito público subjetivo a determinados bens e direitos relacionados à qualidade, questão que é respondida parcialmente pela legislação brasileira e se encontra na fronteira de juridificação do direito à educação com a proposta de Custo Aluno-Qualidade, desenvolvida pela Campanha Nacional pelo Direito à Educação e inscrita no Plano Nacional de Educação – PNE (Lei n. 13.005, de 2014, Estratégias 2.6 a 2.10).

Tese 3: Os direitos econômicos, sociais e culturais têm na dimensão de realização objetiva sua principal vertente de realização, embora isso não exclua a relevância jurídica das demais dimensões

Estabelecidos os pressupostos para o desenvolvimento de uma dogmática unitária dos direitos fundamentais a partir da teoria dos princípios, que nos permitem afastar a ideia de um regime jurídico especial para os direitos econômicos, sociais e culturais; é importante analisarmos quais particularidades realmente podem ser aplicadas a esses direitos. Com isso queremos evitar distorções sobre alguns aspectos relacionados especificamente à incorporação do direito à educação nesse quadro teórico. Principalmente, deixaremos evidente que, ao reconhecer a unidade estrutural dos direitos fundamentais, não estamos concluindo que todos os direitos, no plano jurídico-empírico, apresentam as mesmas exigências em termos de deveres estatais de prestação ou proteção. Dizemos apenas que em todos esses direitos é possível

² Sobre a consolidação jurisprudencial dessa perspectiva e os desafios práticos à justiciabilidade do direito à educação infantil, já tratamos nos seguintes trabalhos: RIZZI, XIMENES, 2014; XIMENES, GOTTI, 2017.



encontrar *os mesmos tipos de exigências em termos de deveres estatais*, ainda que em maior ou menor escala, a depender do direito em questão.

Os direitos sociais em geral e o direito à educação em particular foram contemplados no regime jurídico-constitucional com normas que estabelecem relativamente mais deveres de prestação que outros tipos de direitos fundamentais. Além do fator relacionado ao desenvolvimento histórico e social, há também diferenças que decorrem do tipo concreto de bem ou de posição jurídica protegidos no direito à educação. Nos últimos anos, contudo, diante das ameaças de censura sobre determinadas temáticas na educação escolar, vem ganhando relevância o fortalecimento das dimensões negativas desse direito, atinentes aos princípios constitucionais das liberdades na educação e do pluralismo de concepções pedagógicas (CF88, art. 206, incisos II e III)¹³.

Ou seja, reconhecer que *não* existem direitos fundamentais que não contemplem em seu âmbito de proteção dimensões positivas e negativas conjugadas *não* significa fechar os olhos para as diferenças de relevância que uma ou outra prestação estatal tem frente a direitos distintos, ou mesmo às mudanças de intensidade de proteção em função da realidade social e política a ser enfrentada (PELÁEZ, 1994). Essa diferença de grau pode ser atribuída a um conjunto de fatores, como aqueles relativos ao desenvolvimento do Estado moderno e da ideologia que o caracteriza, mas, sobretudo, à própria natureza da posição jurídica ou do bem protegido pelo direito e ao grau de desenvolvimento de uma determinada sociedade em relação à distribuição de tais bens e posições. Esse é um aspecto central do enfoque que buscamos difundir neste trabalho. Permite-nos conectar os planos jurídico-analítico e jurídico-empírico por meio da compreensão sobre a historicidade de cada direito, sem confundir esses fundamentos.

Consideradas as razões relacionadas ao desenvolvimento histórico específico dos direitos sociais no contexto da emergência do Estado Social e Democrático e a diferenciação entre esses planos de juridicidade, *não* significa que a noção de direitos sociais tenha perdido completamente sua relevância teórica e prática, mas o contrário disso. Sob esse signo, podem ser reunidos aqueles direitos cujo âmbito de proteção normativa, “(...) na sua *dimensão objetiva principal*, impõe ao Estado deveres de garantia aos particulares de bens económicos, sociais ou culturais fundamentais a que só se acede mediante contraprestação financeira não negligenciável” (NOVAIS, 2010, pp. 41-42). Portanto, como será desenvolvido e aplicado no próximo tópico, ao mesmo tempo em que se reconhecem obrigações estatais positivas e negativas – de respeitar, proteger e realizar –, por razões objetivas e histórico-políticas, os direitos sociais apresentam em comum o fato de reclamarem, em geral, maior atenção para os deveres positivos de realização, entretanto, “apesar de importante e decisiva, essa característica não esgota o direito social; como um todo, ele é muito mais amplo, não se reduz a essa característica e não pode ser bem compreendido – nem, eventualmente, distinguido dos direitos de liberdade – se não se der conta das diferentes dimensões, deveres, faculdades, garantias ou direitos em que se desdobra e desenvolve” (Idem, p. 43).



Tendo como regra geral que os direitos sociais se caracterizam juridicamente por chamar mais atenção para os deveres de realização, também é verdade que o peso de cada componente positivo dos deveres estatais em relação a cada direito social varia conjuntamente. Como exemplifica Novais (2010), em países centrais que experimentaram um Estado Social (de Bem-Estar, especificamente) relativamente efetivo, a obrigação de *proteção* do direito social assumiu maior importância jurídico-empírica, no sentido de evitar retrocessos nas prestações sociais já existentes. Por outro lado, em países que não experimentaram tal situação e que, como o Brasil, enfrentam desafios graves de exclusão e de limitações no alcance das políticas públicas, é justamente a dimensão de *realização* (prestacional, especificamente) que ocupa preponderantemente a doutrina e a prática dos tribunais.

Ainda assim, a partir de um enfoque de direitos humanos preocupado em assegurar a relevância *estrutural* de todas as dimensões e características negativas e positivas de cada direito, é importante garantir que a *diferença de grau* relativa aos direitos sociais não oblitere os deveres estatais de respeito e proteção. Ou seja, retomando a exemplificação sobre o direito à educação, *que as garantias de acesso e de realização do padrão de qualidade do ensino em todas as instituições públicas de educação básica não venha a desconsiderar exigências de proteção e respeito relativas à liberdade de ensino, ao pluralismo, à autonomia relativa e à gestão democrática*, todos princípios constitucionais do ensino.

Portanto, ainda que no direito à educação escolar ressalte conjuntamente o *dever do Estado promover e implementar diretamente* condições para a sua garantia, por exemplo assegurando vagas a todos os demandantes, crianças, jovens e adultos, um padrão básico de infraestrutura e profissionais qualificados para as escolas – conforme apontado na interpretação conjunta dos arts. 211, § 1º, da Constituição, e 4º, inciso IX, da LDB –, igualmente importante, para a garantia da qualidade educativa, é o *dever estatal de respeitar* a competência de cada escola na elaboração de sua proposta pedagógica (LDB, art. 12, I) e o *dever de proteger* as esferas de liberdade de ensino e aprendizagem de professores e alunos, em caso de ameaça de terceiro ou do próprio Estado (LDB, art. 3º, II; ECA, art. 54, XX).

Portanto, ainda que no direito à educação destaquem-se as obrigações positivas e que, em função dessa característica, enquadremo-lo como um direito social, não seria difícil perceber o quanto esse mesmo direito restaria descaracterizado se despido de algumas de suas dimensões relacionadas à liberdade e à autonomia. Assim, concluímos que dos componentes dos direitos sociais se extraem obrigações cuja forma de positivação jurídica se confunde com aquela que constitui a dimensão objetiva principal dos direitos de liberdade – um *não fazer*.

Mesmo que as dimensões de prestação dos direitos econômicos, sociais e culturais devam ser destacadas em um contexto como o nosso, ou mesmo priorizadas, enquanto fenômeno social e como exigência de justiça, outra questão será saber como enfrentar uma violação concreta às dimensões de respeito e proteção, diante da qual se espera que o direito tenha previamente produzido uma resposta. Isso porque no exercício empírico de proteção jurídica a um direito humano fundamental “(...) nunca ou muito raramente está em causa o direito como



um todo. Aquilo que surge, aquilo que é controvertido numa dada situação concreta, o problema que carece de ser jurídica ou judicialmente resolvido é sempre um direito, uma pretensão, uma faculdade particular” (NOVAIS, 2010, pp. 50-51). No caso concreto não é o direito à educação globalmente considerado, positivamente reconhecido como um direito social, que chega à apreciação do legislador ou do Judiciário, mas alguma de suas características, normalmente em confronto com outros direitos e interesses. Nesse sentido, pouco adiantaria caracterizar, por exemplo, o direito ao ensino de qualidade como um direito à prestação se, no caso concreto, estiver em questão o excesso de intervenção dos órgãos centrais do Estado na autonomia pedagógica das escolas.

Da mesma forma, pouco adiantaria recorrer a uma dogmática que se pretenderia específica dos direitos econômicos e sociais para a defesa de componentes negativos do direito ao trabalho, como a liberdade sindical e o direito de greve, ainda que, por razões histórico-políticas expressas no direito positivo, o trabalho seja globalmente considerado um direito social (PELÁEZ, 1994). Nesses casos o que se espera do Estado é, dentro dos limites legais previamente estabelecidos, a não intervenção, a não imposição de modelos fechados de cidadania e de ensino e a proteção à atuação sindical.

Considerações finais

Reconhecer essa multiplicidade de dimensões como caracterizadora dos direitos humanos fundamentais em geral e do direito à educação em particular permite-nos traçar, a título de considerações finais, novas teses no debate sobre o financiamento e a reserva do possível – questão-chave em toda a análise dos DESC – ao mesmo tempo em que se reconhece, sobretudo na dimensão jurídico-empírica brasileira, que os direitos sociais possuem como dimensão objetiva principal a imposição de deveres de realização pelo Estado. De fato, ainda que todos os direitos envolvam custos, assegurar os DESC exige mais recursos públicos. Estes, uma vez finitos, exigem uma nova ponderação dos bens e interesses protegidos, conforme a correlação de força entre classes sociais e grupos de interesse.

Há diversos fatores envolvidos nessa afirmação quando consideramos destacadamente o direito à educação. Historicamente, como o Estado de Direito se constituiu em torno da proteção das liberdades valorizadas na tradição liberal burguesa, “(...) boa parte dos requisitos fáticos, institucionais e legais para a produção (quase) plena dos efeitos das liberdades públicas já existe, enquanto as reais condições para o exercício dos direitos sociais ainda têm que ser criadas” (SILVA, V., 2011, p. 241). Como já destacado, isso provoca a ascensão de um fator ideológico – não científico ou juridicamente dogmático – capaz de ressaltar os custos relativos aos direitos sociais e de desconsiderar, tratando como naturais, os custos relacionados à proteção dos direitos de liberdade, políticos e de propriedade. A importância desse fator é percebida no debate público, no processo de formulação das políticas públicas educacionais e no legislativo, quando os poderes são chamados a ponderar entre os deveres de maximização relacionados ao direito à educação e a *possibilidade* de financiamento.

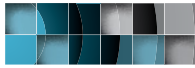


Conjunturalmente, em razão da tardia universalização do ensino no Brasil, exigem-se hoje maiores gastos para a proteção dos direitos educacionais, sobretudo para sua qualificação. Nesse sentido, prosperaram iniciativas legislativas voltadas a assegurar não apenas a vinculação para a manutenção do ensino, mas a elevação global do dispêndio como proporção do Produto Interno Bruto (PIB). Este princípio ganhou reconhecimento constitucional através da Emenda Constitucional (EC) nº 59, de 2009, cabendo ao Plano Nacional de Educação a regulamentação do ritmo de expansão. Não à toa, com a radical alteração política vivida em 2016, aprova-se, no mesmo ano, a EC nº 95, que institui por 20 anos o chamado “teto de gastos”, retira as garantias básicas de financiamento mínimo à educação e à saúde e, com isso, inverte o sentido da proteção constitucional afetando principalmente os DESC, que veem seus pisos de financiamento mínimo serem radicalmente substituídos por tetos, estes descolados da demanda social por tais direitos.

Por fim, além do aspecto contextual que influencia o peso de cada componente do dever estatal (respeitar, proteger ou realizar), há um fator que deve ser relacionado à posição jurídica dos beneficiários e à natureza do bem social protegido pelo direito: a individualização dos custos. É este fator que comumente ocupa as discussões sobre os limites de justiciabilidade e sobre as distorções da judicialização. Ele está relacionado à tensão entre a individualização dos benefícios protegidos no DESC – portanto, sua vocação para a subjetivação individual – e a natureza coletiva de seu exercício, que priorizaria, idealmente, o controle judicial sobre os deveres objetivos (LOPES, 2006; DUARTE, 2006; GRINOVER, 2009).

No exemplo do direito à educação, essa característica que exige a extensão do benefício a todos e a cada um dos estudantes, principalmente àqueles em idade de escolarização obrigatória, leva às complexas discussões em torno dos modelos de tutela judicial. Isso porque há tanto um direito individual e subjetivo reconhecido na própria constituição, como também uma essencial dimensão objetiva e coletiva, sem a qual aquele direito não se realiza ou se realiza com a piora das condições de funcionamento de creches e escolas. Ou seja, como no nosso contexto sociocultural e jurídico o ensino se realiza através da creche e da escola, necessariamente em processos de interação pedagógica com professores e estudantes, há a necessidade de compatibilizar suas dimensões objetiva e subjetiva, os direitos coletivos e individuais, o sistema escolar e o estudante enquanto indivíduo dotado de direitos que não podem ser exercitados individualmente.

Uma decisão judicial que determina a matrícula em creche ou escola não necessariamente cria uma vaga na mesma creche ou escola, ou seja, enquanto a matrícula é feita individualmente, como medida burocrática e administrativa, as vagas são criadas por políticas públicas de ampliação e de qualificação das redes públicas de educação. Desconsiderar essa dimensão objetiva do direito nos litígios por educação comumente resulta em proteção parcial, quando não significar violação a dimensões igualmente relevantes do direito à educação, como a qualidade. Daí que insistimos na necessidade de integrar a proteção subjetiva à objetiva no litígio por direitos fundamentais.



Referências

- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. . Los derechos sociales como derechos exigibles. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.
- ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, L. R. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, N. A Era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2004.
- CANOTILHO, J. J. G. Curso de direito constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- DUARTE, C. S. Direito público subjetivo e políticas educacionais. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 18, n. 2, pp. 113-118, 2004.
- _____. Reflexões sobre a justiciabilidade do direito à educação no Brasil. In: HADDAD, S.; GRACIANO, M. (orgs.). A educação entre os direitos humanos. São Paulo: Ação Educativa; Autores Associados, 2006, pp. 127-154.
- EIDE, A. Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights. In: EIDE, A.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. Economic, Social and Cultural Rights: a textbook. 2ª ed., Haia: Kluwer Law International, 2001.
- GOTTI, A. Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____; XIMENES, S. B. Parecer: Proposta de Litígio Estrutural sobre Déficit de Vagas em Creches e Pré-Escolas no Município de São Paulo. São Paulo: Ação Educativa; Rubens Naves, Santos Jr. Heskesh Advogados, 2012.
- GRINOVER, A. P. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: SALLES, C. A. de (coord.). As grandes transformações do processo civil brasileiro - Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp.109-34.
- HADDAD, S.; XIMENES, S.B. A educação de pessoas jovens e adultas e a nova LDB: um olhar passados dez anos. In: BRZEZINSKI, I. (org.). LDB dez anos depois: reinterpretação sob diversos olhares. São Paulo: Cortez Editora, 2008, pp. 130-148.
- HOBSBAWM, E. J. Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991). São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOFF, G. V. The legal nature of Economic, Social and Cultural Rights: a rebuttal of some traditional views. In: ALSTON, P.; TOMASEVSKI, K. (eds.). The Right to Food. Utrecht: SIM; Netherlands Institute of Human Rights, 1984, pp. 97-110.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- KRELL, A. J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- LOPES, J. R. L. Direitos sociais - teoria e prática. 1. ed. São Paulo: Editora Método Ltda., 2006.



- NOVAIS, J. R. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.
- OSKOZ, J. Crisis y Recortes en Derechos Humanos: la defensa de los derechos humanos em tempos de crisis. Madrid: Catarata, 2013.
- PELÁEZ, F. J. C. Derechos sociales: teoría e ideología. Madrid: Tecnos, 1994.
- PIOVESAN, F. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7^a.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PISARELLO, G. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.
- RIZZI, E.; XIMENES, S. B. Litígio estratégico para a mudança do padrão decisório em direitos sociais: ações coletivas sobre educação infantil em São Paulo. In: VIII Encontro Nacional da ANDHEP, São Paulo, 2014.
- SARLET, A. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SIFUENTES, M. Direito fundamental à educação, a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.
- SHUE, H., Basic Rights – Subsistence, Affluence and US Foreign Policy. 2^a ed. Princeton: Princeton University Press, 1996
- SILVA, J. A. da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 7^a edição, 3^a tiragem, São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, V. A. da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- STEINER, H.; ALSTON, P. International Human Rights in Context. 2^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- XIMENES, S.B. Padrão de qualidade do ensino: desafios institucionais e bases para a construção de uma teoria jurídica. 424 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado)- Universidade de São Paulo, São Paulo.2014

¹ Trabalho parcialmente baseado na tese de doutorado do autor, intitulada "Padrão de Qualidade do Ensino: Desafios Institucionais e Bases para a Construção de uma Teoria Jurídica" (XIMENES, 2014), defendida junto à Faculdade de Direito da USP, com financiamento do CNPq.

² A chamada “Carta Internacional de Direitos Humanos” é formada pelo conjunto de disposições normativas composto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A ideia de reuni-los sob um mesmo título surgiu como reação à fragmentação dos direitos humanos fundamentais representada pela impossibilidade geopolítica que, além de atrasar a aprovação dos instrumentos jurídicos vinculantes por praticamente 20 anos, levou à edição de dois Pactos, contrariando assim a estrutura unitária da Declaração. Sobre esse conceito e as similitudes estruturais dos dois pactos: OSKOZ, 2013, pp. 71-72.

³ Promulgadas, no Brasil, respectivamente pelos Decretos n° 65.810, de 8/12/1969; n° 4.377, de 13/09/2002; n° 99.710, de 21/11/1990; e 6.949, de 25/08/2009.



⁴ Novais destaca a técnica adotada pela Constituição Sul-Africana (1996) na consagração dos direitos sociais, que é coerente com a dogmática unitária dos direitos fundamentais e com a jurisprudência do Comitê DESC: “Para além de outras normas afins, em apenas três artigos muito sintéticos, secs. 26º, 27º e 29º do cap.II, resume-se e condensa-se, com clareza e profundidade, uma experiência de décadas de elaboração e controvérsia: consagração dos direitos à habitação, proteção à saúde, alimentação e água, segurança e assistência sociais, educação; acolhimento constitucional de dimensões negativas e positivas destes direitos; aplicabilidade imediata e direta de níveis mínimos de realização; obrigação estatal de realização progressiva destes direitos vistos como um todo, através da adoção de medidas razoáveis com sujeição à reserva dos meios disponíveis” (NOVAIS, *op. cit.*, p. 211).

⁵ Para uma diferenciação entre os estudos analíticos, dogmáticos e empíricos do direito, consultar Silva (2011).

⁶ Um trabalho bastante difundido no continente latino-americano, que adota a premissa de Holmes e Sustain (2011) na proposição da exigibilidade plena dos direitos econômicos, sociais e culturais, consultar Abramovich e Courtis (2004).

⁷ Registre-se que, para este autor, ao contrário do senso comum e mesmo da jurisprudência que se gerou em torno de tais categorias, atribuir a uma norma constitucional a característica de eficácia limitada ou programática não significa dizer que esta é privada de qualquer eficácia.

⁸ Assim dispõe textualmente o item 15 da Recomendação citada: “15. El derecho a la alimentación adecuada, al igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y realizar. A su vez, la obligación de realizar entraña tanto la obligación de facilitar como la obligación de hacer efectivo. La obligación de respetar el acceso existente a una alimentación adecuada requiere que los Estados no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir ese acceso. La obligación de proteger requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada. La obligación de realizar (facilitar) significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Por último, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de realizar (hacer efectivo) ese derecho directamente”.

⁹ Cf. art. 46, ONU, E/C.12/1999/10, p. 11: “46. El derecho a la educación, como todos los derechos humanos, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir. A su vez, la obligación de cumplir consta de la obligación de facilitar y la obligación de proveer”.

¹⁰ Este autor, no entanto, não adere à ideia de unidade estrutural e descreve o regime dos direitos econômicos, sociais e culturais a partir da identificação de pressupostos exteriores e de elementos estruturais que configurariam a especificidade desses direitos.

¹¹ O art. 6º da referida Emenda estipula o ano de 2016 para sua completa vigência.

¹² No mesmo sentido, reafirmando a “acionabilidade” imediata de outras etapas do direito ao ensino, mas sem desconsiderar a relevância jurídico-política e histórica da afirmação da educação obrigatória como direito público subjetivo: SIFUENTES, 2009, pp. 74-75; DUARTE, 2004, pp. 113-118. Ainda que não se referindo diretamente à noção de direito público subjetivo, essa ideia básica foi consagrada na jurisprudência do STF sobre a exigibilidade jurídica do direito à educação infantil.

¹³ Nesse sentido ver decisão monocrática do ministro Luís Roberto Barroso, STF, na ADI 5537, que suspende os efeitos de lei estadual alagoana que instituiu o chamado “programa Escola Livre” no ensino estadual com o intuito de proibir os professores de tecerem quaisquer considerações de ordem política, religiosa ou ideológica que estejam relacionadas às suas convicções.



A concepção contemporânea dos direitos sociais

The contemporary conception of social rights

Lúcia Thomé Reinert

Defensora Pública do Estado de São Paulo.

Mestre em Direito pela PUC/SP.

Coordenadora do Projeto Cidadania e Governança Democrática
em parceria com o Ministério Público Federal¹

ltreinert@defensoria.sp.gov.br

Resumo

O artigo tem como objetivo analisar os direitos sociais sob a perspectiva da concepção contemporânea dos Direitos Humanos, dando enfoque na proteção internacional dos direitos sociais, seja pelo prisma internacional quanto pelo sistema regional interamericano. Será analisada a importância dos direitos sociais na promoção, proteção e efetivação da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos Sociais; sistema global; sistema interamericano

Abstract

The article aims to analyze social rights from the perspective of the contemporary conception of Human Rights, focusing on the international protection of social rights, both from the international perspective and from the inter - American regional system. The importance of social rights in the promotion, protection and realization of the dignity of the human person will be analyzed.

Keywords: Social rights; global system; inter-American system

¹ Dados adicionais disponíveis em <http://www.mpf.mp.br/sp/atuacao/direitos-do-cidadao/projeto-promocao-de-cidadania-e-governanca-democratica> último acesso em 07.02.2018.



A Concepção Contemporânea dos Direitos Humanos

Após a Segunda Guerra Mundial e as barbáries praticadas pelo nazismo iniciou-se um processo internacional de promoção, proteção e efetivação dos Direitos Humanos. A pessoa humana foi reconhecida como sujeito de direito e os Direitos Humanos passaram a ser defendidos para toda e qualquer pessoa humana, independentemente do espaço geográfico por ela ocupado. O critério de promoção, proteção e efetivação de direitos era a condição, qual seja pessoa humana, de modo que questões domésticas ou internas não poderia, por si só, afastar a aplicação do direito internacional dos direitos humanos.

Assim, a proteção dos Direitos Humanos, portanto, transcendeu o domínio da soberania, ou interesses individuais dos Estados, passando a ser assunto de notória preocupação internacional.

Ademais, surgiu uma crença de que a existência de um sistema efetivo de proteção internacional de direitos humanos poderia prevenir violações de direitos humanos. De forma que se internacionalmente estivessem estruturas para a promoção, proteção e efetivação de direitos, os estados não teriam força suficiente para violarem os direitos conferidos as pessoas humanas.

Nessa seara, importante um breve histórico dos Direitos Humanos, sempre se atentando que os *“direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.”*¹

Nas palavras de Norberto Bobbio, *“os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas”*². No mais, como afirma Joaquín Herrera Flores³ os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana.

Logo, observa-se que os direitos humanos não seguem uma construção linear. Estão em constante criação e crescimento, sempre visando assegurar de forma mais plena a dignidade da pessoa humana. Até porque, o crescimento da sociedade e das demandas de cada um dos povos não acompanha o direito escrito, razão pela qual na seara dos direitos Humanos o jusnaturalismo tem relevante importância.

De todo modo, sabe-se que o positivismo e a busca pela positivação acompanham o ser humano. Nesse contexto, em 1948 surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴, ao introduzir a concepção contemporânea de Direitos Humanos, caracterizada pela universalidade interdependência e indivisibilidade dos direitos.⁵

A partir da Declaração começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção. Sem adentrar nos instrumentos específicos de proteção, eis que o presente estudo visa apenas elucidar a importância dos direitos sociais de forma ampla, deixaremos de estudar os diplomas específicos de proteção, promoção e efetivação dos direitos.

Em relação a Declaração de Direitos Humanos de 1948, importante observar que a mesma conferiu lastro axiológico e carga valorativa aos direitos humanos. Reconhecendo que a



dignidade é inerente a todos os membros da família humana e os direitos são iguais e inalienáveis.

Assim, em razão da universalidade, eis que bastava ser pessoa humana para que ocorresse a titularidade de direitos, ou seja, a única condição para que o titular fizesse jus a promoção, proteção e efetivação de direitos é que ela fosse pessoa humana, bem como diante da interdependência e da indivisibilidade dos direitos, eis que para a garantia dos direitos civis e políticos muitas vezes seria necessário a proteção de direitos sociais, econômicos e culturais, e vice versa, verificou-se a importância de se reconhecer integral proteção dos direitos, sob risco de violação de todo um sistema protetivo de direitos.

Como Leciona Héctor Gros Espiell:

Só o reconhecimento integral de todos estes direitos podem assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a mera categoria formal.⁶

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos — do “mínimo ético irreduzível.”⁷

A Declaração de 1948⁸, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Observa-se que o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais preveem tanto direitos como sistemas de monitoramento e implementação diversos na promoção, proteção e efetivação de direitos. Além disso, os direitos sociais não foram disciplinados no Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Nos dizeres de Flávia Piovesan :

Um dos maiores argumentos levantados pelos países ocidentais em defesa da elaboração de dois pactos distintos se centrou nos diversos processos de implementação das duas categorias de direitos. Alegou-se que, enquanto os direitos civis e políticos eram auto-aplicáveis e passíveis de cobrança imediata, os direitos sociais, econômicos e culturais eram pragmáticos e demandavam realização progressiva.⁹

Ocorre que, como será explicado a seguir, há uma interdependência e indivisibilidade entre os direitos humanos, de modo que a análise isolada dos direitos pode acarretar violação imediata a dignidade da pessoa humana, eis que muitas vezes para a consagração de um direito social necessária a efetivação de um direito político e vice-versa.

No mais, a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948 quando, em seu § 5º, afirma: “*Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados*”.



Importante ainda destacar que Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ados Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias contemplam não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, o que vem a endossar a ideia da indivisibilidade dos direitos humanos.

Deste modo, em razão da interdependência e inter-relação dos direitos humanos, os direitos sociais devem ser promovidos, protegidos e efetivados pelo Estado, tal como ocorre com os direitos civis e políticos, sob risco de violar a dignidade da pessoa humana e descumprir a máxima dos Direitos Humanos.

O Sistema Regional Interamericano e o Sistema Global de Direitos Humanos

Ao lado do Sistema Global de Direitos Humanos, surgem os sistemas regionais de promoção, proteção e efetivação de direitos, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais. Sabe-se que, atualmente, há o sistema regional europeu, africano, americano, um incipiente sistema árabe e a proposta de um sistema asiático.

Como o Brasil faz parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, teceremos maiores esclarecimentos a esse sistema regional de proteção de direitos.

Insta mencionar que o sistema global e o regional não são dicotômicos, excludentes, mas complementares. De modo que deve ser buscar sempre a norma mais benéfica e protetiva em favor da pessoa humana: princípio *pro homine* ¹⁰

Nos termos do art. 29 da Convenção de 1948:

nenhuma disposição sua pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo ou o exercício de qualquer direito ou liberdade previsto no direito interno (...) suas normas não podem limitar outros direitos previstos em outros tratados ou convenções.

Importante ainda destacar que em eventual conflito aparente de normas, deverá ser aplicada a norma que melhor proteja o ser humano, independentemente do diploma legal em que ela esteja inserida (ex: Constituição Federal, Lei, Tratado Internacional, etc.) eis que a primazia é a pessoa humana.

Nos dizeres de Flavia Piovesan como o sistema interamericana e o global não são excludentes:

os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional. ¹¹

Assim, o que importa é o grau de eficácia de proteção da norma jurídica. Logo, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos surge como sistema complementar¹² de proteção, promoção e efetivação de direitos, sempre com o viés de conferir a máxima efetividade das normas e a plena e integral efetividade da Dignidade da Pessoa Humana.



A Proteção dos Direitos Sociais no Sistema Interamericano e da ONU

No plano global, foram elaborados dois diferentes Tratados Internacionais no âmbito das Nações Unidas – O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A existência de dois diplomas internacionais revela a resistência dos Estados em conferir igual proteção aos direitos civis e políticos e os econômicos, sociais e culturais.

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apresenta uma situação específica de monitoramento e implementação de direitos, tais como a sistemática de relatórios. Esses relatórios devem indicar as medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas pelo Estado-parte no sentido de dar eficácia e observância aos direitos reconhecidos no Pacto.

Ademais, em 10 de dezembro de 2008, com o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, foi introduzida a sistemática das petições individuais¹³, das medidas de urgência, das comunicações interestaduais e das investigações in loco, mas hipóteses de grave violações a direitos sociais.

Em relação aos direitos sociais propriamente ditos, importante observar que a o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais vem reconhecendo um dever mínimo de observância dos Estados na promoção, proteção e efetivação dos direitos. Tal mínimo está associado ao mínimo necessário para que a pessoa humana possa viver minimamente com dignidade.¹⁴ Isto é, o mínimo que deverá ser assegurado para que aquela pessoa possa ser vista como sujeito de direito. Logo, o Estado deve ao menos, assegurar esta condição mínima.

Porém, como salientado, não devemos buscar apenas o mínimo, eis que na seara dos Direitos Humanos a máxima efetividade e a consagração da dignidade da pessoa humana são os alicerces do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Logo, a busca pela implementação e efetivação deve ser analisada dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a fim de garantir sempre políticas mais garantias e protetivas.

Logo, quando Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece a obrigação dos Estados em reconhecer e progressivamente implementar os direitos sociais, utilizando o máximo dos recursos disponíveis, devemos interpretar essa limitação de forma razoável e proporcional, sob risco de inviabilizar o crescimento e o fortalecimento do direito social.

Assim, a efetivação dos direitos sociais não pode ser vista apenas como uma atuação meramente programática. Pelo contrário, ao se reconhecer aos direitos sociais a natureza jurídica de um direito, os mesmos gozam de integral proteção do Estado. Nos dizeres de Flavia Piovesan:

A expressão “aplicação progressiva” tem sido frequentemente mal interpretada. Em seu “General Comment n. 03” (1990), a respeito da natureza das obrigações estatais concernentes ao art. 2º, § 1º, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirmou que, se a expressão “realização progressiva” constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais não pode ser alcançada em um



curto período de tempo, esta expressão deve ser interpretada à luz de seu objetivo central, que é estabelecer claras obrigações aos Estados-partes, no sentido de adotarem medidas, tão rapidamente quanto possível, para a realização destes direitos. (General Comment n.3, UN doc. E/1991/23)¹⁵

Assim, caso o Estado não venha a implementar ou adotar políticas públicas efetivas para a consagração dos direitos sociais, importante que sejam adotadas medidas, a fim de compelir o Estado a dar cumprimento aos direitos sociais. É nessa seara que os mecanismos de efetivação e implementação de direitos guardam importância e pertinência, eis que diante de eventual omissão ou atuação insuficiente, o Estado poderá ser compelido a dar integral cumprimento aos direitos consagrados nos Diplomas Internacionais.

O artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.¹⁶

Assim, observa-se que a aplicação progressiva dos direitos sociais está relacionada a não regressividade dos direitos. Em outras palavras, na promoção, proteção e efetivação de direitos, deve se buscar sempre a melhor eficácia possível e não a interpretação que reduza ou minimize a efetivação de direitos.

Nessa linha de entendimento, a Corte Interamericana de Direitos se manifestou no Caso *Acevedo Buendía y otros versus Peru* (2009)¹⁷ enfatizando a interdependência existente entre os direitos civis e políticos e os econômicos, sociais e culturais, compreendendo que ambos devem ser entendidos integralmente como direitos humanos, sem qualquer existência de hierarquia entre eles.

A esse respeito, cita a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que, no caso *Airey versus Ireland* afirmou que:

O Tribunal não ignora que a progressiva realização dos direitos sociais e econômicos depende da situação de cada Estado, e principalmente de sua situação econômica. Por outro lado, a Convenção [Europeia] deve ser interpretada à luz das condições do presente [...] e foi desenhada para proteger o indivíduo de maneira real e efetiva em relação aos direitos protegidos por esta Convenção [...]. Embora a Convenção reúna direitos essencialmente civis e políticos, grande parte deles têm implicações de natureza econômica e social. Por isso, o Tribunal considera, como o faz a Comissão, que o fato de que uma interpretação da Convenção possa ser estendida à esfera dos direitos sociais e econômicos não é fator decisivo contra esta interpretação, já que não existe uma separação cortante entre essa esfera e o campo coberto pela Convenção.¹⁸

Ademais, a aplicação progressiva dos direitos sociais está relacionada a cláusula da proibição do retrocesso social, de modo que as garantias alcançadas não podem retroagir em caráter desfavorável a pessoa humana. Nos dizeres de Canotilho:



O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.¹⁹

Deste modo, o sistema regional de proteção dos direitos surge de modo complementar, visando a plena efetivação dos direitos sociais e a máxima proteção e promoção dos direitos da pessoa humana, sempre com o objetivo de consagrar a dignidade da pessoa humana e conferir a máxima eficácia das normas protetivas de direitos humanos.

Das Considerações Finais

A concepção contemporânea dos direitos humanos, marcada pela historicidade, universalidade, interdependência e indivisibilidade estão intimamente ligadas com o período do Pós Segunda Guerra Mundial e a Internacionalização dos Direitos Humanos.

A preocupação em se conferir um sistema complementar de promoção, proteção e efetivação de direitos, em conjunto com o sistema global de direitos humanos, tem como objetivo buscar a máxima efetividade das normas jurídicas, conferindo-lhes o grau máximo de eficácia.

No campo dos Direitos Humanos importante o reconhecimento da proteção integral dos direitos, nele compreendido os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Até porque, se o que se visa é a plena efetivação da dignidade da pessoa humana, importante que se reconheça a importância dos direitos sem qualquer grau de hierarquia ou importância.

Ademais, veda-se a regressividade dos direitos sociais, de modo que a proibição do retrocesso social encontra guarida na sistemática dos Direitos Humanos. Logo, importante que se reconheça que não apenas violações a direitos civis e políticos ensejam sérias violações a direitos humanos. Pelo contrário, a violação de direitos sociais também atinge frontalmente a dignidade da pessoa humana e merecem ser protegidas pelos Estados.

Logo, o que se pretende defender é que os direitos sociais, tais como os direitos civis e políticos, devem ser implementados pelos Estados, sob risco de ofender o ponto nevrálgico dos Direitos Humanos: a dignidade da pessoa humana.

Referências

- ARENDDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. I. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.



CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESPELL, Héctor Gros Espiell. **Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano**. SanJosé, Libro Libre, 1986

HERRERA FLORES, Joaquín. **Direitos Humanos, Interculturalidade, e Racionalidade de Resistência**. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Editora Nacional: São Paulo: 1964

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**, Companhia das Letras: São Paulo, 1988.

MAZZUOLI, Valério. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na Ordem Jurídica Brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PIOVESAN, Flavia Cristina. **Proteção dos Direitos Sociais: Desafios do Ius Commune SulAmericano**. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/28340/004_piovesan.pdf?sequence=5 último acesso em 07.02.2018

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Temas de direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

REINERT, Lúcia Thomé. Dissertação apresentada no Mestrado em Direito Constitucional da PUC/SP, **Defensoria Pública do Estado de São Paulo : Promoção da Cidadania e Participação democrática**. Orientadora Flávia Piovesan. 2016.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania**, in *Direitos Humanos no Século XXI*, 1998.

¹ Hannah Arendt, *As Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. A esse respeito, ver também: Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p. 134. No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: “*Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos*” (Ignacy Sachs, “Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania”, in *Direitos Humanos no Século XXI*, 1998, p. 156).

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 32.

³ HERRERA FLORES, Joaquín. *Direitos Humanos, Interculturalidade, e Racionalidade de Resistência*. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 7.

⁴ Íntegra disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> último acesso em 14.02.2018.



⁵ “A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos. Desde sua adoção, em 1948, a DUDH foi traduzida em mais de 500 idiomas – o documento mais traduzido do mundo – e inspirou as constituições de muitos Estados e democracias recentes.” Disponível em <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> último acesso em 14.02.2018.

⁶ Héctor Gros Espiell, Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano, San José, Libro Libre, 1986, p. 16-17.

⁷ http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf último acesso em 07.02.2018

⁸ Íntegra em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> último acesso em 14.02.2018.

⁹ PIOVESAN, Flavia Cristina. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.179)

¹⁰ De acordo com André de Carvalho Ramos “nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para limitar, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional” (CARVALHO RAMOS, André de. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.58)

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.150.

¹² Assim, nas palavras de Mazzuoli (grifos meus): “Tanto o sistema global (sistema das Nações Unidas) como os sistemas regionais de proteção têm entre si uma característica primordial, típica da pós-modernidade jurídica, que é a capacidade de extrair valores e compatibilizar ideias provenientes de fontes de produção diferentes, como fim de reuni-los em prol da salvaguarda da pessoa humana. Essa confluência de valores oferecida pela pós-modernidade, que muitas vezes coloca a pessoa no centro de um turbilhão de interesses aparentemente díspares, requer do jurista que encontre soluções mais maleáveis e fluidas para a solução de antinomias que possam vir a aparecer num caso concreto. Essa maleabilidade e fluidez de que se fala é típica dos sistemas internacionais de direitos humanos, os quais “dialogam” entre si para melhor salvaguardar [...] os interesses dos seres humanos protegidos” (MAZZUOLI, Valério. Curso de Direito Internacional Público. 5^a ed. São Paulo: RT, 2011. pp. 815 e 816)

¹³ Verifica-se assim que os pactos apresentam diferenças na sistemática de monitoramento e implementação de direitos, eis que desde 1966 os direitos civis e políticos contam com o mecanismo das petições individuais, mediante a adoção do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

¹⁴ A respeito da implementação dos direitos sociais o Cômite estabeleceu as seguintes recomendações: moradia (Recomendação Geral n.º 4), alimentação adequada (Recomendação Geral n.º 12), Saúde (Recomendação Geral n.º 14) e Educação (Recomendação Geral n.º 13).

¹⁵ PIOVESAN, Flavia Cristina. Proteção dos Direitos Sociais: Desafios do Ius Commune Sul-Americano. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/28340/004_piovesan.pdf?sequence=5 último acesso em 07.02.2018.

¹⁶ https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm último acesso em 14.02.2018.

¹⁷ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/d48d60862a92e17629044146a3442656.pdf> último acesso em 14.02.2018.

¹⁸ ECHR, *Case of Airey v. Ireland*, Judgment of 9 October 1979, Serie A, N.º 32, par. 26. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/d48d60862a92e17629044146a3442656.pdf> último acesso em 14.02.2018.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Livraria Almedina,Coimbra, 1998.



Aferição das políticas estatais para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma introdução

Assessment of state policies to economic, social and cultural rights fulfilment: an introduction

Carlos Weis

Coordenador do Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos
da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

cweis@defensoria.sp.def.br

Resumo

A principal característica associada aos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) é o fato de sua concretização ocorrer progressivamente, através da implantação de políticas públicas correspondentes, observados dois princípios: a vedação ao retrocesso, e o emprego do máximo de recursos disponíveis. Contudo, dada a complexidade de tais políticas, a dificuldade da análise orçamentária e mesmo em face da concorrência entre diversos DESC, não é simples avaliar se os dois vetores acima referidos estão, ou não, sendo respeitados, de modo que se torna difícil mensurar o desempenho do governo em relação aos DESC e conseqüentemente sugerir medidas corretivas ou obtê-las pela via judicial. Nos últimos tempos, vêm se desenvolvendo várias metodologias para tornar tal aferição mais factível, com as quais este artigo visa a familiarizar o/a leitor/a, de modo a viabilizar a responsabilização do ente público em caso de descumprimento das obrigações decorrentes dos DESC.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direitos econômicos, sociais e culturais. Avaliação da realização.

Abstract

The main characteristic associated with economic, social and cultural rights (ESCR) is the fact that its fulfilment takes place progressively, through the implementation of corresponding public, following two principles: the prohibition against retrocession, and the use of the maximum available resources. However, given the complexity of such policies, the difficulty of budget analysis and even in the face of competition between different ESCRs, it is not a simple matter to assess whether or not the two above-mentioned vectors are respected, so that it is difficult to measure the performance of the government in relation to ESC rights and, consequently, to suggest corrective measures or to obtain their enforcement by judicial means. In recent times, several methodologies have been developed to make such a verification more feasible, with which this article aims to familiarize the reader, and make accountability of the public entity feasible in case of noncompliance with the obligations arising of ESCR.

Keywords: Human rights. Economic, social and cultural rights. Accountability.



Notas iniciais

Talvez figurando como a mais relevante inovação produzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a incorporação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) inaugurou um debate doutrinário, normativo e jurisprudencial, até hoje inconcluso, sobre sua natureza, exigibilidade e mensuração de sua realização.

Evidentemente, a inclusão dos chamados direitos humanos da chamada “2ª dimensão” na Declaração decorreu de antecedentes históricos de inegável valor, a começar pela Declaração de Direitos dos jacobinos franceses (1793), em que já figuravam formas iniciais dos DESC, ao afirmar que eram consideradas “obrigações sagradas”, o trabalho, a ajuda econômica aos mais pobres, o direito à pensão por parte dos soldados e familiares dos falecidos, dentre outros.¹

Já no início do século XX, as Constituições do México (1917) e Alemanha (1919), influenciadas pelo pensamento socialista desenvolvido no século anterior, reconheceram direitos “novos”, completamente estranhos à formulação liberal então predominante. Assim, ressalta COMPARATO que “(A) Carta Política Mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio se afirmar após a grande guerra de 1914-1918.” Acrescenta que tanto a Constituição de Weimar, quanto as Convenções da OIT, ambas surgidas em 1919, reproduziram direitos consagrados pela Carta revolucionária de dois anos atrás².

Em relação à Constituição republicana alemã, referido autor destaca que, apesar de suas contradições, decorrentes da tumultuada relação das correntes políticas que sucederam a derrota germânica na então denominada Grande Guerra, a Constituição de Weimar influenciou profundamente os países ocidentais, ao instituir a chamada “democracia social”, marcada por aspectos como a relativização da propriedade privada, os direitos trabalhistas, os direitos das minorias étnicas e, especialmente, ao atribuir ao Estado o papel de intervir na sociedade e economia para o fim de adequar o mercado à garantia de direitos relativos a “um nível de existência adequado à dignidade humana”, isso por meio de políticas públicas, seja no campo da saúde e educação, seja no que se refere à previdência social e ao direito ao trabalho³.

Igualmente, deve ser feita menção à Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (Rússia, 1918) que, malgrado somente reconheça direitos ao trabalhadores (os únicos componentes do povo, sendo os demais alcunhados como “elementos parasitas da sociedade”) levou ao extremo a intervenção do Estado nas relações econômicas, chamando para si todas as tarefas referentes à realização dos direitos proclamados. A propósito, enfatiza TRINDADE que a Declaração “inaugurou uma ótica completamente nova da abordagem tradicional dos direitos humanos. Em vez da perspectiva individualista de um ser humano abstrato contida na Declaração francesa de 1789, a Declaração russa de 1918 elegia como ponto de partida o ser humano concretamente (isto é, historicamente) existente, o ser humano que vive em sociedade, em relação contínua com outros homens, e que, portanto, poderá desenvolver (ou não desenvolver) suas potencialidades humanas conforme a posição que ocupar nessa sociedade, ou



conforme o modo de organização dessa sociedade venha a favorecer ou dificultar esse desenvolvimento. (...) Portanto, em vez da ideação liberal de ‘neutralidade’ social do Estado, a nova Declaração tomava partido, desde logo e abertamente, dos explorados e oprimidos, alijando explicitamente do poder econômico e político os exploradores.”⁴

A partir de então, ficou evidente que o debate ideológico travado no campo da política também se fazia sentir no direito, justamente quanto à atribuição de DESC e em qual medida, assim como quanto à atribuição do responsável por sua concretização, tendo em vista a realização da dignidade humana.

Justamente, tal debate, ou mesmo embate, fez-se sentir quando da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), momento em que foi decisiva a presença de Eleanor Roosevelt à frente da comissão designada para a redação do documento, para o fim de serem incluídos os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no texto da Declaração. A respeito, destaca GLENDON:

Os pontos críticos diziam respeito à ênfase que tais direitos deveriam receber em relação aos tradicionais direitos civis e políticos, se eles deveriam ser especificamente enumerados, como deveriam ser redigidos e, sobretudo, como e por quem deveriam eles ser implementados. Todos os países comunistas priorizaram os direitos econômicos e sociais, querendo que eles fossem acompanhados de deveres cívicos correspondentes, e insistiram que o Estado deveria ser o primeiro a (ter a obrigação de) efetivá-los. A maioria dos demais participantes, incluindo Cassin, Chang, Malik, Romulo, Roosevelt e Santa Cruz, advogavam um balanço entre os direitos civis e políticos tradicionais, por um lado, e os mais recentes direitos econômicos e sociais, por outro. Em nenhum momento a habilidade de Eleanor Roosevelt de influenciar a política norte-americana ficou mais evidente do que em seu sucesso em persuadir o relutante Departamento de Estado (dos EUA) a aceitar a inclusão dos direitos econômicos e sociais na Declaração.⁵

Outra evidência da dificuldade da afirmação e cumprimento dos DESC decorre do tempo gasto para que os respectivos tratados ou protocolos entrassem em vigor e da reduzida capacidade de atuação dos respectivos mecanismos de fiscalização e controle.

Malgrado o fato de que no sistema universal dos direitos humanos o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) tenha entrado em vigor dois meses e vinte dias *antes* do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em regra, são evidentes as deficiências dos mecanismos de supervisão de efetivação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em face daqueles destinados à proteção dos Direitos Civis e Políticos.

Diferentemente do PIDCP, que previu a criação do Comitê de Direitos Humanos em seu texto, o PIDESC nasceu sem qualquer mecanismo de fiscalização, sendo o único tratado dentre os considerados como centrais na área dos direitos humanos do sistema universal com tal característica. Posteriormente, o Conselho Econômico e Social da ONU deliberou pela criação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Resolução 1985/17 de 28 de maio de 1985), ainda assim limitando a análise de comunicações individuais relativos a países que tenham ratificado o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

No sistema regional interamericano, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos somente trouxe um artigo relativo aos DESC (artigo 26), precisando ser



complementada pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ("Protocolo de San Salvador"), cuja entrada em vigor deu-se mais de 21 anos após o tratado-mãe e, ainda assim, com restritas possibilidades de possibilitar a apresentação de denúncias de violação ao Sistema Interamericano de proteção, restritas a casos relativos aos artigos 8º (inciso 1, alínea a) e 13º, ou seja, quanto ao direito de os trabalhadores criarem sindicatos e a eles se filiarem, bem como no que se refere ao direito à educação, respectivamente.

No sistema europeu de direitos humanos ocorreu o mesmo. Ainda que a Carta Europeia de Direitos Sociais, em sua primeira versão, date de 1961, isto é “apenas” onze anos após a aprovação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o fato é que veio ela desprovida de mecanismo apto a receber comunicações individuais, em total discrepância em relação o sistema que previa, à época, a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos. É bem verdade que em 1995 foi aprovado o Protocolo Facultativo à Carta de Direitos Sociais, prevendo um mecanismo de reclamação coletiva, dirigida à Comissão de Direitos Sociais, mas o sistema continua a não permitir acesso à Corte Europeia, devendo a Comissão apenas produzir um relatório dirigido ao Conselho de Ministros do Conselho da Europa, o qual, por sua vez, poderá emitir uma recomendação ao Estado denunciado.

Quanto ao Sistema Africano de Direitos Humanos e dos Povos, a Carta de Banjul possui alguns artigos relativos aos DESC, notadamente os de nº 15, 16 e 17, a saber, direito ao trabalho, à saúde e à educação, com a vantagem de que a Comissão Africana pode receber comunicações sobre qualquer artigo da Carta, inclusive quanto aos acima citados, de modo que o órgão já proferiu uma série de decisões sobre aqueles temas. No que diz respeito à Corte Africana, também ali há alguns casos relativos aos DESC, com especial atenção às Opiniões Consultivas (“Advisory Opinions”), cujos solicitantes não se limitam aos Estados-partes ou membros da União Africana, incluindo, por exemplo, organizações não-governamentais.

O paradoxo da concretização dos DESC

Seguindo a divisão tradicional dos direitos humanos, diz-se que os Direitos Civis e Políticos (DCP) gerariam apenas obrigações estatais de contrição e respeito, os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais demandariam a intervenção do Estado, de modo a torná-los reais e fruíveis. Contudo, ao menos a partir da Declaração e Programa de Ação de Viena (1992), resultado da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, tal visão segmentada já foi grandemente superada pela aplicação dos princípios da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, hoje consolidada no chamado “human rights-based approach” (HRBA) ou “abordagem baseada nos direitos humanos” (ABDH), que é uma estrutura conceitual para o processo de desenvolvimento humano, normalmente baseada nos padrões internacionais de direitos humanos e operacionalmente dirigida à proteção e promoção dos direitos humanos. Tal modelo de ação visa a analisar as desigualdades que se localizam no centro dos problemas relacionados ao desenvolvimento e a reparar práticas discriminatórias e divisões injustas de poder que impedem o progresso do desenvolvimento.⁶

Tal desenvolvimento já se vê refletido nos tratados internacionais mais recentes, e embora seja possível distinguir situações em que o Estado deva se omitir de outras em que sua



ação é fundamental para proteger e efetivar os direitos humanos estabelecidos na convenção em questão. Dada a transversalidade com que são entendidos os direitos humanos atualmente, medidas de ambas espécies podem coexistir para tornar efetivo um direito previsto em um tratado, valendo lembrar que os DESC não mais se limitam àqueles previstos no PIDESC, mas decorrem tanto da releitura dos demais tratados centrais, como da forma como se estruturam os mais modernos.

Neste último caso, percebe-se que a concretização dos DESC pressupõe a elaboração de políticas públicas consequentes e a alocação dos recursos correspondentes, cuja aferição nem sempre é clara, dificultando o trabalho de monitoramento dos órgãos competentes, assim como aquele desenvolvido pela sociedade.

Deixando para outro momento o debate sobre o aprimoramento dos mecanismos internacionais de supervisão dos DESC, assim como a possibilidade de obtenção de sua tutela pela via judicial, certo é que a utilização de parâmetros de avaliação das políticas públicas, quer em sua elaboração, quer em sua execução, permite a qualificação do debate e, se for o caso, o ingresso em juízo para demandar correções nas medidas governamentais, ou mesmo a sua implantação.

Contextualizando o tema, é preciso observar que o aparecimento dos DESC operou a transição do *Etat Gendarme* par o *Welfare State*, de modo que, enquanto o primeiro requeria a redução do poder estatal ao mínimo indispensável, o segundo pressupõe a ampliação das possibilidades de intervenção e ação governamental, inclusive na economia de mercado, a fim de reduzir a desigualdade social e efetivar a dignidade humana em padrões minimamente aceitáveis.

A propósito, ressalta BOBBIO que este novo contexto é propício à multiplicação dos direitos humanos, uma vez que, se o “homem natural” tinha, em suma, apenas o direito à liberdade, o homem situado, fruto das tensões da história e de suas condições materiais de existência, possui outras demandas, cujo atendimento passa por soluções muito mais complexas, não bastando para sua sobrevivência o simples catálogo dos direitos fundamentais clássicos.⁷

Por seu turno, LAFER destaca que, do ponto de vista dos que estão submetidos ao poder (*ex parte populi*), a transição dos direitos civis e políticos para os econômicos, sociais e culturais requer a adoção de técnicas jurídicas distintas a ensejar a fruição daqueles novos direitos, adequadas à promoção dos indivíduos na sociedade, através da ampliação dos serviços públicos.⁸

Das reflexões acima aglutinadas, decorre que a avaliação da concretização dos DESC deve se dar por parâmetros absolutamente distintos dos tradicionalmente empregados em relação aos DCP. Assim, enquanto aqui a aferição de sua eficácia se dá pelo emprego de um mecanismo dual simples, do mutuamente excludente (pois as liberdades, ou bem são respeitadas, ou não o são), no caso dos DESC sua concretização será em geral parcial, progressiva e incompleta, devendo ser empregadas técnicas para medir o grau de efetivação de um dado direito, a partir do que é possível comparar os resultados obtidos como o padrão eleito como admissível.



Observa HENKIN que dos dois Pactos Internacionais de 1966 decorrem direitos e obrigações e não meras aspirações sociais, pois ambos os tratados produzem *clear and firm obligations*, devendo o Estado, no caso dos DESC, prosseguir na sua implantação de forma progressiva - isto é, sem interrupção ou retrocesso - até o limite de sua capacidade técnica e financeira.⁹

A propósito, pondera BOBBIO que “as exigências que se concretizam na demanda de uma intervenção pública e de uma prestação de serviços sociais por parte do Estado só podem ser satisfeitas num determinado nível de desenvolvimento econômico e tecnológico; e que, com relação à própria teoria, são precisamente certas transformações sociais e certas inovações técnicas que fazem surgir novas exigências, imprevisíveis e inexequíveis antes que essas transformações e inovações tivessem ocorrido. Isso nos traz uma ulterior conformação da socialidade, ou da não-naturalidade, desses direitos.”¹⁰

Em suma, em decorrência da adoção do modelo do Estado social e democrático de direito pela Declaração Universal de Direitos Humanos, estabeleceu-se para os Estados, a partir da aprovação de tratados internacionais vinculantes sobre a matéria¹¹, a infindável obrigação de prover bens e serviços à sociedade, de forma progressiva e com uso pleno dos recursos disponíveis.

Tal paradoxo, o da inescrutabilidade das obrigações estatais em relação aos DESC, poderia levar ao argumento equivocadamente segundo o qual qualquer que fosse o grau de implementação daqueles direitos, isso deveria conduzir à conclusão de que o Estado estaria dando cumprimento às obrigações pactuadas. Assim, diversos avanços conceituais foram necessários, a fim de produzir técnicas capazes de estabelecer padrões mínimos de cumprimento dos direitos, abaixo dos quais não se poderia dizer que os requisitos da progressividade e plenitude dos recursos disponíveis vinham sendo respeitados.

A tríplice obrigação estatal e a noção de mínimo essencial

Como acima afirmado, a divisão estrita das obrigações estatais conforme a geração de direitos humanos, implicando deveres de abstenção (correspondente aos direitos civis e políticos) e de promoção (correspondente aos direitos econômicos, sociais e culturais) está obsoleta e superada, tendo sido substituída pela noção de que todas as famílias de direitos humanos, e mesmo os direitos humanos individualmente considerados, produzem obrigações aos Estados de três naturezas, ou seja, de respeitar, proteger e realizar (ou garantir).

No caso dos DESC, as Diretrizes de Maastricht sobre Violações aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights¹²), resultantes da reunião de especialistas havida na cidade de Maastricht (Holanda) entre 22 e 27 de janeiro de 1997, consolidaram noções importantes sobre o tema, conforme exposto no parágrafo 6º do documento, a saber:

6. Assim como os direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais impõem três tipos diferentes de obrigações aos Estados: as obrigações de respeitar, proteger e realizar. A falha em desempenhar qualquer uma dessas três obrigações constitui uma violação de tais direitos. A obrigação de respeitar requer que o Estado se abstenha de interferir no desfrute dos direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, o direito à



moradia é violado se o Estado empreende despejos forçados e arbitrários. A obrigação de proteger requer que os Estados previnam a violação de tais direitos por terceiros. Assim, a falha em assegurar que empregadores privados obedeçam padrões trabalhistas básicos pode equivaler a uma violação do direito a condições de trabalho justas e favoráveis. A obrigação de realizar requer que os Estados tomem medidas legislativas, administrativas, orçamentárias, judiciais, dentre outras, para a plena realização de tais direitos. Assim, a falha dos Estados em prover saúde primária essencial para os que precisam pode equivaler a uma violação.¹³

Com isso em mente, já se percebe que o descumprimento dos direitos previstos nos tratados sobre DESC pode ocorrer, simplesmente, pela turbação do livre exercício de um dado direito, mesmo que de natureza social, ou pela ação do Estado, seja ela comissiva e direta, seja omissiva e indireta, neste caso ao autorizar (ou não obstar) que medidas violadoras sejam praticadas por terceiros, falhando em sua obrigação de garantir os direitos humanos.

Em consequência, fica claro que nem todos direitos econômicos, sociais ou culturais requerem realização progressiva, havendo aqueles de realização imediata, tal como seriam os direitos civis e políticos segundo a acepção tradicional, aptos portanto servir de crivo das condutas ou políticas estatais. Ou, ainda, dentro da formulação de um direito ESC, pode ser possível identificar aspectos de realização progressiva e outros de fruição imediata, conforme a natureza da atitude estatal esperada.

A respeito do tema, o professor e membro do Comitê DESC, OLIVIER DE SCHUTTER, destaca:

O ‘conteúdo essencial’ (‘core content’, no original) dos direitos estipulados no Pacto, como se afigura de três exemplos, inclui três componentes: (i) um requisito de *não-discriminação*, garantindo que qualquer progresso feito para a realização do direito em questão beneficie todos, sem discriminação, e que, onde questões sobre distribuição surjam, a prioridade seja dada aos grupos mais desfavorecidos e marginalizados; (ii) um requisito de *necessidades básicas*, garantindo que nenhum indivíduo seja privado de bens ou serviços essenciais que o/a mantenham seguro/a, física e emocionalmente, e o/a protejam da exclusão social permanente: isso incluiria abrigo, alimentação adequada, água e saneamento básico, e medicamentos essenciais, mas também acesso à educação primária; e (iii) uma obrigação procedimental, requerendo do Estado que, tendo identificado os desafios-chave associados à realização de cada direito, desenhe e implemente uma estratégia que o coloque em marcha na direção da plena realização do direito para todos.¹⁴

De plano, a primeira e talvez mais basililar obrigação dos órgãos estatais seja a observância do princípio da igualdade e não-discriminação, previsto no artigo 2º, inciso 2, do Pacto e examinado a miúdo no Comentário Geral nº 20 do Comitê DESC. Tal princípio, de resto, já é reconhecido como norma peremptória do direito internacional geral (“jus cogens”), de que faz excelente exemplo a Opinião Consultiva nº 18/03, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, intitulada “Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados”, a partir de consulta formulada pelos Estados Unidos Mexicanos.

Em tal parecer, fundando-se no artigo 3º do Protocolo de San Salvador, a Corte debruçou-se sobre a incidência do princípio em questão justamente sobre os direitos sociais dos trabalhadores que migram para os países desenvolvidos da América do Norte, neles ingressando



de forma clandestina e obtendo subsistência por meio de relações trabalhistas informais e, em regra, não amparadas pela legislação doméstica do país de destino.

Tal jurisprudência demonstra ser possível extrair-se obrigações relacionadas aos direitos sociais, e de realização imediata, a partir do princípio da igualdade e não discriminação, novamente servindo de mecanismo para aferição da conformidade (*compliance*) das condutas estatais em relação às previsões convencionais.

Nesta direção, a verificação atenta da normativa internacional revela que há casos em que direitos econômicos, sociais e culturais são fruíveis imediatamente, como o direito à livre escolha profissional (PIDESC, artigo 6º, inciso 1) e o direito a fundar sindicatos e a eles se filiar (ou a não se filiar a nenhum), conforme o artigo 8º, inciso 1, alínea *a* do mesmo Pacto. Não por acaso, este último direito, cujo equivalente interamericano encontra-se no artigo 8º, inciso 1, alínea *a*, do Protocolo de San Salvador, é um dos únicos dois direitos ESC que admitem denúncia de violação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com possibilidade de o caso ser remetido para julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Concorrentemente, ocorreu o desenvolvimento da doutrina do “mínimo essencial” dos DESC¹⁵, a partir dos Princípios de Limburg¹⁶, desembocando no conhecido Comentário Geral nº 3, produzido pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais nas Nações Unidas¹⁷, sobre a natureza das obrigações dos Estados-partes, cujo parágrafo 10 assim expressa:

10. A partir da extensa experiência adquirida pelo Comitê, assim como pelo órgão que o precedeu, por um período de mais de uma década examinando relatórios dos Estados-partes, o Comitê é da opinião de que uma obrigação essencial mínima de assegurar a satisfação de, pelo menos, níveis essenciais mínimos de cada um dos direitos, é incumbência de todo Estado-parte. (...) Se o Pacto fosse lido de forma a não estabelecer essa obrigação essencial mínima, ele teria sido enormemente privado de sua *raison d'être*. Da mesma forma, deve ser notado que qualquer avaliação a respeito de se o Estado se desincumbiu de sua obrigação essencial mínima deve também ter em conta as restrições de recursos aplicáveis ao país em questão. O artigo 2 (1) obriga cada Estado-parte a dar os passos necessários ‘até o máximo dos recursos disponíveis’. Para que um Estado-parte seja capaz de atribuir sua falha em fazer face ao menos às suas obrigações essenciais mínimas à falta de recursos disponíveis, ele deve demonstrar que todos os esforços foram feitos para usar todos os recursos que estavam à disposição em um esforço de satisfazer, prioritariamente, aquelas obrigações mínimas.¹⁸

Em decorrência, o Comitê passou a emitir comentários gerais sobre cada um dos direitos previstos no Pacto, estabelecendo para cada um deles o que o órgão considera pertencer ao mínimo essencial, cuja realização é imediata e prioritária. Decorre, portanto, que as obrigações essenciais mínimas estatais devem ter prioridade de realização sobre as demais, o que de plano fornece um critério seguro para a aferição das políticas desenvolvidas pelo Estado, inclusive para o fim de permitir a exigibilidade de cumprimento de tais obrigações pela via judicial. Neste aspecto, muitos dos Comentários Gerais seguintes tem ressaltado que faz parte do mínimo essencial a elaboração de um plano de trabalho para enfrentar as dificuldades realizadas à realização de cada direito, incluindo, se caso, a necessidade de ajuda externa nos campos técnico e financeiro. Tal obrigação, por sua vez, é caracterizada de realização imediata e não pode ser descumprida sob alegação de falta de recursos.



Breve síntese dos métodos de avaliação da realização dos DESC

Como já destacado previamente, o PIDESC congrega as chamadas liberdades positivas, ou seja, os direitos que as pessoas submetidas à soberania de um dado Estado possuem de dele obter prestações na forma de serviços e bens públicos, a serem colocados à sua disposição. Em decorrência, o Estado passa a ter a obrigação jurídica de desenvolver políticas públicas para o atendimento imediato ou progressivo das demandas de natureza ESC.

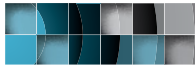
De acordo com o já referido Comentário Geral n. 3 do Comitê DESC (de 14.12.1990) a progressividade implica a obrigação de adotar medias (*to take steps*) rumo à realização plena de um direito ESC. E ainda que este ideal talvez nunca seja alcançado (cf. explanado acima), tal não significa que o Estado possa permanecer inerte sem articular políticas públicas no sentido da concretização do direito ao máximo possível.

De fato, logo no segundo parágrafo do CG n° 3, destaca-se: “Assim, enquanto a realização plena do direito em questão possa ser alcançada progressivamente, medidas na direção daquele objetivo devem se tomadas dentro de um tempo razoavelmente curto após a entrada em vigor do Pacto para o país concernente. Tais medidas devem ser deliberadas, concretas e direcionadas, o mais claramente possível, ao cumprimento das obrigações reconhecidas no Pacto.”¹⁹

Em complemento, o parágrafo nono do mesmo texto, aclara o que se entende por realização progressiva dos DESC, nos seguintes termos:

9. O conceito de realização progressiva constitui o reconhecimento do fato de que a realização plena de todos os direitos econômicos, sociais e culturais geralmente não será possível de ser alcançada em curto prazo. Neste sentido, a obrigação difere significativamente daquela contida no art. 2º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que incorpora uma obrigação imediata de respeitar a assegurar todos os direitos relevantes. No entanto, a realização paulatina, ou, em outras palavras, progressiva, é prevista pelo Pacto e não deve ser interpretada como supressiva do caráter obrigatório de todo seu conteúdo significativo. De um lado é necessário um mecanismo de flexibilização, refletindo as realidades do mundo real e as dificuldades envolvidas por qualquer país no asseguramento da realização plena dos direitos econômicos, sociais e culturais. De outro, a frase deve ser lida à luz do objetivo geral, seguramente a *raison d'être* do Pacto, que é estabelecer claras obrigações para os Estados-Partes com respeito à plena realização dos direitos em questão. Assim, impõe-se uma obrigação de mover-se da forma mais expedita e efetiva possível rumo àquele objetivo. Ademais, qualquer medida deliberadamente retrocessiva em tal sentido iria requerer a mais cuidadosa consideração e precisaria ser completamente justificada em referência à totalidade dos direitos estipulada pelo Pacto e no contexto do pleno uso do máximo de seus recursos disponíveis.²⁰

A partir dessas importantes definições, que derivaram dos dois documentos redigidos em Masstricht, acima referidos, foram sendo aprofundados os debates sobre aspectos como a necessidade de as metas possuírem clareza, a velocidade de realização dos DESC, a alocação de recursos suficientes, o respeito ao princípio da igualdade e não discriminação, etc. Neste



sentido, foram sendo desenvolvidos métodos para o fim de apurar o grau de cumprimento dos DESC, seja quanto ao processo utilizado pelo estado para o desenho e implementação das políticas de atenção, ou quanto ao resultado obtido, aqui mediante o cruzamento de vários dados para obter recortes relevantes de avaliação.

Desde logo se percebe que as metodologias são geralmente complexas, envolvendo uma qualificada coleta de dados para posterior análise e desagregação conforme o que se pretende medir. Assim, tanto podem ser eles utilizados pelos próprios órgãos governamentais para medir o impacto de suas políticas, por órgãos públicos de supervisão e controle (Tribunais de Contas, Ministério Público, Defensoria Pública), por entidades de pesquisa e organizações de defesa dos direitos humanos.

Parece claro, portanto, que o questionamento das políticas estatais somente poderá ser feita de forma robusta, permitindo, inclusive a interlocução com esferas de governo e/ou a propositura de demandas judiciais de maior envergadura, se passarem a ser adotados métodos idôneos de avaliação, resumidamente tratados em seguida.

Método AAAQ (ou DAAQ)

Em trabalho seminal sobre o tema da mediação das políticas estatais, o Instituto Dinamarquês de Direitos Humanos produziu a metodologia baseada nos critérios AAAQ (“Availability, Accessibility, Acceptability and Quality”)²¹, como passaram a ser mundialmente conhecidos, o que em português pode ser traduzido para DAAQ (Disponibilidade, Acessibilidade, Aceitabilidade, e Qualidade).

Tais parâmetros tem o propósito tanto de orientar governos a como planejar e executar políticas públicas no campo dos DESC, quanto podem servir para que se faça a avaliação e controle daquelas, por parte do Estado ou por organizações da sociedade. Assim, os critérios AAAQ foram desenvolvidos tendo em vista a obrigação de os Estados adotarem medidas “deliberadas, concretas e direcionadas” para a materialização dos direitos previstos no PIDESC, de acordo com estabelecido no Comentário Geral nº 3 e desenvolvimentos posteriores do Comitê DESC, especialmente, os Comentários Gerais nºs 15 e 16 sobre direito à saúde e direito à água, respectivamente.

Assim, os quatro parâmetros podem ser assim definidos:

- **DISPONIBILIDADE:** instalações, bens e serviços devem estar disponíveis em quantidade suficiente e com suprimento contínuo dentro do país;
- **ACESSIBILIDADE:** Os serviços devem ser acessíveis a todos sem discriminação alguma;
- **ACEITABILIDADE:** Aceitabilidade pelo destinatário (de bens e serviços), aceitabilidade cultural e sensibilidade a grupos marginalizados; e
- **QUALIDADE (ADEQUADA):** Os serviços devem ser de boa qualidade.²²

Os parâmetros AAAQ/DAAQ podem e devem ser subdivididos em categorias menores e mais específicas dentro de cada uma das quatro diretrizes, conforme a política pública a ser executada (o bem ou o serviço público), o público-alvo (preferência aos marginalizados



sociais), a natureza da obrigação estatal (se de conduta ou de resultado, a velocidade de implementação (realização imediata ou progressiva), os recursos disponíveis (técnicos e financeiros) etc. Por fim, deve ser elaborado um rol de perguntas pontualmente dirigidas à política sob avaliação para fornecer um quadro claro da situação encontrada, o que também vale para aclarar a Administração quando do planejamento de suas ações.²³

Metodologias de avaliação de realização dos DESC²⁴

Diversos/as teóricos/as e/ou ativistas de direitos humanos vêm se dedicando a desenvolver métodos que espelhem a situação de materialização dos DESC, enfatizando determinados aspectos das políticas estatais para fornecer um quadro mais realista do que existe ou de qual foi a evolução (ou involução) da situação relativa a um determinado DESC, ou mesmo quanto ao desenvolvimento humano em geral, seja numa região, num país, continente ou mesmo no mundo inteiro. Portanto, cada método busca os dados existentes com o recorte que pretenda utilizar e para a finalidade que vise alcançar. Assim, segue um resumo de tais avanços, para eventual aprofundamento por parte do/a leitor/a.

A. INDICADORES DE DIREITOS HUMANOS: Funcionam tendo em vista a avaliação quantitativa da realização dos direitos, expressando-se em números, percentuais ou relações. Oferecem um retrato da situação fornecendo dados do tipo “quanto”, “de que tamanho”, “qual a proporção” etc. Foram objeto de uma importante transformação na forma como se desenvolviam as estatísticas ligadas ao desenvolvimento, a partir dos anos 1990, com os Relatórios de Desenvolvimento Humano, que colocaram em cena um abordagem baseada nos direitos humanos (human rights-based approach) e não apenas dados econômicos até então utilizados. Servem também para definir metas a serem alcançadas, como os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (Millenium Development Goals - MDG) das Nações Unidas, hoje atualizados para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (Sustainable Development Goals - SDG) a serem alcançados até o ano de 2030. Em 2006 o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos lançou o Relatório sobre Indicadores para a Medição de Conformidade²⁵, que se organiza em três tipos de indicadores: estruturais, procedimentais e os relativos aos resultados alcançados, sendo que esta plataforma centra-se especificamente nos direitos previstos nos tratados de direitos humanos (conforme a redação de suas normas). Por sua vez, a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) desenvolveu os Princípios PANTHER, relacionados a uma abordagem de direitos humanos para o direito à alimentação, segurança alimentar e nutrição, os quais devem guiar a tomada de decisões e os processos de implementação.²⁶ Por fim, no âmbito do Sistema Interamericano a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou em 2008 as Diretrizes para a Elaboração de Indicadores de Progresso em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, seguindo a metodologia das Nações Unidas, mas incorporando outras categorias conceituais relativas a quatro temas transversais (igualdade, acesso à justiça, acesso à informação e participação).²⁷



B. **FIXAÇÃO DE PARÂMETROS:** Os indicadores, por si sós, não fornecem informações relevantes se não houver marcos referenciais com os quais possam ser comparados. Neste caso, os SDG funcionam, ao menos, como parâmetros dos resultados a serem alcançados. No entanto, para medir a realização progressiva dos DESC, Sakiko FUKUDA-PARR, Terra LAWSON-REMER e Susan RANDOLPH desenvolveram o método “Achievement Possibilities Frontier” (APF) ou Fronteira de Possibilidades de Realização (FPR) que visa contextualizar o emprego do máximo de recursos disponíveis com o nível de desenvolvimento econômico de cada país, de modo a ponderar resultados e permitir uma comparação mais adequada.

C. **ÍNDICES:** São feitos a partir da composição de vários (ou muitos) indicadores, como o Índice de Desigualdade por Gênero e o Índice Multidimensional de Pobreza. As autoras acima citadas desenvolveram o índice SERF (Social and Economic Rights Fulfillment index), combinando vários indicadores que são intermediários para cinco DESC, dentre outros.

D. **ANÁLISE ORÇAMENTÁRIA E MONITORAMENTO DE RECURSOS:** usar indicadores de direitos humanos para avaliar se um estado está utilizando o “máximo de recursos disponíveis” em seus esforços para realizar os DESC tem se mostrado um desafio, porque o Pacto é desprovido de parâmetros de alocação, como um determinado percentual dos recursos orçamentários, por exemplo. Para superar essa limitação, um número de organizações não-governamentais como The International Budget Project (IBP), Fundar (centro de Análisis e Investigación), The International Human Rights Internship Program (IhRIP) e muitas outras tem adaptado e desenvolvido técnicas para monitoramento dos DESC em geral, ou de direitos relativos a específicos, como as mulheres e crianças.

E. **AVALIAÇÃO DE IMPACTO DOS DIREITOS HUMANOS:** Neste caso, a partir de diversas técnicas, o foco se dá em relação ao resultado alcançado pelas políticas públicas tendo em vista os já mencionados elementos como indicadores estruturais, medição do funcionamento de mecanismos institucionais e indicadores dos resultados alcançados, nos três casos levando-se em conta os efeitos da ratificação de tratados internacionais e outros compromissos semelhantes pelos Estados perante agências pertencentes a organizações internacionais.

Plataforma “OPERA”

A plataforma de trabalho²⁸ “OPERA” (“**O**utcomes, **P**olicy **E**fforts, **R**essources and **A**ssessment”)²⁹ foi desenvolvida pelo Center for Economic and Social Rights a fim de ser uma metodologia abrangente para o monitoramento da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

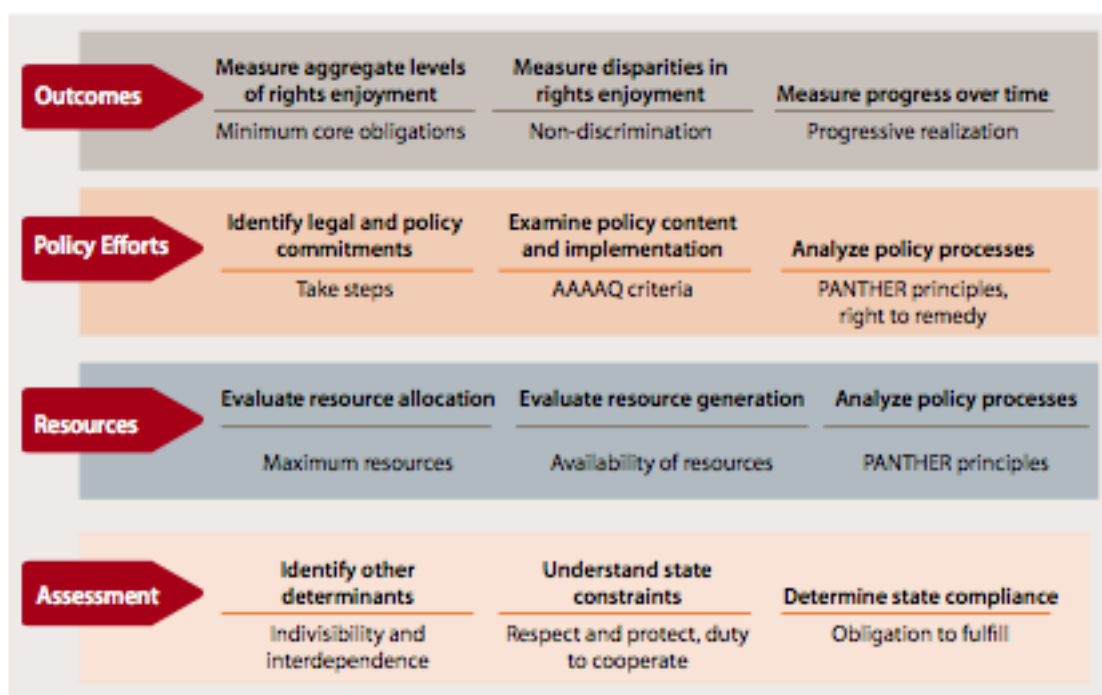
Sinteticamente, pode-se dizer que a plataforma OPERA examina tanto obrigações de conduta quanto de resultado e, mais importante, ela estabelece a conexão entre ambas,



observando diferentes dimensões da obrigação de realizar (fulfil), reunidas em quatro etapas de análise: Resultados, Esforços relacionados a Políticas Públicas, Recursos e Avaliação.

Em seguida, ela faz a triangulação dos achados de cada etapa para proceder à avaliação da conformidade estatal em cumprir a sua obrigação de realizar. Para avaliar obrigações de resultado, a etapa ligada aos resultados (“outcomes”) tira uma fotografia da satisfação do(s) direito(s) sob escrutínio em um país. No entanto, resultados sozinhos não podem prover uma compreensão plena da conformidade (“compliance”) estatal. A etapa relativa aos Esforços relativos às Políticas Públicas analisa as obrigações de conduta ao explorar se as leis e políticas que efetivam os direitos sob revisão foram desenhadas e implementadas de acordo com os padrões (“standards”) e princípios de direitos humanos. A etapa relativa aos Recursos olha para a geração, alocação e emprego de recursos, assim como para o contexto da macro política econômica que determina a disponibilidade de recursos para o(s) direito(s) sob revisão. A etapa relativa à Avaliação olha para as grandes limitações colocadas perante os governos, antes de fazer um julgamento quanto ao nível de conformidade ou desconformidade de um Estado com suas obrigações relativas aos direitos humanos, baseado numa avaliação cumulativa sobre os achados das três etapas anteriores.³⁰

O método é bastante complexo e profundo, mas pode prover análises mais enriquecidas sobre a realização de um ou mais DESC no país em questão, de modo a compreender todos os métodos parciais acima descritos.



Conclusão

Como se viu da exposição sintética das metodologias construídas nas décadas recentes, importantes avanços foram realizados a fim de que seja hoje possível transformar em realidade



os direitos econômicos, sociais e culturais previstos em tratados juridicamente vinculantes, de modo a modificar a vida de milhões de pessoas e alcançar o paradigma de democracia social no qual se baseia o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Assim, pelo emprego de técnicas afetas a campos do domínio humano como as ciências sociais, a economia e mesmo ramos da matemática, contando ainda com o apoio de profissionais relativos aos direitos sob análise (sanitaristas no caso da saúde, pedagogos no caso da educação etc.), é possível chegar a análises aprofundadas que conduzam a respostas relativas à materialização (plena, parcial, deficiente, nula) dos DESC, a partir do que se tornará possível trabalhar com as características jurídicas (dever ser) das normas dos tratados internacionais sobre DESC. Desta forma, a noção de que as políticas públicas relativas aos DESC não admitem retrocesso somente será plenamente comprovável, no caso concreto, a partir do emprego de tais técnicas. Salvo em casos pontuais e evidentes, os paradigmas jurídicos no campo dos DESC não são de simples visualização, o que ou transfere o debate para o âmbito estritamente político (sem qualquer demérito dessa via) ou dificulta a litigância judicial ligada à forma de implementação de políticas públicas, a quantidade dos recursos a serem alocados, a prioridade da adoção de programas e projetos relacionados aos DESC sobre outros etc.

Bem por isso, é preciso que se aprofunde o conhecimento e emprego das sistemáticas acima delineadas, seja por entidades da sociedade organizada, seja por órgãos como a Defensoria Pública, de modo a concretamente exigir dos administradores, governantes e mesmo legisladores, a tomada de determinadas medidas para a efetivação dos DESC, as quais, se não atendidas, poderão ser objeto de ações judiciais de caráter coletivo, inclusive para forçar um alargamento da tendência jurisprudencial hoje vigente no país quanto à interferência sobre o conteúdo das decisões governamentais.

Bibliografia

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales = Guidelines for preparation of progress indicators in the area of economic, social and cultural rights. Disponível em <http://www.cidh.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm>. Acesso em 19/2/2018.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva. 2005.

DE SCHUTTER, Olivier. Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights : An Introduction. CRIDHO Working Paper. 2013.

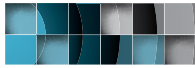
GLENDON, Mary Ann. A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights. Random House Publishing Group. Edição do Kindle.

HENKIN, Louis. The age of rights. New York: Columbia University Press, 1990.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo : Cia. das Letras, 1988.

TRINDADE, José Damião de Lima. São Paulo : Peirópolis. 2002.

VENTURA ROBLES, Manoel E. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. In. Revista IIDH, vol.



40. pp. 89-90. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-3.pdf> Acesso em 19.2.2018.

VILLUMSEN, Marie e JENSEN, Mads Holst. AAAQ and the right to water: contextualising indicators for availability, accessibility, acceptability and quality. Copenhagen (DEN) : The Danish Institute for Human Rights. 2014.

¹ VENTURA ROBLES, Manoel E. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. In. Revista IIDH, vol. 40. pp. 89-90. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-3.pdf> Acesso em 19.2.2018.

² COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva. 2005. pp. 173-174.

³ Idem. pp. 188-192.

⁴ TRINDADE, José Damião de Lima. São Paulo : Peirópolis. 2002. p. 156.

⁵ GLENDON, Mary Ann. A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights. Random House Publishing Group. Edição do Kindle. pp. 42-43.

No original: “The flash points concerned the emphasis such rights should receive in relation to traditional political and civil rights, whether they should be specifically enumerated, how they should be phrased, and, above all, how and by whom they should be implemented. All the Communist countries gave priority to social and economic rights, wanted them to be accompanied by corresponding civic duties, and insisted that the state should be the primary enforcer. Most of the other participants, including Cassin, Chang, Malik, Romulo, Roosevelt, and Santa Cruz, advocated a balance between the traditional political and civil rights on the one hand and the newer social and economic rights on the other. Nowhere was Eleanor Roosevelt’s ability to influence U.S. policy more evident than in her success in persuading a reluctant State Department to accept the inclusion of social and economic rights in the Declaration.” (tradução livre)

⁶ cf. <http://hrbportal.org/faq/what-is-a-human-rights-based-approach>. Acesso em 19/2/2018.

⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992. p. 68 e ss

⁸ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo : Cia. das Letras, 1988. p. 129.

⁹ HENKIN, Louis. *The age of rights*. New York: Columbia University Press, 1990. p. 33.

¹⁰ Ob. cit., p. 76.

¹¹ Em observância ao artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ao prescrever que: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.”

¹² UN document E/C.12/2000/13.

¹³ No original: 6. Like civil and political rights, economic, social and cultural rights impose three different types of obligations on States: the obligations to respect, protect and fulfil. Failure to perform any one of these three obligations constitutes a violation of such rights. The obligation to respect requires States to refrain from interfering with the enjoyment of economic, social and cultural rights. Thus, the right to housing is violated if the State engages in arbitrary forced evictions. The obligation to protect requires States to prevent violations of such rights by third parties. Thus, the failure to ensure that private employers comply with basic labour standards may amount to a violation of the right to work or the right to just and favourable conditions of work. The obligation to fulfil requires States to take appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial and other measures towards the full realization of such rights. Thus, the failure of States to provide essential primary health care to those in need may amount to a violation.

¹⁴ DE SCHUTTER, Olivier. Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights : An Introduction. CRIDHO Working Paper 2013/2. p. 15.

Disponível em: <https://cridho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/CRIDHO-WP2013-2-ODESchutterESCRights.pdf>. Acesso em 19/2/2018.



No original: The "core content" of the rights stipulated in the Covenant, it appears from these examples, includes three components: (i) a non-discrimination requirement, ensuring that any progress made in the realization of the right in question benefit all without discrimination, and that where distribution issues arise, priority be given to the most disadvantaged and marginalized groups; (ii) a basic needs requirement, ensuring that each individual is not deprived of essential goods or services that keep him/her safe, physically and emotionally, and protect him/her from permanent social exclusion: this would include basic shelter, adequate food, water and sanitation, and essential drugs, but also access to primary education; and (iii) a procedural obligation, requiring from the State that, having identified the key challenges associated with the realization of each right, it designs and implements a strategy that will put it on track of moving towards the full realization of the right for all. (tradução livre do autor)

¹⁵ Em inglês, *minimum core*, cuja tradução literal seria *núcleo mínimo* que, na visão do autor, não corresponderia à ideia original.

¹⁶ Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Resultado da reunião de especialistas ocorrida na cidade de Maastricht (Holanda), entre 2 e 6 de junho de 1986, sob o patrocínio da Comissão Internacional de Juristas, da Faculdade de Direito da Universidade de Limburg (localizada em Maastricht, HOL.) e o Urban Morgan Institute for Human Rights (Universidade de Cincinnati, Ohio, EUA).

Disponível em: <https://www.escr-net.org/resources/limburg-principles-implementation-international-covenant-economic-social-and-cultural>. Acesso em 19/2/2018.

¹⁷ Disponível em qualquer das seis línguas oficiais da ONU, no endereço eletrônico http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=en

¹⁸ No original: 10. On the basis of the extensive experience gained by the Committee, as well as by the body that preceded it, over a period of more than a decade of examining States parties' reports the Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its *raison d'être*. By the same token, it must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its minimum core obligation must also take account of resource constraints applying within the country concerned. Article 2 (1) obligates each State party to take the necessary steps "to the maximum of its available resources". In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations. (tradução livre do autor)

¹⁹ No original: "9. Thus while the full realization of the relevant rights may be achieved progressively, steps towards that goal must be taken within a reasonably short time after the Covenant's entry into force for the States concerned. Such steps should be deliberate, concrete and targeted as clearly as possible towards meeting the obligations recognized in the Covenant. (Tradução livre do autor)

²⁰ Versão do autor a partir do original: "9. The principal obligation of result reflected in article 2 (1) is to take steps "with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized" in the Covenant. The term "progressive realization" is often used to describe the intent of this phrase. The concept of progressive realization constitutes a recognition of the fact that full realization of all economic, social and cultural rights will generally not be able to be achieved in a short period of time. In this sense the obligation differs significantly from that contained in article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights which embodies an immediate obligation to respect and ensure all of the relevant rights. Nevertheless, the fact that realization over time, or in other words progressively, is foreseen under the Covenant should not be misinterpreted as depriving the obligation of all meaningful content. It is on the one hand a necessary flexibility device, reflecting the realities of the real world and the difficulties involved for any country in ensuring full realization of economic, social and cultural rights. On the other hand, the phrase must be read in the light of the overall objective, indeed the *raison d'être*, of the Covenant which is to establish clear obligations for States parties in respect of the full realization of the rights in question. It thus imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal. Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights



provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources.”
(Tradução livre do autor)

²¹ VILLUMSEN, Marie e JENSEN, Mads Holst. AAAQ and the right to water: contextualising indicators for availability, accessibility, acceptability and quality. Copenhagen (DEN) : The Danish Institute for Human Rights. 2014.

²² Alguns estudiosos, ativistas, instituições e organismos param a incluir mais uma letra A à sigla, que passou a ser chamada de AAAAQ. A única diferença é que o critério de qualidade passou a ser chamada de Qualidade Adequada (Adequate Quality). Assim, em português a sigla passaria a ser conhecida como DAAQA.

²³ Como exemplo, relacionado ao direito à saúde, vale consultar The AAAQ Toolbox: developing indicators on the right to health, apresentado pelo Danish Institute for Human Rights no Fórum Mundial Social de 2015.

Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/SForum/SForum2015/LenaKahler.pdf>. Acesso em 19/2/2018.

²⁴ De acordo com o Center for Economic and Social Rights. The OPERA Framework: Assessing compliance with the obligation to fulfil economic, social and cultural rights. pp. 6-11. Disponível em http://www.cesr.org/sites/default/files/the.opera_.framework.pdf. Acesso em 19/2/2018.

²⁵ OHCHR, Report on Indicators for Monitoring Compliance with International Human Rights Instruments, delivered to the Eighteenth Meeting of Chairpersons of the human rights treaty bodies (22 June 2006), U.n. doc. hRI/mc/2006/7, at paras. 2, 26 [herein ohchR, Indicators Report 2006].

²⁶ O acrônimo PANTHER refere-se “Participation, Accountability, Non-discrimination, Transparency, Human dignity, Empowerment and Rule of law”, ou seja, Participação, Responsabilização, Não-discriminação, Transparência, Dignidade humana, Empoderamento e Estado de Direito. Conforme <http://www.fao.org/right-to-food/areas-of-work/en/>. Acesso em 19/2/2018.

²⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales = Guidelines for preparation of progress indicators in the area of economic, social and cultural rights. Disponível em <http://www.cidh.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm>. Acesso em 19/2/2018.

²⁸ No original “framework”. O autor optou pela expressão “plataforma de trabalho” à tradução literal, “estrutura”, ante o uso recorrente daquela para se referir a uma metodologia aplicada.

²⁹ Resultados, Esforços quanto às Políticas Públicas, Recursos e Avaliação, em tradução livre.

³⁰ Idem, nota 25. pp. 13-30.



Os direitos econômicos, sociais e culturais e a dívida pública: sobre a importância da avaliação de impactos de reformas econômicas

Economic, social and cultural rights and public debt: importance of impact assessment of economic reforms

Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes

Defensor Público do Estado de São Paulo. Pós-doutor em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela USP.
rlmenezes@defensoria.sp.def.br

Resumo

O presente artigo analisa a relação entre os direitos econômicos, sociais e culturais e a dívida pública (interna e externa) e outras obrigações estatais, em especial a questão do impacto de crises e reformas econômicas sobre aqueles direitos. A principal fonte de pesquisa é o relatório do Perito Independente da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o impacto da dívida externa sobre os direitos humanos em que ele estabelece parâmetros para desenvolver as diretrizes para a análise deste impacto. Tais diretrizes apontam para técnicas de garantismo econômico, social e cultural. Ressalta-se a importância da institucionalização das análises sobre impacto de reformas econômicas e de obrigações da dívida pública sobre os direitos humanos, não só no âmbito internacional, mas também no âmbito interno.

Palavras-chave: Dívida pública. Garantismo. Direitos econômicos, sociais e culturais.

Abstract

This article analyzes the relationship between economic, social and cultural rights and public debt (internal and external) and other state obligations, especially the impact of crises and economic reforms on those rights. The main source of research is the report of the United Nations Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights, in which he establishes parameters for developing guidelines for the analysis of this impact. These guidelines point to techniques of economic, social and cultural guarantee. We highlight the importance of institutionalizing the analysis of the impact of economic reforms and public debt obligations on human rights, not only at the international level, but also at the internal level.

Keywords: *Public debt. Garantism. Economic, social and cultural rights.*



Introdução

Este artigo analisa a relação entre os direitos econômicos, sociais e culturais (doravante DESC) e a dívida pública/dívida externa e outras obrigações financeiras estatais. A principal fonte de pesquisa é o relatório do Perito Independente da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o impacto da dívida externa sobre os direitos humanos em que ele estabelece parâmetros para desenvolver as diretrizes orientadoras para a análise deste impacto. Esta análise tem importância decisiva para o desenvolvimento de técnicas jurídicas de efetivação dos DESC. Ferrajoli já indicou que “para a maior parte dos direitos sociais, nossa tradição jurídica não elaborou técnicas de garantia tão eficazes como as estabelecidas para os direitos de liberdade”¹. Pretende-se com este artigo indicar alguns caminhos para contornarmos esta situação.

O desafio do desenvolvimento de uma teoria garantista dos DESC sistemática está em trabalhar os fundamentos, a racionalidade, as garantias e a fenomenologia destes direitos. Neste artigo, busca-se contribuir para a análise do impacto da dívida pública e das reformas econômicas sobre os DESC. Aponta-se, assim, a tensão crescente e potencialmente explosiva entre o endividamento estatal e os DESC. Discute-se também como contextos de crise estrutural e as receitas vigentes para sua superação tendem a ampliar desigualdades e violações de direitos humanos, em específicos DESC.

Pretende-se, com tal análise, ressaltar a importância da institucionalização das análises sobre impacto da dívida externa sobre os direitos humanos, tanto no âmbito interno como no internacional.

Dívida Pública (Externa e Interna) e Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

A dívida pública é aquela contraída pelos governos para financiar suas despesas ou para alcançar objetivos de gestão econômica (controle o nível de atividade, crédito, consumo e câmbio). No dizer de Ricardo Lobo Torres, a dívida pública “abrange apenas os empréstimos captados no mercado financeiro interno ou externo, através de contratos assinados com os bancos e instituições financeiras ou do oferecimento de títulos ao público em geral”².

A dívida pode ser interna ou externa, a depender se o endividamento é contratado com pessoas jurídicas ou físicas do país ou do exterior. O critério é, portanto, para distinguir entre dívida interna e externa, é o da sede do credor. Estes credores em geral são bancos públicos ou privados, mas também pessoas físicas, instituições financeiras internacionais e outros países.

A dívida pública pode gerar graves violações de direitos humanos caso não seja sustentável. Como avaliar os níveis adequados da dívida pública é um dos desafios que se impõem na análise em questão. No Brasil, por exemplo, os juros pagos pela dívida pública em 2016 foram de R\$ 1.130.149.667.981,00 (um trilhão, cento e trinta bilhões, cento e quarenta e nove milhões, seiscentos e sessenta e sete mil, novecentos e oitenta e um reais), ou 3,1 bilhões de reais por dia. Em 2017, o valor pago em juros foi de R\$ 986.110.833.381,00, ou 2,7 bilhões de reais por dia. Nas previsões das leis orçamentárias anuais de 2016 e 2017, a porcentagem do orçamento geral da União comprometidos com as despesas com a dívida pública foram,



respectivamente, de 29,01% e de 27%³. É dizer, mais de ¼ do orçamento federal é destinado ao refinanciamento da dívida pública federal (interna e externa).

Esta situação se dá sem que tenha ocorrido a auditoria da dívida pública, imposta pelo artigo 26 dos ADCT, CF:

Art. 26. No prazo de um ano a contar da promulgação da Constituição, o Congresso Nacional promoverá, através de Comissão mista, exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro.

§ 1º A Comissão terá a força legal de Comissão parlamentar de inquérito para os fins de requisição e convocação, e atuará com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

§ 2º Apurada irregularidade, o Congresso Nacional proporá ao Poder Executivo a declaração de nulidade do ato e encaminhará o processo ao Ministério Público Federal, que formalizará, no prazo de sessenta dias, a ação cabível.

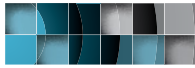
Realmente, uma Comissão Parlamentar de Inquérito foi criada na Câmara dos Deputados em 2008⁴ e teve por objetivo “investigar a dívida pública da União, Estados e Municípios, o pagamento de juros da mesma, os beneficiários destes pagamentos e o seu impacto nas políticas sociais e no desenvolvimento sustentável do País”. No entanto, ela se desviou logo da noção de auditoria da dívida externa e fixou a atenção na discussão sobre políticas alternativas de governo para dívida, juros e câmbio⁵.

Atualmente, o Tribunal de Contas da União tem papel de auditar a dívida pública federal (CF, art. 71, Lei nº 8.443/92). O relatório da CPI acima indicada apontou informação do TCU das atividades até então realizadas neste íterim: “ i) avaliação da gestão da dívida pública federal; ii) auditoria de análise dos riscos de gestão e operacionais; iii) avaliação da composição da dívida líquida, em que foram examinados os ativos e os haveres da União; iv) verificação específica quando da migração da responsabilidade do Banco Central, em relação à dívida externa, para o Tesouro Nacional; v) auditoria sobre a dívida contratual externa, para avaliar a aplicação dos recursos e seu custo efetivo; vi) verificação da pertinência e exatidão do cálculo do resultado primário pela variação da dívida pública (‘abaixo da linha’)

Outrora, em 2004, a Ordem dos Advogados do Brasil ingressou no STF com a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 59, requerendo o cumprimento do referido dispositivo constitucional para que o Congresso Nacional proceda ao exame analítico de todos os atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro. A ADPF foi distribuída ao ministro Carlos Ayres Brito. Não foi apresentado voto até a aposentadoria deste, passando a relatoria ao Ministro Roberto Barroso. Até a presente data o processo aguarda apreciação na Corte Suprema.

Analisando aquele relatório de 2010 da CPI da Câmara dos Deputados, nenhuma menção há aos direitos humanos. Apenas no voto em separado do Deputado Ivan Valente se menciona o descumprimento de direitos sociais previstos na CF e nos tratados internacionais:

Em 2009, os juros e amortizações da dívida pública consumiram 35,57% do orçamento federal (mesmo excluindo-se a “rolagem”), enquanto foram destinados menos de 3% para educação, menos de 5% para saúde, e percentuais mínimos para as demais áreas sociais fundamentais. Isto caracteriza grave inconstitucionalidade, configurando, ainda, ilícito internacional, em violação direta aos dispositivos enunciados nos artigos 3º,



III, 6º, 196, 198, 205 e 212 da Constituição Brasileira, bem como nos artigos 2º, 11, 12 e 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais e nos artigos 1º, 10, 13 do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos sociais, ambos ratificados pelo Estado Brasileiro.

Já na mencionada ação da OAB em trâmite no STF, a causa de pedir remota apoiou-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como no objetivo da República Federativa do Brasil de erradicação da pobreza. A própria ação manejada é típico instrumento para proteção de direitos humanos fundamentais - a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Nesta ação, o STF tem a chance de relacionar as obrigações financeiras estatais à promoção e observância dos direitos humanos, em especial dos DESC.

Realmente, é preciso aprofundar esta abordagem que analisa o impacto da dívida pública - e de outras medidas econômicas - sobre os direitos humanos, em especial sobre os DESC. Obviamente, tal aprofundamento não deve se restringir ao Judiciário, na figura do STF, devendo ser objeto de preocupação do Executivo, do Legislativo e de todos os órgãos de controle e garantia de direitos. Como diriam os positivistas clássicos, a questão do impacto da dívida pública nos DESC é mais de inefetividade estrutural do que de inefetividade contingente⁶. De qualquer modo, uma dívida pública não sustentável implica, não raro, a imposição de disciplina financeira e fiscal aos Estados devedores que ameaçam diretamente os DESC. Os parâmetros básicos para evitar violação de direitos estão sendo sendo delineados pelo Perito Independente da ONU sobre o impacto da dívida externa e de outras obrigações financeiras sobre os direitos humanos.

O Perito Independente é um órgão extraconvencional da ONU, parte do Sistema de Procedimentos Especiais do Conselho de Direitos Humanos⁷. O mandato do perito envolve a avaliação dos efeitos sobre os direitos humanos, em especial sobre os DESC, da dívida externa e das políticas aplicadas em razão desta - é dizer, das políticas, em geral políticas econômicas de contenção de despesas, a que o país se compromete perante os credores para pagar as dívidas. Obrigações não raro assumidas são cortes de gastos nas áreas sociais, privatizações, restrição das aposentadorias e da seguridade social em geral, reformas trabalhistas flexibilizadoras⁸.

Assim, o Perito Independente em questão avalia o impacto da dívida externa e de outras obrigações financeiras sobre a capacidade do Estado de implementar políticas públicas para a promoção dos DESC, bem como avalia as medidas adotadas por credores internacionais e por agências multilaterais para que as dívidas não comprometam a capacidade estatal de investimento, em especial nos países pobres e endividados.

Além disso, o perito pretende desenvolver, com a participação de todos os interessados, parâmetros mínimos para a avaliação do impacto da dívida externa e de outras obrigações financeiras sobre os direitos humanos, inclusive com vistas à realização dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Outro importante mandato conferido ao Perito, mas que não será objeto deste estudo, é a consideração dos impactos dos fluxos financeiros ilícitos sobre os direitos humanos.

O Perito tem a prerrogativa de, com o suporte do Alto Comissariado da ONU para os direitos humanos, realizar visita a países, atuar em casos individuais enviando Comunicações



aos Estados; realizar estudos temáticos e convocar outros peritos ou especialistas. Atualmente, exerce a função de Perito Independente o Sr. Juan Pablo Bohoslavsky.

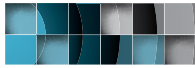
De fato, não é novidade a discussão de parâmetros para a proteção de direitos humanos em razão de obrigações financeiras impostas aos Estados endividados. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais abordou a questão em 1990 no seu Comentário Geral n. 2, sobre medidas de assistência técnica internacional⁹. No entanto, apesar de muitas violações de direitos humanos em decorrência de crises econômicas serem bem documentadas, as medidas tomadas pelos Estados para solucionar estas crises falham frequentemente em adotar uma abordagem de direitos humanos e em viabilizar transparência e participação popular, em especial das pessoas mais vulneráveis.

No Brasil, por exemplo, a Plataforma de Direitos Humanos Dhesca Brasil tem atuado na avaliação de possíveis impactos que a PEC do Teto de Gastos Sociais (Emenda Constitucional n° 95) terá nos próximos anos. A plataforma instituiu uma relatoria especial sobre as consequências da política de austeridade e congelamento do investimento público. Investigou-se os impactos da política econômica adotada pelo governo brasileiro a partir de 2014 sobre os direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais, bem como possível aumento das desigualdades econômicas e sociais no país, envolvendo as referentes a gênero, raça, campo/cidade, geracionais e entre regiões do país. O relatório recomendou, para evitar violações de DESC, dentre outras medidas, a realização de um referendo sobre a EC 95. Esta posição foi reafirmada pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) na recomendação n° 7/2017. Na esfera internacional, dois relatores da ONU já haviam expressado preocupação com a EC 95 quando ela ainda estava em votação no Congresso Nacional: Philip Alston, relator especial da ONU para extrema pobreza e direitos humanos, Philip Alston, e Boly Barry, relatora para o direito à educação¹⁰.

Não há uma relação direta entre endividamento estatal e desrespeito a DESC. Os Estados se valem de endividamento para financiar suas políticas e estas podem estar comprometidas com estes direitos. Em momentos de crise econômica, as dívidas estatais devem ser colocadas também em discussão, com repactuações que se baseiem no princípio da progressividade - os mais pobres devem responder em menor medida pela crise do que aqueles que têm mais poder econômico. Assim, dívidas públicas (internas e externas) repactuadas devem impor aos governos medidas que observem este princípio. Por meio da observância do princípio da progressividade os DESC tendem a estar mais bem resguardados em contextos de crise econômica.

Garantismo Econômico, Social e Cultural e os imperativos de proteção e salvaguarda dos direitos humanos

O garantismo econômico, social e cultural é uma teoria normativa que preconiza e desenvolve as técnicas para a efetivação dos DESC, substantiva e processualmente. Importante anotar que, numa perspectiva garantista, há indivisibilidade entre direito e garantia, entre direito e mecanismos de tutela. A todo direito positivado deve corresponder uma técnica de exigibilidade.



As estratégias possíveis para a exigibilidade dos direitos sociais foram discutidas, por exemplo, por ABRAMOVICH e COURTIS¹¹. Estes autores apontam a existência de obrigações estatais e estratégias de exigibilidade que nada mais são que técnicas garantistas. Dentre as obrigações estatais, apontam as obrigações de adotar medidas imediatas, a de efetivar níveis essenciais de proteção e a de progressividade associada a uma proibição de retrocesso. Dentre as estratégias de exigibilidade, se encontram os meios de exigibilidade judicial direta e indireta. Sobre tais estratégias, anotei alhures que se deve atentar “não apenas a justiciabilidade, mas também a oponibilidade do direito, é dizer, as técnicas para pleitear direitos à administração pública, àqueles órgãos diretamente incumbidos de realizar a prestação estatal”¹².

Não se entrará aqui na discussão sobre os fundamentos e a racionalidade dos DESC¹³. Importa aqui, quanto às garantias, buscar delimitar se há normas nacionais e internacionais adequadas para evitar que o endividamento público e que medidas de austeridade impactem negativamente os direitos humanos. É notório que este não é o caso, uma vez que, regra geral, medidas de austeridade atingem as parcelas mais vulneráveis da população, preservando os setores dominantes e a reprodução do capital. Assim, é necessário buscar parâmetros básicos que orientem o Estado a regular, prestar ou abster-se adequadamente quanto aos DESC em contextos de crise e de reajustes estruturais. Mais do que isso, é necessário que estes reajustes se orientem pela plena realização de direitos humanos. No mais, a fenomenologia da falta de efetividade dos DESC em contextos de crises ou de implementação de políticas de austeridade será apenas exemplificada, não se adentrando em seus detalhes neste estudo.

No relatório “Development of guiding principles for assessing the human rights impact of economic reform policies”, o Perito Independente da ONU aponta para a necessidade de que eventuais programas de reforma econômica e ajuste fiscal sejam guiados por imperativos de proteção e salvaguarda dos direitos humanos¹⁴. Sua análise parte dos impactos da crise financeira mundial de 2007-2008, considerada a pior crise desde a Grande Depressão. Segundo o Perito:

Uma década depois, [a crise de 2007-08] continua a cobrar um preço através da austeridade fiscal que diminui a recuperação e reduz o alcance da transformação econômica e social que é necessária para gerar sociedades mais inclusivas e baseadas em direitos, com acesso ao trabalho digno, serviços sociais e proteção social para todos¹⁵.

Segundo o Perito, a “hiperglobalização” potencializou os efeitos da crise. Realmente, a economia mundial é mais interligada e interdependente hoje do que nunca. A manutenção dos alicerces econômicos depende de vários centros de poder. Igualmente, as crises em um dos pontos podem se alastrar rapidamente e afetar muitos países. O potencial grande alcance destas crises aumenta a importância de uma perspectiva de preservação e promoção de direitos humanos. Esta perspectiva de direitos humanos tem duas finalidades: prevenir crises futuras¹⁶ e evitar que, durante uma crise, medidas de austeridade sejam desproporcionalmente impostas sobre os mais vulneráveis¹⁷.

Em razão da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, não apenas os DESC são comprometidos em momentos de crise:



Mecanismos internacionais e regionais de proteção de direitos humanos têm apontado que os cortes orçamentários em vários países afetaram os direitos a saúde, educação, alimentação, moradia, seguridade social, água, bem como direitos civis e políticos, como o acesso à justiça, o direito à participação, as liberdades de expressão, reunião e associação. Também resultaram em piores condições de encarceramento...¹⁸

Para enfrentar esta situação é que o Perito vem desenvolvendo métodos para avaliar o impacto das crises sobre os direitos humanos, impondo uma verdadeira “diligência devida com os direitos humanos”¹⁹. Trata-se de princípio básico a ser incorporado ao rol das técnicas do garantismo econômico, social e cultural. Esta avaliação é importante não apenas para os Estados, mas também para instituições financeiras internacionais, que igualmente estão obrigadas a respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, é dizer, devem adequar-se ao que dispõe a Declaração Universal de Direitos Humanos e os Tratados Internacionais de direitos humanos, isto porque aquelas são normas internacionais costumeiras²⁰.

Assim, pode-se apontar como elementos mínimos de respeito aos DESC em momentos de crise, verdadeiras técnicas garantistas: a proibição de afronta ao núcleo essencial destes direitos; a proibição de retrocesso²¹; a observância do princípio da não discriminação; a participação popular.

Quanto à proibição de retrocesso, admitindo que há contextos de grave crise social em que medidas regressivas são necessárias, o Perito Independente aponta condições para tais medidas:

- (a) Temporárias, na medida em que têm vigência apenas pelo tempo necessário;
- (b) Legítimas, com o objetivo final de proteger a totalidade dos direitos humanos;
- (c) Necessárias, na medida em que devem ser justificáveis após a consideração mais cuidadosa de todas as outras alternativas menos restritivas;
- (d) Razoáveis, na medida em que os meios escolhidos sejam os mais adequados e capazes de alcançar o objetivo legítimo;
- (e) Proporcionais, no sentido de que a adoção de qualquer outra política ou falta de ação seria mais prejudicial ao gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais;
- (f) Não discriminatórias e com o condão de mitigar as desigualdades que podem surgir em tempos de crise; e que garantam que os direitos dos indivíduos e grupos desfavorecidos e marginalizados não sejam afetados desproporcionalmente;
- (g) Protetoras do núcleo essencial dos direitos econômicos, sociais e culturais; que sejam baseadas na transparência e na participação genuína dos grupos afetados na análise das medidas e alternativas propostas;
- (h) Sujeitas a procedimentos de revisão e de responsabilização.²²

Deve-se frisar que o Perito Independente tem conduzido os trabalhos para o fim de desenvolver os Princípios para Avaliação do Impacto de Reformas Econômicas Sobre os Direitos Humanos. Com isso, ele não pretende criar obrigações legais internacionais, mas realçar as normas existentes e suas implicações para os Estados e instituições financeiras no



contexto de reformas econômicas²³. Em suas palavras, “o desafio é garantir que uma perspectiva de direitos humanos se torne parte integrante da formulação de políticas econômicas”²⁴.

Uma Avaliação de Impacto deve envolver diversos instrumentos de análise, como “análise de impacto distributivo, análise de incidência de benefícios, análise de incidência fiscal e ferramentas similares de análise de impacto que podem modelar quem... se beneficia dos serviços estatais; o impacto dos cortes projetados nas taxas de pobreza, consumo e renda, entre outros; e estratégias adaptativas potenciais”²⁵. Porém, nem todo impacto sobre os direitos humanos pode ser medido por indicadores quantitativos (como taxas de pobreza, renda ou desemprego), razão pela qual também se faz necessária a análise quantitativa, que se baseia no conteúdo normativo dos direitos humanos²⁶.

O Perito reconhece que reformas econômicas não são por si só problemáticas com relação aos direitos humanos. Ao contrário, tais reformas podem mesmo realizar melhor os direitos humanos. Mas são as normas mesmo de direitos humanos que estabelecem os parâmetros de avaliação sobre se o “processo e a substância das medidas de reforma econômica estão alinhados” com estes direitos²⁷.

Assim, o Perito entende que uma avaliação de impacto deve incluir:

- (a) revisão de todas as opções políticas para enfrentar uma crise, incluindo medidas anticíclicas; (b) análise de como as mudanças políticas e os cortes orçamentários propostos e outras medidas de ajuste provavelmente afetarão a população, em particular os grupos mais vulneráveis - usando uma variedade de ferramentas quantitativas e qualitativas; (c) análise da extensão em que mudanças orçamentárias, políticas, legislativas e outras podem contribuir para cumprir as obrigações de direitos humanos do Estado ou potencialmente prejudicá-las; e (d) uma lista (não exaustiva) de medidas preventivas ou atenuantes a serem tomadas para responder à análise que estejam de acordo com as obrigações de direitos humanos do governo.²⁸

Deve-se ressaltar ainda a importância sobre quem realiza a avaliação. De fato, conhecimentos envolvidos na análise e potenciais conflitos de interesse devem ser atentamente observados. O Perito não aponta uma solução ótima para a questão de quem realiza a avaliação e indica que pode haver problemas em qualquer escolha - órgãos estatais como Ministérios, Comissões Legislativas, Tribunal de Contas ou Defensoria Pública, ou organizações da sociedade civil. A importância dos critérios para a avaliação está também em diminuir os possíveis problemas e conflitos de interesse de quem faz a análise. Ademais, é importante que o “desenho e a implementação do procedimento [de avaliação de impacto]” estejam “baseados nos princípios da transparência e da participação inclusiva”²⁹.

O Perito indica que as diretrizes orientadoras da avaliação de impacto devem partir da premissa de que a administração fiscal e econômica são funções e responsabilidades governamentais e que reformas econômicas devem fortalecer e ajustar sistemas de proteção social, não desmantelá-los.

Por fim, o perito conclui que as diretrizes orientadoras da avaliação de impacto da dívida pública e de reformas econômicas sobre os direitos humanos deveriam:

- (a) Reconhecer que a gestão de assuntos econômicos e fiscais é uma função central do governo, ao mesmo tempo em que ressalta as obrigações dos Estados e das instituições financeiras internacionais de assegurar que suas



políticas de reforma econômica e condicionalidades em matéria de apoio financeiro respeitem os direitos humanos;

(b) Basear-se nas normas existentes de direitos humanos relativas a direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos nos níveis internacional e regional, incluindo tratados internacionais fundamentais sobre direitos humanos, sua interpretação oficial em comentários gerais, declarações, decisões, princípios orientadores, conclusões observações e recomendações emitidas por mecanismos internacionais de direitos humanos;

(c) Definir o quadro normativo que emergiu do extenso trabalho realizado até a data em relação aos direitos humanos e à crise financeira e fornecer orientações específicas sobre como aplicar este quadro. Isso deve incluir orientações específicas sobre a avaliação das políticas de reforma econômica com vistas a: (i) identificar impactos positivos nos direitos humanos; (ii) prevenir ou mitigar os impactos adversos no gozo dos direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos; (iii) identificar e prevenir potenciais violações das obrigações mínimas essenciais relacionadas a direitos econômicos, sociais e culturais; (iv) examinar as medidas de reforma econômica contra os impactos discriminatórios na lei e na prática que são incompatíveis com o direito internacional dos direitos humanos; (v) identificar o retrocesso inadmissível de direitos econômicos, sociais e culturais; e (vi) esclarecer as circunstâncias em que certas medidas regressivas podem ser justificáveis, baseadas nos princípios de necessidade, proporcionalidade, legitimidade e razoabilidade [acrescentemos também o princípio da progressividade, acima indicado];

(d) Ser aplicável a diferentes circunstâncias no contexto de crises financeiras agudas, em tempos econômicos menos desafiadores, em países em desenvolvimento e em economias altamente avançadas;

(e) Assegurar a consideração imediata de várias alternativas políticas, além de medidas de austeridade, em resposta a restrições fiscais;

(f) Complementar as análises de sustentabilidade da dívida com vistas a integrar impactos sobre os direitos humanos e sustentabilidade social na avaliação;

(g) Proporcionar orientação e referências a abordagens analíticas que possam tornar visíveis os possíveis impactos das medidas de reforma e mostrar como o ônus do ajuste é compartilhado entre os diferentes estratos de renda, gênero, idade e diferentes grupos sociais, incluindo os mais marginalizados;

(h) Assegurar que a avaliação dos impactos em direitos humanos seja baseada em dados qualitativos e quantitativos, desagregados por gênero, deficiência, faixa etária, região, etnia e outros fundamentos relevantes, com base em uma apreciação contextual em nível de país dos grupos de risco. de marginalização;

(i) Fornecer orientação específica para a realização de avaliações de impacto acumuladas e baseadas em direitos de várias reformas que são implementadas em paralelo como parte de pacotes de consolidação fiscal, como a tributação e a reforma da despesa pública, para que o impacto mais amplo sobre os detentores de direitos e grupos específicos em risco podem ser avaliados; [[desafio de integração de áreas jurídicas que não são consideradas]]

(j) Estabelecer um padrão internacional e uma estrutura para conduzir avaliações de impacto de direitos humanos de políticas de reforma econômica que possam ser ajustadas às necessidades específicas de departamentos governamentais, órgãos consultivos, comitês parlamentares, instituições nacionais de direitos humanos, instituições financeiras internacionais e direitos humanos internacionais. mecanismos, instituições acadêmicas ou organizações da sociedade civil;

(k) Incluir sugestões sobre como integrar as avaliações de impacto sobre os



direitos humanos nas metodologias de avaliação existentes que governos, instituições financeiras internacionais e outros órgãos já podem estar usando;

(l) Considerar a melhor maneira de realizar uma avaliação de impacto sobre os direitos humanos, a fim de assegurar que os resultados possam efetivamente informar as decisões políticas, ao mesmo tempo em que aborda a independência e a credibilidade da avaliação realizada;

(m) Estabelecer os critérios a serem atendidos pela equipe de avaliação;

(n) Fornecer orientação sobre como garantir a participação significativa de todas as partes interessadas relevantes e indivíduos e grupos afetados, incluindo mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência, migrantes, minorias e outros grupos em risco de vulnerabilidade, tais como povos indígenas, refugiados e deslocados internos;

(o) Estabelecer os padrões de transparência e prestação de contas quando da realização da avaliação de impacto e para a publicação e comunicação de informações e avaliação;

(p) Recomendar que as avaliações de impacto sobre direitos humanos sejam instituídas e realizadas regularmente, antes, durante e após a implementação de reformas econômicas que possam potencialmente causar impactos adversos significativos aos direitos humanos, e facilitar as obrigações de relatório dos Estados ao Comitê de Assuntos Econômicos. Direitos sociais e culturais.

Estas diretrizes certamente somam na construção de instrumentos para a avaliação de impacto de crises econômicas sobre os DESC. Trata-se de instrumentos necessários para que se avance no estabelecimento de técnicas de garantia tão eficazes como aquelas estabelecidas para os “direitos de liberdade”.

Conclusões

A observância de direitos econômicos, sociais e culturais é um desafio para as economias capitalistas em momentos de crise econômica e de insustentabilidade da dívida pública. O poder econômico tende a se proteger e a pressionar o Estado para que a conta seja paga pelos estratos populacionais mais vulneráveis, aqueles que vendem sua força de trabalho - e a venderão mais barata em caso de menor proteção de DESC - para a produção das riquezas sociais. O acesso ao próprio trabalho tem sido colocado em cheque em muitos lugares em razão do aumento de produtividade da economia capitalista, exigindo fortalecer ainda mais os mecanismos de proteção social. Esta exigência é incontornável para sociedades orientadas à proteção de direitos.

No Brasil, o segundo governo Dilma Rousseff iniciou duras reformas econômicas baseadas na austeridade fiscal, reformas que tiveram continuidade no governo Michel Temer. Há diversos sinais no Brasil de que a deterioração econômica tem levado a retrocessos e violações de DESC - o mais concreto deles é a mencionada EC 95, que congela gastos públicos em saúde e educação. Isto tende a ocorrer, primeiro, porque os avanços sociais dos últimos anos se basearam menos em implementação de DESC por meio de consolidação de serviços públicos eficientes do que em expansão do consumo das famílias mais pobres, inclusive do “consumo” de serviços de saúde e de educação. Segundo, porque não é raro se considerar que os DESC são custosos demais e são parte das causas da crise. Nada mais equivocado. Esta visão tem sido discutida inclusive pelas instituições financeiras internacionais³⁰. De fato, estas instituições têm



buscado estabelecer diretrizes para reduzir o impacto sobre os mais pobres das reformas econômicas. Por diversas razões, tais diretrizes não tiveram a efetividade esperada (a respeito, vide A/71/305 e A/HRC/23/37). Esta efetividade não é alcançada em razão dos imperativos estruturais dos capitais que, em momentos de crise, buscam proteger-se imediatamente, inclusive por meio de sacrifícios das políticas sociais estatais.

Assim, aponta-se a importância da institucionalização das análises sobre impacto da dívida externa sobre os direitos humanos, tanto no âmbito interno como no internacional. Na seara internacional, a criação do Perito Independente pela ONU deu um passo importante neste sentido. Este Perito tem buscado justamente estabelecer diretrizes de avaliação de impacto de reformas econômicas sobre direitos humanos para assegurar que obrigações de dívidas públicas (internas e externas) não prejudiquem direitos consagrados nos instrumentos internacionais, em especial de populações mais vulneráveis. No âmbito externo, tanto entidades da sociedade civil, como órgãos estatais (do Executivo, Legislativo, Tribunais de Contas, IBGE e Defensoria Pública) deveriam aprofundar sua atuação na tutela de DESC por meio da realização de avaliação de impacto de reformas econômicas e outras obrigações financeiras sobre estes direitos.

Referências

ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a dívida pública da União, Estados e Municípios, o pagamento de juros da mesma, os beneficiários destes pagamentos e o seu impacto nas políticas sociais e no desenvolvimento sustentável do País*. Relator Deputado Pedro Novais. Maio de 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O direito constitucional como ciência de direcção - O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da 'constituição social')*. In CANOTILHO, José Joaquim gomes, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves, CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MENEZES, Rafael. *Lineamentos do Garantismo Habitacional: Casa Primeiro no Contexto de Crise da Noção de Planejamento e Direção Estatal*. São Paulo: Lumen Juris, 2018.



MENEZES, Rafael. O Programa Casa Primeiro como Técnica Jurídica de Garantismo Habitacional e sua Positivização no Direito Português. No prelo.

MENEZES, Rafael. Direitos do Arrendatário à luz do Garantismo Habitacional no Brasil e em Portugal”. No prelo.

ONU, Relatório do Perito Independente da Organização das Nações Unidas sobre o impacto da dívida externa sobre os direitos humanos, A/HRC/37/54, 20 de dezembro de 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹ L. Ferrajoli, El derecho como sistema de garantías, p. 24, apud V. ABRAMOVICH, C. COURTIS, Los Derechos Sociales como derechos exigibles, 2002, p. 40-41.

² R. LOBO TORRES, Curso de Direito Financeiro e Tributário, 2003, p. 195.

³ Vide leis 13.255/2016 e 13.414/2017. A primeira estimou receita de R\$ 3.050.613.438.544,00, sendo que a receita para refinanciamento da dívida pública federal era de R\$ 885.000.330.304,00. A segunda estimou receita total de R\$ 3.505.458.268.409,00 e R\$ 946.407.726.665,00 para o refinanciamento da dívida pública federal.

⁴ A CPI foi criada em 8/12/2008, pelo Requerimento de Instituição de CPI nº 8, do mesmo ano, do Deputado Ivan Valente. A CPI foi instalada em 19/8/2009.

⁵ Lê-se no relatório final do Deputado Pedro Novais que “Entre auditar a dívida pública, predominantemente externa, do século XX, e o aprofundamento dos debates sobre políticas alternativas de governo para dívida, juros e câmbio, prevaleceu a segunda via. A comissão parlamentar de inquérito assumiu cada vez mais um caráter informativo, para aprofundamento do assunto e a formulação de recomendações”.

⁶ L. FERRAJOLI, *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*, 2011, p. 115, afirma que é possível distinguir dois tipos de inefetividade dos direitos: “uma inefetividade contingente, consequente à violação, por obra de atos inválidos ou ilícitos, das suas garantias; e uma inefetividade estrutural, consequente à falta de garantias e das relativas funções e instituições, por causa da omissa produção das leis de atuação”. E entende o autor italiano que “a inefetividade contingente é sempre reparável por meio da intervenção judiciária (...) A inefetividade estrutural, ao contrário, é irreparável pela via judiciária e requer sempre a intervenção do legislador. Ela se manifesta, de fato, na indébita omissão, que somente o legislador pode (e deve) reparar, da legislação de atuação necessariamente requerida pela estipulação constitucional de qualquer direito fundamental”.

⁷ Resolução 25/16, A/HRC/RES/25/16.

⁸ Como se vê em ONU, Relatório do Perito Independente da Organização das Nações Unidas sobre o impacto da dívida externa sobre os direitos humanos, A/HRC/37/54, 20 de dezembro de 2017, p. 4, quando a legislação trabalhista se torna mais flexível, as mulheres são as primeiras a serem atingidas. Ver também A/HRC/34/57 (Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of human rights, particularly economic, social and cultural rights).

⁹ Diz o Comentário Geral n. 2, par. 9: “A matter which has been of particular concern to the Committee in the examination of the reports of States parties is the adverse impact of the debt burden and of the relevant adjustment measures on the enjoyment of economic, social and cultural rights in many countries. The Committee recognizes that adjustment programmes will often be unavoidable and that these will frequently involve a major element of austerity. Under such circumstances, however, endeavours to protect the most basic economic, social and cultural rights become more, rather than less, urgent. States parties to the Covenant, as well as the relevant United Nations agencies, should thus make a particular effort to ensure that such protection is, to the maximum extent possible, built-in to programmes and policies designed to promote adjustment. Such an approach, which is sometimes referred to as “adjustment with a human face” or as promoting “the human dimension of development” requires that the



goal of protecting the rights of the poor and vulnerable should become a basic objective of economic adjustment. Similarly, international measures to deal with the debt crisis should take full account of the need to protect economic, social and cultural rights through, *inter alia*, international cooperation. In many situations, this might point to the need for major debt relief initiatives.”

¹⁰ <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21006>.

¹¹ V. ABRAMOVICH, C. COURTIS, *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*, 2002.

¹² Desenvolvo o tema do garantismo em R. MENEZES, *Lineamentos do Garantismo Habitacional: Casa Primeiro no Contexto de Crise da Noção de Planejamento e Direção Estatal*, 2018, e em R. MENEZES, *O Programa Casa Primeiro como Técnica Jurídica de Garantismo Habitacional e sua Positivção no Direito Português*, no prelo.

¹³ Como apontei em R. MENEZES, *Lineamentos do Garantismo Habitacional: Casa Primeiro no Contexto de Crise da Noção de Planejamento e Direção Estatal*, 2018, “Uma teoria compreensiva de garantismo social deveria identificar ao menos os fundamentos, a racionalidade, as garantias e a fenomenologia dos direitos sociais (...) A identificação daqueles quatro vetores conforma um quadro geral das garantias de direitos sociais, cuja função última é diminuir a disparidade entre normatividade e efetividade. Este é o grande desafio da ciência jurídica atual, envolta numa crise de legitimidade parelha à crise da noção de planejamento e direção estatal”.

¹⁴ Diz o Relatório do Perito Independente da Organização das Nações Unidas sobre o impacto da dívida externa sobre os direitos humanos, A/HRC/37/54, 20 de dezembro de 2017, p. 8, que “Os direitos humanos não determinam as medidas políticas específicas que os Estados devem tomar em resposta a crises ou outros estresses financeiros. Os Estados têm o poder discricionário para selecionar e adotar medidas políticas de acordo com suas específicas circunstâncias econômicas, sociais e políticas. No entanto, essa discricção não está sem limites; O ajuste fiscal deve ser projetado de acordo com direitos humanos substantivos e processuais específicos, que desencadeiam determinadas redes que não devem ser cruzadas”.

¹⁵ ONU, Relatório do Perito Independente da Organização das Nações Unidas sobre o impacto da dívida externa sobre os direitos humanos, A/HRC/37/54, 20 de dezembro de 2017, p. 3.

¹⁶ Neste sentido, aponta o Perito Independente que reformas deveriam “proteger e promover a realização de direitos econômicos e sociais por meio de investimentos em pessoas, tornando-se mais sustentáveis no médio prazo” - ONU, Relatório do Perito Independente da Organização das Nações Unidas sobre o impacto da dívida externa sobre os direitos humanos, A/HRC/37/54, 20 de dezembro de 2017, p. 3.

¹⁷ O Perito aponta, por exemplo, respostas anticíclicas às crises econômicas e investimentos no desenvolvimento social como meios que podem levar a superar as restrições fiscais cegas aos direitos humanos.

¹⁸ ONU, Relatório do Perito Independente da Organização das Nações Unidas sobre o impacto da dívida externa sobre os direitos humanos, A/HRC/37/54, 20 de dezembro de 2017, pp. 3-4.

¹⁹ *Idem*, p. 9.

²⁰ *Idem*, p. 8.

²¹ Também chamada por J. J. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 1993.p. 468-469 de proibição da “contra-revolução social” ou da “evolução reaccionária”: “Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo... O reconhecimento desta protecção de «direitos prestacionais de propriedade», subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e expectativas subjectivamente alicerçadas. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada «justiça social» (assim, por ex., será inconstitucional uma lei que reduza o âmbito dos cidadãos com direito a subsídio de desemprego e pretenda alargar o tempo de trabalho necessário para a aquisição do direito à reforma)”.

²² ONU, Relatório do Perito Independente da Organização das Nações Unidas sobre o impacto da dívida externa sobre os direitos humanos, A/HRC/37/54, 20 de dezembro de 2017, p. 9.

²³ *Idem*, p. 10.



²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem*, p. 13. Anota o perito: “O objetivo e os passos para a realização de uma avaliação de impacto sobre os direitos humanos com base em abordagens clássicas de avaliação de impacto estão bem estabelecidos. Eles incluem (a) preparação e triagem de possíveis impactos sobre os direitos humanos em consulta com os grupos afetados; (b) definição de escopo; (c) coleta de evidências e coleta de dados usando métodos qualitativos e quantitativos; (d) análise de impactos; (e) formulação de recomendações destinadas a prevenir impactos adversos nos direitos humanos ou assegurar que sejam mitigados; (f) relato e apresentação de resultados; e (g) avaliação e monitoramento contínuos dos impactos reais.”

²⁶ *Idem*, p. 14.

²⁷ *Idem*, p. 16.

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ O FMI (Fundo Monetário Internacional), por exemplo, recentemente lançou um relatório sobre proteção social. Vide <http://www.ieo-imf.org/ieo/pages/EvaluationImages279.aspx>. Não obstante a preocupação com o tema, este relatório não deixou de ser objeto de críticas, inclusive por parte do atual Perito Independente, Juan Pablo Bohoslavsky, que questionou a falta de um exame sobre se as recomendações e as condicionantes para concessão de empréstimos do Fundo seriam adequadas para proteger efetivamente o direito à segurança social de indivíduos e grupos em situações de vulnerabilidade. Vide http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/Open_Letter_IMF_21Dec2017.pdf.



O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU rumo à terceira década do século XXI

The Committee on Economic, Social and Cultural Rights of UN towards the third decade of twenty-first century

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Membro do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU
Ph.D. em Direito Internacional e Relações Internacionais
rzrleao@uol.com.br

Resumo

O CDESC (Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas) é o órgão internacional encarregado de supervisionar o cumprimento, pelos Estados Partes, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Este tratado internacional contempla direitos como: trabalho, sindicalização, moradia digna, saúde, educação, cultura, transporte, saneamento básico e outros. Todos estes deverão ser cumpridos pelos Estados Partes à luz do princípio da igualdade e da não discriminação. Com a entrada em vigor do Protocolo Facultativo ao PIDESC em maio de 2013, materializa-se a possibilidade de que o Comitê receba e decida acerca de denúncias individuais apresentadas pela cidadania de seus Estados Partes.

Palavras-Chaves: Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Organização das Nações Unidas. Denúncia Individual.

Abstract

The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) of United Nations is the international treaty body responsible for overseeing the implementation by States Parties of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). This international human rights treaty body includes rights such as: work, unionization, decent housing, health, education, culture, transportation, basic sanitation and others. All these must be fulfilled by States Parties in the light of the principle of equality and non-discrimination. With the entry into force of the Optional Protocol to the ICESCR in May 2013, the possibility of receiving and deciding on individual complaints submitted by the citizens of its States Parties materializes.

Key-Words: Committee on Economic, Social and Cultural Rights. United Nations Organization. Individual Complaint.



O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (CDESC) é o órgão internacional encarregado de supervisionar o cumprimento, pelos Estados Partes, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Senão ainda, com a entrada em vigor do Protocolo Facultativo ao PIDESC em maio de 2013, materializa-se a possibilidade de que o Comitê receba e decida acerca de denúncias individuais apresentadas pela cidadania dos Estados Partes desses dois tratados internacionais: tanto do Pacto quanto de seu Protocolo Facultativo. Em consequência de sua natureza jurídica, de sua essência política e das funções e prerrogativas destas derivadas, o CDESC é na atualidade o órgão internacional mais robusto na promoção, proteção e vigilância dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)

O PIDESC é um tratado internacional multilateral aberto para a assinatura, ratificação e adesão em 16 de dezembro de 1966, pela resolução 2200 A (XXI) da Assembléia Geral da ONU. Está em vigência desde 3 de janeiro de 1976.ⁱ Seu artigo 2.1 exige que os Estados Partes adotem medidas imediatas para conseguir o pleno gozo dos direitos contidos no Pacto. Estas podem ser de caráter administrativo, financeiro, educacional e social.ⁱⁱ Também, os Estados Partes obrigam-se juridicamente a adotar medidas legislativas, particularmente quando as leis existentes sejam claramente incompatíveis com as obrigações contraídas em virtude do PIDESC.ⁱⁱⁱ Depreende-se, portanto, que desde a perspectiva dos Estados Partes, seus poderes executivos, legislativos e judiciários devem comprometer-se com todas as ações necessárias para fazer viger as disposições do PIDESC em suas jurisdições internas.

O exercício dos direitos contidos no PIDESC deve ser livre de qualquer discriminação. Seu artigo 2.2 obriga aos Estados Partes absterem-se de comportamentos discriminatórios, a modificar leis e práticas que permitam a discriminação. Os Estados Partes devem garantir procedimentos judiciais e outros métodos de recursos em casos de discriminação. A discriminação que por qualquer motivo prejudique o pleno gozo dos DESC deve ser eliminada.^{iv} Trata-se da consubstanciação do princípio da igualdade e da não discriminação. Um princípio que impregna o alcance, a compreensão, o gozo e o significado de todos os direitos contidos no Pacto.^v

O Comitê de Direitos, Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC)

Os Estados Partes no PIDESC estão obrigados a submeter informes regulares de seu cumprimento ao CDESC. Sua prática atual indica que o primeiro informe deve ser apresentado ao cabo dos dois primeiros anos da vigência do PIDESC para com aquele Estado Parte. Depois, a cada cinco anos deverão ser encaminhados os informes de seguimento àquele primeiro informe. O CDESC examinará cada informe e endereçará suas preocupações e recomendações aos Estados Partes na forma de observações conclusivas.

O CDESC também adota sua interpretação das disposições do PIDESC em formas de observações gerais, bem como emite cartas e declarações sobre os mais variados assuntos de importância capital para a afirmação dos DESC na seara internacional.



Ao adentrar na terceira década do Século XXI, estando o CDESC ademais de adstrito à jurisdição do PIDESC, também facultado por seu Protocolo Facultativo, não é nenhum exagero afirmar de que se trata do principal órgão internacional de defesa, promoção e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais na atualidade. Sua atual arquitetura consagra e possibilita um mecanismo internacional dotado de dispositivos normativos e processuais, além da possibilidade de indicar medidas implementativas para a consagração desses direitos. É, sem dúvida nenhuma, dado suas facetas jurídicas e políticas, o órgão internacional mais robusto em matéria de proteção dos DESC.

Até janeiro de 2018, o CDESC adotou 24 observações gerais. Estas auxiliam os Estados Partes e a comunidade internacional a entenderem o alcance e o significado de cada um dos artigos dispostos nos PIDESC, orientando os Estados, os tribunais e o público comum acerca do alcance e significado específico desses direitos humanos: das liberdades e dos direitos que cada um pode desfrutar. Em seu processo de consubstanciação, as observações gerais contam com: relator ou correlatores, apoio da secretaria técnica do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, diálogos com outras agências do sistema ONU especializadas no assunto, audiências públicas com parceiros da sociedade civil e entidades interessadas, debates com universidades e fundações interessadas em sua temática específica. Ademais, a última versão redatada de uma observação geral fica à disposição do público geral na página eletrônica do CDESC por um prazo razoável a fim de receber comentários e sugestões pertinentes antes da aprovação, pelo Comitê, de sua versão final.

À título de exemplo, na Observação Geral adotada durante sua 57^a sessão, realizada entre 22 de fevereiro a 04 de março de 2016, o CDESC interpretou o direito a condições justas e favoráveis do trabalho, conforme dispõe o artigo 7º do Pacto. Este estabelece o direito a uma remuneração mínima do trabalho, estipulando um salário equitativo suficiente para garantir umas condições de existência dignas, assim como condições de trabalho equitativas e satisfatórias. No entender do Comitê os salários devem ser equitativos e adequados para que sejam considerados justos. Um entendimento em consonância com a realidade do tema, já que na atualidade o nível salarial em muitos rincões do planeta permanece ainda baixo e a lacuna salarial por gênero é um problema persistente e global. Ademais, as pessoas devem desfrutar de umas condições mínimas de saúde e higiene no ambiente de trabalho, cabendo aos Estados Partes a responsabilidade em adotar políticas públicas e leis orientadas para essas finalidades. Estes também devem estabelecer um nível de referência ou mínimo, não permitindo que as condições de trabalho de nenhuma pessoa sejam inferiores às estabelecidas para esse nível. E mais, à luz do artigo 7º, os Estados Partes devem estabelecer medidas coercitivas capazes de garantir a aplicação desses direitos.^{vi}

Nas Observações Gerais, o CDESC não se furtou a opinar sobre questões centrais quanto à exigibilidade dos DESC. Segundo o Comitê, a natureza das obrigações dos Estados Partes para com esses direitos comportam tanto as de resultado - pois todas elas conduzem a um objetivo único (buscar progressivamente a plena efetividade desses direitos) - como as de comportamento, cujo cumprimento requer a imediatez do compromisso de adotar medidas sem estar submetido a nenhuma condição. Ademais, a obrigação de adotar medidas abarca até o



máximo dos recursos disponíveis. A expressão “recursos” refere-se tanto aos existentes dentro do Estado Parte, como aqueles disponibilizados pela cooperação internacional.^{vii}

A nona observação, através do qual o CDESC precisa o conteúdo do dever dos Estados em dar efetividade ao PIDESC, também é auspicioso. Com esse objetivo, o direito a um recurso efetivo não deve ser interpretado sempre e necessariamente no sentido de um recurso judicial. Os recursos administrativos também estão aí contemplados e devem ser acessíveis, não onerosos, rápidos e eficazes, inclusive contando com um direito último de apelação judicial resguardando esses procedimentos.^{viii} Ademais, no parágrafo 9 desse Comentário, o CDESC clama pela justiciabilidade de todos os direitos contidos no PIDESC e afirma que “quando um direito reconhecido no Pacto não se possa exercer plenamente sem uma intervenção do Poder Judiciário, é necessário estabelecer recursos judiciais”.^{ix}

Somam-se também ao acervo de produtos elaborados pelo Comitê uma série de Declarações e de Cartas Abertas. Estas buscam chamar a atenção dos Estados Partes e da comunidade em geral acerca de assuntos conexos com o PIDESC que estão sendo objetos da agenda internacional por meio de Conferências Internacionais Universais, especialmente do sistema ONU; ademais de fenômenos universais civis, culturais, econômicos, políticos e /ou sociais de especial impacto sobre os DESC. Dentre outras, merece destaque a Carta do Presidente do Comitê sobre Medidas de Austeridade de 16 de maio de 2012, por meio da qual o Comitê recorda aos Estados Partes que:

...conforme o Pacto, todos os Estados partes devem evitar a todo o momento a adoção de decisões que possam redundar na denegação ou na vulneração de direitos econômicos, sociais e culturais. Ademais de constituir práticas contrárias às obrigações contraídas pelos Estados partes em virtude do Pacto, a denegação ou vulneração por estes desses direitos pode provocar insegurança social e instabilidade política; ter efeitos negativos importantes, em particular sobre as pessoas e os grupos desfavorecidos e marginalizados.... Dadas a indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos, neste processo também se vêem ameaçados outros direitos.

...

As crises econômicas e financeiras e a falta de crescimento impedem a materialização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais podendo provocar retrocessos no seu desfrute. O Comitê é consciente de que ocasionalmente é inevitável realizar certos ajustes na aplicação de alguns dos direitos consagrados no Pacto, entretanto os Estados partes no devem atuar em detrimento das obrigações que assumiram em virtude deste.^x

Portanto, os principais produtos do CDESC/ONU são suas observações conclusivas; suas observações gerais; suas declarações e cartas abertas; e; ultimamente, suas decisões acerca das denúncias individuais endereçadas pelos indivíduos dos Estados Partes do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

O Protocolo Facultativo ao PIDESC

O Protocolo Facultativo ao PIDESC é um tratado internacional adotado pela Assembléia Geral da ONU em 10/12/2008 (Resolução A/RES/63/117). Em 2009, ele foi aberto para a assinatura dos Estados Partes no PIDESC e, em 5 de fevereiro de 2013, alcançou seu



décimo depósito.^{xi} Este possibilita ao CDESC considerar comunicações individuais envolvendo assuntos relacionados aos DESC no contexto do Pacto.

O CDESC aprovou o regulamento do Protocolo Facultativo do PIDESC em sua 49ª sessão, realizada em novembro de 2012. De pronto, importante destacar que seu quarto artigo diz que as comunicações poderão ser apresentadas por pessoas ou grupos de pessoas que se encontrem sob a jurisdição de um Estado Parte e que aleguem serem vítimas de uma violação de qualquer dos direitos enunciados no PIDESC.

Portanto, somente um Estado Parte do PIDESC, que também se torne parte de seu Protocolo Facultativo, conferirá ao CDESC competência para receber e apreciar denúncias individuais. Dito em outras palavras, o Comitê rechaçará toda comunicação proveniente de um Estado Parte do Pacto que não o seja de seu Protocolo Facultativo.^{xii}

As denúncias podem ser submetidas por um indivíduo, ou em nome de indivíduos, sob a jurisdição de um Estado Parte que alegue ser vítima de uma violação, por esse Estado Parte, de qualquer um dos direitos enunciados no Pacto. Porém, sempre que uma denúncia for submetida em representação de indivíduos ou grupos de indivíduos, é necessário o consentimento destes, a menos que o autor consiga justificar a razão que o leva a agir em sua representação sem o referido consentimento.^{xiii}

A inadmissibilidade das denúncias é tratada pelo artigo 3, parágrafo 2, do Protocolo Facultativo. Este indica que se a denúncia não for submetida no prazo de um ano após o esgotamento dos recursos internos não será admitida. Porém, essa regra admite uma exceção: caso o autor demonstre ao CDESC a impossibilidade de submissão da denúncia dentro desse prazo. Somente a prática do Comitê, com o aumento da chegada de casos e a constância destes, poderá dar conta dos parâmetros utilizados pelo CDESC com relação às características capazes de materializar essas impossibilidades.

Também não serão admitidos os fatos que constituam o objeto da denúncia ocorrido antes da entrada em vigor do Protocolo para o Estado Parte em causa, salvo se tais fatos persistiram após tal data. Senão ainda, caso a mesma questão já tenha sido apreciada pelo CDESC ou tenha sido ou esteja a ser examinada em outra jurisdição internacional, no âmbito de outro processo internacional de investigação ou de resolução de litígios declarar-se-á a denúncia inadmissível.^{xiv}

Caso a denúncia seja incompatível com as disposições do PIDESC, manifestamente infundada, insuficientemente fundamentada ou exclusivamente baseada em notícias divulgadas pelos meios de comunicação também será declarada inadmissível. Assim mesmo, caso a denúncia constitua um abuso do direito de submeter uma comunicação, ou quando esta seja anônima ou não seja apresentada por escrito será declarada inadmissível.^{xv}

A qualquer momento depois da recepção de uma denúncia e antes de se pronunciar sobre o seu mérito, o Comitê pode transmitir ao Estado Parte interessado, para sua urgente consideração à luz de circunstâncias excepcionais, um pedido para que este tome as providências cautelares que se mostrem necessárias para evitar eventuais danos irreparáveis à vítima ou vítimas da alegada violação. Essa possibilidade não implica em qualquer juízo de valor final acerca da admissibilidade ou do mérito do caso sob análise.^{xvi}



Exceto no caso de que por ofício rejeite uma denúncia, todas as denúncias apresentadas ao CDESC com fulcro no Protocolo Facultativo deverão ser confidencialmente comunicadas ao Estado Parte pertinente. Em consequência, no prazo de seis meses, o Estado Parte receptor deverá submeter ao Comitê por escrito, as explicações ou declarações que possam clarificar a questão que originou a comunicação, indicando, se pertinente, as medidas adotadas para remediar a situação.^{xvii}

A solução amistosa também está prevista no Protocolo Facultativo. Por essa via, o Comitê deverá oferecer seus bons ofícios às partes interessadas em aras de uma solução amistosa do litígio. Um acordo no âmbito dessa possibilidade determinará a interrupção da análise da comunicação.^{xviii}

Por sua vez, a apreciação das denúncias pelo CDESC dar-se-á à luz de toda a documentação que lhe tenha sido submetida, desde que tal documentação seja transmitida às partes interessadas. Para tanto, suas sessões serão a porta fechada, restrita aos membros do Comitê e pessoal da secretaria encarregados dos casos. Quando apreciar uma denúncia, o Comitê pode consultar documentação relevante emanada de outros órgãos, agências, fundos, programas e mecanismos das Nações Unidas, bem como de outras organizações internacionais, incluindo as regionais, ademais de quaisquer observações ou comentários formulados pelo Estado Parte interessado. O Comitê também analisará a razoabilidade das medidas tomadas pelo Estado Parte em conformidade com o Pacto. Ao fazê-lo, o Comitê considerará a possibilidade pelo Estado Parte de adotar uma série de medidas políticas para a realização dos direitos previstos no Protocolo.^{xix}

Depois de apreciar uma denúncia, o Comitê transmitirá sua constatação, em conjunto com as suas recomendações, às partes interessadas. Nesse caso, o Estado Parte deverá tê-las devidamente em conta, em conjunto com as suas recomendações, submetendo ao Comitê, no prazo de seis meses, uma resposta escrita, incluindo informação sobre quaisquer medidas tomadas à luz de suas constatações e recomendações. O Comitê pode convidar o Estado Parte a submeter informação adicional sobre quaisquer medidas adotadas pelo Estado Parte em resposta às suas constatações ou recomendações e incluí-las nos relatórios a serem apresentados subsequente pelo Estado Parte.^{xx}

As denúncias interestatais também estão previstas no Protocolo. Da leitura de seu décimo artigo entende-se que estas só podem ser recebidas e apreciadas se submetidas por um Estado Parte que tenha feito uma declaração reconhecendo a competência do Comitê para tanto. Se um Estado Parte no Protocolo considerar que outro Estado Parte não está cumprindo as suas obrigações conforme o Pacto, pode, através de comunicação escrita, levar a questão à atenção do CDESC. No prazo de três meses após a recepção da denúncia, o Estado destinatário deverá apresentar ao Estado emissor da denúncia uma explicação, ou qualquer outro comentário escrito esclarecendo o assunto, os quais deverão incluir, na medida do possível e desde que seja pertinente, referência aos procedimentos e vias de recursos internos utilizadas, pendentes ou disponíveis sobre a matéria. Se o assunto não for resolvido de forma satisfatória para ambos os Estados Partes interessados num prazo de seis meses após a recepção da comunicação inicial pelo Estado destinatário, qualquer um dos Estados pode submeter a questão mediante notificação ao Comitê e ao outro Estado.^{xxi}



Caso o Comitê receba informação fidedigna indicando violações graves ou sistemáticas de qualquer um dos DESC consagrados no Pacto por um de seus Estados Partes, este será convidado a cooperar no exame da informação e, para esse fim, encaminhar observações a respeito. Considerando quaisquer observações que possam ter sido submetidas pelo Estado Parte interessado, assim como qualquer outra informação fidedigna que lhe tenha sido disponibilizada, o Comitê pode designar um ou mais dos seus membros para conduzir um inquérito. Caso se justifique e com o consentimento do Estado Parte, o inquérito pode incluir uma visita ao seu território. Tal inquérito deverá ser conduzido de forma confidencial e a cooperação do Estado Parte deverá ser solicitada em todas as etapas do procedimento. Após analisar as conclusões do inquérito, o Comitê deverá transmitir as mesmas ao Estado Parte interessado, em conjunto com quaisquer comentários e recomendações. O Estado Parte interessado deverá, dentro de seis meses após a recepção das conclusões, comentários e recomendações transmitidos pelo Comitê, submeter a este as suas próprias observações. Depois de concluídos os procedimentos relativos ao inquérito, o Comitê pode, após consultar os Estados Partes interessados, decidir pela inclusão de um relato sumário dos resultados dos procedimentos no seu relatório anual.^{xxii}

O Protocolo assinala que um Estado Parte deverá tomar todas as medidas apropriadas para garantir que os indivíduos sob a sua jurisdição não estejam sujeitos a qualquer forma de maus-tratos, intimidação ou retaliação, em conseqüência das denúncias enviadas ao Comitê.^{xxiii}

O Regulamento do Protocolo Facultativo ao PIDESC

Em novembro de 2012 aprovou-se o regulamento vigente do Protocolo Facultativo ao PIDESC.^{xxiv} Sob nenhuma hipótese o CDESC receberá uma denúncia proveniente de um Estado que não seja parte do PIDESC e de seu Protocolo Facultativo. Esta deverá, ademais, ser apresentado por escrito e nunca ser anônima.^{xxv}

O artigo terceiro do Protocolo ilumina as informações que deverão estar necessariamente esclarecidas pelo autor ou pelos autores da denúncia. Estas são cruciais para o curso da denúncia porque identificarão as partes nela envolvidas, o objetivo da comunicação, os fatos que a fundamentam, o que foi feito para cumprir com a regra do esgotamento dos recursos da jurisdição interna, se o assunto já foi ou não apresentado a outro procedimento internacional, e, o artigo ou artigos do PIDESC cuja violação se denuncie. Senão ainda, serão necessários o nome, o endereço, a data de nascimento, a ocupação do autor ou dos autores e o comprovante de identidade destes.^{xxvi}

O sétimo artigo do regulamento consagra as medidas provisórias de proteção. Através desse artigo resta claro que o Comitê, uma vez recebido a denúncia de violação de um dos artigos do PIDESC por um de seus Estados Partes, poderá, em circunstâncias excepcionais e antes de tomar uma decisão sobre o mérito do caso, transmitir ao Estado Parte interessado, para seu exame urgente, uma petição no sentido de que se adotem as medidas provisórias que o CDESC considere necessárias para evitar um possível dano irreparável à vítima ou as vítimas da violação denunciada.



Um indivíduo, cidadão de um Estado Parte do Protocolo, enviará sua denúncia para o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, quem a registrará e informará de sua existência ao Estado denunciado. Este remeterá ao Comitê seus comentários a ela relativos. O indivíduo então terá a oportunidade de responder aos comentários estatais.

O CDESC considerará, em privado, a argumentação de ambas as partes: denunciante e denunciado. O Comitê decidirá se o Estado violou ou não o PIDESC, comunicando simultaneamente a ambas as partes de sua decisão a esse respeito. Se esta for a de que houve violação de um direito contido no PIDESC, o Estado deverá explicar ao Comitê o que está fazendo para remediar a situação.

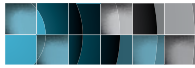
Em sua 59ª sessão, o CDESC adotou uma guia sobre a intervenção de terceiros.^{xxvii} Quando está examinando uma denúncia individual, o Comitê poderá valer-se, conforme literalidade do artigo 8 de seu Protocolo Facultativo, de informação e documentação relevante a ele submetida por terceiros, sempre e quando a seu juízo estas forem necessárias para a devida conclusão do caso. Desse modo, desde que autorizadas pelo Comitê, entidades e indivíduos podem enviar informações elucidativas do caso em questão. Nesse particular, as ONGs poderão desempenhar um importante papel em aras de ações estratégicas para a consolidação de direitos.

Os Casos resolvidos pelo CDESC

Até o dia 15 de outubro de 2017 o Comitê decidiu 12 casos. Destes, apenas um foi declarado admissível e outros onze inadmissíveis. Outro dado curioso é que dez casos foram apresentados contra o mesmo Estado Parte. Todos estes enviados por um advogado privado.

A jurisprudência do Comitê ainda é limitada posto que apenas duas queixas tiveram seus méritos apreciados. No caso E/C.12/55/D/2/2014 referente ao direito à moradia adequada, o CDESC concluiu pela violação do direito de acesso à justiça em consequência do tribunal nacional competente não ter tomado todas as medidas necessárias (administrativas e jurídicas) para notificar a vítima sobre a ordem de despejo da instituição bancária por falta de pagamento das prestações de empréstimo para habitação própria. Em consequência, a defesa de seu direito à moradia frente ao tribunal foi negada. O Comitê deu razão à vítima, decidindo que o Estado tem obrigação de lhe garantir uma solução adequada, à luz da interpretação da violação conjunta do artigo 11.1 e do artigo 2.1 do PIDESC, sendo este último artigo o que trata justamente da utilização do máximo de recursos disponíveis. Dentre as reparações encaminhadas pelo Comitê no âmbito dessa denúncia individual encontra-se a garantia da não-repetição, ou seja, o Estado deve evitar violações semelhantes no futuro.^{xxviii}

Já no caso E/C.12/57/D/1/2013, no qual o denunciante é uma pessoa portadora de deficiência e que está privado de liberdade em um centro penitenciário, o Comitê concluiu pela não violação do direito à seguridade social em consequência da discriminação na redução de uma prestação não contributiva. Neste, o CDESC patenteia o entendimento do benefício de seguridade social. No contexto do caso, enquanto o Estado considera os encargos com o alojamento prisional e alimentação de uma pessoa detida como benefício ou forma de apoio, o Comitê afirma seu entendimento de que estando as prestações sujeitas à condição de recursos,



com base nos rendimentos da pessoa ou da família, tal condição foi efetivamente alterada com a detenção do denunciante. Entendendo que o Estado deve gerenciar seus recursos da forma mais eficaz, uma prestação não contributiva pode ser eventualmente reduzida se houver uma alteração nas necessidades do beneficiário constitutivas da base de cálculo inicial da prestação.^{xxix}

Desse modo, contribui-se a endereçar um caminho originalmente equivocado no regime jurídico dos Direitos Humanos: não mais, apenas os Direitos Cíveis e Políticos podem ser diretamente invocados pelos indivíduos no sistema universal. Desde logo, os DESC também. Para tanto, os Estados devem ratificar o Protocolo Facultativo ao PIDESC. O acesso direto dos indivíduos à justiça internacional é uma condição essencial para a afirmação da universalidade, indivisibilidade e complementaridade dos direitos humanos.^{xxx}

Às portas da terceira década do Século XXI, o CDESC contempla mecanismos institucionais jurídicos e políticos capazes de responder eficazmente aos seus desafios de promover, proteger e vigiar os direitos econômicos, sociais e culturais contidos no PIDESC e em seu Protocolo Facultativo. A colocá-los em marcha, pois.

Referências

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; LEAL, César Barros; e, LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coords.). **O Cinquentenário dos Dois Pactos de Direitos Humanos da ONU**. 2 volumes. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, IBDH, IIDH, 2016.

CDESC. Observação Geral nº 3. ONU. **Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos**. Documento HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I), de 27 de maio de 2008.

CDESC. **Regulamento Vigente do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Genebra: Suíça, 2016.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *The non-discrimination and equality in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* em CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto e LEAL, César Barros (orgs.). **Equality and Non-Discrimination**. Fortaleza: IBDH/IIDH/SLADI, 2014, pp. 295-324.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **O Brasil e a Convenção Ibero-Americana dos Direitos dos Jovens**. Madrid: OIJ, UNFPA. 2012.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **La Construcción Jurisprudencial de los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.

ONU. Derechos Humanos. *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. **Folleto Informativo nº 16 (Rev.1)**. Campaña Mundial pro Derechos Humanos. OACNUDH: Genebra, 1996.

ONU. Documento **E/C.12/49/3** do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas.



ONU. Documento do Conselho Econômico e Social da ONU de nº *E/C.12/57/D/1/2103* em sua versão espanhola.

ONU. Documento do Conselho Econômico e Social da ONU de nº *E/C.12/55/D/2/2104* em sua versão espanhola.

ONU. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Manual para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. **Serie de Capacitación Profesional nº 12 – Derechos Humanos**. ACNUDH: Ginebra, 2004.

Notas

¹ http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en . Acesso em 24/02/2017 às 10:00 horas da Brasília. Até essa data possui 165 Estados Partes.

² CDESC. Observação Geral nº 3. ONU. **Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos**. Documento HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I), de 27 de maio de 2008, p. 18, parágrafo 7.

³ ONU. Derechos Humanos. *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. **Folleto Informativo nº 16 (Rev.1)**. Campaña Mundial pro Derechos Humanos. OACNUDH: Ginebra, 1996, p. 10.

⁴ ONU. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Manual para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. **Serie de Capacitación Profesional nº 12 – Derechos Humanos**. ACNUDH: Ginebra, 2004, p. 15.

⁵ A respeito do princípio da igualdade e da não discriminação leia: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *The non-discrimination and equality in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* em CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto e LEAL, César Barros (orgs.). **Equality and Non-Discrimination**. Fortaleza: IBDH/IIDH/SLADI, 2014, pp. 295-324.

⁶ Esse Comentário Geral nº 23 tem um significado pessoal especial por ter sido eu um de seus correlatores. O trabalho de sua elaboração foi realizado em conjunto com a colega portuguesa Maria Virginia Brás Gomes.

⁷ CESCR General comment 3. (General Comments). Comentário Geral nº 3.

⁸ ONU. ECOSOC. Doc. E/C.12/1998/24, parágrafo 9.

⁹ ONU. *Op. cit., in fine*. (tradução nossa).

¹⁰ Tradução própria e não oficial dos parágrafos 3º e 5º da Carta do Presidente do Comitê sobre Medidas de Austeridade de 16 de maio de 2012.

¹¹ Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 10 de Dezembro de 2008 através da resolução A/RES/63/117; aberto à assinatura a 24 de Setembro de 2009, em Nova Iorque.

¹² Literalidade do 1º artigo do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

¹³ Artigo 2 do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

¹⁴ Artigo 3, parágrafo 1, alíneas b e c, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

¹⁵ Artigo 3, parágrafo 1, alíneas d, e, f, g, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

¹⁶ Artigo 5 do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

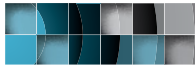
¹⁷ Artigo 6, parágrafos 1 e 2, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

¹⁸ Artigo 7, parágrafos 1 e 2, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

¹⁹ Artigo 8, parágrafos 1, 2, 3 e 4, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

²⁰ Artigo 9, parágrafos 1, 2 e 3, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

²¹ Artigo 10, parágrafo 1, alíneas a, b, do Protocolo Facultativo ao PIDESC.



²² Artigo 11, parágrafos 1 ao 8 do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

²³ Artigo 13 do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

²⁴ Documento E/C.12/49/3 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas.

²⁵ Artigo 3º do Regulamento Vigente do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

²⁶ Artigo 3º do Regulamento Vigente do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

²⁷ CDESC. 59ª sessão. Realizada entre 19 de setembro a 7 de outubro de 2016.

²⁸ Documento do Conselho Econômico e Social da ONU de nº E/C.12/55/D/2/2104 em sua versão espanhola.

²⁹ Documento do Conselho Econômico e Social da ONU de nº E/C.12/57/D/1/2103 em sua versão espanhola.

³⁰ LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **O Brasil e a Convenção Ibero-Americana dos Direitos dos Jovens**. Madrid: OIJ, UNFPA. 2012, p. 28.

Disponível em WWW.oij.org/file_upload/publicationsItems/document/20121128131507_18.pdf



Direitos econômicos, sociais e culturais e sua proteção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: um avanço necessário

Economic, social and cultural rights and their protection by the Inter-American Court of Human Rights: a necessary advancement

Felipe Hotz de Macedo Cunha
Defensor Público do Estado de São Paulo
fhmacunha@defensoria.sp.def.br

Resumo

A proteção internacional aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em que pese a preconizada indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, por muito tempo foi tratada sob paradigmas diversos daqueles adotados para os Direitos Cíveis e Políticos. No âmbito do Sistema ONU, em que cada uma destas “categorias” de direitos é prevista em tratado específico (Pacto de Direitos Cíveis e Políticos e Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), tem havido esforços para a construção de critérios que buscam equiparar – como desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proposto – tais “categorias” de direitos humanos no que toca ao seu tratamento, exigibilidade e justiciabilidade. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao contrário do que se verifica no Sistema Global, há a previsão de Direitos Cíveis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em um mesmo e importante tratado (a Convenção Americana de Direitos Humanos) – tratado este sobre o qual tem jurisdição a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão de caráter jurisdicional. O presente trabalho busca identificar o atual estado de tratamento dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais pelo Tribunal em questão, identificando as condições deste importante foro internacional para a proteção dos referidos direitos, especialmente ameaçados em tempos de crise econômica.

Palavras-chave: Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Proteção Internacional. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

The international protection of Economic, Social and Cultural Rights, notwithstanding the sought indivisibility and interdependence of human rights, for a long time held different standards than those applied to Civil and Political Rights. In the UN System, each of these ‘categories’ of rights is protected by a different covenant, and there are efforts towards the construction of criteria that assimilate them in treatment, enforcement and justiciability. In the Inter-American System of Human Rights, contrary to what happens in the Global System, the American Convention on Human Rights protects both Civil and Political Rights and Economic, Social and Cultural Rights, under the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights. This paper aims to elucidate the current approach to Economic, Social and Cultural Rights by the Court, identifying the conditions of this relevant international forum to bring protection to those rights, especially threatened in times of economic crisis.

Keywords: *Economic, Social and Cultural Rights. International Protection. Inter-American Court of Human Rights.*



Introdução: A Indivisibilidade dos Direitos Humanos e a Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Internacional

O atual paradigma de proteção internacional aos direitos humanos declara, entre seus princípios, a universalidade, indivisibilidade e interdependência. Nesse sentido, é emblemática a Declaração de Viena de 1993, item 5: *“Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”*.

Esse compromisso internacional ratifica ideia de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e crer, libertos do terror e da miséria, consagrada no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos (“Declaração Universal”), reforçando a *“decisão de incluir na Declaração tanto os direitos civis e políticos (artigos 2-21) como os econômicos, sociais e culturais (artigos 22-28)”* (Trindade, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Vol I, 2003, p. 58).

Todavia, a mera enunciação de indivisibilidade e interdependência se mostrou insuficiente. Isto porque o desenvolver dos direitos econômicos, sociais e culturais (“DESC”) no plano internacional revelou dificuldade de tratamento “com a mesma ênfase” em relação aos tradicionais direitos civis e políticos (“DCP”).

O artigo 22 da Declaração Universal, marco da declarada indivisibilidade, encarta disposição embrionária da cláusula de progressividade, que seria responsável por intenso debate, nas décadas seguintes, acerca da justiciabilidade ou não dos DESC. Nesse sentido, por muito tempo houve quem advogasse que, enquanto os DCP teriam *“[...] aplicação ‘imediata’, requerendo obrigações de abstenção por parte do Estado, os direitos econômicos, sociais e culturais eram passíveis de aplicação apenas progressiva, requerendo obrigações positivas (atuação) do Estado”* (Trindade, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Vol I, 2003, p. 446).

Aprofundou-se ainda mais a indesejável diferenciação entre DESC e DCP quando a Assembleia Geral da ONU, mediante a resolução A/RES/6/543, encaminhou a elaboração de dois tratados distintos – o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (“PIDCP”) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“PIDESC”) (DeSchutter, 2014, p. 18).

Outra relevante disparidade entre as “categorias” de direitos se revelou no campo de sua justiciabilidade internacional, contando os DCP com um Comitê de Direitos Humanos para a supervisão do cumprimento do tratado, com a possibilidade (mediante protocolo facultativo) de adjudicação de casos contenciosos submetidos via petição individual. Por seu turno, o PIDESC sequer criou órgão próprio de controle. O correspondente Comitê somente foi instalado em 1985, pela Resolução 17/85 do ECOSOC sendo que apenas a partir de 2008, mediante protocolo facultativo, tornou-se possível seu acionamento por sistema de petições (DeSchutter, 2014, pp. 18-19).

Entretanto, a ausência de jurisdição contenciosa não foi suficiente para impedir que o Comitê desenvolvesse jurisprudência internacional acerca do conteúdo desses direitos,



elaborando, com base nos relatórios periódicos a ele submetidos, Comentários Gerais acerca de aspectos relevantes do tratado, tanto no que toca às obrigações correspondentes e justiciabilidade dos DESC, quanto em relação ao conteúdo em si de boa parte dos direitos ali previstos. Como assinala a doutrina, “*as Observações Gerais ditadas pelo Comitê equivalem a sua jurisprudência em relação com o conteúdo do Pacto, do qual é o único órgão de aplicação*” (Abramovich & Courtis, 2011, p. 87).

Entre inúmeras contribuições desse órgão para o avanço na construção do conteúdo, alcance e exigibilidade dos DESC, é importante ressaltar a adoção da abordagem pelas obrigações estatais, evidenciada na tipologia tripartite “*respect-protect-fulfil*”, que representa verdadeiro divisor de águas no tocante à análise de direitos humanos, em especial no que se refere à sua interdependência e indivisibilidade. Referido marco interpretativo tem sua origem nos relatórios de Asbjorn Eide às Nações Unidas sobre direito à alimentação adequada e, desde então, vem sendo largamente adotado no campo dos DESC (DeSchutter, 2014, pp. 280-281).

Referida abordagem se encontra inserta nos Princípios de Maastricht, que “*têm sido empregados pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para avaliar os relatórios estatais e para desenvolver as diferentes Observações Gerais ao Pacto*” (Abramovich & Courtis, 2011, p. 88):

6. Like civil and political rights, economic, social and cultural rights impose three different types of obligations on States: the obligations to respect, protect and fulfil. Failure to perform any one of these three obligations constitutes a violation of such rights. The obligation to respect requires States to refrain from interfering with the enjoyment of economic, social and cultural rights. Thus, the right to housing is violated if the State engages in arbitrary forced evictions. The obligation to protect requires States to prevent violations of such rights by third parties. Thus, the failure to ensure that private employers comply with basic labour standards may amount to a violation of the right to work or the right to just and favourable conditions of work. The obligation to fulfil requires States to take appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial and other measures towards the full realization of such rights. Thus, the failure of States to provide essential primary health care to those in need may amount to a violation.

A tipologia tripartite identifica uma aproximação comum aos DESC e DCP, superando a concepção de que os primeiros implicariam exclusivamente obrigações positivas dependentes de recursos e os segundos unicamente deveres de abstenção. Para tanto, adota uma teoria unificada para lidar, em diversos níveis, com violações a direitos humanos independentemente da “categoria”. A doutrina elucida que:

O enfraquecimento da distinção entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais também põe em relevo a principal objeção que se aponta contra a caracterização destes últimos como direitos exigíveis. De acordo com essa objeção, a força vinculante, a exigibilidade, ou melhor, a própria ‘juridicalidade’ dos direitos econômicos, sociais e culturais é duvidosa, pois a satisfação deles depende da disponibilidade de recursos por parte do Estado. Essa subordinação é denominada ‘condicionante econômico’ e relativiza a universalidade desses direitos, condenando-os a serem considerados ‘direitos de segunda categoria’. (Abramovich & Courtis, 2011, p. 41)

O referencial teórico em questão propicia relevante avanço no tocante ao pleno reconhecimento dos DESC como direitos humanos, tendo em vista que:



o que qualifica a existência de um direito social como direito pleno não é simplesmente a conduta cumprida pelo Estado, mas a existência de algum poder judicial de atuar de titular do direito em caso de não cumprimento [...] a condição para a judicialização requer a identificação das obrigações mínimas do Estado em relação aos direitos econômicos, sociais ou culturais (Ibid., pp. 48-49).

Todavia, é necessário que esta concepção se reflita na formação dos sistemas de proteção e no exercício de sua jurisdição em relação a violações destes direitos.

Nessa linha, o Sistema Interamericano apresenta possibilidades diversas e interessantes.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Previsão Normativa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

No plano regional americano, a justiciabilidade internacional dos DESC teve recentes e importantes avanços. A jurisdição propriamente dita, neste sistema, é exercida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (“CrIDH”), cuja atividade vem evoluindo em relação aos DESC.

Em relação ao tratamento normativo e às possibilidades de judicialização internacional, o Sistema Interamericano, embora carregue semelhanças com o panorama global no tocante às dificuldades a serem enfrentadas, apresenta contornos próprios, que propiciam a existência de caminhos também particulares à sua realidade.

Em primeiro lugar, é importante assinalar que o Sistema Interamericano conta com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (“Declaração Americana”), a qual, assim como sua correspondente universal, prevê tanto DCP quanto DESC. Diferentemente do sistema ONU, contudo, houve a elaboração inicial de apenas um tratado, a conhecida Convenção Americana de Direitos Humanos (“CADH”), a qual, ao contrário do PIDCP, não versa apenas sobre direitos civis e políticos, eis que seu artigo 26 é dedicado aos DESC:

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Nada obstante, ocorreu posteriormente a elaboração do Protocolo de San Salvador, que versa sobre DESC e em seu preâmbulo reconhece já haver instrumentos universais e regionais anteriores a tratar sobre tais direitos e declara se prestar a reafirmá-los. O Protocolo trouxe em seu artigo 19 a previsão de jurisdição internacional contenciosa, embora reduzida a dois direitos: educação e direitos sindicais.

É nesse complexo contexto normativo que a CrIDH enfrenta o desafio de interpretação do artigo 26 da Convenção Americana.



Corte Interamericana e suas Abordagens às Violações de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

É possível sintetizar as principais preocupações no tocante à abordagem dos DESC no Sistema Interamericano da seguinte maneira:

Como sustentamos, duas questões dificultam a definição de conteúdos concretos das obrigações dos Estados em matéria de direito econômicos, sociais e culturais passíveis de serem exigidos em juízo: por um lado, o sentido vago e, em ocasiões a ambiguidade dos textos em que se formularam esses direitos e, por outro, a falta de prática institucional de interpretação dos instrumentos ante a ausência de mecanismos de aplicação adequados. (Abramovich & Curtis, 2011, p. 84)

A técnica utilizada pela CADH em seu artigo 26, que não desenvolve o conteúdo dos DESC, certamente contribuiu para a demora no avançar interpretativo destes direitos pela CrIDH.

O que se verificava na jurisprudência do Tribunal era, em grande parte, um caminho de proteção *indireta* aos DESC, em especial pela via do denominado *direito de acesso à justiça lato sensu*, consubstanciado na conjugação dos artigos 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) (Trindade, 2013, pp. 172-173).

Também ocorre a chamada “*interpretação ampla*”, em que se “*protegem os DESC com a aplicação de dispositivos da CADH, relacionados fundamentalmente com a matéria de direitos civis e políticos*” (Terezo, 2014, p. 261 e ss.).

Nessa seara desponta a interpretação pela “*dimensão positiva do direito à vida*”, argumento desenvolvido no caso *Villagrán Morales v. Guatelama (Niños de la Calle)* (Piovesan, 2014, p. 186), especialmente em voto concorrente conjunto que indicou como privação arbitrária da vida a denegação do direito a viver com dignidade, a exemplo do que ocorre em situação de miséria, que ceifa o direito a um projeto de vida (Trindade, 2013, p. 88).

Outra era a realidade no que toca à proteção *direta* dos DESC.

Esta parece uma preocupação relevante, na medida em que não se pode cogitar de uma “*mesma ênfase*” aos DCP e DESC se a proteção destes se tornar subalterna a elementos procedimentais (proteção *indireta*) ou mesmo ao conteúdo dos DCP (*interpretação ampla*), ainda que esta última faceta contribua em alguma medida para a identificação da indivisibilidade e inter-relação entre todos os direitos humanos.

Nesse ponto, parte da doutrina identifica uma mensagem bastante negativa quando da adoção destas técnicas de proteção aos DESC, elucidando o efeito simbólico do necessário avanço pela proteção direta:

[...] *linking them to familiar civil or political rights may diminish their significance. If economic, social and cultural rights are only important because they enable or support civil and political rights, this implies that they are subordinate and inferior to civil and political rights.* (Antkowiak, 2015, p. 275)



Proteção Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais nas Américas: Entre o Artigo 26 da Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador

Uma breve incursão no histórico de apreciação do art. 26 pela CrIDH revela ainda bastante espaço para incremento de proteção direta aos DESC. Nesse sentido, inclusive, parecem apontar os principais julgados tradicionalmente indicados pela academia como exemplos de incidência do art. 26.

Em importante caso relacionado aos direitos de povos indígenas sobre suas terras ancestrais (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas., 2005), muito lembrado pela doutrina (Piovesan, 2014, p. 187) (Matos, 2015, pp. 170-171), embora o artigo 26 da CADH tenha sido mencionado durante a sentença (par. 163), não houve declaração de sua violação (par. 242).

Em outro conhecido caso (Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, 2005), houve alusão ao artigo 26 conjuntamente com o artigo 19 (Direitos da Criança) da CADH e o próprio Protocolo de San Salvador, para salientar que “*el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual*” (par. 185). Contudo, novamente não houve declaração de violação ao dispositivo em comento (par. 260).

É importante, ainda, averiguar casos em que se desenvolveu a apreciação do artigo 26 da CADH fora de questões relacionadas a grupos vulneráveis, já que nestas últimas hipóteses parte da doutrina avalia haver menos resistência à apreciação dos DESC (Matos, 2015, p. 170). Tendo em vista que se investiga a existência de um paradigma de defesa destes direitos *em geral* e não somente quando relacionados a grupos determinados, tal enfrentamento é necessário.

Considerando as limitações deste estudo, mesmo com outros exemplos lembrados pela doutrina, o tema será apreciado à luz dos mais recentes esforços jurisprudenciais pelo avanço na proteção aos DESC.

Serão analisados, assim, o voto conjunto concorrente dos juízes Roberto F. Caldas e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot no Caso Canales Huapaya y otros vs. Peru (que se debruça, à luz do artigo 26 sobre caso que trata da dispensa coletiva de servidores do Congresso peruano em 1992, durante o regime Fujimori – doravante “Voto Conjunto”) e o Caso Lagos del Campo vs. Peru, primeira decisão da Corte Interamericana em que houve a declaração da violação ao artigo 26. Neste último caso, a Corte Interamericana enfrentou o tema da irregularidade na dispensa de líder de trabalhadores (o Sr. Lagos del Campo), além de outros enfoques, sob o ângulo dos direitos trabalhistas e, especificamente, do direito à estabilidade laboral (Caso Lagos del Campo vs. Perú, 2017).

Na sentença do Caso Lagos del Campo, a CrIDH reiterou a construção já exposta no caso Acevedo Buendía y otros vs. Peru, no sentido da interdependência e indivisibilidade entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, que “*deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello*” (Ibid., par. 141).



Também destacou a Corte que, como já havia sinalizado anteriormente, sua jurisdição abrange também os DESC, diante da redação ampla contida na Convenção Americana de Direitos Humanos:

142. Tal como fue señalado en el Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú¹⁹⁰, este Tribunal tiene el derecho a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción¹⁹¹. En este mismo sentido, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones¹⁹². Asimismo, resulta pertinente notar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”)¹⁹³ (Ibid., par. 142).

No Voto Conjunto (Caso Canales Huapaya y otros vs. Peru) já havia a mesma construção, que diz exatamente com a justiciabilidade dos DESC. Importante observar que a conjunção dos deveres estatais encartados nos referidos dispositivos confere base normativa expressa para a adoção da tipologia unitária consagrada no âmbito do sistema global: obrigações de respeito, proteção e realização (*respect-protect-fulfil*).

Outro ponto importante no caso Lagos del Campo v. Peru foi o reconhecimento da normativa aplicável para a interpretação do conteúdo e alcance do artigo 26: além daqueles decorrentes das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA, a própria Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a qual, conforme jurisprudência da CrIDH desde a Opinião Consultiva 10/89, contém e define os direitos humanos essenciais a que a Carta da OEA se refere, configurando fonte de obrigações internacionais (Op. cit., parágrafos 143 e 144).

Para definir o direito à estabilidade laboral no caso Lagos del Campo o Tribunal destacou a existência de proteção semelhante em diversos diplomas internacionais e nacionais, dando especial destaque ao Comentário Geral nº 18 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (Ibid., par. 147), bem como à Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho e sua Recomendação nº 143 (Ibid., par. 148).

Os julgados em comento lançam mão da prática consolidada da CrIDH no sentido de “*utilizar distintos instrumentos y fuentes internacionales más allá del Pacto de San José para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana y precisar las obligaciones de los Estados*” (Voto Conjunto, par. 30). Assim, a Corte demonstra que o diálogo com *standards* internacionais definidos fora do Sistema Interamericano, tanto em sede normativa quanto interpretativa, é essencial para o delineamento dos direitos protegidos pelo artigo 26 da CADH.

Assim, a abordagem dos DESC pela CrIDH incorpora toda a construção já levada a cabo no sistema ONU, agregando diversos elementos de exigibilidade imediata, bem como outras possibilidades de controle em relação ao dever de implementação progressiva.



Nesse ponto, vale mencionar, exemplificativamente, o Comentário-Geral n.º 3 do Comitê de DESC, que traz as obrigações de não-retrocesso, de realização de níveis mínimos de cada DESC, de máxima e mais expedita realização possível e, ainda, atribui ao Estado o ônus probatório com relação à utilização máxima de recursos – que devem incluir aqueles obtidos mediante cooperação internacional.

Essa possibilidade de diálogo entre sistemas é também expressamente assinalada no Voto Conjunto do Caso Canales Huapaya, ao destacar que a aplicação do princípio *pro persona* (encartado no artigo 29 da CADH) na busca pelo conteúdo do art. 26 implica na possibilidade de se recorrer a outros instrumentos internacionais (par. 11) e sua interpretação por outros órgãos:

Respecto a los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, observamos que los términos de la norma indican que son aquellos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Estos derechos pueden ser determinados gracias a una remisión a la Declaración Americana u otros tratados de derechos humanos vigentes en el Estado respectivo, así como su interpretación por órganos internacionales de supervisión. (Voto Conjunto, par. 8).

Há também outro ponto sensível para a interpretação do art. 26 da CADH pela CrIDH no interior do próprio Sistema Interamericano, que foi enfrentado no Voto Conjunto: a convivência com as disposições do Protocolo de San Salvador quanto às limitadas possibilidades de judicialização internacional daquele documento.

Sobre o tema, o Voto Conjunto assinala que “*el Protocolo de San Salvador no constituye un obstáculo para interpretar el artículo 26 como un escenario para argumentar la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*” (par. 15).

Além de se salientar a inexistência de qualquer limitação expressa ao alcance do art. 26 da CADH no Protocolo de San Salvador (par. 21), foi ressalvada a previsão do artigo 4º desse documento, que proíbe a restrição de DESC previstos em outros instrumentos sob argumento de que não os reconhece ou os reconhece em menor grau (par. 19).

Determinou-se que o princípio da interpretação mais favorável incidiria também quando da definição da competência *ratione materiae* da CrIDH (par. 22), de modo que, embora não seja possível à Corte declarar a violação ao Protocolo de San Salvador fora dos dois casos por ele expressamente previstos, o documento serviria, assim como outros, para ilustrar o conteúdo que devem ter as obrigações de respeito e garantia aos DESC sob o artigo 26 da CADH (par. 30), solucionando a *aparente* contradição entre uma interpretação ampla deste dispositivo e as previsões do Protocolo de San Salvador.

Esta nova postura alarga e fortalece o espectro de incidência do artigo 26 da CADH, propiciando um novo horizonte de luta pelo reconhecimento e efetivação dos DESC no plano internacional. É possível, assim, confirmar que o Voto Conjunto cumpre o propósito declarado em seu parágrafo 4, direcionado à

[...] evolución de la jurisprudencia hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales a través de un mayor esclarecimiento de las obligaciones estatales respecto a dichos derechos a la luz de la Convención Americana, lo cual puede contribuir hacia un mayor



reconocimiento y eficacia normativa de los mismos (Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Voto Conjunto Concurrente de los Jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 2015).

A superveniente sentença no Caso Lagos del Campo v. Peru demonstrou que a CrIDH realmente passou a se debruçar sobre a normatividade e os efeitos do art. 26 da CADH, culminando na tão aguardada declaração expressa de violação do referido artigo e, assim, finalmente trazendo os DESC ao patamar de direitos humanos plenamente sindicáveis perante o órgão jurisdicional sobre o tema nas Américas.

É interessante, a partir desta sinalização, verificar outros aspectos relevantes para que esta proposta se torne prática corrente e a CrIDH se consolide como um tribunal internacional de DESC.

Conjuntura para a Adjudicação Direta dos DESC pela Corte Interamericana

Malcolm Langford, reconhecido estudioso do tema dos DESC, destaca como principais elementos do debate teórico acerca de sua justiciabilidade: (i) natureza legal dos direitos sociais (questões de vagueza do texto, obrigações positivas e dependência de recursos); (ii) legitimidade (questões relacionadas ao controle de políticas públicas por Cortes não democraticamente eleitas); e (iii) capacidade (questões relacionadas a uma falta de *expertise* em lidar com DESC) (Langford, 2008, pp. 29-37).

Tais questões se mostram razoavelmente bem resolvidas em âmbito interno, especialmente no Brasil, em que é já usual que – ao menos parte dos – DESC sejam objeto de tutela jurisdicional no dia a dia dos tribunais domésticos.

Todavia, no plano internacional se mostra adequado seu enfrentamento, em especial no caso do Sistema Interamericano, que tem na adjudicação de DESC uma prática nova, em estágio de consolidação.

Acerca da primeira questão, por todo o exposto até agora, parecem razoavelmente superados os entraves em comento.

A construção jurisprudencial da CrIDH soluciona a objeção de vagueza do texto (em especial com a preocupação, em ambos os julgados analisados, de estabelecimento de conteúdo do art. 26 da CADH), aprofundando a noção de que há obrigação legal pela própria CADH de respeito e garantia aos DESC.

Ainda, há substrato para afastar a noção de que DESC implicariam apenas em obrigações positivas (mencionando-se sua sujeição aos artigos 1.1 e 2 da CADH, que encampam outros tipos de obrigações) e, igualmente, de que teriam como condicionantes de sua justiciabilidade questões como progressividade e recursos disponíveis. Neste último ponto, o Voto Conjunto no caso Canales Huapaya:

7. El artículo 26 del Pacto de San José prevé “la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de “progresividad” y de “recursos disponibles” a que alude este precepto puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad



de dichos derechos. En alguna medida, constituyen aspectos sobre su implementación de conformidad con las particularidades de cada Estado. De hecho, tal como se señaló en el caso Acevedo Buendía, pueden surgir casos donde el control judicial se concentre en alegadas medidas regresivas o en indebido manejo de los recursos disponibles (es decir, control judicial respecto al avance progresivo). (Op. Cit., par. 7).

A conjuntura do Sistema Interamericano também fornece ferramental para enfrentar os dilemas contidos nos dois outros itens do debate doutrinário tradicional acerca da justiciabilidade dos DESC.

No que toca à sua legitimidade, é a CrIDH, intérprete de toda a CADH, constituindo um tribunal internacional de direitos humanos ao qual um Estado se vincula não apenas mediante o complexo procedimento de ratificação de um tratado internacional, mas, adicionalmente, por opção de aceitação de sua jurisdição mediante cláusula facultativa da CADH (art. 62). Incide, pois, o argumento de que, havendo previsão normativa para Cortes adjudicarem DESC, estas estão apenas fazendo seu trabalho (Langford, 2008, p. 32). Em reforço, a vocação dos órgãos internacionais para a proteção dos DESC na região também é reiteradamente sinalizada pelos países-membros da OEA, diante da ênfase dedicada ao tema pelas Assembleias-Gerais da organização.¹

Quanto ao componente democrático, é certo que a própria natureza dos direitos humanos implica em sua salvaguarda quanto às maiorias ocasionais, requerendo mecanismos para atuarem de modo que pessoas excluídas do processo democrático não tenham sacrificados seus direitos humanos em virtude desta falha da democracia representativa (Langford, 2008, p. 33).

Ao cabo, com relação ao argumento da *expertise*, é certo que embora não seja usual a declaração de violação do art. 26 da CADH pela CrIDH, esta tem determinado, entre as medidas de reparação impostas em diversos casos, obrigações relacionadas à implementação de DESC (Antkowiak, 2015, p. 274). A título de exemplo:

301. De conformidad con las conclusiones expuestas en el Capítulo VII relativo al artículo 4 de la Convención Americana, la Corte dispone que mientras se entrega el territorio tradicional, o en su caso las tierras alternativas, a los miembros de la Comunidad, el Estado deberá adoptar de manera inmediata, periódica y permanente, las siguientes medidas: a) suministro de agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; b) revisión y atención médica y psicosocial de todos los miembros de la Comunidad, especialmente los niños, niñas y ancianos, acompañada de la realización periódica de campañas de vacunación y desparasitación que respeten sus usos y costumbres; c) atención médica especial a las mujeres que se encuentren embarazadas, tanto antes del parto como durante los primeros meses después de éste, así como al recién nacido; d) entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes para asegurar una alimentación adecuada; e) instalación de letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado en el asentamiento de la Comunidad, y f) dotar a la escuela de los materiales y recursos humanos necesarios para garantizar el acceso a la educación básica para los niños y niñas de la Comunidad, prestando especial atención a que la educación impartida respete sus tradiciones culturales y garantice la protección de su lengua propia. Para tales efectos, el Estado deberá realizar las consultas que sean necesarias a los miembros de la Comunidad. (Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, 2010) (destaques acrescentados).



Ao mesmo tempo em que a imposição de medidas que implicam na implementação ou aperfeiçoamento de políticas públicas (entrave tradicionalmente levantado nas discussões acerca da adjudicação de DESC) não constitui um elemento de hesitação da CrIDH, é possível verificar certa assimetria entre direitos e remédios, com maior ênfase aos últimos em detrimento de um maior desenvolvimento conceitual dos primeiros (Antkowiak, 2015, p. 275). Para sua evolução, é necessário que mais casos sobre DESC sejam enfrentados pela CrIDH sob a égide do artigo 26.

Ademais, é possível verificar preocupação da CrIDH para com o elemento democrático ao lidar com as obrigações impostas. Na mesma decisão transcrita acima, por exemplo, a CrIDH não atribuiu a si mesma a definição do *modo* como os DESC deveriam ser realizados. Determinou, isto sim, prazo para que o Estado apresentasse seu plano de intervenção,² com atuação de especialistas que “*deberán contar siempre con el punto de vista de los miembros de la Comunidad, expresado conforme a sus propias formas de toma de decisiones*” (Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, 2010, par. 304).

O impacto social e a afetação de uma diversidade de interesses não apenas não têm constituído entraves à atuação da CrIDH como vêm sendo marcas características da atuação do Tribunal. Nesse sentido, para além da reparação às vítimas, o órgão tem por costume estabelecer as chamadas garantias de não repetição e mesmo outras formas de solução de aspectos estruturais dos casos que ali aportam, inclusive mediante determinação de reformas institucionais por parte dos Estados (Cardoso, 2012, pp. 69-70).

Por fim, ainda no tema da *expertise*, é óbvio que o *know-how* das Cortes na adjudicação de DESC somente se constrói e aperfeiçoa conforme se veem diante de casos que envolvam tais direitos. Além disso, a temática não é nova para outros órgãos internacionais, como o Comitê de DESC e mesmo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.³

Ademais, é importante destacar que o tipo de decisão dos tribunais na matéria também depende do que se pede a eles, sendo certo que estes podem ser demandados de modo a constituir um palco de diálogo construtivo e não uma instância de decisão impositiva, o que democratiza ainda mais o processo de construção de conteúdo e efetividade dos DESC (Langford, 2008, pp. 33-35).

O panorama regional, portanto, parece favorável ao avanço na proteção dos DESC.

Conclusão

A importância da luta pelos direitos econômicos, sociais e culturais não pode ser minimizada, em especial no contexto da América Latina, permeado pelo “*mais elevado grau de desigualdade no mundo, em termos de distribuição de renda*” (Piovesan, 2014, pp. 191-192), onde a busca pela efetivação de condições materiais de existência condizentes com a dignidade humana assume contornos dramáticos.

Como o ambiente doméstico nem sempre consegue responder às demandas daqueles mais vulneráveis às violações destes direitos, é fundamental a construção de “*um locus de*



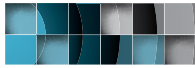
mobilização social em torno de direitos” no plano internacional que seja permeável aos DESC, exercendo a essencial “função de complementar o ambiente doméstico, [a] de provoca-lo a funcionar ‘melhor’ ou [a] de inserir novos temas no espaço doméstico” (Cardoso, 2012, pp. 36-39).⁴

A análise da evolução no tratamento destes direitos pela CrIDH revela grande potencial de que o Tribunal americano se consolide como um destes espaços, em especial considerando que a conjuntura interamericana traz respostas que superam as principais objeções à apreciação dos DESC mediante adjudicação internacional.

Com a CrIDH adotando medidas de reparação envolvendo DESC e com o entendimento por sua justiciabilidade com base no art. 26 da CADH, combinadas com a superação dos argumentos baseados no Protocolo de San Salvador, o passo seguinte é o delineamento do conteúdo de cada um dos DESC na jurisprudência do Tribunal.

O que se vislumbra, pois, é a superação, no plano interamericano, do desgastado debate acerca da justiciabilidade internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, possibilitando que se pare de indagar *se* e se passe a discutir *como* sua implementação será exigida na atuação da CrIDH na temática.

A virada jurisprudencial da CrIDH quanto à adjudicação dos DESC amplia as possibilidades de que sua proteção finalmente migre das folhas de papel para o cotidiano das pessoas ao redor do continente.



Referências

- Abramovich, V., & Courtis, C. (2011). *Direitos Sociais são Exigíveis*. (L. C. Stephanov, Trad.) Porto Alegre: Dom Quixote.
- Antkowiak, T. (30 de 06 de 2015). Social, Economic and Cultural Rights: The Inter-American Court at a Crossroads. *35 Years of the Inter-American Court of Human Rights*. Intersentia Press. Acesso em 23 de 10 de 2015, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2625261>
- Cardoso, E. L. (2012). *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum.
- Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 198 (Corte IDH 01 de 07 de 2009).
- Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Voto Conjunto Concurrente de los Jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Serie C No. 296 (Corte IDH. 24 de 06 de 2015).
- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 214 (Corte IDH 24 de 08 de 2010).
- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas., Serie C No. 125 (Corte IDH 17 de 06 de 2005).
- Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, Serie C No. 140 (Corte IDH 31 de 01 de 2006).
- Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Serie C No. 130 (Corte IDH 08 de 09 de 2005).
- Caso Lagos del Campo vs. Perú, Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones e Costas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de Agosto de 2017). Fonte: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf
- DeSchutter, O. (2014). *International Human Rights Law: Cases, materials, commentary. 2 ed.* Cambridge: Cambridge University Press.
- Langford, M. (2008). Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory. Em M. Langford, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Matos, M. F. (2015). *Direito Internacional Social: Análise das Decisões das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá.
- Piovesan, F. (2014). *Temas de Direitos Humanos (7ª ed.)*. São Paulo: Saraiva.
- Terezo, C. F. (2014). *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Pela Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Appris.
- Trindade, A. A. (2003). *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Vol I*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.



Trindade, A. A. (2013). *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (3ª ed.). Belo Horizonte: Del Rey.

¹ 41. Como se observa, existe un conjunto de actos, acciones gubernamentales y normas pro Derechos Sociales, que han evolucionado cronológicamente y que, además, incluyen un especial énfasis de las Asambleas Generales de la Organización de los Estados Americanos respecto a temáticas de Derechos Sociales. Al respecto pueden verse diversas resoluciones aprobadas sobre temáticas de pobreza y desarrollo social, así como el énfasis otorgado en el 42 Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrado en Cochabamba, Bolivia (2012), cuyo énfasis se centró en la “Seguridad Alimentaria con Soberanía en las Américas”. Uno de los principales avances en esta materia lo constituye la aprobación de la Carta Social de las Américas, en 2012 (*supra* párr. 31). Por otra parte, otra iniciativa de los Estados Parte de especial relevancia en esta materia lo constituye la consolidación del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar los Informes Nacionales Periódicos de los Estados Partes del Protocolo de San Salvador, el cual ha emitido diversos informes en los últimos años. En suma, el recuento de esta evolución normativa y de las prácticas de los Estados, justifica que la interpretación del artículo 26 de la Convención sea actualizada por la Corte con la dirección dada por los Estados en el sentido de ampliar la efectividad de los derechos sociales. (Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Voto Conjunto Concurrente de los Jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 2015)

² 303. Sin perjuicio de lo indicado, a efectos de que la prestación de bienes y servicios básicos sea adecuada y periódica, el Estado deberá elaborar un estudio, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de esta Sentencia, en el que establezca: a) respecto a la entrega de agua potable: 1) la periodicidad en la que las entregas deban realizarse; 2) el método que deba emplearse para realizar las entregas y asegurar la preservación sanitaria del agua, y 3) la cantidad a entregarse por persona y/o por familia; b) respecto a la atención médica y psicosocial, así como la entrega de medicinas: 1) la periodicidad en la que se requiere que personal médico visite la Comunidad; 2) las principales dolencias y enfermedades que los miembros de la Comunidad padecen; 3) las medicinas y el tratamiento necesario para tales enfermedades; 4) la atención pre y posnatal necesaria, y 5) la forma y periodicidad en que se deben llevar a cabo los procesos de vacunación y desparasitación; c) respecto a la entrega de alimentos: 1) los tipos de alimentos a entregar a los miembros de la Comunidad para garantizar una alimentación nutricional adecuada; 2) la periodicidad en la que las entregas deban realizarse; 3) la cantidad de alimentos a entregar por persona y/o por familia; d) respecto al manejo efectivo y salubre de los desechos biológicos: el tipo y cantidad de servicio sanitario a entregar, y e) respecto a la dotación de materiales y recursos humanos a la escuela de la Comunidad: 1) los recursos físicos y humanos que la escuela necesita para garantizar una educación bilingüe adecuada; 2) los materiales que cada alumno necesita para educarse adecuadamente, y 3) los insumos que los profesores de la escuela requieren para impartir sus clases. (Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, 2010).

³ Esta, inclusive, produziu documento com diretrizes para a preparação de indicadores de progresso na área dos DESC. V. OEA/Ser.L/II.132, Doc 14, 19 July 2008 – *Guidelines for Preparation of Progress Indicators in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*.

⁴ Um bom exemplo de direito social melhor desenvolvido na seara internacional do que no âmbito interno brasileiro é o direito à moradia adequada, como se verifica nos Comentários-Gerais nº 04 e nº 07 do Comitê de DESC da ONU.



A internalização das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal e o papel da Defensoria Pública

The internalization of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights by the Supreme Federal Court and the role of the Public Defense

Milena Jackeline Reis

Defensora Pública do Estado de São Paulo – nível II
mjreis@defensoria.sp.def.br

Resumo

A Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos são órgãos do sistema regional interamericano de direitos humanos, responsáveis pela tutela dos direitos humanos consagrados na Declaração Americana de Direitos do Homem e nas Convenções de proteção dos direitos humanos do sistema interamericano. O Brasil já foi julgado por violações de direitos humanos pela Corte Interamericana (caso “Damião Ximenes Lopes” e direitos econômicos, sociais e culturais). O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição e da tutela dos direitos humanos, pode se valer dos entendimentos da Comissão e Corte Interamericanas para fundamentar as suas decisões. O papel da Defensoria Pública na formação do convencimento do Supremo Tribunal Federal, nos temas correlatos aos julgados pela Corte.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos; internalização das decisões da Comissão e Corte Interamericana pelo Supremo Tribunal Federal; a função da Defensoria Pública.

Abstract

The Inter-American Commission and Court of Human Rights are organs of the inter-American regional human rights system, responsible for the protection of human rights enshrined in the American Declaration of Human Rights and in the Conventions for the Protection of Human Rights of the Inter-American System. Brazil has already been tried for violations of human rights by the Inter-American Court (case “Damião Ximenes Lopes” and the economic, social and cultural rights). The Supreme Court, as guardian of the Constitution and the protection of human rights, can use the understandings of the Inter-American Commission and Court to justify its decisions. The role of the Public Defender in the formation of the conviction of the Federal Supreme Court, in matters related to those judged by the Court.

Key-words: *International Human Rights Law; internalization of the decisions of the Commission and the Inter-American Court by the Federal Supreme Court; the role of the Public Defender's Office*



Introdução

A Comissão e a Corte Interamericanas, órgãos do sistema regional de proteção dos direitos humanos, têm diversas manifestações e jurisprudência, no que se refere à tutela de tais direitos. O Supremo Tribunal Federal (STF), como guardião da Constituição, e, por consequência, dos direitos fundamentais, pode se valer dos entendimentos dos órgãos internacionais para fundamentar as suas decisões.

A partir dessa problemática, o trabalho tem por objetivo examinar a internalização das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o papel da Defensoria Pública, nesta internalização. Também se avaliou a questão dos direitos econômicos, sociais e culturais, a partir do caso “Damião Ximenes Lopes” e da atuação de Defensores Públicos Interamericanos, perante a Corte.

No primeiro momento, a pesquisa trouxe análise doutrinária a respeito do uso argumentativo das decisões da Corte Interamericana pelos Tribunais internos.

Posteriormente, verificou quais decisões do Supremo Tribunal citam a jurisprudência da Corte Interamericana. Nesse particular, a pesquisa selecionou temas relativos a direitos humanos, no tópico de “temas relevantes”¹, e utilizou a ferramenta de busca, dentro dos informativos de jurisprudência², contidos no sítio eletrônico do STF.

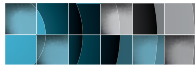
Na etapa seguinte, analisou a atuação da Defensoria Pública na defesa dos direitos humanos e a internalização das decisões da Corte Interamericana, junto ao Supremo Tribunal Federal.

Por fim, abordou o tema dos direitos econômicos, sociais e culturais, na análise do caso brasileiro.

A Força Argumentativa das Decisões da Corte Interamericana

Walter Claudius Rothenburg denominou de “uso retórico (ou argumentativo) do Direito estrangeiro e do Direito Internacional”, a utilização, pela jurisdição constitucional brasileira, do ‘argumento’ do Direito estrangeiro e do Direito Internacional, conferindo densidade e capacidade de persuasão ao discurso jurídico empregado nas decisões³.

Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli ensinam que a aplicação e respeito dos direitos internacional dos direitos humanos pelos tribunais brasileiros organiza-se em quatro etapas, quais sejam: i. internacionalização dos direitos humanos; ii. adesão formal do Estado Brasileiro ao direito internacional dos direitos humanos; iii. reconhecimento da força normativa do direito internacional dos direitos humanos; iv. respeito e internalização do direito internacional dos direitos humanos pelos tribunais locais. A respeito da força argumentativa das decisões da Corte Interamericana, os mesmos autores explicam que é obrigatória a internalização da jurisprudência da Corte pelos tribunais internos, destacando que a jurisprudência da Corte Interamericana já não pode mais ser ignorada pelos Tribunais Nacionais, como era feito no passado⁴.



Para ressaltar a importância do tema (internalização judicial das decisões e opiniões consultivas da Corte Interamericana), o professor Virgílio Afonso da Silva⁵, em estudo publicado em 2010, apresentou o resultado de uma pesquisa nos bancos de dados do Supremo Tribunal Federal, de decisões que fizessem menção à jurisprudência da “Corte Interamericana”, “Corte Suprema de Justiça da Argentina”, “Tribunal Constitucional do Chile”, “Corte Constitucional da Colômbia”, “Suprema Corte dos Estados Unidos” e “Tribunal Constitucional Federal da Alemanha”. Com relação aos quatro primeiros tribunais não foram encontradas quaisquer referências. Já à Suprema Corte dos Estados Unidos e ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha foram encontradas, respectivamente, 80 (oitenta) e 58 (cinquenta e oito) referências.

A partir dessa problemática (ausência de referências a Corte Interamericana como apontado na pesquisa do professor Virgílio Afonso da Silva), o tópico seguinte analisou como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal internalizou as decisões da Corte Interamericana, tendo como base a metodologia acima descrita.

Análise de casos e a internalização da jurisprudência da Corte Interamericana pelo Supremo Tribunal Federal

CASO 1 – Na ADPF 132⁶, ao abordar a questão da união homoafetiva, apenas o Ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto, mencionou decisões da Corte Interamericana. Destacou que a Corte, nos casos Loayza Tamayo *versus* Peru e Cantoral Benavides *versus* Peru⁷, reconhece a proteção jurídica ao projeto de vida do indivíduo, o qual faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana.

Em que pese os dois casos mencionados tratassem de detenção arbitrária, o citado Ministro, utilizou-se dos argumentos relativos ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana (proteção jurídica ao projeto de vida), para embasar a sua decisão de reconhecimento da união homoafetiva.

CASO 2 – Na ADPF 130⁸, que tratou da recepção da Lei de Imprensa pela Constituição da República, o Ministro Celso de Mello citou o art. 14, da Convenção Interamericana, a respeito do direito de retificação ou resposta. Ressaltou que este dispositivo não indica qual a amplitude do direito de resposta, bem como remete a disciplina do tema para a legislação interna de cada Estado, destacando a necessidade de proporcionalidade entre a resposta e a ofensa proferida anteriormente. Todavia, o Ministro esclareceu que, caso haja ausência de legislação interna sobre o direito de resposta, o parecer consultivo nº 7/86, da Corte Interamericana, indicou que a resposta é um instrumento de preservação dos direitos da personalidade do ofendido, devendo ser aplicado independentemente de regulamentação pelo ordenamento jurídico interno do Estado parte.

CASO 3 – No julgamento da Extradicação nº 954⁹, o Ministro Joaquim Barbosa, em decisão monocrática, fez referência à Opinião Consultiva nº 16, da Corte Interamericana, segundo a qual o Estado que efetuou a prisão do estrangeiro deve garantir que a solicitação da



assistência consular chegue ao Estado estrangeiro, bem como que o indivíduo preso tenha conhecimento acerca da assistência consular.

A referida opinião consultiva nº 16 foi solicitada pelo México, com relação as garantias processuais do preso estrangeiro, o devido processo legal na aplicação de pena de morte para estrangeiros e o direito de comunicação e de assistência consular do Estado de nacionalidade do preso. A Corte entendeu que o art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, embora não seja considerado um tratado de Direitos Humanos, dispõe sobre a tutela destes, ao prever o direito à assistência consular do estrangeiro privado de liberdade. Corte também entendeu que o exercício do contraditório e ampla defesa são efetivos (respeito ao devido processo legal), se a pessoa presa puder se comunicar com o funcionário consular, em sua língua nativa, para compreender o procedimento judicial no país onde está detida, suas possibilidades de defesa, eventualmente contar com um advogado fornecido pelo próprio consulado, dentre outras. Por fim, estabeleceu que a pessoa detida, antes de prestar qualquer declaração a autoridade policial ou judicial, deverá ser informada acerca do seu direito à assistência consular.¹⁰

CASO 4 – Na decisão proferida no Habeas Corpus nº 110.237/PA¹¹, impetrado pela Defensoria Pública da União, em que se discutia a competência da justiça militar para processar e julgar o crime de falsificação de carteira de inscrição e registro, emitida pela marinha, o Ministro Celso de Mello fez referência à decisão da Corte Interamericana no caso Palamara Iribarne *versus* Chile, em que ficou determinado que o Estado demandado deveria impedir que qualquer civil fosse submetido à jurisdição dos tribunais penais militares. Em seu voto, o Ministro Celso de Mello fez referência à condenação do Chile a adequar a sua legislação em prazo razoável, para que a jurisdição penal militar ficasse limitada ao processo e julgamento de crimes funcionais cometidos por militares em serviço ativo. O Ministro ainda mencionou que a Corte determinou que o Chile estabelecesse limites à competência material e pessoal dos tribunais militares.¹²

CASO 5 – No informativo de jurisprudência nº 627, de 16 a 20 de maio de 2011¹³, há transcrição do voto do Ministro Celso de Mello, no Recurso Extraordinário nº 565.519/DF, em que se questionava a recusa à participação de um candidato no curso de formação da polícia militar, por contar com ação penal em curso. Nesta decisão, o Ministro Celso de Mello citou a obra “*Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica*” dos professores Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli), na qual há referência à decisão do caso *Cantoral Benavides*, sobre o princípio da presunção de inocência como regra de tratamento de uma pessoa¹⁴.

CASO 6 – Na decisão do HC 126.292/SP¹⁵, noticiado pela transcrição no informativo de jurisprudência nº 820 do STF, o Ministro Celso de Melo fez referência ao caso *Cantoral Benavides*, e argumentou que a apresentação de uma pessoa, nos meios de comunicação, vestida com ‘trajes infamantes’, ofende a garantia da presunção de inocência. Defendeu que a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado, permite que uma pessoa seja tratada como se culpada fosse, sem decisão definitiva, violando, assim, o princípio da presunção de inocência.



CASO 7 – No julgamento do RE 591.054/SC¹⁶, em que se discutia se inquéritos policiais e processos penais poderiam servir como justificativa para exasperar a pena-base, o Ministro Relator Marco Aurélio citou as decisões da Corte Interamericana, nos casos *Ricardo Canese, Cabrera García e Montiel Flores, Tibi e Cantoral Benavides*, em que se entendeu que a responsabilidade penal de uma pessoa só existe após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (princípio da presunção de inocência). Portanto, o Ministro Marco Aurélio fundamentou seu voto, dentre outros argumentos, no entendimento da Corte Interamericana de que processos e inquéritos policiais em curso não podem ser considerados maus antecedentes¹⁷.

CASO 8 – No julgamento do Recurso Extraordinário RE 511.961/SP¹⁸, em que se discutia a obrigatoriedade de diploma para jornalistas, o Ministro Celso de Mello fundamentou sua decisão na Opinião Consultiva da Corte Interamericana nº 5/85, de 13 de novembro de 1985, sobre a interpretação dos artigos 13 e 29 da Convenção Americana. Na referida opinião, a Corte declarou que a obrigatoriedade de diploma em jornalismo e de inscrição em conselho de classe profissional viola o direito à liberdade de expressão em sentido amplo, previsto no art. 13, da Convenção. Quando da fundamentação do seu voto, o Ministro Celso de Mello colacionou tanto parte do pedido da opinião consultiva, feito pela Costa Rica, quanto parte do voto proferido pelos Juízes da Corte.

Ainda no voto desse recurso extraordinário, o Ministro Celso de Mello citou entendimento da Comissão Interamericana, exarado no informe anual da Comissão, de 25 de fevereiro de 2009, no sentido de que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício da profissão, viola o direito à liberdade de expressão.

CASO 9 – Na ADPF 153¹⁹, que entendeu por recepcionada a lei de anistia, o Ministro Celso de Melo mencionou em seu voto às decisões da Corte Interamericana nos casos *Barrios Altos versus Peru, Loayza Tamayo versus Peru* e *Almonacid Arellano versus Chile*, para sustentar que o entendimento então adotado pela Corte não se aplicava à Lei de Anistia Brasileira, por não se tratar de uma lei de auto anistia, mas sim de lei de caráter bilateral.

CASO 10 – Na medida cautelar da ADPF 347²⁰, em que se discutia a superlotação carcerária, o Ministro Marco Aurélio mencionou o art. 7.5 da Convenção Interamericana, que prevê a apresentação da pessoa presa, imediatamente, à autoridade judiciária (audiência de custódia), como uma medida emergencial para reduzir a superlotação carcerária. Por sua vez, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, mencionou entendimento da Comissão Interamericana, externado em um dos “Informes sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas”, segundo o qual os locais de privação de liberdade devem prover a atenção necessária e os recursos essenciais às pessoas privadas de liberdade, caso contrário as prisões estimularão comportamentos antissociais e a reincidência, afastando-se da sua função primordial que é a reabilitação²¹.

CASO 11²² – No julgamento do HC 139.664/GO²³, noticiado pela transcrição no informativo nº 865 do STF, o Ministro Celso de Mello, ao tratar do tema referente a razoável duração do processo e da prisão cautelar, citou jurisprudência da Corte Interamericana, sem especificar o caso, no sentido de que o art. 7.5, da Convenção Interamericana, garante o direito da pessoa, com liberdade restrita, a ser julgada dentro de prazo razoável ou ser posta em



liberdade. Argumentou ainda que, para a Corte, quando o prazo de prisão cautelar ultrapassa o razoável, o Estado poderá limitar a liberdade do acusado com outras medidas cautelares menos lesivas, pois a regra é a liberdade do acusado enquanto aguarda a apuração da responsabilidade penal.

Defensoria Pública e o seu papel na internalização das decisões da Corte Interamericana pelo Supremo Tribunal Federal

A Constituição da República definiu o modelo público de assistência jurídica, integral e gratuita, a ser prestado aos hipossuficientes (CRFB, art. 5º, LXXIV), através da Defensoria Pública (CRFB, art. 134, *caput*).

A Constituição da República (Emenda Constitucional 80/2014) e Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar 132/2009) são alteradas para constar que o Órgão é responsável pela promoção dos Direitos Humanos. Além disso, a Lei Complementar 132/2009 incluiu, nos objetivos da Defensoria, a prevalência e efetividade dos Direitos Humanos (LC, 80/94, art. 3º-A), para em seguida elencar diversas funções institucionais ligadas, precipuamente, a promoção e proteção dos direitos humanos (LC 80/94, art. 4º, III, VI, X, XI, XVII, XVII).

A Defensoria Pública atua no âmbito interno, nos mais diversos tipos de ações e Tribunais, bem como perante a Comissão e Corte Interamericanas. No tocante a Comissão, a Defensoria²⁴ pode levar um caso de violação de direitos humanos, patrocinando a defesa das vítimas, uma vez que apenas perante a Comissão a vítima tem direito de petição. Já na Corte, como a vítima não tem direito de petição²⁵, a tutela do ofendido fica adstrita a manifestação no procedimento contencioso perante o Órgão Internacional. Após um acordo com a Associação Interamericana de Defensores Públicos (AIDEF), o regulamento da Corte Interamericana, foi alterado para prever que, caso a vítima não tenha condições de contratar um advogado, a Corte possa indicar um Defensor Interamericano²⁶ para fazer a defesa de seus interesses durante o processo (Regulamento da Corte, art. 37). Foi a primeira vez que o regulamento da Corte incluiu, no seu regulamento, a figura do Defensor Público Interamericano (DPI). A Defensoria Pública pode também atuar, perante os Órgãos interamericanos, como *amicus curiae*²⁷.

Tanto a Corte, quanto a Comissão, já se manifestaram sobre diversos temas de direitos humanos, alguns inclusive internalizados pela jurisprudência pátria, conforme acima examinado.

A Defensoria Pública, pela análise dos casos supra apresentados, atuou de maneira direta em dois casos individuais, quais sejam, Habeas Corpus nº 110.237/PA (competência da justiça militar para processar civis) e RE 591.054/SC (exasperação da pena-base em razão de inquéritos policiais e processos criminais em curso).

Nos casos 4 e 6, não foi possível a este trabalho verificar se a Defensoria Pública, nos seus arrazoados, trouxe argumentos da Corte Interamericana para fundamentar o seu pedido,



pois as referidas ações dizem respeito a processos físicos, os quais a presente pesquisa não teve acesso.

Por sua vez, na ADPF 347 (superlotação do sistema carcerários), há quatro Defensorias Estaduais – Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, São Paulo e Distrito Federal –, Defensoria Pública da União, ANADEP (Associação Nacional de Defensores Públicos) habilitadas como *amici curiae*. A Defensoria Pública do Estado do Paraná requereu habilitação como *amicus curiae*, todavia, até o presente momento (27 de julho de 2017), o relator ainda não se manifestou sobre o ingresso deste Órgão.

Portanto, como o caso 10, encontra-se em fase inicial, medida cautelar deferida e habilitação por parte dos interessados, não há ainda nenhuma manifestação sobre o tema objeto da ação – superlotação do sistema carcerário. Tal análise poderá ser objeto de pesquisa futura.

Por fim, ainda com relação ao caso 10, a Defensoria Pública²⁸ e ANADEP ingressaram com reclamação no STF, para garantir o cumprimento da decisão liminar (implementação de audiência de custódia), em razão da não apresentação dos presos em até vinte e quatro horas a autoridade judiciária competente.

Assim, dos onze casos investigados, em três deles a Defensoria Pública exerceu ou exerce (ADPF 347 está pendente de julgamento) o seu papel de defesa dos direitos humanos, seja no patrocínio direto da causa, seja na qualidade de *amicus curiae*, seja pleiteando o cumprimento da decisão do Supremo, via reclamação constitucional.

Entretanto, mesmo nos casos discutidos em que não houve manifestação direta da Defensoria Pública, os temas de direitos humanos são pautas de trabalho da instituição. Como nos exemplos que abaixo seguem.

No que diz respeito à liberdade de expressão, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ingressou com denúncia perante a Comissão Interamericana, para declaração de incompatibilidade do crime de desacato com relação ao art. 13 da Convenção (liberdade de pensamento e expressão).

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial²⁹ interposto pela Defensoria Pública, afastou a condenação de uma pessoa pelo delito de desacato, em razão da incompatibilidade do art. 311 do Código Penal, com as disposições da Convenção Interamericana sobre liberdade de pensamento e expressão. Ressaltou que eventuais abusos do cidadão, em face do agente público, poderiam ensejar a responsabilização penal, por outro tipo.

Por sua vez, a Terceira Sessão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de *Habeas Corpus*³⁰ impetrado pela Defensoria Pública, entendeu que o crime de desacato continua vigente no ordenamento jurídico pátrio. O voto vencedor do Ministro Antônio Saldanha Palheiro destacou que o desacato não ofende a liberdade de expressão, desde que a manifestação da pessoa seja de maneira educada e cordial.

O entendimento do pleno do Supremo Tribunal Federal, no caso 6 (execução provisória de sentença, para réu solto) é bastante problemática. Isso porque, os Tribunais de Justiça estão determinando a expedição de mandado de prisão, para réu solto, quando do julgamento do recurso de apelação. Todavia, muitas das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São



Paulo, por exemplo, tendem a serem modificadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça³¹. Por conseguinte, como a Defensoria Pública é responsável pela defesa da maioria das pessoas processadas criminalmente³², tal jurisprudência pode trazer prejuízo a defesa, optando órgão de execução por manejar *habeas corpus*, ao invés de recursos especial e/ou extraordinário.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Sistema Interamericano, o caso “Damião Ximenes Lopes” e Supremo Tribunal Federal

O art. 26, da Convenção Interamericana, apenas menciona que os Estados-partes se comprometem a adotar, de maneira progressiva, os direitos econômicos sociais e culturais.

Em 1988, no âmbito interamericano foi assinado o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre direitos humanos, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), o “Pacto de San Salvador”. Tal protocolo elenca uma série de direitos, dentre eles, direitos ao trabalho, sindicais e à previdência social, direito à saúde, meio ambiente sadio, à alimentação, direito à educação, cultura, direitos da criança, da pessoa idosa, da pessoa deficiente e de proteção à família.

Protocolo de San Salvador, no seu artigo primeiro³³ trata da obrigação dos Estados-partes, no tocante a adoção de medidas capazes de efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais, na medida dos recursos disponíveis e da progressividade.

Em razão da progressividade e da disponibilidade financeira, a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais é diminuta se comparada a efetividade dos direitos civis e políticos³⁴. Os Estados sempre justificam a não implementação efetiva de determinado DESC na ausência de recursos materiais.

A problemática da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, também levanta outro tema: tais direitos são exigíveis dos Estados-partes no âmbito de proteção judicial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

De acordo com o art. 19, [6], Pacto de San Salvador é possível o peticionamento individual a Comissão Interamericana, quando houver violação dos direitos sindicais e à educação. Os demais direitos (art. 19, Pacto de San Salvador) ficarão sujeitos a sistemática de relatórios a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Mesmo com essas questões acerca do caráter programático dos direitos econômicos, sociais e culturais e a previsão limitada de peticionamento individual, a Comissão e Corte Interamericanas indiretamente reconhecem alguns direitos econômicos, sociais e culturais³⁵. Portanto, tais órgãos entendem que os DESC são reflexos de alguns direitos civis e políticos, como, por exemplo, direito à saúde x direito à vida e à integridade física, direito previdenciário x direito à propriedade.

O presente trabalho, para ficar adstrito ao caso brasileiro, examinou os fundamentos da Corte Interamericana com relação ao caso Damião Ximenes Lopes.



O Estado Brasileiro foi acionado na Corte pela Comissão Interamericana, em razão das lesões e morte sofrida por Damião Ximenes Lopes³⁶, após três dias de internação, na clínica de repouso de Guararapes, vinculada ao SUS, bem como da omissão do Estado Brasileiro em investigar e punir o caso (de 1999 a 2006, o processo criminal não tinha decisão em primeiro grau de jurisdição).

A Corte, no caso, entendeu pela responsabilidade internacional do Estado Brasileiro, no tocante aos seguintes direitos: i. ofensa ao direito à vida (Convenção, art. 4.1); ii. ofensa ao direito a integridade física e psíquica (Convenção, art. 5.1); iii. ofensa a proibição de tratamento cruéis, desumanos e degradantes (Convenção, art. 5.2); iv. ofensa às garantias judiciais (Convenção, art. 8.1); v. violação à proteção judicial (Convenção, art. 25.1); vi. violação a obrigação de respeitar os direitos (Convenção, art. 1.1).

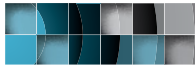
No âmbito das reparações, o Estado foi condenado a garantir, em prazo razoável, processo judicial com a finalidade de investigar e punir os responsáveis pelas lesões e morte de Damião Ximenes Lopes. Também foi condenado a publicar a sentença da Corte em jornal de ampla circulação nacional. O Estado foi condenado a promover e/ou manter programa de formação e capacitação para funcionários da saúde mental, em especial sobre os princípios sobre o trato das pessoas com deficiência mental. Também sofreu condenação para reparar os danos morais e materiais aos familiares da vítima. O Estado deveria, após um ano da publicação da sentença da Corte, apresentar um relatório, com as medidas adotadas para o cumprimento da sentença.

Apesar de reconhecer a violação de direitos civis e políticos (acima descritos), por via reflexa, na fundamentação da decisão, a Corte³⁷ trouxe a necessidade por parte do Estado de adotar medidas concretas para proteção de grupo vulneráveis, tais como, idosos, crianças, indígenas, pessoas em extrema pobreza, pessoas com deficiência (DESC):

A Corte reitera que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a **adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre, como a deficiência.**

Nesse sentido, os Estados devem levar em conta que os grupos de indivíduos que vivem em circunstâncias adversas e com menos recursos, tais como as pessoas em condição de extrema pobreza, as crianças e adolescentes em situação de risco e as populações indígenas, enfrentam um aumento do risco de padecer de deficiências mentais, como era o caso do senhor Damião Ximenes Lopes. É direto e significativo o vínculo existente entre a deficiência, por um lado, e a pobreza e a exclusão social, por outro. Entre as **medidas positivas a cargo dos Estados encontram-se, pelas razões expostas, as necessárias para evitar todas as formas de deficiência que possam ser prevenidas e estender às pessoas que padeçam de deficiências mentais o tratamento preferencial apropriado a sua condição.** Grifou-se.

No tocante aos DESC junto a Corte Interamericana, atualmente as colegas Silvia Martínez (Argentina) e Rivana Barreto Ricarte de Oliveira (Brasil) estão atuando como Defensoras Públicas Interamericanas no caso “*Poblete Vilches y familia vs. República do Chile*”³⁸. Neste processo perante a Corte apura-se a responsabilidade do Chile com relação à violação do direito à vida, a integridade física, e a ausência de tratamento médico adequado de Vinicio Antonio Poblete Vilches, quando internado em hospital público, dentre outros direitos.



Ainda no âmbito da Corte, as colegas Isabel Penido de Campos Machado (Brasil) e Renée Mariño Alvarez (Uruguai) atuam como Defensoras Públicas Interamericanas no caso “*Oscar Muelle Flores vs. Peru*”³⁹. Neste caso o Peru foi acionado, pois deixou de cumprir decisão judicial interna relacionada ao direito previdenciário de Oscar Muelle Flores. Alega-se violação ao direito de propriedade de Oscar, pelo não pagamento das verbas previdenciárias (direito previdenciário), bem como violação à razoável duração do processo (garantias judiciais).

Por ora, pelos exemplos acima lançados, o âmbito de proteção judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais pela Comissão e Corte restringem-se a violações de ordem reflexa, quando também violado um direito civil e político.

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, em pesquisa realizada no sítio eletrônico da Corte, encontrou apenas uma decisão em que se menciona o Pacto de San Salvador. Trata-se da decisão na Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5296/DF⁴⁰, sobre autonomia funcional e administrativa e iniciativa da proposta orçamentária das Defensorias Públicas da União e Distrito Federal (CRFB, art. 134, § 3º). Na oportunidade, a Ministra Relatora Rosa Weber argumentou que “*Defensoria é um ‘direito a ter direitos’ e, nesta qualidade, sobressai seu caráter de direitos humanos. Por conseguinte, é um direito cuja implementação progressiva advém do comando do art. 1º e art. 2º, do Protocolo de San Salvador*”.

Considerações Finais

Hodiernamente, Defensores Públicos Interamericanos atuam na defesa de vítimas de violação de direitos humanos, perante a Corte Interamericana. Os DPI dão voz, perante a Corte, aos ofendidos. Portanto, a Defensoria Pública, através dos Defensores Interamericanos ou de manifestação como *amicus curiae*, é protagonista na construção da jurisprudência de direitos humanos em favor dos necessitados. Jurisprudência esta que poderá ser internalizada no ordenamento pátrio como *ratio decidendi* pelo Supremo Tribunal Federal.

Os entendimentos da Comissão e a Corte Interamericana, sobre direitos humanos, podem servir para fundamentar pleito na defesa dos necessitados, por parte das Defensorias Públicas, para embasar, com argumentos de proteção a tais direitos, as decisões do Supremo Tribunal Federal e, também, para orientar os Estados na implementação de políticas públicas, tanto de direitos civis e políticos, quanto de direitos econômicos, sociais e culturais, e na elaboração de leis.

Entretanto, percebe-se, claramente, que esse suporte, seja argumentativo, seja de execução de políticas voltadas à proteção dos direitos humanos, ainda é timidamente internalizado pelo Estado Brasileiro – apenas em poucos casos houve citação expressa de entendimento da Corte como argumento para tomada de decisão.

No tocante a atuação da Defensoria Pública, na formação do convencimento dos Ministros do Supremo Tribunal com argumentos da jurisprudência da Corte, não foi possível verificar se as Defensorias utilizam, em suas manifestações, jurisprudência interamericana. Isso



porque, os casos 04 e 06 eram de processos físicos e o caso 10 não havia manifestação das Defensorias sobre o mérito. Além disso, nenhum caso da Corte, com atuação de Defensor Público Interamericano perante o órgão internacional, foi citado pelo STF, nas suas razões de decidir.

Portanto, a Defensoria, que tem papel central na formação do entendimento de defesa dos direitos humanos, especialmente no que tange a internalização da jurisprudência interamericana, atua de maneira incipiente, assim como o próprio Supremo Tribunal Federal.

O desafio hoje da Defensoria é pautar a sua atuação no sentido de trazer ao Tribunal Constitucional os entendimentos da Corte Interamericana sobre temas de direitos humanos em geral.

Referências Bibliográficas

AIDEF. <<http://aidef.org/defensores-publicos-interamericanos/casos-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>>

ARGENTINA. Ministério Público da Defesa. Processos perante a Corte Interamericana. Defensores Públicos Interamericanos. <<http://www.mpd.gov.ar/index.php/defensores-publicos-interamericanos/334-casos-antes-la-corte-idh>>

BRASIL. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. <<https://www.defensoria.sp.def.br>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. <<http://stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3410543>>

BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações penitenciárias (INFOPEN) – junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>

BRASIL. Defensoria Pública da União. <http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Amicus_curiae-OC_Costa_Rica.pdf>

WASHINGTON D.C. EUA. Comissão Interamericana. <<http://www.oas.org/es/cidh>>

WASHINGTON D.C. EUA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. <<http://www.corteidh.or.cr/>>

WASHINGTON D.C. EUA. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, sociais e culturais. : <http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>

BARREIROS, Wilza Carla Folchini. “A proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos”. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/jornaldpu/edicao_8/5-a-protecao-dos-direitos.pdf>, acesso em 04 mar.18.



BOTTINO, Thiago; HARTMANN, Ivar. “Radiografia do Habeas Corpus no STJ”. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, nº 153, dez/2013, p. 2. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/radiografia_do_habeas_corpus_no_stj_-_boletim_ibccrim_253_dezembro-2013.pdf>, acesso em 28 jul. 17.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direitos Humanos Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 434, 447-448.

RAMOS, André de Carvalho. “Processo Internacional de Direitos Humanos”. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, André de Carvalho. “Teoria Geral dos Direitos Humanos”. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso. “Integração e o diálogo constitucional na América do Sul”. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; e ANTONIAZZI, Mariela (orgs). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 528-529.

ROTHENBURG, Walter Claudius. “Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade: o caso brasileiro da lei de anistia”. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 338.

¹ BRASIL. Temas relevantes (Res. n. 474/11). Apresenta lista com casos com valor histórico e relevância no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/temasRelevantes.asp>>. Acesso em 16 jul. 2017.

² BRASIL. Informativo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>>. Acesso em 16 jul. 2017.

³ ROTHENBURG, Walter Claudius. “Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade: o caso brasileiro da lei de anistia”. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 338.

⁴ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direitos Humanos Atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 434, 447-448.

⁵ A pesquisa excluiu as cartas rogatórias e decisões em extradições. O pesquisa feita também não abrangia decisões monocráticas. SILVA, Virgílio Afonso. “Integração e o diálogo constitucional na América do Sul”. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; e ANTONIAZZI, Mariela (orgs). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 528-529.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. União homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132-RJ. Requerente Governador do Estado do Rio de Janeiro. Ministro Relator Carlos Ayres Brito. 5 mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 02 set. 2014.

⁷ O caso *Cantoral Benavides* referiu-se a detenção arbitrária (sem mandado de prisão) do estudante Luis Alberto Cantoral Benavides, pela polícia antiterrorismo do Peru, pela suposta prática de delito de traição à pátria, por envolvimento no grupo “Sendero Luminoso”. O Peru foi condenado por violação aos direitos de liberdade pessoal, de integridade pessoal (física e psíquica) e de garantias judiciais, ao pagamento de indenização por dano material e moral, fornecimento de bolsa de estudos na universidade à vítima (viabilizar que Luis retomasse o seu projeto de vida, pois quando detido cursava Biologia), dentre outras medidas. Tal caso foi melhor explicitado no presente trabalho, em razão das diversas decisões que o citam. WASHINGTON D.C. EUA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Cantoral Benavides* Vs. Peru. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf>, acesso em 22 jul. 17.



⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Lei de Imprensa. Regime Constitucional da “liberdade de informação jornalística”. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.130-DF. Requerente Partido Democrático Trabalhista. Ministro Relator Carlos Ayres Brito. 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 02 set. 2014.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Extradicação n. 954/Itália. Requerente Governo da Itália. Extraditando Marcel Van Den Berg. 07 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+954%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/q23rs4u>>. Acesso em: 13 set. 2014.

¹⁰ O Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3)¹⁰, no julgamento de Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Federal, entendeu que é dever do Estado prestar assistência consular ao preso estrangeiro como corolário do devido processo legal; fixou multa diária ao Estado de São Paulo no caso de descumprimento de tal obrigação; asseverou que a ausência de assistência consular, por si só, não enseja uma nulidade, havendo necessidade de análise do caso concreto. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Acórdão na apelação cível nº 0006394-33.2007.4.03.6119/ SP. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3410543>>, acesso em 23 jul. 17.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Competência para julgamento de crime militar em sentido impróprio. *Habeas Corpus* n. 110.237/PA. Paciente Carlos Nunes de Azevedo. Impetrante Defensoria Pública da União. 2ª Turma. Ministro Relator Celso de Mello. 19 fev. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3456276>>. Acesso em 16 jul. 2017.

¹² Essa visão restritiva da jurisdição dos tribunais penais militares foi objeto de medida cautelar no caso “Parque São Lucas” contra o Brasil (para conter tentativa motim na Delegacia de Polícia de São Paulo, cinquenta presos foram alocados em uma cela forte de um metro por três, houve dispersão de gases lacrimogênicos, dezoito presos morreram e dozes foram hospitalizados). A Comissão recomendou ao Estado Brasileiro que adotasse as medidas legislativas necessárias para transferir da justiça militar para a justiça penal comum a competência para processar e julgar os crimes comuns cometidos por policiais militares¹². A Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996, então, alterou os dispositivos da legislação em vigor (Código Penal e Processo Penal Militar), transferindo a competência para processo e julgamento dos crimes dolosos contra vida praticados por policiais militares contra civis. WASHINGTON D.C. EUA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório 40/03, mérito Caso 10.301, Parque São Lucas, São Paulo. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.10301.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presunção Constitucional de Inocência. Esfera Administrativa. Cursos e Concursos. Recurso Extraordinário n. 565.519/DF. Informativo de jurisprudência n. 627. Brasília, 16 a 20 mai. 2011. Transcrição do Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo627.htm#transcricao1>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

¹⁴ Igual é a citação na transcrição do voto da AC 2763-MC/RO, do Ministro Celso de Mello. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Condenação Criminal Recorrível. Inelegibilidade. Lei da Ficha Limpa. AC 2763-MC/RO. Informativo de jurisprudência n. 616. Brasília, 14 a 18 de fev. 2011. Transcrição do voto do Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo616.htm>>. Acesso em: 02 set. 2014.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presunção de Inocência. Direito Fundamental. Pena. Execução Provisória. Impossibilidade. *Habeas Corpus* nº 126292/SP. Informativo de jurisprudência n. 820. Brasília, 4 a 8 abr. 2016. Transcrição do Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo820.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pena. Fixação. Antecedentes criminais. Inquéritos e processos em curso. Desinfluença. Recurso Extraordinário 591.054/SC. Reclamante Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. 17 dez.2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=304686354&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 16 jul. 2017.

¹⁷ A presunção de inocência e sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana são questões bastante atuais no sistema jurídico nacional. Isso porque o Supremo Tribunal, no *habeas corpus* nº 126.292/SP, entendeu que é possível a execução provisória da pena, independentemente do trânsito em julgado da decisão, ou seja, os Tribunais de Justiça, caso o acusado esteja respondendo solto à ação penal, a partir da decisão de segunda instância (recurso de apelação, embargos de declaração e/ou embargos infringentes e de nulidade), poderão determinar a expedição de



mandado de prisão, para o cumprimento imediato da pena, mesmo que ainda pendente julgamento de recursos especial e/ou extraordinário.

O pleno do STF, por maioria, entendeu ser possível a execução provisória da pena, com expedição de mandado de prisão ao acusado solto, após decisão condenatória ou confirmatória de condenação, em segunda instância. Todavia, nos informativos de jurisprudência, no tópico transcrições – que tem por objetivo, divulgar o pensamento do Tribunal, bem como despertar o interesse da comunidade jurídica – há reprodução integral de voto do Ministro Celso de Mello, cujo entendimento foi contrário àquele exarado pelo pleno, ou seja, o referido Ministro entendeu que a execução antecipada da pena, com a expedição de mandado de prisão, na pendência de julgamento de recursos especial e/ou extraordinário, quando o acusado se encontra solto, viola a garantia da presunção de inocência. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Notícias STF. Brasília, 05 out.2016, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>, acesso em 16 jul.2017.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Diploma jornalista para exercício da profissão. Recurso Extraordinário n. 511.961/SP. Requerente Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo. Ministro Relator Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. 17 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 02 set. 2014.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recepção da Lei de Anistia. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153/DF. Requerente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. 29 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Custodiado. Integridade Física e Moral. Sistema Penitenciário. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Ministro Relator Marco Aurélio. Tribunal Pleno. 09 set.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 16 jul. 2017.

²¹ Na Transcrição do voto na Rcl 25.119-MC/DF, o Ministro Celso de Mello faz a mesma citação do entendimento da Comissão Interamericana. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sistema Penitenciário. “Estado de Coisas Inconstitucional”. Súmula Vinculante nº 56. Reclamação 25119-MC/DF. Informativo de jurisprudência nº 843. Brasília, 10 a 14 out.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo843.htm#transcricao1>>, acesso em 16 jul.2017.

²² Foram um total de treze casos examinados. Todavia, em dois casos há repetição integral da jurisprudência da Corte, por essa razão, a pesquisa não fez menção no corpo do texto, apenas nas notas de rodapé.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Prisão Cautelar. Duração excessiva. Inadmissibilidade. *Habeas Corpus* nº 139664/SP. Informativo de jurisprudência n. 865. Brasília, 15 a 19 mai. 2017. Transcrição do Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo865.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

²⁴ Seguem alguns exemplos: a Defensoria Pública do Estado de São Paulo acionou a Comissão Interamericana para que fosse reconhecida a incompatibilidade do art. 311, CP (crime de desacato), com relação ao art. 13 da CIDH. BRASIL. Defensoria Pública do Estado de São Paulo aciona Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra condenação por desacato. <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=43218&idPagina=1&flaDestaque=V>>, acesso em 22 jul.17.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro acionou a Comissão, em razão a superlotação e problemas estruturais (ausência de concessão dos benefícios da Lei de Execução Penal; ausência de medicamentos e equipe médica mínima; falta de alimentação adequada, etc.) no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. WASHINGTON D.C. EUA. Comissão Interamericana. Medida Cautelar 208-16. <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC208-16-ES.pdf>>, acesso em 22 jul.17.

²⁵ A Corte é acionada através de peticionamento da Comissão (faz uma espécie de juízo de admissibilidade) ou do Estado-parte da Convenção Interamericana (CIDH) que aceitou a jurisdição contenciosa da Corte (CIDH, arts.61 e 62).

²⁶ No presente momento, há intervenção de Defensores Públicos Interamericanos em dez casos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. AIDEF. Casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://aidef.org/defensores-publicos-interamericanos/casos-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>>, acesso em 16 jul.2017.



²⁷ A Defensoria Pública da União protocolizou manifestação, na opinião consultiva, sobre o direito das pessoas trans. BRASIL. Defensoria Pública da União. Memorial de *amicus curiae*. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Amicus_curiae-OC_Costa_Rica.pdf>, acesso em 23 jul. 17.

²⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Liminar determina que TJ-GO observe prazo para realização de audiências de custódia. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=343113>>, acesso em 23 jul. 17.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Desacato e incompatibilidade com a Convenção Americana. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1564541&tipo=0&nreg=201600321060&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170201&formato=PDF&salvar=false>>, acesso em 23 jul. 17.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Desacato não ofende a liberdade de expressão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1595452&tipo=0&nreg=201603035423&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170630&formato=PDF&salvar=false>>, acesso em 23 jul. 17.

³¹ Segundo pesquisa de Bottino e Hartmann, um em cada dois *habeas corpus* impetrado contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, há concessão da ordem. BOTTINO, Thiago; HARTMANN, Ivar. “Radiografia do Habeas Corpus no STJ”. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, nº 153, dez/2013, p. 2. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/radiografia_do_habeas_corpus_no_stj_boletim_ibccrim_253_dezembro-2013.pdf>, acesso em 28 jul. 17.

³² De acordo com relatório do INFOPEN, a Defensoria Pública é responsável por 63% da prestação da assistência jurídica gratuita nos estabelecimentos prisionais. BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações penitenciárias (INFOPEN) – junho de 2014, p. 100. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terceira-relatorio-depen-versao-web.pdf>>, acesso em 28 jul.17.

³³ “Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo”. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>, acesso em: 04 mar.18.

³⁴ No mesmo sentido RAMOS, André de Carvalho. “Teoria Geral dos Direitos Humanos”. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 233.

³⁵ A colega analisou a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais pela Corte interamericana na perspectiva de reconhecimento indireto ou reflexo de tais direitos. BARREIROS, Wilza Carla Folchini. “A proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos”. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/jornaldpu/edicao_8/5-a-protacao-dos-direitos.pdf>, acesso em 04 mar.18.

³⁶ SÃO JOSÉ. Costa Rica. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença de mérito, reparações e custas, Caso Damião Ximenes Lopes *versus* Brasil, sentença de 04 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 04 mar.18.

³⁷ Idem.

³⁸ ARGENTINA. Ministério Público da Defesa. Processos perante a Corte Interamericana. Defensores Públicos Interamericanos. Caso “*Poblete vilches y Familiares vs. República do Chile*”. Disponível em: <<http://www.mpd.gov.ar/index.php/defensores-publicos-interamericanos/334-casos-antes-la-corte-idh/3968-caso-no-12-695-poblete-vilches-y-familiares-vs-republica-de-chile>>. Acesso em: 04 mar.18.

³⁹ ARGENTINA. Ministério Público da Defesa. Processos perante a Corte Interamericana. Defensores Públicos Interamericanos. Caso “*Oscar Muelle Flores vs. Peru*”. Disponível em: <<http://www.mpd.gov.ar/index.php/defensores-publicos-interamericanos/334-casos-antes-la-corte-idh/3970-caso-no-12-772-oscar-muelle-flores-vs-peru>>. Acesso em: 04 mar.18.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Autonomia funcional e administrativa e iniciativa de proposta orçamentária às Defensorias Públicas da União e Distrito Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5296/DF. Requerente Presidente da República. Relatora Ministra Rosa Weber. Tribunal Pleno. 18 mai.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12013131>>, acesso em: 04 mar.18.



O papel da Defensoria Pública do Estado de São Paulo no acesso a direitos econômicos, sociais e culturais de pessoas refugiadas ou imigrantes

*The role of Public Defender of the State of São Paulo in the access to
economic, social and cultural rights of refugees or immigrants*

Davi Quintanilha Failde de Azevedo

Defensor Público do Estado de São Paulo, Coordenador Auxiliar do Núcleo Especializado em
Cidadania e Direitos Humanos, Mestrando em Direitos Humanos FD-USP
dqazevedo@defensoria.sp.def.br

Resumo

A concepção de que a população migrante tem os mesmos direitos que a população nacional não é recente, estando presente no ordenamento pátrio mesmo antes da atual constituição. Todavia, tais direitos não são efetivados na prática, faltando políticas públicas que de fato atendam aos anseios da população migrante. Nesse sentido, a nova Lei de Migração vem reafirmar o mandamento constitucional de igualdade entre nacionais e migrantes. Aqui exsurge o papel das instituições nacionais na efetivação de tais direitos, inclusive os de caráter econômico, social e cultural. O presente ensaio busca trazer o papel da Defensoria Pública de São Paulo na efetivação e reafirmação de direitos da população migrante, traçando desafios e perspectivas para política públicas sobre o tema.

Palavras-chave – Defensoria Pública do Estado; Migração; Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Abstract

The conception that the migrant population has the same rights as the national population is not recent, being present in the national order even before the present Constitution. However, these rights are not implemented in practice, lacking public policies that actually meet the aspirations of the migrant population. In this sense, the new Migration Law reaffirms the constitutional mandate of equality between nationals and migrants. Here, the role of national institutions in the realization of such rights, including those of economic, social and cultural nature is fundamental. The present essay seeks to bring the role of the Public Defender of São Paulo in the reaffirmation of the rights of migrant population, outlining challenges and perspectives for public policy on the subject.

Keywords - Public Defender's Office; Migration; Economic, Social and Cultural Rights.



Introdução

Os fenômenos migratórios recentes, dentre os quais se pode destacar o causado por desastre ambiental no Haiti, os provocados pela crise política venezuelana, ou mesmo os fluxos surgidos por motivos econômicos, como o dos migrantes bolivianos que procuram por melhores condições de vida no Brasil, tem provocado o aumento da população migrante em grandes metrópoles, como na cidade de São Paulo. Nesse sentido, apenas no Estado de São Paulo estima-se que existam 908,345 mil imigrantes regulares, sendo que em todo o Brasil o número total de imigrantes estaria em 1.849.915 mil em 2015¹. Tal concentração de migrantes em grandes centros demanda políticas públicas específicas que consigam efetivar direitos básicos de tal população, incluídos os de caráter social.

A partir de tal realidade, surge a necessidade de se encontrar outras formas de garantir que indivíduos, independentemente do motivo que gerou a sua movimentação, possuam um patamar mínimo legal de proteção jurídica condizente com sua condição de ser humano².

Assim, cada vez mais a Defensoria de São Paulo tem recebido demandas originadas de migrantes, refugiados, ou mesmo de brasileiros e brasileiras que tiveram relacionamento com pessoas de outros países, muitas vezes com filhos ou filhas que nasceram também fora do Brasil, os quais podem ter demandas que exijam a aplicação de tratados internacionais (a exemplo da Convenção de Haia sobre o sequestro internacional de crianças) ou mesmo do direito estrangeiro (nos casos, por exemplo, de sucessão).

Temas como cooperação jurídica internacional, auxílio direto, direito internacional privado, direitos humanos dos refugiados e da população migrante em geral são de extrema importância e precisam ser incorporados e aplicados pelo sistema de justiça, sendo uma realidade cada vez mais presente no dia a dia.

Além disso, é preciso ainda levar em consideração as diversas dificuldades e barreiras do próprio direito social de acesso à justiça enfrentadas pela população migrante. Vale destacar que a negativa de direitos sociais básicos à população em geral é uma realidade brasileira, mas que no caso de migrantes as dificuldades encontradas são ainda maiores, dadas as barreiras linguísticas, o preconceito estrutural, falta de conhecimento de autoridades a respeito de normativas específicas que regem o tratamento da população migrante.

Um dos exemplos de negativa de direitos é o da não aceitação do Protocolo de Refúgio como documento de identificação válido. Apesar da proteção trazida pela Lei 9.474/1997 e constar expressamente que no protocolo, que ele constitui documento de identidade válido em todo o território nacional, sendo prova da condição migratória regular do seu titular, não é incomum que refugiados, que necessitam provar sua identidade por documento oficial para ter acesso a serviços e direitos sociais básicos, enfrentem dificuldades ante a recusa de entidades públicas e privadas de aceitarem como documento válido o Protocolo. Isso porque tal documento possui uma aparência precária, consistindo em simples folha de papel. Destaque-se que sobre este assunto, a Defensoria Pública da União em São Paulo ajuizou uma Ação Civil Pública para obrigar a União a admitir que tal documento provisório seja aceito como documento de identidade³.



A igualdade de direitos e de tratamento no contexto da circulação de pessoas

No âmbito geral dos direitos humanos, normas relativas aos refugiados e apátridas representam um ponto de inflexão na medida em que é crescente o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos, independentemente de sua nacionalidade. Todavia, a efetiva implementação de tais direitos é relegada aos Estados que recebem tal população⁴, o que por vezes redundando na criação de critérios discriminatórios ou que deixam ampla margem de discricionariedade ao órgão executor de determinada política pública, sobremaneira as de caráter social.

De todo modo, o fortalecimento de um regime internacional de direitos humanos provoca a redefinição de fronteiras a partir da noção da universalidade de direitos individuais, que não depende de limitações geográficas para terem validade e não poderiam sofrer interferências não baseadas em critérios justos. Assim, cada vez mais os direitos são atribuídos em razão da dignidade da pessoa humana, surgindo uma espécie de cidadania pós-nacional ou transnacional⁵.

Por outro lado, não há no âmbito internacional, um direito de imigração autônomo, uma vez que se entende ainda que está no âmbito do poder discricionário do Estado a decisão de quem faz parte da sua população. Desse modo, a exclusão do imigrante dos processos decisórios que afetam sua própria situação garante a continuidade dessa situação⁶, em que o reconhecimento de certos direitos depende do alvedrio do Estado que confere determinado *status* ao indivíduo originário de outro país.

No que tange à efetivação de direitos da população migrante, a Corte Interamericana, na Opinião Consultiva nº18/03 entendeu que são inadmissíveis distinções de tratamento que conduzam a situações contrárias à justiça. Assim, seria discriminatória qualquer distinção que careça de justificativa objetiva e razoável e que não guarde relação de proporcionalidade entre seu propósito e meios utilizados. Além disso, afirmou a Corte que os princípios de igualdade e não-discriminação devem se aplicar não apenas aos indivíduos que estejam regularmente no território de um Estado, mas a todos os que se encontrem sob sua jurisdição, em situação regular ou irregular⁷.

Vale ainda destacar que na referida Opinião Consultiva emanada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos resta claro que o princípio da igualdade e não discriminação possui um caráter fundamental para a salvaguarda dos direitos humanos tanto no direito internacional como no interno. Por conseguinte, os Estados têm a obrigação de não introduzir em seu ordenamento jurídico normas discriminatórias, de eliminar do referido ordenamento as normas de caráter discriminatório e de combater as práticas discriminatórias.⁸

O princípio da igualdade é reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos como “fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, do qual decorre o direito a ser tratado igualmente e sem discriminação, nos termos do artigo 2º: “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.”



Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o artigo 26 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos traz a proibição da discriminação por situação econômica e o art. 24 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos garante igual proteção perante a lei.

No âmbito interno, estrangeiros residentes no Brasil têm os mesmos direitos à vida, liberdade, segurança etc. que os nacionais, desde a Constituição Federal de 1891. O art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988 assegura tratamento igualitário aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Destarte, o Brasil teria uma das legislações mais avançadas ao equiparar o estrangeiro ao nacional, sendo certo que um sistema jurídico universalista e uma sociedade plural só trazem benefícios à sociedade⁹.

O Papel das instituições nacionais na defesa de direitos sociais no contexto da circulação internacional de pessoas

Nesse contexto de necessidade de efetivação de Direitos Humanos, deve-se destacar o advento da nova Lei de Migração brasileira (Lei 13.445/17), que revogou expressamente o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) e a Lei 818/49. O advento da Nova Lei de Migração veio trazer uma nova forma de interpretação de tais direitos básicos, incluídos os sociais, trazendo a igualdade de direitos entre a população nacional e a migrante, partido do pressuposto que os Direitos Humanos são o seu eixo central. Isto porque negar direitos, acaba por gerar entraves burocráticos na regularização migratória, degradando as condições de vida do migrante e causando prejuízos para a sociedade em geral¹⁰.

A nova lei assegurou o acesso igualitário e livre dos migrantes a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social (artigo 3º, XI da Lei 13.445/2017). Para que tais direitos sejam de fato efetivados, o Brasil conta com instituições nacionais comprometidas com a promoção e concretização dos Direitos Humanos. Nesse sentido, destaca-se o trabalho realizado pela Defensoria Pública da União¹¹ e pelo Ministério Público Federal em relação à questão da regularização migratória, quando, por exemplo, provocam o controle judicial da concessão ou denegação de refúgio¹².

A instituição Defensoria Pública, tanto a da União quanto a dos estados, após sucessivas reformas legislativas e de envergadura constitucional, firmou como missão institucional a defesa dos direitos humanos, passando a exercer funções típicas de verdadeiro *ombudsman*¹³. Assim, o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição estabelece que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” e o art. 134 da Carta, por sua vez, dispõe que a Defensoria Pública é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.



No mesmo sentido, a Lei Orgânica das Defensorias (Lei Complementar 80/94, com Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009) dispõe em seu art. 3ºA, que: “São objetivos da Defensoria Pública: III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos” sendo que o art. 4º estipula que: “São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico e VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos”.

A Defensoria Pública, como instituição pública essencial à função jurisdicional do Estado brasileiro, tem os mesmos fundamentos da República Federativa do Brasil, notadamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e tem também os mesmos objetivos fundamentais dessa República, especialmente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Todavia, ainda é pouco explorado academicamente o papel de outros órgãos não federais, mas nacionais e que se voltam à proteção e de efetivação de direitos da população migrante, já que grande parte das políticas públicas devem ser efetivas por cada estado federado, cabendo a entes estaduais a cobrança de sua efetivação.

A Defensoria de São Paulo, criada apenas em 2006 após grande articulação da sociedade civil organizada, em sua Lei Complementar Estadual de São Paulo 988, de 09 de janeiro de 2006, é específica ao determinar em seu art. 5º que são atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras: III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores e VI – promover: j) trabalho de orientação jurídica e informação sobre Direitos Humanos e cidadania em prol das pessoas e comunidades carentes, de forma integrada e multidisciplinar”¹⁴.

Para garantir o respeito aos direitos humanos das pessoas acima mencionadas, é fundamental que a Defensoria Pública seja envolvida de modo a facilitar junto ao Poder Judiciário as medidas necessárias para garantir a representação da população migrante, inclusive para pleitear a efetivação de direitos sociais. Esse envolvimento da Defensoria Pública deverá cumprir o art. 16 da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, quando estabelece que o refugiado tenha livre e fácil acesso aos tribunais, gozando do mesmo tratamento de um nacional no que concerne ao acesso aos tribunais, inclusive à assistência judiciária e à isenção de *cautio judicatum solvi*¹⁵.

Assim, pese o fato da Defensoria Pública ser órgão do Estado, tal instituição frequentemente exerce função contramajoritária, colocando-se contrária às violações perpetradas pelo próprio poder estatal, estando em sua missão institucional a defesa da população vulnerável (art. 134 da Constituição Federal), o que inclui a população migrante, refugiada e apátrida.



A atuação da Defensoria Pública de São Paulo no contexto da circulação internacional de pessoas

A circulação de pessoas tem provocado um fenômeno ainda pouco explorado e que merece um estudo mais aprofundado no sentido de sensibilizar o sistema de justiça para a compreensão do migrante como sujeito de direito, o qual merece total proteção e a efetivação de políticas não discriminatórias. Desse modo, direitos civis, políticos e sociais devem ser cumpridos, devendo as instituições estarem preparadas para o crescente aumento do número de pessoas originadas de outros países.

Além disso, não menos importante, é preciso ainda a compreensão e ressignificação de conceitos do Direito Internacional Privado clássico, como os relativos ao estatuto pessoal, aos conflitos de direito de família, à sucessão, à nacionalidade e à condição jurídica do migrante.

Neste contexto, a população refugiada e migrante têm dificuldade em acessar diversas políticas públicas pela via administrativa, devido a entraves legais e burocráticos diversos, o que por vezes torna necessária uma demanda judicial¹⁶

As Defensorias Públicas dos Estados têm atuação em matérias da área criminal, cível, infância e juventude (por exemplo, vaga em creche para criança refugiada sem documento, garantia de proteção para criança em situação de risco), família (por exemplo, guarda pelo responsável refugiado, mas sem documentos da criança refugiada), Fazenda Pública (por exemplo, medicamentos), entre outras¹⁷. No entanto, há muitos desafios que ainda precisam ser enfrentados para que seja garantido de fato o acesso à justiça.

Por tal motivo, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo tem envidado esforços para a criação de fluxos de atendimento com instituições que atuam na temática migratória, como a Caritas Arquidiocesana e Centro de Referência e Acolhimento de Imigrantes, com o encaminhamento por ofício, constando já as informações em língua portuguesa, para facilitar o atendimento da triagem e a tomada das devidas providências de imediato¹⁸.

Além disso, a Defensoria paulista conta com atendimento especializado no Centro de Integração da Cidadania Imigrantes, onde ocorrem plantões semanais, nos quais são absorvidas demandas e dada orientação jurídica à população migrante¹⁹.

A temática da migração ainda faz parte de uma das atribuições do Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos (NCDH), o qual conta com Comissão Temática a respeito de Imigrantes e Refugiados, conforme art. 22 do Regimento Interno do NCDH²⁰. Dentre suas atribuições está a de suporte aos Defensores de todo o Estado em casos individuais, como no caso da reintegração de posse em local ocupado por refugiados Sírios²¹, não aceitação do documento de solicitação de refúgio, entre outros.

A Defensoria paulista, por intermédio de seu Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos²², já encaminhou parecer para o Projeto de Lei nº 975/2017²³, o qual Institui a Política Estadual para a População Migrante, a ser implementada de forma transversal às políticas e serviços públicos, sob articulação da Secretaria Estadual da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado. Tal nota técnica, na área dos direitos econômicos, sociais e culturais,



visava, por exemplo: 1) acrescentar a observância das especificidades de grupos vulneráveis na atenção à saúde, prevendo de maneira expressa a assistência psicológica, em razão do índice de transtornos mentais gerados no processo de adaptação a sociedades culturalmente diversas e/ou causados pelas razões que motivaram o deslocamento; 2) Incluir dispositivo que garanta a tradução juramentada gratuita de documentos necessários à regularização da situação legal no Brasil aos estrangeiros, imigrantes ou refugiados que não puderem pagar pelo serviço; 3) reafirmar o direito de acesso à justiça, compreendido também pela atuação da Defensoria Pública; dentre outras sugestões.

Mesmo antes do Projeto de Lei Estadual, o Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos²⁴ também havia oficiado a Câmara Municipal de São Paulo em razão do Projeto de Lei 01-00659/2015, o qual dispõe sobre a inserção do Imigrante e Refugiado na vida sócio econômica do Município de São Paulo e dá outras providências. O objetivo foi o de garantir acesso à tradução juramentada gratuita para os imigrantes que comprovadamente não possuíssem renda para pagar por tal serviço. Dentre as justificativas, consta no ofício enviado que foi apurado pela Defensoria Pública da União que esta é uma das demandas mais frequentes dos imigrantes, uma vez que muitas vezes precisam traduzir seus documentos para regularizarem sua situação dentro do país. No entanto, a tradução juramentada possui custo considerável, de modo que a não regularização dificulta o acesso ao mercado de trabalho e à cidadania, contribuindo para a marginalização dos imigrantes hipossuficientes.

Importante também destacar a celebração de Termo de Cooperação da Defensoria Pública Paulista com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), após articulação realizada pelo NCDH. O Termo de Cooperação foi firmado para efetivação de direitos de refugiados e apátridas. A cooperação entre as entidades prevê a garantia da efetivação dos Direitos Humanos às pessoas refugiadas, solicitantes de refúgio, apátridas e deslocadas internamente, bem como seu acesso à justiça.²⁵

Dentre os objetivos do Termo de Cooperação estão os de: 1) envidar os esforços necessários à identificação dos refugiados que careçam de assistência jurídica gratuita de acordo com as suas necessidades de proteção; 2) Promover reuniões de capacitação e conhecimento dos defensores públicos sobre o tema concernentes ao direito internacional dos refugiados e apátridas; 3) Traçar estratégias de mobilização por meio de publicações, eventos, treinamentos e seminários e a 4) Participação no Comitê Estadual para Refugiados²⁶.

Ressalte-se ainda o trabalho de conscientização e de educação em direitos realizado pela Escola da Defensoria Pública de SP (Edepe), com apoio do Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública na temática migratória. Nesse sentido, destaca-se o Curso "Defensoria Pública Estadual e a efetivação dos direitos de refugiados, apátridas, deslocados internos e solicitantes de refúgio" realizado quando do lançamento do Termo de Cooperação com a ACNUR²⁷.

A respeito do ensino jurídico e conhecimento da matéria, a questão migratória, por muito tempo relegada à justiça federal, tem sido debatida e incluída nos editais dos concursos da Defensoria Pública paulista. A matéria Direitos Humanos está presente desde o primeiro concurso, sendo que a partir do "VI Concurso Público para Ingresso na Carreira de Defensor



Público” o tema “refugiados” já aparece de maneira destacada²⁸. No VII Concurso Público para Ingresso na Carreira de Defensor Público o tema “imigrantes” também foi acrescido na disciplina de Direitos Humanos, exigindo-se expressamente conhecimentos sobre a “Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias”, “Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados” e o “Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados”. Ademais, o tema “refugiados ou migrantes ambientais” consta expressamente na matéria “Direitos Difusos e Coletivos”²⁹.

Desafios para a efetivação de direitos da população migrante por meio da Defensoria

No que se refere aos obstáculos para o acesso a serviços e direitos sociais, no Estado de São Paulo foi realizada pesquisa na qual se identificou-se principalmente: a) preconceito no que se refere ao acesso à moradia; b) preconceito e tratamento inadequado quanto aos refugiados por desconhecimento da sociedade sobre sua condição; c) falta de servidores públicos capacitados para lidar com as diferenças culturais e se comunicar em outros idiomas; d) dificuldades de reconhecimento da capacitação e formação dos imigrantes; e) quanto aos refugiados, ausência de ajuda econômica e de orientação sobre os meios para reconstruir suas vidas; f) dificuldade na obtenção de documentos, principalmente CTPS e g) moradia. Constatou-se, por fim, que a ausência de políticas públicas específicas voltadas para os imigrantes é um dos principais entraves para sua integração na sociedade brasileira³⁰.

Nesta mesma pesquisa, concluiu-se que as principais dificuldades dos imigrantes são as seguintes: 23,4% documentação 21,2% idioma 12,8% trabalho 8,5% moradia 8,5% acesso a serviços 6,4% discriminação 6,4% subsistência 4,25% integração 4,25% cultura 2,15% financeiras 2,15% informações³¹.

Sobre a ocorrência de violação de Direitos Humanos, 62,5% entenderam que não sofreram violações de Direitos humanos, sendo que os que sofreram afirmaram que as principais foram por conta de 49,9% discriminação, 16,7% trabalho, 16,7% segurança e 16,7% ameaça, sendo que 100% atribui tais violações pelo fato de ser imigrante³².

Neste cenário em que os dados apontam tantas violações, a Lei de Migração (Lei nº 13.447/2017) aparece como um importante instrumento ao prever princípios e diretrizes da política migratória brasileira, além de direitos que devem ser assegurados aos migrantes com fundamento na dignidade da pessoa humana. Assim, os artigos 3º e 4º preconizam, entre outros princípios, o repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; a não criminalização da migração; a não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional dentre outros.

Ademais, a Lei de Migração (Lei nº 13.447/2017), em seu artigo 77, inciso VI, prevê como diretriz das políticas públicas para os emigrantes o esforço permanente de desburocratização, atualização e modernização do sistema de atendimento, a fim de aprimorar a assistência aos emigrantes brasileiros, da mesma forma tal deve ser a diretriz de tratamento dos imigrantes no Brasil;



As mudanças ou mesmo formulação de política públicas no Brasil frequentemente não passam por uma análise em termos do impacto desproporcional³³ à população migrante. Assim, em aspectos simples da vida civil, como o de obtenção de documentação, pode-se encontrar obstáculos gravosos para a realização de certidão de nascimento por falta de tradutor juramentado. Estas dificuldades podem ainda ocorrer nos casos em que se exige a tradução juramentada da certidão de casamento para ações de divórcio, ou cartórios que não aceitam documento provisório de identificação para celebrar casamentos.

No campo cível, o acesso à assistência judiciária gratuita não parece ser um óbice ao acesso à Justiça³⁴. Além disso, a jurisprudência em ações de pedido de medicamento patrocinado pela Defensoria apresenta as mesmas dificuldades que a população em geral, sendo que é comum que nas ementas dos acórdãos conste expressamente que o direito à vida e à saúde, é assegurado a todo brasileiro e estrangeiro, e garantido por imperativo de ordem constitucional³⁵. Vale o destaque da pesquisa realizada em São Paulo³⁶ sobre o acesso à saúde, constatando-se que apesar de 91,6% dos imigrantes afirmarem terem acesso aos serviços de saúde, somente 69,6% disseram não terem tido problemas com tal acesso, sendo que 76,2% responderam que foi possível contar com as instituições públicas de saúde.

No campo criminal, refugiados e imigrantes sofrem das mazelas do sistema de justiça criminal brasileiro, sendo relevante destacar o caso de um moçambicano e um angolano cujos passaportes haviam sido retidos por ordem de sentença judicial – embora a mesma decisão os tenha absolvido da acusação pelo crime de tráfico de drogas – sendo que só tiveram a liberação dos documentos determinada pelo Tribunal de Justiça paulista, após atuação da Defensoria Pública de São Paulo³⁷.

No campo da execução criminal, São Paulo conta com a Penitenciária “Cabo PM Marcelo Pires da Silva”, em Itaipava, a qual desde outubro de 2006, destina-se ao recebimento de estrangeiros. Destaque-se que em novembro de 2017 a penitenciária contava com 1.145 presos e possui uma capacidade de 1.294, de modo que é uma das únicas penitenciárias com número de presos inferior à capacidade³⁸. A unidade foi adaptada para esse fim e possui uma biblioteca, com obras de diversos países, para que o interno não perca o contato com a sua cultura. A Penitenciária de Itaipava possui uma sala própria para o recebimento de cônsules e defensores de diversos países³⁹.

Para que de fato seja possível superar os desafios vividos pela população migrante, deve-se sempre partir de um olhar interseccional da questão, de modo que a política pública considere que tal grupo está sujeito a vulnerabilidades distintas das enfrentadas por nacionais.

Além disso, deve-se ainda ter em mente diferentes fatores como gênero, classe, idade entre outros, que causam um fenômeno de diferenciação de tratamento dentro de um mesmo grupo vulnerável. Isto porque, quando se trata de desigualdade social, a vida das pessoas e a organização do poder em uma dada sociedade, tais fatores devem ser compreendidos como moldados não por apenas um eixo da divisão social, seja raça, gênero ou classe, mas por muitas categorias que trabalham juntas e com influência recíproca⁴⁰.

Os próximos tópicos serão voltados à análise de três desafios enfrentados pela população migrante na efetivação de direitos, mormente os de caráter social, econômico ou



cultural, quando há intersecção com a questão da vulnerabilidade de estar em situação de rua, de ser criança ou adolescente e o de ser mulher. Poder-se-ia ainda abordar outras intersecções como raça/etnia, orientação sexual, identidade de gênero, ou mesmo os problemas enfrentados pela população com deficiência ou idosa, que são igualmente relevantes, mas que demandariam um estudo mais aprofundado.

População em situação de rua migrante

A situação de rua é causada por diversos fatores, dentre eles está a falta de estrutura familiar, uso abusivo de álcool e outras drogas, o que corriqueiramente provoca dificuldade de inserção no mercado de trabalho formal e acesso a direitos básicos sociais básicos, como o da própria moradia, perpetuando a situação de vulnerabilidade.

O Município de São Paulo conta com 4 Centro de Acolhidas para imigrantes, totalizando 540 vagas, sendo que 230 dessas vagas são exclusivas para mulheres e crianças. Além disso, as demais vagas da rede sócio assistencial também podem ser acessadas por migrantes⁴¹.

Conforme dados constantes na Coordenação de Políticas para Migrantes do Município de São Paulo, a maior parte dos imigrantes que procuram os serviços de apoio a tal população eram originários do Haiti, Congo, Bolívia, Nigéria, Angola, Senegal, Síria⁴², de modo que em sua maioria são refugiados e geralmente estão em situação de extrema vulnerabilidade.

Em parceria com a Defensoria Pública da União (DPU), são realizados atendimentos semanais e gratuitos para orientação jurídica. O atendimento é realizado mediante agendamento prévio⁴³.

Já a Defensoria Pública do Estado de São Paulo conta com o atendimento jurídico especializado à população em situação de rua na capital⁴⁴, na qual agentes de psicologia e assistência social do Centro de Atendimento Psicossocial (CAM) realizam o devido acolhimento e escuta qualificada das pessoas em situação de rua. O CRAI também realiza encaminhamentos para este atendimento específico, por meio de ofício com breve histórico do caso.

Todavia, ainda não há uma política instituída para a população migrante que está em situação de rua em todo o Estado de São Paulo, sendo que o atendimento jurídico à população em situação de rua da capital não conta com intérprete ou tradutor para auxiliar no atendimento de tais demandas.

Infância e juventude

No âmbito da defesa de crianças e adolescentes, importante desatacar que no acesso à educação a pesquisa desenvolvida com imigrantes no Estado de São Paulo⁴⁵ revelou 73,9% afirmaram que tiveram acesso à educação, sendo que 86,45% disseram que houve problemas com tal acesso e 60,9% concluíram que não foi possível contar com instituições públicas de ensino.



Nesse sentido, a Defensoria Pública de São Paulo, por intermédio de seu Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos, na efetivação do direito à educação, buscou superar barreiras encontradas a partir da exigência de numeração de certos documentos do qual a população migrante não tem acesso. Essas dificuldades foram encontradas sobremaneira pelo desconhecimento do poder público em relação à existência da população migrante, que fica muitas vezes invisível quando da formulação da política pública.

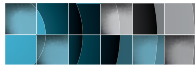
A Prefeitura de São Paulo havia passado a exigir dados da certidão de nascimento da criança quando da realização do cadastro único pela internet, o que inviabilizava a colocação em creches de crianças migrantes, que não possuíam tais números. Assim, a exigência de apresentação de dados da certidão de nascimento para filhos de refugiados se matricularem em creches ou escolas da rede municipal de ensino acabou por impedir a própria fruição de tal direito social básico. Somente após a expedição de ofícios à Secretaria de Educação, com fundamento no art. 2º da Lei Federal nº 9474/97 – extensão da condição de refugiado ao grupo familiar; art. 5º da Lei 9474/97 – direitos e obrigações definidos na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 (art. 22 – direito à educação pública) e no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, art. 205 e 206 da CF, houve mudanças no sistema que permitiram a matrícula de crianças migrantes⁴⁶.

Vale ainda consignar que há um crescente número de crianças e adolescentes que continuam a cruzar as fronteiras sozinhos, desacompanhados, e conseqüentemente, muito mais expostos à exploração e ao abuso, uma vez que não existe um controle familiar nem estatal de proteção e apoio para estas crianças e a grande maioria não carrega consigo documentos ou sequer possui registro⁴⁷.

Neste diapasão, destaque-se o mandado de segurança preventivo (autos n. 0017878-58.2014.403.6100) que teve trâmite na Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo. Em tal caso, o adolescente de 16 anos Khosrov Mohamad, por meio Defensoria Pública da União no Estado de São Paulo, impetrou o mandado de segurança contra o ato coator do Delegado de Polícia Federal de Controle de Imigração, objetivando liminar que determinasse à autoridade impetrada receber e processar o pedido de refúgio, ainda que inexistente o termo de guarda.

O impetrante nasceu no Afeganistão e foi perseguido junto com sua família pelo regime Talibã, vindo a perder seu tio e seu pai, além de ter visto seu irmão recrutado às forças armadas contra sua vontade. Assim, o adolescente fugiu ao Brasil e aqui solicitou o refúgio, tendo seu pedido negado por falta do termo de guarda. A justiça federal não concedeu a liminar ou a tutela requerida, entendendo que a aferição dos reais motivos de vinda e permanência do adolescente no país seria de competência da Justiça Estadual, o qual seria competente para adoção de uma providência acautelatória⁴⁸, o que foi feito pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo perante a Vara da Infância e Juventude⁴⁹.

Assim, um dos desafios existentes na área da infância e juventude é justamente o de dar uma resposta aos casos de crianças e adolescente desacompanhados em situação de migração. Se por um lado, falta-lhes representação legal para que possam por si só requererem a solicitação de refúgio, por outro, há o temor de se estar diante de um caso de tráfico internacional de crianças, ao se conceder a guarda a terceiro sem qualquer parentesco. Na



prática, tal situação acaba por provocar enormes dificuldades para acesso a direitos sociais básicos, como o da educação e saúde.

Direito das mulheres

Em relação à efetivação dos direitos das mulheres, nos casos de violência contra a mulher, em razão da cultura patriarcal de certos países de origem de alguns grupos de refugiados o problema é agravado pelo fato de, no Brasil, as mulheres refugiadas terem mais facilidades de obter empregos do que os homens. Assim, tornam-se responsáveis pela subsistência do casal e filhos, implicando uma nova organização familiar que pode redundar em violência doméstica⁵⁰.

Assim, a mulher refugiada muitas vezes tem receio em formalizar a denúncia na seara criminal, temendo dificuldades na solicitação de refúgio ou mesmo nos casos em que está em situação irregular. Pese a política da Defensoria de efetivar medidas protetivas independentemente da formalização criminal da denúncia⁵¹, nem sempre tal fato é acatado pelo judiciário, o que pode de fato representar um desafio de acesso à justiça da mulher refugiada, tolhendo sua autonomia.

No âmbito do Direito internacional privado, em casos de sequestro internacional de crianças, vale ainda destacar a existência de jurisprudência que vem se consolidando no sentido de não adentrar na questão da guarda ou do melhor interesse da criança, mas de apenas retornar ao *status quo* da criança, anterior à remoção ilícita⁵². Assim, não se discute a existência de violência doméstica, o que também constitui um desafio a ser enfrentado pela Defensoria Pública na defesa de tais mulheres.

Vale ainda destacar que casos envolvendo outras jurisdições são sempre mais complexos mesmo quando nacionais são os interessados. Como no caso em que uma brasileira, vítima de violência doméstica que vive no Japão obteve, via Defensoria Pública de São Paulo, autorização judicial para voltar ao Brasil com filhos. Neste caso foi ajuizada “ação de suprimimento de autorização paterna para emissão do passaporte”. A Justiça acolheu o pedido e deferiu uma medida liminar que reconheceu a situação de urgência e autorizou a emissão do passaporte⁵³. Nesse mesmo sentido, a Defensoria Pública obteve uma decisão judicial para garantir medida protetiva a uma mulher residente em São Paulo contra um homem que reside nos Estados Unidos. Após mandado de segurança impetrado pela Defensoria, o Tribunal de Justiça do Estado (TJ-SP) determinou a expedição de carta rogatória para intimar o estrangeiro a respeito da decisão judicial que assegurou as medidas protetivas de urgência⁵⁴, demonstrando-se aí a importância de mecanismos de cooperação jurídica internacional para efetivação de direitos em casos transfronteiriços.

Ainda a respeito do direito das mulheres e como forma de educação em Direitos, O Núcleo Especializado da Mulher produziu uma cartilha sobre violência obstétrica em inglês e em espanhol, de forma a atender também mulheres estrangeiras que procuram informações sobre a temática⁵⁵.

Nesse mesmo campo de educação em Direitos, vale ressaltar a iniciativa da Defensoria Pública de São Paulo em realizar um mutirão na Penitenciária Feminina da Capital (Carandiru,



zona norte de São Paulo) de atendimento, orientação jurídica e entrega de cartilha sobre direitos das pessoas às cerca de 300 mulheres estrangeiras custodiadas no local. Escrita em português, espanhol e inglês, a cartilha explica de forma simples como trabalham a Defensoria Pública do Estado e da União, direitos e deveres das pessoas presas, o funcionamento dos processos de conhecimento, de execução e de expulsão, além de questões práticas, como orientação como podem enviar dinheiro e se comunicar com a família no exterior⁵⁶

Perspectivas para a efetivação de direitos sociais da população migrante

A partir da análise feita no que se refere aos obstáculos para a efetivação de direitos da população migrante, observa-se a necessidade de valorizar a participação da própria população migrante, a qual reúne totais condições para propor mudanças de fato efetivas.

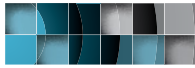
Assim, o direito da população migrante deve ser escrito considerando o papel dos movimentos sociais, de modo a ser desenvolvida uma teoria de resistência contra o discurso tradicional soberanista, que desconsidera Direitos humanos e cria concepções e critérios excludentes. Em outras palavras, os direitos da população migração, mormente os de caráter social, deve ser pensado a partir de uma perspectiva crítica dos movimentos sociais, a partir do papel de grupos, comunidade e indivíduos locais com as preocupações dos oprimidos e excluídos⁵⁷.

Sobretudo a partir do crescimento da xenofobia e da falsa percepção de que refugiados e migrantes irão retirar postos de trabalho e sobrecarregar o sistema educacional e de saúde já combalido, quando em realidade pessoas migrantes⁵⁸.

Não se pode olvidar que existem diferentes tipos de movimentos sociais que podem contribuir na construção ora proposta. Em pesquisa realizada, identificou-se três grupos de instituições da sociedade civil: i) as que se ocupam de maneira geral da comunidade imigrante; ii) as que se dedicam a grupos particulares, como refugiados por exemplo; e iii) instituições constituídas pelos próprios imigrantes para representar seus direitos e interesses.⁵⁹

Por óbvio, tal participação não retira a necessária ação estatal na proteção dos direitos básicos dos indivíduos. O que não é defensável é justamente o papel do Estado como o único defensor de direitos de indivíduos ou grupos de migrantes. O papel dos movimentos sociais tem o potencial de agir como uma alternativa à auto-perpetuação e replicação do Estado e das instituições que apenas segregam, de modo a modifica-los internamente a partir de pressões por mudanças, só assim será possível construir políticas públicas de fato calcadas na proteção de Direitos Humanos⁶⁰.

Nesse sentido, a globalização e o fluxo de pessoas demandam cada vez mais respostas céleres e efetivas, as quais só poderão ser obtidas por meio de cooperação entre os Estados. De modo que a centralidade dos direitos humanos para interpretar os institutos vinculados à matéria da cooperação internacional, evitando-se o vício da interpretação centrada na desconfiança e nos interesses do Estado, deve ser o norte para a efetivação dos Direitos da população migrante⁶¹, que muitas vezes depende de providências de seu país de origem.



Considerações finais

Como pôde ser notado, a partir dos recentes fluxos migratórios, tem surgido situações de difícil resolução e que não se encaixam nas categorias tradicionais do Direito, o que torna necessária uma interpretação calcada na efetivação de Direitos Humanos básicos, incluídos os de caráter econômico, social e cultural.

A nova Lei de Migração vem em um momento marcado por retrocessos no campo das políticas públicas, de modo que, dado alguns avanços, constitui importante documento para afirmação de direitos da população migrante, principalmente os de caráter econômico, social e cultural. O Estado de São Paulo, a partir do recente Projeto de Lei 975/2017 em trâmite na Assembleia Legislativa também caminha para reafirmar conquistas históricas dos movimentos sociais que lidam com a temática migratória.

Nesse sentido, cabe à Defensoria Pública potencializar a voz dos movimentos sociais na construção de tal política, para que ela de fato dialogue com as reais necessidades da população migrante residente no estado de São Paulo.

Referências

ALTO COMISSARIADOS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Dados de Refúgio no Brasil. Disponível em <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em 26/11/2017.

BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo. Decisão nº 8, MS 0017878-58.2014.403.6100. KHOSROV MOHAMAD SABER. DELEGADO DA DELEGACIA DE POLICIA DE IMIGRACAO - DELEMIG-SAO PAULO. Diário Eletrônico. São Paulo, 17 out. 2014, p. 76.

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ação Civil Pública nº 0020129-83.2013.403.6100.

BRASIL. Lei Complementar Estadual n. 988 de 2006. <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/lei.complementar-988-09.01.2006.html> Acesso em: 02 de novembro de 2017.

CAMPOS, Bárbara Pincowsca Cardoso; e SILVA, João Guilherme Lima Granja Xavier da. "Igualdade, Não-Discriminação e Política Para Migrações no Brasil: Antecedentes, Desafios e Potencialidades para o acesso da Pessoa Migrante a Direitos e Serviços". in GALINDO, George B (org). Migrações, deslocamentos e direitos humanos. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Civil, Grupo de Pesquisa Crítica e Direito Internacional, 2015, pp. 50-63.

CARVALHO RAMOS, André de. "Direito Internacional Privado e seus aspectos processuais: a cooperação jurídica internacional". In: CARVALHO RAMOS, André de; MENEZES, Wagner. (Org.). Direito Internacional Privado e a nova cooperação jurídica internacional. 1ed.Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, v. 1, pp. 2-16.



CARVALHO RAMOS, André de. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In: Carvalho Ramos, André de; Almeida, Guilherme Assis de; Rodrigues, Gilberto.. (Org.). 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. 1ed. São Paulo: CL-A Editora, 2011, v. 1, p. 15-44.

CARVALHO RAMOS, André de. Direitos humanos são eixo central da nova Lei de Migração. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>. Acesso em 20/11/2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.” Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es. Acessado em 20/11/2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.” Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es. Acessado em 20/11/2017.

DA COSTA, Marli Marlene Moraes; WEBER, Nicole Garske A Infância Fora do Sistema: Os Direitos Humanos das Crianças e Adolescentes Refugiados, sua Vulnerabilidade ante o Tráfico Internacional de Pessoas e a Responsabilidade dos Estados. Revista do XIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea.2016. Disponível em <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/16038/3928>. Acesso em 25/11/2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO Após absolvição e retenção de passaportes de africanos, Defensoria Pública obtém liberação de documentos. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=63603&idPagina=3086>. Acesso em 20/11/2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO Defensoria Pública de SP, DPU e ITTC lançam cartilha em mutirão de atendimento a presas estrangeiras na Capital. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=59268&idPagina=3086>. Acesso em 20/11/2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Brasileira vítima de violência doméstica que vive no Japão obtém, via Defensoria Pública de SP, autorização judicial para voltar ao Brasil com filhos. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=68280&idPagina=3086>. Acesso em 20/11/2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Defensoria Pública de São Paulo e o Ministério Público de São Paulo promovem audiência pública sobre violência obstétrica. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=52711&idPagina=3086>. Acesso em 20/11/2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. DELIBERAÇÃO CSDP Nº 69 DE 04 DE ABRIL DE 2008. Disponível em



<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=3140>. Acesso em 20/11/2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Edital de Abertura de Inscrições e Instruções Especiais. VI Concurso Público de Provas e Títulos ao Ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado de São Paulo. Disponível em https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/concursos/edital%20VI%20Concurso_%20final_aprovado%20_2_.pdf.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Edital de Abertura de Inscrições e Instruções Especiais. VII Concurso Público de Provas e Títulos ao Ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado de São Paulo. Disponível em https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/concursos/edital_vii_concurso_-_definitivo.pdf

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Lei Maria da Penha: após ação da Defensoria, TJ-SP impõe medidas protetivas em face de ex-companheiro que vive nos EUA, por carta rogatória. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=76435&idPagina=3086>. Acesso em 20/11/2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÚCLEO ESPECIALIZADO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. Procedimento Administrativo nº 79/2013. Prestação de Assistência Jurídica a Refugiados em São Paulo.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÚCLEO ESPECIALIZADO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. Procedimento Administrativo nº 27/2017 – Nota Técnica ao PL sobre Políticas Estaduais para a População Migrante do Estado de São Paulo.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÚCLEO ESPECIALIZADO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. Procedimento Administrativo nº 79/2013. Prestação de Assistência Jurídica a Refugiados em São Paulo.

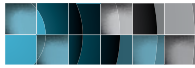
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÚCLEO ESPECIALIZADO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. Procedimento Administrativo nº 79/2013. Prestação de Assistência Jurídica a Refugiados em São Paulo.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÚCLEO ESPECIALIZADO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. Procedimento Administrativo nº 79/2013. Prestação de Assistência Jurídica a Refugiados em São Paulo. Informações prestadas pela representante da ACNUR.

ESTADO DE SÃO PAULO. SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. Presos estrangeiros no Estado de São Paulo. Disponível em <http://www.sap.sp.gov.br/common/noticias/0400-0499/not470.html>. Acesso em 28/11/2017

ESTADO DE SÃO PAULO. SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. Unidades Prisionais do Estado de São Paulo. Disponível em <http://www.sap.sp.gov.br/uni-prisionais/pen.html#>. Acesso em 28/11/2017

HILL COLLINS, Patricia. BILGE, Sirma. Intersectionality. New York. John Wiley & Sons, 2016. Pág. 2.



JUBILUT, Liliana Lyra Migrantes (Coord.), Apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil. Coleção Pensando o Direito, n. 57, disponível em http://pensando.mj.gov.br/wpcontent/uploads/2015/12/PoD_57_Liliana_web3.pdf. P. 125-126. Acesso em 23/11/2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. POLÍCIA FEDERAL. Mensagem eletrônica n.º 170/2015-SIC/DIREX/DPF. Disponível em http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/420571/RESPOSTA_PEDIDO_e-mail%20170%2008850003023201561%20CGPI.pdf. Acesso em 20/11/2017.

MORAES, Thaís Guedes Alcoforado. O Papel do Judiciário na Proteção aos Refugiados. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – Volume Especial, 2014. p. 174.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Defensoria de São Paulo firma acordo com ACNUR para efetivação de direitos de refugiados e apátridas. Disponível em <https://nacoesunidas.org/defensoria-de-sao-paulo-firma-acordo-com-acnur-para-efetivacao-de-direitos-de-refugiados-e-apatridas/>. Acesso em 25/11/2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Defensoria de São Paulo firma acordo com ACNUR para efetivação de direitos de refugiados e apátridas. Disponível em <https://nacoesunidas.org/defensoria-de-sao-paulo-firma-acordo-com-acnur-para-efetivacao-de-direitos-de-refugiados-e-apatridas/>. Acesso em 25/11/2017.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. Papel de Defensoria na defesa dos direitos dos refugiados e apátridas. Revista Consultor Jurídico, 14 de março de 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-14/tribuna-defensoria-papel-defensoria-defesa-direitos-refugiados-apatridas#author>. Acesso em 23/11/2017.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. COORDENAÇÃO DE POLÍTICAS PARA MIGRANTES. Centro de Referência e Acolhida para Imigrantes (CRAI). Relatório Anual 2014-2015. Disponível em http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/direitos_humanos/migrantes/crai/index.php?p=186982. Acesso em 28/11/2017.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/Relatorio%20Anual%20CRAI.pdf

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/Relatorio%20Anual%20CRAI.pdf

RAJAGOPAL, Balakrishnan, *International Law from Below* (New York: Cambridge University Press, 2003) at 272.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. Counter-Hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy. *Third World Quarterly*, Vol. 27, No. 5, *Reshaping Justice: International Law and the Third World* (2006). Taylor & Francis, Ltd. p. 781.



REIS, Rossana Rocha. "Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais". Revista Brasileira de Ciências Sociais – vol. 19 Nº. 55, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>

REIS, Rossana Rocha. "Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais". Revista Brasileira de Ciências Sociais – vol. 19 Nº. 55, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>

SARMENTO, Daniel. Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União. Parecer. UERJ. 2015. Disponível em http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

SARMENTO, Daniel. Teoria do Impacto Desproporcional e Ações afirmativas in Livres e Iguais - Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lumen Juris. 2006, p. 154.

SILVA, João Carlos Jarochinski. Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos. In: Carvalho Ramos, André de; Almeida, Guilherme Assis de; Rodrigues, Gilberto. (Org.). 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. 1ed.São Paulo: CL-A Editora, 2011

Silvia Menicucci Apolinário, Liliana Lyra Jubilut. A População Refugiada No Brasil: Em Busca Da Proteção Integral. Univ. Rel. Int., Brasília, v. 6, n. 2, p. 9-38, jul./dez. 2008. P. 28.

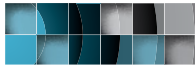
TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme. Sequestro internacional de crianças - comentários à Convenção da Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 01-59 e ainda pp. 243-290.

TIBURCIO, Carmen; ALBUQUERQUE, Fernando. "Algumas Reflexões sobre o Tratamento do Estrangeiro no Brasil". TIBURCIO, Carmen; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael. Panorama do Direito Internacional Privado Atual e outros Temas Contemporâneos Festschrift ao Professor Jacob Dolinger. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 220-247.

TIBURCIO, Carmen; ALBUQUERQUE, Fernando. "Algumas Reflexões sobre o Tratamento do Estrangeiro no Brasil". TIBURCIO, Carmen; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael. Panorama do Direito Internacional Privado Atual e outros Temas Contemporâneos Festschrift ao Professor Jacob Dolinger. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 220-247.

¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. POLÍCIA FEDERAL. Mensagem eletrônica n.º 170/2015-SIC/DIREX/DPF. Disponível em http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/420571/RESPOSTA_PEDIDO_e-mail%20170%2008850003023201561%20CGPI.pdf. Acesso em 20/11/2017. Sobre o assunto, ALTO COMISSARIADOS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Dados de Refúgio no Brasil. Disponível em <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em 26/11/2017. Em relação ao refúgio no Brasil, No Brasil, de acordo com os dados do CONARE, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em 2016 houve aumento de 12% no número total de refugiados reconhecidos no país. Até o final de 2016, o Brasil reconheceu um total de 9.552 refugiados de 82 nacionalidades. Desses, 8.522 foram reconhecidos por vias tradicionais de elegibilidade. Os países com maior número de refugiados reconhecidos no Brasil em 2016 foram Síria (326), República Democrática do Congo (189), Paquistão (98), Palestina (57) e Angola (26).

² SILVA, João Carlos Jarochinski. Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos. In: Carvalho Ramos, André de; Almeida, Guilherme Assis de; Rodrigues, Gilberto. (Org.). 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. 1ed.São Paulo: CL-A Editora, 2011



³ BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ação Civil Pública nº 0020129-83.2013.403.6100.

⁴ REIS, Rossana Rocha. "Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais". Revista Brasileira de Ciências Sociais – vol. 19 Nº. 55, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>

⁵ REIS, Rossana Rocha. "Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais". Revista Brasileira de Ciências Sociais – vol. 19 Nº. 55, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>

⁶ REIS, Rossana Rocha. "Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais". Revista Brasileira de Ciências Sociais – vol. 19 Nº. 55, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>. Nesse sentido, a autora elucida que a maior parte da legislação internacional diz respeito somente a situações concretas, em que o imigrante já existe. Não é à toa que normalmente as convenções se referem aos direitos dos trabalhadores imigrantes, e não a um direito de imigração. Na realidade, este só existe em casos de "temor justificado", previsto nas convenções relativas ao refúgio e ao asilo político, mas, mesmo nesses casos, a última palavra é do Estado

⁷ CAMPOS, Bárbara Pincowsca Cardoso; e SILVA, João Guilherme Lima Granja Xavier da. "Igualdade, Não-Discriminação e Política Para Migrações no Brasil: Antecedentes, Desafios e Potencialidades para o acesso da Pessoa Migrante a Direitos e Serviços". in GALINDO, George B (org). Migrações, deslocamentos e direitos humanos. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Civil, Grupo de Pesquisa Crítica e Direito Internacional, 2015, pp. 50-63.

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados." Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2 /busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es. Acessado em 20/11/2017.

⁹ TIBURCIO, Carmen; ALBUQUERQUE, Fernando. "Algumas Reflexões sobre o Tratamento do Estrangeiro no Brasil". TIBURCIO, Carmen; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael. Panorama do Direito Internacional Privado Atual e outros Temas Contemporâneos Festschrift ao Professor Jacob Dolinger. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 220-247. A autora traz alguns apontamentos sobre o tratamento de nacionais e não nacionais, destacando algumas diferenças e limitações.

¹⁰ CARVALHO RAMOS, André de. Direitos humanos são eixo central da nova Lei de Migração. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>. Acesso em 20/11/2017.

¹¹ PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. Papel de Defensoria na defesa dos direitos dos refugiados e apátridas. Revista Consultor Jurídico, 14 de março de 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-14/tribuna-defensoria-papel-defensoria-defesa-direitos-refugiados-apatridas#author>. Acesso em 23/11/2017. destaca que propositura de três ações coletivas da DPU para: (i) garantir as prerrogativas de vista, intimação pessoal e prazo em dobro nos procedimentos de solicitação de refúgio; (ii) emissão de carteira de trabalho e (ii) motivação das decisões de indeferimento dos pedidos de refúgio.

¹² CARVALHO RAMOS, André de. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In: Carvalho Ramos, André de; Almeida, Guilherme Assis de; Rodrigues, Gilberto.. (Org.). 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. 1ed.São Paulo: CL-A Editora, 2011, v. 1, p. 15-44. Ainda sobre o assunto cf. MORAES, Thaís Guedes Alcoforado. *O Papel do Judiciário na Proteção aos Refugiados*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – Volume Especial, 2014. p. 176. LIMA DE SÁ, Waltenberg. Uma nova função da Defensoria Pública perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, n. 4, p. 81-96, 2010.

¹³ O *ombudsman* atua em uma agência estatal independente encarregada de verificar possíveis ilegalidades e violações de direitos cometidas pelo Estado. Sobre o tema veja, SARMENTO, Daniel. *Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União*. Parecer. UERJ. 2015. Disponível em http://www.anadef.org.br/images/Parecer_ANADEF_CERTO.pdf. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

¹⁴ BRASIL. *Lei Complementar Estadual n. 988 de 2006*. <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/lei.complementar-988-09.01.2006.html> Acesso em: 02 de novembro de 2017.

¹⁵ Sílvia Menicucci Apolinário, Liliana Lyra Jubilut. A População Refugiada No Brasil: Em Busca Da Proteção Integral. Univ. Rel. Int., Brasília, v. 6, n. 2, p. 9-38, jul./dez. 2008. P. 28.



¹⁶ MORAES, Thaís Guedes Alcoforado. *O Papel do Judiciário na Proteção aos Refugiados*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – Volume Especial, 2014. p. 174.

¹⁷ PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. Papel de Defensoria na defesa dos direitos dos refugiados e apátridas. Revista Consultor Jurídico, 14 de março de 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-14/tribuna-defensoria-papel-defensoria-defesa-direitos-refugiados-apatridas#author>. Acesso em 23/11/2017.

¹⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÚCLEO ESPECIALIZADO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. Procedimento Administrativo nº 79/2013. Prestação de Assistência Jurídica a Refugiados em São Paulo.

¹⁹ A respeito da atuação de Defensores Públicos nos Centros de Integração da Cidadania (CIC) confira o Ato Conjunto da Segunda Subdefensora Pública-Geral do Estado e do Terceiro Subdefensor Público-Geral do Estado nº 22, de 14-11-2017

²⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. DELIBERAÇÃO CSDP Nº 69 DE 04 DE ABRIL DE 2008. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=3140>. Acesso em 20/11/2017.

²¹ Sobre o caso, acesse: <https://medium.com/laiorocha/justi%C3%A7a-programa-reintegra%C3%A7%C3%A3o-de-posse-de-pr%C3%A9dio-com-80-fam%C3%ADlias-em-sp-6e87642f983a>

²² DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÚCLEO ESPECIALIZADO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. Procedimento Administrativo nº 27/2017 –Nota Técnica ao PL sobre Políticas Estaduais para a População Migrante do Estado de São Paulo.

²³ Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000173472>

²⁴ Procedimento Administrativo nº 12/2014. Tradução Juramentada em Caráter Gratuito. Foi proposto que o referido Projeto de Lei fosse emendado para que fosse incluído o seguinte artigo: “Art. 13. O Município garantirá a tradução juramentada gratuita de documentos necessários à regularização da sua situação legal no Brasil aos estrangeiros, imigrantes ou refugiados que não puderem pagar pelo serviço”.

²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Defensoria de São Paulo firma acordo com ACNUR para efetivação de direitos de refugiados e apátridas. Disponível em <https://nacoesunidas.org/defensoria-de-sao-paulo-firma-acordo-com-acnur-para-efetivacao-de-direitos-de-refugiados-e-apatridas/>. Acesso em 25/11/2017.

²⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÚCLEO ESPECIALIZADO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. Procedimento Administrativo nº 79/2013. Prestação de Assistência Jurídica a Refugiados em São Paulo.

²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Defensoria de São Paulo firma acordo com ACNUR para efetivação de direitos de refugiados e apátridas. Disponível em <https://nacoesunidas.org/defensoria-de-sao-paulo-firma-acordo-com-acnur-para-efetivacao-de-direitos-de-refugiados-e-apatridas/>. Acesso em 25/11/2017.

²⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Edital de Abertura de Inscrições e Instruções Especiais. VI Concurso Público de Provas e Títulos ao Ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado de São Paulo. Disponível em https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/concursos/edital%20VI%20Concurso_%20final_aprovado%20_2_.pdf. Neste mesmo certame, a prova dissertativa da disciplina de Direitos Humanos trouxe caso prático de acesso à vaga em creche para uma criança refugiada, exigindo-se do candidato conhecimentos da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, no sentido da efetivação da política educacional.

²⁹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Edital de Abertura de Inscrições e Instruções Especiais. VII Concurso Público de Provas e Títulos ao Ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado de São Paulo. Disponível em https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/concursos/edital_vii_concurso_-_definitivo.pdf

³⁰ JUBILUT, Liliana Lyra Migrantes (Coord.), Apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil. Coleção Pensando o Direito, n. 57, disponível



em http://pensando.mj.gov.br/wpcontent/uploads/2015/12/PoD_57_Liliana_web3.pdf. P. 125-126. Acesso em 23/11/2017.

³¹ JUBILUT, Liliana Lyra Migrantes (Coord.), Apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil. Coleção Pensando o Direito, n. 57, disponível em http://pensando.mj.gov.br/wpcontent/uploads/2015/12/PoD_57_Liliana_web3.pdf. P. 125-126. Acesso em 23/11/2017.

³² JUBILUT, Liliana Lyra Migrantes (Coord.), Apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil. Coleção Pensando o Direito, n. 57, disponível em http://pensando.mj.gov.br/wpcontent/uploads/2015/12/PoD_57_Liliana_web3.pdf. P. 125-126. Acesso em 23/11/2017.

³³ A teoria do impacto desproporcional preconiza que determinados atos do Estado, a princípio neutros, podem atingir de maneira negativa e mais gravosa as camadas vulneráveis e estigmatizadas da sociedade. Sobre a teoria do impacto desproporcional confira SARMENTO, Daniel. *Teoria do Impacto Desproporcional e Ações afirmativas in Livres e Iguais - Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Lumen Juris. 2006, p. 154.

³⁴ Nos autos do processo de Agravo de Instrumento nº 2119802-36.2015.8.26.0000 do TJSP, a Defensoria de São Paulo defendeu Imigrante camaronês, de parcos recursos, a pretender rescindir contrato imobiliário por não ter como solvê-lo, obtendo o cabimento da assistência judiciária gratuita.

³⁵ - Apelação 0040536-13.2011.8.26.0602 (TJ-SP); Apelação 0000204-96.2014.8.26.0602 (TJ-SP); Apelação 0000204-96.2014.8.26.0602 (TJ-SP)

³⁶ JUBILUT, Liliana Lyra Migrantes (Coord.), Apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil. Coleção Pensando o Direito, n. 57, disponível em http://pensando.mj.gov.br/wpcontent/uploads/2015/12/PoD_57_Liliana_web3.pdf. P. 125-126. Acesso em 23/11/2017.

³⁷ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO Após absolvição e retenção de passaportes de africanos, Defensoria Pública obtém liberação de documentos. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=63603&idPagina=3086>. Acesso em 20/11/2017.

³⁸ ESTADO DE SÃO PAULO. SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. Unidades Prisionais do Estado de São Paulo. Disponível em <http://www.sap.sp.gov.br/uni-prisionais/pen.html#>. Acesso em 28/11/2017

³⁹ ESTADO DE SÃO PAULO. SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. Presos estrangeiros no Estado de São Paulo. Disponível em <http://www.sap.sp.gov.br/common/noticias/0400-0499/not470.html>. Acesso em 28/11/2017

⁴⁰ HILL COLLINS, Patricia. BILGE, Sirma. *Intersectionality*. New York. John Wiley & Sons, 2016.

Pág. 2.

⁴¹ PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. COORDENAÇÃO DE POLÍTICAS PARA MIGRANTES. Centro de Referência e Acolhida para Imigrantes (CRAI). Relatório Anual 2014-2015. Disponível em http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/direitos_humanos/migrantes/crai/index.php?p=186982. Acesso em 28/11/2017.

⁴² PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/Relatorio%20Anual%20CRAI.pdf

⁴³ PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/Relatorio%20Anual%20CRAI.pdf

⁴⁴ O Atendimento ocorre de segunda a quinta-feira, com distribuição de senhas das 08hrs às 09hrs30mins sem necessidade de prévio agendamento, estendendo-se até o meio dia no local onde é feito também todo o atendimento inicial da capital. Funcionários da prefeitura, geralmente da área da saúde e da assistência social, também podem levar usuários até às 11hrs. Mensalmente são realizados atendimentos itinerantes



em Centros de Acolhida, Centros Especializados da Assistência Social (CREAS – POP) e locais que prestam serviços às pessoas em situação de rua ou de grande concentração de tal segmento da população.

⁴⁵ JUBILUT, Liliana Lyra Migrantes (Coord.), Apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil. Coleção Pensando o Direito, n. 57, disponível em http://pensando.mj.gov.br/wpcontent/uploads/2015/12/PoD_57_Liliana_web3.pdf. P. 125-126. Acesso em 23/11/2017.

⁴⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÚCLEO ESPECIALIZADO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. Procedimento Administrativo nº 79/2013. Prestação de Assistência Jurídica a Refugiados em São Paulo.

⁴⁷ DA COSTA, Marli Marlene Moraes; WEBER, Nicole Garske A Infância Fora do Sistema: Os Direitos Humanos das Crianças e Adolescentes Refugiados, sua Vulnerabilidade ante o Tráfico Internacional de Pessoas e a Responsabilidade dos Estados. Revista do XIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. 2016. Disponível em <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/16038/3928>. Acesso em 25/11/2017.

⁴⁸ BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo. Decisão nº 8, MS 0017878-58.2014.403.6100. KHOSROV MOHAMAD SABER. DELEGADO DA DELEGACIA DE POLICIA DE IMIGRACAO - DELEMIG-SAO PAULO. Diário Eletrônico. São Paulo, 17 out. 2014, p. 76.

⁴⁹ Em razão de processos de tal natureza sempre estarem em segredo de Justiça, não é possível um relato aprofundado do procedimento adotado neste caso.

⁵⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÚCLEO ESPECIALIZADO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. Procedimento Administrativo nº 79/2013. Prestação de Assistência Jurídica a Refugiados em São Paulo. Informações prestadas pela representante da ACNUR em reunião realizada na Defensoria Pública.

⁵¹ Nesse sentido, confira <https://www.conjur.com.br/2016-jul-04/vitima-violencia-domestica-nao-mover-acao-protetiva>

⁵² TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme. Sequestro internacional de crianças - comentários à Convenção da Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 01-59 e ainda pp. 243-290.

⁵³ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Brasileira vítima de violência doméstica que vive no Japão obtém, via Defensoria Pública de SP, autorização judicial para voltar ao Brasil com filhos. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=68280&idPagina=3086>. Acesso em 20/11/2017.

⁵⁴ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Lei Maria da Penha: após ação da Defensoria, TJ-SP impõe medidas protetivas em face de ex-companheiro que vive nos EUA, por carta rogatória. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=76435&idPagina=3086>. Acesso em 20/11/2017.

⁵⁵ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Defensoria Pública de São Paulo e o Ministério Público de São Paulo promovem audiência pública sobre violência obstétrica. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=52711&idPagina=3086>. Acesso em 20/11/2017.

⁵⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO Defensoria Pública de SP, DPU e ITTC lançam cartilha em mutirão de atendimento a presas estrangeiras na Capital. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=59268&idPagina=3086>. Acesso em 20/11/2017. A iniciativa foi organizada pelo Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher, com apoio do Núcleo Especializado de Situação Carcerária, da Defensoria Pública da União (DPU) e do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC).

⁵⁷ RAJAGOPAL, Balakrishnan, International Law from Below (New York: Cambridge University Press, 2003) at 272.

⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. PNUD. Relatório do Desenvolvimento Humano 2009. Ultrapassar Barreiras: Mobilidade e desenvolvimento. Disponível em



humanosDs<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-20009/>. Acesso em 10/04/2018.

⁵⁹ JUBILUT, Liliana Lyra Migrantes (Coord.), Apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil. Coleção Pensando o Direito, n. 57, disponível em http://pensando.mj.gov.br/wpcontent/uploads/2015/12/PoD_57_Liliana_web3.pdf.

⁶⁰ RAJAGOPAL, Balakrishnan. *Counter-Hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy*. Third World Quarterly, Vol. 27, No. 5, Reshaping Justice: International Law and the Third World (2006). Taylor & Francis, Ltd. p. 781.

⁶¹ CARVALHO RAMOS, André de. "Direito Internacional Privado e seus aspectos processuais: a cooperação jurídica internacional". In: CARVALHO RAMOS, André de; MENEZES, Wagner. (Org.). *Direito Internacional Privado e a nova cooperação jurídica internacional*. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, v. 1, pp. 2-16.



A luta pelo direito à terra: novos atores e novas estratégias de defesa de comunidades rurais tradicionais no Estado de São Paulo

The struggle for the right to the land: new actors and new defense strategies of traditional rural communities in the State of São Paulo

Marilene Alberini

Socióloga – Agente de Defensoria Pública do Estado de São Paulo
malberini@defensoria.sp.def.br

Resumo

Este trabalho visa discutir as novas lógicas e atores presentes nos processos de defesa coletiva de pequenos agricultores de origem caipiría, como população rural tradicional, submetidos às ações de desapropriação promovidas pelo Estado, a partir de experiência de caso atendido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Objetiva, ainda, analisar as estratégias extrajudiciais de defesa coletiva, com foco no diálogo com o Poder Público e órgãos do Sistema de Justiça, bem como a importância dessas ações frente aos processos de remoção forçada de comunidades tradicionais de baixa renda. Para o presente debate, a pesquisa se baseará na análise etnográfica de caso de defesa coletiva das famílias camponesas sujeitas à expulsão de suas terras, residentes no Parque Estadual do Jurupará, no interior do Estado de São Paulo. Para a realização deste trabalho, a metodologia empregada incluiu o estudo de caso, entrevistas com lideranças comunitárias e residentes, além de pesquisa de campo e análise de documentação, normativas legais e bibliografia especializada.

Palavras-chave: Comunidades tradicionais; Defesa coletiva; Defensoria Pública.

Abstract

This paper aims to discuss the new logics and actors present in the collective defense processes of a traditional rural community, submitted to expropriation actions promoted by the State, based on a case experience of the Public Defender Office of the State of São Paulo. It also aims to analyze the extrajudicial strategies of class action, focusing on the dialogue with the Government and Justice System, as well as the importance of these actions in the process of forced removal of traditional low income communities. For the present debate, the research will be based on the ethnographic analysis of a collective defense case of peasant families subject to expulsion from their lands, living in Jurupará State Park, in the interior of the State of São Paulo. In order to carry out this work, the methodology used included a case study, interviews with community leaders and local residents, as well as field research and documentation analysis, legal norms and specialized bibliography.

Keywords: *Traditional communities; collective defense; Public Defender Office.*



Introdução

Localizado entre os Municípios de Ibiúna e Piedade, o Parque Estadual do Jurupará (PEJU), abriga entre os seus 26.250,47 hectares de extensão, remanescentes da população caipira tradicional do Estado de São Paulo. Residentes em pequenas áreas de cultivo, representam várias gerações de pequenos agricultores que ali se fixaram a partir da expansão da colonização para o interior do Estado de São Paulo.

A partir da criação do parque, pelo Governo do Estado de São Paulo, em 2009, as/os moradoras/es da área, delimitada como unidade de preservação integral, passaram a enfrentar a ameaça de expulsão de suas terras, por conta do processo de reintegração de posse movido pelo próprio Estado. As/os residentes na área pertencente ao PEJU consideram o processo de reintegração de posse injusto, uma vez que se fixaram em pequenas propriedades rurais há várias gerações e entendem que preservam as características de tradicionalidade em seus costumes, modos de vida e reprodução cultural. Argumentam, ainda, que, ao contrário do defendido pelo Estado para justificar a retirada da população do local, não contribuem para a degradação do meio ambiente, mas, inversamente, ajudam a preservá-lo por meio de suas práticas de agricultura de pequena escala, de ações de reflorestamento e preservação da mata nativa.



Figura 1: Localização do Parque Estadual do Jurupará, interior de São Paulo.

Fonte: *Google Maps*.

O presente trabalho é resultado da atuação profissional da autora, no cargo de Socióloga, junto à Coordenação do Núcleo Especializado de Habitação e Urbanismo da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (NHU-DPESP). Com o desafio de prover a defesa coletiva dessa população, contrapondo a argumentação apresentada pelo Estado, que acusa as/os



residentes de serem ocupantes oportunistas de área de preservação ambiental, o trabalho voltou-se para a produção de relatório técnico, permeado pela orientação metodológica antropológica. Além disso, dentro da perspectiva de defesa da permanência da comunidade na área do parque, foram adotados os estudos documentais do processo e tratativas com a Procuradoria Pública do Estado e a Fundação Florestal.

Neste contexto, este trabalho visa discutir o conceito de tradicionalidade, a partir da sua orientação jurídica e antropológica, e os desafios quando empregado como parte da estratégia de defesa coletiva de pequenos agricultores de origem caipiria, como população rural tradicional, submetidos às ações de desapropriação promovidas pelo Estado. Objetiva, ainda, analisar a emergência de novos atores e novas estratégias extrajudiciais de defesa coletiva, com foco no diálogo com o Poder Público e órgãos do Sistema de Justiça.

Para a realização deste trabalho, a metodologia empregada incluiu entrevistas com lideranças comunitárias e residentes do PEJU, acompanhamento em reuniões com órgãos Estatais e do Sistema de Justiça, além de pesquisa de campo e análise de documentação, normativas legais e bibliografia especializada.

A constituição da população caipira em Ibiúna e Piedade

Os caipiras, grupos de pequenos agricultores que se fixaram no interior do Estado de São Paulo a partir da expansão paulista, tem sua origem no movimento colonizador dos bandeirantes e tropeiros que, em contato com os povos indígenas locais, iniciaram a ocupação do solo. Em *Os parceiros do Rio Bonito*¹, obra clássica da Antropologia e Sociologia e considerada o estudo mais importante sobre a transformação nos meios de vida do caipira paulista, Antonio Candido mostra a importância de buscar as origens históricas da tradição na formação do caipira, a partir da expansão geográfica dos paulistas entre os séculos XVI e XVIII, que culminou na composição do que se denominou como “cultura caipira” (CANDIDO, 1964, pag. 43).

Inicialmente, os caipiras tinham uma vida seminômade, à maneira dos índios e bandeirantes. No entanto, a mobilidade se restringiu pelo aumento da densidade demográfica e pela indisponibilidade das terras. Os Municípios de Ibiúna e Piedade reuniram parte considerável dos caipiras de São Paulo que inicialmente se fixaram em terras posteriormente consideradas como devolutas. Sem possuírem a titularidade formal das terras, as famílias de origem caipira, que atualmente residem na área do PEJU, seguiram os parâmetros tradicionais de ocupação do solo, com divisão da terra em pequenas glebas.

No PEJU, observamos que a presença da população tradicional caipira, representada por grupos de moradores/es da zona rural que, até a criação do parque, praticavam a agricultura familiar e de subsistência, segue os parâmetros históricos acima citados quanto à sua origem. Corroborando esta constatação temos o exposto no próprio Plano de Manejo do PEJU:

A ocupação humana na região remonta aos séculos XVII e XVIII, com o estabelecimento de pequenos povoados que serviam como local de pouso



para descanso dos tropeiros, que seguiam do sul do país para a região de Sorocaba. No território do PEJU, a ocupação humana permanece, sendo parte dela remanescente dos séculos XVII e XVIII, e outra parte composta por áreas ocupadas desde a década de 50 até os dias de hoje. (GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2010, pag. 2)

Ainda que as primeiras ocupações remontem a pelo menos três séculos, a situação fundiária do caipira sempre foi marcada pela fragilidade, consequência da falta de comprovação legal da posse da terra e de conhecimento da forma oficial das leis. Enquanto a expansão paulista que deu origem à população caipira foi possível pela abundância de terras para colonização, a partir da segunda metade do século XX a lógica de ocupação indiscriminada do solo e o crescimento urbano relegaram aos caipiras espaços cada vez mais reduzidos, muitos confinados em pequenos sítios em áreas isoladas.

Assim, as populações caipiras, a partir da expansão das cidades e da exploração do solo, passaram a ser expulsas da terra, porque não tinham o título de propriedade ou porque já não podiam praticar a agricultura e os modos de vida de subsistência. Forçosamente, muitos trocaram o campo pela cidade, outros tornaram-se empregados em fazendas e sítios da região onde residiam. Antonio Candido (1964) descreveu a presença de vários tipos de organização social rural dos caipiras, adotadas como estratégias de sobrevivência: sitiantes, parceiros e agregados. Os que não tinham a terra trabalhavam na terra dos que tinham. Alguns caipiras se tornaram trabalhadores rurais assalariados.

As famílias mais antigas residentes no PEJU são representantes do processo de colonização e constituição da cultura caipira do Estado. São, igualmente, vítimas de processo de expulsão do campo por conta de mudança das normas formais que passaram a reger área que ocupam. Porém, além da lógica de valorização do solo e da expansão urbana, os motivos pelos quais os caipiras residentes no PEJU são objeto de remoção inclui o advento da lógica da preservação ambiental integral, que por vezes, contraditoriamente, estabelece que o homem não mais pode fazer parte do meio do qual ele é parte.

Tradicionalidade e cultura caipira no Parque Estadual do Jurupará

As visitas, entrevistas e observações de campo realizadas no PEJU permitiram identificar a existência de população com características de tradicionalidade caipira, remanescentes dos primeiros colonizadores e de povos indígenas que habitaram a área. Para a realização deste estudo, privilegiou-se a caracterização cultural das/os moradoras/es do PEJU, sobretudo a partir das suas relações de sociabilidade, das trocas culturais e dos modos de vida. O reconhecimento dos aspectos físicos cumpriu o importante papel de oferecer maiores subsídios para a avaliação do tipo de usos do solo e das práticas de agricultura familiar, assim como revelou o grau de integração dos núcleos familiares com o meio ambiente e o entorno.

Do ponto de vista da metodologia antropológica, a observação de campo permitiu reunir elementos que demonstram a presença de tradicionalidade das famílias mais antigas residentes no PEJU. Do ponto de vista jurídico, a definição do conceito de “povos e comunidades



tradicionais” foi regulamentado no Decreto 6.040/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Em seu Artigo 3º, o referido Decreto, estabelece que:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição; (BRASIL, 2007)

É preciso apontar que os caipiras, de acordo com os parâmetros antropológicos e a legislação específica citada acima, estão, de fato, inseridos nos grupos de populações e comunidades identificadas como tradicionais.

A maior parte das áreas ainda preservadas do território brasileiro são habitadas com maior ou menor densidade por populações indígenas ou por **comunidades rurais “tradicionais” - caiçaras, ribeirinhos, seringueiros, quilombolas, caipiras** - para as quais a conservação da fauna e flora é a garantia de sua perenidade (ARRUDA, 1999, pag. 90). [*grifo da autora*]

Desta forma, não apenas povos isolados ou habitantes de florestas são representantes de povos tradicionais, mas também caipiras, ribeirinhos, caboclos e demais grupos que se insiram nos parâmetros de organização social próprios, ocupação do solo e reprodução cultural específica. Não raro, há o entendimento equivocado de que a tradicionalidade está presente apenas nos povos indígenas² ou quilombolas, que seriam, de acordo com o senso comum, grupos sociais que supostamente preservam suas culturas “originais”.



Figura 1: Foto antiga de crianças e professora na escola local do Parque Estadual do Jurupará. Fonte: Acervo pessoal de morador.



Quanto à questão que envolve as diferenciações entre tradicionalidade caipira e camponeses, a partir sobretudo da leitura de Antonio Candido, considera-se que exista uma estreita relação entre o que é atribuído às populações tradicionais e o que já é consolidado como característica camponesa. Essa sobreposição não invalida o reconhecimento ou as especificidades culturais dos caipiras, mas, ao contrário, constitui as intersecções que caracterizam os modos de vida da população caipira (FLEURY & ALMEIDA, 2007).

Outra característica importante, relacionada ao conceito de tradicionalidade, refere-se ao território ocupado pela população tradicional. Na normativa vigente, na forma do Decreto nº 6.040/2007, sobressai a importância das coletividades tradicionais serem detentoras de territórios (Oliveria, 2016), conceituando esses espaços no Inciso II do Art. 3º do Decreto 6.040/2007:

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações; (BRASIL, 2007)

Conforme dispõe a normativa, o território é parte essencial para que se garanta que as trocas culturais e os modos de vida dos povos tradicionais possam ser preservados. Além disso, destacamos que o conceito de utilização do território vai além da fixação prolongada de determinada comunidade em espaços delimitados. Ao contrário, prevê a legitimidade do uso do território também de forma temporária. Este critério atende às particularidades de organização social diversa de cada comunidade, que podem incluir a mobilidade do grupo. Como demonstrado anteriormente neste estudo, originalmente os caipiras herdaram o modo de vida seminômade dos indígenas, vindo a se fixarem em um único lugar devido ao processo de crescimento urbano e à nova organização rural que tornaram as terras indisponíveis.

A partir do trabalho de campo desenvolvido com as famílias mais antigas do PEJU, foi possível reunir inúmeros indicativos da tradicionalidade presente nos seus modos de vida, reproduções culturais e socioeconômicas. Igualmente, a construção histórica da ocupação do território demonstrou que estas famílias se inserem nas definições conceituais, tanto do ponto de vista antropológico, quanto da normativa jurídica.

Cultura, modos de vida e preservação ambiental

As entrevistas, observações e coleta de dados qualitativos realizadas junto às/aos moradoras/es inseridas/os no âmbito do PEJU, revelaram que o perfil cultural e os modos de vida das famílias estão intrinsecamente conectados ao meio ambiente que os cerca³. De forma interdependente, o caipira tira seu sustento da terra, plantando pequenas roças e revezando o plantio e a colheita dos alimentos, de acordo com o calendário tradicional de estações do ano.

Além disso, e não menos relevante, a pesquisa de campo revelou que também a questão ambiental, nesta comunidade, está integrada. Ainda que carente de regularização e readequação,



por parte do Governo do Estado, e por acessibilidade, por parte das Prefeituras dos municípios de Ibiúna e Piedade, as famílias residentes no PEJU contribuíram decididamente para a preservação do meio ambiente local, pois foram estas que garantiram que parte da mata não fosse danificada, que por meio da agricultura familiar de subsistência não houvesse desmatamentos, e que com a delimitação de suas pequenas propriedades rurais, coibiram a ação de ocupantes externos.

Contraditoriamente ao que preconiza a corrente preservacionista, que por vezes fundamenta a retirada das comunidades tradicionais de área de preservação ambiental, alguns estudos mostram que a presença de pequenos agricultores em unidades de conservação provê maior probabilidade de proteção ao meio ambiente. Neste sentido, estudos realizados pela Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, da Universidade de São Paulo, e pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, indicam que a partir da combinação de cultivo de plantações em rodízio e em harmonia com o ecossistema local, é possível aliar a agricultura natural à manutenção das matas nativas e até mesmo ao reflorestamento de áreas degradadas (EMBRAPA, 2013). Segundo a Embrapa, a partir de orientação técnica especializada, combinada com os saberes de manejo tradicional do solo, é possível garantir o abastecimento ao mesmo tempo que a flora e fauna nativa são resguardadas.

O PEJU, como unidade de preservação integral, insere-se em lógica de política não apenas preservacionista, mas, também, em orientação *proibicionista*: proibição de qualquer tipo ou tamanho de roças, da pesca e da retirada de recursos da floresta, mesmo que não haja impacto ambiental. O advento de criação de unidades de conservação integral surgiu nos Estados Unidos e foi amplamente copiado em outros países, sem que houvesse as devidas adaptações às realidades locais. O que poderíamos chamar de “ambientalismo exacerbado” vai, portanto, de encontro ao estabelecido pela normativa vigente, no que trata da relação entre povos e comunidades tradicionais e meio ambiente, conforme inciso III do Art. 3º no Decreto nº 6.040/2007, conforme exposto:

III - Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras. (BRASIL, 2007)

Como observamos, os princípios de conservação integral são conflituosos com o conceito de desenvolvimento sustentável, uma vez que a ideia de sustentabilidade pressupõe que haja preservação combinada com “o uso equilibrado dos recursos naturais”. Ora, o que o Governo do Estado defende com a criação de parques fechados a qualquer presença humana tradicional é que a natureza deva ser intocada, ainda que tal orientação não tenha sustentação histórica, haja vista que o homem sempre fez parte do meio em que habita.

Segundo a Fundação Florestal, no Estado de São Paulo, 73% das unidades restritivas de grande porte, ou seja, com mais de 10.000 hectares, são habitadas por povos tradicionais. Portanto, na maioria das unidades de conservação vivem populações tradicionais e não



tradicionais (ARRUDA, 1999) que sofrem com ações que visam sua retirada das reservas ambientais, sem que o Estado apresente à estas alternativas de permanência sustentável.

A tensão entre populações tradicionais *versus* necessidades dos recursos naturais parece ser resultante, portanto, da falta de compreensão mais precisa dos usos e possibilidades que a cultura tradicional faz do solo, dos diferentes padrões de ocupação e da utilização responsável dos recursos naturais.

Constata-se ainda que os remanescentes caipiras do PEJU estão inseridos em grupo social sem poder econômico ou político, constituído em sua maioria por trabalhadores rurais, famílias de baixa renda e pessoas idosas sem instrução formal. Esta constatação reforça a percepção de que a problemática da população tradicional do PEJU não reside unicamente em estar em área de preservação integral, mas, sobretudo, na sua vulnerabilidade enquanto estrato social menos privilegiado e sem os recursos políticos e econômicos de empresas e grandes proprietários rurais, revelando que a problemática ambiental incorpora desigualdades sociais, de classe e segue a lógica hegemônica de cerceamento de oportunidades (ACSELRAD *et al.*, 2009).

Ainda sobre a tensão existente entre ocupação do solo e preservação do meio ambiente, observamos que a lógica da desigualdade social prevalece, com grupos mais pobres obrigados a conviver em áreas degradadas ou, como no caso aqui em análise, além de serem empurrados para tal situação irregular, também são apontados como os culpados pela deterioração do meio ambiente. Os caipiras do PEJU inserem-se nessa lógica de desigualdade, de renda e de poder, constituindo caso exemplar de tentativa de *culpabilização* do mais vulnerável, utilizando-se de argumentos da preservação ambiental para injustamente promover a exclusão social. Há ainda que se considerar que os deslocamentos forçados a que as comunidades mais pobres são, via de regra, comumente submetidas interessam majoritariamente a interesses particulares, ainda que fomentados pelo Estado.

Assim, o Estado, na ânsia de preservar áreas em risco de sofrer a mesma degradação que outras sofrem por conta da expansão urbana, causa ainda maior desequilíbrio entre os meios antrópicos e ambientais (considerando a flora e fauna locais). A contradição da adoção da política preservacionista ocorre enquanto esta deixa de considerar que maior parte das áreas de conservação do Brasil são habitadas por populações indígenas ou tradicionais, como os caipiras. Este processo equivocado provoca, além da *culpabilização* daqueles que justamente defendem a terra, a criminalização dos povos que reivindicam seus direitos de reconhecimento e permanência nas unidades de conserva, como Rinaldo Arruda descreve:

As populações tradicionais são discriminadas por sua identidade sociocultural e impedidas de reproduzir seu modo de vida, tanto pelo modelo de ocupação predatório que se expande quanto pelo modelo de conservação ambiental vigente. Assim, paradoxalmente acabam por desenvolver uma postura anticonservacionista, identificando o ambientalismo como o substituto dos antigos grileiros e passando a desenvolver práticas predatórias do meio ambiente como único meio de garantir sua subsistência e não cair na marginalidade ou na indigência. (ARRUDA, 1999, p. 90)



Caso sejam expulsas do PEJU, as famílias remanescentes caipiras tradicionais que ali se constituíram serão obrigadas a migrarem para cidades próximas ou procurar trabalho em propriedades rurais de grande porte, como assalariadas. Este processo, mais do que a precarização das condições de vida, significa a total perda da identidade de um povo e a extinção, pelo Estado, de um dos últimos polos remanescentes da cultura caipira do Estado. Do ponto de vista das subjetividades, as perdas dos referenciais culturais, baseados na lida da terra, podem ser irreversíveis, causando sofrimento e alienando o caipira da sociedade, conforme assevera Carlos Rodrigues Brandão:

Por isso, ao lavrador tradicional sem terras próprias, a progressiva perda dos direitos de usar em seu proveito porções de “roça” de uma fazenda pareceu o começo do “fim do mundo”. Por isso, na cabeça de velhos camponeses tradicionais migrados do “sertão” para “a na”⁴ e obrigados ao trabalho urbano ou ao trabalho volante, viver em uma casa de periferia onde até mesmo o quintal mal comporta a roupa que a mulher lava nas segundas-feiras, a ideia de que “o fim do mundo não anda longe” é viva e real (BRANDÃO, 1983, pag. 29).

Até a presente data, não há proposta, por parte do Estado, de alocação das/os residentes do PEJU em outra área, seja urbana ou rural. Resta às/aos remanescentes caipiras a escolha de esperar pela possível reintegração de posse – sem que nesse período possam fazer qualquer cultivo ou manter animais, ou mudarem-se para outro local. Enquanto o processo de reintegração de posse se desenrola no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, parte considerável das/os remanescentes caipiras já deixaram suas terras ou estão em vias de saírem do parque⁵.

Defesa coletiva e o direito à terra: novos atores e estratégias

Em meio ao desespero de terem de deixar suas terras, suas casas e seus parques pertences de um dia para o outro, um grupo de moradoras/es do PEJU procuraram o NHU-DPESP para defendê-las/os no processo de reintegração de posse. Apesar de já contarem com a defesa prévia de advogada do Sindicato Rural da Região (moradoras/es da parte Norte do parque) e de advogado particular (parte Sul), procuraram a instituição para a defesa coletiva e intervenção junto ao Estado, acreditando no peso institucional da DPESP.

Para além da argumentação jurídica apresentada pela Defensoria no processo judicial, o recorte nesta análise se voltará para as estratégias extrajudiciais adotadas prior à judicialização do caso, que incluiu reuniões com a Procuradoria do Estado e com a Diretoria da Fundação Florestal, na tentativa de busca de acordo que preservasse os direitos da população caipira residente no parque.

Após a realização dos estudos e produção do relatório técnico, foram iniciadas as tentativas de diálogo, primeiro com a Procuradoria do Estado e, em seguida com a Fundação Florestal. Sem muita dificuldade, as reuniões foram agendadas e, de porte de toda a argumentação jurídica e antropológica, a equipe partiu para os encontros carregando um grande



senso de expectativa de resolver a questão de outro modo, que não por meio da intervenção judiciária.

Para a reunião com a Procuradoria, juntou-se ao grupo composto por esta Socióloga, Arquiteta-Urbanista e Defensor Público do NHU-DPESP, Defensora Pública representante do Núcleo Especializado de Defesa da Diversidade e da Igualdade Racial, por conta de povos tradicionais serem partes da ação de reintegração de posse e estarem no âmbito de defesa deste último núcleo. A reunião ocorreu nas dependências da Procuradoria Estadual⁶. Durante a maior parte da reunião, foram apresentados os resultados dos estudos de campo, da necessidade de garantir que os remanescentes caipiras pudessem permanecer em suas terras, do seu território como espaço de reprodução cultural, dos meios de sobrevivência, e de toda a argumentação com base na tradição e no direito à terra, ao plantio e à moradia digna - em suma, ao direito ao “chão”.

Após escuta atenta por parte dos Procuradores, seguiu-se, para a surpresa dos representantes da Defensoria, a confirmação de que os procedimentos adotados para a reintegração de posse iriam continuar, com as famílias sendo notificadas individualmente para deixarem suas glebas. Foi apontado que um bem maior estava em risco, a Mata Atlântica e seus recursos naturais, que deveria ser preservada de forma integral, ou seja, sem a presença do homem. Ouvimos que um dos Procuradores tinha especialização em Direito Ambiental e, portanto, possuía propriedade para discorrer sobre o tema. Sobre a tradição e a reprodução cultural da população, foi afirmado não haver comprovação que atestasse o pertencimento da população do PEJU à categoria de comunidade tradicional. Contrariamente, os membros da Procuradoria do Estado, afirmaram que se tratava de ocupantes recentes, possivelmente de “invasores” de terras públicas. Não houve contraponto sobre a falta de Laudo Antropológico ou a não participação da população quando da formulação do Plano de Manejo. A questão que se desenrolava, no dizeres dos representantes do Estado, era de natureza jurídica e individual, não restando dúvidas de sua legalidade. Os argumentos da DPESP baseavam-se em categorias antropológicas e de defesa coletiva.

Após consideradas esgotadas as tentativas extrajudiciais de diálogo⁷, o NHU-DPESP ingressou, em 2016, com Ação Cível Pública no Tribunal de Justiça do Estado, para defesa coletiva da população remanescente caipira do PEJU, solicitando sua permanência no local.

A população do PEJU segue assustada e sem garantias de que poderá continuar em suas terras. Impedidas de cultivo, sem acesso à educação e outros serviços essenciais, muitas famílias abandonaram suas casas. Outras ainda resistem e acreditam que a decisão da Justiça será favorável, a despeito de todas as dificuldades enfrentadas e da desconfiança que possuem em relação ao Judiciário.

Considerações finais

No caso em estudo, em contraste aos dados e informações obtidas pelo NHU-DPESP no trabalho de campo, as ações de reintegração de posse do PEJU se baseiam no pressuposto de



que as famílias nativas seriam “invasoras”, “de veraneio” ou que danificariam o meio ambiente. Desse modo, observou-se que o Estado não considerou as particularidades da população do PEJU, agindo de forma “míope”, como expressa Marcelo Ribeiro de Oliveira (2016), ao analisar as implicações das políticas ambientais em contraste com a presença humana nas áreas de preservação.

Em outra dimensão, é necessário concluir que o Estado, sobretudo, nas atividades administrativa e jurisdicional, mostra-se submetido ao dever de considerar as culturas envolvidas em um dado conflito, não se podendo validar uma determinada medida ou decisão judicial que compreenda uma questão de forma míope, sem considerar as particularidades dos atores sociais envolvidos (OLIVEIRA, 2016).

Como observamos, a complexidade deste tema vai além de resoluções limitadas ao âmbito jurídico e deve ser resultante de processo participativo que consiga dialogar com todos os atores envolvidos. Notadamente, problema grave verificado no processo de criação do PEJU, se refere à falta de participação da população local, haja vista que os canais de diálogo não foram acionados e a mediação não ocorreu, pois, os pedidos de reintegração de posse foram expedidos sem qualquer contato prévio com as/os moradoras/es.⁸

Quanto à questão ambiental, objeto do principal argumento contra a manutenção da comunidade no local, o estudo técnico preliminar não detectou impactos negativos ao meio ambiente que fossem diretamente causados pelo arranjo comunitário ou pelo modo de vida dos residentes. Ao contrário, as raízes rurais das famílias ali estabelecidas garantiram que uma extensão significativa de áreas verdes fosse preservada, incluindo pomares, hortas e mata nativa. Contudo, foi observado que a degradação ambiental, à qual as/os próprias/os residentes também são vítimas, decorre da falta de fornecimento, por parte do poder público municipal e estadual, de escoamento sanitário adequado, comprometendo a saúde de todas/os e o meio ambiente.

Por outro lado, ressaltamos que a tradicionalidade não se encerra na permanência de práticas arcaicas e modos de vida que não têm a presença de elementos contemporâneos. Cabe, assim, ao Sistema de Justiça a busca pela compreensão da diversidade de sentidos e da complexidade que a encerra, ainda que como categoria jurídica:

É preciso ressaltar, por fim, que a tradicionalidade – assim como outras noções que estabelecem determinadas coletividades como atuais sujeitos de direitos - refere-se a uma **categoria jurídica**, que tende a fixar um conjunto de traços, descrições e qualificativos na expectativa de descrever realidades muito mais complexas e movediças. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2014, pag. 94. [*grifo do autor*])

A remoção forçada das famílias remanescentes caipiras representa, portanto, não apenas a perda de importante cultura tradicional do Estado, mas sobretudo do que resta desta tradicionalidade, pois que há décadas esta população vem sendo expulsa de seus territórios por conta da exploração desenfreada da terra, seja para a instalação da indústria do agronegócio ou, conforme acompanhamos no presente caso, em nome da preservação de flora e fauna nativa.



A pesquisa revelou o surgimento de novas dinâmicas de defesa coletiva e novas estratégias extrajudiciais de atuação, notadamente da Defensoria Pública do Estado. A busca da comunidade pela defesa coletiva se originou na urgência imposta para a defesa do direito de permanecer em seu “chão”. Por outro lado, constatou-se que as práticas de defesa extrajudiciais adotadas pela Defensoria Pública ainda encontram resistência nos meios jurídicos e administrativos do poder público, notadamente no presente caso, onde o autor da ação é o próprio Estado. Contudo, ainda que o caso do PEJU tenha sido levado à decisão judicial (“judicializado”), a avaliação final é que todos os diálogos estabelecidos entre as partes foram importantes no sentido de semear novas formas de atuação extrajudicial e do “fazer justiça”.

Referências Bibliográficas

ACSELRAD, Henri *et al.* *O que é Justiça Ambiental?* Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2009.

ALBERINI, Marilene. Relatório Técnico: Populações Tradicionais do Parque Estadual do Jurupará, 2016. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=300>. Acesso em 13 de abril de 2017.

ARRUDA, Rinaldo. “Populações tradicionais e proteção de recursos naturais”. In: *Ambiente & Sociedade*, Ano III, nº 5, 2º Semestre de 1999.

AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental e sustentabilidade: o ambiental e sustentabilidade – desafios para a proteção jurídica da sociobiodiversidade*. São Paulo: Juruá Editora, 2012.

BALDI, César Augusto. “A proteção jurídica da territorialidade étnica: as comunidades quilombolas”. In: FERNANDES, Edesio; ALFONSIN, Betânia. (orgs). *Revisitando o instituto da desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 273-315.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *Os caipiras de São Paulo*. São Paulo: Editora Brasiliense, Coleção Tudo é História, v. 75, 1983.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. Lei Federal Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm. Acesso em 05 de setembro de 2017.

BRASIL. Decreto Federal nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades



Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em 06 de setembro de 2017.

BRITO, Antonio José Guimarães. “Etnicidade, Alteridade e Tolerância”. In: COLAÇO, Thais Luzia (org.). *Elementos de Antropologia Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

CANDIDO, Antonio. *Os Parceiros do Rio Bonito: estudo sobre o caipira paulista e a transformação dos seus meios de vida*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora (Coleção Documentos Brasileiros), 1964.

CASTILHO, Sergio Ricardo Rodrigues; LIMA, Antônio Carlos de Souza; TEIXEIRA, Carla Costa. (orgs.) *Antropologia das práticas de poder: reflexões etnográficas entre burocratas, elites e corporações*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2014.

CHAGAS, Miriam de Fátima. “A política do reconhecimento dos “remanescentes das comunidades dos quilombos””. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 7, n. 15, p. 209-235, julho de 2001.

CLIFFORD, James; MARCUS, George. *Writing Culture: the poetics and politics of ethnography*. Berkeley, Los Angeles and London: University of California Press, 1986.

CUNHA, Manuela Carneiro da; ALMEIDA, Mauro William Barbosa de. “Quem são as populações tradicionais?” *Unidades de Conservação*, 2016. Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/territórios-de-ocupação-tradicional/quem-são-as-populações-tradicionais>. Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

DAS, Veena; POOLE, Deborah. (eds.). *Anthropology in the margins of the state*. 2a. reimpressão. Santa Fé, New Mexico: School of American Research Press, 2008.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ação Civil Pública nº 1052411-82.2016.8.26.0053, de 09 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=300>. Acesso em 13 de abril de 2017.

DIEGUES, Antonio Carlos. *O mito moderno da natureza intocada*. São Paulo: NUPAUB-Universidade de São Paulo, 1994.

EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA. “Sistemas Agroflorestais e Conversão Agroecológica: o Desafio do Redesenho dos Sistemas de Produção”. In *Boletim de Pesquisa e Desenvolvimento* 169, dezembro de 2013, pag. 27.

FLEURY, Lorena Cândido; ALMEIDA, Jalcione Pereira de. “Populações tradicionais e conservação ambiental: uma contribuição da teoria social”. In *Revista Brasileira de Agroecologia*, 2(3):3-19, 2007.

GEERTZ, Clifford, “Um jogo absorvente: notas sobre a briga de galos balinesa”. In: _____. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, pp. 278-321.



_____, “O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa”. In: _____. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, pp. 249-356.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Parque Estadual do Jurupará: Plano de Manejo-Resumo Executivo, 2010. Disponível em: http://fflorestal.sp.gov.br/files/2012/01/PEJurupara/resumo_executivo.pdf. Acesso em 23 de agosto de 2017.

HARVEY, David. *A justiça social e a cidade*. São Paulo: Hucitec, 1980.

HERCULANI, Sueli. A população tradicional caipira e sua reprodução sociocultural frente às políticas públicas de conservação e os processos de educação: Parque Estadual do Jurupará-Ibiúna-SP. 2009. 155 p. Dissertação de Mestrado, Departamento de Geografia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

KANT, Robert Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. “Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico”. In *Anuário Antropológico*. I, 2014. Disponível em: <http://aa.revues.org/618>. Acesso em 04 de setembro de 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral: Alternativas para o Asseguramento de Direitos Socioambientais, Manual de Atuação 1*, Brasília, 2014.

OLIVEIRA, Fabiana Luci; SILVA, Virgínia Ferreira da. “Processos judiciais como fonte de dados”. In *Sociologias*. Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/ jul 2005, p. 244-259.

QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. *Bairros rurais paulistas: dinâmica das relações bairro rural-cidade*. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1973.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANTIAGO, Cristina de Marco. Os lavradores da Floresta: um estudo sobre as contradições das políticas públicas de conservação na proteção do modo de vida tradicional. 2010. 273 p. Tese (Doutorado) – Departamento de Geografia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos*. Coleção Sociologia Crítica do Direito – parte 1. São Paulo: Cortez Editora, 2014.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. “Etnografia dissonante dos tribunais do júri”. In *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v.19, n. 2. São Paulo: USP, FFLCH, novembro de 2007 (p. 111-129). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200004&lng=en&nrm=iso. Acesso em 11 de agosto de 2017.



SINHORETTO, Jacqueline. “Campo estatal de administração de conflitos: reflexões sobre a prática de pesquisa para a construção de um objeto”. In: KANT, R.; EILBAUM, L.; PIRES, L. (orgs.) *Burocracias, direitos e conflitos: pesquisas comparadas em Antropologia do Direito*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2011.

SAULE JR., Nelson. “Formas de proteção do direito à moradia e de combate aos despejos forçados no Brasil”. In: FERNANDES, Edésio (org.) *Direito Urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

¹ A obra clássica de Antonio Candido (1964) está dividida em três partes: a primeira trata da formação do caipira tradicional, que se fixou ao solo após a expansão paulista, herdando a mobilidade do convívio com os índios; a segunda expõe a crise da cultura caipira diante do processo de modernização do país; e a terceira analisa a mudança, a integração do caipira na vida moderna. Antonio Candido analisa a mudança das transformações na vida do caipira e aponta para a reforma agrária.

² Notadamente, os povos indígenas não fazem parte da categoria “populações tradicionais”. De acordo com Manuela Carneiro da Cunha, a distinção “repousa sobre a distinção legal fundamental: os direitos territoriais indígenas não são qualificados em termos de conservação”. Apesar das terras indígenas também serem consideradas “ilhas” de conservação, a legislação brasileira separa os povos indígenas dos povos tradicionais”(...). Há que se considerar, no entanto, que a legislação de proteção ao território e práticas culturais indígenas se inserem em preceitos similares àquelas que garantem os direitos dos povos tradicionais, notadamente quilombolas, ribeirinho e caipiras (CUNHA, 2016).

³ O *Relatório Técnico: Populações Tradicionais do Parque Estadual do Jurupará* (ALBERINI, 2016), elaborado para fins da defesa coletiva das famílias de pequenos agricultores, e que serviu de base para a argumentação jurídica contida na Ação Cível Pública movida pelo NHU-DPESP, apresenta os elementos indicativos da preservação da cultura caipira no PEJU, como o tipo de alimentação, os festejos e folguedos, a organização religiosa e comunitária, as práticas de caça e pesca, dentre outros.

⁴ O autor refere-se à expressão comumente usada de maneira informal, significando a mudança para cidade. Assim, o caipira passa então a se referir como morando “a na cidade”, em contraponto ao “na roça”.

⁵ Segundo os relatos coletados, as/os moradoras/es sentem-se em processo de expulsão do parque, principalmente por não poderem praticar qualquer atividade de cultivo ou criação de animais. Mesmo pequenas roças com culturas de subsistência, como feijão e mandioca, foram banidas. Porcos, vacas, galinhas e cavalos também não são permitidos. Guardas da Fundação Florestal fazem a fiscalização e impedem, ainda, a entrada de qualquer material construtivo, que seria utilizado para construção ou reforma das casas. Algumas pessoas relataram ainda que sofreram ameaças verbais e tiveram seus animais domésticos (cães e gatos) confiscados.

⁶ Em atenção à preservação da identidade dos representantes dos órgãos públicos envolvidos, não serão especificados a localização exata dos locais das reuniões ou os nomes dos participantes nas reuniões.

⁷ O NHU-DPESP realizou, ainda, reunião com a Diretoria da Fundação Florestal, com a Assessoria de Deputado Estadual do Estado de São Paulo e buscou interlocução com a Fundação Instituto de Terras do Estado (ITESP) e organizações não governamentais e pesquisadores envolvidos com a questão ambiental e a proteção de povos e comunidades tradicionais.

⁸ Não obstante ter sido criado, em fevereiro de 2014, o Grupo de Trabalho Jurupará - composto por representantes do Poder Executivo e Legislativo do Estado, além de lideranças comunitárias, e incumbido de debater questões fundiárias e socioambientais do PEJU. De forma genérica, o relatório final deste Grupo de Trabalho reproduziu os levantamentos preliminares, sem fundamentação técnica antropológica. Há recomendação de realização de novos estudos, porém não houve seu cumprimento. Não há notícias de convocação de audiências públicas ou assembleias, indicando a não participação da comunidade afetada.



Territorialidade quilombola no bloco dos direitos sociais e a invalidação das Unidades de Conservação de Proteção Integral no estado de São Paulo*

Quilombola territoriality in the block of social rights and the invalidation of the Conservation Units of Integral Protection in the state of São Paulo

Wagner Giron de la Torre

Defensor Público do Estado de São Paulo. Pós-graduado em Direitos Humanos e Acesso à Justiça pela FGV/SP.
wtorre@defensoria.sp.def.br

Resumo

A intervenção do Estado no campo ambiental, por meio da criação das Unidades de Conservação sobrepostas aos territórios ancestrais de Comunidades Remanescentes de Quilombos produz uma série de conflitos, não só pela transposição dos territórios comunais, de maneira vertical, ao domínio do Estado mas, principalmente, pelas restrições e forte marginalização que os equipamentos conservacionistas oficiais impõem às comunidades quilombolas, gerando sua asfixia social e dissolução etnocultural. O presente trabalho se estruturou pelas seguintes hipóteses: (i) não há colisão entre os princípios da tutela ambiental e o direito territorial titularizado pelas comunidades tradicionais; (ii) as Unidades de Conservação de Proteção Integral, no Estado de São Paulo, tal como instituídas, não escapam incólumes a um controle de convencionalidade perante a juridificação dos direitos humanos. A conclusão deste trabalho mostra que inexistente o conflito entre os dois valores enunciados, bem como que as Unidades de Conservação, no que tangem ao território das comunidades quilombolas, são nulas face a carta internacional dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Comunidades Quilombolas. Unidades de Conservação. Territorialidade.

Abstract

The intervention of the State in the environmental field, through the creation of the Conservation Units overlapping the ancestral territories of the Remnant Communities of Quilombos, produces a series of conflicts, not only for the transposition of the communal territories, vertically, to the domain of the State, By the restrictions and strong marginalization that official conservationist equipment imposes on the quilombola communities, generating their social suffocation and ethnocultural dissolution. The present work was structured according to the following hypotheses: (i) there is no collision between the principles of environmental protection and the territorial law securitized by traditional communities; (ii) the Protected Areas of Integral Protection, in the State of São Paulo, as established, do not escape unavoidably to a control of conventionality before the juridification of human rights. The conclusion of this work shows that there is no conflict between the two stated values, as well as that the Conservation Units, as far as the territory of the quilombola communities are concerned, are invalid in view of the international charter of human rights

Keywords: Human Rights. Quilombola Communities. Conservation units. Territoriality.

*Este artigo é um resumo do trabalho de conclusão de curso apresentado na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas/SP, em 2017, intitulado “Territorialidade quilombola, direitos humanos e unidades de conservação no Estado de São Paulo”, como requisito parcial para a obtenção do título de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Acesso à Justiça.



“Sinuosa até na violência, negadora de virtudes sociais, contemporizadora e narcotizante de qualquer energia realmente produtiva, a ‘moral das senzalas’ veio a imperar na administração, na economia e nas crenças religiosas dos homens do tempo. A própria criação do mundo teria sido entendida por eles como uma espécie de abandono, um languescimento de Deus” Sérgio Buarque de Holanda

Quilombos e seus significados

Quilombo é palavra de significado forte, enraizada na história. Indicativa de espaço de severas disputas, situado na fronteira étnico-cultural (VIEIRA, 2014) e confinado nas tensões entre a primazia de forças cingidas à sociedade hegemônica e os modos de reprodução comunitários com fortes traços pré-modernos.

Até hoje, pelas forças do atraso (BRASIL, 2004)¹ seu significado é discutido dentro não só do sistema de justiça mas principalmente nos centros de produção de decisões políticas, cuja ideologia tende a manter as simbologias ligadas a esses espaços comunais na mais absoluta invisibilidade, negando, esvaziando, esvanecendo no abandono da história oficial, a força dos direitos fundamentais que sustentam as bases territoriais desses segmentos étnicos, imbricados, de maneira iniludível, à própria conformação do Brasil enquanto nação. (FREIRE, 1998, p. 283)²

Calha também demarcar a forte carga de preconceito que, corridos cinco séculos da introdução do elemento africano como escravo nestas longitudes, interdita a realização da *justiça histórica* que deveria se materializar através do reconhecimento e titulação dos territórios ocupados por seus remanescentes.

Quilombo é também espaço de disputas por liberdade, emancipação e perspectivas de dignidade de vida forjado pelas minorias oprimidas frente ao avanço de um modo de produção e acumulação de capital que só tende a superar e destruir as formas tradicionais de vivência societária (ARRETCHE, 1995, p. 16).³

Fruto social, e político, do processo de espoliação colonial, cujos saques de recursos naturais e mão de obra escravizada tornaram possível o desenvolvimento econômico das formas modernas de produção industrial nos centros capitalistas, no mesmo passo que consolidaram a dependência e subdesenvolvimento na América Latina (GALEANO, 1994; COUTINHO, 2013; KATZ, 2016; PRIOSTE; BARRETO, 2012) os remanescentes das comunidades quilombolas, abandonados pela história oficial, ainda vivenciam o pesado legado do passado patriarcal, calcado em acentuado racismo por parte dos gestores da sociedade hegemônica (KATZ, 2016; HAYAMA, 2013; PRIOSTE; BARRETO, 2012; PACHECO, 2013; SILVA, 2008) que não só desdenham com seus direitos territoriais como atuam, de forma assombrosamente aberta, à mercê de ações e omissões, pelo esvaziamento do conteúdo de tais direitos. Em que pese a vasta juridificação de direitos humanos, no âmbito interno e externo, a amparar o direito basilar de reprodução etnocultural dessas minorias, paira sempre o peso da maldição patriarcal, há muito detectada nas raízes do país por Sérgio Buarque de Holanda, cuja ideologia engendra



“constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias”. (1998, p. 182).

Essas reminiscências do passado escravista não podem ser descartadas em quaisquer análises que se prendam à tão protraída pretensão à bases territoriais seguras, vindicadas pelas incontáveis comunidades quilombolas espalhadas pelo país, e ganham significado revigorado quando divisamos o número diminuto, quase que insignificante, de quilombos devidamente titulados neste Estado e País desde o advento da Constituição de 1988.

O movimento Quilombola indica aproximadas 5000 aquilombamentos reivindicando titulação no país, ao passo que, até 2008, apenas 143 núcleos comunais conseguiram a titulação (JESUS, 2008)

No Estado de São Paulo, segundo a Comissão Pró-Índio (CPISP, 2017) esse número é ainda mais insignificante: apenas 5 comunidades, de um total de 35, conseguiram acessar titulação nestes últimos 30 anos.

Para o ITESP - Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo-, órgão encarregado do procedimento de titulação das terras quilombolas, o número de regularizações também é inexpressivo no Estado: apenas seis comunidades tituladas. (SÃO PAULO, 2017).

São vários os fatores a emperrar, por tempo imemorial, o ato, estatal, de regularização fundiária das Comunidades Remanescentes de Quilombos. Podem ser assim resumidos: (i) falta de vontade política dos exercentes da esfera de poder; (ii) força centrípeta dos setores ligados à especulação imobiliária e agronegócio que visam aprofundar seus domínios sobre os territórios comunais; (iii) edificação de unidades de conservação ambiental, *em especial de proteção integral*, a restringir os modos de reprodução material e cultural dessas comunidades, tudo isso forjando um avançado processo de marginalização e criminalização dos integrantes dos quilombos que só tende à esvanecer as chances de sobrevivência dessas etnias.⁴

As circunstâncias impostas pelos ciclos de acúmulo de capital que urdiram todo o processo colonial-escravocrata, o preconceito estrutural até hoje reinante, a ausência de políticas públicas decentes e consistentes, que possibilitassem ao menos amenizar as severas sequelas de injustiças desse débito social imenso, compeliram frações dessas minorias étnicas a buscarem refúgio nos distantes espaços florestais, na periferia da ordem social competitiva (FERNANDES, 2007, p 87) onde, através dos séculos, e juntamente com outros elementos não negros que também vindicavam um vislumbre de liberdade diante das restrições impostas pela sociedade hegemônica (ROTHENBURG, 2008, p. 190), se enraizaram em territórios tradicionais, visceralmente ligados à própria essência material e imaterial desses agrupamentos, que tornaram esses espaços compartilhados pela tradição – e não por obra do acaso- nos fragmentos mais bem conservados do que restou dos maciços florestais dos biomas originários neste Estado.

Hodiernamente, o conceito normativo de Comunidade Quilombola, vem descrito no artigo 2º do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003:

Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas,



com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Talvez em um dos raros hiatos temporais da história deste país em que os movimentos populares puderam experimentar um laivo de protagonismo, que se deu por ocasião da última vertente do Poder Constituinte em meio à década de oitenta do século passado, pelos esforços e organização dos segmentos jungidos aos grupos de luta pela Consciência Negra (PRIOSTE; BARRETO, 2012; SILVA, 1994) é que, nos estertores do processo de conformação constitucional, se fez inserir, no artigo 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, o seguinte preceptivo: “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Esse direito fundamental à territorialidade comunal, que deveria ser implementado rapidamente, posto que “transitório”, passados quase trinta anos da promulgação da Constituição ainda está muito longe de ser respeitado em sua inteireza, como visto linhas atrás.

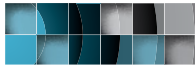
Além desse preceptivo, no corpo da Constituição, pela primeira vez na história do país (PRIOSTE; BARRETO, 2012) se reconheceu a ancestralidade da etnia negra e sua descendência, sua cultura e aquilombamentos como elementos formadores da cultura nacional e do processo civilizatório do Brasil, erigindo-os, junto a outras etnias e grupos populares tradicionais, como elementos integrantes do patrimônio cultural brasileiro.⁵

Os documentos afetos aos territórios quilombolas, ademais, foram tombados diretamente pelo texto constitucional (artigo 216, §5º, da CF) face à sua relevância para a conformação cultural brasileira.

Comunidades tradicionais, tutela socioambiental e conflitos territoriais

Inexistindo políticas públicas no período pós-escravista capazes de minorar os perversos efeitos do regime de servidão e pudessem, ao menos, preparar o seu agente humano para o labor livre, o escravo foi convertido em um resíduo social racial (FERNANDES, 2007, p 87), relegado ao estamento mais baixo da população pauperizada, e expulso para as fronteiras periféricas da ordem social (PRADO JUNIOR, 2008). Nesses espaços, via de regra embrenhados em maciços florestais isolados, estabeleceu territórios onde, de forma tradicional, pré-moderna, por séculos reproduziu, com forte suporte em sua cultura ancestral e vasto conhecimento das dinâmicas da natureza, a subsistência material dos aquilombamentos, enquanto espécie das comunidades tradicionais.⁶

Por conta de uma cosmovisão profundamente cingida à natureza e pertencimento identitário intrinsecamente ligado às bases territoriais, o que mantém a reprodução material estritamente dependente do manejo sustentável dos recursos naturais, as comunidades tradicionais são as principais responsáveis pela preservação do que restou dos fragmentos remanescentes dos biomas nacionais originários (DIEGUES, 1996, p.87; GRABNER, 2016, p.69; HAYAMA, 2013, p262; ROTHENBURG, 2008; SARMENTO, 2006; SILVA, 2008),⁷ por isso, no Estado de São Paulo, os territórios quilombolas estão embrenhados, na grande maioria dos agrupamentos, nas áreas recobertas pela Mata Atlântica, um dos motivos pelos



quais quase que inexistentes remanescentes de quilombos que não estejam à mercê de qualquer espécie de processo, judicial ou administrativo, tendente a expulsá-los dos territórios. (PRIOSTE; BARRETO, 2012).

Os pobres e os negros, libertos ou não, foram proibidos, na era escravista, de serem proprietários de terras sob a égide da ideologia dominante, cristalizada pela “Lei de Terras” de 1850 (PRIOSTE; BARRETO, 2012), a qual, segundo Stédile “consolidou o latifúndio como estrutura básica da distribuição de terras no país”(2011, p. 16). Os territórios comunais ocupados, portanto, o foram à margem do sistema hegemônico de regulamentação do domínio, na fronteira étnico-cultural em que os povos tradicionais não reconhecem as normas produzidas pela sociedade dominante (VIEIRA, 2014, p. 23) divorciados dos significados liberais afetos à relação de posse privada, com ostensivo conteúdo coletivo no manejo do solo ancestral.

Todavia, os conflitos entre essas sociedades tradicionais e a ordem social moderna se intensificaram, principalmente neste Estado, a contar do último período ditatorial quando, por decretos verticais, impostos de cima para baixo, e sem quaisquer chances de diálogo ou informação prévia com as comunidades tradicionais, se reproduziu a racionalidade conservacionista gestada nos países centrais do capitalismo, aqui adensando um ciclo preservacionista radical, fincado no mito moderno da natureza intocada (DIEGUES, 1996)⁸ que produziu a instituição serial de várias Unidades de Conservação de proteção integral, principalmente entre as décadas de sessenta a oitenta do século passado (JORDÃO, 2015, p 213), fundadas em uma ideologia que se baseava na ilusão de serem os fragmentos florestais nativos - há séculos ocupados e preservados pelas sociedades pré-capitalistas-, enormes espaços vazios de humanidades, com seus ecossistemas “intocados”.

No intento de se preservar esses escassos remanescentes de biomas a salvo do avanço do modo de produção urbano-industrial, foram instaladas, no Estado de São Paulo, 72 Unidades de Conservação de proteção integral (JORDÃO, 2015, p 213) das quais, os principais sistemas são: o (i) Parque estadual do PETAR, instituído pelo Decreto nº 32.283, de 19 de maio de 1958, albergando as unidades conservacionistas de Jacupiranga, Eldorado, Iporanga, Barra do Turvo e Cananéia; (ii) o Parque Estadual da Serra do Mar - PESM, constituído pelo Decreto nº 10.251, de 30 de agosto de 1977, que alcança os municípios do Vale do Ribeira, Mongaguá, Mogi das Cruzes, Bertioga, São Sebastião, Caraguatatuba e Ubatuba, parte do Vale do Paraíba como São Luiz do Paraitinga, Paraibuna e Cunha; (iii) Estação Ecológica da Juréia-Itatins nos Municípios de Peruíbe e Iguape; (iv) Parque Estadual da Ilha do Cardoso, em Cananéia; e (v) Parque Estadual de Ilhabela (SÃO PAULO, 2000).

Subsequentemente, a Lei nº 9.985/2000 veio a instituir o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, concebido, também como já pontuado, pelo mito da natureza intocada, ignorando, por completo, na estruturação de seu texto, as cosmovisões e saberes etnoculturais das populações originárias que ocupavam, desde tempos imemoriais, os espaços protegidos e recobertos pelos biomas naturais, sobrepostos por tais unidades.

A indiferença aos anseios seculares e modos de vida das comunidades tradicionais, em especial as quilombolas, pode ser detectada de maneira vítrea desde o inciso I, do artigo 2º da norma referida, que conceitua unidade de conservação como:



Espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.⁹

Temos, na descrição da norma, todos os elementos assépticos de uma concepção hegemônica, que traça, abstratamente, ao corte do liberalismo ocidental, os significados vazios de conteúdo humano, sem qualquer alusão, nesses moldes normativos, a agrupamentos humanos cujos saberes ancestrais e intergeracionais, de forma efetiva, e não por influxo da edição de uma regra abstrata, conservaram, a salvo dos desastres derivados do avanço das fronteiras de atividades econômicas da ordem urbano-industrial, os fragmentos naturais ainda repletos de biodiversidade.

Com o advento desses equipamentos conservacionistas modernos, se intensificaram as restrições aos modos tradicionais de sobrevivência étnico-cultural das comunidades quilombolas, constituindo-se essas unidades de conservação de proteção integral as principais causas de expulsão das comunidades tradicionais de seus territórios. (GRABNER, 2016, p 82; HAYAMA, 2013, p. 266).¹⁰

Atividades voltadas à reprodução desses agrupamentos tradicionais, como o cultivo agrícola em escala familiar, caça e a pesca artesanal, construção de moradias etc, passaram a ser intensivamente criminalizadas pelo Estado.

A corroborar essas asserções, Maria Luiza Grabner relata um pouco sobre as restrições aqui consideradas:

[...]No entanto, afirma Diegues, com base em relatos e depoimentos orais colhidos em toda a extensão do território caiçara, que a instalação de áreas protegidas sobrepostas aos seus territórios tradicionais encontra-se na memória mais recente de muitos moradores que tiveram seu modo de vida desrespeitado não só pela proibição de atividades agrícolas e extrativistas habituais mas também pelo deslocamento forçado de suas moradias, ordenados pelos órgãos ambientais gestores das respectivas unidades de conservação. Tais relatos dos caiçaras, segundo o mesmo autor, expressam o terror e sofrimento decorrentes da expulsão acrescido da incerteza quanto ao futuro nas periferias das cidades litorâneas, para onde, mais das vezes, acabam sendo empurradas essas populações sem contar com o apoio adequado do Estado para que possam reconstruir seu modo de vida peculiar, com base em sua cultura (GRABNER, 2016, p 84).

Mostra contundente das violências informadoras da intervenção do Estado nesses territórios, pode ser extraída da narrativa contida no Relatório Técnico-Científico (RTC), que instrui o amarelecido, e já decenal, rito administrativo inerente à regularização fundiária do Quilombo da Fazenda, em Ubatuba-SP, referente a brutal remoção impingida à quilombola Laura Braga, nos idos da década de setenta do século passado:

A minha casa foi demolida, eu tava grávida de 5 ou 7 meses, e chegou o Ivan, na época, juntamente com seus capangas. Eu digo capanga, porque não existia lei, não existia nada, as coisas eram feitas da maneira deles, eles que faziam a lei. Ele chegou juntamente com seus capangas, uns 30 homens, tudo armado na minha porta, dizendo que eu tinha de sair dali.... Acho que era diretor na época, nem sei o que é que aquilo lá era. E aí dizendo que eu tinha que sair. Eu aleguei que se eu saísse, pra onde eu iria? Sim, porque, até então



eu tinha aquilo como a minha casa, um direito meu. Ele falou que eu iria para onde eu quisesse, pra baixo da ponte, que isso não interessava. Três dias depois, eles voltaram na minha casa. Eu carreguei muda de banana lá da Fazenda (sertão) nas costas, grávida, pra plantar, fazer um roçado, que eu tinha um roçado do outro lado do asfalto. Três dias depois, os homens foram lá e cortaram tudo a facão, a minha planta, e vieram me dizer que se eu voltasse a plantar, eles iriam me levar pra cadeia. Eu até tentei, na época, uma rádio em Ubatuba, o seu Zé Pedro me deu uma força, procuramos a autoridade, procuramos a rádio, mas a lei era deles. Era eles que faziam a lei. Me chamaram ainda de mentirosa na rádio e era isso que acontecia (ANDRADE, 2007, p. 37).

Essas e outras ações repressivas, protagonizadas pelas agências criminalizantes do Estado por conta da racionalidade conservacionista moderna, paralelamente às pressões empreendidas pelos setores empresariais, alimentam a diáspora recaída sobre essas sociedades comunais.¹¹

Os instrumentos internacionais de direitos humanos

Para os escopos deste trabalho, o direito étnico-territorial detido pelas Comunidades Quilombolas integra o vasto bloco de juridificação atreita aos direitos sociais, econômicos, culturais, socioambientais etc, sendo a Convenção-169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) “Sobre os Povos Indígenas e Tribais” (1989), um dos principais amparos normativos dessa messe de direitos. Incorporou-se ao âmbito jurídico interno através da aprovação de seu teor pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002. Posteriormente, foi promulgada pelo Decreto Federal nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

Porém, antes de sua vigência, já era possível extrair embasamento, no bloco internacional dos direitos humanos, às pretensões de justiça histórico-territorial formuladas pelos remanescentes de quilombos, a começar pelo Artigo XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que diz:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

A positivação desse consenso universal de que esse ordenamento de direitos de corte social é indispensável ao desfrute dos demais direitos de natureza civil e política, e até mesmo, na linguagem dos próprios tratados, *ao ideal do ser humano livre, liberto do temor da miséria*, tal qual cristalizado nos considerandos de vários documentos internacionais, como exemplo, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, ganhou sustentação ao longo das décadas, a ponto de transpor os limites morais de uma conclusão abstrata mais que óbvia, para erigir-se em razão jurídica incidente em qualquer esforço interpretativo para a efetivação dos direitos humanos na contemporaneidade.

Portanto, nesse marco, o já mencionado Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), promulgado pelo Decreto Federal nº 591, de 06.07.1992, complementa o esforço normativo em se robustecer garantias estreitamente alinhadas ao anseio político da comunidade humana em direcionar aos Estados, em seu artigo 2º, o compromisso,



ainda que temperado pelos pendores da *progressividade*, de assegurar essa gama de direitos, sem qualquer discriminação (art. 2º.1)¹².

Aqui um necessário parêntese para ponderar que aos gestores do Estado, até mesmo a réplica de que os direitos à segurança territorial das comunidades quilombolas não são absolutos, e devem ter sua implementação pautada pela “progressividade”, não teria a menor valia. Isso porque, como vimos no primeiro capítulo, neste Estado, em quase três décadas da consolidação desse direito no texto constitucional, não mais que cinco quilombos foram titulados, o que evidencia que nem a relativização dos direitos sociais pela lógica da gradualidade está sendo cumprida nesta unidade federativa.

Até mesmo no Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966), aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, temos, no artigo 27, importante referencial a dar lastro ao direito territorial analisado:

Art. 27: Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Na órbita continental, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 06.11.1992, garante tais direitos em seu artigo 26, ao dispor:

Artigo 26: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Não é de todo impertinente desde já averbar que, a partir de uma interpretação ampliativa do direito de propriedade elencado no artigo 21 da Convenção, obviamente com a injunção de seu artigo 26 e outras válvulas interpretativas gravadas nesse documento regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem estendido às comunidades tradicionais do continente o desfrute do território ancestral nos moldes tangidos pelo etnodesenvolvimento.¹³

Outra vertente em apoio à efetivação dos direitos territoriais analisados, reside no campo etnocultural. O direito à cultura, enquanto direito fundamental, além de assentado no artigo 27 do Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos, também é assegurado a partir dos considerandos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)¹⁴, além de ser valorizado no espectro das sociedades e povos tradicionais, tanto pelo princípio 22 da Declaração do Rio de Janeiro Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) como pelo artigo 8, letra ‘j’ da Convenção Sobre Diversidade Biológica (1992). Esses textos trazem a seguinte redação:

Rio/92. Princípio 22: As populações indígenas e suas comunidades e outras comunidades locais desempenham um papel vital na gestão e desenvolvimento do ambiente devido aos seus conhecimentos e práticas



tradicionais. Os Estados deverão reconhecer e apoiar devidamente a sua identidade, cultura e interesses e tornar possível a sua participação efetiva na concretização de um desenvolvimento sustentável.

Convenção Sobre Diversidade Biológica (1992)

Art. 8 – conservação *in situ*:

[...]

Letra j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas.

Exposto esse panorama normativo mais amplo, é curial voltarmos a atenção a dispositivos basilares da Convenção 169 da OIT, que regem o direito ao etnodesenvolvimento incidente sobre os povos originários e agrupamentos tradicionais. A tanto, basta analisarmos os artigos 13 a 16 dessa convenção:

Artigo 13:

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Artigo 14:

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Artigo 15:

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas



a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

ARTIGO 16

1 Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser transladados das terras que ocupam.

2 Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

3 Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.

Esses preceptivos abarcam as comunidades tradicionais, além dos povos originários, pela elasticidade inerente ao termo ‘povos indígenas e tribais’, constante do artigo primeiro da aludida Convenção.

Além dos direitos atrelados ao território ancestral, acima transcritos, nessa Convenção há ainda o direito fundamental à autoidentificação comunal (artigo 1º, letra “2”); obrigatoriedade dos Estados-partes em efetivar os direitos econômicos, sociais, culturais e socioambientais desses agrupamentos (artigo 2º), respeitando sempre as peculiaridades culturais de cada grupo ou etnia (artigo 5); direito à consulta prévia e devidamente informada sobre quaisquer atos administrativos, normativos, ou políticas públicas que possam impactar o território e modo de vida das comunidades (artigos 6 e 15); direito das etnias de escolher suas próprias prioridades em termos de desenvolvimento (artigo 7º); aplicação da legislação nacional em sintonia aos valores etnoculturais dos povos originários e comunidades tradicionais (artigos 8 a 11) e direito fundamental de acesso aos procedimentos legais (artigo 12).

Em junho de 2016, por aclamação, os Estados membros da OEA-Organização dos Estados Americanos, aprovaram a Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas (BRASIL, 2016), que amplia as garantias estabelecidas nos documentos internacionais mencionados. Essa nova declaração encontra-se à espera das necessárias subscrições para entrar em vigor.

A (in)validade das Unidades de Conservação sobre os territórios comunais

Maria Luiza Grabner já ponderou que “conhecer como se deu o processo de criação das Unidades de Conservação é fundamental para a solução jurídica a ser alcançada”. (2016, p. 84). Vimos, nos tópicos precedentes, que a imensa maioria das unidades de conservação recaídas



sobre as comunidades quilombolas – e tradicionais como um todo – foi instituída, de maneira unilateral, sem concessões democráticas mínimas, no período ditatorial militar, entre os anos 1960-1980, neste Estado e no restante do país. Quase todos os acervos conservacionistas foram implementados por decretos, sem consultas prévias às comunidades.

No limite, e diante da carta de direitos humanos, a construção jurídica das unidades de conservação integral, tal como concebida, dentro dos limiares do liberalismo ocidental, constituiu-se na transposição formal e compulsória dos territórios ocupados pelos agrupamentos tradicionais para o Estado, criando-se, após a construção de tal artifício, uma miríade de restrições viscerais sobre os modos de subsistência cultural e material dessas comunidades.

Ainda que em conformidade com o regramento interno do país, a implantação das restrições estatais sobre os modos de reprodução étnico-territorial dos povos tradicionais é patentemente contrária a diversas disposições internacionais de direitos humanos que vedam aos Estados-partes limitarem a eficácia ou os efeitos de seus dispositivos. Essas obrigações de respeito aos documentos internacionais podem ser conferidas, por exemplo, na análise do artigo 5.1 e 5.2 do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e artigo 29, “a”, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Ou seja, uma vez subscritos a convenção ou o tratado, ao Estado compete honrar seus preceptivos, já que tais documentos são revestidos pelo *jus cogens*, robustecido pelo artigo 53 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (1969), o que significa que, além de obrigatória, a norma cogente não pode ser alterada pela vontade de um Estado. “A derrogação de norma imperativa só pode ser feita por norma de igual quilate, ou seja, a norma aprovada pela comunidade internacional como um todo” (RAMOS, 2016, p. 191).

Como prova das possibilidades de contato entre o universal e o particular, é curioso notar que a teoria do *jus cogens* foi concebida por Francisco de Vitoria, assentada em sua ideia de *universalis respublicae* justamente para tentar imprimir ares de legalidade ao processo de espoliação colonial europeu sobre as terras e os povos da América. (FERRAJOLI, 2002, p 11). E aqui estamos nós no caminho inverso, de tentar, através da força desse instituto hermenêutico, demonstrar que também aos espoliados pela ordem dominante se é possível antever normas impregnadas de efetividade. Assim, volvendo ao caminho antes trilhado, resta irrefutável que unidades de conservação, tal como urdidas pelo Estado a partir de uma racionalidade conservacionista asséptica e hegemônica, causam: (i) restrições e sofrimentos aos integrantes das comunidades remanescentes de quilombos e outros assentamentos tradicionais aos quais venha se sobrepor; (ii) a normatização estruturadora desses espaços de “preservação” ambiental serve, também, para formalizar e legalizar a criminalização e marginalização dos modos de reprodução cultural e material dessas comunidades, aprofundando o histórico processo de opressão e dissipação societária tradicional; (iii) indisfarçáveis aniquilamentos ao conteúdo dos direitos econômicos, sociais, culturais, étnico-territoriais analisados e (iv) transposição do território ancestral para o domínio do Estado.

Não há como refutar a observação de que as unidades conservacionistas, tal como urdidas pelo Estado, afrontam o dever de respeito à cosmovisão centrada no direito ao etnodesenvolvimento garantido pela vasta carta de direitos humanos detalhada nos capítulos



anteriores, mas, em especial, produzem o aviltamento ao direito à consulta e anuência prévia, e devidamente informada, das comunidades atingidas.

A simples hipótese de reassentamento, antevista no artigo 42 da Lei do SNUC, por si só é flagrantemente inválida quando confrontada ao direito fundamental de não remoção sem consentimento, fixado no artigo 16 da Convenção OIT 169. O direito à reprodução das formas de subsistência tradicionais, detido por tais comunidades, como o direito à caça e pesca artesanal, os pequenos roçados em escala familiar, as atividades devocionais calcadas na tradição ancestral, tudo isso foi suprimido pela instituição das unidades de conservação informadas pelo mito moderno da natureza intocada. Toda a normativa interna que embasa tais unidades é, portanto, irremediavelmente inválida, nula, perante a carta de direitos humanos no que se sobrepõe aos territórios quilombolas.

O que resta, do ponto de vista das soluções jurídicas, é saber-se a forma de invalidação. Se houver propensão ao controle de constitucionalidade (compatibilidade interna) sobre tais afrontas, todas as unidades de conservação urdidas, por decreto, antes da atual constituição, terão as normativas que lhes instituíram como revogadas no tocante a esses territórios, já que é indisputável no meio jurídico que normas incompatíveis com a constituição, mas anteriores a ela, ressumam revogadas (BARROSO, 2008, p. 22; STRECK, 2013, p. 559/560). Leis subsequentes à nova ordem constitucional, como, v.g., a Lei nº 9.985/2000, no que permite a remoção forçada das comunidades tradicionais e a restrição sobre os territórios comunais, são inquestionavelmente inconstitucionais, isso, sob o ponto de vista interno. Esse controle de constitucionalidade pode materializar-se pelo regime do controle concentrado ou incidental em prol das minorias (BARROSO, 2008, p. 54).

Conclui-se, pelo estudo realizado, que pelo prisma internacional, todo o arco normativo das unidades de conservação sobrepostas a territórios de comunidades tradicionais, como as quilombolas, é nulo diante da carta de direitos humanos, já que com ela incompatível. É bom salientar que perante o controle internacional de convencionalidade não existe diferença entre o teor de uma lei interna, uma sentença ou ato administrativo, pois, na órbita das cortes internacionais e outros meios de proteção aos direitos humanos, os atos dos Estados são tidos como fatos jurídicos em sentido amplo (RAMOS, 2016 b, p. 305), passíveis de invalidação em caso de incompatibilidade.

Calha também ponderar, face às conclusões predispostas, que os remanescentes de quilombos e outras comunidades tradicionais não estão libertos dos encargos de respeito aos limites normativos de tutela ambiental. É certo que, se houver comprovado avanço sobre tais limites, as sanções correspondentes, e ponderadas, são válidas, assim como o são a qualquer estamento social. Aqui se sustenta que apenas as restrições étnico-territoriais violadoras da juridificação ampla dos direitos humanos, como tantas vezes modulada, é que são incompatíveis com um controle consistente de convencionalidade, até porque por tempos imemoriais tais agrupamentos, em meio a seus saberes tradicionais, conviveram em harmonia com a natureza, se afigurando como um dos principais fatores de proteção ao que restou dos ecossistemas originários.

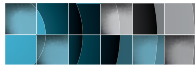


A busca pelo reconhecimento dessa invalidez/nulidade das restrições aos territórios comunais a partir da sobreposição vertical das unidades de conservação pode se dar por distintas formas, como as ações promovidas pelas associações dos remanescentes de quilombos vindicando não só a declaração de nulidade da unidade de conservação no tocante ao respectivo território como, por consequência, postulando provimento de reconhecimento jurisdicional do território tradicionalmente ocupado, nos limites propostos pela comunidade face à histórica omissão do Estado em fazê-lo; ou pela via da ação civil pública, por meio de algum legitimado concorrente, atuando em substituição à comunidade quilombola afligida. Diante das conhecidas dificuldades enfrentadas no sistema de justiça interno em se acessar um controle de convencionalidade efetivo, também é possível transpor esses conflitos aos sistemas regional ou global de proteção dos direitos humanos, seja pela via da tutela jurisdicional da Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos ou do controle estrito senso (ou convencional), formulado pelos comitês temáticos ligados ao sistema ONU. (RAMOS, 2016, b, 392).

De qualquer forma, a via pelo sistema interno de justiça, além de extremamente morosa e complexa, está muito distante de ser a mais efetiva, já que o Brasil é internacionalmente conhecido como um verdadeiro monumento à injustiça social (HOBBSAWN, 1995, p. 397) cujo sistema interno de proteção aos direitos humanos é notoriamente falho, já que o Judiciário prima, historicamente, por ignorar as interpretações emprestadas à carta internacional de direitos humanos pela Corte Interamericana (RAMOS, 2016, p. 350)¹⁵, fator a contribuir com a enorme fragilização e descrédito dos mecanismos internos de proteção aos direitos humanos.

Tamanhas as encruzilhadas que o ideal seria a construção, pelo Estado e comunidades tradicionais, em especial as quilombolas, de mecanismos de técnicas de mediação e solução alternativas de conflitos (SAMPAIO, 2007). Por exemplo, câmaras conciliatórias, a serem instaladas nas cidades/regiões próximas de agrupamentos quilombolas, e integradas não só pelos representantes das associações e líderes comunitários mas, também, por servidores e gestores das unidades conservacionistas; representantes das prefeituras envolvidas na disputa territorial; concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, saneamento, serviços de saúde e educação, enfim, visando abrir canais de diálogos na busca de formas alternativas de resolução dos diversos conflitos imbricados nessas colisões de interesses, até mesmo alcançando a facilitação dialógica para o acertamento das bases territoriais e desenvolvimento dos modos de reprodução dessas comunidades.

Todavia, a insistência, pela ótica dos gestores estatais, no aprofundamento das restrições aos modos de vida dessas comunidades, destoa da esfera jurídica, pois não há razões jurídicas, como visto, para fundamentá-las, e desemboca na perpetuação de uma tradição política concebida nos tempos da ordem moral das senzalas, profundamente arraigada nas instituições sociais, da qual é muito difícil, apenas pelos esforços institucionais internos, escapar, pois presa “à túnica rígida do passado inexaurível, pesado, sufocante” (FAORO, 2001, p 834).



Referências

- ABRAMOVICH, Victor e CHRISTIAN Courtis. **Direitos Sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2012.
- ANDRADE, Anna Maria de Castro. **Estudo Antropológico do Quilombo da Fazenda**, Ubatuba-SP, contido no processo administrativo de titulação ITESP nº 237/2007, SP datado de março de 2007.
- ARRETCHE, Marta T.S. **Emergência e desenvolvimento do Welfare State**. BIB, Rio de Janeiro, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo. Saraiva. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícia Do Julgamento Da ADIn 3239**: [HTTP://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=288144](http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=288144) acessado em 4.1.2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 3239: Pet inicial disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>>; 2004.
- BRASIL. Justiça Federal. mandado de segurança nº 0009700-10.2006.4.01.3400, em curso pela 5ª Vara da Justiça Federal em Brasília-DF. 2016. Disponível em http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00097001020064013400&secao=TRF1&pg=1&trf1_captcha_id=5f95119a440cc48e43cc0a77f62e1eb5&trf1_captcha=q64j&enviar=Pesquisar Acesso: 07.2.2017.
- BRASIL. Funai.: <[HTTP://www.oas.org/es/council/AG/regular/46RGA/documents.asp](http://www.oas.org/es/council/AG/regular/46RGA/documents.asp)> acessado em 16.12.2016.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Centro de Estudos da PGE – Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos, 1996.
- CPISP - Comissão Pró-Índio de São Paulo <http://www.cpis.org.br/comunidades/html/i_brasil_sp.html> em 5.1.2017
- CORTE, Interamericana de Direitos Humanos. Sentença caso Mayana, Awas Tigni vs Nicarágua. J. de 31.08.2001. www.corteidh.or.cr. 2001.
- CORTE, Interamericana de Direitos Humanos. Sentença caso Yakye Axa vs. Paraguai. J. de 17.08.2005. www.corteidh.or.cr. 2005.
- CORTE, Interamericana de Direitos Humanos. Sentença caso Pueblo Saramaka vs Suriname. J. de 28.11.2007. www.corteidh.or.cr. 2007.
- CORTE, Interamericana de Direitos Humanos. Sentença caso Moiwana vs Suriname. J. de 15.6.2005. www.corteidh.or.cr. 2005 “b”.



COUTINHO, Diogo R. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

DIAS, Marina. **O problema do menor é o maior**. *Jornal Le Monde Diplomatique Brasil*. Ano 8, nº 96, julho de 2015

DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**. São Paulo: HIUCITEC. 1996

FAORO, Raimundo. **Os Donos do Poder, 3ª Ed.** São Paulo: Ed. Globo, p. 834, 2001.

FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos, 2ª Ed.** São Paulo: Global editora, 2007

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no mundo moderno**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

FREIRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala 34ª ed.** Rio de Janeiro: Editora Record, 1998.

GALEANO, Eduardo, **As veias abertas da América Latina 36ª ed.** São Paulo: Paz e Terra, 1994

GRABNER, Maria Luiza. **Os Caiçaras e as Unidades de Conservação**. In NETO, Paulo Stanich. (coord.) *Direito das Comunidades Tradicionais Caiçaras*. São Paulo: Editora Café com lei, 2016.

HAYAMA, Andrew Toshio. **Por um Meio Ambiente com gente: comunidades tradicionais e unidades de conservação na perspectiva da dupla sustentabilidade**. In: Carlos Frederico Marés de Souza Filho; Clarissa Bueno Wandscheer; Liana Amin Lima da Silva. (Org.). *Biodiversidade, espaços protegidos e populações tradicionais*. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

HOBBSAWM, Eric J. **Mundos do Trabalho**, São Paulo, Ed. Paz e Terra, 1984.

_____ **Era dos Extremos**, São Paulo: Cia das Letras, SP 1999.

_____ **A Era das Revoluções 13ª Ed.** São Paulo: Paz e Terra, 2001.

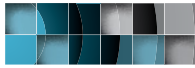
HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras, 1998.

ITESP. **Sobre número de quilombos em SP**, ITESP, Disponível <http://www.itesp.sp.gov.br/br/info/acoes/assitencia_quilombos.aspx> Acesso 13.01.2017.

JESUS, Jhonny Martins de. et al. **Governo federal entrega quilombolas aos leões**. In: *Direitos Humanos no Brasil – Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos*. São Paulo, 2008.

JORDÃO, Sílvia. **Os vazios geográficos na conservação de áreas naturais no Estado de São Paulo e o isolamento das Unidades de Conservação de Proteção Integral – Uma situação que precisa ser revertida**. São Paulo: MP/SP Temas de Direito Ambiental, 2015.

KATZ, Cláudio. **Neoliberalismo, neodesenvolvimentismo, socialismo**. São Paulo, Ed. Expressão Popular, 2016.



MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano. **Os direitos humanos e fundamentais dos povos indígenas e os juízes: olhares presentes na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2013.

MAPA, Violência no Brasil em 2016: **Homicídios por arma de fogo no Brasil.** Flacso, Brasil, 2016.

NUPAUB, Núcleo De Apoio À Pesquisa Sobre Populações Humanas E Áreas Úmidas Brasileiras. **Povos/Comunidades Tracionais e Áreas Protegidas no Brasil: Conflitos e Direitos.** Série Documentos e Relatórios de Pesquisa. Pró-Reitoria de Pesquisa USP. São Paulo: 2011.

ONU. Cedaw, Comitê. **Alyne da Silva Pimentel Vs. Brasil.** Comunicação n. 17/2008, § 21, Documento da ONU: CEDAW/C/49/D/17/2008,2011.

PACHECO, Tania. **Desigualdade, injustiça ambiental e racismo: uma luta que transcende a cor.** In: <http://racismoambiental.net.br/textos-e-artigos/tania-pacheco/desigualdade-injustica-ambiental-racismo/>, acesso em 28 de agosto de 2013

PELUZO, Cezar. **Voto proferido na ADIn 3239 em 18.04.2012.** Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1459_ADI3239>. Acessado em 20.03.2017.

PRADO JUNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil: colônia e império. 21ª Ed.** São Paulo. Editora Brasiliense, 2008.

PRIOSTE, Fernando e BARRETO, André. **Território Quilombola.** Distrito Federal:Terra de Direitos. DF. 2012, acessível em <terradedireitos.org.br/wp-content/.../Cartilha-formação-com-jovens-quilombola.pdf> acessado em 19.12.2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional 6ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2016.

_____ **Processo internacional de Direitos Humanos, 5ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombo),** Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 2, p. 189-206, out/2008.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi & NETO, Adolfo Braga. **O que é mediação de conflitos 1ª ed.** São Paulo: Brasiliense, 2007

SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação.** in: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmiento.pdf. Rio de Janeiro, 2006. Acesso Nov/2016.

SÃO PAULO. ITESP. **Sobre o número de quilombos em SP, ITESP,** Disponível <http://www.itesp.sp.gov.br/br/info/acoes/assitencia_quilombos.aspx> Acesso em 13.1.2017.



SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. JECRIM, comarca de Ubatuba-SP, processo nº 0000655-74.2009.8.26.0642. Disponível https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=HUY0900I70000&processo.foro=642&uuidCaptcha=sajcaptcha_f2be6ce004ba4cf59d811fb70185f2e5. Acesso: 7.2.2017, “a”.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. JECRIM, comarca de Ubatuba-SP, processo nº 0007912-19.2010.8.26.0642. Disponível <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=HUY0A063S0000&processo.foro=642&uuidCaptcha=sajcaptcha_f2be6ce004ba4cf59d811fb70185f2e5>. Acesso: 07.2.2017, “b”.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. JECRIM, comarca de Ubatuba-SP, processo nº 0006427-42.2014.8.26.0642. Disponível https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=HU0000HLT0000&processo.foro=642&uuidCaptcha=sajcaptcha_f2be6ce004ba4cf59d811fb70185f2e5 Acesso em 07.2.2017, “c”.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 3ª Vara cível da comarca de Ubatuba-SP. Processo nº 0000727-85.2014.8.26.0642. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=HU0000CNI0000&processo.foro=642&uuidCaptcha=sajcaptcha_f2be6ce004ba4cf59d811fb70185f2e5>. Acesso em dez/2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. 1ª Vara Cível da comarca de Ubatuba-SP. Processo nº 1003792-03.2016.8.26.0642. Ação Civil Pública. Disponível https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=HU00014BM0000&processo.foro=642&uuidCaptcha=sajcaptcha_f2be6ce004ba4cf59d811fb70185f2e5 Acesso em dez/2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 2213095-60.2015.8.26.0000. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=5&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2213095-60.2015&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2213095-60.2015.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=> Acesso 7.2.2017. E-SAJ, 2015.

SILVA, Dimas Salustiano. **Direito insurgente do negro no Brasil: perspectivas e limites do direito oficial**. In Lições de direito alternativo. São Paulo: Acadêmica. 1994.

SILVA. Paulo Thadeu Gomes. **Conceito de comunidade tradicional**. In NETO, Paulo Stanich. (coord.) “Direito das Comunidades Tradicionais Caiçaras”, São Paulo: Editora Café com lei, 2016.

SILVA, Simone Rezende da. **Negros na Mata Atlântica, Territórios Quilombolas e Conservação da Natureza**. São Paulo: Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Geografia Física do Departamento de Geografia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutora em Geografia. 2008

STÉDILE, João Pedro. **Questão agrária no Brasil 11ª ed**. São Paulo: Atual Editora, 2011



STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.

VIEIRA, Marcelo Garcia. **Os direitos fundamentais das comunidades tradicionais – crítica ao etnocentrismo ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

WEISS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**, 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹ Ação direta de inconstitucionalidade nº 3239, intentada pelo Partido Político PFL, hoje com a nomenclatura de Democratas, mas de enraizamento na Arena, partido político oficial da ditadura civil-militar que vigorou no Brasil entre 1964 a 1985. Essa demanda visa invalidar os termos do Decreto-federal nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento administrativo de titulação das terras quilombolas. Como *amicus curiae*, em apoio a seu intento, o Democratas tem entidades como a CNA- Confederação Nacional da Agricultura, representativa das empresas do agronegócio, Estado de Santa Catarina e Bracelpa – Associação Brasileira de Celulose e Papel, dentre outros. (BRASIL, 2004)

² Gilberto Freire, sobre essa inegável influência da cultura africana na personificação nacional: “Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo [...] a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena e do negro. A influência direta, ou vaga e remota, do africano. Na ternura, na mímica excessiva, no catolicismo em que se deliciam nossos sentidos, na música, no andar, na fala, no canto de ninar menino pequeno, em tudo que é expressão sincera de vida, trazemos quase todos a marca da influência negra.” (op. cit. p 283)

³ Claus Offe, citado pela autora, enfatiza: “[...]Em seu desenvolvimento, o Capitalismo destrói formas anteriores de vida social (ou instituições sociais) gerando disfuncionalidades, que se expressam sob a forma de problemas sociais”, p 16. Fenômeno que se aplica exemplarmente ao processo de proletarianização passiva vivido pelas comunidades Quilombolas ao longo do tempo. Proletarianização passiva: que se refere ao processo pelo qual um indivíduo é destituído dos meios próprios de subsistência, sendo obrigado a vender sua força de trabalho em centros industriais ou urbanos (Op. cit. p 18).

⁴ Esse legado racial se agravou, por variadas formas, nos dias de hoje. A Anistia Internacional, analisando dados de 2004 a 2007, estima “em mais de 192 mil os homicídios no país. No mesmo período, os doze maiores conflitos mundiais totalizaram 170 mil mortes. Mesmo diante desse cenário dramático, a taxa de resolução dos homicídios no país é de apenas 8%” (DIAS, 2015). Grande parte dessa violência é direcionada contra a população negra. Segundo a pesquisa Mapa da Violência (2016, p.16 e 59) em 2014 o país registrou 44,861mil homicídios por arma de fogo, dos quais 27,4 mil foram de vítimas negras. A mesma pesquisa aponta que, em 2003, o potencial de vitimização da população negra no Brasil girava em torno de 71,7% dos homicídios. Em 2014 essa potencialidade de letalidade racial saltou para 158,9% (p. 59)

⁵ Esses preceitos estão nos artigos 215, §1º e 216 e §5º da Constituição Federal.

⁶ O conceito de comunidades tradicionais é amplo. De forma geral abrange não só os remanescentes de quilombos mas também as etnias indígenas e inúmeras populações. Segundo o Centro Nacional de Populações Tradicionais – CNPT do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, as Comunidades Tradicionais abarcam ainda: ciganos, pomeranos, ribeirinhos, caiçaras, quebradeiras de coco babaçu, seringueiros, pescadores artesanais, agroextrativistas da Amazônia, povos dos faxinais dos fundos de pasto, geraizeiros, pantaneiros, retireiros e comunidades de terreiros. (VIEIRA, 2014, p.34).

⁷ O reconhecimento do baixo impacto socioambiental inerente ao modo de subsistência das comunidades tradicionais está amplamente cristalizado em várias normas. A propósito, ver: Decreto federal nº 6.047/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais em seu art. 1º do anexo, inc. I. Lei 12.651/12 (Novo Código Florestal): “art. 3º: Para os efeitos desta Lei, entende-se por (...) X - atividades eventuais ou de baixo impacto ambiental: a) abertura de pequenas vias de acesso interno e suas pontes e pontilhões, quando necessárias à travessia de um curso d’água, ao acesso de pessoas e animais para a obtenção de água ou à retirada de produtos oriundos das atividades de manejo agroflorestal sustentável; b) implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e efluentes tratados, desde que comprovada a outorga do direito de uso da água, quando couber; c) implantação de trilhas para o desenvolvimento do ecoturismo; d) construção de rampa de



lançamento de barcos e pequeno ancoradouro; e) construção de moradia de agricultores familiares, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais, onde o abastecimento de água se dê pelo esforço próprio dos moradores; f) construção e manutenção de cercas na propriedade; g) pesquisa científica relativa a recursos ambientais, respeitados outros requisitos previstos na legislação aplicável; h) coleta de produtos não madeireiros para fins de subsistência e produção de mudas, como sementes, castanhas e frutos, respeitada a legislação específica de acesso a recursos genéticos; i) plantio de espécies nativas produtoras de frutos, sementes, castanhas e outros produtos vegetais, desde que não implique supressão da vegetação existente nem prejudique a função ambiental da área; j) exploração agroflorestal e manejo florestal sustentável, comunitário e familiar, incluindo a extração de produtos florestais não madeireiros, desde que não descaracterizem a cobertura vegetal nativa existente nem prejudiquem a função ambiental da área; k) outras ações ou atividades similares, reconhecidas como eventuais e de baixo impacto ambiental em ato do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA ou dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente.” Lei nº 11.428/2006 (Lei da Mata Atlântica), artigo 3º, II: “população tradicional: população vivendo em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental”.

⁸ “[...]A noção de mito naturalista, *da natureza intocada, do mundo selvagem* diz respeito a uma representação simbólica pela qual existiriam áreas naturais *intocadas e intocáveis pelo homem*, apresentando componentes num estado ‘puro’ até anterior ao aparecimento do homem. Esse mito supõe a incompatibilidade entre ações de quaisquer grupos humanos e a conservação da natureza”. (DIEGUES, 1996, p. 53)

⁹ Praticamente, os mesmos elementos descritivos contidos no Decreto Estadual nº 25.341/1986, anterior à CF de 1988, que instituiu o regulamento dos parques em São Paulo.

¹⁰ Ao todo, esses sistemas conservacionistas abrangem uma área de aproximadamente 970.000,00 hectares, equivalente a 3,9% do território total do Estado (JORDÃO, 2015, p. 210).

¹¹ Outros exemplos encontramos em processos criminais como o de nº 0000655-74.2009.8.26.0642 (SÃO PAULO, 2017a); 0007912-19.2010.8.26.0642, (SÃO PAULO, 2017, b), e 0006427-42.2014.8.26.0642 (SÃO PAULO, 2017,c), todos do JECRIM da comarca de Ubatuba-SP, que criminalizam ações tradicionais simples como capinação de gramíneas para promoção de festividades, edificação de moradia e construção de um pequeno banheiro com bambu, respectivamente.

¹²“2.1 Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

2.2 Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação” (PIDESC).

¹³ São os casos da Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai, de 17.06.2005; Pueblo Saramaka vs. Suriname, julgado em 28.11.2007; Moiwana vs. Suriname de 2005; Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai, de 2006; Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai, de 2010 e Povo Indígena Kichawa de Sarayaku Vs. Ecuador, julgado em 2012. Todos procedentes. (MAGNANI, 2013) Os preceptivos mencionados da Convenção Americana são: “Artigo 21.1 Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social; 21.2 Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei; 21.3 Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei”. Destaque-se que o *caput* do dispositivo não aduz que “toda pessoa tem direito à propriedade privada”, mas a “seus bens”, porta ampla de interpretação extensiva que tem auxiliado a Corte Interamericana a dilatar o alcance desse direito, de corte liberal, aos anseios etnoterritoriais das comunidades originárias.

¹⁴ Estipula o texto referido: “Os povos americanos dignificam a pessoa humana e que suas Constituições nacionais reconhecem que as instituições jurídicas e políticas, que regem a vida em sociedade, têm como finalidade principal a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade. [...]É dever do homem exercer,



manter e estimular a cultura por todos os meios ao seu alcance, porque a cultura é a mais elevada expressão social e histórica do espírito”.(destacamos)

¹⁵ Exemplos emblemáticos das contradições de instituições brasileiras em relação a comandos internacionais de direitos humanos podem ser extraídos do caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. decisão do STF chancelando os efeitos da lei de anistia aos militares e torturadores que operaram na repressão durante a ditadura civil-militar, provimento esse contrário à decisão da Corte Interamericana que determinou série de providências no sentido de afastar os efeitos da anistia, investigar, julgar e punir os responsáveis pelas violações (RAMOS, 2016 b, p.392/403); ou a decisão, também do STF no RE 466.343, criando um tratamento dúplice aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos: os documentos anteriores ao advento do §3º do artigo 5º da CF, introduzido pela EC 45/04, são recebidos, por esse engenho judicial, como normas “infraconstitucionais mas supralegais” e as produzidas após e por esse rito legislativo teriam *status* de normas constitucionais, fenômeno que motivou críticas como as do jurista Antonio A. Cançado Trindade, que atribuiu a essas “inovações” um “retrocesso e um imbróglio tão ao gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis à necessidade de proteção aos direitos humanos”. (apud RAMOS, 2016, p. 316)



A Defensoria Pública de São Paulo em defesa do patrimônio histórico e cultural: o asfaltamento das ruas de paralelepípedo no centro de Presidente Venceslau

The Defensoria Pública de São Paulo in defense of the historical and cultural patrimony: the asphaltting of cobblestone streets in the center of Presidente Venceslau

Denis Moura Dos Santos

Oficial de Defensoria Pública – Defensoria Pública de São Paulo
Licenciado em História (Uninove)/Bacharel em Gestão de Políticas Públicas (USP)
Especialista em Docência para o Ensino Superior (Senac)
dmsantos@defensoria.sp.def.br

Resumo

A maioria das constituições nacionais consideram a proteção ao Patrimônio Histórico, no sentido de preservação da história e da memória das gerações anteriores, e a sua transmissão para as gerações futuras. Com a Constituição de 1988, houve a busca pela afirmação e ampliação do que se constitui como patrimônio cultural brasileiro, e isso está presente na descrição do artigo 216, visto que o conceito de Patrimônio Histórico e Cultural adotado pela Constituição vai ao encontro ao que é entendido pelos historiadores. A Constituição incluiu a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, e as ações civis públicas são os instrumentos para a salvaguarda desses direitos. Em 2007, a Defensoria Pública passou a ser incluída na lista de legitimados para a propositura de ações civis públicas, ao lado do Ministério Público, e os promotores reagiram por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade, para que essa mudança fosse declarada inconstitucional, o que foi negado pelo Supremo Tribunal Federal. A partir da decisão do STF, foi ajuizada uma ação civil pública para que as obras de asfaltamento das ruas de paralelepípedo de Presidente Venceslau, originais da década de 1940, fossem proibidas até que fossem realizadas audiências públicas para que os moradores debatesses sobre a medida. Entretanto, a despeito da decisão tomada pelo STF, a ação civil pública foi considerada improcedente pela juíza de primeira instância, mas foi confirmada pelo tribunal, que a enviou novamente para a primeira instância.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Ruas de Paralelepípedo. Presidente Venceslau.

Abstract

Most of the national constitutions consider the protection of the Historical Patrimony, in the sense of preserving the history and memory of previous generations, and its transmission to future generations. With the 1988 Constitution, there was a search for the affirmation and enlargement of what is constituted as Brazilian cultural heritage, and this is present in the description of article 216, since the concept of Historical and Cultural Patrimony adopted by the Constitution goes to what is understood by historians. The Constitution included the protection of public and social heritage, the environment and other diffuse and collective interests, and public civil actions are the instruments to safeguard these rights. In 2007, the Defensoria Pública was included in the list of people entitled to file for public civil actions, along with the Ministério Público, and the prosecutors reacted by means of a direct unconstitutionality action, so that this change was declared unconstitutional. which was denied by the Federal Supreme Court. From the decision of the STF, a public civil action was filed so that the paving works of the cobblestone streets of Presidente Venceslau, originals of the 1940s, were banned until public hearings were held for residents to discuss the measure. However, despite the decision taken by the STF, the public civil action was dismissed by the lower court judge, but was confirmed by the court, which sent it back to the lower court.

Keywords: Defensoria Pública. Cobblestone Streets. Presidente Venceslau.



O Patrimônio Cultural nas constituições brasileiras

A maioria das constituições nacionais contemporâneas estabelece alguma espécie de proteção ao Patrimônio Histórico, no sentido de preservação da história e da memória das gerações anteriores, que produziram a cultura que está em nossa volta, e o de sua transmissão às gerações futuras. A Constituição Brasileira também trata dessa temática, mas apenas a partir da Carta Magna de 1934, quando surge uma menção à proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com o estabelecimento do conceito de que a União e as Unidades Federativas possuem competência em relação à proteção das belezas naturais e dos monumentos de valor histórico ou artístico, no intuito de se evitar a saída de obras de arte do território nacional (PONTE, 2017, p.1). Com a elaboração da Constituição de 1937, fortemente influenciada pelo contexto da Segunda Guerra Mundial, pelo autoritarismo do período varguista, e inspirada na ditatorial Constituição Polonesa, ocorreu a alteração da até então existente noção de propriedade, a partir da consolidação da proteção à cultura, ao estabelecer, em seu artigo 134, que os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios, e que os atentados cometidos contra esses monumentos foram equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional (PONTE, 2017, p.2).

Após a Segunda Guerra Mundial, as constituições com essências autoritárias e centralizadoras, como a Constituição “Polaca” de 1937, não eram mais aceitas no cenário nacional e internacional. Nesse contexto, em 1946, é elaborada uma nova constituição, que estabelece uma volta “aos parâmetros estabelecidos pela Constituição de 1934, seguindo os moldes de um texto de feitura social, com a intervenção do Estado na economia para assegurar direitos básicos para a população” (AGRA, 2008, p. 52). A Constituição Federal de 1946, em relação à temática da proteção ao Patrimônio Histórico e Cultural, ela foi programática, mas, em relação ao dever do Estado de valorização e de incentivo à cultura, a mesma abordou de uma forma incisiva e direta, conforme o art. 174, com a indicação de que “o amparo à cultura é dever do Estado”. O artigo 175 dessa Carta Magna complementa o que está descrito no anterior ao descrever que “as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do Poder Público”.

Dentro do contexto político conturbado da década de 1960 no Brasil, e em diversas partes do mundo, é elaborada a semi-outorgada Constituição de 1967, visto que ela foi elaborada pelo Congresso Nacional, mas sob a pressão dos militares, dentro do período militar vigente no país (LIMA, 2014). Em sua essência, a Carta Magna de 1967, mostra traços autoritários, com uma grande preocupação com o que as autoridades consideravam como “segurança nacional”, que, conseqüentemente, traz a institucionalização do “Conselho de Segurança Nacional”, descrito no artigo 90, como um órgão de assessoramento do Presidente da República na formulação e na conduta da segurança nacional. No que tange ao Patrimônio Cultural ocorreram poucas mudanças em relação às constituições anteriores, que incluíam, a partir do conceito de “segurança nacional”, as jazidas arqueológicas no escopo de bens sob a proteção do Poder Público, conforme artigo 172.



Com o advento da Constituição de 1988, e da redemocratização do Brasil, houve a busca pela afirmação e ampliação do que se constitui como patrimônio cultural brasileiro, e isso está presente na descrição do artigo 216, em os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, que se referem à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, são considerados como parte do patrimônio cultural brasileiro, o que também incluem as formas de expressão; modos de criar, fazer e viver; criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Além disso, intervenções para punir as atividades e condutas que são lesivas ao Patrimônio Histórico passaram a serem exigidas, ao invés de somente previstas, e o Patrimônio Cultural passou a integrar a categoria dos interesses difusos, que são os considerados *“indivisíveis e, embora comuns a certas categorias de pessoas, não se pode afirmar com precisão a quem pertencem, nem em que medida quantitativa são compartilhados”* (SMANIO, 2001).

O conceito de Patrimônio Histórico e Cultural adotado pela Constituição vai ao encontro ao que é entendido pelos historiadores, visto que vai além do que é comumente entendido, e leva em consideração o patrimônio imaterial, que são considerados tão importantes quanto os tangíveis, e que são expressões da história e da vida de populações específicas, a partir de sua identidade e de seu ponto de vista em relação ao mundo.

A Defensoria Pública e a proposição de ações civis públicas

Durante o processo da elaboração da Constituição de 1988, o Ministério Público, especificamente no artigo 127, foi considerado como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Esse processo também estabeleceu, no artigo 129, as funções institucionais desse órgão, que inclui a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, o que pode ser feito através de um inquérito civil ou por ação civil pública. As ações civis públicas são o mais importante instrumento de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, quando existe a necessidade de acionamento do Poder Judiciário. Esse instrumento, regulado pela Lei nº 7.347/1985, poder ser usado para evitar danos ao Patrimônio Histórico, do mesmo modo em que pode ser usado para a busca de indenizações pelos danos causados em dinheiro, do cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, além de reconhecimento do valor cultural de determinado bem. As ações civis públicas possuem um espectro maior de abrangência, se comparados com outras medidas administrativas que visam à proteção do Patrimônio Histórico e Cultural, e ela pode ser dirigida tanto à Administração Pública quanto à particulares, que por omissão, ou por ação, possam causar danos contra os bens culturais. De acordo com Mazzilli (2001, p. 66), *“a ação civil pública é uma ação não-penal”*, que tem como objetivo a proteção dos bens que são enumerados expressamente e de outros interesses transindividuais, que ultrapassam o limite da esfera e direitos e obrigações de cunho individual. A proteção aos bens tombados foi inserida dentro do escopo do Ministério Público, visto que a proteção ao



Patrimônio Histórico é considerada um direito fundamental, por dizer a respeito à qualidade de vida e à dignidade humana, e difuso, por pertencer a todos ao mesmo tempo em que não pertence a uma pessoa específica.

No ano de 2007, a Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro, alterou a Lei da Ação Civil Pública em relação à legitimidade ativa, e passou a incluir na lista de legitimados a Defensoria Pública, que, ao lado do Ministério Público, e demais legitimados já previstos originalmente, passaram a ter a incumbência para a propositura de ações civis públicas. Dessa forma, a lei passa a corrigir uma omissão, visto que, até então, não havia uma legislação que reconhecesse, de forma específica, a legitimidade da Defensoria Pública para a elaboração desse tipo de ação coletiva para a defesa dos direitos fundamentais metaindividuais, enquanto órgão que desempenha função essencial à justiça (LAGES e ALVES, 2014, p. 123). Segundo Mazzilli (2015), a Defensoria Pública já poderia propor ação civil pública, antes da edição da Lei nº 11.448/07, mas havia questionamentos relevantes sobre a legitimidade ativa atribuída à Defensoria Pública, pois este instrumento processual está voltado para a defesa de interesses difusos, o que poderia abranger pessoas hipossuficientes ou não hipossuficientes.

A partir desses questionamentos, no mesmo ano da aprovação da lei 11.448, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade nº 3.943, visando que a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública na defesa de direitos difusos passasse a ser declarada inconstitucional. A alegação principal do CONAMP é a que, tendo sido criada para atender, gratuitamente, cidadãos sem condições de se defender judicialmente, não seria possível para a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses coletivos, por meio de ações civis públicas. O Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento dessa ação em 7 de maio de 2015, e a considerou constitucional, por unanimidade, visto que os ministros entenderam que o aumento de atribuições da Defensoria Pública amplia o acesso à Justiça e está compatível com o que está na Constituição Federal, sobretudo em seu artigo 129, onde se destaca que *“a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses”*. Nesse julgamento, foi reconhecida a exclusividade do Ministério Público no que tange a elaboração da ação penal pública, mas a inclusão taxativa da defesa dos direitos coletivos no rol de atribuições da Defensoria Pública, segundo a relatora Carmem Lúcia, vai ao encontro com as novas tendências e as crescentes demandas sociais da garantia e de ampliação dos instrumentos de acesso à Justiça, e não é de interesse da sociedade a limitação da tutela para a população hipossuficiente (STF, 2015). A partir desse julgamento, admite-se que, por uma seqüela jurídica, pessoas que não sejam necessitadas possam ser beneficiadas pela ação da Defensoria Pública nas proposições de ações civis públicas, visto que não é possível exigir que o órgão promova a tutela de cada interessado de forma individual, da mesma forma que não se pode admitir que a Defensoria não atue em situações em que pessoas hipossuficientes sejam atingidas (CORNÉLIO e OLIVEIRA FILHO, 2013).

O Patrimônio Histórico e Cultural é considerado como algo indisponível, por não ter o caráter econômico, e a legislação brasileira dá aos promotores de Justiça, e, mais recentemente, aos defensores, um papel de relevância nas questões relacionadas à proteção de bens e de



práticas sob tombamento, a partir da possibilidade legal de adoção de medidas preventivas ou repressivas, nos âmbitos judicial ou extrajudicial, para o cumprimento da legislação vigente, na busca da integridade dos bens culturais.

O município de Presidente Venceslau

A região em que se encontra Presidente Venceslau, no interior do Estado de São Paulo, começou a ser habitada na década de 1920, com a extração de madeira como a sua principal atividade econômica, e impulsionada pela chegada da linha férrea na Região da Alta Sorocabana e a construção de uma estação ferroviária (DITA, 2006). Com a conclusão da Estrada de Ferro a cidade recebeu o nome de “Coroados”, por terem encontrado muitos índios desse grupo na região, porém, em seguida, foi modificado para Perobal, antes do recebimento da placa de denominação da então nova estação. O povoado e a estação passaram a ter os nomes alterados, de forma definitiva, para “Presidente Venceslau”, em homenagem ao Presidente da República Wenceslau Braz, no ano de 1921. Em 2 de setembro de 1926, pela Lei nº 2.133, o distrito passou a se tornar um município, emancipado de Presidente Prudente, instalado em 13 de maio de 1927 (PREFEITURA DE PRESIDENTE VENCESLAU, 2018). A cafeicultura foi a primeira cultura exercida no povoado, que realizada em massa pela maior parte dos proprietários de terra, e de imigrantes de outros países que se instalavam em Presidente Venceslau (DITA, 2006). O município está localizado no extremo oeste do Estado de São Paulo, a cerca de 600 quilômetros da Capital Paulista, no entroncamento das rodovias Raposo Tavares (SP - 270) e General Euclides de Oliveira Figueiredo (SP - 563), e possui, conforme dados do Censo de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), uma população de 37.910 habitantes, mas o mesmo órgão estima que a população atual de Presidente Venceslau seja de 39.544 habitantes.

As ruas de paralelepípedo e a ação civil pública

Em janeiro de 2016, a Prefeitura de Presidente Venceslau, iniciou a troca dos paralelepípedos que pavimentavam as ruas do centro da cidade. A partir disso, a Defensoria Pública de São Paulo, por meio do defensor público Orivaldo de Souza Ginel Junior, ajuizou uma ação civil pública para as obras fossem proibidas até que fossem realizadas audiências públicas para que os moradores debatessem sobre os impactos dessa medida. As ações civis públicas também possuem a função de obrigar as prefeituras a tomarem medidas preventivas, a fim de proteger os bens sob tombamento, antes que os mesmos sejam danificados, e as ruas centrais de Presidente Venceslau se encontram nessa situação.

Segundo a ação proposta pela Defensoria Pública de São Paulo, o projeto de asfaltamento das ruas de paralelepípedos gera uma grande alteração na paisagem do município, visto que o calçamento é o original da década de 1940, e ignora os impactos relacionados ao aumento da velocidade dos automóveis e no processo de impermeabilização do solo. Entretanto, em 30 de março de 2016, a juíza Daiane Thaís Souto Oliva de Souza, da 2ª Vara de Presidente Venceslau, declarou que apenas o Ministério Público poderia realizar a fiscalização do Patrimônio Histórico e Cultural, a despeito do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2015. A juíza afirmou que o caso analisado pelo STF era um caso específico, visto



que interessava à “população necessitada, pois dizia respeito a funcionamento de creches e escolas de educação infantil” em Belo Horizonte, e que a pavimentação asfáltica, é assunto alheio que “nem sequer compromete a gestão democrática do município”, por isso o processo foi declarado extinto, sem a análise de seu mérito (LUCHETE, 2017).



Figura 1: Avenida Dom Pedro II, no Centro de Presidente Venceslau, em processo de pavimentação (LUCHETE, 2017).

Com apoio do Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores da instituição, o defensor Ginel Junior recorreu da sentença, com a alegação de que pessoas necessitadas também são consideradas titulares do Patrimônio Histórico e Cultural. O relator do caso na Segunda Instância, o desembargador Manoel Luiz Ribeiro, concordou com os argumentos da Defensoria Pública e a confirmação da sentença “*resultaria na inadmissível exclusão da população carente da titularidade do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, de forma manifestamente discriminatória*”, e que o conceito de necessitado não é restrito ao plano econômico, mas também aos recursos culturais e sociais. A Procuradoria-Geral de Justiça do Estado chegou a assinar parecer que declara o Ministério Público com competência exclusiva para a defesa do Patrimônio Histórico e Cultural, apesar da omissão dos promotores a respeito do fim dos paralelepípedos e da interferência que essa medida provocaria na paisagem local. O voto do relator foi seguido por unanimidade pelo colegiado, e os autos foram enviados novamente para a primeira instância, para garantir o julgamento do processo (LUCHETE, 2017).



Figura 2: Avenida Dom Pedro II, em dezembro de 2017, depois de sua pavimentação (MORE, 2017).

A decisão do colegiado do TJSP fez com que um precedente fosse aberto, mas o dano ao Patrimônio Histórico já estava consumado, visto que a maioria das ruas do município já foi asfaltada no dia 05 de abril de 2017, momento em que foi confirmada a pertinência da Defensoria Pública em relação à proteção ao Patrimônio Histórico e Cultural.

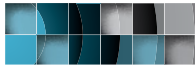
Considerações finais

Quando os proprietários de um determinado edifício, ou o Poder Público, no caso das ruas de Presidente Venceslau, deixam de zelar pela integridade do Patrimônio Histórico e Cultural, existe a possibilidade de acionamento do Poder Judiciário por meio de uma ação civil pública. E essa situação mostra que a ação civil pública tem se mostrado como um instrumento importante de atuação nos momentos em que particulares, ou os Poderes Executivo e Legislativo, são inertes em relação à preservação do Patrimônio Histórico.



Figura 3: Travessa Tenente Osvaldo Barbosa, também localizada no centro de Presidente Venceslau. A via ainda preserva a sua pavimentação original em dezembro de 2017 (MORÉ, 2017).

A Constituição Federal indica a proteção do Patrimônio Histórico como um direito, mas ao mesmo tempo como um dever, e descreve a ação civil pública, em conjunto com outras medidas tomadas pelo Poder Executivo e Legislativo, para a proteção dos bens de caráter histórico. E quando se discute sobre a preservação do patrimônio histórico, é necessário que se pense amplamente, e, apesar de muitas pessoas, no senso comum, não entenderem sobre a necessidade da preservação do pavimento original das ruas centrais de Presidente Venceslau, ela é importante, e foi essa a visão da Defensoria Pública de São Paulo. As tratativas relacionadas ao Patrimônio Histórico e Cultural devem ser conduzidas sob um olhar abrangente, a partir da relação com a sua história, o seu contexto, e a estrutura da cidade. A partir da ação civil pública, apoiada pela legislação constitucional e infraconstitucional relacionada a essa temática, o reconhecimento judicial do valor cultural de um bem passa a ser viável, com imposições ao Poder Público, e aos seus proprietários, de obrigações de fazer ou não fazer necessárias para a manutenção da integralidade do Patrimônio Histórico e Cultural.



Referências Bibliográficas

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: 1934.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: 1937.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: 1946.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: 1967.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm> Acesso em: 02 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007. *Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111448.htm> Acesso em: 02 jan. 2018.

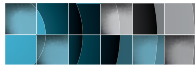
CORNÉLIO, Fernanda Marques; OLIVEIRA FILHO, Renato Henrique Barbosa de. A legitimidade da defensoria pública para propor ação civil pública. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13415>. Acesso em: 02 jan. 2018.

DITA, Nilda da Silva. Presidente Venceslau: *Vocação Solidária – 80 Anos, Suas Histórias, Suas Conquistas!* 1. ed. São Paulo: Editora Noovha America, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Cidades: Presidente Venceslau*. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/presidente-venceslau/panorama>> Acesso em 03 jan. 2018.

LAGES, Cíntia Garabini; ALVES, Lucélia de Sena. Defensoria Pública e ação civil pública: Uma discussão sobre legitimidade e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 51 Número 204, out./dez. 2014. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509931/001032260.pdf?sequence=1>>

LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. O direito ambiental nas constituições do Brasil: um breve relato de sua construção histórica e a tese do artigo 225 CF/88 como cláusula pétreia. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 122, mar 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14555>. Acesso em: 29 dez. 2017.



LUCHETE, Felipe. Defensoria pode mover ação civil pública sobre patrimônio histórico, diz TJ-SP. *Consultor jurídico*, 04 mai. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/defensoria-mover-acao-civil-publica-patrimonio-historico>> Acesso em: 02 jan. 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Marcos Paulo De Souza. *Atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio cultural*. Disponível em: <<http://www.urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/AAtuacaodoMPdadefesadoPatrimonioCultural.pdf>> Acesso em: 20 dez. 2017.

MORÉ, Antonio Carlos. Tempo continua chuvoso em PV. *Blog do Toninho*, Presidente Venceslau, 26 dez. 2017. Disponível em: <<http://blogdotoninho.com.br/tempo-continua-chuvoso-em-pv/>> Acesso em: 03 jan. 2018.

PREFEITURA DE PRESIDENTE VENCESLAU. *História da Cidade*. Disponível em: <<http://www.presidentevenceslau.sp.gov.br/historia.php>> Acesso em 03 jan. 2018.

PONTE, Antonio Carlos Da. *Aspectos Penais da Preservação do Patrimônio Histórico e Cultural*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/PENAIIS.pdf>> Acesso em: 22 dez. 2017.

SMANIO, Gianpaolo Paggio. *Interesses Difusos e Coletivos*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Plenário julga constitucional legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública*. 07 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>> Acesso em: 02 jan. 2018.



Análise dos critérios utilizados para concessão de “bolsa aluguel” na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

Analysis of the criteria used for the concession of "rent-grant" in the jurisprudence of the Court of Justice of São Paulo

Andrea Castilho Nami Haddad Barreto
Defensora Pública do Estado de São Paulo
acbarreto@defensoria.sp.def.br

Resumo

Trata-se de estudo de acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca do benefício do “bolsa-aluguel” entre os anos de 2006 e 2017.

Analisaram-se as características desses acórdãos no tocante à menção ou não à política pública local, especialmente se os julgadores se detiveram nos critérios previstos na política pública local para tomar sua decisão no tocante à concessão ou não do benefício.

Nos acórdãos que não mencionavam a política pública local, analisou-se se havia menção ao direito constitucional à moradia para justificar a concessão do benefício.

Por fim, verificou-se se havia menção nos acórdãos à pessoas em situação de rua e se havia alguma diferença na concessão do benefício em relação a elas.

Palavras-chave: direito à moradia, bolsa aluguel, critérios de política pública, pessoas em situação de rua.

Abstract

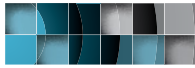
It is a study of judgments rendered by the Court of Justice of the State of São Paulo on the benefit of the "rent-grant" between the years 2006 and 2017.

The characteristics of these judgments were analyzed with regard to whether or not local public policy was mentioned, especially if the judges stopped at the criteria established in the local public policy to make their decision regarding the granting or not of the benefit.

In judgments that did not mention local public policy, it was analyzed whether there was mention of the constitutional right to housing to justify the granting of the benefit.

Finally, it was ascertained whether there were references in the judgments to street people and whether there was any difference in the granting of the benefit in relation to them.

Keywords: *right to housing, rent-grant, public policy criteria, street people.*



Introdução

O direito à moradia está previsto no artigo 6º da Constituição Federal.

Segundo o Comentário Geral nº 4 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, moradia adequada é aquela que preenche os seguintes requisitos: segurança legal da posse; disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura; custo acessível; habitabilidade; acessibilidade; localização; adequação cultural.

Segurança legal da posse não significa fornecer casa própria. A casa pode ser alugada, por exemplo, desde que não haja perigo iminente de desocupação forçada.

Logo, desde que preenchidos os requisitos acima destacados, o direito fundamental à moradia estará garantido.

Pois bem. Tal norma constitucional constantemente tem sido entendida por muitos como “programática”, ou seja, tem a função de traçar princípios a serem cumpridos pelos órgãos estatais, somente tendo efeitos quando regulamentada por lei ordinária ou complementar.

Segundo José Afonso da Silva “tais normas estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõe propriamente ao legislador a tarefa de atuá-la, mas requer uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados”¹.

No entanto, entendemos que a tal direito é aplicável o §1º do artigo 5º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Ou seja, a todos deve ser garantido o direito à moradia, independentemente de norma regulamentadora, sendo passível de tutela imediata pelo Poder Judiciário.

Moradia digna, adequada, conforme já dito, não significa casa própria. Pode ser efetivada por meio de pagamento de aluguel de local que atenda tais requisitos.

Dessa forma, o objetivo deste estudo é a análise da forma como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julga os casos relativos à concessão de “bolsa aluguel” a partir do ano de 2006².

Por “bolsa aluguel” entende-se um subsídio, dado ao cidadão pelo Estado ou pelo Município, com a finalidade específica de custear aluguel e outras despesas relacionadas à moradia. São vários os programas municipais e estaduais que concedem tal benefício com os mais diversos nomes. A pesquisa foi realizada com a busca por cinco palavras chaves, mas quando da análise dos resultados será utilizada a expressão “bolsa aluguel”.

O ano de 2006 foi escolhido como marco inicial por ser o ano de criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. É fato notório que no Estado de São Paulo a judicialização relacionada a direitos sociais (saúde, moradia, educação, etc) aumentou consideravelmente com a criação da Defensoria Pública no âmbito estadual, gerando um maior número de julgados a serem estudados.

A partir da análise dos julgados pretende-se verificar se o Tribunal de Justiça se atem aos requisitos previstos na política pública de cada ente para a concessão do benefício,



evidenciando assim a crescente burocratização dos direitos sociais, ou se tomam por base direito constitucional à moradia.

Nesse contexto, quer-se estudar também se os julgados deixam, a depender do caso concreto, de aplicar critérios fixados na política pública local e por quais motivos normalmente o fazem, ou se meramente verificam se o requisito encontra-se ou não preenchido no caso concreto.

Ainda nesta seara, é importante analisar se a existência ou não da política pública exerce influência na sua concessão judicial. Em outras palavras, se o parâmetro judicial passa a ser primordialmente o direito constitucional à moradia quando inexistem critérios fixados em lei.

Outro aspecto interessante a ser analisado diz respeito a quem este benefício se destina, de acordo com os julgados analisados. Mais precisamente, se é feita uma distinção clara entre as pessoas que teriam direito a este benefício e as pessoas que teriam direito apenas a pernoites em centros de acolhidas, popularmente conhecidos como albergues.

A fonte de estudo será principalmente os julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo selecionados após pesquisa com as palavras chave escolhidas no banco de dados do tribunal.

O interesse no estudo do tema está ligado à criar estratégias de litigância neste tema. Com efeito, ao entender a forma como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decide a questão é possível traçar estratégias para a judicialização.

Se a questão primordial for o preenchimento dos requisitos da política pública, deve-se dar extrema atenção à instrução probatória. De outra sorte, sabendo-se em que casos é possível discutir o próprio sentido dos critérios fixados na política pública, ou quando há interesse em afastá-los, tal manobra deve ser realizada deste o início.

Já no caso de ser mais provável a concessão judicial do benefício quando baseada apenas no direito à moradia, tal desigualdade deve ser demonstrada *a priori*.

Por fim, se houver diferença clara no entendimento jurisprudencial sobre a população a que se destina o benefício, primordial que se verifique a possibilidade de ações coletivas estrategicamente orquestradas para incluir “moradores/pessoas em situação de rua” nesta política pública.

Metodologia

A pesquisa da jurisprudência foi realizada junto ao site do Tribunal de Justiça de São Paulo no mês de março de 2017. Restringiu-se a pesquisa acórdãos relativos a julgamentos de Apelação e Reexame Necessário, bem como oriundos de Câmaras de Direito Público.

No campo “pesquisa livre”, utilizaram-se cinco termos: Bolsa Aluguel (108 resultados), Aluguel Social (149 resultados), Locação Social (112 resultados), Auxílio Aluguel (162 resultados) e Auxílio Moradia (210 resultados). O total de resultados, portanto, foi de 741 acórdãos.



Foram excluídos os acórdãos repetidos, os acórdãos cuja concessão de bolsa aluguel não era objeto principal ou subsidiário da ação, os acórdãos nos quais não havia qualquer discussão sobre o benefício e, por fim, os acórdãos cujas ações não haviam sido propostas por pessoas físicas. Chegou-se a um total de 196 acórdãos.

Os acórdãos condizentes com os parâmetros desta pesquisa foram lidos na íntegra, e as informações neles contidas foram analisadas da seguinte forma: dados objetivos (número do processo, data de julgamento, comarca), patrocínio pela Defensoria Pública (quando tal informação é possível de se obter), concessão judicial ou não do benefício, bem como casos de anulação para dilação probatória, menção à política pública local e análise dos critérios da política pública local pelo julgador. Os acórdãos foram agrupados da seguinte forma:

- Mera subsunção do caso concreto à política pública local
- Acórdãos que superam os requisitos da política pública local em razão do caso concreto
- Julgados sem menção à política pública local
- Julgados que mencionam pessoas em situação de rua.

Bolsa Aluguel

O benefício aqui estudado é um valor pago por ente estatal, em dinheiro, diretamente ao cidadão, a fim de que este pague aluguel e outras despesas relacionadas à moradia.

As políticas públicas que o preveem, em sua maioria, o tratam como política transitória e não principal de política habitacional: este seria a casa própria. Ou seja, a maioria dos programas prevê o benefício por tempo determinado. Já as ações propostas o requerem, normalmente, até a efetiva obtenção da casa própria.

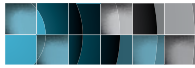
Existem Municípios que o definem em lei para certas situações, notadamente desastres ambientais, enchentes e situações de alta vulnerabilidade social. O Estado de São Paulo tem lei estadual também traçando algumas hipóteses.

Há, ainda, políticas públicas específicas para determinados empreendimentos, como certas desfavelizações ou declarações de área de interesse público: o morador daquela área tem direito ao benefício até o recebimento do imóvel no empreendimento que está sendo realizado.

Como exemplo das políticas públicas municipais, vejamos os critérios para concessão nas leis municipais de São Paulo e Guarulhos.

No Município de São Paulo, a Portaria SEHAB n. 131/2015 prevê o benefício por prazo determinado ou até o atendimento habitacional definitivo, a depender da existência de empreendimento vinculado à desocupação (artigo 1º, §§1º, 2º e 3º).

O benefício temporário (12 meses prorrogável por igual período) é concedido para remoção em decorrência de obras públicas e de programas de urbanização, atendimento emergencial em decorrência de desastres, remoção de área de risco e casos de extrema



vulnerabilidade **devidamente caracterizada pelos órgãos técnicos do Município** (artigo 2º e 5º da Portaria SEHAB n. 131/2015).

No Município de Guarulhos a Lei n. 6623/2009 prevê o benefício para três situações: desocupação para intervenção urbanística ou para sistemas viários; famílias em áreas sujeitas a eventos de risco; famílias em situação de risco pessoal e social e/ou vulnerabilidade social³.

Para todos os casos, o benefício só é concedido para famílias com renda inferior ou igual a três salários mínimos, na primeira hipótese, e com renda de zero a meio salário mínimo *per capita*, nas segunda e terceira hipóteses (Art. 4º da Lei 6623/09).

O benefício também é concedido por prazo determinado (12 meses prorrogáveis por mais 12 meses).

Exige-se, ainda, processo administrativo para a concessão do benefício (Artigo 4º, §3º da Lei 6623/09):

Os acórdãos estudados normalmente levam em consideração os requisitos previstos nas políticas públicas locais para análise da concessão ou não do benefício, conforme será demonstrado a seguir.

Análise do resultado da pesquisa dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Foram analisados 196 acórdãos nos quais pessoas físicas realizaram pedido de bolsa aluguel de forma subsidiária ou principal, e nos quais houve alguma discussão sobre a concessão ou não do benefício no corpo do acórdão.

Comarcas de origem dos acórdãos

Dos 196 (cento e noventa e seis) acórdãos analisados, 168 (cento e sessenta e oito) são oriundos de cidades onde a Defensoria Pública está instalada. Destes, 128 (cento e vinte e oito) acórdãos são oriundos de ações patrocinadas pela Defensoria Pública.

Cabe mencionar que tal número pode ser ainda maior, porque nem todos os acórdãos traziam a informação de que a ação era patrocinada pela Defensoria Pública ou traziam o nome de um Defensor Público.

Argumentos utilizados para a concessão ou não do benefício

Dos 196 (cento e noventa e seis) acórdãos analisados, 48 (quarenta e oito) concediam o benefício, 140 (cento e quarenta) o negavam, e 8 (oito) anularam a sentença e determinaram a remessa do feito à primeira instância para produção de provas e prolação de nova sentença.



Os acórdãos foram agrupados com base na menção à existência de política pública local (de forma explícita ou tácita), ou seja, normas locais que estabelecem o benefício e requisitos para sua concessão.

Os acórdãos que mencionam a política pública foram subdivididos em acórdãos nos quais há mera subsunção à política pública local e acórdãos que superam os requisitos desta mesma política.

Também se procurou observar à menção à população em situação de rua nos acórdãos analisados, objeto de outro tópico, independentemente da menção à política pública.

Acórdãos em que há menção à política pública local

a) Mera subsunção do caso concreto à política pública local

A maioria dos acórdãos, 156 (cento e cinquenta e seis), concederam ou negaram o benefício apenas analisando o preenchimento dos requisitos estabelecidos na política pública local. Ou seja, o Poder Judiciário age como mero revisor administrativo, independente de qual requisito tenha sido estabelecido pelo administrador público de acordo com sua conveniência e oportunidade.

Também foram incluídos nesta categoria os acórdãos que anularam a sentença determinando a produção de provas para comprovar os requisitos da política pública local, não chegando a conceder ou negar o benefício.

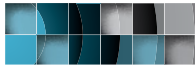
Entende-se que há poder discricionário do administrador público tanto para a criação de lei que concede bolsa aluguel quanto para a elaboração dos requisitos necessários para sua obtenção pelo cidadão.

Dessa forma, o direito constitucional à moradia nestes acórdãos é visto como norma programática, podendo ser cobrado por meio do Poder Judiciário apenas quando existe a política pública local e quando os requisitos nela previstos estão preenchidos.

Na Apelação n. 0009661-20.2010.8.26.0562 (COMARCA DE SANTOS, REL. MARIA LAURA TAVARES, JULGADA EM 13/05/2013) foi dito expressamente que o artigo 6º da Constituição Federal não estabelece que todos os que não tenham condições de pagar aluguel recebam verba estatal para este fim. Diz, ainda, que a escolha das prioridades é parte do poder discricionário da Administração Pública, não cabendo ao Judiciário dispor sobre o assunto.

Na Apelação n. 0007609-35.2012.8.26.0577 (COMARCA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, REL. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, JULGADA EM 01/02/2016) o autor da ação havia manifestado o interesse no recebimento do bolsa aluguel pois a casa oferecida pelo ente estatal não comportava as necessidades de seu filho com deficiência. Foi decidido que a escolha pelas políticas públicas a serem implementadas era do administrador público e não do Poder Judiciário.

Na Apelação n. 1010210-54.2014.8.26.0309 (COMARCA DE JUNDIAÍ, REL. MOREIRA DE CARVALHO, JULGADO EM 16/03/2016) a família que pleiteou o benefício



morava “de favor” na casa de terceiros, tendo sido demonstrado que estava em situação de vulnerabilidade social, ou seja, que não tinha condições de pagar aluguel ou comprar imóvel. No entanto, como sua residência não havia sido destruída por enchente, não se enquadrava na situação prevista em lei.

Invoca-se, ainda, o princípio constitucional da separação dos poderes, ao estabelecer que o Poder Judiciário não poderia interferir na fixação dos requisitos previstos na política pública pelo Poder Executivo.

Na Apelação n. 0068527-31.2011.8.26.0224 (COMARCA DE GUARULHOS, REL. JARBAS GOMES, JULGADA EM 05/12/2012) tal princípio é expressamente mencionado para negar o benefício, já que o Poder Judiciário não poderia dispor sobre os critérios de conveniência e oportunidade da política pública daquele município.

Outro argumento utilizado nos julgados é o princípio da igualdade, uma vez que conceder o benefício para alguém fora dos requisitos previstos na política pública feriria o princípio da igualdade, pois outras pessoas nas mesmas condições não seriam beneficiadas.

Foi este o argumento para negar o benefício na Apelação n. 0031852-53.2010.8.26.0564 (COMARCA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, REL. REBOUÇAS DE CARVALHO, JULGADA EM 28/03/2012)

Quanto à exigência de **pedido administrativo anterior**, há julgados que o exigem (Apelação n. 0059180-71.2011.8.26.0224, COMARCA DE GUARULHOS, REL. PAULO BARCELLOS GATTI, JULGADO EM 23/03/2015 e Apelação n. 1035588-73.2014.8.26.0224, COMARCA DE GUARULHOS, REL. REBOUÇAS DE CARVALHO, JULGADO EM 19/08/2015) e há julgados que o dispensam, conhecendo diretamente do pedido, desde que preenchidos os requisitos legais (Apelação n. 1036500-70.2014.8.26.0224, COMARCA DE GUARULHOS, REL. ANTONIO CELSO FARIA, 31/08/2016).

Normalmente, em ações que o pedido é para prorrogação do benefício ou alteração do valor, os acórdãos costumam se ater aos parâmetros definidos na lei local. Ou seja, não costumam prorrogar o benefício ou alterar seu valor, ainda que a situação do beneficiário não tenha se alterado (Apelação n. 1001664-65.2015.8.26.0053, COMARCA DE SÃO PAULO, REL. REINALDO MILUZZI, JULGADO EM 09/05/2016).

Um aspecto interessante destes julgados aparece quando o requisito previsto na política pública não é tão objetivo, tratando-se de cláusula aberta. Nestas hipóteses, as regras não são claras e há grande variação de um caso para o outro sobre o preenchimento ou não do requisito previsto na política pública.

Apenas nestes casos, com requisitos mais subjetivos, que se percebe alguma atuação do Poder Judiciário que não a mera fiscalização sobre a atuação do administrador público na análise dos requisitos previstos na legislação que concede o benefício.

Estar inscrito no programa Minha Casa Minha Vida, ainda que não contemplado com o imóvel, já foi considerado óbice para a obtenção do benefício no Município de Guarulhos. Tal inscrição já tornaria a pessoa “beneficiária de outro programa habitacional”, mesmo sem



qualquer previsão de recebimento de imóvel (Apelação n. 0021877-86.2012.8.26.0224, COMARCA DE GUARULHOS, REL. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, 06/06/2016)

Já na Apelação n. 0008545-52.2012.8.26.0224 (COMARCA DE GUARULHOS, REL. CASTILHO BARBOSA, JULGADA EM 13/08/2013), também relativa ao Município de Guarulhos, em razão dos problemas de saúde da Autora, considerou-se que ela preenchia o requisito previsto em lei denominado “vulnerabilidade social”, e por isso o benefício foi concedido. Ressalta-se que consta no acórdão a informação de que estava inscrita no programa Minha Casa Minha Vida, mas tal fato não foi considerado óbice para a concessão do benefício, inclusive sendo invocado o direito constitucional à moradia.

Na Apelação n. 1038829-55.2014.8.26.0224 (COMARCA DE GUARULHOS, REL. MOACIR PERES, JULGADO EM 14/09/2015), relativa à mesma lei do mesmo Município de Guarulhos, a parte autora tinha filho com deficiência. No entanto, como seu cônjuge trabalhava, entendeu-se que a família não se enquadrava no conceito de vulnerabilidade social, mesmo com a renda familiar estando no patamar previsto em lei.

Ainda sobre o conceito de vulnerabilidade social da lei municipal de Guarulhos, em vários casos entendeu-se que o recebimento de Bolsa Família era razão suficiente para que a família não recebesse bolsa aluguel, mesmo que a renda familiar se enquadrasse na previsão legal (Apelação n. 1039214-03.2014.8.26.0224, COMARCA DE GUARULHOS, REL. RONALDO ANDREADE, JULGADO EM 15/09/2015 e Apelação n. 1042177-81.2014.8.26.0224, COMARCA DE GUARULHOS, REL. MARIA LAURA TAVARES, JULGADO EM 29/09/2015). O argumento é que, recebendo o Bolsa Família, as pessoas não estariam “desamparadas pelo Estado”.

Outra interpretação dada pelo Tribunal de Justiça diversa do Poder Público foi relativo ao conceito de “intervenção municipal”, relativo à lei municipal do Município de Mauá. Considerou-se intervenção municipal a interdição do imóvel pela Defesa Civil, estando a parte autora, portanto, contemplada pela lei que concede o benefício (Apelação n. 0008172-03.2013.8.26.0348, COMARCA DE MAUÁ, REL. MARIA OLIVIA ALVES, JULGADO EM 10/11/2014).

b) Acórdãos que superam os requisitos da política pública local em razão do caso concreto

Em alguns casos os critérios estabelecidos na política pública são inaplicados ou relativizados, notadamente no que diz respeito ao seu tempo de concessão e ao valor concedido.

Os motivos são os mais variados possíveis, desde análise do próprio significado do benefício (transitório, até a concessão de moradia definitiva), empatia pelo caso concreto ou mesmo opinião pessoal do julgador sobre o princípio da separação dos poderes e a aplicação direta do direito constitucional à moradia.

Foram encontrados 15 (quinze) acórdãos nos quais o Poder Judiciário faz alguma análise mais aprofundada dos requisitos previstos na legislação local.

O período de concessão do benefício é estendido em alguns casos, especialmente quando se entende que se trata de um benefício provisório, destinado a assegurar o direito à



moradia até a contemplação em política habitacional definitiva (Apelação n. 0063646-11.2011.8.26.0224, COMARCA DE GUARULHOS, REL. LEONEL COSTA, JULGADO EM 04/08/2013 e APELAÇÃO N. 1013019-20.2014.8.26.0405, COMARCA DE OSASCO, REL. SPOLADORE DOMINGUEZ, 08/04/2015).

Também há casos de extensão do período do benefício em razão dos julgadores se compadecerem com o caso concreto.

No caso da Apelação n. 0080497-91.2012.8.26.0224 (COMARCA DE GUARULHOS, REL. FERMINO MAGNANI FILHO, JULGADO EM 16/12/2013) a casa da parte autora havia sido interdita pela defesa civil por estar em área de risco. Entendeu-se que havia evidente vulnerabilidade familiar, e que por isso a situação era peculiar, estendendo-se o período do benefício para período maior que o previsto em lei. Neste caso, o princípio da separação dos poderes foi afastado, aplicando-se diretamente a norma constitucional.

Ainda, se estendeu o benefício no caso de família cadastrada para receber moradia há 10 anos e com integrante portador de deficiência (APELAÇÃO N. 1028089-32.2015.8.26.0053, COMARCA DE SÃO PAULO, REL. PAULO DIMAS MASCARETTI, JULGADO EM 24/02/2016).

Um caso interessante foi o da Apelação n. 0000478-98.2012.8.26.0224. O acórdão menciona que a parte autora não preenche os requisitos legais, mas não esclarece quais requisitos não foram preenchidos. Pelo contrário, parece insurgir-se contra a política pública estabelecida, por entende-la inviável de ser executada, e por isso nega a concessão do benefício:

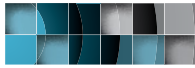
APELAÇÃO N, 0000478-98.2012.8.26.0224, COMARCA DE GUARULHOS, REL. SIDNEY ROMANO DOS REIS, JULGADO EM 12/08/2013.

Ademais, concedido o pleito da autora, estariam outras tantas pessoas carentes como ela, autorizadas a requererem de forma individualizada moradias ou aluguel social, o que certamente inviabilizaria o atendimento de forma globalizada de todo o contingente de pessoas carentes da região. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Guarulhos, 2013)

A variedade das decisões judiciais pode ser observada em relação ao Município de Monte Alto. Este foi considerado responsável por grande deslizamento de terra que afetou diversas casas. Pagou bolsa aluguel em valor que mais de um beneficiário entendeu insuficiente, e várias pessoas ingressaram com ações para complementação do valor pago.

Neste caso, em um recurso entendeu-se que era possível a majoração (APELAÇÃO N. 0000611-38.2008.8.26.0368, COMARCA DE MONTE ALTO, REL. JOÃO CARLOS GARCIA, JULGADO EM 28/05/2014), superando-se o critério fixado na política pública, enquanto que em outro tal majoração não foi permitida (APELAÇÃO N. 0000612-23.2008.8.26.0368, COMARCA DE MONTE ALTO, REL. MARCELO BERTHE, JULGADO EM 12/11/2015).

Na Apelação n. 0009240-35.2014.8.26.0224 (COMARCA DE GUARULHOS, VICENTE DE ABREU AMADEI, JULGADO EM 27/01/2015), apesar de a parte autora não ter seguido os procedimentos previstos em lei para continuar recebendo o benefício, os julgadores entenderam que não o fez por falha da Assistência Social local. Segundo os



juizadores, por tratar-se de família extremamente vulnerável, a Assistência Social local deveria ter prestado auxílio na parte administrativa necessária para concessão do benefício.

Na Apelação n. 4001226-69.2013.8.26.0663 (COMARCA DE VOTORANTIM, REL. EDSON FERREIRA, JULGADO EM 25/03/2015) o acórdão faz menção à existência de lei local que concede o benefício. No entanto, a ignora por completo e concede a bolsa aluguel com base no direito constitucional à moradia, possivelmente em razão da situação precária da parte autora. Neste caso, portanto, entendeu-se que a norma deveria ser aplicada independentemente de norma regulamentadora.

Houve caso, ainda, que se equiparou a situação da família à situação de rua (prevista na política pública local), em razão da precariedade da moradia em que residiam (APELAÇÃO N. 1000155-71.2015.8.26.0224, COMARCA DE GUARULHOS, REL. VENICIO SALLES, JULGADO EM 17/12/2015).

Também se aplicou outros tipos de interpretação à lei local a fim de incluir pessoa em razão do caso concreto. Na Apelação n. 1019026-25.2014.8.26.0309 (COMARCA DE JUNDIAI, REL. OSWALDO LUIZ PALU, JULGADO EM 16/06/2016) menciona-se lei da assistência social que não trata especificamente sobre direito à moradia, mas de “necessidades básicas”. Nesta situação, entendeu-se a moradia como uma “necessidade básica”, e concedeu-se o benefício previsto em legislação sobre assistência social.

Por fim, houve um caso em que foi declarado direito adquirido da parte autora, já que preencheu os requisitos antes da suspensão do programa (APELAÇÃO N. 0197759-94.2008.8.26.0000, COMARCA DE SÃO PAULO, REL. FERRAZ DE ARRUDA, JULGADA EM 11/08/2010).

Julgados sem menção à política pública local

Em alguns casos não há política pública local de concessão de bolsa aluguel, ou o acórdão não faz menção a ela. Foram encontrados 25 (vinte e cinco) acórdãos sem menção à política pública local.

Nestes casos, os acórdãos podem conceder o benefício, com base no direito constitucional à moradia (APELAÇÃO N. 0054796-39.2012.8.26.0577, COMARCA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, REL. MAGALHÃES COELHO JULGADO EM 07/04/2014).

Na Apelação n. 1000788-13.2015.8.26.0344 o benefício foi concedido mesmo não havendo lei local que o estabelecesse, com base no direito constitucional à moradia, mas apenas pelo prazo de 12 (doze) meses da data do acórdão. O Autor havia perdido sua casa em razão de um incêndio (APELAÇÃO N. 1000788-13.2015.8.26.0344, COMARCA DE MARÍLIA, REL. MARCELO SEMER, JULGADO EM 12/09/2016).

No caso da Apelação n. 0002017-67.2014.8.26.0309, relativa ao Município de Jundiaí (REL. VICENTE DE ABREU AMADEI, JULGADO EM 15/12/2015), a inexistência de lei local para concessão do benefício no caso concreto (pessoa com deficiência em situação de rua) fez com que o benefício fosse concedido com base em normas constitucionais. Para a decisão



sobre o valor do benefício, utilizou-se como parâmetro lei local que concede bolsa aluguel à desabrigados em razão de desastres. O fato de se tratar de pessoa com deficiência física teve grande influência na decisão.

No entanto, nos casos de inexistência da política pública local, o mais comum (9 acórdãos) é a utilização do argumento de que o direito à moradia é norma programática para negar o benefício (APELAÇÃO N. 0017417-94.2012.8.26.0664, COMARCA DE VOTUPORANGA, REL. LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, JULGADO EM 02/12/2013).

Na Apelação n. 1030684-81.2015.8.26.0577 (COMARCA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, REL. DJALMA LOFRANO FILHO, JULGADO EM 07/12/2016) explicou-se que é possível a aplicação direta da Constituição Federal, mesmo havendo política pública local na qual a parte autora não se enquadra, a depender do caso concreto. No entanto, neste caso específico entendeu-se que o caso concreto não permitia o afastamento da política pública local para aplicação direta da Constituição Federal.

Outra situação muito comum é o pedido de bolsa aluguel porque o Município ou ente estatal teria sido responsável pela perda do imóvel em que a parte residia (10 acórdãos).

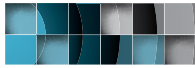
Na Apelação n. 4000224-13.2012.8.26.0271 (COMARCA DE ITAPEVI, REL. CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, JULGADO EM 30/09/2014) a parte autora responsabilizava o Município de Itapevi pelo deslizamento de terra que condenou seu imóvel, pedindo bolsa aluguel até que obtivesse a moradia definitiva, além de outras indenizações. O benefício foi negado, pois se entendeu que o Município não havia sido responsável e, por tal motivo, o pagamento de bolsa aluguel seria mera liberalidade, mesmo estando demonstrada a situação da parte autora, privada de moradia.

Situação idêntica ocorreu na Apelação n. 0001696-16.2011.8.26.0219, relativa ao Município de Guararema, julgada em 23/03/2015 e de relatoria de Heloísa Martins Mimessi: o ente municipal não foi considerado responsável pelo evento danoso e, na ausência de lei municipal, somente pagaria bolsa aluguel por mera liberalidade.

Já na Apelação n. 0008610-25.2013.8.26.0220, relativa ao Município de Guaratinguetá (REL. MAGALHÃES COELHO, JULGADO EM 16/03/2015), o Município foi considerado responsável pela destruição do imóvel, motivo pelo qual foi condenado ao pagamento do benefício:

Na Apelação n. 0018237-40.2011.8.26.0053 (COMARCA DE SÃO PAULO, REL. ALIENDE RIBEIRO, JULGADO EM 20/10/2015) o Município de São Paulo retirou de imóvel pessoa que tinha direito à concessão de uso especial para fins de moradia. Por tal razão, foi condenado ao pagamento de bolsa aluguel até o fornecimento de moradia definitiva.

Caso muito interessante ocorreu no Município de São Paulo. Determinou-se o pagamento de bolsa aluguel à parte autora fora da previsão legal e por prazo indeterminado, pois entendeu-se que houve responsabilidade por omissão do ente municipal ao deixar de efetuar a correta fiscalização das construções que danificaram o imóvel da autora (APELAÇÃO N.



1050489-74.2014.8.26.0053, COMARCA DE SÃO PAULO, REL. MARCELO SEMER, JULGADO EM 21/03/2016).

Julgados que mencionam pessoas em situação de rua

São poucos os julgados que mencionam expressamente pessoas que estão em situação de rua, eventualmente pernoitando em albergues. Foram encontrados 9 (nove) acórdãos que mencionam expressamente encontrar-se a parte autora nesta situação.

As decisões são variadas, mas chama atenção a proferida na Apelação n. 3025635-85.2013.8.26.0224. Entendeu-se que a parte autora não preenchia os requisitos legais porque estava acolhida em albergue e inscrita no programa Minha Casa Minha Vida.

Já na Apelação n. 0021814-55.2013.8.26.0053 (julgada em 06/08/2014, Rel. Moreira de Carvalho) havia o pleito do benefício perante o Município de São Paulo. Como já recebia benefício semelhante por parte da DERSA/CDHU, entendeu-se que não fazia jus ao benefício municipal, mesmo sendo portador do vírus HIV e demonstrando estar em situação de rua, não havendo sequer a análise da política pública local.

Em relação ao Programa Parceria Social, do Município de São Paulo, na Apelação n. 1023069-60.2015.8.26.0053 (COMARCA DE SÃO PAULO, REL. J.M. RIBEIRO DE PAULA, JULGADA EM 15/06/2016), apesar de preencher os requisitos previstos no programa, entendeu-se que o autor deveria “esperar sua vez” para ser contemplado com o benefício:

Coincidentemente, em outro recurso relativo a pessoa em situação de rua, também foi determinado que o autor esperasse na fila para receber o benefício do Programa Parceria Social (Apelação n. 1050885-51.2014.8.26.0053, Comarca de São Paulo, Rel. J. M. Ribeiro de Paula, julgado em 06/07/2016).

Na Apelação n. 0015115-53.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, julgada em 12/08/2014 (Rel. Vicente de Abreu Amadei), o pedido era para moradia permanente ou bolsa aluguel até o fornecimento da moradia permanente e não com a limitação de 30 meses prevista na política pública local. Conforme demonstra a ementa deste caso, entendeu-se que a prorrogação do prazo do benefício era impossível mesmo diante da situação precária da parte autora:

APELAÇÃO - Ação de obrigação de fazer Aluguel social ou moradia permanente Município de São Paulo Cidadão em situação de miserabilidade e vulnerabilidade - Morador de rua, portador de sequelas psíquicas, incapaz absoluto para o trabalho - Acolhimento anterior, pela municipalidade, em albergues e hotéis sociais - Oferta da municipalidade em encaixar o autor no programa social denominado “Parceria Social”, com duração de 30 meses e possibilidade de renovação, bem como sua inclusão automática na fila para programa habitacional permanente - Recusa do autor à proposta da municipalidade - Inteligência da Lei Municipal nº 12.316/97, que prevê os direitos sociais da população de rua, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 40.232/01 e da Resolução CMH nº 31, de 14 de Setembro de 2007 - Ação da municipalidade dentro da lei, sem desvio de fim ou abuso, na promoção social às necessidades do autor, segundo a reserva do possível, sem desatenção à isonomia no trato de política habitacional à população carente -



Direito subjetivo à moradia permanente ou a aluguel social sem prazo fixo (até a outorga de casa para moradia permanente) inexistente - Direito social à moradia, constante nas normas constitucionais, tratados e convenções internacionais, de feição programática - Sentença de extinção do feito sem apreciação do mérito, por carência da ação, bem decretada. RECURSO DESPROVIDO.

Mas também há casos de concessão do benefício até mesmo por período superior ao prazo previsto em lei, considerando-se que existe política pública local prevendo o benefício para pessoas em situação de rua e reconhecendo-se a dificuldade desta população em sair da rua por conta própria (APELAÇÃO N. 1013019-20.2014.8.26.0405, COMARCA DE OSASCO, REL. SPOLADORE DOMINGUEZ, 08/04/2015).

Na já citada Apelação n. 0002017-67.2014.8.26.0309 (COMARCA DE JUNDIAI, REL. VICENTE DE ABREU AMADEI, JULGADO EM 15/12/2015), entendeu-se pela interpretação teleológica e sistemática da legislação local para conceder a bolsa aluguel à pessoa em situação de rua, mesmo não havendo comando legal específico para tal benefício. Repita-se que nesse caso houve grande influência o fato de se tratar de pessoa com deficiência.

Conclusões

Diante da situação de “cobertor curto” e da ideia arraigada de que direitos sociais são custosos, as políticas públicas destinadas a garantir tais direitos passaram por um processo de burocratização, deslocando-se a discussão da justiça social para questões técnicas e procedimentos administrativos.

Uma das políticas públicas criada em vários Municípios paulistas e mesmo no Estado de São Paulo é aquela que concede “bolsa aluguel”, valor pago por ente estatal, em dinheiro, diretamente ao cidadão, a fim de que este pague aluguel e outras despesas relacionadas à moradia, como forma de garantir esse direito previsto constitucionalmente.

Dos 196 acórdãos estudados, a maior parte é oriundo de locais onde a Defensoria Pública está instalada (85% dos casos) e grande parte das ações (65%) é patrocinada pela Defensoria Pública.

Tais dados estão de acordo com as ideias de GAURI e BRINKS, que preveem maior judicialização de direitos sociais em locais onde existe assistência jurídica profissional voltadas para o tema, bem como em cidades onde o Poder Judiciário tem estrutura melhor, facilitando seu acesso pela população. (GAURI e Brinks, 2008, p. 15-16).

O Poder Judiciário, ao contrário do que ocorre muitas vezes com o direito à saúde e o direito à educação, possivelmente em razão do sistema capitalista em que vivemos e o valor dado à propriedade privada, costuma atuar como mero revisor da política pública local, por entender que o direito constitucional à moradia é norma programática.

Logo, para o Poder Judiciário paulista, a implantação de um benefício destinado a garantir tal direito, como o bolsa aluguel, é mero ato discricionário do administrador, não um dever deste. Ou seja, pode fixar os critérios que entender pertinentes, sem grande discussão sobre se tais critérios são razoáveis.



Age desta forma em quase 80% dos casos estudados, somente havendo alguma discussão mais aprofundada no tocante à preenchimento de critérios mais subjetivos.

Em 15 casos o Poder Judiciário houve por bem revisar critérios da política pública instalada, notadamente em relação à extensão do período em que o benefício é concedido. Mas também analisou o valor do benefício e estendeu-o a situações não contempladas na política pública, por analogia ou equiparação. Também concedeu o benefício em casos que o procedimento administrativo não havia sido seguido à risca.

Foram encontrados 25 acórdãos sem menção à política pública local. A inexistência da política pública local na maioria das vezes acaba por prejudicar o pleiteante ao benefício, pois entende-se que o direito à moradia é norma programática, motivo pelo qual não é possível conceder bolsa aluguel sem lei que a regulamente.

A exceção são os casos em que o ente estatal é considerado responsável direto pela situação de falta de moradia em que a pessoa se encontra, normalmente por lhes ser atribuída a responsabilidade pela ruína do imóvel onde a pessoa vivia. Nessas hipóteses a discussão é travada em torno da responsabilidade civil do Estado, e não do direito à moradia.

Quanto à população em situação de rua foram encontrados apenas 9 acórdãos sobre o tema, com decisões variadas. Na maior parte dos casos prevaleceu a lógica de preenchimento ou não dos requisitos legais.

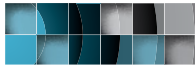
No entanto, em pelo menos dois casos, mesmo com os requisitos legais preenchidos negou-se o benefício: haveria uma fila para a sua concessão, e os pleiteantes deveriam segui-la. Essa “fila” a ser seguida não foi mencionada em decisões relativas a pessoas que não estavam em situação de rua, motivo pelo qual estes dois casos chamam atenção.

A conclusão a que se chega com o presente trabalho é que as ações propostas para a concessão do benefício do bolsa aluguel são principalmente um pleito defendido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, responsável por pelo menos 128 dos 196 acórdãos estudados.

Tal fato não causa espanto, uma vez que se trata de um benefício de baixo valor para pessoas sem condições de moradia. Logo, pessoas extremamente vulneráveis, público alvo da Defensoria Pública. São pessoas que normalmente não tem condições de arcar com os custos de um advogado particular, razão pela procuram a Defensoria Pública nas cidades em que ela está instalada.

Como na grande maioria dos casos (156 de 196) o Tribunal de Justiça de São Paulo apenas realizou um exercício de subsunção aos requisitos da política pública local, entende-se que a melhor a estratégia processual para litigantes individuais é a seguinte:

- a) ingressar com a ação provando o preenchimento dos requisitos previstos em lei;
- b) ingressar com a ação mesmo para os que não preenchem os requisitos, desde que demonstre cabalmente que se trata de requisito irrazoável, injusto, em conflito com o direito constitucional à moradia do qual é derivado.



Nos casos em que não há a política pública local a situação é mais complicada: o correto é ingressar com a ação com base no direito constitucional à moradia, mas o Tribunal de Justiça de São Paulo na maioria dos casos entenderá que se trata de norma programática e que não é possível a concessão do benefício.

No caso da população em situação de rua, vale a lógica do preenchimento dos requisitos legais. Nesses casos, entretanto, é importante deixar claro na ação os motivos pelos quais se entende que o benefício do bolsa aluguel seria uma estratégia melhor do que o oferecimento de vaga em centro de acolhida, especialmente para que não se configure uma discriminação indevida em relação a esta população.

Referências bibliográficas

ADORNO, Rubens de Carmargo Ferreira; VARANDA, Walter. *Descartáveis urbanos: discutindo a complexidade da população de rua e o desafio para políticas de saúde*. São Paulo: Revista Saúde e Sociedade, Univ. São Paulo, v.13, n.1, p.56-69, jan-abr 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdãos Anexo 1. São Paulo: 2010 a 2017

_____. Lei n. 6623 de 2009. *Lei sobre Programa Municipal de Locação Social do Município de Guarulhos*. São Paulo: 2009.

_____. Portaria SEHAB n. 131 de 2015. *Portaria sobre programa de Habitação da cidade de São Paulo*. São Paulo: 2015

CAMPOS, Núbia Carla. *A efetividade do direito à moradia no judiciário brasileiro: uma análise comparativa da jurisprudência*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2010.

COUTILHO, Maria Laura de Souza. *Ativismo judicial: uma análise à partir do direito à moradia*. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2010.

GALVANI, D.; BARROS, D. D.; SATO, M. T.; REIS, T. A. M.; ALMEIDA, M. C. *Perfil dos frequentadores da casa de convivência e centro de serviços Associação Minha Rua Minha Casa entre 2002 e 2003*. São Paulo: Revista Terapia Ocupacional. Univ. São Paulo, v. 17, n. 2, p. 48-56, maio/ago. 2006.

GAURI, V.; BRINKS, D. M. *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.



PINHEIRO NETO, Pedro Bentes. *Concretização do Direito Social à Moradia pelo Poder Judiciário: estudo de caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: goo.gl/NADanG. Acesso em: 20 de março de 2017.

REIS, Mariana S. dos. *O Movimento Nacional da População de Rua em São Paulo: um diálogo com as políticas sociais públicas*. 2011. 97 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Serviço Social) – Faculdade de Ciência Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Franca, 2011.

ROGAR, Renato. *O aluguel social como forma de efetivação do direito à moradia: a funcionalização da responsabilidade do Estado na espécie*. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado – Programa de pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014.

SANTORO, Paula Freire; CYMBALISTA, Renato; TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves; TATAGIBA, Luciana. *Habitação: controle social e política pública*. Instituto Pólis; PUC – São Paulo. Observatório dos Direitos do Cidadão: acompanhamento e análise das políticas públicas da cidade de São Paulo; 31. São Paulo: 2007

SCHOTT, Josias Michel. CASSEL JÚNIOR, Flávio. *Jurisdição Constitucional e a Judicialização do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/view/15021>. Acesso em: 20 de março de 2017.

SILVA, Valério da. *A locação social como forma de acesso à moradia: a experiência de São Paulo como oposição às variadas formas de aluguel social temporário*. Dissertação de Mestrado – Departamento de Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. 151p.

SILVA, José Afonso; *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*; Ed. Malheiros; 8ª edição; 2012

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf. Acesso em: 20 de março de 2017.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Juizado Especial Federal : contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa*. Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016. 453 p. -- (Série monografias do CEJ ; v. 21)

XIMENES, Salomão Barros. *Padrão de qualidade do ensino: desafios institucionais e bases para a construção de uma teoria jurídica*. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014



¹ SILVA – José Afonso; *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*; Ed. Malheiros; 8ª edição; 2012.

² O estudo foi apresentado, com algumas alterações, como trabalho de conclusão da Pós-Graduação Lato Sensu Direitos Humanos e Acesso à Justiça da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas no ano de 2017, sob orientação do Professor Salomão Barros Ximenes.

³ Art. 8º Para efeito do disposto no inciso II do artigo 1º desta Lei, entende-se por eventos de risco a ocorrência de efeitos indesejados e inesperados, tais como: moradias destruídas ou interditadas em função de deslizamentos, solapamentos, inundações, incêndios, insalubridade habitacional ou outras condições que impeçam o uso seguro da moradia, a ser definida por laudo dos técnicos do Departamento de Defesa Civil da Secretaria de Governo.

Art. 9º Para efeito do disposto no inciso III do artigo 1º desta Lei, entende-se por:

I - vulnerabilidade social:

- a) vulnerabilidade próprias do ciclo de vida, na forma de critérios técnicos definidos em regulamento;
- b) desvantagem pessoal resultante de deficiências, que representam qualquer perda ou anormalidade da estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, ou de incapacidade que corresponde a qualquer redução para exercer uma atividade considerada normal para sua idade e sexo, face ao contexto sócio-cultural no qual se insere;

II - risco pessoal e social:

- a) situações circunstanciais e/ou conjunturais, tais como: abuso e exploração comercial e sexual, bem como o trabalho infanto-juvenil;
- b) pessoas ou famílias em situação de rua;
- c) dependentes do uso e vítimas da exploração comercial de substâncias psicoativas, vítimas de abandono e desagregação familiar;
- d) vítimas de violência doméstica.

Parágrafo Único - Nos casos de risco pessoal e social, o benefício de locação social poderá ser concedido desde que esgotadas as possibilidades de imediato reatamento de vínculos familiares.



O direito à educação e sua efetivação através das garantias constitucionais

The right to education and its effectiveness through constitutional guarantees

Mike Luiz Sella da Costa

Defensor Público do Estado de São Paulo-Defensoria Pública
mlcosta@dpep.sp.gov.br

Resumo

O texto tem por finalidade o estudo do direito à educação e sua efetividade, através da previsão constitucional de garantias. O estudo é feito por meio de pesquisa bibliográfica. Antes de versar sobre as garantias em espécie, o estudo discorre sobre o conceito de garantia constitucional e o direito à educação e sua natureza jurídica. Após esta análise, o texto aborda a previsão constitucional do direito à educação, atendo-se, especialmente, às garantias em espécie previstas em seu artigo 208, que são consideradas deveres criados para o Estado com o objetivo de dar efetividade ao direito à educação.

Palavras-chave: Direito à educação. Garantias constitucionais. Efetividade.

Abstract

The purpose of the text is to study the right to education and its effectiveness, through the constitutional provision of guarantees. The study is done through bibliographic research. Before discussing guarantees in kind, the study deals with the concept of constitutional guarantee and the right to education and its legal nature. After this analysis, the text addresses the constitutional provision of the right to education, especially considering the guarantees in kind provided in its article 208, which are considered duties created for the State with the objective of giving effect to the right to education.

Keywords: *Right to education. Constitutional guarantees. Effectiveness.*



Introdução

O presente artigo tem por finalidade realizar uma breve análise sobre o direito à educação, através de algumas garantias constitucionalmente previstas para efetivá-lo. Trata-se de estudo que seguirá uma ordem inversa, ou seja, examinará um direito constitucionalmente previsto, por intermédio das garantias que foram criadas para dar efetividade ao mesmo.

Abordar-se-á, ainda que de forma sucinta, o conceito de educação e sua natureza jurídica. Após a identificação da natureza do direito à educação, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, algumas questões fundamentais devem ser mencionadas. Dentre elas: a eficácia das normas que preveem tal instituto e a relação entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

Feitas tais observações, aventar-se-á sobre a previsão constitucional do referido direito, debatendo-se os pontos relevantes a este trabalho, sem qualquer intenção de se esgotar o tema.

Após, estudar-se-á as garantias trazidas pelo art. 208 da Constituição brasileira e sua função de efetivar o direito à educação. Cumpre mencionar que a Constituição trouxe em seu bojo diversos outros dispositivos que cumprem esse papel. Entretanto, em razão de um necessário recorte para o estudo do tema, foi feita a escolha pelo dispositivo em questão. Ademais, o dispositivo aludido utiliza-se do termo garantia, o que torna imprescindível a sua análise em pesquisas como esta.

Por fim, cumpre informar que o artigo, para reforçar a ideia de tentativa de inversão da forma de estudo, iniciar-se-á através da análise do conceito de garantia para o direito constitucional e a acepção utilizada neste texto.

Garantias

A noção de garantia, mesmo no sentido coloquial empregado ao termo, faz demonstrar uma relação entre esta e outro objeto que, de alguma forma, ela busca preservar. Assim, o sentido de garantia empregado neste texto, relaciona-se com a proteção dos direitos fundamentais.

A distinção entre direitos e garantias é debatida há muito tempo na doutrina. Ruy Barbosa já distinguia os termos, asseverando que os direitos seriam disposições meramente declaratórias e as garantias seriam disposições assecuratórias, pois em defesa do direito, limitam o poder¹. Entretanto, tal disposição é criticada pela doutrina, por entenderem que as garantias podem declarar e que pode haver declaração de direitos por uma forma assecuratória².

A Constituição admite a existência de direitos e garantias, mas não faz essa diferenciação em seu texto, deixando tal mister para a doutrina.

O professor José Afonso da Silva, abordando a doutrina, traz três sentidos doutrinários para a ideia de garantias. Em um primeiro sentido, elas seriam o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais. Em um segundo sentido, seriam prescrições que vedam ações do poder público. Finalmente, em um terceiro sentido, seriam os recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos³.



O mesmo autor ainda traz um conceito de garantias constitucionais e realiza a sua diferenciação entre gerais e especiais. Para o presente artigo, utiliza-se o conceito de garantia no sentido trazido por este autor ao se referir às garantias constitucionais: “(...) *garantias constitucionais*, que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais”⁴.

Cumpra também registrar que parte da doutrina⁵ descreve o conceito de garantias institucionais, inserido nas garantias constitucionais, que visa resguardar certas instituições jurídicas importantes para a sociedade e para os direitos fundamentais. Para o professor Vidal Serrano, inclusive, uma das formas de positivação dos direitos sociais em nossa Constituição ocorre através das garantias institucionais⁶.

Conceito de educação

O conceito de educação é amplamente discutido em doutrina. Neste texto, para evitar-se um debate mais aprofundado sobre o tema, o que tornaria o trabalho por demais extenso, utilizar-se-á de algumas definições abrangentes. Assim, por escolha, podemos trazer dois conceitos de educação:

É a ação exercida pelas gerações adultas sobre as gerações que não se encontram preparadas para a vida social; tem por objetivo suscitar e desenvolver, na criança, certo número de estados físicos, intelectuais e morais, reclamados pela comunidade política, no seu conjunto, e pelo meio especial a que a criança, particularmente, se destina⁷.

Assim, o processo educacional consiste na transmissão de valores e experiência entre as gerações, permitindo às mais novas alcançar perfeita interação social, propiciando-lhes meios e instrumentos para que possam manter, aprimorar e, posteriormente, retransmitir a seus sucessores o arcabouço cultural, os valores e os comportamentos adequados à vida em sociedade e indispensáveis para o processo de evolução social rumo a um efetivo Estado Democrático de Direito, que deve ter por premissa a consagração da dignidade da pessoa humana⁸.

A partir desses conceitos de educação, algumas observações podem ser feitas. Primeiramente é um direito permanente, isto é, começa com o nascimento e prossegue durante toda a existência da pessoa humana. A educação está presente em todas as esferas de vida social da pessoa, tais como: escola, família e igreja.

A educação tem, dentre suas finalidades, a transmissão de valores comuns da sociedade. Entretanto, a educação não é mera transmissão de experiências e valores. A educação pode ser considerada como formadora e transformadora da pessoa.

Neste ponto, cabe registrar o que foi dito por Paulo Freire⁹ sobre o processo formador: “É preciso que, pelo contrário, desde os começos do processo, vá ficando cada vez mais claro que, embora diferentes entre si, quem forma se forma e re-forma ao formar e quem é formado forma-se e forma ao ser formado.” E complementa o educador: “Quem ensina aprende ao ensinar e quem aprende ensina ao aprender”.



Educação e ensino

Diretamente relacionado ao conceito de educação se encontra a distinção entre educação e ensino. Como já afirmado, educação é um processo complexo de transmissão de conhecimentos, valores e experiências. A educação se divide entre educação formal e informal.

Educação informal é aquela que advém da vida em sociedade, como, por exemplo, a decorrente do convívio familiar. A educação formal ou ensino, por sua vez, é a que se desenvolve sistematicamente, através de conteúdos previamente estabelecidos, com a finalidade de formação do ser humano. Trata-se da educação transmitida na escola, cuja obrigação de prestar é, prioritariamente, do Estado, mas que pode ser prestada, de forma suplementar, pela iniciativa privada.

Cumprir ainda trazer o conceito de instrução, que advém de uma dicotomia grega (Educação e Instrução). Na Grécia antiga, cabia ao pedagogo a educação, que era ofertada no âmbito do lar, cuja função era a formação de caráter. A instrução, de outro lado, era fornecida pelo professor e referia-se à transmissão de conhecimentos de matemática, escrita, dentre outros¹⁰. Atualmente, o conceito de instrução confunde-se com o de ensino.

A educação como um direito fundamental

A Constituição brasileira, já em seu Título II, trouxe um rol de direitos e garantias fundamentais. O artigo 6º da Lei Maior prevê, dentre os direitos fundamentais, os direitos sociais e o primeiro direito social exposto no dispositivo é justamente o direito à educação.

O fato de ter natureza de direito fundamental de segunda geração/dimensão acarreta uma série de consequências jurídicas ao direito à educação. De início há que se verificar que tais direitos são formalmente constitucionais, uma vez que expressamente previstos na Constituição. Além disso, também são materialmente constitucionais em razão de sua relação direta com o atributo da dignidade humana, previsto como fundamento da República Federativa do Brasil.

A doutrina tradicional diferencia os direitos de liberdade dos direitos sociais em razão da atuação estatal. É comum encontrar-se na doutrina que os primeiros acarretam uma abstenção do Estado, enquanto que os últimos uma prestação do mesmo. Cumpre lembrar, como bem observa o Professor Vidal Serrano, que nem todos os direitos sociais acarretam uma prestação estatal. Alguns acarretam uma intervenção no domínio econômico e outros uma abstenção¹¹.

O direito à educação, entretanto, é uma das hipóteses em que há a necessidade de prestação estatal para o exercício do direito. Assim, a realização deste direito social se dará através da prestação de serviço público essencial¹².

Cumprir nesse ponto lembrar que os direitos fundamentais possuem uma relação de unidade, de indivisibilidade e de interdependência. Assim, não é raro que para a fruição de um direito de liberdade, seja antes necessário assegurar um direito social. Fica clara essa relação quando se trata do direito à educação, haja vista que este é premissa necessária para o exercício da isonomia, da cidadania e para o resguardo ao atributo da dignidade humana.



Outra consequência decorrente de sua natureza se refere à eficácia das normas definidoras de direitos sociais. José Afonso da Silva entende que estas teriam, em regra, eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas aquelas que mencionem uma lei integradora são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta¹³. Mas, no que se refere à educação básica, o mesmo autor entende se tratar de direito público subjetivo e, portanto, plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, podendo ser exigido judicialmente¹⁴. O professor Motauri, por sua vez, defende que o direito à educação deve ter máxima eficácia e que, em razão do disposto no art. 205 da Constituição, trata-se de comando de aplicabilidade imediata¹⁵.

O professor Vidal, aborda o tema de uma forma um pouco diferente. Entende o mencionado professor que a preocupação com a efetividade do direito à educação foi tanta, que o direito foi positivado por meio de três diferentes estratégias: por meio de tarefa ou programa cometido ao Poder Público; através de sua previsão como direito subjetivo e pela criação de uma garantia institucional¹⁶.

Outra possível consequência a ser discutida quando se trata de um direito social refere-se à doutrina da reserva do possível e a sua relação com o mínimo existencial.

A teoria da reserva do possível funda-se na escassez de recursos e nas previsões orçamentárias para a limitação da realização dos direitos sociais, dentre os quais o direito à educação. Assim, as escolhas relacionadas ao orçamento e à aplicação dos recursos estariam, como decorrência da escassez e por disposição constitucional, inseridas na discricionariedade do Legislador e, mais especificamente, do Administrador.

Contudo, tais alegações devem ser afastadas. Em primeiro lugar, os direitos sociais no Brasil estão diretamente relacionados ao mínimo vital, que se trata do núcleo essencial dos direitos necessários à consecução da dignidade da pessoa humana. Desta forma, os direitos sociais que se relacionam a este patamar mínimo, devem ter a sua proteção igualada àquela conferida aos direitos de liberdade, não se submetendo a restrições orçamentárias.

Este também é o posicionamento do professor Motauri: “Com efeito, a igualdade de oportunidades e a asseguarção do mínimo existencial somente poderão surgir se a todos for assegurado o direito a processo educacional adequado¹⁷.”

Ademais, conforme entendimento do professor Vidal¹⁸, a teoria da reserva do possível também não deve ser aplicada quando o direito social está previsto em norma constitucional que atribui um direito subjetivo. Uma vez atribuído um direito subjetivo ao cidadão, tal direito constitucional ingressa em seu patrimônio jurídico. Portanto, não há liberdade legislativa, já que a norma infraconstitucional deve respeitar os termos da Constituição, que atribuiu o mencionado direito.

O professor Motauri traz expressamente outra consequência da natureza jurídica do direito à educação como um direito fundamental. Para o citado autor, o direito à educação está inserido entre os limites materiais de alteração da Constituição, ou seja, seu núcleo intangível, previsto no art. 60, §4º, IV da Lei Maior. Além disso, o mesmo autor entende que apesar do dispositivo mencionado falar em direitos e garantias individuais, a proteção quanto à possibilidade de reforma constitucional se estenderia também aos direitos sociais, em razão de



serem dimensões de proteção da dignidade humana e da cidadania. E, ainda que assim não fosse, os direitos sociais estariam inseridos nas chamadas limitações implícitas¹⁹.

Por se tratar de um direito fundamental, também cabe lembrar que estaria vedado o seu retrocesso indevido.

Por fim, cumpre assinalar que a doutrina costuma qualificar o direito à educação como um direito da personalidade²⁰ e como um direito individual e difuso²¹.

Previsão constitucional

Para o professor Motaui a educação foi tratada em diversos dispositivos constitucionais, que podem ser divididos em **três grupos estruturais**: o primeiro grupo refere-se ao ensino escolar (Título VIII, Capítulo III, Seção I da Constituição); o segundo diz respeito ao que o autor chamou de preceitos diretamente relacionados à educação, mas em outros tópicos (Ex: art. 6º, art. 22, XXIV, 24, IX e etc.) e um terceiro grupo, formado pelos princípios gerais que também incidem sobre a área educacional (Ex: art. 5º, LXIV e art. 129, III)²².

No presente texto iremos tratar, como já dito, especificamente do art. 208 da Constituição Federal, que se insere dentro do grupo referente ao ensino escolar, em título da ordem social. Entretanto, cumpre aqui fazer algumas observações sobre o artigo 205 do mesmo título da Constituição.

O art. 205 da Constituição Federal inaugura a seção dedicada à educação, dentro do título da ordem social. O citado dispositivo traz o sujeito ativo e passivo do direito à educação, além de suas finalidades primordiais.

A educação é direito de todos e dever do Estado e da família, com colaboração da sociedade. Desta maneira, o sujeito ativo do mencionado direito fundamental são todos (princípio da universalidade), enquanto o sujeito passivo é o Estado, a família e a sociedade.

Com relação às finalidades da educação, o dispositivo elenca três. São elas: o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Garantias previstas no artigo 208 da Constituição (Deveres constitucionais voltados à educação)

O artigo 208 da Constituição determina que o dever do Estado com relação à educação será efetivado mediante uma série de garantias, que são disciplinadas em seus incisos. Abordar-se-á cada uma dessas garantias, na mesma ordem em que aparecem nos incisos do art. 208 do texto constitucional.



Educação básica obrigatória e gratuita

Já no inciso I do artigo 208 é garantida a educação básica obrigatória e gratuita, dos 04 aos 17 anos de idade. Assegurada também a sua gratuidade para os que não tiveram acesso a ela na idade própria.

Uma primeira observação a ser feita é que a redação deste dispositivo, anteriormente à Emenda Constitucional 59/2009, era no sentido de que o ensino gratuito e obrigatório seria apenas aquele relacionado ao ensino fundamental. Havia entendimento, antes da mencionada reforma, no sentido de que a universalidade e a obrigatoriedade deveriam ser aplicadas a todos os incisos do art. 208, por força da previsão contida em seu “caput”.²³

Assim, entendia-se que a obrigatoriedade prevista no inciso I, do art. 208, antes da emenda constitucional, não estaria direcionada ao Estado, mas à família, que tem o dever de matricular e garantir a permanência dos filhos na escola, no respectivo nível, com possibilidade, inclusive, em algumas situações, de caracterização de crime de abandono material – 246, CP.²⁴

Para que se entenda a abrangência deste inciso, é importante destacar quais são os níveis da educação básica, de acordo com a previsão expressa da Lei de diretrizes e bases da educação nacional (Lei 9.394/96, nos artigos: artigos 29 a 37). São eles:

- **Educação infantil** (0 a 5 anos de idade) – é implementada mediante o oferecimento de creches e pré-escolares; tem por finalidade assegurar o desenvolvimento da criança (aspectos físico, psicológico, intelectual e social) e preparar para o ensino fundamental;
- **Fundamental** (atualmente com 9 anos de duração) – busca desenvolver as capacidades de aprendizagem e compreensão; os valores, além do fortalecimento de vínculos familiares e sociais, com respeito às divergências e diferenças;
- **Ensino Médio** (duração mínima de 3 anos) – aprofunda e consolida os conhecimentos; prepara para o trabalho e para o exercício da cidadania. Poderá preparar o educando para o exercício de profissões técnicas.

A Constituição fala em educação básica obrigatória a partir dos 4 anos de idade. Entretanto, o entendimento do STF é no sentido da obrigatoriedade de fornecimento de vagas em creche para menores de 4 anos, nos termos do art. 208, IV da CF, que é norma mandatória, sob pena de comprometer direito social. (Ag Reg no RE 410.715-5P – Rel. Ministro Celso de Mello, PJ 03.02.2006). Desta feita, a obrigatoriedade do inciso I do art. 208, no que se refere aos maiores de 4 anos, pode ser interpretada como direcionada à família, já que para o Estado a abrangência da obrigatoriedade é mais extensa.

Registre-se que o § 1º do art. 208 da Constituição determina que o ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. E o seu não oferecimento, ou oferecimento irregular importa responsabilidade da autoridade competente, conforme § 2º do mesmo artigo.

A gratuidade do ensino público também está prevista, genericamente, como um dos princípios do ensino, conforme art. 206, IV da Constituição.



Nos termos do § 3º do art. 208 da Lei Maior, cumpre ao Estado recensear os educandos do ensino fundamental e zelar, em conjunto com os pais ou responsáveis, por sua frequência à escola. O prof. Motauri, com base neste parágrafo e em outros dispositivos, entendeu que a obrigação voltada ao ensino fundamental é dúplice, pois corresponde ao Estado e aos pais.²⁵

Ainda relacionado ao tema do ensino fundamental, que está inserido na educação básica prevista neste dispositivo, encontra-se o art. 210 da Constituição, que já em seu “caput” previu a fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito a valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. Também em seus incisos há referências ao ensino fundamental no que se refere ao ensino religioso facultativo e ao ensino indígena.

Progressiva universalização do ensino médio gratuito

O inciso II do art. 208 prevê a progressiva universalização do ensino médio gratuito.

Com a nova redação do art. 208, I da Constituição, que define a educação básica como obrigatória e gratuita, não há mais discussão sobre a obrigatoriedade do ensino médio, haja vista que este é abrangido pelo conceito de educação básica.

Uma possível interpretação deste inciso seria no sentido de melhora na qualidade do ensino médio e, assim, estimular o incremento do número de matrículas²⁶.

Entretanto, mesmo antes desta reforma, já se entendia que o ensino médio deveria ser considerado obrigatório, em razão de sua interpretação conjunta com o “caput” deste artigo e do tempo transcorrido desde a promulgação da Constituição, o que demonstrava o transcurso de prazo suficiente para a sua implementação.

Atendimento educacional às pessoas com deficiência

O inciso III determina o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

As escolas devem possuir os recursos necessários para o atendimento de pessoas com deficiência, seja em sua estrutura, seja no preparo de seus docentes e demais trabalhadores. Entende-se que os alunos devem ser inseridos com os demais. Trata-se do conceito de escolas inclusivas²⁷. As escolas não podem recusar a matrícula ou cobrar valores extraordinários de pessoas com deficiência.

Cumpra ainda registrar que a Convenção da ONU sobre pessoas com deficiência foi introduzida no ordenamento constitucional brasileiro, através do procedimento previsto no artigo 5º, §3º da Constituição. A lei que trata sobre o tema é a Lei 13.146/2015 – Estatuto da pessoa com deficiência.

De acordo com o art. 58, § 2º, LDB, o atendimento somente será realizado em escolas especiais ou classes especiais se, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.



Educação infantil

O inciso IV do art. 208 disciplina a educação infantil de crianças até cinco anos de idade, em creches e pré-escolas. Trata-se de nível de ensino necessário ao desenvolvimento integral da criança. Primeira etapa do processo de educação básica.

Há jurisprudência consolidada no sentido de que a implementação da educação infantil é necessária, pois se trata de direito fundamental da criança. Não há discricionariedade estatal neste aspecto, portanto, caso não seja implementada, haverá omissão estatal, sendo possível o controle jurisdicional. Nesse sentido, decisão do STF no Ag Reg no RE.410715 – 2º Turma – Rel. Ministro Celso de Mello.

Educação superior

A educação formal pode ser dividida em educação básica, formada pela educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, e pela educação superior. Também é dever do Estado a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade dos indivíduos, conforme dispõe o inciso V do art. 208.

Caberia ao Estado, por exemplo, manter instituições de ensino superior acessíveis segundo o mérito pessoal do discente. Para o acesso a este nível de ensino será levada em consideração a capacidade de cada um.

Desta forma, diferentemente da educação básica que é obrigatória, a educação superior depende da capacidade de cada um. De acordo com essa informação, poderia ser afirmado que no caso da educação superior não vigora o princípio da universalidade? A resposta a essa questão deve ser negativa.

A melhor interpretação a este dispositivo não deve ser no sentido de que o Estado somente possui um dever de fornecer educação superior para uma elite, formada pelo grupo de pessoas consideradas mais merecedora, em razão da realização de algum concurso, como por exemplo, o vestibular. Tal interpretação reduz a responsabilidade estatal, não leva em consideração as diferentes capacidades dos indivíduos, além de estar em desacordo com o art. 205 da Constituição, que define o direito à educação como um direito de todos.

Assim, uma interpretação mais correta, que afastaria as críticas acima, é no sentido de que o direito à educação superior deve ser ofertado a todos que cheguem a esse nível de ensino, respeitando-se as capacidades de cada um, isto é, devem ser criadas oportunidades de ensino suficientes para que as pessoas possam desenvolver as suas potencialidades, de acordo com as suas características pessoais. Cabe ao Estado, portanto, oferecer oportunidades para que as pessoas que chegarem a este nível e têm interesse de continuar com sua educação formal, possam desenvolver as suas capacidades. Esta efetivação deve ser considerada, ao menos, em um sentido progressivo.

Defender tal posicionamento não significa afirmar que as universidades não possam adotar critérios de selecionamento. Admite-se, por conseguinte, que possam ser utilizados critérios para a escolha dos candidatos. Entretanto, para aqueles que não foram escolhidos, devem ser garantidas outras formas de exercício do direito à educação superior, seja através de



outras unidades públicas de ensino, seja por meio da concessão de programas de bolsa em unidades privadas.

Cumpra destacar que as unidades de ensino possuem autonomia para estipular os critérios seletivos, que não podem, contudo, ofender o Princípio da Igualdade, na delimitação que lhe foi conferida por Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸.

Nos termos do art. 207 da Constituição, as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. O dispositivo citado traz a chamada autonomia universitária. Segundo Nina Ranieri a autonomia não significa independência. A qualidade e a relevância do ensino e da pesquisa produzidas na universidade configuram a essência do limite institucional da autonomia. Os parâmetros constitucionais estabelecem os limites jurídicos²⁹.

Consequentemente, autonomia não é soberania e as universidades devem se submeter a outras disposições constitucionais como, por exemplo, o art. 209 da Constituição que prevê que o ensino é livre à iniciativa privada, mas deve cumprir as normas gerais da educação nacional e haver autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Ainda no tema relacionado ao ensino superior, cabe anotar que, nos termos do § 1º do art. 207 da Constituição, é facultado às universidades a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. Por sua vez, o § 2º do mesmo dispositivo dispõe que este artigo se aplica às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Ensino noturno

O inciso VI do art.208 determina a oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando. Este dispositivo tem por finalidade atender as necessidades de adolescentes, jovens e adultos, que em razão de atividade profissional, ou em virtude de outras circunstâncias, que os impeçam de freqüentar as aulas no período diurno, não tenham os seus estudos prejudicados.

Para reforçar esse dispositivo, está previsto no art. 227, §3º, III, do Capítulo VII, do Título VIII, da Constituição (referente à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso) que é garantido o acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola.

Vale registrar que, nos termos de nossa Constituição, a idade mínima para admissão a trabalho é de quatorze anos, na condição de aprendiz, e de dezesseis anos para os demais trabalhos, sendo proibido o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos (art. 7º, XXXIII c.c. art. 227, §3º, I, CF/88).

Atendimento ao educando por meio de programas suplementares

Este dispositivo disciplina o atendimento do educando inserido na educação básica. Trata-se da criação e manutenção de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.



Tais programas têm por objetivo a configuração da igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola, prevista no art. 206, I, CF/88. Para grande parte dos estudantes brasileiros não basta assegurar o acesso à escola sem a existência desses programas suplementares, pois à falta destes, restaria inviabilizada a frequência escolar.

Divisão de atribuições referentes ao ensino

Antes da conclusão do presente texto, um último tópico é importante, em razão de sua relação direta com as garantias previstas no art. 208 da Constituição, que versam sobre deveres estatais. Trata-se da divisão das atribuições referentes ao ensino às pessoas políticas. Entretanto, cabe ressaltar que somente serão feitas breves observações, conforme dispostas no texto Constitucional.

O artigo 211, “caput” da Constituição estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, seus sistemas de ensino. Vê-se, desta forma, que cada uma dessas pessoas políticas organizará o seu próprio sistema de ensino e que deverão atuar em colaboração, com a finalidade de assegurar a universalização do ensino obrigatório (art. 211, §4º, CF/88).

O §1º do art. 211 prevê as atribuições da União. Dentre elas cumpre destacar que cabe à União organizar o sistema federal de ensino e dos territórios; financiar as instituições de ensino públicas federais e exercer função redistributiva e supletiva para garantir equalização de oportunidades e padrão mínimo de qualidade do ensino.

O §2º do art. 211, por sua vez, traz as atribuições dos Municípios, que deverão atuar, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil.

Por fim, o §3º do 211 enuncia as atribuições dos Estados e do Distrito Federal, que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e médio.

Verifica-se, desta forma, que a obrigação de ofertar o ensino fundamental é solidária entre Estados e Municípios.

De acordo com o professor Motauro, o Município pode ofertar o ensino médio ou superior, mas a sua responsabilidade é subsidiária e condicionada ao pleno e adequado atendimento da demanda pela educação infantil e fundamental, com recursos que ultrapassem o piso de vinculação orçamentária do art. 212, CF/88³⁰.

O mesmo professor entende que o dever dos Estados e da União com relação ao ensino infantil também é subsidiário, porém, neste caso, incondicionado³¹.

Conclusão

Como descrito já na introdução do texto, o presente trabalho teve por intenção analisar o direito à educação pelo prisma de sua efetivação através da positivação de certos deveres estatais sob a forma de garantias constitucionais. Tenta-se, portanto, demonstrar a



fundamentalidade deste direito através da análise de previsões constitucionais criadas para garanti-lo.

O texto busca demonstrar que a preocupação do constituinte com o direito à educação e sua efetivação foi tão grande que nossa Lei Maior trouxe uma série de dispositivos para regulá-lo. A Constituição inseriu o direito à educação em seu rol de direitos fundamentais, o que por si só lhe inclui em uma categoria de especial proteção em nosso ordenamento jurídico, com repercussões em sua efetivação. Não bastasse isso, a Constituição concedeu uma seção para tratar do direito à educação dentro do Título referente à ordem social. Nesta seção, a Constituição, além de definir os sujeitos deste direito, as suas finalidades e os seus princípios; trouxe uma série de deveres ao Estado para a sua efetivação, alguns deles sob a forma de garantias.

Desta forma, o estudo da efetivação do direito à educação passa, necessariamente, pelo estudo das garantias a ele criadas pelo texto constitucional. É importante ressaltar que o presente artigo não teve por finalidade esgotar o tema das garantias ao direito à educação, tampouco pretendeu esgotar as discussões possíveis sobre a efetivação deste importante direito. Aspirou-se, apenas, com este artigo, a retomada da discussão deste assunto tão relevante, contribuindo, ainda que de forma muito singela, para um olhar sobre a sua efetivação, a partir das garantias previstas, o que, dentre outros fatores, torna único o direito à educação.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e a teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra:Almedina, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Educação, Estado e Poder*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, V. S. *Direito Sanitário*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. [Tradução Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2016.



FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 55ªed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

HERKENHOFF, João Batista. *Constituinte e educação*. Petrópolis: Vozes, 1987.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Conteúdo material do direito à educação escolar*. In: LIBERATI, Wilson Donizeti “Org.”. *Direito à educação: uma questão de justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARQUES, Marcio Thadeu Silva. *Sistema de garantia de direitos da infância e da juventude*. In: LIBERATI, Wilson Donizeti “Org.”. *Direito à educação: uma questão de justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Direito Educacional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

NUNES JÚNIOR, V. S.; ARAUJO, L. A. D. .*Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

NUNES JÚNIOR, V. S. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. 1ª. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

_____. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: Editora FTD, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Ed. Coimbra, 2006.

RANIERI, Nina “Coord.”. *Direito à educação*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.



_____. *Direito ao desenvolvimento e direito à educação – relações de realização e tutela.* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 2, n. 6, pp. 124-134.

SARI, Marisa Timm. *A organização da educação nacional.* In: LIBERATI, Wilson Donizeti “Org.”. *Direito à educação: uma questão de justiça.* São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro.* In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica.* Belo Horizonte: Fórum. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Ordenação Constitucional da Cultura.* São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público.* São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *A Intervenção do Estado no Domínio Social.* São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

¹ BARBOSA, Ruy. República: Teoria e Prática (Textos doutrinários sobre os direitos humanos e políticos, consagrados na primeira Constituição da República), pp. 121 e 124. “apud” DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 40ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2017, p. 188.

² DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 40ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2017, p. 188.

³ Idem, *ibidem*, p.189.

⁴ Idem, *ibidem*, p. 190.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 32ªed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017.

⁶ NUNES JR. Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988.* São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 139.

⁷ DURKHEIM, Émile. *Educação e Sociologia.* Ed. Melhoramentos, p. 41. *Apud:* SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Direito Educacional.* São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 09.

⁸ SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Direito Educacional.* São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 09.

⁹ FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa.* 55ªed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 25.

¹⁰ MUNIZ, Regina Maria F. *O direito à educação.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 8/9.

¹¹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988,* p. 63.

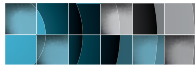
¹²DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 40ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2017, p. 317.

¹³DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 40ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2017, p. 182.

¹⁴*Idem, ibidem,* p. 317.

¹⁵SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Direito Educacional.* São Paulo: Editora Verbatim, 2010, pp. 19/20.

¹⁶NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988,* p. 77.



- ¹⁷SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Direito Educacional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 11.
- ¹⁸NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*, p. 221.
- ¹⁹ SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Direito Educacional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, pp. 22/24.
- ²⁰ Idem, *Ibidem*, p. 19.
- ²¹ ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JR. Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: 2017. Editora Verbatim, p. 595.
- ²² SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Direito Educacional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 32.
- ²³ Idem, *Ibidem*, p. 49/50.
- ²⁴ Idem, *Ibidem*, p. 51.
- ²⁵ Idem, *Ibidem*, p. 73.
- ²⁶ Idem, *Ibidem*, p. 63.
- ²⁷ Idem, *Ibidem*, p. 80.
- ²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ²⁹ RANIERI, Nina. *Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1.988*, Edusp, 1994, p.139. Apud.Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de Direito Constitucional*, p.600.
- ³⁰ SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Direito Educacional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 85.
- ³¹ Idem, *Ibidem*, p. 86.



Algumas considerações sobre litigância estratégica e direito à saúde

Some considerations regarding strategic litigation and the right to health

Daniela Batalha Trettel

Defensora Pública do Estado de São Paulo
dtrettel@defensoria.sp.def.br

Gustavo Samuel Silva Santos

Defensor Público do Estado de São Paulo
gssantos@defensoria.sp.def.br

Resumo

A judicialização do direito à saúde sempre foi um tema que gerou intensos debates. No atual contexto econômico, permeado por uma crise financeira e um visível movimento de desmonte dos direitos sociais, a atuação estratégica dos defensores públicos é fundamental para a garantia dos direitos dos assistidos e da continuidade da política pública de acesso universal e integral aos serviços de saúde. Assim, no presente artigo, elucida-se como se deu o processo de afirmação histórica do direito à saúde e a organização constitucional do SUS, traça-se um diagnóstico do acesso a medicamentos e outros insumos de saúde via Poder Judiciário, assim como indica-se elementos essenciais para a atuação da Defensoria Pública no tema.

Palavras-chave: Saúde. Litigância estratégica. Defensoria Pública.

Abstract

The judicialization of the right to health has always generated intense debate. In the present economic context, permeated by a financial crisis and a visible movement of dismantling of social rights, a strategic action of the public defenders is fundamental for the guarantee of the rights of the assisted ones and of the continuity of the public policy of universal and integral access to the health services. Thus, in this article, the historical affirmation of the right to health process and the constitutional organization of the SUS are elucidated, a diagnosis of the access to medicines and other health supplies through the Judiciary is offered, and essential elements for an update of the Public Defender's Office in the theme are indicated.

Keywords: Health. Strategic litigation. Public Defender's Office.



Sobre o atual contexto sociopolítico brasileiro

Acreditar que o processo judiciário envolve apenas interpretação arrojada da legislação, o comparativo com jurisprudências sobre o tema e o embate doutrinário é atitude demasiadamente ingênua.

É imprescindível ter noção dos contextos social, orçamentário, econômico e político em que se está inserido, já que tudo isso tem impacto, direta ou indiretamente, na forma como o Poder Judiciário pode encarar o problema sobre o qual lhe é exigida uma resposta.

O mundo inteiro, em especial após 2008, tem sofrido as consequências da mais recente crise financeira. O exemplo mais trágico é o da Grécia, que passou a ter uma dívida de 177% sobre o próprio PIB (Produto Interno Bruto). As respostas escolhidas para a superação do problema foram duras medidas de austeridade, que atingiram, em especial, o sistema previdenciário do país¹.

No Brasil, a resposta política à crise econômica envolve um pacote de reformas que atingem direitos sociais consolidados pela Constituição Federal de 1988. Para o tema sobre o qual nos debruçamos nesse artigo, a reforma mais importante é a Emenda Constitucional 95/2016, que ao instituir um novo regime fiscal limitou significativamente a possibilidade de investimentos públicos nos próximos vinte anos.

De acordo com o artigo 110, inciso II, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Brasileira (ADCT), inserido na Carta Constitucional pela referida Emenda Constitucional 95/2016, os gastos em saúde não poderão ser corrigidos além da variação da inflação descrita pelo IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo).

Rossi e Dweck² apontam que, na prática, com a Emenda Constitucional, haverá uma redução drástica do tamanho do Estado e não apenas um mero rearranjo fiscal, já que não se contabiliza, com a normativa, o crescimento da população e da demanda por serviços de educação e saúde.

A possibilidade da limitação drástica no orçamento da saúde fez, inclusive, o Conselho Nacional de Saúde recomendar que os órgãos legitimados propusessem uma Ação Direita de Inconstitucionalidade contra a emenda³:

Para o CNS, a recomendação é necessária uma vez que a regra imposta pela Emenda implica um “retrocesso de recursos para o setor saúde nos próximos 20 anos” e causa perda de R\$ 415 bilhões para o Sistema Único de Saúde (SUS), segundo projeção de estudos do Grupo Técnico Interinstitucional de Discussão sobre o Financiamento do SUS. O documento destaca também posição da Procuradoria Geral da República, de setembro de 2016, que propõe ação direta de inconstitucionalidade contra os artigos 2º e 3º da EC 86/2015, a Emenda do Orçamento Impositivo, por violação dos direitos à vida e à saúde, afronta ao princípio da vedação de retrocesso social e contrariedade ao princípio da proporcionalidade (leia a ADI 5595) e a rejeição da população à PEC 55.

Não é possível sustentar que mudanças tão trágicas no financiamento dos serviços da saúde não provocarão, no mínimo, discussões no âmbito judicial sobre as demandas



relacionadas ao direito à saúde, em especial com os instrumentos mais amplos de resolução de conflitos em massa previstos no Código de Processo Civil de 2015, como o Incidente de Resoluções Repetitivas e o Recurso Especial Repetitivo.

Aliás, o tema 106 dos Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça (STJ), com a afetação do Recurso Especial 1.657.156/RJ, já demonstra que o Poder Judiciário não se furtará à participação intensa nesse debate. No caso citado, discute-se se é possível exigir dos entes federativos o fornecimento gratuito de medicamento não incorporados ao Sistema Único de Saúde (SUS) em sua lista de medicamentos de fornecimento obrigatório⁴ ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) do Ministério da Saúde⁵. Decidindo-se na forma requerida pelos entes federativos, ainda que haja prescrição médica de um determinado medicamento, caso o mesmo não esteja previsto nas políticas de distribuição do SUS, o ente federativo não terá qualquer obrigação de fornecimento do tratamento, uma mudança sensível na universalidade e integralidade do SUS.

Cabe observar que a não previsão de um medicamento ou procedimento em protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde, ou em lista de medicamentos de fornecimento obrigatório pelo SUS, pode decorrer de diversos fatores, entre eles a demora na atualização dos referidos protocolos e listas, a prevalência de critérios econômicos sobre critérios médicos na análise da incorporação, a inexistência de protocolo para tratamento de determinada patologia – em especial as doenças raras – ou o desinteresse do laboratório farmacêutico em introduzir a medicação no mercado brasileiro através de seu registro – apesar de prova de sua efetividade e de haver registro e prescrição em outros países.

Nesse contexto, a litigância estratégica é arma indispensável para se garantir o acesso à saúde dos brasileiros, em especial da população mais vulnerável. A Defensoria Pública, por sua vez, tem responsabilidade ainda maior nesse cenário.

O caminho histórico da saúde enquanto direito

O direito à saúde é reconhecido como tal desde quando? Como o Brasil chegou ao atual modelo de atenção pública à saúde? Trata-se de modelo consolidado?

José Afonso da Silva aponta os primórdios do reconhecimento do direito à saúde nas Constituições dos Estados, notadamente na Itália e em Portugal:

Cremos que foi a Constituição italiana a primeira a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade (art. 32). Depois, a Constituição portuguesa lhe deu uma formulação universal mais precisa (art. 64), melhor do que a espanhola (art. 43) e da Guatemala (arts. 93-100).⁶

Em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos, no seu artigo 25, elencou a saúde como direito humano, envolvendo-o a outros direitos identificados com a seguridade social, como a previdência e a assistência social.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais aduz o seguinte sobre o direito à saúde:



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. 2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

No Brasil, somente com a redemocratização e a Constituição Federal de 1988 se estabelece a saúde como direito fundamental, sendo que até então era garantida apenas para os beneficiários da previdência social. Antes de 1988, o atendimento universal no serviço público de saúde se dava em pronto atendimentos e campanhas de vacinação⁷. Nos demais casos, somente aqueles que eram segurados pela previdência social (trabalho com registro em carteira ou pertencimento a categorias do funcionalismo público) podiam ser atendidos pelo sistema de saúde público, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), ou pelas repartições de saúde das caixas assistenciais ligadas a categorias profissionais.

A constitucionalização e universalização da saúde na Constituição Cidadã é fruto, em especial, da 8ª Conferência Nacional de Saúde, um marco na luta por uma reforma sanitária. As premissas do Sistema Único de Saúde são resultado de intensa mobilização social, cujos pleitos tiveram seu ápice e primeira grande sistematização no bojo da referida 8ª Conferência, ocorrida em 1986⁸. Como aponta o núcleo de estudos em Saúde Pública da UNB⁹:

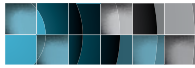
A 8ª Conferência Nacional da Saúde, realizada em março de 1986, é considerada um marco na história das conferências. Foi a primeira Conferência Nacional da Saúde aberta à sociedade e resultou na implantação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), um convênio entre o INAMPS e os governos estaduais, mas o mais importante foi ter formado as bases para a seção “Da Saúde” da Constituição Brasileira de 5 de outubro de 1988. Além disso, desempenhou um importante papel na propagação do movimento da Reforma Sanitária.

A estruturação da saúde pública universal no Brasil, portanto, é recente e ainda está em processo de implantação. O golpe sofrido com a aprovação da Emenda Constitucional 95/2016 traz consigo o forte risco de dismantelamento de uma estrutura em gestação, cujas bases ainda exigem reforço.

O Sistema Único de Saúde

Na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde é regulado a partir do artigo 196, que estabelece ser direito de todos e dever do Estado promover ações sociais e econômicas que reduzam os riscos de doença e o acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O direito à saúde, portanto, envolve muito mais do que a mera dispensação de tratamentos para enfermos, mas políticas públicas de prevenção, educação, intervenção nas atividades econômicas, proteção ao meio ambiente etc.



O conceito constitucional é adequado, assim, ao da própria Organização Mundial de Saúde (OMS), segundo a qual a saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”, que por sua vez demonstra que, no embate de pensadores sobre o conceito de saúde, prevaleceu a visão holística e coletiva, que considera a saúde como bem individual, mas também como elemento fundante da vida em sociedade:

Na definição adotada pela OMS, nota-se a prevalência do conceito de saúde que prestigia a interação do ser humano com o ambiente externo. Reconhece-se que o direito à saúde abarca uma série de condições socioeconômicas, como a alimentação, o saneamento e a habitação¹⁰.

Na discussão sobre a abrangência do conceito de saúde da OMS, de certa forma incorporado pela Constituição de 1988, houve e ainda há críticas à definição de saúde adotada pela OMS, por conta de sua abrangência e proximidade ao próprio conceito de felicidade. O “completo bem-estar” seria intangível. Na mesma esteira, a discussão sobre a aplicação dos ditames constitucionais sobre o direito à saúde: a universalidade e a integralidade da saúde seriam passíveis de efetivação?

Como afirma Sueli Dallari sobre o conceito da OMS de saúde, embora a angústia dos sanitaristas que criticam a definição possa ser entendida, “qualquer redução na definição desse objeto o deformará irremediavelmente”. Nesse ponto, a autora cita o pesquisador francês Christophe Dejours, que, ao analisar a definição da OMS, conclui que o estado de bem-estar completo não existe, devendo a saúde ser entendida como a sua busca constante¹¹.

Assim também podem e devem ser lidos os ditames constitucionais sobre a saúde: obviamente o Estado não tem como garantir que todo e qualquer cidadão gozará de plena saúde, mas é seu papel atuar para que os indivíduos possam desenvolver as suas potencialidades, não sendo a falta de acesso aos serviços de saúde um elemento impeditivo para tanto.

A previsão da criação do SUS e de sua estruturação com forte viés social e coletivo, entretanto, não impediu a previsão dos artigos 197 e 199 no texto Constitucional, que permitem a exploração privada de serviços de saúde, limitada, no entanto, aos regulamentos do poder público.

A presença na Constituição de previsões dicotômicas – ao mesmo tempo em que se inaugura um sistema público universal de saúde prevê-se a participação da iniciativa privada na rede pública e, mais profundamente, avaliza-se a atuação de operadoras de planos de saúde – bem reflete as forças antagônicas que estiveram presentes no debate, durante a constituinte, sobre o modelo de saúde que o Brasil deseja. Tais forças atuaram em toda a estruturação do SUS, e ainda atuam.

Não à toa, desde que o SUS foi gestado, assiste-se a um movimento constante de investimento e desinvestimento no modelo público e universal de prestação de serviços de saúde, ao mesmo tempo em que a rede do SUS continua sendo dependente da iniciativa privada – a grande maioria dos hospitais que servem ao SUS são privados, filantrópicos ou não – e as operadoras de planos de saúde recebem fortes subsídios públicos, diretos ou indiretos, para estímulo ao seu modelo de negócio¹².



A prestação pública de saúde, conforme o art. 198 da Constituição Federal, dá-se através de um sistema (através de ações coordenadas entre os diversos entes federativos, em uma rede hierarquizada e regionalizada) único (com a mesma filosofia de atuação em todo o território nacional).

A lei 8.080\90, em seu art. 7º, detalha os princípios do Sistema Único de Saúde, dos quais se destacam os previstos nos incisos I, II e VIII, quais sejam, a universalização, a integralidade do atendimento e a participação popular:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

[...]

VIII - participação da comunidade;

A organização do sistema, entretanto, existe para garantir que todos tenham acesso à saúde na forma mais eficaz possível, não podendo ser arguida para isentar um ente de sua responsabilidade na garantia do acesso universal e integral de um cidadão à saúde.

Assim, tendo em vista que o artigo 196 da Constituição Federal traz que a responsabilidade pela saúde é do Estado como um todo, e não de um ou outro ente federativo, é pacífico o entendimento que a prestação de saúde é obrigação solidária entre eles:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO. NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. HIPOSSUFICIÊNCIA. SÚMULA 279/STF. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido também está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes. 3. A controvérsia relativa à hipossuficiência da parte ora agravada demandaria a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é viável em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 894085 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 16-02-2016 PUBLIC 17-02-2016)

Eventuais distorções provocadas no sistema pela prestação de saúde por um órgão quando o planejamento era de execução por outro devem ser resolvidas por mecanismos de compensação, já que a organização em sistema é meio e não fim da prestação em saúde.



Estado de coisas inconstitucional da saúde pública brasileira

Apesar das conquistas legislativas, é notório o caos na saúde pública brasileira, não sendo absurdo apontar que se vive atualmente em um estado de coisas inconstitucional.

A declaração de estado de coisas inconstitucional ocorre quando se constata violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais, como se verificou, por exemplo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) constatou que o sistema penitenciário brasileiro produz violações constantes aos direitos dos presos.

A procuradora do Ministério Público do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Élida Graziane Pinto, sustenta o estado inconstitucional de coisas na saúde brasileira. Ela aponta o descumprimento e a fragilização das garantias procedimentais que amparam o direito à saúde na Constituição Federal. Identifica duas causas sensíveis para o atual cenário: a regressão da participação da União no custeio da saúde, em especial com as emendas constitucionais 29, 86 e 95, e a falta de um modelo claro e seguro de distribuição do custeio e responsabilização da saúde¹³.

Um dos sintomas das falhas no sistema é a judicialização em massa de demandas da saúde. O fracasso no planejamento e financiamento de uma política pública de saúde produz a necessidade de se buscar no Poder Judiciário a solução para os riscos à saúde em sua dimensão individual, em especial pela urgência na sua solução na preservação da própria vida.

Litigância estratégica em Saúde

A judicialização em massa provoca a reação do poder público, que mais do que simplesmente contestar individualmente cada ação, busca criar meios para evitar que o próprio tema seja objeto de apreciação do Judiciário.

Os principais argumentos levantados pelos entes federativos diante da judicialização de direitos sociais foram a necessidade de disponibilidade de recursos, uma vez que se exigiam direitos prestacionais, a não exigibilidade imediata dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas sua realização de forma progressiva, a separação de poderes e a reserva do possível.

A jurisprudência brasileira, entretanto, rejeita esses argumentos. Aponta-se que o Poder Judiciário pode sim julgar essa demanda sem violar a separação dos poderes, já que é sua função precípua analisar violação de direitos, seja por ação, seja por omissão. Ainda, que a Constituição Federal não faz promessas vazias, assim, ao consagrar o direito à saúde, não permite que o Estado se omita em garanti-lo. Ademais, as questões ligadas à saúde estão ligadas ao direito à vida, extrapolando a divisão de gerações de direitos. Por fim, a reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial e tampouco ser alegada de forma genérica, em especial quando recursos públicos são alocados em áreas menos sensíveis que a saúde.

Entretanto, o CNJ, com a recomendação 31, apontou algumas diretrizes para a racionalização das demandas por tratamentos individuais de saúde a serem adotadas pelos



Tribunais de justiça estaduais e regionais federais, como ouvir gestores, fazer convênios com equipes técnicas, evitar fornecer medicamentos não registrados pela ANVISA etc..

Uma recomendação para a qual defensores públicos e advogados devem se atentar é a b.1 do primeiro inciso, segundo a qual o magistrado deve instruir as ações com relatórios médicos, com a descrição da doença, inclusive Classificação Internacional de Doenças (CID), contendo a prescrição do medicamento, sua denominação genérica ou princípio ativo, com posologia exata.

Assim, a simples juntada de receita médica para instruir uma ação judicial não é suficiente. Cabe ao Defensor providenciar o pensamento de relatório médico, do qual constem detalhes sobre a doença, os tratamentos já realizados, os objetivos do tratamento e, em especial, a razão da não utilização do tratamento proposto pelo SUS.

Com essas informações, o Poder Judiciário não terá problema em auferir que não se trata de mero capricho do usuário, mas forma essencial de garantir da própria vida, ante a omissão do poder público em prestar os serviços que se obrigou em suas próprias políticas públicas, ou na inefetividade do que se formulou abstratamente para o caso em questão.

Conforme apontado anteriormente, com o julgamento do REsp 1.657.156/RJ, há o risco de que o Estado não seja mais obrigado a fornecer tratamento não previsto anteriormente pelo SUS, sendo essencial, em especial nesse momento, que o fornecimento de tratamentos não previstos nos protocolos SUS não sejam entendidos como mero capricho ou *lobby* da indústria farmacêutica para ampliar seu mercado consumidor.

Ainda, é estratégico que, em especial, a Defensoria Pública, organize-se para conhecer as principais demandas e deficiências da saúde pública nas regiões em que atua, para que possa enfrentar o problema de forma coletiva.

O papel do Defensor público é muito maior que o de mero ajuizador de ações individuais. Deve estar integrado à comunidade e conhecer, por exemplo, eventuais causas ambientais para uma doença comum em sua cidade ou, ao invés de simplesmente demandar pelo custeio de uma cirurgia, verificar as razões dela não ser ofertada a contento pelo SUS.

A atuação efetiva e consistente das Defensorias Públicas na judicialização da saúde é um elemento fundamental para demonstrar que, ao contrário do que muitos sustentam, o acesso a medicamentos e procedimentos via Poder Judiciário não é pauta exclusiva da classe média, mas também uma forma efetiva de distribuição de justiça aos mais necessitados e de indução de políticas públicas¹⁴. O acesso à justiça permitido com o desenvolvimento, ainda que insuficiente, das Defensorias Públicas estaduais nas últimas duas décadas, é evidente. Só na capital de São Paulo, em 2016, foram mais de vinte e três mil processos solicitando dispensação de medicamentos contra a fazenda pública estadual¹⁵.

Ação que merece destaque é a busca por solução extrajudicial de conflitos na saúde. A experiência em Cantagalo-RJ, finalista do prêmio Innovare, mostrou que é possível reduzir a judicialização da saúde com diálogo com a secretaria municipal de saúde¹⁶.



O Núcleo de Saúde da Defensoria Pública de Alagoas também estabeleceu meios extrajudiciais de solução de conflitos e conseguiu, no primeiro trimestre de 2017, sucesso em 60 por cento dos casos¹⁷.

Em São Paulo, desde fevereiro de 2017, existe o Acesso SUS, um programa entre a Defensoria Pública, o Ministério Público, o Tribunal de Justiça e a Secretaria Estadual de Saúde que estabelece um protocolo de fluxos de serviços de triagem e orientação farmacêutica, nutricional e correlatos pelo SUS e seus reflexos no sistema de justiça.

Os dados obtidos são animadores, embora não possam ainda ser tidos como uma solução definitiva do problema: dos cento e cinquenta e três casos provocados pela Defensoria Pública em maio de 2017, cinquenta e seis foram reinseridos no SUS, isto é, com a concordância do usuário, a prescrição do tratamento passou a ser conforme os protocolos do SUS, quinze foram indeferidos e quatorze foram disponibilizados. Os demais, ou ainda não havia resposta, ou não foram avaliados, por envolverem demandas de medicamentos importados ou manipulados.

Tem-se, portanto, que o Direito à saúde universal e integral foi conquistado após intenso embate popular, em especial com a 8ª Conferência Nacional de Saúde. Sua aplicação a contento, entretanto, também exige luta organizada da população.

A Defensoria Pública, muito mais do que promover assistência judiciária gratuita, deve ser instrumento de promoção dos direitos humanos, atuando de forma estratégica, diversificada e criativa, para garantir que se efetive o direito à saúde.

Bibliografia

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, nº 1, 1988, p. 57-63.

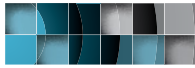
GRAZIANE, Élida. Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira. In: **Futuros do Brasil: ideias para ação. Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz**. Disponível em: http://www.cee.fiocruz.br/sites/default/files/Artigo_Elida_Graziane.pdf. Acesso em: 14 fev.2018.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: promessas e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do Novo Regime Fiscal na saúde e educação. In: **Cadernos de Saúde Pública**, 2016; 32 (12):e00194316. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n12/1678-4464-csp-32-12-e00194316.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 253, p. 79-115, 2010.



TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. São Paulo: Verbatim, 2010.

TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de Saúde e Envelhecimento Populacional: um modelo viável?** 2015. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

1 Entenda a crise na Grécia. In: **Empresa Brasil de Comunicação (EBC)**. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2015/07/entenda-crise-na-grecia>. Acesso em: 5 fev. 2018.

2 Impactos do Novo Regime Fiscal na saúde e educação. In: **Cadernos de Saúde Pública**, 2016; 32 (12):e00194316. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n12/1678-4464-csp-32-12-e00194316.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2018.

3 Disponível em:

<http://www.analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/?id=c792dffa85e58e9c5f469b490d0a153&pg=1>. Acesso em: 5 fev. 2018.

4 Portaria do Ministério da Saúde 2.982/2009.

⁵ Sobre o tema:

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Obrigatoriedade-de-fornecimento-de-medicamentos-n%C3%A3o-contemplados-em-lista-do-SUS-%C3%A9-tema-de-repetitivo.

6 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 309.

⁷ Tal fato, aliado à demora na marcação de consultas de rotina na atenção básica à saúde, ajudam a explicar que, até hoje, há uma cultura popular de busca dos atendimentos em pronto-socorro em qualquer circunstância, mesmo em situações que não caracterizam urgências ou emergências. Por muito tempo, essa, ou as instituições de caridade, foram as únicas portas de acesso a atendimento gratuito de saúde às camadas mais pobres da população.

⁸ Sobre o tema, v. RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: promessas e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

9 <http://www.nesp.unb.br/mobilizasaude/?p=412>

¹⁰ In: TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. São Paulo: Verbatim, 2010.

¹¹ DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, nº 1, 1988, p. 57-63.

¹² Sobre o tema, v. TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de Saúde e Envelhecimento Populacional: um modelo viável?** 2015. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, capítulo 1. Disponível em: file:///C:/Users/dtrettel/Downloads/Tese_Daniela_Batalha_Trettel.pdf. Acesso em: 19 fev. 2018.

¹³ Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira. In: Futuros do Brasil: ideias para ação. **Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz**. Disponível em: http://www.cee.fiocruz.br/sites/default/files/Artigo_Elida_Graziane.pdf. Acesso em: 14 fev. 2018.

¹⁴ Entre os que criticam a judicialização, entendendo-a como meio ineficaz para acesso dos pobres a medicamentos, v. TERRAZAS, Fernanda Vargas. O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 253, p. 79-115, 2010.

15 <http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=38743>

16 <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81354-defensoria-publica-reduz-em-30-aco-es-judiciais-de-saude-em-cantagalo-rj>

17 http://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2017/05/defensoria-publica-de-al-comemora-resolucao-de-casos-extrajudiciais-_32904.php.



A reforma previdenciária e a proibição de retrocesso dos direitos econômicos, sociais e culturais

The “social securit law reform” and the prohibition of backwards off economic, social and cultural rights

Marcus Vinicius Ribeiro

Defensor Público do Estado de São Paulo

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP

mribeiro@defensoria.sp.def.br

Resumo

Este texto procura motivar discussões e questionamentos sobre a recente tentativa de reforma da previdência social brasileira levando em consideração a proibição de retrocesso dos direitos econômicos, sociais e culturais. Após breves observações sobre os direitos humanos, desde seu conceito, classificação e evolução histórica, os tratados do sistema global e do sistema interamericano que versam sobre o assunto serão contextualizados. Outrossim, serão explicitados os princípios dos tratados referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais e também serão trazidos conceitos e definições de direito previdenciário para que, ao final, sejam feitas considerações críticas em relação ao tema tratado, com uma breve síntese conclusiva.

Palavras-chave: Direitos econômicos, sociais e culturais; “reforma da previdência”; proibição de retrocesso dos direitos humanos.

Abstract

This paper tries to motivate the discussion and questions about the Social Security Reform and the prohibition of retrocession of economic, social and cultural rights. After brief consideration of human rights, from its concept, classification and historical evolution, the treaties dealing with economic, social and cultural rights and their principles will be contextualized. Definitions of social security law will also be brought in to do considerations about social securit reform and arrive at a conclusive synthesis.

Keywords: *Economic, social and cultural rights; "social securit law reform"; prohibition of retrocession of human rights.*



Introdução

O Estado possui funções jurídicas e sociais. As funções jurídicas são exercidas na elaboração das normas legais, na defesa da ordem pública, na distribuição da justiça e na defesa da nação. Por sua vez, as funções sociais consistem em melhorar as condições de vida dos indivíduos, além de promover a civilização e o avanço cultural da coletividade. Deste modo, o Estado tem um verdadeiro e especial papel de proteger e promover os direitos sociais. Aliás, sua própria existência se justifica com esta finalidade de organizar a vida em sociedade e melhorar as condições de vida das pessoas.

Está em curso, no Brasil, uma tentativa de mudança do modelo de sociedade definido em nossa Carta Magna de 1988, substituindo o Estado Democrático e Social de Direito pelo Estado Mínimo. Sob uma aparência mais “chique” e moderna, as ideias mais arcaicas do patronato liberal vêm sendo defendidas radicalmente, com retrocessos de vários direitos sociais, que foram lentamente conquistados pela população no decorrer dos tempos.

Neste contexto, surgem a “Reforma Trabalhista”, com supressão de direitos dos trabalhadores, a emenda constitucional que fixou limite para os gastos primários (inclusive sociais) até o ano de 2036, a ampliação da Desvinculação de Receitas da União, inclusive de áreas sociais e, agora, a “Reforma da Previdência”.

Nota-se propaganda governamental agressiva e falaciosa em que tenta passar a falsa ideia para a população de que a reforma só irá combater privilégios e não atingirá os mais pobres. A mídia tenta impor um “pensamento único”, normalmente repetindo o termo “reformas necessárias” tentando passar para a “ideia-chave”, inclusive subliminarmente, de que não existe outra alternativa e que bastam tais mudanças para que a economia do país melhore. Além dito, o “discurso do medo” impera. Fala-se que “vai faltar dinheiro para pagar os aposentados se não reformar”. Tenta-se “jogar uns contra os outros” para desunir a resistência da população às mudanças: aposentados x trabalhadores da ativa; funcionários públicos x contribuintes da iniciativa privada; funcionários públicos ingressantes antes de 2003 x os outros funcionários etc.

O governo aproveita sua baixa aprovação popular para impor a dita “reforma”, sem a devida discussão e amadurecimento das pretendidas alterações, colocando-as como uma “exigência do mercado financeiro”. Acena, inclusive, com acatamento de emendas parlamentares e liberação de recursos para os entes federativos em troca da rápida aprovação da emenda constitucional pretendida. Representantes do governo federal afirmam, abertamente, que os Governadores que conseguirem votos de deputados de seus estados a favor da reforma terão facilitadas a liberação de recursos dos bancos públicos. Gasta-se uma quantia enorme com publicidade e propaganda nos veículos de comunicação. Com efeito, em novembro de 2017 o Congresso Nacional autorizou um repasse de R\$ 99.000.000,00 (noventa e nove milhões de reais) para propaganda da “Reforma da Previdência”. Estes valores gastos para tentar aprovar a “reforma” estão sendo considerados nos cálculos oficiais? Foi feito um cálculo sério levando em consideração a saída destes recursos e, independentemente do retrocesso social, quanto que seria “economizado” do ponto de vista meramente econômico? Será que não seria melhor gastar este dinheiro com os próprios direitos sociais que tentam suprimir?



Paralelamente, as instituições financeiras preconizam sobre os benefícios e a necessidade de planos de previdência privada. Chegam a anunciar nos mesmos meios de comunicação que defendem as alterações mencionadas, muitas vezes baseados em comentários de economistas ligados ao próprio mercado financeiro ou por jornalistas, que reproduzem dizeres da linha editorial dos respectivos veículos de informação, de “releases”, ou mesmo as informações que obtiveram com os ditos “especialistas da área”. Aliás, apenas pelo fato da Reforma da Previdência entrar na pauta do governo, a procura pelos planos de previdência privada aumentou significativamente. Cogita-se em mais de 40% de aumento nesta procura.

Ainda não se sabe como ficará a versão final desta “reforma da previdência”, nem mesmo se, e quando, será aprovada. De qualquer forma, é possível identificar que, em linhas gerais, os principais pilares das alterações pretendidas são: a fixação de idade mínima para a aposentadoria, o fim do tratamento especial do trabalhador rural, a diminuição progressiva (até atingir a completa eliminação) da aposentadoria antecipada das mulheres e a nivelção da aposentadoria do setor público com a do setor privado (para pior).

Desconsidera-se que a mulher entrou mais tardiamente no mercado de trabalho, muitas vezes em condições mais adversas do que as dos homens e com dupla jornada, conciliando o labor profissional com tarefas maternas e domésticas. Outrossim, é ignorada a desigualdade das condições do trabalho rural com o urbano, em que o trabalhador rural, geralmente, começa a trabalhar mais cedo e de maneira informal, o que implica, inclusive, na dificuldade de comprovação da quantidade de tempo que trabalhou.

Os funcionários públicos são estigmatizados como uma “casta privilegiada” e tenta-se passar a falsa ideia para a população que seu regime especial é o único e principal culpado pelo “deficit” previdenciário. Chega-se a pregar, falaciosamente, que apenas os servidores públicos (e os que ganham mais) é que serão atingidos com a reforma para que todos os outros possam continuar recebendo sua aposentadoria. Porém, ao invés de melhorar as condições previdenciárias do trabalhador privado, procura-se “nivelar por baixo”, piorando as condições de todos.

A idade mínima pretendida (65 anos) é similar à dos países mais desenvolvidos, com maior população de idosos e melhores condições de vida (e de trabalho). Não são consideradas, nem mesmo, as desigualdades regionais, em que a população de certas partes do país possui expectativa de vida, senão igual, próxima à idade mínima para aposentadoria pretendida, ou seja, muitos não vão se aposentar nunca. Com efeito, segundo o próprio IBGE, atualmente a expectativa de vida, ao nascer, no estado do Maranhão é de cerca de 69 anos; hoje, em Alagoas, para os homens, é de 65,8 anos.¹

Pois bem, este texto pretende trazer breves considerações sobre o que está realmente em discussão, além de questionar a quem, de fato, interessa esta “reforma”. Não se tem a pretensão de trazer uma solução simples para uma questão complexa. Além disto, nem mesmo é sabido como ficará a versão final desta reforma. De qualquer forma, é importante colocar o assunto em pauta, com questionamentos críticos e sob enfoque da proibição de retrocesso dos direitos econômicos, sociais e culturais.



Para o desenvolvimento do tema, inicialmente serão feitas observações gerais sobre os direitos humanos. Em seguida, passa-se ao contexto das previsões dos direitos econômicos, sociais e culturais, além da abordagem de seus princípios. A seguir, serão apresentados breves conceitos de direito previdenciário e a desmistificação dos argumentos oficiais para que, ao final, sejam trazidas as principais conclusões do estudo proposto. O artigo foi escrito em dezembro de 2017, segundo as informações e situação da época.

O Direito, aqui, é abordado como um fenômeno histórico, que se modifica conforme as forças que atuam sobre ele, vez que foi a forma encontrada pelo homem, no decorrer dos tempos, para a organização da vida em sociedade.

Optou-se por um estudo bibliográfico de literatura nacional e estrangeira e não será feito um exame aprofundado dos números das receitas e das despesas, seja porque eles não são totalmente conhecidos (ou são controversos), mas, principalmente, porque demandaria maior aprofundamento técnico-contábil e fugiria do estudo aqui proposto. Pretende-se, tão-somente, colocar o assunto abordado em discussão, sob a ótica de proteção dos direitos sociais.

Direitos Humanos

O homem deve ser considerado o mais importante de todos os valores a serem protegidos pelo Direito. Aliás, Direito e Estado só existem para ele e em função dele. Dessa concepção é que nasceu a ideia de pessoa: "A pessoa é o valor-fonte de todos os valores" (REALE, 1990, p.211).

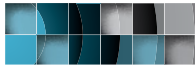
A dignidade é uma qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e "certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim deveriam) em meta permanente da humanidade e do Estado de Direito" (SARLET, 2001, p. 27).

O ser humano não pode ser considerado como um número ou mero objeto de estatística, com a desconsideração de sua condição de pessoa com emoções, expectativas e necessidades para sua qualidade de vida.

Direitos humanos é uma expressão vaga e difícil de ser definida. Mas, mais importante do que a definição em si é sua ideia, até porque os conceitos trazidos, geralmente, são tautológicos ou redundantes, tais como: "direitos humanos são os que cabem ao homem enquanto homem"; "são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer a todos os homens" etc. Desta forma, o que deve ficar claro é que o homem, enquanto ser humano, possui certos direitos elementares que devem ser respeitados por todos e garantidos pelo Estado. Ninguém, nem mesmo o Estado - e principalmente ele, que existe para garantir o bem-estar dos indivíduos - pode violá-los. Todos os homens são titulares destes direitos inalienáveis (BOBBIO, 1992, p. 17).

Ser contra direitos humanos é ser contra os direitos do ser humano e a favor da opressão dele por parte de quem exerce o poder estatal. É acreditar no ser humano como mero objeto e não como o "valor fonte" de todos os direitos.

CANOTILHO (1993, p. 517) identifica que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais são frequentemente usadas como sinônimas. Mas, segundo sua origem e o



respectivo significado, podem ser diferenciadas pelo fato dos direitos humanos serem direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (*dimensão jusnaturalista-universalista*), enquanto os direitos fundamentais são os direitos do homem, '*jurídico-institucionalmente*' garantidos e limitados '*espaço-temporalmente*'.

Desse modo, direitos humanos e direitos fundamentais se referem à mesma gama de direitos, mas a primeira expressão está ligada a um aspecto filosófico (e de direito natural), enquanto que a última à previsão constitucional deles.

CASSIN (*apud* CAMPOS, 1991, p. 53) definiu a ciência dos direitos humanos como um ramo particular das ciências sociais, que tem por objetivo estudar as relações entre os homens em função da dignidade humana, determinando os direitos e faculdades necessárias para o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

O reconhecimento dos direitos humanos não se deu através de doutrinas ou teorias, mas com conquistas sociais, que se afirmaram através de lutas e revoluções, no decorrer dos tempos, promovidas por diversas gerações de oprimidos e excluídos e, a cada momento, foram sendo reivindicadas proteções mínimas de níveis de igualdade, democracia e existência digna, como condição para a sobrevivência pacífica.

Parte da doutrina divide os direitos humanos em gerações (ou dimensões). Em um primeiro momento, surgiram os chamados *direitos humanos de primeira geração (ou dimensão)*, ligados à ideia das liberdades do indivíduo, ou seja, a possibilidade de viver sem interferência dos detentores do Poder estatal. O Estado tinha uma obrigação meramente negativa, ou seja, não poderia interferir na vida pessoal do indivíduo para impedir que ele fosse atingido em seus direitos mais elementares como o direito à vida, à propriedade, à intimidade, à vida privada, à igualdade, à liberdade de expressão, à dignidade, etc.

Posteriormente, foi percebido que não bastava evitar que o Estado ofendesse as liberdades do indivíduo, ele deveria agir para proporcionar níveis mínimos de subsistência digna, além de evitar que as pessoas ofendessem umas às outras. Surgiram, então, os chamados *direitos humanos de segunda geração (ou dimensão)*, que contemplam uma conduta positiva por parte do Estado. Assim, passou-se a exigir ação do Poder Público. São estes os chamados direitos sociais, protegidos por um Estado que se convencionou chamar de "Estado de Bem-estar" - (*Welfare State*).

Por seu turno, os *direitos humanos de terceira geração (ou dimensão)* contemplam a proteção dos chamados interesses difusos ou coletivos, ou seja, não visam a proteger isoladamente um indivíduo, mas uma coletividade de indivíduos postos na mesma situação jurídica. São direitos desta espécie: o direito de viver em um ambiente não poluído, respeito ao patrimônio histórico e cultural, garantias ao consumidor, etc. Esta necessidade de proteção ocorreu porque a proteção isolada do indivíduo passou a não ser mais suficiente, vez que determinados feitos, ao mesmo tempo, ofendem grande quantidade de pessoas, determinável ou indeterminável.

Cogita-se em uma quarta modalidade de direitos humanos, que estaria ligada à ideia de manipulação do patrimônio genético do indivíduo, à bioética e ao biodireito, devido aos efeitos, cada vez mais traumáticos, da pesquisa biológica com produção de alimentos transgênicos,



manipulação de embriões ou genes humanos que podem ser usados indevidamente, etc. (BOBBIO, 1992, p. 6).

Em suma, de acordo com as necessidades de cada tempo, e em cada lugar, foram sendo identificados e reivindicados certos direitos básicos para os indivíduos, que deveriam ser respeitados e garantidos para todos. O surgimento posterior da necessidade de proteção de outro grupo de direitos não exclui os que já haviam sido identificados anteriormente, muito pelo contrário, são cumulativos e devem continuar sendo respeitados.

A ideia de que o homem nasce livre e igual em dignidade e direitos é básica para a proteção dos direitos humanos, mas a proteção efetiva somente se dará com a respectiva previsão legal. Uma coisa é o direito que se tem, outra é o que se gostaria de ter. Para saber qual o direito que se tem deve ser examinado o ordenamento jurídico (direito positivo), mas para saber o direito que se gostaria de ter, além de buscar razões para futuras consagrações, o direito natural é imprescindível.

É certo que a humanidade partilha de alguns valores comuns, que devem ser garantidos e prestigiados. Mas, outros, variam de lugar para lugar e de tempos em tempos. Com efeito, a liberdade, a igualdade e a dignidade do homem são ideais a se perseguir em qualquer local e em qualquer época. Outros, porém, mudam de culturas para culturas e de tempos em tempo.

A proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito interno de cada Estado, ao contrário, é um problema de relevância internacional. Assim sendo, houve um processo de internacionalização dos direitos humanos devido à preocupação com modo em que os indivíduos, habitantes de outros países, eram tratados. Por isto, se entendeu que a pessoa, enquanto cidadã mundial, deveria ter seus direitos protegidos internacionalmente, independentemente de sua nacionalidade.

A Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho foram os primeiros marcos da internacionalização dos Direitos Humanos. Porém, com a Segunda Guerra Mundial, tais organizações mostraram-se insuficientes para a proteção dos direitos humanos. Com o término da Guerra, após intensos debates para punição dos responsáveis pelos atos contra a humanidade ocorridos, foi criado o Tribunal de Nuremberg. Tal Corte foi importante para mostrar a necessidade de internacionalização da proteção dos direitos humanos, mas tratava-se de verdadeiro tribunal de exceção, pois foi criado após os fatos, para o julgamento dos vencidos pelos vencedores. Em seguida, houve uma expansão de organizações internacionais com propósitos de cooperação internacional e para zelar pela paz mundial.

Atualmente existe uma rede de proteção supranacional dos direitos humanos. Com efeito, existem dois sistemas internacionais de proteção desta gama de direitos. Existe um sistema global, no âmbito das Organizações das Nações Unidas - ONU, de alcance geral. Além deste, existem sistemas regionais, com igual objetivo, mas que leva em consideração peculiaridades regionais para ser aplicado aos habitantes de suas respectivas regiões. Existem três sistemas regionais: o europeu, o africano e o interamericano.

Pois bem, o sistema global de proteção dos direitos humanos, de alcance geral, existe no âmbito das ONU e foi cogitado, pela primeira vez, durante a Segunda Guerra Mundial, pelo



então Presidente dos EUA, Franklin Roosevelt, quando representantes de 26 nações firmaram o compromisso de lutar contra as potências da Europa central.

A Carta das Nações Unidas foi assinada, em 1945 por representantes de 50 países. Posteriormente, a Polônia que não esteve representada na Conferência, a firmou, totalizando os 51 membros fundadores. Atualmente quase todas as nações do mundo pertencem à ONU. Seu propósito é o de manter a paz e a segurança internacional; implementar relações de amizade entre as nações; realizar a cooperação internacional na solução de problemas e o *desenvolvimento e estímulo dos direitos humanos*.

A ONU tem seis órgãos principais: a Assembleia Geral, O Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, O Conselho de Administração Fiduciária, a Secretaria e a Corte Internacional de Justiça. Os cinco primeiros órgãos têm sede em Nova York (EUA) e o último em Haya, na Holanda.

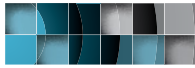
No âmbito do Conselho Econômico e Social existia a Comissão de Direitos Humanos da ONU, que foi substituída por um Conselho de Direitos Humanos, cujos membros são eleitos diretamente pela Assembleia Geral. A Assembleia Geral da ONU, em 1948, proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que consagrou vários direitos do indivíduo. Em seu conteúdo estão presentes várias conquistas do homem como: o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, à plena igualdade, à presunção de inocência, ao acesso à justiça, ao lazer, à saúde, entre tantos outros.

Além desta consagrada declaração de direitos, mais de 80 convenções e declarações sobre direitos humanos foram realizadas pela ONU. Os dois principais documentos são: o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais- PIDES.

Neste caminho, a Comissão de Direitos Humanos realizou estudos para a elaboração de um grande tratado de direitos humanos para ser reconhecido pela comunidade internacional. Entretanto, na época da Guerra Fria, com o mundo dividido em dois blocos, um capitalista liderado pelos EUA e outro comunista liderado pela ex-URSS, surgiu grande impasse que impediu a elaboração de um documento único.

Neste caminho, para os países capitalistas era mais fácil garantir os direitos ligados às liberdades públicas, tais como: liberdade de expressão, de imprensa, de religião e de voto, por exemplo, do que proporcionar direitos sociais como direito à saúde, à previdência, à educação, à cultura, entre outros. Até porque, os primeiros são incompatíveis com a ideia de “ditadura do proletariado” e os últimos têm custo, o que nem sempre interessa à lógica capitalista, que visa o lucro.

De outra parte, os países do bloco comunista poderiam proporcionar, com maior facilidade, o último grupo de direitos mencionados, mas tinham sérias dificuldades no reconhecimento das liberdades públicas pelo motivo já mencionado. Aliás, a ideologia socialista prestigia a igualdade em detrimento da liberdade e, assim, admite maiores restrições à liberdade visando a igualdade.



Deste modo, no âmbito do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, para acomodar os interesses de ambos os grupos, surgiu a divisão dos direitos humanos em direitos civis e políticos (o primeiro grupo mencionado) e direitos econômicos, sociais e culturais (o derradeiro) e foram elaborados, na mesma época, os dois tratados referidos.

Conforme lembra PIOVESAN (1996, p.160), embora aprovados em 1966 pela Assembleia Geral da ONU, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais entraram em vigor apenas 10 anos depois, pois foi o momento em que foi atingido o número de necessário de ratificações.

Os países ocidentais, do bloco capitalista, conseguiram fazer prevalecer o argumento de que, enquanto os direitos civis e políticos deveria ser autoaplicáveis, passíveis de cobrança imediata, os direitos econômicos, sociais e culturais eram “programáticos” e deveriam ser implementados de maneira progressiva, na medida do possível (PIOVESAN, 1996, p.161).

De qualquer forma, no momento em que os Estados se tornam signatários do PIDES comprometem-se a alocar, sem escusas nem demora, o máximo dos recursos disponíveis para alcançar, progressivamente, a mais ampla proteção destes direitos dos indivíduos.

Esta cláusula de “desenvolvimento progressivo” significa que os direitos sociais podem ser ampliados, mas não diminuir a proteção já alcançada. CARVALHO RAMOS (2005, p. 245) lembra que:

o conceito de ‘progressividade’ abarca dois sentidos: por um lado, sugere-se a gradualidade da plena efetividade; de outro impõe-se o dever ao Estado de garantir o progresso, ou seja, vedam-se consequentemente o regresso, o amesquinamento dos direitos sociais já concretizados no momento da ratificação de tais tratados.

Para acompanhar o estágio de evolução dos direitos econômicos, sociais e culturais, no âmbito dos Estados signatários do PIDESC, foi criado um “Sistema de Monitoramento” que se baseia em relatórios e informes, os quais são enviados pelos próprios Estados ao Secretário da ONU, que os encaminha para análise do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Comitê DESC). Os informes devem ser enviados a cada cinco anos. O Comitê DESC, após analisar o respectivo relatório ou informe, emite suas observações conclusivas. Embora estas conclusões não sejam dotadas de força legal vinculativa, constituem-se importante instrumento de pressão para proteção e garantia dos direitos humanos.

Além do mencionado sistema global de proteção dos direitos humanos da ONU, na nossa região, existe o sistema interamericano da Organização dos Estados Americanos - OEA. Esta entidade internacional foi criada em 30 de abril de 1948, em Bogotá – Colômbia, com o objetivo de buscar uma cooperação regional entre as nações do continente americano. Na verdade, assim como a ONU, reflete, via de regra, os interesses dos países desenvolvidos do continente, em especial dos EUA. Além disto, estas entidades não possuem meios para fazer valer suas decisões e recomendações, apenas se vale da pressão internacional e sanções por parte dos outros Estado-membros. De qualquer forma, é o mecanismo existente possível para o monitoramento das condições dos direitos humanos e inúmeras atividades de ambas as organizações internacionais possuem inegável importância.



O sistema de proteção dos direitos humanos da OEA tem como principal instrumento normativo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*. Além deste documento, outros diplomas importantes do sistema interamericano são: o Protocolo à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), adotado em 1988; o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (relativo à abolição da Pena de Morte), adotada em 1990; a Convenção Internacional para Prevenir a Tortura, adotada em 1985; a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, adotada em 1994; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), adotada em 1994 e a Convenção Interamericana sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiências, adotada na Guatemala em 1999. Além destes instrumentos mencionados, outras comissões já foram designadas para estudo de temas específicos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – *Pacto de San José da Costa Rica* reconhece e assegura uma série de direitos básicos para o indivíduo, entre eles: os direitos à vida, à liberdade, a um julgamento justo, à privacidade, à honra, à liberdade de pensamento e de expressão etc. Tal Convenção criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.

A Comissão Interamericana tem como função promover a observância dos direitos humanos e, para isto, exerce as seguintes atividades: a conciliadora (entre um governo e grupos sociais que se sintam atingidos); de assessoria (aconselhando governos que solicitem); de crítica (informando a situação de tais direitos em determinado país-membro para toda a comunidade); a promotora (estudos sobre tais direitos); a protetora (intervindo em casos urgentes para solicitar que a um governo cesse determinadas ações lesivas). Um Estado, ao se tornar parte da Convenção, aceita automaticamente a competência da Comissão e não é necessária declaração expressa neste sentido.

Na Comissão Interamericana de Direitos Humanos existe a possibilidade de qualquer cidadão apresentar uma “petição individual” expondo o problema e requerendo providências. Existe um julgamento da admissibilidade de referida petição, pois não deve existir litispendência internacional e devem ser esgotados os recursos internos (salvo em caso de injustificável demora processual ou da legislação doméstica não prever o devido processo legal) (PIOVESAN, 2001, p.60).

Entretanto, no tocante ao exame prévio da admissibilidade, a Comissão, ao invés da simples rejeição preliminar das petições, tem adotado diversas soluções práticas evitando o arquivamento, incluindo a solicitação de informações complementares e o adiamento da decisão, para que o indivíduo não seja colocado em situação vulnerável em sem defesa em relação ao Poder estatal (TRINDADE, 2001, p. 32).

Se a Comissão julgar admissível a petição, requererá informações ao Governo denunciado. Recebidas as informações, ou sem elas (caso esgotado o prazo concedido), será verificado o mérito do caso, analisando se existem e persistem os fatos expostos na petição. Não



sendo arquivado o processo, a Comissão efetuará um exame aprofundado do assunto e, se necessária, uma investigação do fato.

Feito o estudo, a Comissão tentará uma solução consensual para o problema apresentado, mas se o acordo não for alcançado, fará recomendações ao Estado-Parte. Após o término do expediente, será redigido um relatório, que é enviado ao Estado-Parte e poderá ser encaminhado à apreciação da Corte Interamericana, o órgão jurisdicional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Porém, a questão só pode ser encaminhada à Corte se o Estado-Parte reconhecer, expressamente, a competência de tal órgão jurisdicional (PIOVESAN, 2001, p.93).

No sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, além da comissão supramencionada, existe a Corte Interamericana de Direitos Humanos que exerce função consultiva (com a elaboração de pareceres) e contenciosa (proferindo decisões).

A Corte é composta por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA, sem repetição da nacionalidade, eleitos entre juristas de atuação na área de direitos humanos, com mandato de seis anos, havendo a possibilidade de reeleição, por uma vez.

No âmbito consultivo qualquer Estado-membro da OEA pode solicitar parecer da Corte no tocante à interpretação de qualquer tratado de direitos humanos ou da legislação interna dos países relacionada aos documentos internacionais do tema.

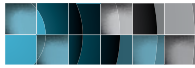
O exercício da função contenciosa, ao contrário da Comissão Interamericana (em que existe a possibilidade de petição individual), é limitada aos Estados-Partes da Convenção que a reconheçam expressamente. Assim sendo, somente pode ser submetido um caso a ela se outros Estados-Partes ou a própria Comissão Interamericana tomarem a iniciativa. Vale dizer: o indivíduo não pode submeter um caso diretamente para a Corte (somente através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e apenas os Estados que a reconheçam, expressamente, estão submetidos a ela.

No “Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos em matéria de direitos Econômicos Sociais e Culturais”, Protocolo de San Salvador, assinado em El Salvador no dia 17 de novembro de 1988, que o Brasil ratificou em 21 de agosto de 1996, está previsto, em seu artigo 9º, que:

1. Toda pessoa tem direito à previdência social que a proteja das consequências da velhice e da incapacitação que a impossibilite, física ou mentalmente, de obter os meios de vida digna e decorosa. No caso de morte do beneficiário, as prestações da previdência social beneficiarão seus dependentes.
2. Quando se tratar de pessoas em atividade, o direito à previdência social abrangerá pelo menos o atendimento médico e o subsídio ou pensão em caso de acidentes de trabalho ou de doença profissional e, quando se tratar da mulher, licença remunerada para a gestante, antes e depois do parto.

Previdência Social

O artigo 194 da Constituição Federal de 1988 define Seguridade Social como o “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a



assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Sua finalidade é garantir proteção quando o indivíduo não tem condições de prover o seu sustento ou de sua família. A seguridade social é o gênero que compreende: a saúde, a assistência social e a previdência social.

Assistência social e saúde devem ser proporcionadas pelo Estado e garantidas para todas as pessoas, independentemente de contribuição. Por sua vez, a previdência social depende de contribuição e é de filiação obrigatória para todas as pessoas físicas que desempenhem alguma atividade econômica, seja na condição de empregado, trabalhador avulso, empregado doméstico, contribuinte individual ou segurado especial. Além destes segurados obrigatórios, todas as pessoas, com mais de 16 anos, que não possuam renda própria, podem contribuir para a previdência social na qualidade de segurado facultativo.

A previdência social é uma espécie de “seguro social” para a proteção dos necessitados, que compreende benefícios e serviços. Os benefícios são prestações pecuniárias aos segurados (pessoas físicas que contribuem para a previdência social) tais como: auxílio por doença, seguro desemprego, salário-família, auxílio reclusão para os dependentes do segurado-presos de baixa renda, pensão para os dependentes no caso de morte do segurado e aposentadoria.

A aposentadoria é o mais importante dos benefícios e, atualmente, pode ocorrer por idade, por invalidez ou por tempo de contribuição. Os benefícios previdenciários, em regra, exigem contrapartida (contribuição) e estão sujeitos a um cálculo atuarial, ou seja, operação matemática baseada na probabilidade e na estatística do evento previsto.

A retribuição da aposentadoria, chamada proventos, é calculada com base no salário de contribuição. O custeio da previdência é feito pela contribuição dos próprios segurados (desconto na remuneração dos segurados), contribuições sociais das empresas (sobre o total da folha de pagamento, sobre o lucro das empresas e desconto na quantia paga aos prestadores de serviço – CSLL, COFINS etc), além de percentual de concurso de prognósticos (loterias) e aportes da União, estados e municípios.

Desde a Emenda Constitucional número 20, em 1998, são possíveis duas formas de aposentadoria, quais sejam: *aposentadoria por idade* (para os trabalhadores urbanos - 65 anos para os homens e 60 anos para as mulheres, ambos com mais de 15 anos de contribuição). Atualmente, os trabalhadores rurais podem se aposentar aos 60 anos (homens) e 55 anos (mulheres) e são dispensados de contribuição, desde que comprovem que trabalharam por 15 anos e recolham 2,1% na venda de sua produção agrícola; e *aposentadoria por tempo de contribuição*, que exige 35 anos de contribuição para homens e 30 anos para as mulheres. Tal modalidade de aposentadoria é atingida pela incidência do fator previdenciário, que suprime uma parcela do valor do benefício se o contribuinte ainda não atingiu a idade (65/60 anos). Com efeito, para “escapar” do fator previdenciário, o segurado precisa atingir, entre tempo de contribuição e idade, o total de 95 anos no caso dos homens ou 85 anos as mulheres. [por exemplo: atualmente, um homem de 59 anos de idade e 36 anos de contribuição pode se aposentar ($59 + 36 = 95$), mas se ele tivesse 61 anos de idade e 34 de contribuição, não poderia, mesmo com a soma dando 95 ($34 + 61$), pois o tempo mínimo de contribuição de 35 não foi atingido]. No governo Dilma foi sancionada lei que aumenta progressivamente, a cada dois



anos, o total desta soma e vai estar em 2021 em 87 anos (mulheres) e 97 anos (homens), até chegar em 2027 a 90 anos para as mulheres e 100 anos para os homens.

Deste modo, desde 1998, o Brasil já exige uma idade mínima para a aposentadoria por idade e o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição é reduzido, significativamente, de quem ainda não atingiu esta idade limite, mas já possui o tempo de contribuição necessário. Aliás, FAGNANI (2017, s/p.) lembra que “atualmente, a maior parte das aposentadorias é por idade (64% do total, ante 36% das aposentadorias por tempo de contribuição)”.

Embora, conforme visto, a Constituição Federal preveja uma diversidade de custeio da Previdência, segundo CABRAL (2017, s/p), desde o Governo Sarney (1989), os recursos destinados para cobrir os gastos previdenciários estão sendo baseados, exclusivamente, nas contribuições sobre a folha de salários. Daí o déficit alegado. A autora mencionada prossegue afirmando que as contas previdenciárias apresentadas pelo Governo Temer, e a vasta divulgação na mídia corporativa feitas pelos interessados na reforma, têm omitido deliberadamente mais de 202 bilhões de reais, ou seja: as demais formas de custeio que também integram os recursos da seguridade social, tais como a Contribuição para o Financiamento da Seguridade – COFINS; Contribuição sobre o Lucro Líquido das Empresas e percentual sobre os concursos de prognóstico (loterias).

Além disto, a Previdência Social surgiu no Brasil na década de 1930, durante a ditadura de Getúlio Vargas, e quando foi criada, por motivos óbvios, vez que as pessoas ainda não tinham como possuir o tempo necessário para fazer jus ao benefício, a entrada de valores era muito maior do que a saída, que era insignificante. Pois bem, o valor recebido a título de contribuição deveria ter sido gerido para que, quando as pessoas fossem se aposentar, tivesse caixa para o respectivo pagamento. Porém, ao que parece, o dinheiro teve outro destino e os benefícios dos aposentados passaram a ser pagos apenas com a contribuição dos segurados ativos, o que já seria um equívoco grave de gestão.

E mais, em 1994, com o nome de Fundo Social de Emergência (FSE) foi criada um mecanismo que permite ao governo federal usar livremente parte de todos os tributos federais vinculados por lei a fundos ou despesas. No ano 2000, o nome foi trocado para Desvinculação de Receitas da União – DRU, que permitiu o remanejamento de 20% das contribuições sociais recebidas. A principal fonte de recursos da DRU é, exatamente, a contribuição social da previdência, que respondem a cerca de 90% do montante desvinculado. Na prática, esta “desvinculação” permite que o governo aplique os recursos destinados a áreas como saúde e previdência social em qualquer outra despesa considerada prioritária para o governo, seja no pagamento de juros da dívida pública ou mesmo na formação de superávit primário. A DRU foi prorrogada diversas vezes e, em 2015, no governo Dilma, o governo federal enviou ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 87/2015 estendendo novamente tal instrumento até 2023.

GONÇALVES e MARCONDES NETO (2017, s/p) relatam que, conforme dados do próprio Governo Federal, as receitas primárias do orçamento da seguridade social totalizaram R\$ 613.179.300,00, enquanto as despesas primárias atingiram R\$ 871.842.500,00, gerando um *déficit de R\$ 258.663.200,00*. Entretanto, a somatória da arrecadação das receitas federais, em



2016, do COFINS, PIS/PASEP e CPSS, segundo dados da Receita Federal, totalizou R\$ 326.607.000,00, enquanto os dados do orçamento da seguridade social demonstram ingressos com esta rubrica de, apenas, R\$ 211.701.000,00. Ora, fica assim claramente explicitado o desvio do Tesouro Nacional para pagamento de gastos gerais do Governo Federal de R\$ 114.906.000,00 de valores que constitucionalmente eram vinculados à seguridade social através deste mecanismo da DRU. Em suma, 44% do chamado *déficit* do orçamento da seguridade social, em 2016, foi gerado, exclusivamente, pela aplicação do artifício da DRU. No decorrer dos anos, centenas de bilhões de reais foram retirados da previdência com este artifício.

A Unafisco, Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, emitiu notas técnicas refutando, com dados, os argumentos governamentais da Proposta de Emenda à Constituição para a Reforma da Previdência (PEC) 287/2016.² Após cálculo aritmético, é demonstrado que, ao final de 35 anos de contribuição, o trabalhador teria um patrimônio, suficiente para pagar sua aposentadoria por tempo indeterminado.

Os funcionários públicos, embora em situação previdenciária melhor do que a do trabalhador privado, contribuem com um valor maior. Com efeito, enquanto os segurados do setor privado contribuem entre 8% a 11%, dependendo do salário, no máximo sobre o teto do INSS (atualmente em R\$5.531,31) e terão os benefícios calculados sobre este valor, os funcionários públicos que ingressaram no serviço público antes da última reforma (EC 47/2005) contribuem com 11% sobre o próprio salário e não sobre o teto da previdência, ou seja, embora seu benefício possa ser maior, tem desconto maior em seu salário. Aliás, paralelamente, ainda se cogita em aumento da alíquota de contribuição dos funcionários públicos. Se não bastasse, o trabalhador da iniciativa privada, ao se aposentar, saca todo valor de seu Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, enquanto o servidor público não, pois não possui FGTS. Além disto, ao contrário do trabalhador da iniciativa privada, mesmo depois de aposentado, os servidores públicos continuam a ter desconto sobre seu benefício para a previdência social.

E mais, os que defendem a “reforma” desconsideram que, caso sejam aprovadas as mudanças, o ingresso com contribuições dos funcionários públicos irá diminuir, pois se também vão estar sujeito ao teto previdenciário, este teto de benefício também terá que ser considerado para fins de desconto da contribuição, pois não poderia, sob pena de ser considerado confisco de salário, pagar o percentual sobre o salário-base se este for maior que o referido teto, como ocorre atualmente.

Na verdade, os funcionários públicos que ingressaram no serviço público após as últimas alterações previdenciárias (cerca de 15% do total de servidores) já estão sujeitos ao teto de benefício e de contribuição da Previdência Social. Aí reside outro problema, pois como, equivocadamente, os benefícios dos aposentados vêm sendo sustentado apenas com o valor das contribuições dos que estão na ativa (e não houve a correta administração do “fundo de pensão”), quando estes servidores públicos forem a maioria, a conta não vai fechar. Em outras palavras, atualmente os funcionários da ativa ainda em sua maioria contribuem com um percentual sobre o salário-base (e não sobre o teto da previdência), portanto, a contribuição é maior. Esta contribuição é usada para o pagamento dos servidores já aposentados. Porém, quando os atuais servidores forem se aposentar, a maioria, e um dia a totalidade, será dos que contribuem com menos (sobre o teto da previdência, assim como os empregados do setor



privado) e o sistema criado pelo erro de gestão, se não houver aporte governamental, não se sustentará.

Nas reformas anteriores (EC 20/1998, 41/2003 e 47/2005) já foram retirados vários direitos previdenciários e foram estabelecidas regras de transição. A revogação destas regras de transição já existentes, ademais, constitui ofensa à segurança jurídica. E, quanto mais alteram-se as regras existentes, a insegurança jurídica só aumenta.

Se não bastasse a desconsideração das outras formas de custeio da previdência, o erro de gestão acima mencionado e o desvio das contribuições sociais pela desvinculação das receitas da União através da DRU, as renúncias previdenciárias, concedidas através de isenções do governo, representam quase 30% do “rombo” da Previdência de R\$149.700.000.000,00 (cerca de 149 bilhões de reais), conforme dados do próprio secretário da Previdência publicados na Folha de São Paulo, de 26/01/2017. E mais, sem contar com os casos de sonegação, a inadimplência é estimada em mais de R\$ 400.000.000.000,00 (400 bilhões de reais). Além disto, frequentemente, são descobertas inúmeras fraudes em obtenção de benefícios em detrimento da Previdência Social.

FAGNANI (2017, s/p) desmistifica o argumento de que a Previdência é “uma bomba-relógio”, vez que a participação do governo no modelo de custeio tripartite (empregador, trabalhador e governo) é compatível com o de outros países. Além disto, os gastos públicos só com pagamento de juros da dívida pública correspondem a 8,5% do PIB, enquanto os gastos com benefícios previdenciários são de cerca de 7,5% do PIB.

Considerando os números mencionados, ao que parece, os governos têm feito escolhas de priorizar o pagamento de juros ao mercado financeiro, além de outros, em detrimento de gastos com a seguridade social.

Pois bem, com a reforma, pretende-se acabar com a aposentadoria por tempo de contribuição ao exigir uma idade mínima. Mesmo assim, na proposta original do governo exigia-se, pelo menos, 25 anos de contribuição para fazer jus a um percentual mínimo do valor do benefício, mas, na prática, para receber 100% da média do valor de contribuição, seria preciso contribuir por 49 anos, atingidos os 65 de idade, ou seja, a pessoa raramente a pessoa teria direito à média da sua contribuição, mesmo com 65 anos, pois dificilmente alguém ficaria, ininterruptamente, na condição de segurado dos 16 anos aos 65 anos de idade.

Posteriormente, o governo acenou com a possibilidade de diminuir o prazo mínimo para 15 anos, mas com diminuição do valor do benefício. Além disto, o aumento da idade mínima é gradativo e a previsão é que, em 2060, chegue a 67 anos.

A proposta pretendia, também igualar a idade de aposentadoria entre homens e mulheres. Posteriormente, o governo admitiu manter uma certa diferença, apenas diminuindo a diferença de idade atual.

Em relação ao trabalhador rural, atualmente, os pequenos trabalhadores rurais conseguem se aposentar, mesmo sem ter contribuído para o INSS por 15 anos, desde que comprove o trabalho no campo por este período e recolham 2,1% quando vendem sua produção.



Pretende-se, com a reforma, exigir, para todos, a contribuição mínima de 15 anos, além da idade. Acaba-se, assim, com a aposentadoria especial rural.

Na proposta de reforma, a pensão por morte aos dependentes passa a ser a metade da aposentadoria do morto, acrescido de 10% por dependente até o limite de 100%, ou seja: a viúva ou viúvo dependente teria direito a apenas 60% do benefício atual e só seria atingido o patamar atual se o morto tivesse 5 dependentes, ou mais. Assim sendo, tal medida acabará por atingir, inclusive, os dependentes (e futuros pensionistas) dos atuais aposentados, que poderão ter, abruptamente, a perda de quase metade de seu sustento logo após a perda do ente querido.

Na verdade, ao contrário da propaganda oficial falaciosa, que afirma que a reforma apenas irá acabar com privilégios e não vai atingir os mais pobres, só não será(ia) atingido, imediatamente, com a reforma quem já está aposentado ou quem já completou o prazo e todas as demais condições para a aposentadoria até a data da aprovação. Mas, mesmo estas pessoas, indiretamente, perderão, vez que, ou terão seus dependentes em posterior desamparo ou terão que se privar de algo para gerar economias que garantam o futuro de seus dependentes. Enfim, todos vão perder, uns mais, é verdade, e outros menos, mas todos vão perder, senão agora, quando seus dependentes necessitarem da pensão. E todos serão nivelados, “por baixo”, pois, ao invés de melhorar a situação dos mais necessitados, será piorada a de todos.

Conclusão

Ao final deste estudo, ressalta-se que algumas conclusões parciais não serão retomadas. Outrossim, o leitor pode ter chegado a outras que aqui não foram expressas ou não estão implícitas. De qualquer forma, impõe-se algumas observações desta reflexão.

Neste caminho, os direitos sociais, entre eles os direitos previdenciários, são direitos fundamentais e, por isto, necessitam, não apenas serem preservados, mas concretizados por parte do poder público. O princípio da proibição do retrocesso impede que sejam desconstituídas as conquistas sociais já alcançadas.

O Estado pode optar por políticas sociais menos onerosas ou mais eficientes, mas o resultado deve ser a maior efetividade destes respectivos direitos. Além disto, deve demonstrar que eventuais mudanças acarretam em avanço na proteção destes direitos e que está alocando o máximo dos recursos existentes.

A atual proposta de reforma da previdência, ao contrário da propaganda oficial, retira direitos sociais dos indivíduos e não discute as verdadeiras causas do chamado “rombo da previdência”. Com efeito, desconsidera-se que, além da contribuição dos segurados, a Previdência Social possui outras formas de custeio, não reconhece e corrige o erro de gestão com os recursos provenientes destas contribuições e mantém (ou amplia) o desvio das contribuições sociais pela desvinculação das receitas da União através da DRU. Além disto, não corrige equívocos em renúncias previdenciárias ou tenta diminuir os casos de sonegações, inadimplência e fraudes.

Caso seja aprovada a Reforma nos moldes pretendidos pelo governo, a aposentadoria por tempo de contribuição será extinta. Só existirá a aposentadoria por idade, que exigirá no



mínimo 62 anos para as mulheres e 65 anos para os homens, mas esta idade ainda deve aumentar no futuro. A propaganda do governo afirma, falaciosamente, que as pessoas se aposentam muito cedo e que ganham muito. Porém, a legislação atual já prevê o fator previdenciário como mecanismo de proteção deste pseudoproblema, pois quanto mais jovem for o segurado, maior será a redução no benefício. Com um cálculo atuarial sério, como a aposentadoria por tempo de contribuição leva em consideração o quanto que a pessoa contribuiu ao longo do período contributivo e a expectativa de tempo que vai usufruir do benefício, basta ser considerados estes dados.

Tenta-se, na verdade, reduzir a proteção social estatal para benefício do setor financeiro, pois, sem a garantia da aposentadoria e/ou com a diminuição dos direitos previdenciários, aumentará a procura por outras formas de garantias, em especial aplicações financeiras e fundos de previdência privada.

Além disto, o governo não presta conta dos recursos que foram aplicados em outras finalidades, mal geridos, que deixaram de ser recolhidos e ainda possibilita que os valores que seriam destinados à previdência social continuem sendo desviados para outros setores, quiçá aumentando o digresso.

Embora com retrocessos de direitos sociais típicos de um “Estado mínimo”, os indivíduos continuam pagando, entre impostos, contribuições e taxas, valores equivalentes (ou superiores) à maioria dos países com maior e melhor proteção social. Em um Estado com menor proteção social, a carga tributária teria que ser menor. Pretende-se que continuemos com a carga tributária típica de um Estado de Bem-estar, mas sem a retribuição proporcional de serviços.

Pois bem, antes de suprimir os direitos sociais previdenciários, que, repita-se, ao contrário da propaganda oficial, será sentido por toda a população, deve ser feita uma profunda análise nas contas públicas da seguridade social, seja na apuração dos valores não arrecadados pela inadimplência, por renúncias fiscais, combate a fraudes e desvinculação de receitas ou mesmo má gestão.

Outrossim, devem ser feitos cálculos atuariais previdenciários adequados, considerando o valor recolhido pelas contribuições e todas as formas de custeio. É verdadeira a premissa de que a expectativa de vida da população está aumentando e que o maior número de idosos pressionará as contas da Previdência. Mas isso não implica, necessariamente, aceitar que não há outras alternativas a não ser a redução da proteção previdenciária social atual. Até porque, o financiamento da Previdência não depende, exclusivamente, da contribuição do trabalhador ativo.

O falso argumento, construído com contabilidade criativa, de que a previdência é deficitária e é o principal problema da economia brasileira, ao desconsiderar as outras formas de custeio, desvinculação das receitas e as quantias já recolhidas anteriormente a título de contribuição, desvia a atenção da má gestão das contas públicas e atende ao desejo do setor financeiro.

Caso sejam suprimidos direitos sociais previdenciários de forma arbitrária, sem a correta demonstração da insuficiência de recursos, haverá ofensa ao princípio da proibição de retrocesso e, após esgotados os recursos internos, poderão ser acionados organismos



internacionais, em especial a Comissão de Direitos Humanos da OEA, pois o Estado brasileiro não terá demonstrado ter alocado o máximo de seus recursos para proporcionar a proteção social e ser aceitável a redução dos respectivos direitos.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CABRAL, Maria do Socorro Reis. *A quem interessa a Reforma Previdenciária? Disponível em : <http://j.pucsp.br/artigo/quem-interessa-reforma-previdenciaria>, acessado em 15/12/2107.*

CAMPOS, Germán J. Bidard. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUWORKIN, Ronald. *Os direitos levados a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001.

FRAGNANI, Eduardo. *Reformar para excluir?* Le Monde Diplomatic – Brasil , edição 115, março/2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Ramos e MARCONDES NETO, José Francisco F. *Reforma Previdenciária a verdade e a mentira*. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/reforma-previdenciaria-a-verdade-e-a-mentira/> acesso em 11/12/2017.

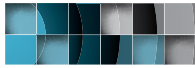
LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1993.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e os tratados internacionais*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos – Legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2001.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4ª e., São Paulo: Saraiva, 1988.



_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. *Direitos humanos e turismo in: Direito e Turismo* org. por Garcia, José Ailton e Martinez, Regina Célia. Saraiva: São Paulo, 2014.

_____. *Direitos humanos e fundamentais*, 2ª. Edição, Russell: Campinas, 2009.

_____. *Direitos humanos*, Montecristo: São Paulo, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª e., São Paulo: Malheiros, 1992.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *In: Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos – Legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2001.

¹<http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2014/12/alagoano-nasce-com-segunda-pior-expectativa-de-vida-no-pais-diz-ibge.html>, acesso 27/12/2017.

²<http://unafisconacional.org.br/default.aspx?section=8&articleId=6000>, acesso 27/12/2017.



A Justiça Restaurativa como método de resolução de conflitos

The Restorative Justice as a conflict resolution method

Barbara Fátima Cardoso

Ex-estagiária da DPESP e Servidora Pública Municipal
barbara_cardoso@live.com

Thiago Rogério Silva Soares

Servidor da DPESP – Unidade Mogi das Cruzes/SP
trsoares@defensoria.sp.def.br

Resumo

O presente artigo científico tem por escopo aprofundar o estudo quanto à temática da Justiça Restaurativa, apresentando sua desenvoltura, esclarecendo as suas formas, seus variados conceitos e suas origens. O enfoque principal traduz-se acerca da expansão da aplicabilidade da Justiça Restaurativa, para áreas diversas da Ciência Criminal, como fonte de resolução mais eficiente, rápida e, ainda, mais humanizada, dos litígios. Ademais, tem como finalidade demonstrar o porquê se faz crucial recorrer aos procedimentos restaurativos com intuito de retirar do bojo do Judiciário a existência de tantos conflitos, atuando conseqüentemente como figura coadjuvante no processo de desjudicialização.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Justiça Retributiva. Mediação. Conciliação. Arbitragem. Desjudicialização. Restauração.

Abstract

The present scientific article has as scope to deepen the study on the subject of Restorative Justice, presenting its resourcefulness, clarifying its forms, its varied concepts and its origins. The main focus is on expanding the applicability of Restorative Justice to areas other than Criminal Science as a source of more efficient, rapid and even more humanized resolution of disputes. In addition, it has the purpose of demonstrating why it is crucial to resort to restorative procedures in order to remove from the bulge of the Judiciary the existence of so many conflicts, acting consequently as an auxiliary figure in the process of disjudicialization.

Keywords: Restorative Justice. Retributive Justice. Mediation. Conciliation. Arbitration. Disjudicialization. Restoration.



Introdução

Constitui a Justiça Restaurativa um arquétipo não punitivo norteado por valores ético-jurídicos que tem como espinha dorsal a reparação dos danos infligidos às partes envolvidas e, se exequível, a restauração da comunicação entre essas partes com a consequente reconstrução das relações rompidas outrora. Em outras palavras, a Justiça Restaurativa preconiza a inserção de formas não violentas para resolver os conflitos, considerando como, por exemplo, a mediação. A dinâmica deste modelo restaurativo exsurge como medida de humanização e singularização das soluções dos conflitos. Obviamente, a utilização deste modelo como tentativa de resolução de conflito não obsta a aplicação do tradicional modelo retributivo, pelo contrário, aparece como instrumento que visa auxiliá-lo, apesar de sua rigidez.

A Justiça Restaurativa, embora seja uma ideia inicialmente explorada pelo Direito Criminal, é também um tema contemporâneo de grande magnitude para a nossa sociedade, pois tem sido implantada em vários seguimentos da Justiça, uma vez que este modelo consiste numa maneira alternativa de tratamento dos litígios sofridos pela coletividade para auxiliar o hipertrofiado Poder Judiciário. Ademais, é ainda um instrumento inovador e que tem por escopo o acesso à justiça por meio da pacificação social, de modo que as partes componham-se no sentido de encontrar uma melhor solução para os conflitos levantados, sem a necessidade de chegar efetivamente às mãos do Juiz, o qual aplicaria uma sentença com uma série impositiva de obrigações e deveres aplicados de forma genérica, ou seja, sem levar em consideração os aspectos singulares de cada uma das partes.

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito é fundamental que no nosso Ordenamento Jurídico existam dispositivos para assegurar a proteção e a defesa de seus cidadãos. Vale ressaltar que a Constituição Brasileira de 1988 tem como um de seus princípios regentes a proteção à Dignidade da Pessoa Humana, o qual está elencado como fundamento da República, conforme artigo 1º do supracitado diploma. E é este princípio que instrui toda a ordem constitucional e infraconstitucional. Sendo assim, os valores ético-jurídicos que norteiam nossa Carta Magna devem primar, sobretudo, pelo respeito e pela valorização da dignidade da pessoa humana. Posto isto, é função primordial do Estado garantir que realmente seja respeitada a proteção da dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se no tratamento dos indivíduos de forma a assegurar o seu bem estar.

Igualmente, a temática envolvendo a Justiça Restaurativa é estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual firmou junto da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) o intitulado Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa. Como firmemente asseverou o ministro de justiça Ricardo Lewandowski “o século XXI é o século do Poder Judiciário, em que a humanidade, bem como o povo, o homem comum, descobriu que tem direito e quer efetivá-lo” e, por conseguinte, a postura dos magistrados deverá amoldar-se às novas formas de resolução de conflitos face ao constante aumento de propositura de ações.

Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro seja restrito frente à justiça restaurativa, tal prática tem sido mais bem estudada e tem conquistado maior espaço ao final do século XX e início do século XXI. A relevância do tema é notória diante da expansão da sua aplicabilidade, como se pode inferir do artigo 98, inciso I da Constituição Federal, que aventa a conciliação nas causas cíveis de reduzida complexidade e nas infrações penais de menor potencial ofensivo, fato



que foi concretizado diante da promulgação da Lei 9.099 de 1995, com a finalidade de estabelecer a implantação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, ensejando, portanto, sua fomentação. Não obstante, o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 334, determina a designação de audiência de conciliação ou de mediação, desde que obedecendo a algumas regras.

Soma-se a isso, a adoção da figura da Justiça Restaurativa como artifício para implementação da cultura da paz de modo a valorizar o respeito, a justiça e o diálogo no ambiente educacional. Tal proposta pretende capacitar os professores não somente para auxiliar na resolução dos conflitos escolares, mas também para prevenir de futuros conflitos, orientar os alunos e proporcionar uma melhor convivência entre eles.

Diante de todo este painel traçado, fica patente o quão crucial é um estudo aprimorado do tema.

Da Justiça Restaurativa

Conceito

A nomenclatura “Justiça Restaurativa” foi empregada por Albert Eglash no ano de 1977, quando escreveu o artigo denominado “Beyond Restitution: Creative Restitution”, publicado na obra de Joe Hudson e Burt Gallaway intitulada “Restitution in Criminal Justice”. O psicólogo Albert Eglash defendeu em seu artigo os tipos de respostas ao crime. A restituição criativa ou a restituição guiada, como determinava Eglash, referia-se à técnica de auxílio ao ofensor, o qual seria devidamente supervisionado, a encontrar uma maneira de pedir perdão àquele que fora ofendido.

É cediço que por se tratar de um novo paradigma não comporta uma definição sólida, em razão das diversas definições que por vezes não são congruentes. Nessa vertente, Jan Froestad e Clifford Shearing elucidam o motivo da complexidade em se elaborar uma conceituação rígida para a Justiça Restaurativa, senão, vejamos:

[...] frequentemente, argumenta-se que não surgiu nenhuma definição única, consensual, de justiça restaurativa. Exames sobre a literatura referente ao tema revelam uma tensão entre uma necessidade concebida para se desenvolver visões claras para justiça restaurativa, como forma de demarcar sua agenda fora dos territórios concorrentes das práticas retributivas e reabilitadoras, e, por outro lado, uma relutância em se formular definições rígidas ou universais, que poderiam limitar o desenvolvimento (WALGRAVE e BAZEMORE, 1999) ou arruinar a ideia da propriedade local do conflito. (SHEARING, 2005, p. 79)

Uma das definições mais utilizadas é a de Tony Marshall, segundo o qual a Justiça Restaurativa é:

É um processo onde todas as partes ligadas de alguma forma a uma particular ofensa vem discutir e resolver coletivamente as consequências práticas da mesma e a suas implicações no futuro. (FERREIRA, 2006, p. 24)

Já Howard Zehr ilustra da seguinte forma:

O que a Justiça Restaurativa oferece não só uma nova prática de justiça, mais um olhar diferente de crime e um novo objetivo para justiça: o crime é visto como uma fonte de prejuízo que deve ser reparado. Além disso, o dano essencial do crime é a perda de confiança, tanto ao nível interpessoal e social. O que as vítimas e as comunidades precisam é ter sua confiança restaurada. A



obrigação fundamental do delinquente é mostrar que eles são confiáveis. O objetivo da justiça deve ser para incentivar este processo. O objetivo primordial da justiça, então, deveria ser o restabelecimento da confiança. A tentativa de conseguir isso em ambos os níveis pessoal e social pode fornecer um guarda-chuva unificador para a nossa resposta ao crime. Ao invés de substituir outros, os objetivos mais tradicionais, que se tornaria a principal consideração na sentença, oferecendo razões e limites para a aplicação de metas, como a incapacitação e punição. (ZEHR, 2008, p. 2008)

André Gomma de Azevedo nos traz uma abordagem mais focada nos princípios restaurativos:

A Justiça Restaurativa pode ser conceituada como a proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular: i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral de vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) o empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações processuais em lides penais; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito. (AZEVEDO, 2005, p. 140)

Por ser uma teoria ainda em construção seu conceito esbarra com a dificuldade em ser definido com precisão, tornando-se maleável de acordo com as características, objetivos, cultura e procedimentos de cada país em que a Justiça Restaurativa é implementada. Marcelo Saliba assevera que “não há uniformidade conceitual quanto à definição de Justiça Restaurativa, estando o conceito num processo de discussão e desenvolvimento” (SALIBA, 2009, p. 144).

Além disso, a conceituação mostra-se intimamente ligada à perspectiva que o autor dá a determinados aspectos. Em linhas gerais, percebe-se pelos trechos colacionados que todos possuem os mesmos pilares, quer seja a busca de uma resolução do conflito humanizada, a qual almeja o reestabelecimento da confiança entre as partes.

Origem

Histórico no mundo

Os primórdios da Justiça Restaurativa remontam aos mais primitivos tempos. Mylène Jaccourd explica que:

os vestígios destas práticas restaurativas, reintegradoras, comuns e negociáveis se encontram em muitos códigos decretados antes da primeira era cristã. Por exemplo, o Código de Hammurabi (1700 a.C.) e de Lipit-Ishtar (1875 a.C.) prescreviam medidas de restituição para os crimes contra os bens. O Código Sumeriano (2050 a.C.) e o Eshunna (1700 a.C.) previam a restituição nos casos de crimes de violência. (JACCOURD, p. 164)

As mais evidentes revelações deram-se a partir da década de 1970, embora já houvesse anteriormente alguns programas com finalidades restaurativas utilizados em problemas envolvendo disputas comerciais, discriminação e conflitos étnicos. Nos Estados Unidos, no fim do século XX, foram aplicadas as práticas restaurativas para solucionar pequenos delitos nas comunidades.

Já no ano de 1976, brotou na Europa a mediação de conflitos relacionados à propriedade. Neste mesmo ano, no Canadá, foi fundado o Centro de Justiça Comunitária de Victoria (VOM), devido ao sucesso com a tentativa com dois acusados de vandalismo, os quais



depredaram cerca de vinte e duas propriedades e, alternativamente à prisão, obtiveram a decisão judicial de encontrarem-se com os ofendidos e os ressarcirem dos danos causados. Leonardo Sica, ao relatar sobre os programas VOM- Vítima Ofensor e Mediação alega que os jovens:

espraiaram-se, preconizando, inda de forma pouco articulada, princípios como perdão e reparação”. Os pesquisadores afirmam que as raízes do modelo restaurativo de justiça canadense originaram-se dos tradicionais métodos aborígenes de resolução de conflitos, com o envolvimento comunitário e implementação de soluções holísticas. A razão disto é reveladora: a superpopulação de pessoas de origem aborígene nas instituições correccionais do país alertou para a demanda de abordagens mais adequadas, como os *sentencing circles* para criminosos aborígenes. (SICA, 2007, p. 23)

A Austrália, no ano de 1980, criou três núcleos para testar a Justiça Comunitária. Em 1982, o Reino Unido, pioneiramente, adota o primeiro serviço de mediação comunitária.

Em 1988, é com a adoção deste modelo pela Nova Zelândia que a Justiça Restaurativa alça maior robustez. No ano seguinte, é promulgada a “Lei Sobre Crianças, Jovens e suas Famílias”, englobando a Justiça Restaurativa como base para o programa Penal Juvenil. O objetivo do uso das práticas restaurativas era, além de buscar reduzir a insatisfação da sociedade nos casos relacionados aos jovens infratores da etnia Maori, utilizar-se das tradições dos Maoris para solucionar os conflitos e, sendo assim, incluindo suas famílias no processo criminal, uma vez que para eles o ponto crucial para resolver um conflito seria a figura dos pais junto do jovem infrator. Com isso, buscaram realizar reuniões restaurativas com a presença do infrator, sua família, a vítima, a comunidade, a polícia e a assistente social.

“Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça – Justiça Restaurativa” foi lançada, em 1990, por Howard Zehr, responsável pelo maior alicerce teórico relacionado ao tema. No mesmo ano, 1990, a ONU organizou uma reunião para apurar a proporção da Justiça Restaurativa no mundo. Participaram dessa reunião países com desenvolvimento de projetos em execução do referido tema, como a Áustria, Bélgica, Canadá, Inglaterra, França, Finlândia, Alemanha, Grécia, Itália, Holanda, Noruega, Escócia e Turquia.

Em 1991, a Colômbia adotou em sua constituição o uso da prática restaurativa em matéria criminal. Em 1994, os Estados Unidos contavam já com 123 programas de mediação em execução.

Nos idos de 1997, na Bélgica, ocorreu à primeira Conferência Internacional de Justiça Restaurativa, para debater sobre as experiências associadas aos procedimentos restaurativos adotados em alguns países, como a Nova Zelândia, Austrália e Bélgica. O Brasil, nesta Conferência, foi citado como um iniciante consistente, no que tange os projetos de práticas restaurativas.

A Universidade de Buenos Aires, no ano de 1998, juntamente com o Ministério Nacional da Justiça da Argentina, instituiu o “Projeto Alternativo de Resolução de Conflitos” para a aplicação da mediação em matéria criminal.

Foi elaborada na União Europeia, em 2001, a determinação do Conselho da União Europeia acerca da participação das vítimas nos processos criminais a fim de implantar lei nos Estados. Já no ano seguinte, a União Europeia recebe a Decisão do Conselho para instalar uma Rede de Pontos de Contato Nacionais para Justiça Restaurativa. É no ano de 2002, ademais, que a ONU publica as Resoluções do Conselho Econômico e Social, definindo a Justiça Restaurativa e promovendo o incentivo a aplicação deste procedimento.

Mencionado por Leonardo Sica, Bonafé-Sxhmitt, assevera que desde a década de 1970:



Assiste-se a uma gradual modificação das nossas políticas penais com um progressivo deslocamento do modelo baseado sobre a ‘punição’ na direção de um orientado à ‘reparação’.

A dinâmica abarcando a Justiça Restaurativa continua expandindo seus horizontes para outros países, como por exemplo: África do Sul, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Espanha, México etc.

Histórico no Brasil

Com o escopo de verificar a eficácia do modelo restaurativo, foram instituídos inúmeros projetos pilotos no Brasil, dentre eles, o de Porto Alegre – RS, desde 2002, em exercício da 3ª Vara Cível do Juizado da Infância e da Juventude.

No ano de 2004, foi criado na Escola AJURIS o Núcleo de Estudos em Justiça Restaurativa com intuito de debater acerca da prática da Justiça Restaurativa. No ano subsequente, foi fundado o projeto “Promovendo práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileira” conjuntamente pelo Programa das Nações Unidas – PNUD – e o Ministério da Justiça. Tal projeto buscava fomentar o aperfeiçoamento da Justiça Restaurativa em Brasília, Porto Alegre, São Caetano do Sul e São Paulo.

Foi fundado também o Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa – IBJR – em São Paulo para promover o estudo e a propagação da Justiça Restaurativa. Em seu Estatuto é definido, entre outras características, sua criação e suas finalidades, como podemos inferir a seguir:

Art. 1º - O Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa (IBJR), fundado em assembleia geral na data de 17 de agosto de 2007, é constituído sob a forma de associação, sem fins lucrativos, regido pelas leis nacionais e convenções e tratados internacionais recepcionados pelo Brasil, pelo presente estatuto e por atos normativos complementares, atuando em âmbito nacional e internacional.

Art. 2º - São finalidades do IBJR:

I. Pesquisar e desenvolver as bases teóricas da justiça restaurativa, estimulando a pesquisa, o debate e o desenvolvimento dos princípios, da ética, da capacitação e das boas práticas, sem qualquer discriminação e respeitando a diversidade teórica e prática; II. Divulgar e incentivar o debate das práticas restaurativas, visando à conscientização sobre tais práticas e direitos humanos, articulando e participando de ações integradas com os poderes públicos e com as organizações não governamentais; III. Facilitar o intercâmbio de informações e de experiências entre seus associados, visando ao aprimoramento técnico-científico permanente; IV. Consolidar ideias e práticas e auxiliar a desenvolver estratégias na área da justiça restaurativa;

V. Promover a realização de cursos, debates, congressos, encontros, palestras, conferências e, ainda, de atividades de intercâmbio no país ou no exterior, que tenham como principal enfoque a justiça restaurativa; VI. Elaborar e acompanhar metodologias de aplicação, projetos e programas na área da justiça restaurativa, apresentando avaliações, resultados e sugestões; VII. Promover a edição e a divulgação de livros, teses, boletins e outros materiais que tenham por escopo estudos referentes à justiça restaurativa e, em especial, um veículo periódico de divulgação específica; VIII. Atuar para o desenvolvimento de políticas e práticas restaurativas, acompanhando, assessorando, avaliando projetos, programas e procedimentos ou propostas legislativas;



Parágrafo único. Para a consecução de suas finalidades, o IBJR poderá firmar acordos, convênios ou parcerias com órgãos e entidades públicas ou privadas, bem como filiar ou receber afiliações, em âmbito nacional ou internacional.

Espécies de Justiça Restaurativa

Mediação

O termo mediação é oriundo da expressão em latim “mediare”, significando partir ao meio, intervir, colocar-se entre as partes. Consiste num mecanismo voluntário, sendo uma forma de autocomposição dos litígios com a participação de um terceiro imparcial, o qual figura apenas assessorando as partes na condução da situação, na investigação do conflito e na sua resolução. O propósito essencial é reatar a comunicação produtiva entre as partes para estabelecerem um acordo satisfatório para todos. O mediador não toma decisão pelas partes, sua figura é tão somente para auxiliá-las no desenlace da sessão, utilizando-se de técnicas para promover a aproximação entre elas e restabelecer a comunicação.

Nas palavras de Marilene Melo Alves, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

O encontro se estabelece com o desígnio do mapeamento das convergências que, no mais das vezes, subjaz no âmago da controvérsia. Outra importante característica da Mediação é que nela não se enfoca o conflito como necessariamente negativo. O desentendimento pode trazer em si mesmo o germen do aperfeiçoamento da relação, não importa qual seja a natureza desta última [...] (ALVES, 2012)

Conciliação

Conciliar, etimologicamente, origina-se do latim “concilium” que remetia a uma reunião de pessoas. A conciliação também se enquadra como uma forma de autocomposição de litígios que se utiliza da figura de um terceiro para auxiliar na resolução da lide. Vezzula leciona que:

(...) nos casos onde o objeto da disputa é exclusivamente material, não existe um relacionamento significativo ou contínuo entre as partes, que preferem acabar logo com o problema (ainda que esse acordo não respeite todas as expectativas em jogo). Nesses casos a técnica de resolução de conflitos mais indicada é a conciliação, conduzida por um terceiro (VEZZULA, 2001, p. 17).

O conciliador, embora imparcial, pode opinar e até mesmo sugerir quais os melhores caminhos para que as partes estabeleçam um bom acordo. O enfoque é o acordo a ser estabelecido entre as partes. Nessa vertente, prossegue o supracitado autor:

(...) a conciliação como técnica exige um profissional que domine a investigação, a escuta e mantenha sua imparcialidade para que, sem forçar as vontades das partes, as convença das vantagens de alcançarem um acordo que, mesmo não sendo totalmente satisfatório, poupe-as de complicações futuras onde ambas as partes perderão tempo e dinheiro. (VEZZULA, 2001, p. 17)



Arbitragem

Na arbitragem, forma autocompositiva de litígios, o poder de decisão é transferido para uma pessoa ou um grupo, que será responsável por encontrar uma solução que se adeque melhor ao caso.

A Lei nº 9.307 de 1996 regulamenta este instituto. Em seu artigo 1º, dispõe que poderá ser aplicada em casos de resolução de conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, em outras palavras, aqueles passíveis de transação por seus titulares.

Carmona ilustra a figura da arbitragem da seguinte maneira:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.

Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsia) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução, de sorte que não existirá decisão a ser impostas às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes) (CARMONA, 2009).

Princípios exclusivos da justiça restaurativa

A Justiça Restaurativa tem como pilares a participação da vítima, do delinquente e da comunidade com o intuito de resolver o conflito, auxiliar a vítima se recuperar dos danos a ela imputados. Portanto, nesse sentido, é essencial que se faça um estudo sobre os princípios que regem a Justiça Restaurativa.

Princípio da voluntariedade

O Princípio da Voluntariedade demonstra que os envolvidos devam participar por sua livre vontade, ou seja, sem que exista qualquer obrigatoriedade ou coação. O incentivo à participação almeja o restabelecimento das relações rompidas anteriormente, por isso é necessário que não haja coação, desta forma, promove-se a autonomia das partes. Para as práticas restaurativas não é essencial que haja espontaneidade para esses encontros, em outras palavras, não se exige que a ideia das sessões restaurativas parta das partes, mas, sim, que estas concordem em participar, fazendo prevalecer sua voluntariedade, seu livre arbítrio. Nesta perspectiva, buscar-se-á a abarcar o fato como sendo um todo para erigir uma justiça mais humana com a recuperação dos laços, sem, contudo, deixar de lado os aspectos ou sanções jurídicas pertinentes.

A voluntariedade mostra-se como um aspecto importante no tocante à vítima poder expor seus traumas decorrentes do conflito frente às partes envolvidas, e, em contrapartida, a



outra parte pode demonstrar seus arrependimentos, o modo como consegue reparar ou reduzir os danos causados.

Tal princípio permeia todo o processo restaurativo, ou seja, caso uma das partes não se sinta bem, poderá retirar-se das sessões. Nessa vertente, determina a Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU: “nem a vítima nem o ofensor deverão ser coagidos ou induzidos por meios ilícitos a participar do processo restaurativo ou a aceitar os resultados do processo.”

Princípio da consensualidade

O Princípio da Consensualidade decorre do Princípio da Voluntariedade e refere-se à congruência de ideias ou à harmonização das opiniões sobre a questão debatida. É cabível em qualquer etapa da do procedimento restaurativo, visto que as partes devem anuir em participar sendo orientadas acerca das regras, do funcionamento do instituto e dos métodos aplicados. Destarte:

a Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletivamente e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime (VITTO, 2005, p. 20).

Por meio do Princípio da Consensualidade atinge-se decisões mais aceitáveis pelas partes em detrimento das sentenças oriundas do Poder Judiciário. Confere-se a estas partes maior liberdade para o diálogo, conseqüentemente, levando-as a compartilhar seus interesses. Este Princípio promove ainda o enaltecimento do indivíduo, sua responsabilidade e sua autonomia da vontade.

Princípio da confidencialidade

O Princípio da Confidencialidade diz respeito ao sigilo em relação às informações aventadas nas sessões restaurativas, posto que durante essas reuniões muitas questões de caráter íntimo e pessoal são expostas.

Todos os envolvidos durante o procedimento restaurativo devem obedecer ao Princípio da Confidencialidade e manter sigilo acerca do que lhes fora confiado, seja em relação às afirmações ou aos sentimentos revelados. Sendo assim, é defeso a redução a termo dos depoimentos e sua publicidade. Nesse ponto, aduz na resolução 2002/12 o Conselho Econômico e Social da ONU: [...] as discussões no procedimento restaurativo não conduzidas publicamente devem ser confidenciais e não devem ser divulgadas, exceto se consentirem as partes ou se determinado pela legislação nacional.



Princípio da celeridade

O Princípio da Celeridade tem como fundamento ser mais ágil do que o Poder Judiciário. Desta forma, o processo restaurativo possui maior informalidade e menor burocracia, contando principalmente com a oralidade das sessões. Pondera Bianchini acerca do assunto: “no tocante ao princípio da celeridade, tem-se que a Justiça Restaurativa apresenta maior rapidez de execução, em contraste à morosidade do Judiciário. O procedimento restaurativo apresenta a ligeireza inerente ao instituto, que decorre da diminuição das formalidades e rituais desnecessários, da oralidade dos encontros e da desburocratização” (BIANCHINI, 2012, p. 129).

As sessões são prolongadas conforme a necessidade de se investigar divergências não aparentes. Durante as sessões, o facilitador tem como função auxiliar na apuração dos fatos, de conflitos inerentes a cada parte, os sentimentos envolvidos etc.

Princípio da urbanidade

A Justiça Restaurativa exige que seus participantes, tanto as partes quanto os membros da abordagem restaurativa saibam respeitar as regras que lhes são impostas para que haja, dessa forma, uma relação saudável e equilibrada pautada pelo respeito mútuo.

Na interpretação de Bianchini, somente estabelecendo um relacionamento baseado no respeito às diferenças e fundamentado na civilidade seria possível obter sucesso no desenlace das sessões restaurativas, como bem explica: “A observação de boas maneiras se refere à necessidade de uma evolução do relacionamento no sentido da restauração, o que não ocorreria sem um mínimo de respeito entre os envolvidos. O elemento da civilidade é essencial e abrange o respeito pelas diferenças de classe, cor, religião e linguagem. Tais qualidades são inerentes ao ser humano e não se afastam no momento do procedimento restaurativo” (BIANCHINI, 2012, p. 129).

Princípio da adaptabilidade

A adaptabilidade reporta-se à capacidade de amoldamento diante de cada circunstância. Conforme a peculiaridade de cada caso e das partes relacionadas opta-se por um determinado procedimento com a finalidade de desenvolver uma abordagem restaurativa adequada e satisfatória. Para Francisco Amado Ferreira: “[...] é perfeitamente normal ceder-se nalguns pontos com o intuito de se obter um acordo também quanto a outros, técnica inerente a qualquer processo negocial em que se procure a maximização de vantagens a par da minimização das desvantagens” (FERREIRA, 2006, p. 37).

Claramente, infere-se que durante as abordagens restaurativas deve predominar a flexibilidade diante da escolha de técnicas utilizadas para conduzi-las.



Princípio da imparcialidade

A imparcialidade é um dos princípios basilares do direito, bem como é também da Justiça Restaurativa. O facilitador faz-se presente na abordagem restaurativa para auxiliar àqueles que estão envolvidos na lide, não pode, entretanto, tomar partido de nenhuma das partes. Sua função é essencial ao desenrolar do procedimento, por isso deve zelar pela imparcialidade e pelo distanciamento emocional.

A Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU estabelece: “Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacitá-las a encontrar a solução cabível entre elas”.

Justiça Restaurativa aplicada

Do respeito aos direitos humanos

Os direitos humanos consistem numa totalidade de direitos pertencentes aos indivíduos por fazerem parte do gênero humano, simplificando, são direitos básicos aos quais os seres humanos fazem jus. Fundamentam-se no axioma da proteção e garantia de direitos fundamentais atinentes à pessoa humana.

A Constituição de 1988 assegura a proteção aos direitos humanos, materializados na proteção à liberdade de expressão, liberdade de imprensa, respeito às minorias, reconhecimento das diversidades culturais e étnicas etc. Figura como premissa básica no nosso ordenamento jurídico de modo a assegurar o direito à vida, à integridade social, a proteção da honra e da dignidade à liberdade pessoal, dentre outros. Não somente a constituição brasileira é um instrumento de proteção de tais direitos, como também o Brasil ratificou outros inúmeros instrumentos ambicionando o mesmo, tais como a Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica (1969), Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) etc.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos tem por escopo garantir os direitos dos indivíduos, independentemente de raça, cor, sexo, religião etc. Tal diploma consagra a proteção da dignidade da pessoa humana como cerne dos direitos humanos. É a Dignidade da Pessoa Humana um dos fundamentos constitucionais da nossa República.

A expressão dignidade origina-se do latim “dignitas”, o qual assume a acepção de virtude, honra. A Dignidade da Pessoa Humana é uma prerrogativa do indivíduo e está calcada no conjunto de direitos próprios à pessoa e também no conjunto de direitos da coletividade. A Dignidade da Pessoa Humana deve ser preservada pelo Estado, sendo a este cabível agir no intento de propiciar as condições essenciais de existência aos seus cidadãos.

Notadamente, ante o exposto, por configurar a Justiça Restaurativa modelo de interferência no comportamento social em razão da presença de um facilitador que assumir o papel de intervir nos litígios, prima pelo respeito aos supramencionados direitos. É vedado o tratamento desumano e degradante dos indivíduos. Corroboram, nesse diapasão, a conjunta



utilização de princípios basilares orientando todo o processo restaurativo, o emprego de inúmeros instrumentos e técnicas, sua flexibilidade proporcionando o empoderamento da parte.

Considerações acerca dos direitos e garantias individuais

A Justiça Restaurativa exterioriza-se como uma técnica de solução de conflitos que escapa aos moldes tradicionais, revestindo-se de um procedimento amoldável às particularidades de cada caso. Conquanto agasalhe-se de menor rigorismo formal, esmera-se pelo respeito aos direitos e garantias individuais, delineando soluções ponderadas.

O Conselho Econômico e Social promulgou a Resolução nº 12/2002 da ONU, instituindo os Princípios Básicos da Justiça Restaurativa. Em seu artigo primeiro traz como definição de Justiça Restaurativa qualquer programa que se utilize de processos restaurativos e tenha por finalidade alcançar resultados restaurativos. Estabelece a referida resolução em seu artigo 13: “As garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas aos programas de justiça restaurativa e particularmente aos processos restaurativos”¹.

Vale ressaltar a voluntariedade das partes como requisito imprescindível para o progresso da prática restaurativa, elencado no artigo 7º da supramencionada lei, como podemos observar:

Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais². (grifo nosso)

Ademais, conforme expresso acima, os acordos estabelecidos nos encontros restaurativos devem ser realizados de modo ponderado, buscando soluções coerentes, harmônicas e justas, projetando assim, contentamento para ambas as partes conflitantes.

Nesse esteio, é importante frisar que a Justiça Restaurativa está sob a égide de princípios que funcionam como verdadeiros sustentáculos para sua aplicação. São eles: Princípio da Voluntariedade, Princípio da Consensualidade, Princípio da Confidencialidade, Princípio da Celeridade, Princípio da Urbanidade, Princípio da Adaptabilidade e Princípio da Imparcialidade, ambos tratados preliminarmente no capítulo 1 do presente artigo.

É fundamental que o sigilo permeie todo o procedimento restaurativo, tendo em vista que os participantes revelam minúcias acerca de sua vida íntima, emoções, histórias. Em outras palavras, é preciso que as partes conflitantes sintam-se seguras de que não terão em momento algum durante a condução do processo restaurativo suas particularidades expostas, a menos que as autorizem. Soma-se a isso o fato de que as partes, em conformidade com artigo 10º da Resolução nº 12/2002 da ONU, quando estiverem em condições de desequilíbrio; deverão as causas ensejadoras da referida desproporção, sejam elas de ordem econômica, cultural ou material, serem consideradas a fim de buscar harmonia e equilíbrio.



O que se pretende é a busca pela igualdade de forças em tal debate, com intuito de dirimir qualquer tipo de abuso, coação ou desvantagem que poderia ocorrer se caso tal desequilíbrio fosse ignorado. Em síntese, a parte em desvantagem não pode em hipótese alguma ser prejudicada pela sua condição.

O papel do facilitador é garantir a imparcial condução do processo restaurativo, estimulando a comunicação produtiva entre as partes e garantindo a segurança delas, assim dispõe o artigo 8º da já mencionada resolução, conforme se pode inferir: “Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacita-las a encontrar a solução cabível entre elas”.

Projeto de Lei n. 7.006/2006

O Projeto de Lei nº 7.006/2006 Comissão de Legislação Participativa propõe a implantação de práticas restaurativas nos seguintes diplomas: Código de Processo Penal, Código Penal e Lei nº 9.099/1995. Determina a instituição de procedimentos restaurativos de modo complementar e facultativo, conforme inteligência do artigo 1º do referido projeto.

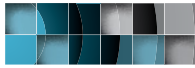
Tal projeto, dentre outras disposições, abriga as definições, a estrutura do procedimento restaurativo, o modo como deveria ser aplicado, define quais são os atos do processo restaurativo e estabelece os princípios a serem observados.

É relevante ressaltar que dentre as alterações pretendidas, no tocante à mudança a ser implementada no Código de Processo Penal diz respeito à inclusão de um novo capítulo abarcando o Processo Restaurativo.

Conquanto alegue não haver nenhuma imperfeição do ponto de vista material nem tampouco formal, Antonio Carlos Biscaia, então relator à época, manifestou-se contrariamente ao supracitado projeto, rejeitando-o no tangente ao mérito alegando a “despenalização de condutas” e o esvaziamento do poderio das autoridades, conforme se colaciona abaixo trecho de seu parecer: “Se do ponto de vista formal e material nenhuma mácula pode-se atribuir ao Projeto, o mesmo não se pode afirmar de seu mérito, especialmente, quanto à oportunidade. O País passa por um período de sentimento de impunidade, com grande produção legislativa com o objetivo de criminalizar condutas e agravar penas. Esse projeto, por sua vez, caminha em sentido contrário, despenalizando condutas. Na forma apresentada, não se trata de medida apenas despenalizadora, pois isto o Legislador já o fez ao aprovar a Lei de Juizados Especiais, mas de medida que retira das autoridades envolvidas com a persecução penal a proximidade e o contato direto com o infrator, deixando esta função a representantes da comunidade^{3º}”.

No entanto, há que se observar que as modificações planejadas pelo Projeto nº 7.006/2006 enquadram-se nos moldes previstos pela Resolução nº 2002/12 da ONU e compatibilizam-se com a Resolução nº 225 do CNJ.

Na hipótese de tal projeto ser aprovado, tais alterações implicariam em ampliação da abrangência dos procedimentos restaurativos, incentivando a harmonização dos litígios e, por conseguinte, o estreitamento das relações sociais,



Justiça Restaurativa e a desjudicialização

Direito de acesso a justiça

A garantia constitucional do acesso à justiça originou-se de um processo evolutivo. Antigamente, como já mencionado, muitos dos conflitos existentes eram resolvidos pelas próprias partes envolvidas, caso em que predominava a utilização da força física.

Com o decorrer dos tempos e com a consequente evolução da sociedade atrelada ao desenvolvimento do Estado, o próprio Estado assumiu para si o poder de dizer o direito. É o Estado a figura representante do poder de jurisdição. Nesse sentido, aborda o Ministro Fux: “O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto [...]” (FUX, 2004, p. 41).

A partir do momento em que o Estado assume para si a obrigação de assegurar o direito de acesso à justiça, não apenas recai sob sua figura tal responsabilidade como também fica sob seu encargo o dever de assegurar os direitos garantidos aos indivíduos com igualdade, agilidade, efetividade e segurança.

Igualmente, o direito de acesso à justiça encontra amparo nos Direitos Humanos, consagrado pela Declaração dos Direitos do Homem (1948), como se pode inferir do excerto que se colaciona a seguir: “VIII. Todo homem tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Ainda nessa senda, defende a Convenção Americana (1969) que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.⁴

O direito ao acesso à justiça, como uma das manifestações dos Direitos Humanos sob a égide da proteção à dignidade humana, em que pese à efetivação do acesso tanto à Justiça quanto à duração razoável do processo, prima pelo respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Ressalta-se que a figura do Estado Democrático de Direito resguarda os direitos sociais, sobretudo com a finalidade de proteção a dignidade humana. É nesse sentido que a Constituição de 1988 encerra: “Art. 5º - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.”

Nessa esteira ainda aclaram Capelletti e Garth:“O direito de acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado



como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos. (...) O acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica” (CAPELLETTI, 1988, p. 11).

Ora, diante de todo o exposto, pode-se inferir que o direito ao acesso à justiça materializa-se no direito de pleitear em juízo aquilo que se deseja, conseqüentemente, inunda-se o Poder Judiciário com cada vez mais processos. O assoberbamento do Judiciário frente a tantas demandas encontra óbices ao seu pleno desenvolvimento, tais como: inadequação das leis, morosidade, deficiência de recursos humanos, exiguidade de infraestrutura apropriada, burocratização dos ritos processuais etc. A despeito de tais dificuldades, Cappelletti e Garth aclaram:

Finalmente, como fator complicador dos esforços para atacar as barreiras ao acesso, deve-se enfatizar que esses obstáculos não podem simplesmente ser eliminados um por um. Muitos problemas de acessão são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro. Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogado em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal “reforma”. Sem alguns fatores de compensação, tais como um juiz muito ativo ou outras formas de assistência jurídica, os autores indigentes poderiam intentar uma demanda, mas lhes faltaria uma espécie de auxílio que lhes pode ser essencial para que sejam bem sucedidos. Um estudo sério do acesso à Justiça não pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes (CAPELLETTI, 1988, p. 29).

Sendo assim, ainda que para atravessar tais barreiras no atual contexto enfrentado pelo abarrotamento do Poder Judiciário seja necessário um conjunto de medidas, faz-se essencial repensar a Justiça Restaurativa como método para resolução dos conflitos. A implementação da Justiça Restaurativa não deve ser encarada somente como um mero paliativo para as vicissitudes experimentadas pelo hodierno sistema de justiça, nem tampouco como forma de ampliar a burocratização, mas, sim, com o escopo de facilitar o acesso à justiça.

As formas extrajudiciais de resolução dos litígios, substancializadas pela arbitragem, conciliação e mediação, carecem de profunda análise e desenvolvimento para atuarem como coadjuvantes na organização judiciária, possibilitando, portanto, o aumento da eficácia das decisões prolatadas, uma vez que nos casos tratados por tais métodos, a participação das partes envolvidas assume maior destaque promovendo soluções mais ajustadas a cada tipo de caso. Ademais, à medida que os indivíduos passarem a ostentar o papel de atores principais na busca da solução para suas demandas, o acesso à justiça refletirá maior intensificação da consciência da cidadania dos indivíduos litigantes.

A Justiça Restaurativa como Direito Social Fundamental

Cappelletti em ensaio para o Projeto Florença observa um processo evolutivo dos instrumentos destacados para solucionar a problemática do efetivo acesso à justiça, nos países



do Ocidente, sedimentando tal estudo em três grandes ondas renovatórias, cada uma, tentando solucionar tal problemática⁵.

Conforme o autor, a primeira grande onda teve início em 1965, concentrando-se na assistência judiciária. A segunda referia-se à representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente na área de proteção ambiental e do consumidor. Já a terceira (que no interessa no presente estudo), é chamado pelo autor como “enfoque de acesso à justiça”, reproduzindo e buscando as experiências anteriores e, indo mais além, tentando atacar as barreiras do acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Nessa linha, pode-se afirmar que a Defensoria Pública e a garantia constitucional da assistência jurídica integral e gratuita (acesso à justiça), encontram fundamento nas perspectivas da primeira e terceira “ondas renovatórias” da teoria de Cappelletti.

Ao falarmos de acesso à justiça como garantia fundamental é preciso ter em mente que o aumento progressivo de processos judiciais e a falta de estrutura do Judiciário têm demonstrado que tal garantia, na prática, é ineficaz, fazendo com o que o Estado fomente a utilização de meios alternativos para a solução dos conflitos, tais como a conciliação, a mediação e arbitragem.

O Código de Processo Civil já adota tais meios de resolução, buscando uma solução mais célere e eficaz para os conflitos, antes que a demanda se encaminhe para a via judicial. Tal legislação torna obrigatória a audiência de conciliação antes da contestação da parte acionada. Os tribunais estão envidando os melhores esforços para criar centros de conciliação, com pessoal capacitado para favorecer tais acordos. Há ainda a possibilidade de emprego de outros métodos de solução consensual de conflitos, com a participação de profissionais especializados.

Em que pese à asserção direta no Código de Processo Civil, em sede constitucional, esses temas estão presentes implicitamente. Os meios alternativos de solução dos conflitos não estão erigidos à categoria de norma constitucional, mas o conteúdo principiológico a Constituição de 1988 permite interpretar a necessidade de sua prática, a qual deve ser intensificada tanto no âmbito judicial como extrajudicial.

Assim a ideia de Justiça Restaurativa é incorporada paulatinamente ao ordenamento jurídico como mais um meio formal de solução dos conflitos, respeitando os princípios e a cultura própria de cada ramo do direito, adequando-se casuisticamente a realidade do judiciário nacional.

Essa nova perspectiva trazida pela Justiça Restaurativa possibilita a real solução de conflitos jurídicos, gerando um fortalecimento do capital social, efetivando o ideário de que os cidadãos aprendam a conviver de forma harmônica com seus conflitos utilizando-se de ferramentas jurídicas de participação e colaboração dos demandantes.

A ciência jurídica é inspirada, basicamente, na justiça distributiva e retributiva, como já dito. Sua aplicação em um procedimento deve necessariamente ser seletivo, deixando muitos conflitos sem solução e, àqueles resolvidos, nem sempre são satisfatórios aos cidadãos, especialmente pela falta de participação colaborativa das partes na solução estabelecida pelo juízo, a qual, na maioria das vezes não logra êxito no cumprimento das expectativas postas na demanda.

Há entendimentos, inclusive, que lecionam o fracasso do sistema litigioso como única forma de dar solução aos conflitos jurídicos, o que pode ser constatado em fenômenos sociais



como, por exemplo, o Direito Penal do Inimigo, o Direito Penal do Autor e a expansão do Direito Penal da Segurança Pública, com cada vez maior repressão e desrespeito aos direitos humanos e cada vez mais “controle” sobre os cidadãos, transformando a ciência jurídica em um mecanismo, muitas vezes, apenas simbólico, para os exemplos em questão.

É preciso conceber novas alternativas e, nesse sentido, a Justiça Restaurativa se aflora como um meio viável para aumentar o espectro de alcance da Justiça sem acrescer mais processos ao já “empapuçado” sistema litigioso.

Resolução n. 225/2016 do CNJ

Inicialmente elaborada por Ricardo Lewandowski, então Presidente da época do CNJ, através da Portaria nº 74/2015, instituiu juntamente com um grupo de magistrados a Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça com o fito de normatizar, na esfera do Poder Judiciário, a disseminação e execução da Justiça Restaurativa, tendo em vista não possuímos verdadeiramente uma cultura restaurativa. Conceitos básicos, condutas, princípios orientadores são alguns dos pontos elementares abarcados pela mencionada resolução diante da conveniência em se buscar a padronização ao programar os mecanismos restaurativos.

Igualmente, envidar esforços buscando uniformidade por meio da positivação de definições, estabelecimento de princípios, estímulo à presença da vítima, garantia do respeito à dignidade etc., só reforça a figura da Justiça Restaurativa e, principalmente, dá maior credibilidade e força de sua execução no nosso país como uma célere e justa metodologia para pacificação de conflitos. Esta resolução, em cotejo com o já exposto neste artigo, repete o conceito de Justiça Restaurativa.

Ademais, vale ressaltar que a referida resolução do CNJ traz em seu bojo algumas das atribuições específicas do Conselho Nacional de Justiça, o qual deverá fomentar o acesso às práticas restaurativas, divulgá-las, incentivar a interdisciplinaridade e aplicá-las em conjunto com outros órgãos do Poder Judiciário suscitando a ampliação de abordagens dos litígios pautados pelas práticas reparadoras. Nesse diapasão temos:

Art. 3º. Compete ao CNJ organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à Justiça Restaurativa, pautado pelas seguintes linhas programáticas: I – caráter universal, proporcionando acesso a procedimentos restaurativos a todos os usuários do Poder Judiciário que tenham interesse em resolver seus conflitos por abordagens restaurativas; II – caráter sistêmico, buscando estratégias que promovam, no atendimento dos casos, a integração das redes familiares e comunitárias, assim como das políticas públicas relacionadas à sua causa ou solução; III – caráter interinstitucional, contemplando mecanismos de cooperação capazes de promover a Justiça Restaurativa junto das diversas instituições afins, da academia e das organizações de sociedade civil; IV – caráter interdisciplinar, proporcionando estratégias capazes de agregar ao tratamento dos conflitos o conhecimento das diversas áreas científicas afins, dedicadas ao estudo dos fenômenos relacionados à aplicação da Justiça Restaurativa; V – caráter intersetorial, buscando estratégias de aplicação da Justiça Restaurativa em colaboração com as demais políticas públicas, notadamente segurança, assistência, educação e saúde; VI – caráter formativo, contemplando a formação de multiplicadores de facilitadores em Justiça Restaurativa; VII – caráter de suporte, prevendo mecanismos de monitoramento, pesquisa e avaliação, incluindo a construção de uma base de dados.



Considerações finais

Diante do panorama vivido hodiernamente pela nossa sociedade, diante do crescente número de processos judiciais associados aos atuais problemas da máquina judiciária e dos desafios efetivos das relações sociais, emerge a ideia da Justiça Restaurativa como uma porta a ser desvendada para minimizar os litígios.

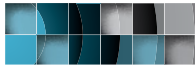
O Poder Judiciário está saturado, não devendo mais ser encarado tão somente como escoadouro para todo e qualquer tipo de conflito, ainda que a Constituição Federal traga insculpido em seu artigo 5º o acesso à justiça, como já exposto anteriormente. Devem ser buscados novos mecanismos para resolução desses conflitos. É nesse contexto que figura a Justiça Restaurativa gradualmente desponta.

A Justiça Restaurativa é uma estratégia de solução de litígios inovadora. Não podendo ser vista exclusivamente como uma válvula de escape para o alto número de processos enfrentados pelo aparato judiciário, mas, sim, como instrumento de auxílio. Ademais, para que seja satisfatoriamente implementada, há necessidade de ações sinérgicas entre os órgãos do Judiciário e inclusive uma mudança na postura dos indivíduos. Além do mais, é evidente que sua abordagem merece cuidados especiais e respeito à sua base principiológica.

Não obstante, por não existir um modelo absoluto de Justiça Restaurativa, sua aplicação adapta-se aos diferentes tipos de conflitos, possibilitando melhores resultados de acordo com as diversas realidades.

Sua finalidade é proporcionar a justiça de forma justa, de modo célere e reconstruir laços de afinidade, por isso, busca enxergar o indivíduo envolto em suas peculiaridades atreladas à existência do conflito e à teia de efeitos emocionais e sociais, diferentemente da Justiça Tradicional, baseada no modelo de Justiça Retributiva que visa apenas à penalização, tendo como principal enfoque o infrator e seu delito.

O investimento na implementação da Justiça Restaurativa inicialmente pode ser custoso, no entanto, em longo prazo trará resultados muito mais benéficos e auxiliará a minimizar o montante dos processos que tramitam no Poder Judiciário, além de proporcionar conforto e amparo às vítimas.



Referências bibliográficas

ALVES, Marilene Melo. **Mediação: alternativa ou solução?** Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 90, p. 15-31, jan./mar. 2012.

AZEVEDO, André Gomma. **O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal.** In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Justiça Restaurativa: um desafio à praxis jurídica.** Campinas – SP: Servanda Editora, 2012.

BRANDÃO, Delano Câncio. **Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946>. Acesso em: 22 de maio de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **“Constituição da República Federativa do Brasil (5 de outubro de 1988)”**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2017.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 de maio de 2017.

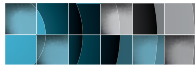
BRASIL. **“Projeto de Lei 7.006 de 2006”**. Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo.** 3º ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Luiza de. **Justiça restaurativa: o que é e como funciona.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

FERREIRA, Francisco Amaro. **Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e Instrumentos.** Coimbra, Coimbra Editora, 2006.



FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Disponível em: <<http://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2009/11/projeto-de-lei-70062006-parecer-do.html>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

I Conferência Internacional de Justiça Restaurativa atrai grande público. Disponível em: <<http://www.oabrs.org.br/noticia-4312-i-conferencia-internacional-justica-restaurativa-atrai-grande-publico>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

JACCOURD, Mylène. **Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa**. In: SLAKMON, C. R. de Vitto, e PINTO, R. Gomes (org.). *Justiça Restaurativa*.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código de Processo Penal Comentado**, 13ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2014.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **“Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?”**. *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. C. Slakmon, R. De Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

Resolução 225 de 2016 do CNJ. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>>. Acesso em: 22 de maio de 2017.

Resolução 2002/12 da ONU - **Princípios Básicos Para Utilização De Programas De Justiça Restaurativa Em Matéria Criminal**. Disponível em <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_d_e_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2017.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**, 2009.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia Geral e Jurídica. Manual dos cursos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

SHEARING, Clifford e FROESTAD, Jan. **Prática da Justiça - O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos**. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

Tony Marshall, apud, FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidade e instrumentos**. Coimbra, 2006.

VEZZULA, Juan Carlos, **Mediação: guia para usuários e profissionais**. Balneário Camboriú: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001.

VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

WINKELMANN, Alexandre Gama; GARCIA, Flavia Fernanda Detoni. **Justiça Restaurativa: fundamentos e críticas**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina,



ano 17, n. 3107, 3 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20775>>. Acesso em: 22 maio 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes - um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo. Palas Athena, 2008.

¹ Retirado da Resolução n. 2002/2012 da ONU que trata dos princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa.

² Ibidem.

³ BRASIL. “Projeto de Lei 7.006 de 2006”. Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

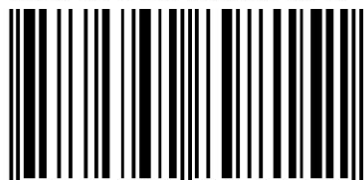
⁴ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

Acesso em: 22 de maio de 2017.

⁵ M. Cappelletti e B. Garth, *Acesso à justiça*, p. 8 (tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet do original *Acess to Justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*, Milano: Giuffrè, 1987). Em outro estudo, Cappelletti também discorre sobre as 3 ondas renovatórias (cf. M. Cappelletti, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia* 12/309-21, passim, especialmente a partir da p. 316).

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-92898-15-1



9 788592 898151

