

# DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA INTERAMERICANA

O presente trabalho foi realizado com o apoio da  
Coordenação de Aperfeiçoamento de pessoal de  
nível superior – Brasil (CAPES) – Código de financiamento 001

**Editor**

João Luiz da Silva Almeida

**Conselho Editorial**

---

Abel Fernandes Gomes  
Adriano Pilatti  
Alexandre Bernardino Costa  
Ana Alice De Carli  
Anderson Soares Madeira  
André Abreu Costa  
Beatriz Souza Costa  
Bleine Queiroz Caúla  
Daniele Maghelly Menezes Moreira  
Diego Araujo Campos  
Enzo Bello  
Firty Nascimento Filho  
Flávio Ahmed  
Frederico Antonio Lima de Oliveira  
Frederico Price Grechi  
Geraldo L. M. Prado

Gina Vidal Marcilio Pompeu  
Gisele Cittadino  
Gustavo Noronha de Ávila  
Gustavo Sénéchal de Goffredo  
Jean Carlos Dias  
Jean Carlos Fernandes  
Jeferson Antônio Fernandes Bacelar  
Jerson Carneiro Gonçalves Junior  
João Marcelo de Lima Assafim  
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.  
José Emilio Medauar  
José Ricardo Ferreira Cunha  
José Rubens Morato Leite  
Josiane Rose Petry Veronese  
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha  
Lúcio Antônio Chamon Junior

Luigi Bonizzato  
Luis Carlos Alcoforado  
Luiz Henrique Sormani Barbugiani  
Manoel Messias Peixinho  
Marcelo Ribeiro Uchôa  
Márcio Ricardo Staffen  
Marco Aurélio Bezerra de Melo  
Marcus Mauricius Holanda  
Maria Celeste Simões Marques  
Océlio de Jesus Carneiro de Moraes  
Ricardo Lodi Ribeiro  
Salah Hassan Khaled Jr.  
Sérgio André Rocha  
Simone Alvarez Lima  
Valter Moura do Carmo  
Vicente Paulo Barretto  
Vinicius Borges Fortes

**Conselheiros Beneméritos**

---

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)  
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

**Filiais**

Sede: Rio de Janeiro  
Rua Octávio de Faria - nº 81, sala 301 –  
CEP: 22795-415  
Recreio dos Bandeirantes – RJ  
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

Minas Gerais (Divulgação)  
Sergio Ricardo de Souza  
[sergio@lumenjuris.com.br](mailto:sergio@lumenjuris.com.br)  
Belo Horizonte – MG  
Tel. (31) 9-9296-1764

São Paulo (Distribuidor)  
Rua Sousa Lima, 75 –  
CEP: 01153-020  
Barra Funda – São Paulo – SP  
Telefax (11) 5908-0240

Santa Catarina (Divulgação)  
Cristiano Alfama Mabilia  
[cristiano@lumenjuris.com.br](mailto:cristiano@lumenjuris.com.br)  
Florianópolis – SC  
Tel. (48) 9-9981-9353

PROF. DR. INGO SARLET  
PROF. DR. HUMBERTO NOGUEIRA  
PROFA. DRA. GINA MARCILIO POMPEU  
(Organizadores)

DIREITOS FUNDAMENTAIS  
NA PERSPECTIVA DA  
DEMOCRACIA INTERAMERICANA

EDITORA LUMEN JURIS  
RIO DE JANEIRO  
2019

*Copyright* © 2019 by  
Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu  
(Organizadores)

Categoria:

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Alex Sandro Nunes de Souza

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pelas opiniões  
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer  
meio ou processo, inclusive quanto às características  
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais  
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,  
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e  
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

O presente trabalho foi realizado com o apoio da  
Coordenação de Aperfeiçoamento de pessoal de  
nível superior – Brasil (CAPES) – Código de financiamento 001

---

# Sumário

<b>Apresentação.....</b>	<b>VII</b>
--------------------------	------------

## **DIREITOS POLÍTICOS FUNDAMENTAIS E OS DESAFIOS DA DEMOCRACIA**

<b>Constituição e Democracia no Brasil: Riscos e Desafios .....</b>	<b>3</b>
<i>Filomeno Moraes</i>	

<b>A Constituição como um Tecido Sem Costura.....</b>	<b>23</b>
<i>Bruno Meneses Lorenzetto</i>	

<b>Armadilhas ao Devido Processo Legislativo em Contextos Democráticos .....</b>	<b>63</b>
<i>Paulo Ricardo Schier</i>	

<b>El Estatus de los Derechos Fundamentales Durante el Régimen de Excepción, a la Luz de la Constitución Peruana y el Didh.....</b>	<b>77</b>
<i>Abraham Siles</i>	

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS**

<b>O Fomento como Atividade da Administração Pública: Mecanismo de Realização dos Direitos Fundamentais e Proteção de Grupos Vulneráveis.....</b>	<b>97</b>
<i>Adriana da Costa Ricardo Schier</i>	

<b>A proteção contra o trabalho infantil no Brasil.....</b>	<b>127</b>
<i>André Viana Custódio</i>	

<b>Responsabilidades de Entes Privados Diante dos Direitos Humanos .....</b>	<b>143</b>
<i>Danielle Anne Pamplona</i>	

<b>A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do status, do resultado da conduta e da funcionalidade.....</b>	<b>151</b>
<i>Joyceane Bezerra de Menezes</i>	

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MIGRANTES**

<b>La Protección Constitucional y Convencional de los Derechos de los Migrantes: Reflexiones a la Luz del Derecho Fundamental a Migrar .....</b>	<b>177</b>
<i>César Landa</i>	
<b>A Questão dos Refugiados: Poder e Controle .....</b>	<b>207</b>
<i>Marco Antonio Lima Berberi</i>	

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE**

<b>Estado Social, Desenvolvimento Humano e Sustentabilidade na América Latina .....</b>	<b>225</b>
<i>Gina Vidal Marcílio Pompeu</i>	
<b>Direitos Fundamentais, Mínimo Existencial e Jurisdição Constitucional no Brasil e na Alemanha .....</b>	<b>257</b>
<i>Ingo Wolfgang Sarlet</i>	
<b>Agenda 2030 y Estado Social y Democrático: El Aporte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible a la Realización de los Derechos a la Educación y la Salud .....</b>	<b>289</b>
<i>Elena Alvites</i>	
<b>El derecho a la consulta y el derecho al consentimiento libre, previo e informado en el contexto de la protección al medio ambiente .....</b>	<b>317</b>
<i>Gonzalo Aguilar Cavallo</i>	
<b>A Ordem Social e a Teoria do Desenvolvimento na Constituição do Brasil .....</b>	<b>341</b>
<i>Carlos Luiz Strapazzon</i>	

**DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE**

<b>A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes? .....</b>	<b>359</b>
<i>Mônia Clarissa Hennig Leal</i>	
<b>Constitución, control de convencionalidad y rol de la Corte Suprema chilena en el cumplimiento de los estándares de control de convencionalidad y de las sentencias de la Corte IDH.....</b>	<b>379</b>
<i>Humberto Nogueira Alcalá</i>	
<b>Protección de derechos fundamentales, debido proceso y control de convencionalidad .....</b>	<b>433</b>
<i>Víctor Bazán</i>	



## Apresentação

A obra coletiva que ora temos a honra e a alegria de apresentar, reúne as contribuições resultantes das pesquisas promovidas pela Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, expostas e debatidas na VI Jornada de Direitos Fundamentais, realizada na Universidade de Fortaleza, Nordeste do Brasil, com a participação de representantes (docentes e discentes de pós-graduação em Direito) de diversas Instituições de Ensino Superior brasileiras e de outros Estados latino-americanos, como é o caso da Argentina, Chile, Colômbia e Peru.

Com a realização de mais uma Jornada, a Rede Interamericana de Direitos Fundamentais avança firmemente no seu processo de consolidação, seja no que diz respeito ao cumprimento dos seus objetivos de natureza científica (pesquisas em parceria, produção científica conjunta e integração acadêmica) seja pelo fato de a cada ano agregar, para além do grupo fundador, mais parceiros de outros Países.

Apenas para demonstrar o acima exposto, vale lembrar que a primeira Jornada ocorreu no Brasil em 2014, mediante um circuito de eventos realizados em três universidades brasileiras, UNIBRASIL, Curitiba, Paraná, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, e UNOESC, Chapecó, Santa Catarina. A segunda Jornada teve lugar, em 2015, na cidade de Lima, Peru, promovida e organizada pela Pontifícia Universidade Católica. Já o terceiro evento ocorreu em São Paulo, Brasil, em 2016, organizado pelas Universidades 9 de Junho, UNINOVE, da Mackenzie e UNIFIEO, no período de 26 a 28 outubro de 2016. O quarto encontro foi novamente realizado em Lima (PUC), de 10 a 12 de outubro de 2017, ao passo que o quinto se deu no Chile, Santiago, de 16 a 18 de outubro de 2018, capitaneado pela Universidade de TALCA.

Neste ano (2019), o grande evento da Rede Interamericana, como já referido, ocorre em Fortaleza, Brasil, no período de 9 a 12 de outubro, sendo organizado pela Universidade de Fortaleza, UNIFOR, e contando com a parceria dos Programas de Pós-Graduação em Direito das Universidades brasileiras fundadoras (PUCRS, UNISC, UNIBRASIL, UNOESC, UNIFOR, FDV, PU-

CPR) e das Universidades PUC/Lima (Peru), TALCA (Chile), EXTERNADO (Colômbia) e Universidad de Buenos Aires (Argentina). O evento conta ainda com o apoio financeiro e institucional da CAPES, FUNCAP, Assembleia Legislativa do estado do Ceará e Prefeitura de Fortaleza.

O rigor científico, próprio das atividades da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia – REDIDD, resta evidenciado não apenas pela qualidade e prestígio dos seus integrantes (instituições e pesquisadores), mas também pela atualidade e relevância dos temas abordados e sua aderência aos grupos de pesquisas, linhas de pesquisa e áreas de concentração dos Programas de Mestrado e Doutorado de cada uma das instituições que a compõe. Destaca-se, além disso, a perspectiva crítica e interdisciplinar das pesquisas e da produção técnica e bibliográfica, que traduz o propósito de lidar com os diversos problemas e desafios vinculados aos direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões, articulando o sistema interamericano com uma metódica comparativa dos modelos jurídico-constitucionais dos Estados que integram a Rede.

Para ilustrar a transversalidade, atualidade e relevância dos temas que constituem o objeto das pesquisas e da produção científica da Rede, que, por sua vez, são discutidos nas sessões plenárias (conferências) e grupos de trabalho (comunicações científicas de discentes e docentes), segue a relação dos eixos temáticos da VI Jornada: 1) direitos fundamentais e proteção de grupos vulneráveis; 2) direitos políticos fundamentais e os desafios da democracia; 3) direitos fundamentais e novas tecnologias; 4) direitos fundamentais sociais, desenvolvimento e sustentabilidade; 5) direitos fundamentais, controle de constitucionalidade e de convencionalidade; 6) liberdades fundamentais e direitos de personalidade; 7) direitos fundamentais dos migrantes; 8) direitos fundamentais, empresas, tributação e orçamento; 9) direitos fundamentais, garantias judiciais, tutela jurisdicional e devido processo

À vista do exposto, é possível verificar que ao longo dos ainda poucos anos de sua existência, o percurso da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia é, a despeito de sua juventude, já significativo do ponto de vista quantitativo e qualitativo, demonstrando sua capacidade de contribuir de modo efetivo para a consolidação de uma cultura e gramática integrada e consistente, do ponto de vista teórico-científico, bem como na formação de quadros humanos críticos e proativos, disposta a e capaz de enfrentar os inúmeros desafios atinentes à efetividade dos direitos fundamentais e do Estado Democrático, Social e Ecológico de Direito nas Américas.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet  
Presidente da REDIDD  
Universidade Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Vice-Presidente da REDIDD  
Universidad de Talca

Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu  
Coordenadora do PPGD da Universidade de Fortaleza



**DIREITOS POLÍTICOS  
FUNDAMENTAIS E OS  
DESAFIOS DA DEMOCRACIA**



# Constituição e Democracia no Brasil: Riscos e Desafios

Filomeno Moraes <sup>1</sup>

## Introdução

O artigo analisa a evolução constitucional-democrática no Brasil sob a Constituição Federal de 1988. Ressalta que a CF/88 pode ser observada a partir de diversas perspectivas importantes, e uma delas, inevitavelmente, decorre da dimensão inédita que atribui ao princípio democrático-político, em relação ao qual e à sua efetivação, dá-se ênfase no trabalho. Considera a manifestação do poder constituinte de 1987/1988, a relação conflituosa entre a busca da representação e da participação políticas, os desafios da reforma política e um balanço da democracia política brasileira. Contrapondo constitucionalidade e realidade, insiste-se em tal relação dialética, com ênfase nos déficits, lacunas, riscos e desafios do experimento democrático-constitucional brasileiro. Reforçando que o aperfeiçoamento – por mudanças incrementais – do presidencialismo, do sistema de representação proporcional, do federalismo e da separação tripartite dos poderes, que são elementos já tradicionais na política brasileira, deve ser o fio condutor da reforma política, conclui que a Constituição Federal, que já se aproxima do trigésimo primeiro ano da sua promulgação, é o texto que, apesar dos riscos e desafios, inaugurou o ciclo mais democraticamente virtuoso de toda a história político-constitucional brasileira, além de caracterizar-se como o mais duradouro.

A Constituição Federal já se aproxima do trigésimo primeiro ano da sua promulgação. Sem dúvida, é o texto que inaugurou o ciclo mais democrática-

---

1 Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional/Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza; doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; livre-docente em Ciência Política pela Universidade Estadual do Ceará; mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro; líder do Grupo de Pesquisa “Estado, Política e Constituição” (CNPq/UNIFOR). E-mails: filomenomoraes@uol.com.br; filomeno@unifor.br

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

mente virtuoso de toda a história político-constitucional brasileira, além de caracterizar-se como o mais duradouro.

Geralmente, constituições tendem a não ter vida longa,<sup>2</sup> pois, aqui e alhures, estão sujeitas às vicissitudes dos fatos e aos coeficientes de “sentimento constitucional”, isto é, a consciência social que, maior ou menor e transcendendo os antagonismos, integra detentores e destinatário do poder político no marco de uma ordem comunitária obrigatória.<sup>3</sup> No que diz respeito à história política brasileira, nos menos de duzentos anos de existência do Estado nacional, observa-se a fertilidade em matéria de assembleias constituintes, que foram instaladas em 1823, 1890, 1933, 1946 e 1987. Constituições, além das provenientes das assembleias constituintes, as de 1891, 1934, 1946 e 1988, existiram mais ainda as oriundas das sístoles autocráticas de ocasião: a Constituição de 1824, já que Pedro I dissolvera a assembleia constituinte instalada após a Independência, foi a primeira da série de ordenamentos constitucionais autoritários; 1937 assistiu a outra manifestação do autoritarismo no processo constitucional; em 1967 se editou nova carta, a qual, embora passando pelo Congresso Nacional, não se livrou do travo da imposição; finalmente, em 1969 se coroou, com a impropriamente chamada Emenda Constitucional nº 1, o conjunto de constituições outorgadas no Brasil.

Consagrando desde o seu preâmbulo a ideia-força do Estado Democrático e Social de Direito, a Constituição de 1988 proclama que o poder emana do povo, que o exercerá por meio de representantes eleitos ou diretamente. Ademais, estabelece no seu art. 1º, V, o *pluralismo* como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, alevantando novo valor em contraposição àqueles prevalecentes durante o autoritarismo-burocrático, máxime os contidos na doutrina da segurança nacional.<sup>4</sup> A CF/88 pode ser observada a partir de diversas perspectivas importantes, e uma delas, inevitavelmente, decorre

---

2 LANE, Jan-Erik. *Constitutions and political theory*. Manchester and New York: Manchester University Press, 1996.

3 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

4 MORAES, Filomeno. Direitos e garantias fundamentais e a realidade brasileira. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José-Costa Rica; Brasília: IIDH;ACNUR;CIVIC;CUE, 1996, p.471-484.

da dimensão inédita que atribui ao princípio democrático-político, em relação ao qual e à sua efetivação, se tecem, neste trabalho, algumas considerações.<sup>5</sup>

## **2 A Manifestação do Poder Constituinte em 1987/1988**

Os frutos advindos das assembleias constituintes representam contrapontos importantes aos surtos de autoritarismo que, periodicamente, marcaram a história político-constitucional brasileira. No seu tempo, tais assembleias estabeleceram arenas privilegiadas da participação política da sociedade, mesmo se se impuser um nível de exigência maior em relação às mesmas. Merece atenção a assertiva de Raymundo Faoro,<sup>6</sup> trazida a lume antes da Constituinte de 1987/1988, segundo a qual nunca o poder constituinte conseguira, nas suas quatro tentativas (1823, 1890/91, 1933/34 e 1946), “vencer o aparelhamento de poder, firmemente ancorado ao patrimonialismo de Estado, mas essas investidas foram as únicas que arvoraram a insígnia da luta, liberando energias parcialmente frustradas” e que “todos os passos, insuficientes na verdade, no caminho das liberdades e da democracia, nos quase 160 anos de país independente, foram dados pelas constituintes, que legaram à sociedade civil as bandeiras, frustradas e escamoteadas, de sua emancipação”.

Acompanhando a linha de raciocínio estabelecida por Faoro, pode-se afirmar que o texto constitucional de 1988 pôde vir à luz em virtude da peculiar modalidade que o poder constituinte adquiriu na efervescência da sociedade brasileira nos 80. De fato, na década de 80, sobretudo na esteira da convocação do Congresso Constituinte estabelecida pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985 e prosseguindo até a promulgação do texto constitucional de 1988, o Brasil vivenciou um dos mais importantes momentos de atuação política da sociedade civil organizada, momento este que, dando continuidade ao processo de mudança política iniciado na década de 70, acabou por contribuir para a inflexão do regime militar e a construção de instituições

---

5 A propósito, cf. também MORAES, Filomeno; MACHADO, Raquel. Sistema eleitoral e sistema de governo sob a Constituição de 1988: dilema da continuidade e da mudança. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 219, p. 133-154, jul./set. 2018, p. 133-154; MORAES, Filomeno. Sistema eleitoral, governabilidade e reforma política no Brasil. In: MACHADO, Raquel; MORAES, Filomeno (Org.). *Fazendo valer as regras do jogo: contornos eleitorais e partidários, instituições e democracia*. Fortaleza: Edições UFC, 2019, p. 149-178.

6 FAORO, Raymundo. *A república inacabada*. São Paulo: Globo, 2007, p.257 e 258.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

representativas e multipartidárias. Mesmo Fernando Henrique Cardoso,<sup>7</sup> que, na presidência da República e em função da racionalidade econômica, do alinhamento à globalização e da continuidade no poder, desembaraçou-se ou tentou desembaraçar-se de diversos comandos constitucionais originários, haveria de reconhecer a importância do esforço constituinte. A propósito, já afirmou que “a grande causa da minha geração não foi a da estabilização da economia. Tampouco a do desenvolvimento econômico. Foi a da democracia” e que “a História contemporânea da política brasileira começa nos anos 1970, com as lutas pela volta da democracia”. E concluiu que “o resultado desse borbulhar da sociedade acabaria sendo a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, finalmente eleita em 1986”.

Apesar das limitações constantes do ato convocatório do Congresso Constituinte, como diz Dalmo de Abreu Dallari,<sup>8</sup> “o resultado de seu trabalho ficou mais próximo das aspirações dos progressistas e democratas do que das preferências conservadoras dos oligarcas e autoritários”, porque foi a que recebeu “maior influência do povo em sua elaboração”. Ademais, “consequência da ampla mobilização do povo no momento da Constituinte e de sua influência nas decisões foi a garantia de seu conteúdo democrático, muito evidente pelos princípios expressamente afirmados em normas constitucionais, assim como pelo grande número de artigos relacionados com os direitos humanos e suas garantias”. De fato, pela articulação entre democracia política, Estado do bem-estar e desenvolvimento, levada a termo pelos constituintes de 1987/1988, logrou-se, ao “revés do que dizem os seus inimigos”, a promulgação da “melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais”.<sup>9</sup>

Emendada muitas vezes, a CF/88 conserva em grande medida o *espírito* que lhe foi atribuído pelo constituinte originário. Todavia, ciclicamente, vêm à tona propostas de uma nova assembleia constituinte, quer seja para a realização de uma nova constituição quer seja para mudanças setoriais, como a concernente à reforma política.

---

7 CARDOSO, Fernando Henrique. *A arte da política: a história que vivi*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p.14 e 15.

8 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição resistente*. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p.49 e 53.

9 BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.204.

### **3 O Princípio Democrático-Político na CF/88: Participação e Representação**

Por mais que tenham mudado o papel e as funções das constituições, elas são, acima de tudo, instrumentos de governo que limitam, restringem e permitem o controle do exercício do poder político. Uma constituição é fundamentalmente uma moldura de governo, ou, como diz Giovanni Sartori,<sup>10</sup> “sem uma carta de direitos, uma constituição ainda é uma constituição; mas se ela não está centralizada numa moldura de governo, não é uma constituição”. Logo, apesar de os textos constitucionais desde o México, em 1917, até o Brasil, em 1988, estarem “carregados de programaticidade”,<sup>11</sup> a constituição como “instrumento de governo” tem a sua razão de ser.<sup>12</sup>

Assim é que, a transição brasileira tem na Constituição de 1988 um momento fundamental para a definição da nova institucionalidade, da qual se devem destacar a dimensão propriamente “constitucional”, isto é, os sistemas eleitoral, partidário e de governo, e a dimensão “procedimental”, ou seja, as regras que regulam o processo decisório, fundamentalmente as relativas aos poderes de agenda e à capacidade de formulação das políticas públicas por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. Entre os seus propósitos inovadores, ao estabelecer que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, a Lei Fundamental contempla a possibilidade de realização, conjunta, da democracia representativa com a democracia participativa ou direta.<sup>13</sup> Ou seja, a produção de decisões políticas advindas da atuação de representantes eleitos (vereadores, prefeitos, deputados estaduais, governadores, deputados federais, senadores e presidente da República) ou diretamente dos eleitores, abre a perspectiva de um modelo misto, de *democracia*

---

10 SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: Ed. UnB, 1996, p.211.

11 CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2005, p.104.

12 MORAES, Filomeno. Réquiem para Giovanni Sartori, um grande mestre. *Segunda Opinião*, Fortaleza, 19 abr. 2017. Disponível em: <segundaopinio.jor.br>. Acesso em: 2 maio 2017.

13 MOISÉS, José Álvaro. *Cidadania e participação*. São Paulo: Marco Zero, 1990; BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Ática, 1991.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

*semidireta*.<sup>14</sup> Neste passo, a Constituição Federal estabelece que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular” (art. 14).

Além dos mecanismos de participação legislativa, a CF introduziu, ampliou ou enfatizou diversos outros mecanismos de participação administrativa ou judicial, bem como está aberta à inclusão, via emendas constitucionais, de novos mecanismos.<sup>15</sup>

## 4 O Discurso da Reforma Política como Crítica à Representação

Um dos temas mais recorrentes no debate político-institucional – praticamente desde a promulgação da CF/88 - é o da reforma política. Quase todo mundo é favorável à reforma política, mas, como pouco se pergunta sobre o que é a reforma política, acaba-se por chegar à falsa conclusão de que, simplesmente por meio da lei, se chegará ao bom governo e aos bons costumes políticos. A rigor, talvez não haja algo que divida tanto, quando se passa do abstrato ao concreto, do discurso à práxis, do que a reforma política brasileira.

Destaque-se, também, a contradição observada por Bolívar Lamounier,<sup>16</sup> segundo o qual se desenvolveu no país uma descrença em relação aos mecanismos de representação política, a saber, eleições, partidos e legislativo.

---

14 MORAES, Filomeno. *Contrapontos: democracia, república e constituição no Brasil*. Fortaleza: Edições UFC, 2010; MORAES, *Constituição econômica brasileira: história e política*. Curitiba: Juruá, 2011.

15 Emitido pela presidente Dilma Rousseff, o Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, instituiu a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS). A PNPS teria o “objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil”. Para tanto, invocavam-se categorias como sociedade civil, conselho de políticas públicas, comissão de políticas públicas, conferência nacional, ouvidoria pública federal, mesa de diálogo, fórum interconselhos, audiência pública, consulta pública e ambiente virtual de participação social. Com a aprovação do Projeto de Decreto Legislativo nº 1.491, de 2014, apresentado pela oposição e anulando o decreto presidencial, a Câmara dos Deputados sustou a medida. No momento, a proposição da Câmara tramita no Senado Federal.

16 LAMOUNIER, Bolívar. *Da Independência a Lula: dois séculos de política brasileira*. São Paulo: Augurium, 2005, p.14 e 15.

Ocorreu, assim, o desenvolvimento de um “discurso pirrônico”, ubíquo, constante, tanto na linguagem intelectual quanto na popular. Por outro lado, uma série de acontecimentos “levou parte da elite brasileira para o extremo oposto, um otimismo por vezes panglossiano, à luz do qual nossa história política se transfigurou em notável desfile de sabedoria e virtude cívica”, provocando a disjunção, com evidente travo pejorativo, entre um “neopanglossianismo politológico” e um “neoliquarquismo”. A primeira categoria classificaria os que estão satisfeitos com o processo político; a outra, os que querem reformar o sistema político, para deixá-lo à imagem e semelhança de suas parciaisidades.

O voluntarismo das elites políticas em relação à reforma política, não é compartilhado, de modo geral, pela academia. Fabiano Santos,<sup>17</sup> por exemplo, ressalta que “o sistema político brasileiro, apesar das aparências, funciona de maneira satisfatória”, pois se tem “um sistema partidário estabilizado, com taxas de volatilidade cadentes, girando em torno de quatro a cinco partidos em equilíbrio de condições, e que expressa a pluralidade social radicada na sociedade”, além de “uma disputa presidencial mais estabilizada ainda, baseada em torno de dois blocos, um de centro-esquerda e outro de centro-direita, que se revezam e continuarão a se revezar no poder, principalmente e à medida que a radicalização dê espaço ao bom senso e à disputa em torno de uma agenda para o país”. Diagnóstico muito diferente do vocalizado, por exemplo, pelo deputado Alexandre Cardoso,<sup>18</sup> que afirma que “o atual e exaurido modelo político-eleitoral é o principal ingrediente do desprestígio e da corrupção do parlamento brasileiro em todas as esferas”, pois é “um modelo em que o voto no candidato ‘A’ elege o candidato ‘B’. Somente seis por cento dos candidatos atingem o quociente eleitoral, enquanto o restante se beneficia de votos alheios”. Destarte, tudo colaboraria para cristalizar um “tipo de política, [que] aliado à manipulação da assistência social, é a responsável pela eleição de ‘simpatizantes’ do narcotráfico, do roubo de cargas e do tráfico de armas”. Por sua vez, Bruno Reis<sup>19</sup> expressa o paradoxo existente

---

17 SANTOS, Fabiano. Agenda oculta da reforma política. *Plenarium*, Brasília, nº 4, 2007, p. 61.

18 CARDOSO, Alexandre. Reforma política: prioridade da democracia. *Plenarium*, Brasília, nº 4, 2007, p. 10.

19 REIS, Bruno P. W. O presidencialismo de coalizão sob pressão: da formação de maiorias democráticas à formação democrática de maiorias. *Plenarium*, Brasília, nº 4, 2007, p.81.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

entre os humores da opinião pública e os da academia. Há, assim, “um mal-estar difuso, que se revela sobretudo em diagnósticos pessimistas da conjuntura, ceticismo quanto ao futuro, cinismo generalizado nas ruas quanto aos políticos”, em contradição com “o crescente otimismo que predomina nos diagnósticos acadêmicos do regime”.

Agora, no calor da decisão que afastou a presidente Dilma Rousseff, opiniões vocalizadas por dois cientistas políticos – Barry Ames<sup>20</sup> e Argelina Cheibub Figueiredo -,<sup>21</sup> o primeiro, arrolado entre os “pessimistas”, a outra, entre os “otimitistas”, no que se refere às instituições políticas, fazem um balanço das suas hipóteses. O argumento básico de Ames, trazido à luz há cerca de uma década e meia, consistia em que a governabilidade do Brasil era prejudicada por suas regras eleitorais, a saber, representação proporcional em lista aberta *cum* grandes distritos e barreiras baixas à entrada de partidos no Congresso.<sup>22</sup> Agora, Ames pensa que reformas políticas, no longo prazo, o poderão ajudar o Brasil, mas o problema vai além de regras eleitorais, pois “a crise é maior, menor, mais profunda e mais larga”. *Maior* porque a recessão resulta apenas em parte da política macroeconômica do PT; *menor* porque Dilma é particularmente incompetente na política; *mais profunda* porque o clientelismo e os oligopólios existem há muito tempo; e *mais larga* porque o Congresso não tem credibilidade. A não-credibilidade ocorre “não só porque deputados corruptos desempenharam papéis importantes no processo de impeachment; também é óbvio que a qualidade da liderança do Congresso reflete corretamente que sua tarefa descambou de administrar clientelismo a administrar corrupção”. Por fim, salienta que a estrutura política e a economia política do Brasil necessitam seriamente de “uma conversação nacional, uma conversação livre de domínio por políticos que buscam proteger suas carreiras políticas”.

Por sua vez, Argelina Cheibub Figueiredo acentua que sempre argumentou que as instituições representativas e de governo no Brasil - presidencialismo, federalismo, sistema proporcional de lista aberta e multipartidarismo

---

20 AMES, Barry. Os entraves da democracia no Brasil: uma crise antevista. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Caderno “Passado/Adiante”, p.13, 13 maio 2016.

21 FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. O que deu errado? Não culpemos as instituições. *Folha de São Paulo* (São Paulo), p.13, 13 maio 2016.

22 AMES, Barry. *Os entraves à democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003.

– não constituem obstáculos para o funcionamento e a mudança de políticas públicas em governos de coalizão. Destarte, os vinte anos de estabilidade econômica e política mostram suficientemente a viabilidade de tal combinação institucional. O que deu errado, pois, não está nas instituições, mas no “cabo de guerra entre um governo fragilizado pelo baixo desempenho da economia e pelas denúncias de seu envolvimento em práticas corruptas e uma oposição desleal, ou seja, aquela que, segundo os manuais de ciência política, não aceita as regras do jogo”. Conclui que há de parar com “a mania de culpar as instituições básicas de República - presidencialismo, multipartidarismo, federalismo – por crises que têm raízes sociais, econômicas e políticas”.

O certo, contudo, é que se promove a reforma política, com a adoção, inclusive, de mecanismos que produzem profundos impactos. Em 1997, introduziu-se, pela via legislativa, a reeleição para a presidência da República, governadores e prefeitos, quebrando uma tradição que, por mais de cem anos, em todas as constituintes e em todas as constituições (mesmo as autoritárias), lhe foi refratária. A partir da primeira década do século em curso, a vez da via jurisdicional provocar mudanças no sistema político. Senão, veja-se. Em 2002, o Tribunal Superior Eleitoral, em resposta a uma consulta, promoveu forte intervenção no processo político, quando verticalizou as alianças eleitorais, a menos de um ano das eleições e contra a tradição que vigorou durante o regime constitucional de 1946 e, proibida pelo Código Eleitoral de 1965, se restabeleceu, em 1985, com os ares democratizantes.

Depois, a verticalização ou não-verticalização das alianças eleitorais voltou à tona, promovendo debates apaixonados e tomadas de posição que, às vezes, beiraram a irracionalidade. De fato, o Congresso Nacional aprovou a Proposta de Emenda nº 548/2002, dando nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal, disciplinando as coligações eleitorais e garantindo ao partido político autonomia para adotar os critérios de escolha e o regime de suas alianças, sem a obrigatoriedade de vinculação eleitoral entre as candidaturas em nível nacional, estadual, distrital ou municipal. A nova emenda constitucional acabou, enfim, as coligações compulsórias introduzida pela decisão do TSE em 2002. Novamente, a Justiça Eleitoral, ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, interveio no processo político, considerando que tal emenda constitucional não se aplicaria às eleições de 2002. Mais tarde, entre outras intervenções, veio a imposição da fidelidade partidária por meio de interpretação judicial.

## 5 Mais Representação ou Mais Participação?

Segundo Paulo Bonavides,<sup>23</sup> a legitimidade precisa ser repolitizada e a soberania popular deve ser efetiva, o que não é possível nos limites do regime representativo brasileiro. Destarte, a devolução da soberania ao seu único e legítimo titular, o povo, significa alterar radicalmente a atual estrutura de poder, fazendo-se imperativa a instauração da democracia direta ou participativa. Pois, “a democracia indireta ou representativa é menos legítima, mais sujeita a vicissitudes distorcidas, menos refratária aos meios e vícios de ludíbrio do que a democracia direta”,<sup>24</sup> enquanto “a cidadania se manifesta pela via participativa, pelas exteriorizações de vontade de cada membro da sociedade política, legitimamente habilitado a intervir no processo decisório e governativo, mediante a qual se conduzem os negócios públicos de baixo da coletividade”.<sup>25</sup> Logo, “só a democracia direta poderá [...] restaurar a legitimidade do Estado brasileiro, que passa por uma crise de representatividade sem paralelo em toda a história republicana”.<sup>26</sup>

A introdução na ordem constitucional dos mecanismos da democracia participativa constitui inegável avanço, pois se espera que a complementaridade entre as formas de representação política e as formas de participação política funcione como corretivo a certas dificuldades do sistema político, diminuindo-se, inclusive, a distância que separa os representantes dos eleitores. Todavia e apesar dos impasses da democracia representativa,<sup>27</sup> convém prestar bastante atenção ao aspecto da “complementaridade” entre uma e outra forma da democracia, mesmo porque a realização da forma participativa ou direta está em função da ativação política da sociedade, até agora, de modo geral, praticamente inerte ou negligente na pressão por plebiscitos e referendos

---

23 BONAVIDES, Paulo. A democracia do terceiro milênio. *Nomos-Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, v. XIII/XIV, nº 1/2, 1994/1995, p.9-16, e *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

24 BONAVIDES, Paulo. A democracia do terceiro milênio..., p.9.

25 *Ibid.*, p.11.

26 *Ibid.*, p.14.

27 BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.281-303.

e na confecção de projetos de lei, complementares e ordinários, de que possui a iniciativa.

A propósito da democracia brasileira e da tensão entre representação e participação, convém recorrer a Wanderley Guilherme dos Santos,<sup>28</sup> quando considera que a democracia direta é uma ideia sedutora e generosa, porque “a concessão de um mandato não equivale a alguma lúcida transferência de sabedoria do povo a seus representantes nem há comprovação de intimidades telepáticas entre um e outros”, e que “plebiscitos e referendos proporcionam o indispensável esclarecimento quanto à inclinação majoritária da população vigente”. Mas, convém considerar também que substituir permanentemente as instituições representativas por consultas plebiscitárias à população é uma tese atraente, porém equivocada. De fato, “o parlamento vem a ser precisamente o lugar em que são expostos argumentos contraditórios, em que se processa a persuasão de uns, a reconsideração de outros e a deliberação que, afinal, raramente corresponde imaculadamente a alguma das opiniões originárias”. E quanto às grandes expectativas a propósito dos mecanismos complementares de democracia direta, conclui que “são, essencialmente, omifuncionais, tantos servem à democracia como podem beneficiar tiranias”.

## **6 Um Balanço do Experimento Democrático-Constitucional**

Por oportuno, não devem ser esquecidas as dificuldades - em qualquer lugar - para a construção da democracia política, tanto da democracia representativa quanto da democracia participativa. Já advertiu Norberto Bobbio<sup>29</sup> que, “se a democracia é difícil, a democracia direta é mais difícil ainda”. A realização do ideal democrático pressupõe cidadãos atentos à evolução da coisa pública, informados dos acontecimentos políticos, conhecedores dos principais problemas, capazes de escolher entre as diversas alternativas apresentadas pelas forças políticas e fortemente interessados em formas diretas ou indiretas de participação.

---

28 SANTOS, Wanderley Guilherme. *O paradoxo de Rousseau: uma interpretação democrática da vontade geral*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007, p.7, 8 e 10.

29 BOBBIO, Norberto. Quais as alternativas para a democracia representativa? In: BOBBIO, Norberto et al. *O marxismo e o Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p.36.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Evidentemente, no Brasil as dificuldades são maiores ainda do que em muitos outros lugares. Sobretudo porque, em primeiro lugar, a sociedade está substancialmente marcada por desequilíbrios socioeconômicos e por um elevado grau de iniquidade social. E, em segundo lugar, porque é uma sociedade que se caracteriza por um evidente componente autoritário, com uma história pontilhada por manifestações de sentimento antirrepresentativo. Depois, algumas decisões afetaram de forma problemática o sistema político. Uma delas é a reeleição de mandatários do Poder Executivo. Inexistem estudos abalizados sobre o impacto do mecanismo sobre o experimento democrático-constitucional brasileiro, todavia, um olhar empírico sobre a prática da reeleição talvez não seja, de modo geral, animador. Tendência ao uso da máquina governamental, abuso de poder político, condutas vedadas a agentes públicos, captação ilícita de sufrágio, desequilíbrio da competição política, oligarquização e personalização do poder e empreendedorismo político distante dos valores republicanos constituem, entre outros, aspectos negativos vinculados ao mecanismo. Inclusive, no debate sobre a reelegibilidade é visível o consenso sobre os seus aspectos negativos, reunindo inspiradores, e aproveitadores reais ou potenciais, da introdução do mecanismo, em 1987, na Constituição Federal. De fato, na presidência de Fernando Henrique Cardoso apostrofou-se na Constituição Federal, em detrimento de uma tradição republicana centenária de repulsa, o mecanismo da reeleição.

É oportuno lembrar que, na esteira da transição do autoritarismo para a democracia, ocorrida no Brasil e em outros países latino-americanos, a teoria política encareceu pelo menos mais duas condições necessárias à qualificação de uma democracia política ou poliarquia, a saber, quem ocupa as posições mais altas no governo não deve sofrer o término de seus mandatos antes dos prazos legalmente estabelecidos e as autoridades eleitas não devem estar sujeitas a restrições severas ou vetos.<sup>30</sup> Antes, Robert Dahl<sup>31</sup> estabeleceu as condições de existência de um regime democrático, a partir da observação de um conjunto de condições que, senão todas, pelo menos boa parte, deveria estar presente. Ei-las: autoridades públicas eleitas; eleições livres e limpas; sufrágio universal; direito a competir pelos cargos públicos; liberda-

---

30 O'DONNELL, Guillermo. Otra institucionalización. *La Política - Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Buenos Aires, nº 2, 1996, p.5-27.

31 DAHL, Robert. *Polyarchy: participation and opposition*. New Haven: Yale University Press, 1971.

de de expressão; informação alternativa e liberdade de associação. A partir dos anos 90, assistiu-se na América Latina a progressos muito grandes na busca da institucionalização das democracias políticas ou poliarquias, apesar dos muitos déficits que se fizeram ou se fazem acompanhar. Neste diapasão, com certeza a teoria da democracia necessita estabelecer mais uma condição necessária para que um regime seja considerado democrático, a saber, que os presidencialismos (de coalizão ou de outra natureza) não admitam mandatários vitalícios ou quase vitalícios.<sup>32</sup>

Outra questão relevante é a da relação entre a presidência da República e Congresso Nacional. A crise da República Populista, com o desenlace *manu militari* em 1964, foi, fundamentalmente, uma crise de paralisia decisória, oriunda da incapacidade do Executivo – frente a um Legislativo hostil - de tomar decisões políticas adequadas em relação à crescente deterioração do Estado. No Brasil pós-88, o processo político nacional tomou caminho diferente, fugindo da paralisiação decisória e da ingovernabilidade, desenvolvendo-se o padrão de governança intitulado “presidencialismo de coalizão”, cuja pedra angular se afirma numa relação cooperativa entre os Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, nomeadamente, nos últimos meses do primeiro mandato e prolongando-se pelo primeiro ano do segundo mandato de Dilma Rousseff, a coalizão partidário-governamental passou por séria crise, resultando no afastamento da presidente e na assunção interina do vice-presidente. De repente, os fantasmas da paralisia decisória e da ingovernabilidade apareceram no horizonte. De fato, a história recente do Brasil mostra que presidentes que não logram formar maioria ou a perderam não terminam o mandato, como aconteceram com Getúlio Vargas, Café Filho, Jânio Quadros, João Goulart e Fernando Collor. Por conseguinte, está-se diante de um problema político-institucional real, qual seja, o de que presidente que não logra formar maioria ou a perde não termina o mandato. Como observa Octavio Amorim, “um dos grandes desafios institucionais do Brasil é conseguir ter governos minoritários efetivos”, pois “a fórmula de sobrevivência de uma Presidência minoritária ainda não surgiu no Brasil”. O presidencialismo de coalizão é uma fórmula genérica, que oferece justamente mecanismos pelos quais um presidente cujo partido não tem a maioria possa formá-la, baseada na troca

---

32 MORAES, Filomeno. *Contrapontos...*

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

de cargos ministeriais por apoio legislativo.<sup>33</sup> Assim, merece atenção Aníbal Pérez-Liñán,<sup>34</sup> quando, ao analisar a conjuntura brasileira atual, salienta que “las condiciones que impulsan los juicios políticos de hoy son en parte las mismas que impulsaban los golpes militares del pasado: recesión económica, movilización social y élites inescrupulosas. Pero el resultado no es igual”. No entanto, acrescenta Pérez Liñan, “llamar golpistas a los amplios sectores que piden – equivocadamente [...] - la salida de Dilma por juicio político significa legitimar con un barniz mayoritario a los verdaderos golpistas brasileños, quienes reivindican todavía el golpe militar de 1964”.<sup>35</sup>

Juan Linz já chamara a atenção para o que considerava ser a origem de todos os problemas do presidencialismo: o confronto de poderes, que se dá quando um presidente sem lastro parlamentar busca o apoio direto na sociedade, ou seja, a reivindicação de uma legitimidade popular superior à do Congresso.<sup>36</sup> No Brasil, talvez haja dificuldade para tanto em virtude de que tanto o Congresso quanto a presidência vivenciam níveis de popularidade bastante baixos. Na verdade, o fenômeno do presidencialismo de coalizão assoma como modalidade de governança a distinguir os anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988. Destacando o papel do presidente da República, responsável, em última instância, pela continuidade ou descontinuidade da coalizão e o bom ou mau êxito da governança, tal

---

33 KLEIN, Cristian. Presidentes sem maioria não terminam o mandato (conversa com o cientista político Octavio Amorim). *Valor Econômico*, São Paulo, 12 set. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

34 PÉREZ-LIÑAN, Aníbal. Brasil: es preciso repensar el juicio político. *Clarín*, Buenos Aires, 25 abr. 2016. Disponível em: <[http://www.clarin.com/opinion/Brasil-preciso-repensar-juicio-politico\\_0\\_1564643616.html](http://www.clarin.com/opinion/Brasil-preciso-repensar-juicio-politico_0_1564643616.html)>. Acesso em: 30 jun. 2016. O mesmo Pérez-Liñán aborda, comparativamente, diversos países sul-americanos frente ao que denomina “crises presidenciais” e a emergência de recorrentes “juicios políticos”. PÉREZ-LIÑAN, Aníbal. *Presidential impeachment and the new political instability in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2007. Talvez não seja temerário esperar que, no *making constitutions* – a expressão é de Gabriel Negretto – ou no *remaking constitutions*, definam com maior precisão o que, no presidencialismo, é o *impeachment* ou *juicio político*. NEGRETTO, Gabriel L. *Making constitutions: presidents, parties, and institutional choice in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2013.

35 Pode-se dizer que o fenômeno que levou à derrocada da presidente eleita em 2014 e à consequente sucessão por parte do vice-presidente, eleito na mesma chapa, constituiu-se numa exacerbação do exercício de *realpolitik*, levado a termo pelo que Pérez-Liñan denominou de “élites inescrupulosas”.

36 LINZ, Juan. Presidencialismo ou parlamentarismo: faz alguma diferença? In: LAMOUNIER, Bolívar (Org.). *A opção parlamentarista*. São Paulo: Idesp/Ed. Sumaré, 1991, p.61-120.

arranjo institucional e operacional foi, em regra, exitoso no que diz respeito ao quesito governabilidade. Todavia, é cruel tanto pela ação desagregadora que exerce sobre os partidos políticos quanto pela ação deletéria relativa à autonomia do Congresso Nacional.

Sobre os partidos políticos, os quais, na conjuntura, parecem vivenciar séria crise existencial, pode-se dizer que possibilitaram, em grande medida, as coalizações governamentais que se têm verificado desde o governo de Fernando Cardoso até muito recentemente. Como já observou Rômulo Leitão, “em que pese esse descrédito dos partidos, do ponto de vista da representação política, em outra perspectiva, a do funcionamento parlamentar e das relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, os partidos políticos tem se apresentado cada vez mais vigorosos e organizados”.<sup>37</sup> No entanto, mais recentemente, acentuou-se a erosão do sistema partidário, quer pela diminuição da representatividade no nível da sociedade, quer pelos patamares elevados de fragmentação parlamentar.<sup>38</sup>

Na oportunidade, também chama a atenção o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial, como um espectro que ronda a política brasileira.<sup>39</sup>

---

37 LEITÃO, Rômulo. *Partidos política e redemocratização brasileira*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p.190-191.

38 Además, como observa Aníbal Pérez-Liñan, “la tragedia brasileña derrumbó dos dogmas de la política latinoamericana. El primero es que Brasil opera bajo un ‘presidencialismo de coalición’ capaz de asegurar la gobernabilidad. El segundo es que la ira popular solamente sacude del poder a los gobiernos neoliberales”. PÉREZ-LIÑAN, Aníbal. Brasil: es preciso repensar el juicio político. *Clarín*, Buenos Aires, 25 abr. 2016. Disponível em: [http://www.clarin.com/opinion/Brasil-preciso-repensar-juicio-politico\\_0\\_1564643616.html](http://www.clarin.com/opinion/Brasil-preciso-repensar-juicio-politico_0_1564643616.html). Acesso em: 11 maio 2016.

39 Segundo Abranches, “governos de coalizão tem como requisito funcional indispensável uma instância, com força constitucional, que possa intervir nos momentos de tensão entre o Executivo e o Legislativo, definindo parâmetros políticos para resolução dos impasses e impedindo que as contrariedades políticas de conjuntura levem a ruptura do regime”. Porque tal “este instrumento de regulação e equilíbrio do regime constitucional serve, no presidencialismo de coalizão, para reduzir a dependência das instituições ao destino da presidência e evitar que esta se torne o ponto de convergência de todas as tensões, envolvendo diretamente a autoridade presidencial em todos os conflitos e ameaçando desestabilizá-la em caso de insucesso”. ABRANCHES, Sérgio. *Crises políticas no presidencialismo de coalizão*. Disponível em: <<http://www.ecopolitica.com.br/2015/12/21/crises-politicas-no-presidencialismo-de-coalizao/>>. Acesso em: 26 dez. 2015.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

## 7 Considerações Finais

No período de vigência da CF/88, isto é, nos últimos vinte e oito anos, a vida política brasileira passou por muitas vicissitudes, mas – apesar da crise política de largo espectro vivenciada – se constrói um experimento que coloca o país no caminho das democracias. De fato, a dimensão “estruturante” que o texto constitucional atribui ao princípio democrático-político possibilitou que, no seu marco, se realizasse o processo de mudança política, com a construção de instituições representativas e multipartidárias, a restauração da separação dos poderes e a reconstrução do federalismo. Nos anos 90 e prosseguindo pelos dezessete anos deste século XXI, o processo político caminhou no sentido de falsificar as profecias de cenários catastróficos e consolidar o experimento democrático.

Evidentemente, identificam-se distorções no funcionamento das instituições políticas brasileiras, cabendo muitas vezes modificá-las para que se evitem as consequências negativas associadas às mesmas e, sobretudo, para que se estanque a difusão da ideia da “antipolítica”, que semeia o sentimento de que o exercício da política está associado, sempre, à corrupção. Todavia, o ensaio de democracia que se experimenta desde os meados da década de 1980 apresenta êxito. O processo político brasileiro, embora enfrente problemas e dilemas, tem caminhado no sentido de evitar os conflitos disruptivos que marcaram perversamente a evolução político-constitucional anterior a 1988. Ademais, o cabedal de conhecimentos acumulado mais recentemente no Brasil questiona muito do que se afirmou tradicionalmente sobre o sistema político nacional e, sobretudo, põe por terra juízos que, sem a devida base empírica, orientam a discussão da reforma política.

De fato, o Brasil nunca foi tão democrático como agora, e o espectro que ronda a estabilidade do processo democrático não é o da entropia nem o excesso de exclusão.<sup>40</sup> Assim, a fixação na reforma política tem, entre outras consequências, um efeito-distração sobre a pobreza, a desigualdade, a exclusão social e os dramáticos níveis de criminalidade e violência, a par dos baixos níveis do que Timothy Power<sup>41</sup> denomina “apoio atitudinal em relação à

---

40 SANTOS, Fabiano. Um elogio ao Tiririca: o perigo da oligarquização ronda a nossa democracia. *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, jul./ago./set. 2011, p.81-90.

41 POWER, Timothy. Optimism, pessimism, and coalitional presidentialism: debating the institutional design of Brazilian democracy. *Bulletin of Latin America Research*, Oxford, v. 29, nº 1, 2010, p.18.

democracia”. Por tudo, parece que o aperfeiçoamento – por mudanças incrementais - do presidencialismo, do sistema de representação proporcional, do federalismo e da separação tripartite dos poderes, que são elementos já tradicionais na política brasileira, deve ser o fio condutor da reforma política. E tudo pode ser realizado no marco do texto constitucional de 1988.

## **8 Referências**

ABRANCHES, Sérgio. *Crises políticas no presidencialismo de coalizão*. Disponível em: <<http://www.ecopolitica.com.br/2015/12/21/crises-politicas-no-presidencialismo-de-coalizacao/>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

AMES, Barry. *Os entraves à democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003.

AMES, Barry. Os entraves da democracia no Brasil: uma crise antevista. *Folha de São Paulo* (Caderno “Passado/Adiante”), São Paulo, p.13, 13 jul. 2019.

ARAGÃO, Murillo de. Um novo parlamentarismo. *Estado de São Paulo*, São Paulo, p. A2, 13 jul. 2019.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Ática, 1991.

BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.281-303.

BOBBIO, Norberto. Quais as alternativas para a democracia representativa? In: BOBBIO, Norberto et al. *O marxismo e o Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 33-54.

BONAVIDES, Paulo. A democracia do terceiro milênio. *Nomos-Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, v.XIII/XIV, nº 1/2, p.9-16, 1994/1995.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2005.

CARDOSO, Alexandre. Reforma política: prioridade da democracia. *Plenarium*, Brasília, nº 4, p.10-13, 2007.

CARDOSO, Fernando Henrique. *A arte da política: a história que vivi*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

DAHL, Robert. *Polyarchy: participation and opposition*. New Haven: Yale University Press, 1971.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição resistente. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p.45-63.

FAORO, Raymundo. *A república inacabada*. São Paulo: Globo, 2007.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. O que deu errado? Não culpemos as instituições. *Folha de São Paulo* (Caderno “Passado/Adiante”), São Paulo, p.13, 13 jul. 2019.

KLEIN, Cristian. Presidentes sem maioria não terminam o mandato (conversa com o cientista político Octavio Amorim). *Valor Econômico*, São Paulo, 12 set. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

LAMOUNIER, Bolívar. *Da Independência a Lula: dois séculos de política brasileira*. São Paulo: Augurium, 2005.

LANE, Jan-Erik. *Constitutions and political theory*. Manchester and New York: Manchester University Press, 1996.

LEITÃO, Rômulo. *Partidos política e redemocratização brasileira*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

LINZ, Juan. Presidencialismo ou parlamentarismo: faz alguma diferença? In: LAMOUNIER, Bolívar (Org.). *A opção parlamentarista*. São Paulo: Idesp/Ed. Sumaré, 1991. p.61-120.

LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. *A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul*. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MOISÉS, José Álvaro. *Cidadania e participação*. São Paulo: Marco Zero, 1990.

MORAES, Filomeno. Direitos e garantias fundamentais e a realidade brasileira. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José-Costa Rica; Brasília: IIDH;ACNUR;CIVIC;CUE, 1996. p.471-484.

MORAES, Filomeno. *Contrapontos: democracia, república e constituição no Brasil*. Fortaleza: Edições UFC, 2010.

MORAES, Filomeno. *Constituição econômica brasileira: história e política*. Curitiba: Juruá, 2011.

MORAES, Filomeno. Réquiem para Giovanni Sartori, um grande mestre. *Segunda Opinião*, Fortaleza, 19 abr. 2017. Disponível em: <segundaopinio.jor.br>. Acesso em: 20 jul. 2019.

MORAES, Filomeno. Sistema eleitoral, governabilidade e reforma política no Brasil. In: MACHADO, Raquel; MORAES, Filomeno (Org.). *Fazendo valer as regras do jogo: contornos eleitorais e partidários, instituições e democracia*. Fortaleza: Edições UFC, 2019. p. 149-178.

MORAES, Filomeno; VERDE SOBRINHO, Luís Lima. Quedas democráticas de governo: o *impeachment* no presidencialismo brasileiro comparado ao voto de desconfiança nos sistemas parlamentaristas. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 21, nº 21, p. 45-71, 2016. Disponível em: <revis-taeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd>. Acesso em: 13 jul. 2019.

MORAES, Filomeno; MACHADO, Raquel. Sistema eleitoral e sistema de governo sob a Constituição de 1988: dilema da continuidade e da mudança. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 219, p. 133-154, jul./set. 2018.

NEGRETTO, Gabriel L. *Making constitutions: presidents, parties, and institutional choice in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2013.

O'DONNELL, Guillermo. Otra institucionalización. *La Política – Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Buenos Aires, nº 2, p. 5-27, 1996.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

PÉREZ-LIÑAN, Aníbal. *Presidential impeachment and the new political instability in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2007.

PÉREZ-LIÑAN, Aníbal. Brasil: es preciso repensar el juicio político. *Clarín*, Buenos Aires, 25 abr. 2016. Disponível em: [http://www.clarin.com/opinion/Brasil-preciso-repensar-juicio-politico\\_0\\_1564643616.html](http://www.clarin.com/opinion/Brasil-preciso-repensar-juicio-politico_0_1564643616.html). Acesso em: 13 jul. 2019.

POWER, Timothy. Optimism, pessimism, and coalitional presidentialism: debating the institutional design of Brazilian democracy. *Bulletin of Latin America Research*, Oxford, v. 29, nº 1, p.18-33, 2010.

REIS, Bruno P. W. O presidencialismo de coalizão sob pressão: da formação de maiorias democráticas à formação democrática de maiorias. *Plenarium*, Brasília, nº 4, p.80-103, 2007.

SANTOS, Fabiano. Agenda oculta da reforma política. *Plenarium*, Brasília, nº 4, p.60-69, 2007.

SANTOS, Fabiano. Um elogio ao Tiririca: o perigo da oligarquização ronda a nossa democracia. *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, p.81-90, jul./ago./set. 2011.

SANTOS, Wanderley Guilherme. *O paradoxo de Rousseau: uma interpretação democrática da vontade geral*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: Ed. UnB, 1996.

# A Constituição como um Tecido Sem Costura

Bruno Meneses Lorenzetto<sup>1</sup>

Do I contradict myself?  
Very well then .... I contradict myself;  
I am large .... I contain multitudes.<sup>2</sup>

## Introdução

Atribui-se a Frederic Maitland a ideia da história como uma *seamless web*, uma teia íntegra, a unidade de toda a *história* é tal que, qualquer um que procure contar um *pedaço* dela precisa sentir (*feel*), perceber, reconhecer que sua primeira frase rompe, despedaça um tecido, um entrelaçamento, um enredo *sem costura*.<sup>3</sup> A possibilidade de contar a história, da narrativa, é dada por uma impossibilidade. Contar um pedaço sempre demanda o reconhecimento, o sentimento do narrador de que ele está sendo injusto com a totalidade da história, *contar* está próximo de *cortar*. Aventar apenas um pedaço, despedaçar a forma orgânica re-presentada pela história.

A metáfora das fortes tramas que enlaçam a teia foi transposta para o Direito. A forma holística ou orgânica de apresentação do Direito reafirma a própria estrutura do funcionamento das instituições, seu papel na representação de um *corpo*, de um *organismo* que promove classificações, seleções,

---

1 Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York. Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia. O presente texto é uma versão adaptada de um capítulo do livro: LORENZETTO, Bruno. *Os caminhos do constitucionalismo para a democracia*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

2 WITHMAN, W. *Song of Myself*. Iowa: University of Iowa Press, 1989. p. 43.

3 MAITLAND, F. W. A Prologue to a History of English Law. In: *Select Essays in Anglo-American Legal History*. v. 1. Boston: Little Brown, 1907. p. 7.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

escolhas, define quem deve ficar dentro e fora do sistema, da política, quem é *reconhecido*, quem tem *voz*. A não causalidade de tal representação permite que outras sejam inferidas a partir dela. Se o Direito se apresenta como uma estrutura orgânica, ele pode nascer, viver, morrer e, eventualmente, *renascer*.

A Constituição pode ser definida como uma *composição*. O músico escreve a partitura original que *deverá conduzir* a reprodução futura da música. Essa é a forma elementar da relação entre o escritor, o compositor, o criador dos registros e os outros, as pessoas que irão continuar a (re) produzir a música. Porém, pode ser objetado logo no princípio: é possível ir *além* da partitura, sobre-vir a inscrição original a dis-posição primeira, fazer música para além do “texto”.

A Constituição é uma composição, uma reunião das *partes constituintes* em uma estrutura. Em relação a uma comunidade, o uso do termo Constituição indica um *modo de vida*, a identidade de um *Povo*, seu *ethos*, sua história. A Constituição é menos algo que possuímos, trata-se de algo que *nos constitui*.<sup>4</sup> Um segundo uso do conceito pode ser ressaltado como o indicativo de uma *ação*, uma atividade constituinte ligada à fundação, à definição de uma estrutura, a modelação de algo *novo* ou *renovado*.

Logo, a Constituição não é apenas algo sob o domínio de um grupo, ou tão somente algo que nos define como cidadãos pertencentes à uma comunidade política, mas algo que *fazemos*, ou que *podemos fazer*. Atrela-se à capacidade humana de agir no *mundo da vida*, inovar e romper com correntes, o processo de trazer algo *sem precedentes*, de *dar à luz*.

Tal definição guarda sua acuidade por recordar que as Constituições são produzidas, fabricadas, são obras humanas, criações que resultam de convenções, escolhas, conflitos, de distintos processos para (re)definir sua moldura por meio de ações coletivas. A capacidade humana de autodeterminação e autoconstituição pode ser realizada quando as razões são publicizadas, deliberadas, quando as pessoas respondem ao chamado para ocupar sua posição política como membros de um *mundo*, de uma coletividade, quando podem participar como cofundadores de projetos de outras gerações. Segundo Hanna Pitkin: “Para constituir, alguém deve não apenas se tornar ativo em algum momento mas deve estabelecer algo que dure, que, nos assuntos humanos, inevitavelmente significa algo que irá engajar e ser levado adiante

---

4 PITKIN, H. F. The Idea of a Constitution. In: *Journal of Legal Education*. v. 37, 1987. p. 167.

por outros.”<sup>5</sup> A Constituição é, assim, um espaço para a ação política cujo resultado é uma *obra*, uma *fabricação* que possui alguma resiliência, pode ser *transmitida* para outros, outras gerações.

Para Hannah Arendt, o animal político não é aquela pessoa capaz de manipular instituições para sua própria vantagem ou alguém abençoado pela virtude. Trata-se, ao contrário, das pessoas que se engajam nas atividades públicas de maneira responsável e compromissada, com a capacidade de discernir entre assuntos políticos e temas pessoais. Além de compreender os interesses políticos são receptivas para deliberações e tratam a todos de maneira igualitária.

Ademais, a temporalidade do mundo da vida é determinada pela *natalidade*, o nascimento de cada novo indivíduo indica a possibilidade de novos começos, logo, agir politicamente implica tomar iniciativa, abrir espaço para o inesperado. O *mundo da vida* é o espaço da identificação do grupo, da comunidade política, tanto em sentido histórico como geográfico.<sup>6</sup>

O elo entre política e direito está sugerido na necessidade de uma estrutura que abrigue ações, práticas e discursos. A constituição da Constituição sob as lentes de Arendt é uma combinação de arquitetura e engenharia. É uma arte que habilita que diferentes cidadãos, interessados na política, possam se reunir em um mesmo espaço (político), mas trata também dos muros, das fronteiras que delimitam o espaço público.<sup>7</sup> A ênfase recai sempre na *artifi-*

---

5 “To constitute, one must not merely become active at some moment but must establish something that lasts, which, in human affairs, inevitably means something that will enlist and be carried forward by others.” (PITKIN, H. F. *The Idea of a Constitution*. p. 168. Tradução livre).

6 “In communication, individuals appear actively as unique beings and reveal themselves in their subjectivity. At the same time they must recognize one another as equally responsible beings, that is, as beings capable of intersubjective agreement – the rationality claim immanent in speech grounds a radical equality. Finally, the life-world is filled, so to speak, with praxis, with the ‘web of human relationships’.” (HABERMAS, J. *Hannah Arendt’s Communications Concept of Power*. In: *Social Research*. v. 44, 1977. p. 8). Ainda, para Habermas, o sucesso da democracia deliberativa depende não de uma coletividade de cidadãos *agindo* politicamente, mas na *institucionalização* dos procedimentos e das condições comunicativas, bem como a relação entre os processos deliberativos institucionalizados e as opiniões públicas desenvolvidas de maneira “informal”. HABERMAS, J. *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 298. Pode-se perceber, assim, que no cerne da concepção de formação democrática da identidade e da produção de discursos de Habermas está a dinâmica das relações intersubjetivas mediadas linguisticamente.

7 WALDRON, J. *Arendt’s Constitutional Politics*. In: VILLA, D. (ed.). *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 203.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

*cialidade* das estruturas (das instituições), nos artefatos (de arte)<sup>8</sup> que tendem a ser mais rígidos, perenes que as ações que eles acomodam – o resultado de uma *fabricação* de um *mundo* que as próprias pessoas construíram.

Para Arendt, sem a reificação e a materialização – de tais espaços, artefatos, estruturas – os pensamentos não podem se tornar tangíveis. Precisam ser criados espaços políticos para a incorporação institucional de ideias, e este é um ciclo ininterrupto entre *causas* e *fins*. Ele é *sem fim* eis que, as próprias ideias produzidas na comunidade política poderão se materializar pela “carta morta”. O “espírito vivo” vive sob esta estrutura, uma falta de vida a partir da qual ele pode ser resgatado quando a “carta morta” entra em contato com uma forma de vida que procura ressuscitá-la; esta é uma *ressurreição* que traz consigo a marca da finitude, compartilha com os *vivos*, a certeza de que eles também irão perecer.<sup>9</sup>

O projeto de fornecer um abrigo institucional para os discursos e para a política poderia, em uma primeira mirada, opor-se às contingências, ao inesperado que caracteriza a própria *ação*. Se as constituições fossem apenas *fabricações*, a busca por estabilização, por segurança (correntes) e perenidade do edifício afastaria a tensão entre o direito e a política. Ter-se-iam apenas os muros da cidade, os tijolos e a argamassa para que o construtor pudesse fazer as estruturas políticas. Contudo, ninguém que viesse a habitá-las – este é o risco do constitucionalismo ou de uma perspectiva que procura apenas reviver os direitos e reduzir a política. São muros, formas sem substância, um lugar

---

8 “Among the things that give the human artifice the stability without which it could never be a reliable home for men are a number of objects which are strictly without any utility whatsoever and which, moreover, because they are unique, are not exchangeable and therefore defy equalization through a common denominator such as money; if they enter the exchange market, they can only be arbitrarily priced. Moreover, the proper intercourse with a work of art is certainly not ‘using’ it; on the contrary, it must be removed carefully from the whole context of ordinary use objects to attain its proper place in the world. By the same token, it must be removed from the exigencies and wants of daily life, with which it has less contact than any other thing. Whether this uselessness of art objects has always pertained or whether art formerly served the so-called religious needs of men as ordinary use objects serve more ordinary needs does not enter the argument. Even if the historical origin of art were of an exclusively religious or mythological character, the fact is that art has survived gloriously its severance from religion, magic, and myth.” (ARENDR, H. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press, 1958. p. 167).

9 “This deadness, however, though somehow present in all art and indicating, as it were, the distance between thought's original home in the heart or head of man and its eventual destination in the world, varies in the different arts.” (ARENDR, H. *The Human Condition*. p. 169).

em que a atividade política nunca começa, não existem bancos nem salas para que as pessoas possam deliberar.<sup>10</sup>

Os limites da percepção da Constituição como (apenas) *fabricação* estão na singularidade do escritor, do artista, daquele que assina a Carta. A produção política poderia ser complementada como a atividade de pessoas (interessadas)<sup>11</sup> que se utilizam da *práxis* e da *lexis* (ações e discursos). Ainda que a gramática possa ser usada como outra forma de dispor a Constituição como uma atividade contínua, que depende de seu uso pelos agentes políticos<sup>12</sup> e que, ao mesmo passo, se apresenta como delimitadora dos seus usos, como parâmetro de *correção comunicativa*, há o risco de a gramática implicar um *monolinguísmo* ao invés de uma tradução.<sup>13</sup>

Certas *formas de vida* transbordam a estrutura pensada em termos gramaticais, eis que a estrutura política arendtiana se coloca na clivagem, no

---

10 “(...) for Arendt the experience of the ‘new’ in politics is confined to action *within the city, once its walls have been established*. Acts of constitution-giving for her are more like acts of art, and thus fall under the concept of ‘work’, rather than of action. Law-giving is an art; Arendt often cites the Greek and Roman perspective of the legislator as a ‘divine presence’. This sharp distinction between ‘constitution-making’ and political action in Arendt’s work is to be understood in the light of her own profound sense of the potential arbitrariness and danger lurking in every beginning.” (BENHABIB, S. *Democracy and Difference: reflections on the metapolitics of Lyotard and Derrida*. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p 154).

11 “And this interest – the *intérêt du corps*, in the language of Sieyès, by which not the citizen but the individual ‘allies itself only with some others’ – was never an expression of the will but, on the contrary, the manifestation of the world or rather of those parts of the world which certain groups, *corps*, or classes had in common because they were situated between them.” (ARENDDT, H. *On Revolution*. New York: Penguin Books, 1963. p. 163-164).

12 HOLMES, S. *Passions and constraint: on the theory of liberal democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 1995. p. 163.

13 Para James White: “The law works by the translation of authoritative texts into the present moment, a kind of pushing forward of what was written in one context into another, where it has a necessarily somewhat different meaning. This is not a mechanical or technical process and its burdens and responsibilities cannot be cut short by any of the devices used to avoid them, such as resort to the ‘original intention’ of the framers or the ‘plain words’ of the text. It always requires an act of creation, a making of something new; yet the original text cannot be forgotten, for fidelity is always due to it. Indeed it is the upon prior text that our right to speak at all depends. (...) One must inhabit the space of uncertainty, at once bound by fidelity to the texts of the law and burdened with the knowledge that these texts do not translate (or interpret) themselves and that any construction of them is an act of one’s own for which one is oneself responsible. At the center of law is the activity of translation.” (WHITE, J. B. *Justice as Translation: an essay in cultural and legal criticism*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990. p. 246).

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

intervalo entre “nós” e “eles” (amigos e inimigos), é o aspecto que reúne ao mesmo tempo que separa. Para Arendt, viver em um mesmo *mundo* quer dizer o mesmo que um *mundo de coisas está entre (between)* aqueles que o compartilham, uma mesa é colocada entre aqueles que se sentam em torno dela. O *mundo*, assim como todo intervalo, *meio (in-between)* reúne e separa as pessoas ao mesmo tempo.<sup>14</sup>

O *mundo* das coisas (*things*) se abre para a vida humana, para a política e os processos de *mediação* acabam por ser normativos, compostos por normas, práticas e compromissos que a comunidade política dispõe para sua organização.<sup>15</sup> Tais normas podem ser concretizadas, podem passar para a prática e construir barreiras, segregar, separar, classificar – como os usos habituais de instituições acabam por indicar.

A Constituição pode ser observada como um documento escrito, a *fonte do Direito*. Uma *coisa* durável, objetiva, que poderia ser observada, lida de diferentes formas, a partir da qual podem ser realizadas diversas interpretações. Ela pode ser mudada ou emendada de acordo com as circunstâncias, mas, nunca se apresenta como o resultado de uma única *vontade* ou um estado subjetivo que não se manifestou no mundo. Sua *tangibilidade* acontece por meio da escritura, das palavras, que são mais perenes do que as ações praticadas sob sua regulamentação como as eleições ou as consultas populares.<sup>16</sup>

Contudo, sabe-se que uma Constituição, um pedaço de papel escrito é algo semelhante a um “tigre de papel” (*paper tiger*), uma instituição que aparenta ser importante, mas que, na prática, é fraca ou insignificante. Sem um determinado conjunto de ideias que venham a dar vida para os direitos, estes podem ser apenas um conjunto de formas flutuando pelo ar.

Por isso, as metáforas que tratam do abrigo, da morada e da arquitetura institucional são relevantes. Aquilo que está a ser experimentado ou traçado é o perigo duplo de versões de política não reconhecidas institucionalmente: tanto no sentido da exclusão de manifestações periféricas, que não encontram representação política adequada, quanto das manifestações patológicas que neguem a democracia ou outros valores políticos substantivos como a laicidade,

---

14 ARENDT, H. *The Human Condition*. p. 52.

15 WALDRON, J. *Arendt's Constitutional Politics*. p. 204.

16 ARENDT, H. *On Revolution*. p. 157.

a igualdade e a liberdade. Ante tal problema, questiona-se: qual o conjunto de relações e separações a comunidade política necessita?

O formato adequado para um possível aprimoramento de encontros políticos pode ser lido até mesmo literalmente. Quais são as melhores disposições para a promoção deliberativa?<sup>17</sup> Para Arendt, as leis positivadas possuem a função de delimitar fronteiras, limites e estabelecer “canais de comunicação” entre as diferentes gerações. Em cada nascimento um novo início do *mundo* acontece, potencialmente um novo mundo pode *vir a ser*.

Por isso, a faceta estabilizadora fornecida pelo sistema normativo corresponde ao movimento das atividades humanas, um movimento *sem fim* enquanto novas pessoas nascerem e morrerem. As leis garantem a existência de um *mundo comum*, de continuidades e realidades para além do indivíduo.<sup>18</sup>

Isso possibilita que não se trate apenas de liberdades em sentido negativo, do espaço de não intervenção do Estado, mas da liberdade como participação nas atividades da comunidade política, nos assuntos públicos.<sup>19</sup> Uma vez que uma das principais funções (esquecidas) da Constituição é o de *constituir o poder* (a comunidade política) e não apenas limitar o poder, logo, não é forçoso reafirmar que não existe uma democracia sem a “*cracia*”, *kratos*, um conjunto de membros de uma república, um certo poder ou força.<sup>20</sup>

---

17 Elster indica que bancos coletivos, como os adotados no parlamento inglês, são preferíveis a escrivaninhas ou mesas individuais para o aprimoramento dos procedimentos deliberativos. Cf. ELSTER, J. *Securities Against Misrule: juries, assemblies, elections*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

18 ARENDT, H. *The Origins of the Totalitarianism*. San Diego: Harcourt Brace, 1976. p. 465.

19 Nos termos de Villa: “For while action is always a beginning, it is not a beginning over which the actor retains control. To act, to insert oneself into the human world, brings one face to face with the fact of plurality: the political actor ‘always moves among and in relation to other acting beings.’ The political actor therefore is ‘never merely a doer, but also and at the same time a sufferer.’ The freedom of political action is genuine, worldly, yet nonsovereign.” (VILLA, D. *Arendt and Heidegger: the fate of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 82)

20 Nos termos de Derrida: “Is it possible, in assuming a certain faithful memory of democratic reason and reason *tout court* – I would even say, the Enlightenment of a certain *Aufklärung* (thus leaving open the abyss which is again opening today under these words) – not to found, where it is no longer a matter of *founding*, but to open out to the future, or rather, to the ‘come’, of a certain democracy?” (DERRIDA, J. *The Politics of Friendship*. London: Verso, 1997. p. 306). Para Critchley, isso indica a busca de Derrida em distinguir a democracia-por- vir das ideias de uma democracia *futura*, em que o futuro se apresente como uma modalidade da presença, daquilo que ainda-não-está-presente. CRITCHLEY, S. Frankfurt Improptu – remarks on Derrida and Habermas. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 108.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Ao se garantir a igualdade das pessoas perante a lei, que “todos os homens *nascem* da mesma forma”,<sup>21</sup> não se está apenas a orientar o Estado no sentido de não realizar discriminações injustificadas de todos aqueles que se encontram sob seus tentáculos. Mas, também, realiza-se um *convite* para que *todos* participem das atividades políticas, que ocorrem na esfera pública, uma vez que a igualdade é algo a ser conquistado, não é um bem “natural”.

A Constituição não representa, por isso, apenas um limite aos poderes mas um sistema que *gera poder*, uma *fonte* a partir da qual pode ser constituído um *novo* ou *renovado* centro de poder. Trata-se, nos termos de Arendt, de um “sistema delicado”, formulado para *manter o poder potencial* da República e prevenir que este seja esgotado no processo de sua expansão, com a chegada de novos membros.<sup>22</sup> Procura-se, assim, manter um espaço em que a liberdade política possa prosperar.

As lembranças precisam ser condensadas em uma estrutura formada por conceitos, narrativas que possam mediar o intervalo, o espaço entre identidades e diferenças – aquilo que pode ser chamado de sujeito constitucional.<sup>23</sup> As narrativas que reúnem uma determinada comunidade e conferem *sentidos* para sua compreensão reflexiva vivem sob a ameaça do esquecimento, elas precisam ser constantemente recontadas, rememoradas pelas sucessivas gerações – trata-se de um processo de aprendizagem, sem o qual a noção de

---

21 A partir dessa afirmação biológica auto-evidente, podem ser derivadas políticas antidiscriminatórias, de igualdade de gêneros, bem como políticas que procurem promover minorias desfavorecidas politicamente, historicamente para que elas possam ter acesso aos bens usufruídos por outras parcelas não marginalizadas da comunidade política. Nesse sentido, observa Benhabib: “Her, inconclusive reflections and ruminations on the fragility of human rights, her belief that we are not born equal but we become equals through being recognized as members of a moral and political community, and her ironic acknowledgment that Eichmann, the former Nazi, was a ‘stateless’ person like herself, the persecuted Jew, and that neither would be protected by an international legal and normative order—these episodes are some of the more salient instances when her melancholia about this century comes to the fore. Arendt’s skepticism that moral beliefs and principles would ever be able to restrain or control politics in the twentieth century, and give it a direction compatible with human rights and dignity, leads to a normative lacuna in her thought. There is a resistance on her part to justificatory political discourse, to the attempt to establish the rationality and validity of our beliefs in universal human rights, human equality, the obligation to treat others with respect.” (BENHABIB, S. *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2000. p. 193-194).

22 ARENDT, H. *On Revolution*. p. 154.

23 ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community*. London; New York: Routledge, 2010.

cidadania, de pertencimento é extremamente deficitária, desigual, apenas distancia as pessoas, não as coloca na “mesma mesa”.<sup>24</sup>

A condensação produz uma referência, é um farol para as relações políticas construídas por meio de narrativas, com uma comunidade que é capaz de *elaborar* suas próprias histórias, revisitá-las e, inclusive, abrir-se para novas significações. Ações, narrações e interpretações são conjugadas, articuladas por Arendt eis que, embora grande ênfase seja conferida para a ação política, esta precisa de um *contexto adequado*, ser combinada com a natalidade e a pluralidade.<sup>25</sup>

Os discursos e as ações precisam ser reunidos, pois, em outro cenário, a *práxis* perderia seu sujeito, poderia ser realizada por robôs e seria incompreensível.<sup>26</sup> Precisa-se das diversas opiniões, da interação com outras pessoas, para a formação da própria opinião. Assim, desacordos e diversidades permeiam as manifestações políticas desde seu início.

A ação política possui uma estrutura discursiva: contudo, com isso não se quer dizer que o próprio discurso, isolado, seja uma forma de ação, e sim, que as ações humanas precisam ser albergadas em alguma instituição, por meio da qual possam ser identificadas, descritas, reconhecidas e reproduzidas (narradas).<sup>27</sup> Tanto aquele que conta histórias, quanto aquele que atua politicamente precisam explicar aquilo que estão fazendo.

---

24 “Experiences and even the stories which grow out of what men do and endure, of happenings and events, sink back into the futility inherent in the living word and the living deed unless they are talked about over and over again. What saves the affairs of mortal men from their inherent futility is nothing but this incessant talk about them, which in its turn remains futile unless certain concepts, certain guideposts for future remembrance, and even for sheer reference, arise out of it.” (ARENDR, H. *On Revolution*. p. 220).

25 “We are creatures immersed in a condition of plurality: we are sufficiently like other members of our species so that we can always in some sense or other communicate with them; yet, through speech and action, we individuate ourselves, we reveal how distinctive we are. Plurality is a condition of equality and difference, or a condition of equality-in-difference. This anthropological universalism contains an ethics of radical intersubjectivity, which is based on the fundamental insight that all social life and moral relations to others begin with the decentering of primary narcissism.” (BENHABIB, S. *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*.p. 195-196).

26 ARENDR, H. *The Human Condition*. p. 178.

27 “Arendt’s discovery of the linguistic structure of human action, in my opinion, gave one of the principal impetuses to Habermas’s subsequent theory of communicative action. Arendt’s concept of public space is the second and equally important conceptual legacy that she imparted to Habermas.” (BENHABIB, S. *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*. p. 199).

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Explica Julia Kristeva que a possibilidade de representar a morte e a vida, de conceber tais categorias no *tempo* e explicá-las para outras pessoas, ou seja, a capacidade de *narrar*, indica aquilo que seria *específico* da vida humana, aquilo que a distingue da vida animal.<sup>28</sup>

O destino das narrativas depende também de um *meio* (*in-between*) em que podem ser desenvolvidas as memórias *ex post facto*. A arte da narrativa reside na habilidade de condensar a ação em um momento exemplar e retirá-lo do fluxo contínuo do tempo,<sup>29</sup> narrar um trecho da história sempre demanda romper tramas, uma tecedura, um tecido.

Com palavras e ações as pessoas são inseridas no *mundo* humano, esta inserção é como um *segundo nascimento*, em que as pessoas confirmam e assumem a responsabilidade sobre o fato de suas aparições físicas na esfera política.<sup>30</sup> Por meio da *ação narrada* que a história representa, as pessoas ingressam no *mundo da vida*, na medida em que a vida humana é inevitavelmente política. Logo, a narrativa é a dimensão inicial em que as pessoas vivem, uma *bíos* (βίος) e não uma *zoē* (ζωή),<sup>31</sup> uma vida política, uma ação narrada, (re) contada por outros.

A *essência* humana para Arendt, apenas pode *vir-a-ser* (aparecer) no *fim* da vida, quando uma história é deixada para trás.<sup>32</sup> A consciência da finitude (aquilo que precisa ser *controlado*), a compreensão de que as pessoas *não* pertencem à continuidade da espécie, mas à *memória* de seus sucessores, permeada por diferentes versões, opiniões conflitantes sobre *aquilo que nos constitui*, sobre a definição de *quem* somos nós, procura transmutar a característica efêmera da ação em *obras*, que possam ser lembradas (passado) e projetadas

---

28 KRISTEVA, J. *Hannah Arendt: life is a narrative*. Toronto: University of Toronto Press, 2001. p. 8.

29 KRISTEVA, J. *Hannah Arendt*. p. 17.

30 “This insertion is not forced upon us by necessity, like labor, and it is not prompted by utility, like work. It may be stimulated by the presence of others whose company we may wish to join, but it is never conditioned by them; its impulse springs from the beginning which came into the world when we were born and to which we respond by beginning something new on our own initiative.” (ARENDDT, H. *The Human Condition*. p. 177).

31 Como observa Agamben: “The ancient Greeks did not have only one term to express what we mean by the word *life*. They used two semantically and morphologically distinct terms: *zoē*, which expressed the simple fact of living common to all living beings (animals, humans, or gods), and *bios*, which signified the form or manner of living peculiar to a single individual or group.” (AGAMBEN, G. *Means without end*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000. p. 3).

32 ARENDT, H. *The Human Condition*. p. 193.

no futuro, compartilhadas por aqueles que estão *por vir*, que *ainda* não participam da comunidade política.

Se o diálogo entre o direito e a política possui alguma *orientação* é a da compor atividades, a reunião dos processos de persuasão, negociação e da elaboração de *compromissos*.<sup>33</sup> Por isso, precisa-se de uma máquina institucional em que as contribuições das pessoas tenham *lugar* e possam ser relacionadas com a das outras pessoas que fazem parte da comunidade. A instabilidade política poderia ser antecipada e remediada pela *promessa*. Nos termos de Jeremy Waldron, ainda que uma promessa possa parecer um limite para as liberdades, ao mesmo tempo, ela cria algo especial, o *poder* de uma comunidade política.<sup>34</sup>

Assim, aquilo que importa na *promessa* não é tanto o ato de prometer – em público, na companhia de outras pessoas – mas o de *mantê-la* e constituir a comunidade política, a contínua vontade dos cidadãos em reconhecer a legitimidade do conjunto normativo do passado, a manutenção e adaptação da identidade do sujeito constitucional. Tem-se a contingente (frágil) decisão de manter uma promessa,<sup>35</sup> uma Constituição que pode ser permeada por características primorosas, mas, também, por outras tantas falhas. A *promessa* é mantida pelo conjunto da *obra*, cuja perenidade depende de novos artistas (cidadãos) e cujo sentido não está apenas em produzir um poder, mas continuar a constituir *mundos*.<sup>36</sup>

33 ARENDT, H. *On Revolution*. p. 86-87.

34 WALDRON, J. *Arendt's Constitutional Politics*. p. 212.

35 As promessas mútuas são a base para a legitimação na esfera política, por isso, a troca de opiniões, de pensamentos, as argumentações e deliberações são fundamentais para as instituições políticas modernas. O problema não se encontra tanto na questão extensão das promessas, mas sim, em uma eventual imobilização da relação entre os poderes. Por óbvio, o legislador infraconstitucional não é o agente político que possui permissão para contestar, revisar ou emendar os dispositivos constitucionais. Contudo, não basta elevar os princípios a uma condição especial no ordenamento jurídico, não é suficiente entrincheirar princípios, eis que, a própria efetivação dos direitos fundamentais e a busca pelo bem comum irão produzir tensões entre o direito e a política. Isso não produz, necessariamente, a prevalência de uma *identidade* política anterior, instituída. O Legislativo pode, eventualmente, ocupar o papel de revisor das promessas (instituinte) e o parâmetro de identificação das violações e dos princípios norteadores da comunidade política podem ser alterados.

36 “The authority of a constitution is not a product of the strength or violence of its framers, or even of their virtue or the perfection of what they have crafted. It consists rather in a willingness on the part of all concerned to treat this event (the founding) and this body of law (the constitution),

De modo que as fronteiras definidoras de tais espaços são sempre dispostas a *iterações*,<sup>37</sup> pois a concretização do ideal da soberania popular<sup>38</sup> e da definição do “bem comum”, além de ser um ideal regulativo, é uma ficção constitutiva da democracia. Os desenvolvimentos institucionais, históricos e políticos indicam a necessidade de qualificar este ideal. Tal aprimoramento pode ser realizado justamente na redefinição dos limites do corpo político. Por isso, Benhabib afirma que é melhor definir democracias complexas como instituições que se autodeterminam, mas que, também, exercem auto-crítica, deliberam e decidem.<sup>39</sup>

Para Laurence Tribe, a Constituição engendra uma série de compromissos complexos, os quais são entrelaçados de maneira lassa e que com o tempo acabam por se justapor sobre determinados temas.<sup>40</sup> Não se trata, assim, apenas da *indeterminação* da intenção original dos constituintes, mas a impossibilidade de reconciliar ideias e premissas estabelecidas no texto com a realidade cambiável na qual a Constituição se encontra e com a qual dialoga. A distinção da Constituição está na possibilidade de esta resistir a diferentes tradições, às tentativas de se reduzir seu *sentido* e à possibilidade que suas premissas sejam colocadas em disputa.

---

rather than any of the other acts and proposals that might crop up from time to time, as the starting point and point of reference for all subsequent politics.” (WALDRON, J. Arendt’s Constitutional Politics. p. 212-213).

37 “‘Iteration’ is a term that was introduced into the philosophy of language through Jacques Derrida’s work. In the process of repeating a term or concept, we never simply produce a replica of the original usage and its intended meaning: rather, every repetition is a form of variation. (...) there really is no ‘originary’ source of meaning or an ‘original’ to which all subsequent forms must conform. It is obvious in the case of language that an act of original meaning-giving makes no sense, because, as Wittgenstein famously reminded us, to recognize an act of meaning-giving as precisely this act, we would need to possess language itself. A patently circular notion!” (BENHABIB, S. *Democratic Iterations: the local, the national, and the global*. In: BENHABIB, S. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 47-48).

38 Para Derrida: “Exception and sovereignty go hand in hand here. In the same way that democracy, at times, threatens or suspends itself, so sovereignty consists in giving oneself the right to suspend the law. That is the definition of the sovereign: he makes the law, he is above the law, he can suspend the law.” (DERRIDA, J. *For a Justice to Come*. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 265).

39 BENHABIB, S. *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*. p. 209.

40 TRIBE, L. The Idea of the Constitution: A Metaphor-morphosis. In: *Journal of Legal Education*. v. 37, 1987. p. 172.

No direito, em especial na tradição do *civil law*, aquilo que se busca é, em um primeiro momento, a limitação dos leitores do texto à reprodução do mundo da norma. Teme-se (ou, talvez, temia-se) a “liberdade” ou a reconstrução da narrativa normativa com alguma atualização ou tradução dos conteúdos das normas para o momento da aplicação. Tal camisa de força semântica é ilusória, no *common law* ela vasculha as intenções dos legisladores por meio do *originalismo*. No *civil law* tal conceito se embasa na possibilidade de uma leitura *plena* do texto, em uma equívoca autossuficiência de signos no sistema normativo para responder aos conflitos que são apresentados na sociedade.

Tais construções somente são habilitadas por *a priori*s conceituais como “o original”<sup>41</sup> e a “fidelidade”.<sup>42</sup> Demanda-se não apenas o trabalho dos conceitos na reprodução institucional das categorias, mas também, das deferências a uma imagem do *passado* que, de maneira espectral, determina a configuração do presente. Quem controla os passados, projeta-se para controlar o presente e a abertura e o fechamento de caminhos futuros.

Para Seyla Benhabib, a separação entre o direito como *poder* e o direito como *sentido* pode ser observada como elementos políticos criativos por meio de processos *juris-produtivos* (*jurisgenerative*).<sup>43</sup> Em tais processos, um povo, vinculado por um determinado conjunto de regras e princípios, envolve-se em práticas *iterativas* que reconfiguram suas instituições. Têm-

---

41 Como explica Rubinfeld: “The familiar originalist freely concedes the existence of a variety of forms of textual interpretation; as far as he is concerned, there may be no objection to a space-age interpretation of a Beethoven opera. But when it comes to constitutional law, he says, originalism is the only legitimate interpretive method that judges may engage in.” (RUBENFELD, J. On Fidelity in Constitutional Law. In: *Fordham Law Review*. v. 65, 1997. p. 1472).

42 Para Dworkin: “They must seek, that is, constitutional integrity. So fidelity to the Constitution's text does not exhaust constitutional interpretation, and on some occasions overall constitutional integrity might require a result that could not be justified by, and might even contradict, the best interpretation of the constitutional text considered apart from the history of its enforcement. But textual interpretation is nevertheless an essential part of any broader program of constitutional interpretation, because what those who made the Constitution actually said is always at least an important ingredient in any genuinely interpretive constitutional argument.” (DWORKIN, R. The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve. In: *Fordham Law Review*. v. 65, 1997. p. 1250). Para Dworkin, ainda que o julgamento moral demandado para a aplicação dos princípios morais abstratos da Constituição seja limitado pela história e pelos precedentes, em nome dos comandos gerais da integridade, ele *não* é antecipado pela história – *não* pode ser antevisto, uma vez que, *novas questões morais* principiológicas irão necessariamente emergir na tessitura normativa.

43 BENHABIB, S. *Democratic Iterations*. p. 49.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

-se processos de reapropriação e reinterpretação do conjunto de valores sob os quais se vive, o povo percebe a si próprio como não apenas *sujeito*, mas também *autor* das normas.<sup>44</sup>

Benhabib sugere que a tensão não ocorre apenas no plano interno do Estado, exclusivamente no campo do Estado soberano, mas há um necessário diálogo com a universalidade. As políticas *juris-productivas* podem mediar as normas universais e as maiorias democráticas locais,<sup>45</sup> enquanto os direitos humanos se projetam para além de qualquer ente soberano específico. Por isso, as maiorias democráticas locais precisam *reiterar* esses valores e incorporá-los por meio de argumentos, revisões, desacordos e rejeições.

Como lembra Robert Cover, vive-se em um *nomos*, em um universo normativo. As pessoas estão a criar e a manter um mundo em que são identificadas as noções de *certo* e *errado*, *legal* e *ilegal*, *válido* e *inválido*, trata-se de uma “parafernália profissional de controle social”.<sup>46</sup> Ainda que importantes, as convenções estabelecidas por uma determinada ordem social não representam *todo* o universo normativo que pretendem abranger, uma vez que não existem instituições ou prescrições que sejam separadas das narrativas que *produzem sentidos*. O próprio “espaço” do dever-ser se submete a uma permanente *iteração*.

Os textos normativos se abrem para *outros sentidos* no momento em que há uma escolha das narrativas relevantes que irão conduzi-los. Cada nova versão das molduras institucionais produz um *novo* texto, e, nos casos em que o texto não assimila a realidade, esta muda o próprio texto, como acontece na adoção de emendas constitucionais. O direito e as narrativas são inseparáveis, o dever-ser demanda um *lugar* nos discursos, uma história e um sentido, um destino; um início e um fim. Por isso, para Cover, não se trata apenas de um *corpo de normas*, um *sistema normativo*, mas também um *mundo* por ser habitado, eis que viver sob um conjunto de normas demanda que as pessoas saibam *como viver*.<sup>47</sup>

---

44 MICHELMAN, F. Constitutional Authorship by the People. In: *Notre Dame Law Review*. v. 74, 1999. p. 1620-1621.

45 BENHABIB, S. Democratic Iterations. p. 49.

46 COVER, R. M. *Nomos* and Narrative. In: *Harvard Law Review*. v. 97, 1983. p. 4.

47 COVER, R. M. *Nomos* and Narrative. p. 6.

O universo normativo é reunido por força de compromissos que precisam ser interpretados e reinterpretados por aqueles que compõem a comunidade política, de forma a *legitimar* as relações intersubjetivas. Os compromissos determinam o significado das leis e qual deve ser o comportamento oficial. Os preceitos e princípios legais não se limitam a ser demandas feitas sobre o “povo” ou a “soberania popular”, são indicativos da busca por interação comunicativa entre as pessoas.

Em cada caso, um ato possui um sentido distinto quando este é relacionado a uma determinada norma. O próprio questionamento das instituições, observado em atos de desobediência civil,<sup>48</sup> pode ser extraído da relação entre os atos e as normas, no caso, a resistência a um determinado conjunto de normas que não são mais aceitas por um grupo político.<sup>49</sup>

Assim, uma tradição jurídica é construída como uma parcela de um complexo mundo normativo. Essa *tradição*, explica Cover, não abrange apenas um *corpus iuris*, mas também uma linguagem e um *mythos*, narrativas em que se produzem o *corpo* de leis, que traduzem as vontades daqueles que procuram determinar as formas de comportamento. Um *nomos* é um mundo presente constituído pela tensão entre a realidade e o futuro.<sup>50</sup> Os *mitos* definem paradigmas, relações, entre o universo material e normativo, entre as limitações da realidade (ser) e as demandas normativas (dever-ser).

---

48 Arendt lembra levanta uma questão que guarda ainda atualidade para a compreensão das diferentes formas de desobediência civil: “If history teaches anything about the causes of revolution – and history does not teach much, but still teaches considerably more than social-science theories – it is that a disintegration of political systems precedes revolutions, that the telling symptom of disintegration is a progressive erosion of governmental authority, and that this erosion is caused by the government’s inability to function properly, from which spring the citizens’ doubts about its legitimacy.” (ARENDR, H. *Crises of the Republic*. New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972. p. 69).

49 Explica Black que: “During the past few years, we have often heard the term ‘civil disobedience’ used to describe the actions of persons who actively disobey local or state laws commanding racial segregation or who peacefully demonstrate to make plain and public their disapproval of this or some other racial discrimination. These people do, indeed, act in conscious violation of what is asserted to be legal authority, and they do offer themselves for arrest by the constituted authorities. But they do so in the belief, more or less clearly held and more or less clearly warranted, that the law itself is on their side and that the law’s processes, in the end, will uphold them or will fail to do so only through an error in law. They appeal, in our federal system, over the head of the law and authority of the state, to the law and authority of the nation.” (BLACK, C. L. The Problem of the Compatibility of Civil Disobedience with American Institutions of Government. In: *Texas Law Review*. v. 43, n. 4, 1965. p. 496).

50 COVER, R. M. *Nomos and Narrative*. p. 9.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

A integração entre tais domínios, daquilo que *é* e daquilo que *deve-ser*, ocorre por meio de narrativas. Estas indicam as transformações pelas quais um determinado “estado de coisas” atravessa, no momento em que certa estrutura que dispõe um conjunto normativo procura regular o mundo do *ser*. Contudo, as narrativas que produzem e *revelam* os padrões de compromisso, resistência e compreensão são *radicalmente incontroláveis*.<sup>51</sup>

Elas não podem ser submetidas a hierarquias, centralizações ou apenas determinações de autoridades, ainda que um sistema de deveres (normativo) possa ser estabelecido e aplicado (*enforced*), os padrões de *sentidos* estabelecidos nas interações sociais se colocam para além de tais determinações originárias. Logo, a determinação do *texto* continua em disputa.<sup>52</sup>

Não se trata apenas da diversidade de “Igrejas” derivadas a partir do “mesmo” texto, mas também da potencialidade das narrativas que procuram responder à questão: “quem somos nós”? Porém, a construção de tais preceitos, a produção de sentidos é derivada de diferentes fontes, emprestada de materiais produzidos pelas atividades sociais não necessariamente submetidas à regulamentação, à produção legislativa formal. Isso pode ser exemplificado pelo processo de escolha de valores constitucionais que, ao menos parcialmente, estabelece-se para além das fronteiras do texto constitucional.<sup>53</sup>

A Constituição se projeta para além do próprio texto,<sup>54</sup> e é difícil afirmar que a “presente” geração manifestou (de maneira direta e efetiva) seu consen-

---

51 COVER, R. M. *Nomos and Narrative*. p. 17.

52 O Direito pode ser visto como um sistema de tensão ou de vínculo entre o real e alternativas de futuro. Para White: “In every opinion a court not only resolves a particular dispute one way or another, it validates or authorizes one form of life – one kind of reasoning, one kind of response to argument, one way of looking at the world and at its own authority – or another. Whether or not the process is conscious, the judge seeks to persuade her reader not only to the rightness of the result reached and the propriety of the analysis used, not to her understanding of what the judge – and the law, the lawyer, and the citizen – are and should be, in short, to her conception of the kind of conversation that does and should constitute us.” (WHITE, J. B. *Justice as Translation*. p. 101-102).

53 Como explicam Dorf e Tribe: “Constitutional value choices cannot be made, however, without recourse to a system of values that is at least partly external to the constitutional text, since neither the liberty to decide whether to carry a pregnancy to term nor the liberty to work for less than four dollars per hour is explicitly mentioned in the Constitution.” (TRIBE, L.; DORF M. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 66).

54 A Constituição não significa apenas aquilo que *aparece* no texto, nos termos de Tribe: “(...) extratextual *substantive rules*. These are the two types of extratextual norms to which this

timento sobre o exercício de poder que os princípios constitucionais protegem. Ademais, os amplos princípios que norteiam a interpretação e a aplicação da Constituição não estão limitados apenas ao *texto*, mas também, de igual maneira, por características da Constituição que permanecem *invisíveis*.<sup>55</sup> Assim, no universo normativo, a produção de sentidos ocorre mediante acordos e desacordos, identidades e diferenças, eis que o *nomos* é o processo pelo qual as ações humanas podem “ganhar vida”, fazer parte do *mundo*.

A importância da linguagem para a constituição de mundos não pode ser afastada. Ela define “quem somos nós” e os *modos* do ser, as formas pelas quais observamos e construímos mundos, eis que, não existe um observador ou um participante *monolíngue*. A linguagem não é apenas uma disposição de proposições, mas, um repertório de processos biopolíticos. O direito, por sua vez, dispõe meios reflexivos e comunicativos, mecanismos para *agir no mundo* com suas próprias configurações e especificidades, e não há nada de neutro nisso.<sup>56</sup>

A *neutralidade* é atribuída ao Direito como se fosse uma das suas principais qualidades, contudo, ao contrário do que parece, ela pode servir para esconder projetos políticos conservadores, que pretendem justificar determinado estado de coisas como se ele fosse *natural* ou por uma suposta impossibilidade de atuação política do Judiciário. O problema está no fato de que o discurso da neutralidade que endossa o *status quo* é, em si, político, faz parte da estrutura institucional que mantém as desigualdades.

A partir da constatação da desigualdade de distribuição de propriedades, de oportunidades, de renda e de preferências, o *status quo* é um sinal de “partidarismo”. Faz-se necessário observar que a neutralidade judicial não apenas

---

section’s title refers. The idea that the invisible Constitution in fact embodies certain *substantive* principles central to defining both the structure of government and the rights of persons – and that those norms are parts of the Constitution *actually in force* rather than of some merely *possible* Constitution – is likely to be among the most controversial of the propositions put forth in this book.” (TRIBE, L. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 79).

55 TRIBE, L. *The Invisible Constitution*. p. 88.

56 Nos termos de White: “The law can be made to seem dead, bureaucratic, overconceptualized, unfeeling language if any is, and the question can be brought home to the future lawyer with some vividness: What does it mean to devote your life to speaking such a language, in such forms, and with such voices? (...) try to transform our sense of law by putting it together with something else: to try to see it as a compositional art, as a set of activities by which minds use language to make meaning and establish relations with others.” (WHITE, J. B. *Justice as Translation*. p. 17).

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

é enganosa, como também constitui uma fonte (re)produtora de injustiças. Isso porque a neutralidade desconsidera o fato de que os direitos que existem são, eles próprios, produtos de leis. As pessoas são proprietárias de bens pelo fato evidente de que existe um sistema jurídico que as habilita ser detentoras de propriedade privada. Não existe nada de *natural* ou *atemporal* neste processo, na definição de um sujeito de direito proprietário, no artifício, na artificialidade de institutos jurídicos que determinam as relações intersubjetivas.

A reprodução dessa mentalidade pode ser observada em decisões constitucionais que esquecem que os direitos são uma criação social e política, e não ditames divinos a serem contemplados e preservados em um altar. A própria possibilidade do controle de constitucionalidade é um forte indicativo que carrega o vetor oposto.

Para Cass Sunstein, o problema básico do discurso da neutralidade e do *status quo* é o de que interrompe, no estágio equivocado, o sistema da democracia deliberativa, ao recusar submeter a prática jurídica existente ao escrutínio democrático. Isso porque, dentre outras coisas, se recusa a admitir que existem processos políticos envolvidos na distribuição de riquezas, no direito de propriedade, afastando-os da prática deliberativa.<sup>57</sup>

O sentido de *qualquer texto*, inclusive do texto constitucional, necessariamente está sujeito a diferentes interpretações. No caso da Constituição, esta fornece direções para sua compreensão ao dispor os princípios fundamentais substantivos que se encontram sob sua proteção. Estes, por sua vez, são produto de *compromissos* substantivos.<sup>58</sup>

Neste ponto, tanto o constitucionalismo como a democracia podem fazer referência a compromissos originários, porém, estes não são suficientes. Os compromissos precisam ser interpretados, submetem-se a um processo de contínua redefinição. Assim, aquilo que guia a tarefa interpretativa é que os compromissos não podem ser disponibilizados de uma só vez para a vontade presente.

Se o *Povo* como uma totalidade pudesse, ainda que de maneira “virtual” ou “artificial”, declarar sua *vontade* em *uma voz*, ainda assim, seria necessária a interpretação de tal vontade pelas gerações posteriores, mesmo que o *evento*

---

57 SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 6.

58 SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. p. 8.

envolvesse uma manifestação soberana. O *Povo* inserido em uma temporalidade estendida não se manifesta apenas com *uma voz*.

Para Jed Rubenfeld, o povo pode inscrever seus pactos no mundo ao longo do tempo, eis que a interpretação constitucional de um autogoverno escrito também precisa ser um projeto *escrito*. Trata de um empreendimento em que um texto é amalgamado com outro(s) durante longos períodos temporais.<sup>59</sup> Mesmo um momento constitucional “supremo” precisa ser interpretado. Logo, a escritura constitucional só faz *sentido* como um processo de permanente reescritura, reinscrição de sentidos,<sup>60</sup> redefinição de acordos políticos, da tensão entre vivos e mortos, da democracia e do constitucionalismo.

Uma interpretação que se proponha neutra nega profundamente o papel interpretativo que os princípios possuem em *conferir sentido* aos textos e esconde a inevitabilidade da confiança judicial em compromissos substantivos – no caso, são estes compromissos que conferem os liames que reúnem a sociedade em torno de projetos, presentes e futuros. É partir deles que se torna possível desenhar uma identidade (constitucional) em disputa, aberta para novas definições.

Se o foco das atenções for centrado exclusivamente no papel das Cortes, há, por conseguinte, uma diminuição do senso de responsabilidade de outros órgãos públicos e mesmo dos cidadãos, arrefecendo outras estratégias e projetos que ainda não passaram pelo *filtro* da juridicidade.

Contudo, como lembra Sunstein, a Constituição é voltada para *todos*, não apenas para os juízes.<sup>61</sup> Seus princípios deveriam ser incorporados na prática de outras instâncias do poder. Assim, na medida do possível, legisladores, membros da administração e os cidadãos também deveriam se sentir vinculados pela Constituição.

O reconhecimento de que existem escolhas substantivas muito significativas nos textos constitucionais abre a porta para um passo além do papel que John Hart Ely procurou atribuir às cortes constitucionais ao realizar o con-

---

59 RUBENFELD, J. *Freedom and Time: a theory of constitutional self-government*. New Haven: Yale University Press, 2001. p. 173.

60 RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 174.

61 SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. p. 9

trole de constitucionalidade, qual seja, o de manter os canais abertos para os embates políticos democráticos.<sup>62</sup>

Há uma significativa diferença entre um sistema em que os representantes procuram apresentar justificativas para suas decisões e um sistema determinado exclusivamente pelo poder político. Além de mecanismo importante para tornar públicas as razões do governo, também é um meio de refrear, obrigar a apresentar motivos para os atos do governo.<sup>63</sup>

Após o New Deal, a base para essas decisões, a neutralidade ou a *naturalidade* da condição social como legitimadora da decisão jurídica, não poderia mais ser utilizada. Essa foi uma rejeição consciente e explícita por parte da Suprema Corte.<sup>64</sup> Os passos seguintes, com a releitura da tradi-

---

62 ELY, J. H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

63 Sunstein afirma que a ideia de forçar governos a apresentar razões pode ser vista como muito abstrata. Por isso, elenca três casos paradigmáticos que auxiliam na ilustração da importância desta prática: *Plessy v. Ferguson* (1896), em que a Suprema Corte decidiu que a segregação com base na raça não violava a Constituição; *Lochner v. New York* (1905), em que a Suprema Corte invalidou uma lei que estabelecia uma jornada máxima de horas de trabalho para padeiros; *Muller v. Oregon* (1908), em que Suprema Corte manteve uma lei que estabelecia um máximo de horas possível para o trabalho de mulheres. O principal problema das decisões, para Sunstein foi o seguinte: “In all three cases, the Court took existing practice as the baseline for deciding issues of neutrality and partisanship. It did so by assuming that existing practice was prepolitical and natural (...)” (SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. p. 41).

64 Em perspectiva distinta da apresentada por Ely, Robert Bork advogou o originalismo e apresentou sua oposição às mudanças da Suprema Corte. Para Bork, se já existem direitos e liberdades especificados na Constituição, a Corte não precisa fazer escolhas de valores para protegê-los. Por outro lado, se não existem direitos protegidos pela Constituição e os tribunais escolhem quais são esses valores a partir de seus julgamentos, então, o silogismo dos magistrados seria justificado. Para Bork, a Suprema Corte não escolhe valores fundamentais, pois uma Corte que fizesse tais decisões não poderia se adequar a uma sociedade democrática. Se alguém concorda com as decisões da Corte Warren, esta pessoa está, segundo Bork, pronta para sacrificar o processo democrático. A Corte não deveria ser um agente de mudanças e ela não seria mais legítima do que qualquer outra instituição para realizá-las. Por isso, para Bork, a escolha de valores fundamentais pela Corte não pode ser justificada. “Where constitutional material do not clearly specify the value to be preferred, there is no principled way to prefer any claimed human value to any other. The judge must stick close to the text and the history, and their fair implications, and not construct new rights. The *Griswold* case illustrates the point. The *Griswold* decision has been acclaimed by legal scholars as a major advance in constitutional law, a salutary demonstration of the Court’s ability to protect fundamental human values. (...) The Court’s *Griswold* opinion, by Justice Douglas, and the array of concurring opinions, by Justices Goldberg, White and Harlan, all failed to justify the derivation of any principle used to strike down the Connecticut anti-contraceptive statute or to define the scope of the principle.” (BORK, R. H. *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*. In: *Indiana Law Journal*. v. 47, 1971. p. 8).

ção jurisprudencial da posição de diferentes direitos, dentre eles o direito de propriedade, teve como patamar o fato de que a condição das relações sociais era fruto – em diferentes níveis – dos direitos. Portanto, a resposta jurídica para as demandas que eram levadas até a Corte não poderiam ser a da simples manutenção do *status quo*.

A Suprema Corte assumiu que o direito possuía uma *responsabilidade política* em moldar as relações intersubjetivas de uma comunidade, ao invés de adotar uma posição deferente, condescendente perante as desigualdades sociais existentes. A questão, que pode parecer paradoxal, é que a postura “omissa” ou neutra da Corte na resolução dos conflitos que lhe eram apresentados era, em si, uma posição política – no caso “conservadora”.<sup>65</sup>

Há um jogo muito peculiar nesse ponto que é a construção política de liberdades que, *a posteriori*, serão escondidas como puras tecnicidades, com a “mescla com a natureza social”. Isso pode ser visto também como a naturalização das condições sociais para a reprodução de posições sociais de poder – que passaram a ser, em tese, alheias às manifestações do Judiciário.

Por isso, a interpretação constitucional vai demandar a incorporação de princípios externos à Constituição. Aquilo que se tem é uma rede, uma trama de conceitos previamente estabelecidos que serão remodelados de acordo com os novos casos que forem apresentados. Eventualmente, tais casos irão colocar a prova os limites semânticos sobre os quais é possível ter um acordo até então.<sup>66</sup>

---

65 Para Kim Scheppelle, a “velha” deferência judicial acredita que as Cortes deveriam silenciar ou, ao menos, não serem combativas em casos de guerra ou em “estado de emergência”. Elas deveriam concordar com as ações do executivo em crises e evitar opor as políticas do estado ou confrontos com o governo quando este adota medidas extremas: “The old deference cases drip from an overflowing sense that courts have a limited place in the constitutional order. Over and over, judges report that they cannot possibly know what the executive knows, that they cannot decide without seeing the security-barred information that would enable them to sort out what actions were essential and which were reckless mistakes, and that they have no right to know these things in any event. As a result, judges feel compelled to side with the executive, all of the while saying that they believe that the government in wartime will act in an honorable manner. In times of war, and even in the peace that follows, judges repeatedly find that the government had to do what the government had to do. And after the wars were over, researchers have repeatedly found that the government should not have been trusted.” (SCHEPPELE, K. L. *The New Judicial Deference*. In: *Boston University Law Review*. v. 92. 2012. p. 108).

66 “It is customary to lament an outcome that has not been completely theorized, on the ground that any such outcome has been inadequately justified; but there are special advantages to incompletely theorized agreements in law (and elsewhere). Such agreements are especially well suited to the

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

A abertura interpretativa (necessária) não significa que *qualquer coisa* pode se tornar parte do léxico constitucional, o qual cumpre o papel de limitar o alcance das significações apresentadas. Por ocupar posição diferenciada da pura política, o direito submete todos os atores públicos. Aqui a importância da característica moderna do direito, ou seja, a *pretensão de universalidade* das normas. A capacidade de limitar aqueles que estão no poder, tanto no sentido do exercício do poder como no tempo de permanência no poder.<sup>67</sup>

Ademais, também é importante que uma distinção inicial entre os julgamentos políticos e jurídicos seja realizada, embora esta distinção venha a estar limitada tanto em termos normativos como ontológicos. Ainda, o desacordo jurídico acaba por ser um desacordo por princípios interpretativos. Para Ely, o controle de constitucionalidade deveria abrir os caminhos para os procedimentos democráticos – sem interferência em causas substantivas.<sup>68</sup> Isso é afirmado a partir da ideia de que os juízes não poderiam incluir seus próprios valores nas decisões.<sup>69</sup>

---

institutional limits of the judiciary, which is composed in significant part of multimember bodies, consisting in turn of highly diverse people who must render many decisions, live together, avoid error to the extent possible, and show each other mutual respect. The virtues of incompletely theorized agreements extend as well to social life, to workplace and familial life, and even to democratic politics.” (SUNSTEIN, C. Incompletely Theorized Agreements. In: *Harvard Law Review*. v. 108, 1995. p. 1738).

67 Ela limita a ação de todos os políticos, independentemente de partido, ideologia, ou preferências localizadas. Se o direito ocupa posição distinta da política e é um limite para o próprio exercício político, a fronteira que usualmente se coloca em disputa é sobre a determinação da configuração dos próprios limites.

68 Cf. ELY, J. H. *Democracia e desconfiança*.

69 Como explica Ackerman, a perspectiva fundada em procedimentos entende que, embora não possamos convencer nossos legisladores em todas as ocasiões de nossos interesses, podemos insistir que eles tratem nossas demandas com respeito, considerando os argumentos morais e empíricos que lhe são ofertados, rejeitando-os apenas um escrutínio adequado de sua inadequação ante o interesse público. Se um grupo falha no recebimento deste tratamento, ele está a sofrer preconceito, questão que diferente de análises que tratam da possibilidade ou impossibilidade dos argumentos, de seus méritos. As Cortes deveriam, portanto, procurar remediar de maneira adequada tais procedimentos, sem que os juízes viessem a enfrentar a tarefa “suspeita” de prescrever valores substantivos: “If *Carolene* somehow hoped to find a shortcut around this substantive inquiry into constitutional values, its journey was fated to fail from the outset. The difference between the things we call ‘prejudice’ and the things we call ‘principle’ is in the end a substantive moral difference. And if the courts are authorized to protect the victims of certain ‘prejudices’, it can only be because the Constitution has placed certain normative judgments beyond the pale of legitimacy.” (ACKERMAN, B. *Beyond Carolene Products*. In: *Harvard Law Review*. v. 98, 1985. p. 740).

O problema, aponta Sunstein,<sup>70</sup> é que a Constituição especifica vários valores substantivos os quais não ficam limitados à identificação de procedimentos justos. Ou seja, a ideia central de democracia representativa – que Ely está defendendo em termos procedimentais – demanda a defesa de *valores substantivos*, pois a própria democracia se apresenta como valor substantivo. Portanto, mesmo as características procedimentais da democracia, como os mecanismos que habilitam a participação política e a pluralidade partidária, estão fundadas em valores.

De acordo com Tribe, uma dificuldade que se apresenta para aqueles que defendem as teorias procedimentais é o caráter substantivo dos compromissos mais importantes previstos na Constituição, que definem os valores que a comunidade política atribui para si mesma e deve continuar a respeitar.<sup>71</sup> A liberdade religiosa, a proibição da escravidão, a proteção à propriedade privada são exemplos de instituições sociais protegidas por valores substantivos.

Aquilo que é “enigmático” para Tribe é que se procura afirmar que a Constituição deveria estar preocupada com *processos* e não com *substâncias*. Porém, mesmo os procedimentos mais formais da Constituição não podem ser compreendidos ou aplicados na ausência de uma teoria de direitos fundamentais, uma teoria que demanda escolhas substantivas controversas, que os procedimentalistas procuram restringir ao eleitorado e aos parlamentares.

Ademais, é importante lembrar que para se falar de controle de constitucionalidade, para Sunstein, ao menos a base dos argumentos deve ser fundada em razões substantivas e Ely não apresenta a defesa dos argumentos substantivos que dão suporte para o controle de constitucionalidade.<sup>72</sup>

O problema de uma perspectiva estritamente formalista é que ela não se importa com as *distorções comunicativas* advindas do uso de princípios interpretativos no movimento de atribuição de sentido aos textos jurídicos. Tanto os formalistas como aqueles que defendem o *status quo* não levam em consideração as disputas substantivas que são travadas na *atribuição de sentido* normativo para os textos, característica que cerceia o alcance epistêmico delas.

70 SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. p. 104.

71 TRIBE, L. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. In: *Yale Law Journal*. v. 89, 1980. p. 1063.

72 SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. p. 106.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Ademais, o próprio processo de *atribuição de sentido* não é neutro pelo fato de princípios fornecerem informações (mas não de maneira determinista, ou seja, o passado deixa o futuro em aberto), mas também colocarem barreiras na interpretação. Ainda, a estrutura constitucional auxilia nesse processo, pois, como afirma Sunstein, é correto deduzir da *estrutura da Constituição Americana* que há, por exemplo, um direito geral de viajar de um estado para outro, ainda que não exista uma previsão expressa em seu texto.<sup>73</sup>

A história pode servir de guia referencial para atribuição de sentidos, mas, como lembra Sunstein,<sup>74</sup> este também é um processo construído politicamente, pois há uma escolha em *atribuir sentido* para a história na estratégia interpretativa.<sup>75</sup> A história anterior do conceito passa a ser relevante pelo fato de o intérprete atribuir um papel importante para ela no processo semântico, pois resta em aberto o caminho – deveras tortuoso – da produção de novos significados para os princípios, reduzindo ou aumentando seu alcance de aplicação.

A partir disso, questiona-se: quais são as razões elementares que conduzem a decisão do magistrado? A primeira linha para tal resposta costuma ser a “lei”, os produtos da atividade legislativa, as regras decorrentes da administração, Constituições escritas e, em menor escala na tradição do Civil Law, os precedentes, a *corrente* de casos do passado que seria como uma *fonte de luz* para o conflito apresentado diante do magistrado.<sup>76</sup>

Porém, a busca pelo texto, o textualismo, acaba por ser o grande motor que define (ou definia) os países da tradição romano-germânica. O texto escrito

---

73 SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. p. 119. No caso *Saenz v. Roe* (1999) o Justice Stevens reconheceu que o termo “viajar” não está previsto na Constituição, embora o direito de viajar esteja garantido pela jurisprudência e abrange ao menos três componentes: “It protects the right of a citizen of one State to enter and to leave another State, the right to be treated as a welcome visitor rather than an unfriendly alien when temporarily present in the second State, and, for those travelers who elect to become permanent residents, the right to be treated like other citizens of that State.”

74 SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. p. 120.

75 Para Ely: “O adepto do não interpretacionismo entrega aos juízes, que não respondem por suas atitudes políticas, a tarefa de definir quais valores devem ser colocados fora do alcance do controle majoritário, mas o interpretacionista toma seus valores diretamente da Constituição – e isso significa que, já que a própria Constituição foi avaliada e ratificada pelo povo, esses valores vêm, em última instância, do povo. Nessa hipótese, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade o povo controla a si mesmo.” (ELY, J. H. *Democracia e desconfiança*. p. 13).

76 Sobre a questão ver: DWORKIN, R. *Law as Interpretation*. In: *Texas Law Review*. v. 60, 1982; FISH, S. *Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature*. In: *Texas Law Review*. v. 60, 1982. p. 553.

apresenta-se como a fonte para o *sentido* na aplicação da “lei” ao caso. Mas tal método, técnica é suficiente? Preenche a lacuna na relação entre o hiato de vozes, entre a apresentação do caso diante da lei, da reapresentação dos fatos, da passagem, da transposição do Direito para o plano do *ser*?<sup>77</sup>

A insuficiência do textualismo, a lacuna do texto, levou Charles Black a direcionar sua atenção não para o texto, mas para a *estrutura* e a *relação* da Constituição.<sup>78</sup> O método que se limita à explicação textual opera no nível da “linguagem geral” e pode, usualmente, produzir sentidos por diferentes meios interpretativos. Contudo, o método não fornece garantias para o próprio *sentido*, pois a Corte pode afirmar que está limitada pelo sentido disposto de outra instância de poder.

A questão é política e não gramatical, o que não afasta a gramática ou submete o direito à totalidade política. Trata de uma inquirição sobre as *estruturas e relações* que estão estabelecidas, quais métodos ou modelos compõem a base para o raciocínio jurídico?<sup>79</sup>

Um dos elementos que pode ser apontado é o próprio governo, como uma estrutura que funciona por meio da reunião de relações institucionais, com a organização de suas próprias atividades e ante as diferentes instâncias de poder sob as quais a burocracia estende seus ramos.

Outro aspecto está na ênfase não no respeito ao texto que define tais relações, mas na compreensão da alta generalidade e ambiguidade que marca a *escritura* constitucional. Black entende que tal indefinição pode

---

77 Como lembra Derrida, a busca pela comunicação dos pensamentos através de sons, fez com que as pessoas produzissem novos signos capazes de perpetuar tais pensamentos e torná-los conhecidos para pessoas que estão *ausentes*: “The meaning of contents of the semantic message would thus be transmitted, *communicated* by different *means*, by more powerful technical mediations, over a far greater distance, but still within medium that remains fundamentally continuous and self-identical, a homogeneous element through which the unity and wholeness of meaning would not be affected in its essence. Any alteration would therefore be accidental.” (DERRIDA, J. *Limited Inc.* Evanston: Northwestern University Press, 1988. p. 3).

78 BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. Woodbridge: Ox Bow Press, 1985. p. 22. De acordo com Amar: “In his elegant meditations on Structure and Relationship in Constitutional Law, Charles Black powerfully reminded us that the Constitution is more than a jumble of disconnected clauses. Because the document forms a coherent whole, sensitive readers must go beyond individual clauses to ponder the larger constitutional systems, patterns, structures, and relationships at work.” (AMAR, A. *America’s Constitution and the Yale School of Constitutional Interpretation*. In: *The Yale Law Journal*. v. 115, n. 8, 2006. p. 2001).

79 BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 23.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

ser reduzida com a compreensão das *estruturas e relações* dos institutos governamentais. A Constituição pode ser observada como uma parte do Direito que é aplicada pelas Cortes, contudo, afirma Black: “Existe, além disso, uma próxima e perpétua interoperação entre o texto e os modos relacionais e estruturais de racionalidade, pois, no que trata da estrutura e da relação elas foram criadas pelo texto (...)”.<sup>80</sup>

Logo, a permanente, a *perene* codeterminação, manifestada na mobilidade entre estrutura e relação, pode ser observada em características extrínsecas ao texto da lei ou de cláusulas derivadas deste. Black propõe um “modo de inferência” a partir das relações políticas que vinculam o *povo* de uma comunidade intercomunicativa.<sup>81</sup> A todos os abrangidos pelo *pacto político*, pelo governo, aos quais é garantida a cidadania e que, por sua vez, fornecem as substâncias que definem a própria Constituição.

---

80 “There is, moreover, a close and perpetual interworking between the textual and the relational and structural modes of reasoning, for the structure and relations concerned are themselves created by the text (...)” (BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 31. Tradução livre). Pode ser observado como um exemplo o caso *Gitlow v. New York* (1925) em que a cláusula do “Devido Processo” prevista na 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos foi afirmada pela primeira vez como garantidora também da liberdade de expressão e imprensa. Benjamin Gitlow, havia sido acusado do cometimento do crime de “anarquia criminal”, por ter publicado um Manifesto no “The Revolutionary Age”, o jornal da “ala esquerda” do Partido Socialista, em que defendida, dentre outras posições políticas, a revolução comunista através da mobilização do poder do proletariado através de revoltas e greves, com a proposta de destruir o Estado parlamentar e estabelecer em seu lugar uma revolucionária ditadura do proletariado. A Suprema Corte considerou o Manifesto como um chamado para atos violentos e não apenas um material voltado para o debate de ideias. A condenação estabelecida pela Corte de Nova Iorque foi mantida, com a divergência de Holmes, seguido por Brandeis, que entendeu que Gitlow deveria ser liberto. Para Holmes, o princípio geral da liberdade de expressão deveria ser incluído na 14ª Emenda, na abrangência do termo “liberdade”, em uma latitude mais ampla de interpretação do que aquela autorizada pelo Congresso, ante a extensa linguagem que deveria governar as leis dos Estados Unidos. O paradoxo está no fato de que, depois da maioria afirmar a extensão da liberdade de expressão, Gitlow acabou preso. Black observa que o caso estendeu a proteção da 14ª Emenda para incluir a liberdade de expressão, mas apenas para os casos de exercício desarrazoado do poder de polícia por parte do Estado: “We must remember that a great leap had to be taken, before the Fourteenth Amendment could do any good in this field – the leap from the base-line normal meaning of ‘due process of law’ to a special requirement of justification for state enactments of this sort. This leap, as we have seen, was not taken in *Gitlow*; it came later, and its length was not everywhere measured the same. From time to time some Justices have alluded to the leap with some indication that it might not in their minds be as long a leap as some other Justices, and some of the rest of us, would like to think.” (BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 45).

81 BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 50.

A cidadania não é uma pura reprodução de um modelo anterior de vida cívica, trata da incorporação e da participação na sociedade, ela pode remediar patologias sociais.<sup>82</sup> Por isso, para Black, enfermidades sociais como o racismo são questões que precisam ser reparadas.<sup>83</sup> Além disso, o conceito de “irmandade” deve ser reconsiderado, pois tal demanda nunca poderá ser alcançada. O amor fraternal não pode ser derivado do direito, ele pode ficar “na sombra do tempo”, aguardando; porém, a vida cidadã se *apresenta* como um antigo desafio, é representada e se faz presente há muito tempo.

Black expõe que a confiança apenas no texto da Constituição é frágil, pois este é um acordo político “acidental”, realizado em uma determinada data e que foi transformado em texto. Ele não é suficiente, não se pode tratar de um “acidente textual”, pois há (sempre) *algo a mais* para ser dito sobre a liberdade de expressão, sobre a questão racial, do que os termos, por exemplo, da 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos. As liberdades fundamentais possuem uma fundação ainda *mais profunda*, elas pertencem à própria *estrutura* do sistema político, da garantia do gozo de direitos, da cidadania.<sup>84</sup>

Trata-se de uma *arquitetônica política*, que prevê as liberdades fundamentais e dispõe a Suprema Corte como um componente que interage com os outros mecanismos de poder, que possui como função, a princípio, a interpretação e execução de políticas criadas em *outros lugares*.

Por isso, o instituto do controle de constitucionalidade não trata das atividades rotineiras dos magistrados ou de pessoas que aplicam políticas gerais que organizam a vida da comunidade política. O controle de constitucionalidade possui o poder de anular os produtos da ação de outra autoridade polí-

---

82 BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 53.

83 Ao analisar o caso *Brown v. Board of Education* (1954), Black observou que a cláusula de igual proteção deveria ser lida de forma a proibir a promoção de desvantagens significativas para a raça negra e que, a segregação é uma desvantagem intencional massiva para os negros, logo: “I find reinforcement here, at least as a matter of spirit, in the fourteenth amendment command that Negroes shall be ‘citizens’ of their States. It is hard for me to imagine in what operative sense a man could be a ‘citizen’ without his fellow citizens’ once in a while having to associate with him. If, for example, his ‘citizenship’ results in his election to the School Board, the white members may (as recently in Houston) put him off to one side of the room, but there is still some impairment of their freedom ‘not to associate’. That freedom, in fact, exists only at home; in public, we have to associate with anybody who has a right to be there. The question of our right not to associate with him is concluded when we decide whether he has a right to be there.” (BLACK, C. *The Lawfulness of the Segregation Decisions*. In: *The Yale Law Journal*. v. 69, 1960. p. 429).

84 BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 66.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

tica, por isso, não é possível equalizar *em definitivo* as controvérsias tanto da instalação como da utilização de tal instituto.

Assim, pode-se traçar os tipos de confrontos que a autoridade judicial última é submetida no exercício do controle de constitucionalidade. A precisão das percepções sobre os confrontos envolvendo o controle de constitucionalidade remetem à sua fundação, à questão proposta e respondida em *Marbury v. Madison* (1803), em que Marshall estabeleceu os argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade, delineando o confronto entre a Corte e o Congresso.<sup>85</sup>

Black observa que, apesar das diferentes argumentações que poderiam ser usadas na decisão, a fundamentação do controle de constitucionalidade não está edificada apenas em *Marbury* ou no Federalista n. 78. O controle de constitucionalidade contou com a aquiescência do parlamento, nos diferentes momentos em que a Corte exerceu esta função.<sup>86</sup> Assim, a Corte não enfrenta um cenário de *neutralidade*, o Congresso oscila sua posição em relação a este, mas continua a existir um interesse elevado no confronto entre o corpo de representantes, em um polo, e a Corte como guardiã da Constituição, no outro polo.<sup>87</sup>

---

85 O voto de Marshal no caso expressava que: “It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Those, then, who controvert the principle that the Constitution is to be considered in court as a paramount law are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law.”

86 BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 71.

87 Black, ao refutar as posições de Bickel e Learned Hand, afirmou que não existia qualquer problema na legitimidade no controle de constitucionalidade: “Either it is relevant to modern problems to assess the bedrock legitimacy of judicial review, or it is not. If it is not, let’s forget about it altogether. If it is, then the relevance has to be a differentiated relevance; the view one takes of the logic of *Marbury v. Madison*, cannot be relevant to the attitude one is to assume toward review of the actions of the states for their federal constitutionality. For the modes of legitimation are entirely different. *Marbury v. Madison* may be thought to pose a problem – a problem to which the right solution was found, I think, but a problem nonetheless. There simply is no problem about the fundamental legitimacy of judicial review of the actions of the states for federal constitutionality.” (BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 73). A importância da teoria

Por isso, o próprio *lugar* do Judiciário é um ponto em disputa dentro da estrutura de governo e diferentes poderes podem interferir na definição deste lugar. Black expõe que, no caso do Estados Unidos, o Congresso procurou retirar os poderes da Suprema Corte e uma onda teórica também se voltou contra o papel da Corte, ao afirmar que ela deveria abdicar de suas funções mais polêmicas e seguir a autocontenção, o que seria o sinônimo de uma “catatonia judicial”. O receio de Black se voltava para a impossibilidade da implementação do constitucionalismo pelo Judiciário como um “componente vivo” do governo.<sup>88</sup>

A decisão sobre a continuidade da implementação do constitucionalismo pelo judiciário cabeira ao Povo, pois nenhuma instituição pode sobreviver sem a *vontade do povo* para que ela continue ativa; ademais, o papel das cortes aparenta a de um fenômeno político.<sup>89</sup>

A Constituição – e pode-se dizer o mesmo sobre qualquer *escritura* – não é um texto que possui todas as chaves para sua interpretação. Mesmo nos casos em que a Constituição aponta para um *sentido* do texto, os próprios termos demandam interpretação. Segundo Black: “Não existe tal coisa como uma linguagem absolutamente transparente, auto-interpretativa, e mesmo que houvesse a Constituição certamente não é redigida em tal linguagem ou em qualquer coisa remotamente parecida com ela.”<sup>90</sup>

---

apresentada por Black não está limitada ao controle de constitucionalidade, este faz parte da proposta mais abrangente da análise da relação e estruturas de governo, como observa Dorf: “The signal contribution of Structure and Relationship is its identification of a method of constitutional interpretation in which the reader draws inferences from the relationship among the structures of government—such as Congress, the Presidency, and the states.” (DORF, M. Interpretive Holism and the Structural Method, or How Charles Black Might Have Thought About Campaign Finance Reform and Congressional Timidity. In: *The Georgetown Law Journal*. v. 92, 2004. p. 833).

88 BLACK, C. *The People and the Court: judicial review in a democracy*. New York: The Macmillian Company, 1960. p. 1-2. Cf. STRAUSS, D. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

89 “The essence of judicial review, to recapitulate, is simply this: In the course of a judicial proceeding, it may happen that one of the litigants relies on a statute or other governmental pronouncement which the other litigant contends to be repugnant to some provision of the Constitution. It is the task of the court to determine what the law is. If the Constitution is a law of superior status, then the rule of the Constitution, and not the rule of the statute or other governmental pronouncement, is the correct rule of law for application to the case before the court. The court, under our system, therefore considers itself bound to follow the rule of the Constitution, and so to treat the other rule as a nullity.” (BLACK, C. *The People and the Court*. p. 12).

90 “There is no such thing as absolutely clear, self-interpreting language, and even if there were the Constitution very certainly is not couched in such language or in anything remotely like it.” (BLACK, C. *The People and the Court*. p. 13. Tradução livre).

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Black defende o método da *relação e estrutura*, em que haveria a maior cobertura de problemas e uma teoria da liberdade de expressão baseada não no texto, mas nas *relações políticas*, nos institutos que deveriam ser protegidos pelo governo, ainda que sua preservação implique, em certos casos, a não interferência.

O mesmo poderia ser observado na própria relação com a interpretação textual em que os casos apontam para *sentidos, direções* não previstas e que foram deixadas em aberto pelo raciocínio formal.<sup>91</sup> Ademais, entende que vários problemas deveriam ser analisados em termos de *relação e estrutura* de modo a apurar a justificação do resultado alcançado pela decisão.

O conceito de controle de constitucionalidade, mesmo em sua prática imperfeita, cumpre a função de uma *simbolização ritual* de uma “grande ideia”.<sup>92</sup> A dicotomia ingênua entre governo das leis e não de homens foi superada pelo reconhecimento de que não pode haver leis sem homens que as interpretem, pois eles precisam interpretá-las, moldá-las e aplicá-las. Afirmo Black que não existem leis sem homens, mas, com e *por* eles, e os homens podem viver juntos sob tal tipo de lei.

Um governo de leis por intermédio de homens é um ideal possível ao qual as estruturas políticas e os cidadãos podem almejar, este é um ideal do *passado* que originou as instituições que definem o governo. O controle de constitucionalidade, ainda que de maneira imperfeita, serve como a *incorporação simbólica* do ideal, ele garante que “(...) nenhum homem ou organização de homens pode se encontrar fora da lei – fora de sua proteção ou de suas limitações. Mesmo o poder final do Estado é racionalmente mesurado, embora em uma ampla medida, e deve parar onde as leis o restringem.”<sup>93</sup>

Para Black, o controle de constitucionalidade transpõe os tempos presentes, sua presença, pois é um *embrião* vivo para a solução do problema do poder. É um *ideal* que ele defende, que ele quer manter vivo, que irá sobreviver à vida dele, que ele não será espectador de sua plena manifes-

---

91 BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 94.

92 BLACK, C. *The People and the Court*. p. 32.

93 “(...) no man or organization of men is ever outside the law – outside its protection or outside its limitation. Even the final power of the State is rationally measured, though with an ample measure, and must stop where the law stops it.” (BLACK, C. *The People and the Court*. p. 32. Tradução livre).

tação, sua revelação, por isso afirma: “Nosso trabalho é cuidar dele para que não vivamos para ver ele morrer.”<sup>94</sup>

Aquilo que interessa a Black não é a *estrutura* da Constituição como um *documento*, mas os mecanismos institucionais criados por ela, os quais podem ser inferidos a partir do governo. As relações versam sobre as partes que compõem a estrutura, tais como o governo federal, os estados, cidadãos, estrangeiros, a Corte, entre outras.

Dorf acredita que o método de Black é pouco utilizado, dentre outras razões pelo “fantasma” de Lochner e de usos muito abrangentes da Corte por parte tanto de conservadores como liberais, eis que argumentos fundados no *texto* e na *estrutura* da Constituição parecem ser mais *determinados*.<sup>95</sup> Contudo, a proposta de Black é a de que outras *modalidades* de argumentos constitucionais fossem reconhecidos, não se tratava de dispensar aqueles previamente estabelecidos.<sup>96</sup>

Considerar um Povo, que vive sob um determinado regime jurídico produzido ou adotado por eles mesmos, demanda a reflexão sobre a *identidade* deste mesmo povo, que é contínua ao longo de eventos de mobilização e mudança constitucional. Como observa Michelman, o Povo pode manter sua unidade, sua identidade, mesmo ao longo dos processos de transformação da Constituição.<sup>97</sup>

A *(bio)grafia* constitucional é diferente, suplementada a cada nova linha legislativa que é integrada ou retirada do corpo normativo. Tal síntese, da escritura da *vida* da Constituição, pode ser observada na identidade do sujeito constitucional ou, alternativamente, na (im)possibilidade da conjugação do *mesmo* e do *diferente* em um mesmo corpo, em uma mesma instituição.

Na produção de autoridades jurídicas atreladas à Constituição, aquilo que se espera é que os constituintes possam se tornar figuras históricas que definam a identidade da comunidade política. Tal expectativa vincula os intérpre-

---

94 “Our job is to look to it that we do not live to see it die.” (BLACK, C. *The People and the Court*. p. 33. Tradução livre).

95 DORF, M. Interpretive Holism and the Structural Method, or How Charles Black Might Have Thought About Campaign Finance Reform and Congressional Timidity. p. 838.

96 BOBBIT, P. *Constitutional Fate: theory of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 1984. p. 6-8.

97 Michelman recorda que, se não formos capazes de afirmar uma *identidade* entre aqueles que decidem acerca de transformações constitucionais e aqueles que vivem sob a decisão daqueles, não seria possível sequer falar em autodeterminação popular. MICHELMAN, F. *Constitutional Authorship by the People*. p. 1626.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

tes constitucionais “presentes”, que procuram suportar a força normativa da Constituição, afirmar sua autoridade perante os *vivos*. Isso torna os intérpretes enredados, ao mesmo tempo, pela escritura passada e pela vontade “presente”.

Pode-se reconhecer, a partir disso, que a Constituição é produzida e acompanhada por uma história densa, que não tem nada de autoevidente e que também não se define de maneira isolada de outros fatores “exteriores”. A narrativa da Constituição pode ser objeto de diferentes *desenlaces*, distintas compreensões sobre seus conceitos e suas estruturas, bem como de seu texto.<sup>98</sup>

Trata-se de uma dimensão da Constituição que, se não necessariamente “progride” ao longo do tempo, deveria procurar *expandir* o número de narrativas que almejam definir seus *sentidos*, abrir os diferentes *caminhos* do constitucionalismo para a democracia, ao invés de apagar os rastros passados ou mimetizar os passos dos constituintes.

A democracia, observada a partir da tradição constitucional, carrega a promessa da autodeterminação pelo povo. Contudo, para que esta seja possível, arranjos sociais precisam ser estabelecidos para sua concretização. Logo, a proposta de que a democracia seja *apenas* majoritária é insuficiente. O controle do mundo pela maioria dos “vivos” é fundamental para a garantia da autodeterminação, porém, observa Robert Post, o aspecto majoritário não pode ser visto como o único elemento da caracterização da democracia.<sup>99</sup>

O projeto *limitado* a procedimentos que possam corrigir abusos por parte da maioria não toca o cerne das questões que são colocadas em disputa. O dilema fundamental da democracia se coloca, portanto, na (im)possibilidade de reconciliação entre a autonomia individual e a autodeterminação coletiva.

Em termos contrafáticos, tal reunião, assembleia, a reconvenção do “povo” tomaria lugar em uma estrutura política que garantisse a livre comunicação, a expressão entre as partes. Contudo, a própria definição da estrutura que habilitaria a livre comunicação entre os sujeitos, o espaço de demonstração dos *discursos públicos*,<sup>100</sup> se funda na tensão entre manifestações públicas e privadas, ante o paradoxo no cerne da democracia.

---

98 TRIBE, L. *The Invisible Constitution*. p. 69.

99 POST, R. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 6-7.

100 “If public discourse is kept free for the autonomous participation of individual citizens, and if government decision-making is subordinated to the public opinion produced by public discourse,

Se há uma ênfase bastante expressiva na mutabilidade das interpretações legais realizadas pela comunidade política, da própria compreensão do “fenômeno” jurídico e do papel dos magistrados na aplicação do Direito, isso se deve à projeção que é feita do Direito como estabilizador das relações sociais.

A democracia, por sua vez, não pode ser tratada como conceito imobilizado ou atemporal. Diferentes modelos políticos e epistemológicos procuram *conferir sentidos* para a democracia, que pode ser tratada tanto como submetida à vontade de cidadãos isolados, detentores de propriedade privada, quanto por meio de outras imagens, que procuram privilegiar a autonomia das razões ao invés da autonomia das vontades ou, ainda, a prevalência da vontade pública sobre a privada.

Qualquer um dos modelos democráticos que afirme seu “triumfo” sobre os outros corre o risco de abandonar a representação democrática, oprimir minorias, desconsiderar aspectos irracionais na definição do político e não ser legitimado pelas diferentes vozes do povo. Por isso, a democracia é algo *por vir*, perfectível, um projeto *sem fim*, que nunca termina, um espaço que é sempre (in)determinado.

Aquilo que se coloca em “disputa” é a determinação dos *sujeitos*, dos *modos do ser*, fundamental para as diferentes esferas de poder. A administração pública, a comunidade política e a democracia constroem imagens de uma subjetividade e formas pelas quais as relações com os indivíduos serão estabelecidas.

Para o poder público as pessoas tendem a ser transformadas em *objetos* ou em cenários mais elaborados, *agentes* ou *atores* políticos. Porém, usualmente, os sujeitos são tratados pela administração pública como peças de um tabuleiro na realização de políticas públicas. No plano da comunidade política os indivíduos são *normalizados*, possuem sua identidade definida pela coletividade que lhes é anterior, mas, igualmente, podem participar como cidadãos na (re) definição dos valores comunais. Na esfera democrática, as pessoas são idealizadas como autônomas, ou potencialmente capazes de autodeterminação, podem transpor as identidades constitutivas e determinar seus *destinos*.<sup>101</sup>

---

there is the possibility that citizens will come to identify with the state as representative of their own collective self-determination.” (POST, R. C. *Constitutional Domains*. p. 7).

101 “These examples serve to illustrate the ways in which management, community, and democracy each imply distinct configurations of persons and of the social worlds those persons inhabit. They

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

O reino das formas enfrenta um dos espaços mais voláteis na arena democrática, a qual é habilitada para questionar tanto a administração pública como a comunidade política, ainda que a separação entre as três esferas não seja sempre nítida ou rígida.

O compromisso com a autodeterminação se envolve com a democracia pois os valores da comunidade podem ser reconciliados, redefinidos, em um contínuo movimento entre a identidade e as diferenças, com a demanda que outros valores da comunidade, ainda não reconhecidos como pertencentes ao domínio público, possam ser (r)emendados no tecido “sem costura”. Dessa forma, o projeto da democracia reconhece a impossibilidade de *realizar de modo completo* a democracia, há sempre uma relação *necessária*, complementar e hostil com a comunidade.<sup>102</sup>

Ao mesmo tempo em que a democracia *nega* a comunidade, ela depende desta para continuar a manter a coesão social, a homogeneidade necessária para se realizar qualquer esboço de autodeterminação. Entre marginalidades e fronteiras, a relação entre a democracia e a comunidade precisa de estruturas jurídicas, as quais não irão fixar as últimas demarcações políticas, eis que permanecerão instáveis e contestáveis.

O espaço de poder ocupado pelo Direito, pela instituição da lei, e as formas e razões jurídicas conectam-se com a democracia, com o poder público e com a comunidade. Isso pode ser observado na necessidade de justificação das decisões, da exposição dos argumentos que procuram conferir racionalidade e universalidade para a jurisdição, principalmente nos casos envolvendo controle de constitucionalidade.

Para Post, a melhor forma de justificação por parte das Cortes ocorreria mediante o uso de premissas elementares, possíveis de ser compartilhadas com seus destinatários.<sup>103</sup> Tais premissas poderiam ser encontradas em estruturas sociais *propositivas*, as quais já possuem intenções em sua organização, como a democracia, a administração pública e a comunidade política.

---

also illustrate the ways in which the law can modify its own institutional interventions so as to become consistent with these different configurations. The law can vary its image of the ‘legal subject’ so as to match that image with the form of social order that the law seeks to establish. It is not useful to ask which of these different images is more ‘real’, for reality here is a function of the social order itself.” (POST, R. C. *Constitutional Domains*. p. 12).

102 Cf. MOUFFE, C. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.

103 POST, R. C. *Constitutional Domains*. p. 15.

A relação entre a lei e o plano fático pode ser exposta eis que, em certas circunstâncias, as Cortes irão reproduzir a ordem social e os mecanismos de *atualização* de sentidos manifestados pela vida social, enquanto, em outros casos, as Cortes irão procurar estabelecer o modo de vida adequado que a sociedade deveria seguir. Nas duas circunstâncias, as Cortes precisam articular de maneira convincente (ante o inafastável aspecto retórico das decisões) as premissas de autoridade que são colocadas em disputa, com o uso de justificações sobre o tema apresentado no âmbito jurídico.

Quando o *nomos* busca regular a vida em sociedade, ele se dirige para os modos de vida em comunidade de duas maneiras. Por um lado, afirma a independência dos indivíduos e sua capacidade de autodeterminação, por outro lado e, em certos casos, de maneira concomitante, nega tal autonomia e procura governar certos aspectos que poderiam ser relegados à discricionariedade individual, às escolhas éticas de cada indivíduo. Uma alternativa para essa paradoxal relação estaria na manutenção e revitalização tanto dos laços comunitários como da esfera democrática.

Uma “comunidade democrática”, embora seja sempre instável e contestável, deveria ocupar um lugar importante não apenas nas relações intersubjetivas, mas também na jurisdição constitucional. Como anota Post, ante a impossibilidade de se formular “consensos absolutos”, o debate *constitui a democracia e é sem fim*,<sup>104</sup> por isso deveria ser mantido como uma estrutura comunicativa contínua.<sup>105</sup>

Tal estrutura, que pode ser derivada das leis, não garante a compreensão, os consensos ou entendimentos. Apresenta-se, em muitos casos, como mecanismos de mediação discursiva de paixões, incompreensões e diferenças. As formas jurídicas podem garantir a participação de maiorias e minorias no sistema comunicativo, do qual a legitimação de qualquer composição política depende.

## Referências Bibliográficas

ACKERMAN, B. Beyond Carolene Products. In: *Harvard Law Review*. v. 98, 1985.

---

104 POST, R. C. *Constitutional Domains*. p. 186.

105 Ver os casos: *Hustler Magazine v. Falwell* (1988) e a ADPF 187 julgada em 2011.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

AGAMBEN, G. *Means without end*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000.

AMAR, A. *America's Constitution and the Yale School of Constitutional Interpretation*. In: *The Yale Law Journal*. v. 115, n. 8, 2006.

ARENDT, H. *Crises of the Republic*. New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972.

\_\_\_\_\_. *On Revolution*. New York: Penguin Books, 1963.

\_\_\_\_\_. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press, 1958.

\_\_\_\_\_. *The Origins of the Totalitarianism*. San Diego: Harcourt Brace, 1976.

BENHABIB, S. *Democracy and Difference: reflections on the metapolitics of Lyotard and Derrida*. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

\_\_\_\_\_. *Democratic Iterations: the local, the national, and the global*. In: BENHABIB, S. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2000.

BLACK, C. *The Lawfulness of the Segregation Decisions*. In: *The Yale Law Journal*. v. 69, 1960.

\_\_\_\_\_. *The People and the Court: judicial review in a democracy*. New York: The Macmillian Company, 1960.

\_\_\_\_\_. *The Problem of the Compatibility of Civil Disobedience with American Institutions of Government*. In: *Texas Law Review*. v. 43, n. 4, 1965.

\_\_\_\_\_. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. Woodbridge: Ox Bow Press, 1985.

BOBBIT, P. *Constitutional Fate: theory of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 1984.

BORK, R. H. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. In: *Indiana Law Journal*. v. 47, 1971.

COVER, R. M. *Nomos and Narrative*. In: *Harvard Law Review*. v. 97, 1983.

CRITCHLEY, S. Frankfurt Improptu – remarks on Derrida and Habermas. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

DERRIDA, J. For a Justice to Come. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

\_\_\_\_\_. *Limited Inc*. Evanston: Northwestern University Press, 1988.

\_\_\_\_\_. *The Politics of Friendship*. London: Verso, 1997.

DORF, M. Interpretive Holism and the Structural Method, or How Charles Black Might Have Thought About Campaign Finance Reform and Congressional Timidity. In: *The Georgetown Law Journal*. v. 92, 2004.

DWORKIN, R. Law as Interpretation. In: *Texas Law Review*. v. 60, 1982.

\_\_\_\_\_. The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve. In: *Fordham Law Review*. v. 65, 1997.

ELSTER, J. *Securities Against Misrule: juries, assemblies, elections*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

ELY, J. H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FISH, S. Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature. In: *Texas Law Review*. v. 60, 1982.

HABERMAS, J. *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

\_\_\_\_\_. Hannah Arendt's Communications Concept of Power. In: *Social Research*. v. 44, 1977.

HOLMES, S. *Passions and constraint: on the theory of liberal democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

KRISTEVA, J. *Hannah Arendt: life is a narrative*. Toronto: University of Toronto Press, 2001.

MAITLAND, F. W. A Prologue to a History of English Law. In: *Select Essays in Anglo-American Legal History*. v. 1. Boston: Little Brown, 1907.

MICHELMAN, F. Constitutional Authorship by the People. In: *Notre Dame Law Review*. v. 74, 1999.

MOUFFE, C. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.

PITKIN, H. F. The Idea of a Constitution. In: *Journal of Legal Education*. v. 37, 1987.

POST, R. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community*. London; New York: Routledge, 2010.

RUBENFELD, J. *Freedom and Time: a theory of constitutional self-government*. New Haven: Yale University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. On Fidelity in Constitutional Law. In: *Fordham Law Review*. v. 65, 1997.

SCHEPPELE, K. L. The New Judicial Deference. In: *Boston University Law Review*. v. 92. 2012.

STRAUSS, D. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SUNSTEIN, C. Incompletely Theorized Agreements. In: *Harvard Law Review*. v. 108, 1995.

\_\_\_\_\_. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

TRIBE, L.; DORF M. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TRIBE, L. The Idea of the Constitution: A Metaphor-morphosis. In: *Journal of Legal Education*. v. 37, 1987.

\_\_\_\_\_. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. In: *Yale Law Journal*. v. 89, 1980.

VILLA, D. *Arendt and Heidegger: the fate of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

WALDRON, J. Arendt's Constitutional Politics. In: VILLA, D. (ed.). *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. New York: Cambridge University Press, 2000.

WHITE, J. B. *Justice as Translation: an essay in cultural and legal criticism*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

WITHMAN, W. *Song of Myself*. Iowa: University of Iowa Press, 1989.



# Armadilhas ao Devido Processo Legislativo em Contextos Democráticos<sup>1</sup>

Paulo Ricardo Schier<sup>2</sup>

É comum, dentre as diversas tradições que estudam o fenômeno do Estado Democrático de Direito, a constatação de existência de fortes vínculos entre direitos fundamentais e democracia. E em tal seara autores tão diversos como Robert Alexy<sup>3</sup>, Konrad Hesse<sup>4</sup>, Vieira de Andrade<sup>5</sup>, Canotilho<sup>6</sup>, Ingo Sarlet<sup>7</sup> e Perez-Luño<sup>8</sup>, dentre outros, insistem que é preciso o desenvolvimento de teorias constitucionais concretas, voltadas a uma experiência

---

1 Texto apresentado para a VI *Jornadas Latinoamericanas de Derechos Fundamentales*, realizadas em Fortaleza, Outubro de 2019 – UNIFOR, e decorre de um pequeno recorte do Projeto de Pesquisa desenvolvido no contexto do NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil. O projeto global analisa como arranjos, práticas e instituições legais podem servir de limite ao processo deliberativo amplo e legítimo.

2 Doutor em Direito Constitucional pela UFPR. Professor de Direito Constitucional, em nível de graduação, mestrado e doutorado d Centro Universitário UniBrasil (Curitiba), do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Convidado da Universidade de Wroclaw (Polônia). Pesquisador do NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Democracia - CNPq. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Paraná. Advogado militante. pauloschier@uol.com.br

3 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, 2002, p. 27.

4 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, 1998, p. 25-6.

5 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2004, p. 37 e seguintes.

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 5ª Ed., 1991, p. 506.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 75.

8 PEREZ-LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*, 1988, p 26-7.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

historicamente situada, com a finalidade de desenvolver uma dogmática adequada para responder as demandas específicas da sociedade.

Nada obstante a propagação cada vez mais intensa deste tipo de pensamento, parece certo que a existência de algum consenso em relação a necessidade de um constitucionalismo chamado de *adequado, concreto* ou *estatalista* não impede que se reconheça que grande parte dos problemas constitucionais, bem como de seus valores, alcançou uma dimensão global.

Não é sem razão que Bruce Ackerman<sup>9</sup>, referindo-se à aceitação generalizada de alguns princípios políticos, admite a existência de um “constitucionalismo mundial”. Horst Dippel, através de leitura histórica, enuncia catálogo de princípios que caracterizariam, em plano mundial, o constitucionalismo moderno<sup>10</sup>. No Brasil, embora assumindo postura crítica, José Eduardo Faria descreve o processo de universalização de alguns valores do constitucionalismo como forma de legitimação genérica do sistema político<sup>11</sup>.

Nesta seara, dentre os valores que hegemonicamente costumam aparecer na pauta do constitucionalismo ocidental como dotados de universalidade despontam os *direitos fundamentais* e a *democracia*.

Deveras, no mundo atual o reconhecimento constitucional de um rol mais ou menos extenso de direitos fundamentais é fenômeno facilmente constatável<sup>12</sup>, sendo possível afirmar o mesmo em relação à democracia, invocada em não poucas constituições, mesmo antidemocráticas, como elemento de legitimação do poder<sup>13</sup>. Não sem razão, aliás, pensadores de tradições teóricas distintas sustentam que os direitos fundamentais integram o cerne do constitucionalismo moderno<sup>14</sup>. Os direitos fundamentais, não raro, são apontados como integrantes do núcleo principal das atuais constituições<sup>15</sup>, que teriam se desenvolvido exatamente como instrumentos de tutela desses direitos<sup>16</sup>.

---

9 ACKERMAN, Bruce. *The rise of world constitutionalism*, 1997, p. 771-797.

10 DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno*, 2007, p. 10.

11 FARIA, José Eduardo. *O Brasil pós-constituente*, 1989, p. 11.

12 DIPPEL, Horst. Op. Cit., p. 23-35.

13 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*, 1976, p. 218-222.

14 SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*, 1991, p. 17.

15 SCHIER, Paulo Ricardo. *Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado*, 2005, p. 11-14.

16 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*, 1987, p. 16-17.

Ao mesmo tempo em que não há grande divergência na afirmação de que *direitos fundamentais e democracia* assumiram uma dimensão mundial, parece também existir um concerto amplo no sentido de se reconhecer uma relação necessária entre esses valores. Carlos Bernal Pulido leciona que “os direitos fundamentais representam, sem lugar para dúvidas, a coluna vertebral do estado constitucional. Igualmente ao seu antecessor, o estado liberal, o estado constitucional não se propõe como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para que os indivíduos desfrutem de seus direitos na maior medida possível. Por isso os direitos fundamentais são a base do estado constitucional, o motor de sua ação e também o seu freio”<sup>17</sup>. Hans Peter Schneider, de modo mais incisivo, chega ao ponto de se sustentar que sem uma tutela adequada dos direitos fundamentais não existe democracia. Para este autor, “a democracia pressupõe os direitos fundamentais da mesma forma que, ao contrário, os direitos fundamentais só podem adquirir sua plena efetividade em condições democráticas”<sup>18</sup>.

Se a correlação entre direitos fundamentais e democracia é um dado inafastável, por certo não se pode a partir daí concluir que o diálogo entre eles seja sempre harmônico. Existe nesta relação também um campo conflitual.

Nos países em que se admite a supremacia da constituição escrita<sup>19</sup>, onde existem mecanismos de controle de constitucionalidade e nos quais este controle pode se desenvolver numa perspectiva substancial, tomando-se como paradigma algum núcleo axiológico mais ou menos rígido, é comum a emergência de tensões entre direitos fundamentais e democracia. Observe-se que Robert Alexy, ao admitir três possibilidades para contemplar as relações entre direitos fundamentais e democracia, fazendo referência à concepção que ele designa como *realista*, afirma que a existência de proteção aos direitos fundamentais é uma experiência ao mesmo tempo profundamente democrática e antidemocrática. Democrática porque asseguram o desenvolvimento da democracia e de suas condições de deliberação e, antidemocrática, porque desconfia do processo democrático ao retirar, do plano deliberativo das maiorias, a possibilidade de algumas decisões ou ações<sup>20</sup>.

---

17 PULIDO, Carlos Bernal. *Prefácio à obra Três escritos sobre los derechos constitucionales*, (2006, p. 13.

18 SCHNEIDER, Hans Peter. Op. Cit., p. 19.

19 PACE, Alessandro & VARELLA, Joaquin. *La rigidez de las constituciones escritas*, 1995, p. 115-129.

20 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, (2003, p. 37-38. Na mesma linha: SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, (2003, p. 124.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Para o contexto do presente estudo interessa, de forma mais próxima nessa relação, não o seu aspecto tensional mas, antes, o seu aspecto complementar. Ou seja, a leitura decorrente de determinada linha procedimentalista (mas não exclusivamente) que compreende que direitos fundamentais são pressupostos da democracia, do processo deliberativo, e que portanto não existe aí necessariamente (ou sempre) tensões. Nessa linha, sem a satisfação de determinados pressupostos (expressos mediante direitos fundamentais), não haveria que se falar em democracia.

Importantes pensadores que seguem essa perspectiva, como é o caso de Robert Dahl<sup>21</sup>, reconhecendo que existem níveis diferentes de desenvolvimento no processo democrático - a depender do grau de satisfação dos pressupostos deliberativos - defende que há níveis diferentes de democracias e, a partir de então, constrói a categoria de *poliarquia* para se referir aos Estados em que sejam garantidos, em nível constitucional, pelo menos a existência de (i) funcionários eleitos, (ii) eleições livres, justas e frequentes, (iii) liberdade de expressão, (iv) fontes de informação diversificadas, (v) autonomia para as associações e (vi) cidadania inclusiva<sup>22</sup>. E nesse contexto todos os arranjos, práticas e instituições voltados para possibilitar o exercício de tais direitos estariam, também, incluídos dentre os pressupostos da democracia.

É certo que esse tipo de leitura tem a sua relevância. Mas também tem as suas limitações. Tem importância porque reconhece, no nível da institucionalização constitucional, a necessidade de garantia, como se disse, de uma ampla gama de direitos fundamentais. Todavia apresenta também uma série de limitações.

Isso porque a história das instituições costuma apontar que uma compreensão adequada do processo de institucionalização não pode ser limitada, exclusivamente, a um único nível de normatividade<sup>23</sup>. Aliás, o próprio Robert Dahl sustenta que a satisfação dos direitos instituições que tipificam a poliarquia é algo necessário mas não suficiente<sup>24</sup>.

Considere-se, por exemplo, que instituições constitucionais que são criadas para fomentar debate ou incremento do processo deliberativo so-

---

21 DAHL, Robert. *Sobre a democracia*, 2009, p. 97-100.

22 DAHL, Robert. *Poliarquia*, 2015, p. 39 e seguintes.

23 SANTOS, Fabiano. *Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil*, 1999, p. 67.

24 DAHL, Robert. *Sobre a democracia*, 2009, p. 135.

frem (ou podem sofrer), no plano das leis ou mesmo dos atos administrativos, sérias restrições procedimentais (nem sempre proporcionalmente justificadas) que funcionam como verdadeiros óbices à obtenção de uma adequada decisão pública<sup>25</sup>.

Ou seja, é comum que Estados e constituições democráticas convivam com instituições e procedimentos não democráticos, porém legalizados, que dificultam a deliberação adequada.

Exemplos não faltam na experiência constitucional brasileira e mundial. No contexto da Constituição Federal de 1988 tem-se a previsão, ao menos em abstrato, de todos os requisitos daquilo que Robert Dahl chamaria de poliarquia. No campo do processo legislativo, inclusive, a Constituição do Brasil regula, de modo bastante razoável, os procedimentos de tomada de decisão em suas diversas fases de iniciativa (inclusive com a possibilidade de participação popular, mas com forte poder de agenda conferido ao Presidente da República), discussão/deliberação, sanção ou veto, promulgação e publicação. A regulação desse complexo processo, que engloba a edição de um número bastante amplo de espécies legislativas (emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, medidas delegadas, medidas provisórias, decretos e resoluções legislativas) e administrativas (decretos presidenciais, regulamentos, portarias, instruções normativas etc.), prevê procedimentos que, por tradição, possibilitam deliberação adequada com mecanismos de agenda, veto, debates, propositura e suspensão de momentos adequados de decisão, participação popular, controles jurídicos e sociais e publicização.

Todavia quando se analisa, com a devida atenção, a regulamentação infraconstitucional desses procedimentos – como sucede, por exemplo, nos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional –, verifica-se a existência de mecanismos que distorcem a lógica deliberativa.

Dentre tantos que poderiam ser enumerados cite-se, aqui, o mecanismo do pedido de “urgência urgentíssima” (que limita o prazo para as deliberações, retira os projetos de lei dos estudos das comissões e de seu tempo normal de tramitação colocando-os para votação imediatamente, sem os devidos estudos e sem possibilitar a reação da imprensa, da opinião pública e da oposição, fazendo-os ser votados em regime de “comissão geral”) ou o

---

25 HALL, Peter & TAYLOR, Rosemary C. R., *As três versões do neoinstitucionalismo*, 2003, p. 8-9.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

mecanismo do “voto de liderança” (sistema de votação em que o líder de um determinado Partido Político vota em seu nome de todos os demais membros da associação – por exemplo: se o partido possui 90 cadeiras na Câmara dos Deputados e decide-se pelo voto de lideranças, o voto do líder vale por todos os demais, garantindo-se fidelidade partidária, por um lado, mas retirando a possibilidade dos dissensos internos e de uma adequada reflexão sobre determinadas matérias).

Em ambos os exemplos o que se percebe é que, não raro, embora no nível constitucional exista regulamentação adequada do processo decisório, a regulamentação no plano legal e administrativo funcionam como óbices ao seu efetivo funcionamento.

No Brasil tornou-se célebre o caso no qual, seguindo-se os procedimentos constitucionais adequados, o Congresso Nacional rejeitou proposta de emenda constitucional em que se pretendia diminuir a maioria penal. Enquanto a imprensa preparava a divulgação da notícia e a sociedade civil comemorava a vitória, mediante manobra regimental colocou-se a matéria novamente em debate e votação, sem a atenção do grande público, garantindo-se a aprovação da diminuição da maioria penal.

Outro caso, que se manifestou especialmente no âmbito de um dos Estados da Federação (Estado do Paraná), dizia respeito a uma alteração bastante intensa no regime de previdência dos professores e funcionários públicos, inclusive com autorização para que o Governador pudesse sacar o dinheiro depositado no sistema para gastos gerais do Estado. A proposta gerou grande reação popular. Houve forte mobilização e movimentos grevistas. Havia, também, prazo suficiente para as reações dos movimentos sociais, que estavam conseguindo reverter a opinião dos deputados tendo em vista a ampla repercussão social negativa. A despeito disso, invocando instituto regimental – sem previsão constitucional – colocou-se o projeto de lei em regime de comissão geral (“urgência urgentíssima”). A partir de então todos os prazos de tramitação do projeto de lei foram suspensos. Dispensou-se a análise dos estudos específicos formulados dentro das Comissões Parlamentares. O Parlamento passou a funcionar em regime de Comissão de Geral e, dessa forma, o projeto de lei que deveria ser votado em cerca de mais 10 dias, foi votado imediatamente, impedindo o debate, a reflexão, o acesso a adequada informação e a reação dos movimentos sociais e da imprensa.

Outro fenômeno que pode servir como exemplo perfeito do que se pretende demonstrar, no campo da institucionalidade infralegal brasileira, é o das chamadas normas de contrabando, também conhecidas como normas viajantes ou normas “de carona”. Trata-se de prática com manifestações abundantes. São comuns nos chamados projetos de lei de conversão de medidas provisórias e em legislações aprovadas nos últimos dias da sessão legislativa.

Por imposição constitucional o Parlamento, antes de entrar em recesso e para que isso possa ocorrer, deve obrigatoriamente aprovar determinadas leis e medidas que não podem ficar com discussão pendente para a próxima sessão legislativa. Normalmente são matérias que dizem respeito a questões orçamentárias, fixação de remuneração de determinados cargos políticos (que devem ser fixados com antecedência por imposição constitucional), aprovação de relatórios – por exemplo, de comissões parlamentares de inquérito – que não podem ser transferidos para outra legislatura etc. Essas pautas obrigatórias geram, nos últimos dias de trabalho, uma sobrecarga de projetos de leis que devem ser debatidos e aprovados (ou eventualmente rejeitados). Como não há mais tempo hábil para que todas essas matérias e projetos tramitem em velocidade normal, passando por todas as comissões e por todas as fases de discussão, críticas e reflexões, eles passam a ser analisados no regime de “urgência urgentíssima”, antes referido, formando-se a Comissão Geral. Isso acontece com um número relativamente elevado de projetos. Tendo em vista a falta de tempo (véspera de recesso obrigatório), a quantidade de matérias que devem ser votadas (por exigência constitucional), somando-se a isso a falta de atenção da opinião pública (não raro, pelo período do ano, já voltada para festejos natalinos e férias), aprovam-se quase todas as propostas mediante votação simbólica (por aclamação) ou voto de lideranças. A imensa maioria dos parlamentares não têm conhecimento, exatamente, sobre os detalhes daquilo que se está deliberando. E é isso que viabiliza as normas de contrabando.

Elas consistem em determinadas normas que são inseridas, de modo clandestino, escondido, em projetos de lei em relação aos quais não guardam qualquer tipo de pertinência temática. Vota-se a aprovação, por exemplo, de medida legislativa relevante em que se aprovam os limites remuneratórios de determinado cargo público e em seu texto - normalmente nas disposições finais, de natureza geral (“normas gerais”) -, aprovam-se também isenções fiscais, perdões de dívidas de grandes devedores e assim por diante.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Exemplo relevante ocorreu no caso do Projeto de Lei de Conversão n. 13/2012, relativo à Medida Provisória n. 559/12, de 5 de março de 2012. Tratava-se de Medida Provisória editada pelo Presidente da República com o objetivo de autorizar as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás a adquirir participação em outra empresa (Celg Distribuição S.A). Contudo, no momento da conversão dessa medida provisória em lei, aprovou-se também, via contrabando, em seu texto, sem que existisse qualquer pertinência temática, o chamado RDC (Regime de Contratação Diferenciado), voltado especialmente para as obras da Copa do Mundo (Lei n. 12.462/2011).

Marco Aurélio Marrafon<sup>26</sup>, em estudo sobre o tema, além do caso supracitado também denuncia diversas outras situações de contrabando na Medida Provisória n. 627/2013. Referida Medida Provisória tratava, especialmente, de algumas modificações em matéria de legislação tributária.

De acordo com Marrafon, “tendo recebido ao todo 516 propostas de emenda, o relator, Deputado Federal Eduardo Cunha, líder do PMDB, recomendou o acolhimento integral de 33 emendas e parcial de 26 emendas, grande parte com matérias alheias à temática de origem. Sem meias palavras, ele mesmo reconheceu que a partir do artigo 93, foram feitos alguns ajustes, assim como inclusões de temas não tratados na Medida Provisória, mas objeto de emendas ou demandas da sociedade, tais como o fim da taxa cobrada pela Ordem dos Advogados do Brasil, o chamado “Exame da Ordem”. Nessa lógica, continua o estudo, “foram incluídos inúmeros dispositivos, com conteúdo absolutamente sem pertinência com o objetivo inicial da MP. Dentre eles o disposto no artigo 101, estabelecendo que o descumprimento dos dispositivos previstos na Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, bem como dos contratos firmados entre operadoras e usuários de planos privados de assistência à saúde teriam suas multas drasticamente reduzidas por meio do estabelecimento de um teto. Na prática, o contrabando permite que fossem pagas apenas duas multas caso fossem aplicadas 50, causando prejuízos aos usuários do sistema e à própria atividade fiscalização da Agência Nacional de Saúde (ANS). Ora, trata-se de verdadeira anistia das multas aplicáveis aos planos de saúde, representando, segundo dados do Ministério da Saúde publicados pela imprensa, um perdão de cerca de 2 bilhões às operadoras

---

26 MARRAFON, Marco Aurélio. *Contrabando que anistia planos de saúde é inconstitucional*, 2014, p. 2.

privadas que descumprem suas obrigações contratuais e legais”<sup>27</sup>. Assim o Projeto de Lei de Conversão seguiu para o Senado federal onde foi aprovado com a mesma redação da Câmara dos Deputados, mormente tendo em vista a “falta de tempo adequado para apreciar a matéria”.

Esses casos enunciados não substanciam o que se poderia chamar de exceções mas, antes, experiências recorrentes no processo legislativo brasileiro.

É preciso registrar e deixar claro, em relação a essas práticas, que não existe, em princípio, qualquer problema em se admitir a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais, que podem incidir inclusive na esfera procedimental. Todavia, nos casos citados, o que se nota é que se está diante de restrições não proporcionais, não justificáveis, que inclusive podem configurar fraude ao processo legislativo. No caso das normas de contrabando, aliás, sequer seria possível falar-se em restrição do processo legislativo, pois o que ocorre é a verdadeira supressão do processo legislativo. As normas de contrabando não passam por deliberação alguma!

Esse quadro chama a atenção para aspectos que podem induzir a uma série de reflexões cruciais que, no presente texto, serão apresentadas apenas a título provocativo.

- A. Em relação aos exemplos enunciados está-se diante de normas jurídicas que, em tese, foram submetidas legitimamente ao processo legislativo e, atendendo a todos os procedimentos deliberativos, foram aprovadas e ingressaram no ordenamento jurídico. As regras constitucionais formais para aprovação foram respeitadas. As regras regimentais (internas ao Parlamento) igualmente foram respeitadas. Dificilmente o Poder Judiciário conseguiria, mediante simples análise procedimental, determinar a inconstitucionalidade dessas normas, principalmente porque, no Brasil, os Tribunais não costumam analisar a legitimidade procedimental na tramitação interna de projetos de lei (após a tramitação o controle pode ocorrer) por entender que se trata de uma questão de interesse meramente “interna corporis”.
- B. Por outro lado, parece evidente que existem vícios graves em tais processos decisórios. Os projetos tramitaram de acordo

---

27 Idem, p. 3.

com os procedimentos, foram votados e aprovados. Contudo está-se diante de situações em que o vício deliberativo não decorre, exatamente, do desrespeito de normas procedimentais constitucionais e nem dos campos legislativos e administrativos, que regulam o segundo plano, mais concreto e interno, dos aspectos procedimentais. O problema é que as próprias regras procedimentais são viciadas. Algo similar ocorre no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, por exemplo, onde as regras processuais, normalmente, são dotadas de elevada carga de racionalidade, permitindo forte controlabilidade, mas a adoção de um procedimento decisório interno no modelo seriático acaba prejudicando a efetiva deliberação e criando “juízes-ilhas” (em que cada magistrado apresenta seu voto sem dialogar efetivamente com os demais e chega-se a uma decisão não por convencimento mas por simples maioria, não raro formada a partir de argumentos díspares e contraditórios entre si). O problema do déficit de racionalidade decisória, nesses casos (tanto nos tribunais como nos parlamentos), fica subjacente a planos institucionais menores, mais sutis, arraigados na cultura, tradicionais, normalizados, mas que funcionam como verdadeiros inimigos ocultos do processo democrático.

- C. Se é certo, portanto, que a racionalidade democrática possui inimigos históricos de peso – e que merecem sempre constantes e renovadas atenções -, não é possível por isso deixar de lançar olhos àqueles inimigos ocultos, incorporados até mesmo em procedimentos tradicionais e aparentemente tidos como naturais nos processos decisórios internos. Afinal, os procedimentos podem garantir que as partes falem, mas não garantem que sejam ouvidas; podem garantir que haja discussão, mas não que haja convencimento; podem garantir que a oposição se manifeste, mas lhe seja recusado tempo hábil para tal; pode garantir que projetos de lei sejam aprovados, mas não necessariamente decididos!
- D. A democracia, efetivamente, há de se voltar contra os absolutismos, os totalitarismos, as ditaduras, os fundamentalismos, os

fascismos, as reduções e supressões de direitos fundamentais, os chamados capitalismo sem regras, as oligarquias ou os regimes de guardiania. Mas sem dúvida não pode também deixar de lançar seu olhar para outras direções. Aspectos culturais (que não foram objeto e nem mencionados nesse breve estudo) e procedimentos decisórios institucionalizados em sede infraconstitucional e até mesmo infralegal podem servir como poderosos agentes imunizadores de uma racionalidade efetivamente deliberativa, principalmente porque, sob o pretexto de fomentar decisões democráticas e legítimas, apenas criam uma aparência de deliberação. Como se disse, o problema não é a existência de restrições ao processo legislativo. O problema são as restrições desproporcionais ou até mesmo a fraude institucionalizada às deliberações (ou sua ausência total) como ocorre com as normas de contrabando.

- E. Esses problemas, fenômenos e instituições demandam atenção especial. No plano do processo legislativo, por exemplo, a teoria brasileira, mui recentemente, tem começado a desenvolver a ideia de necessidade de respeito a um “devido processo legislativo” como tentativa de sensibilizar os operadores do direito de que não basta simples observância das regras procedimentais institucionalizadas, mas que se deve exigir também que o procedimento imponha a devida motivação e discussão, que imponha levar em conta todos os argumentos colacionados no debate, respeito aos prazos, garantia efetiva de publicização e de direito de reação das oposições e da opinião pública etc. Do contrário o procedimento deliberativo é mero engodo. Ana Paula de Barcellos<sup>28</sup>, com atenção especialmente dirigida para a necessidade de controle da motivação determinante da apresentação de novas normas, tem sustentado a categoria do devido procedimento na elaboração normativa, agregando importantes aspectos e questões substanciais que devem incidir no procedimento. O mesmo tipo de tese já se via circular

---

28 BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*, 2016, p. 91 e seguintes.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

no Brasil, em certa medida e com outros contornos, em estudos de Marco Aurélio Marrafon e Ilton Norberto Robl Filho<sup>29</sup> ou de Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>30</sup>. As teses centrais, em última análise, seguem no sentido de que os aspectos procedimentais do processo decisório não podem ser considerados numa perspectiva meramente procedimental mas, sim – o que sempre foi considerado óbvio no campo da teoria deliberativa mas nem sempre é ou foi levado em conta nos procedimentos concretos -, devem agregar a análise de aspectos substanciais no que tange com a efetiva racionalização das decisões.

- F. O desrespeito, destarte, ao devido processo legislativo, em uma compreensão que transcende elementos meramente procedimentais e que incorpora efetivamente elementos substanciais, tem se mostrado, em diversos lugares e com roupagens diversas, verdadeiro inimigo interno das democracias, permitindo não a vitória dos melhores argumentos, das melhores razões, mas de interesses corporativos, clientelistas, patrimonialistas ou personalistas, de todo incompatíveis com a racionalidade pública e democrática.

## Referências

ACKERMAN, Bruce. *The rise of world constitutionalism*, In: Virginia Law Review, n. 83, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales em El estado constitucional*. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Torino: Editorial Trotta, 2003.

---

29 MARRAFON, Marco Aurélio & ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Controle de constitucionalidade de projeto de lei de conversão de medida provisória em face de contrabandos legislativo: salvaguarda do estado democrático de direito*, 2015, p. 235 e seguintes.

30 SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, 2006, cap. 3.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2004.

BARCELOOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa – devido procedimento na elaboração normativa*, Belo Horizonte: editora Fórum, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes (1991). *Direito constitucional*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou, Brasília: editora Universidade de Brasília, 2009.

DAHL, Robert. *Poliarquia*. Trad. Celso Mauro Paciornik, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

Faria, José Eduardo. *O Brasil pós-constituente*, São Paulo: Graal, 1989.

HALL, Peter A. & TAULOR, Rosemary C. R. *As três versões do neo-institucionalismo*, 2003. In: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n58/a10n58.pdf>.

HESSE, Konrad. *Elementos de direitos constitucional da República federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.

MARRAFON, Marco Aurélio & ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Controle de Constitucionalidade no Projeto de Lei de Conversão de Medida Provisória em face dos “contrabandos legislativos”: salvaguarda do Estado Democrático de Direito* In: NOVELINI, Marcelo & FELLET, André. *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Contrabando que anistia planos de saúde é inconstitucional*. In: *Consultor Jurídico*, 2014, at <https://www.conjur.com.br/2014-mai-05/constituicao-poder-contrabando-anistia-planos-saude-inconstitucional>, acessado em 08 de setembro de 2018.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito – do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.

PACE, Alessandro & VARELA, Joaquin. *La rigidez de las constituciones escritas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

PEREZ-LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 3º ed., Madrid: Tecnos S.A., 1988.

PULIDO, Carlos Bernal. *Prefácio à obra Três escritos sobre los derechos Fundamentales*. In: ALEXY, Robert. *Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Torino: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Fabiano. *Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil*. In: Dados – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, Volume 42, n. 1, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa – um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

# El Estatus de los Derechos Fundamentales Durante el Régimen de Excepción, a la Luz de la Constitución Peruana y el Didh

Abraham Siles<sup>1</sup>

## Introducción<sup>2</sup>

Entre las cuestiones más importantes del estado de excepción constitucional se halla, sin duda, la relativa al estatus de los derechos fundamentales. Y es que, por lo general, los Gobiernos imponen severos recortes a tales derechos con vistas a facilitar la acción de las fuerzas del orden, dirigida a conjurar la emergencia. El riesgo de abusos es, desde luego, muy grande, pues los gobernantes suelen entender que en tales situaciones cuentan con poderes ilimitados, como ha sido advertido por los estudiosos<sup>3</sup>. Ha sido frecuente que bajo estado de excepción se produzcan violaciones graves y en ocasiones masivas contra los derechos humanos.

De allí la importancia de esclarecer algunos aspectos sobre el régimen de los derechos fundamentales durante el gobierno de crisis. En primer lugar, interesa precisar el concepto de suspensión, tanto en lo que se refiere al objeto sobre el que recae la misma (derechos o garantías), como respecto a en qué consiste la suspensión o derogación.

En segundo lugar, conviene ocuparse de la opción del constituyente peruano por una lista positiva de derechos suspendibles y su articulación con las

---

1 Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), coordinador del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) de la PUCP. Agradezco a mis compañeros del GIDCYDEF por sus comentarios sobre una versión preliminar de esta ponencia, que he procurado recoger en la versión final. La responsabilidad del resultado es, desde luego, enteramente mía.

2 La presente ponencia es un adelanto que deriva de la investigación doctoral que en la actualidad realiza el autor.

3 Véase

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

regulaciones contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en el Perú. Finalmente, debe comentarse ciertos aspectos de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en casos peruanos.

A. **La suspensión de derechos o garantías constitucionales: sobre qué recae y en qué consiste**

## II.1. Sobre qué Recae la Suspensión

La Constitución peruana de 1993, actualmente en vigor, resolvió la vieja controversia doctrinal acerca de si lo que se suspende bajo estado de excepción son los derechos o las garantías. Este asunto dividió a los autores mientras estuvo en vigor la Carta anterior de 1979, y, más allá de sus ingredientes teóricos, tuvo una innegable repercusión práctica, ya que las opciones en juego implicaban una mayor o menor protección de los derechos fundamentales en uno u otro caso.

En efecto, la Constitución de 1979 habló de la suspensión de las «garantías», tanto durante el estado de emergencia como durante el estado de sitio, las dos modalidades de régimen de excepción admitidas por el artículo 231 de la Norma Fundamental. Por lo demás, también la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se refiere a la «suspensión de garantías» en el epígrafe de su artículo 27.

En consonancia con la mencionada elección del constituyente peruano de 1979, la Ley 23506, denominada «Ley de Habeas Corpus y Amparo» (*El Peruano*, 8 de diciembre de 1982), estableció que estos procesos constitucionales eran improcedentes «respecto de las garantías y derechos señalados específicamente en el artículo 231 de la Constitución Política, durante el tiempo de su suspensión» (artículo 38)<sup>4</sup>.

La Comisión que redactó el Anteproyecto de Ley de Habeas Corpus y Amparo procuró «corregir» la opción constitucional por la suspensión de las garantías, que juzgaba errónea, reconduciéndola a la suspensión de los derechos, como consta no sólo del texto normativo, que empleó como sinónimos las expresiones «garantías» y «derechos», sino además de la Exposición de Motivos de la ley<sup>5</sup>. No obstante, para todo efecto práctico, la legislación que de-

4 Véase Véase tamb

5 Véase Alberto Borea Odría, *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy*, op. cit., p. 350. Véase también

sarrollaba el artículo 231 de la Carta, en concordancia con el artículo 295 del mismo cuerpo normativo, implantó la prohibición de acudir al habeas corpus y al amparo durante los regímenes de excepción.

En consecuencia, mientras escalaba la guerra interna que asoló al Perú desde los primeros años de la década de los ochenta del siglo pasado, los jueces se rehusaron a admitir los habeas corpus presentados en defensa de los derechos fundamentales de personas bajo sospecha de subversión o terrorismo, en aquellos lugares declarados en estado de emergencia y en los que el control del orden interno había sido encomendado a las Fuerzas Armadas por disposición del presidente de la República<sup>6</sup>. Esta desprotección jurisdiccional, como es de suponer, acarreó incontables violaciones de los derechos humanos de personas que quedaron inermes desde el punto de vista jurídico-constitucional<sup>7</sup>.

Al cabo, sin embargo, y tras el ímprobo esfuerzo desplegado por la reflexión constitucionalista en el Perú, la Carta de 1993 puso fin a la controversia académica y a las deficiencias de tutela práctica, al regular que la suspensión recae sobre los derechos, y más específicamente, sobre el ejercicio de éstos, no sobre su titularidad (artículo 137, incisos 1 y 2). De hecho, durante las deliberaciones en el plenario del Congreso Constituyente Democrático, la tenaz defensa de la tesis de la suspensión de los derechos y no de las garantías, a cargo de Carlos Ferrero Costa —una voz disidente en el mayoritario grupo gobiernista (Nueva Mayoría-Cambio 90, NM-C90)—, se vio complementada y enriquecida con la intervención de Ernesto Gamarra, del Frente Independiente Moralizador (FIM), quien sostuvo precisamente que la suspensión debía incidir sobre el ejercicio de los derechos, no sobre los derechos en sí mismos, lo que finalmente fue aprobado por la Asamblea con 47 votos a favor y 17 en contra<sup>8</sup>.

## **II.2. En qué Consiste la Suspensión**

En todo caso, de mayor calado teórico que el debate sobre si lo que se suspende son las garantías o los derechos, resulta la discusión acerca de en qué consiste la suspensión o derogación, como suele ser denominada la figura en el

---

6 Véase

7 Véase

8 Véase

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Y es que, en el Perú y aún en toda América Latina, a menudo se ha recurrido a la Constitución de emergencia para decretar la suspensión de todos los derechos fundamentales de las personas o de gran parte de ellos<sup>9</sup>.

No obstante, la suspensión no puede ser entendida como la eliminación de los derechos o garantías. Lo que sucede cuando se aplica la Constitución de emergencia es que se instaure un régimen legal de derechos modificado respecto del que rige durante la situación de normalidad constitucional. La protección de los derechos fundamentales o derechos humanos queda atenuada o reducida, por decirlo de algún modo, pero en ningún caso desaparece. La preservación de la democracia constitucional y la defensa de las instituciones exige esta medida extrema, pero no puede equivaler a la desaparición de los derechos y de su tutela jurisdiccional, ya que ello significaría la inexistencia de la razón de ser del orden constitucional y la desaparición del Estado democrático de Derecho.

En rigor, como advierte O'Donnell, los instrumentos del DIDH no otorgan a los Estados partes la facultad de suspender los derechos individuales, sino más precisamente el derecho a adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones que estipulan los tratados, y a condición, por supuesto, del estricto cumplimiento del principio de necesidad, junto a otras condiciones, tal como señala el artículo 27.1 de la CADH y también el artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>10</sup>. Sin embargo, la fórmula que utiliza el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es diferente y revela la influencia inglesa que la inspira, al establecer que los Estados partes pueden tomar medidas que deroguen las obligaciones que el Convenio contiene (artículo 15.1).

Pues bien, lo que sucede es que la derogación como institución jurídica de origen inglés no conlleva una suspensión en el sentido histórico conferido en la tradición latinoamericana (similar al de otras partes del mundo), que la hace equivaler a una supresión de los derechos y a una imposibilidad de su protección jurisdiccional. En realidad, supone algo sustancialmente distinto, a saber, la adopción de medidas que pueden contravenir determinadas

---

9 Véase

10 Véase Daniel O'Donnell, «Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 215-216.

disposiciones sustantivas relativas a la protección jurídica de los derechos, medidas que son juzgadas indispensables para conjurar la emergencia que amenaza la continuidad de la vida de la nación, pero que no pueden suponer la desaparición total de los derechos. Así, los derechos pueden verse afectados, esto es, restringidos de manera especial, pero desde luego no todos los derechos, y además sólo hasta determinado grado, de suerte que no son eliminados ni se impide del todo su ejercicio. Como indica Carlos Santiago Nino, en verdad los derechos no pueden ser suspendidos, sino todo lo más pueden ser limitados, de lo que se sigue que únicamente pueden producirse algunas circunstancias que «determinen una mayor limitación de ciertos derechos de lo que es normalmente admisible»<sup>11</sup>.

En el caso peruano, por lo demás, se cuenta con un antecedente insigne, esto es, el del Anteproyecto de Constitución que elaboró la Comisión que presidió Manuel Vicente Villarán en 1931, cuya Exposición de Motivos dijo de manera explícita que la suspensión de garantías «no significa que los derechos individuales correspondientes queden suprimidos», sino apenas que «ciertas formas de la protección legal que normalmente se les otorga son disminuidas o alteradas», arribando a la conclusión de que los derechos quedan sometidos a «un nuevo régimen más restrictivo y severo, pero no se pierden del todo, ni son abandonados al absoluto y arbitrario poder del gobierno»<sup>12</sup>.

Otros estudiosos del Derecho Constitucional del Perú también se adscribieron a esta corriente de pensamiento durante los aciagos años ochenta del siglo pasado, esto es, cuando la guerra interna assolaba a la patria, produciendo miles de víctimas inocentes sin que los remedios procesales fueran efectivos para la defensa de los derechos fundamentales. Así, Rosa María Palacios afirmó que debían ser dejados de lado debates estériles, para más bien abordar el «problema central», a saber, el control sobre los poderes extraordinarios del Ejecutivo y la protección de los derechos humanos durante el estado de excepción<sup>13</sup>. En tal sentido, Palacios sostuvo expresamente que los derechos no desaparecen, como tampoco lo hacen los remedios constitucionales de orden

---

11 Véase

12 Véase

13 Véase Rosa María Palacios Mc Bride, «La protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción», *op. cit.*, pp. 60 y 80.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

procesal previstos para su tutela<sup>14</sup>. A su turno, Humberto Sheput Stucchi abogó por una «tercera alternativa doctrinaria», en cuya virtud «no se suspenden propiamente los derechos ni las garantías en sentido absoluto, sino que lo que ocurre es que operan ciertas restricciones al ejercicio de los derechos», sin que ello excluya el control jurisdiccional de razonabilidad de las medidas que el Gobierno adopte ante la emergencia<sup>15</sup>.

También debe ser destacado, en lugar muy especial, la Opinión Consultiva N° 8 de la Corte IDH, titulada «El habeas corpus bajo suspensión de garantías», emitida a inicios del año 1987. Ante todo, el Tribunal de San José se pronuncia sobre la naturaleza y alcance de la suspensión en los siguientes términos:

«Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de los derechos” ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio»<sup>16</sup>.

Pero, con más precisión aun, la Corte IDH sostiene que, bajo estado de excepción, a lo sumo «resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos»<sup>17</sup>. No obstante, ello no significa en modo alguno que quede en suspenso el Estado de Derecho o la legalidad a la que siempre deben atenerse los gobernantes<sup>18</sup>. Sólo se modifican los límites legales de la autoridad pública, que han de ser entonces distintos de los existentes durante la normalidad constitucional, pero no inexistentes, de

---

14 *Ibid.*, pp. 157-159.

15 Véase

16 Véase

17 *Ibid.*, párrafo 24. En una Opinión Consultiva anterior, la Corte IDH ya había recalado la diferencia entre restricciones de los derechos en circunstancias de normalidad según el artículo 30 de la CADH, suspensión de conformidad con el artículo 27 y supresión de derechos, la cual está prohibida por el literal «a» del artículo 29 del Pacto de San José. Véase Véase tamb

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 8/87: El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos humanos), *op. cit.*, párrafo 14.

tal suerte que no puede entenderse que el Gobierno posee «poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada»<sup>19</sup>.

Como quiera que fuere, es necesario recalcar que una diferencia de primera importancia entre la suspensión de derechos como medida extraordinaria, susceptible de ser adoptada durante el estado de excepción, y la restricción ordinaria a ser introducida durante los tiempos de normalidad, es el carácter transitorio de la suspensión, que ha de ser por ello provisoria y de breve duración. Este rasgo marca un contraste nítido con la restricción ordinaria, la cual puede ser permanente, en la medida en que forma parte de la situación de normalidad constitucional. Tal característica diferenciadora, de cuya importancia no cabe dudar, se añade a la ya indicada distinción de intensidad o grado de la medida restrictiva entre suspensión y mera limitación ordinaria.

A. **Los derechos fundamentales que pueden ser suspendidos bajo estado de emergencia**

### **III.1. La Opción del Constituyente Peruano por Una Lista Positiva**

Las Constituciones de los Estados adoptan diferentes técnicas para la suspensión de derechos, lo que permite formular ciertas tipologías. Una primera es la de Norris y Reiton, quienes proponen la siguiente clasificación: (i) las Constituciones que identifican los derechos no susceptibles de suspensión; (ii) las que identifican los derechos que pueden ser suspendidos; y (iii) las que no establecen categorías<sup>20</sup>. A su turno, Oren Gross formula una clasificación en parte distinta, denominando al primer grupo de Norris y Reiton «lista negativa», y al segundo «lista positiva», en tanto acuña una tercera categoría, de naturaleza «mixta», que combina ambas listas (por ejemplo, la negativa para el estado de emergencia, y la positiva para los desastres naturales)<sup>21</sup>.

---

19 *Ibid.*, párrafo 24. Véase también

20 Véase

21 Véase

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

El constituyente peruano de 1993 acoge la alternativa de consagrar una lista positiva. Con ello, se inscribe en una larga tradición constitucional, la cual viene desde la Carta peruana de 1860, y que se mantiene en la de 1920 (con la reforma introducida mediante la Ley 5470, del 28 de septiembre de 1926), en la de 1933 y en la de 1979. La lista positiva de derechos susceptibles de suspensión corresponde, entonces, a una práctica de enunciación normativa constitucional con más de un siglo de existencia.

Los derechos susceptibles de suspensión bajo estado de emergencia en el Perú son sólo cuatro: libertad y seguridad personales (en cuanto atañe a la prohibición de arresto arbitrario), inviolabilidad del domicilio, libertad de reunión pacífica y sin armas, y libertad de tránsito. No se prevé como derogables otras libertades, tales como la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones, la libertad de expresión y el derecho de propiedad, entre otros derechos humanos.

Puede decirse, en consecuencia, que se trata de una lista corta, lo que evidencia el deseo de moderación del constituyente peruano al momento de regular el estado de emergencia- Moderación que también se puede observar en otros rasgos de la disciplina constitucional, tales como el que la suspensión sea una facultad potestativa y no obligatoria ni automática con la sola declaración del régimen de excepción, y como que la suspensión pueda ser parcial, es decir, no comprender siempre y en todos los casos a los cuatro derechos indicados, sino sólo a algunos de ellos, o eventualmente a ninguno.

### **III.2. Los Derechos Inderogables: Articulación entre la Constitución Peruana y el Didh**

Tanto el PIDP (artículo 4.2) como la CADH (artículo 27.2) prevén «listados negativos» de derechos no susceptibles de suspensión o derogación, asemejándose en esto al CEDH (artículo 15.2). Un primer aspecto que es interesante notar es que, como señala Joan Fitzpatrick, el DIDH es «marcadamente progresivo» al momento de establecer qué derechos pueden ser suspendidos, ya que, a lo largo del tiempo, existe una constante ampliación de derechos inderogables en los diferentes tratados de derechos humanos<sup>22</sup>: sólo cuatro en el

---

22 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 63 (traducción mía).

CEDH (1950), ocho en el PIDCP (1976) y doce en la CADH (1978). El siguiente cuadro muestra la evolución y las diferencias.

**Cuadro 1**  
**Derechos inderogables conforme al CEDH, el PIDCP y la CADH<sup>23</sup>**

CEDH (artículo 15.2)	PIDCP (artículo 4.2)	CADH (artículo 27.2)
Derecho a la vida.	Derecho a la vida.	Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.
Prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes.	Protección frente a la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.	Derecho a la vida.
Prohibición de esclavitud y servidumbre.	Prohibición de esclavitud.	Derecho a la integridad personal.
Principio de legalidad y de irretroactividad penal.	Prohibición de servidumbre.	Prohibición de la esclavitud y servidumbre.
	Prohibición de encarcelamiento por incumplimiento contractual.	Principio de legalidad y de retroactividad.
	Principio de legalidad y de irretroactividad penal.	Libertad de conciencia y de religión.
	Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.	Protección a la familia.
	Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.	Derecho al nombre.
		Derecho a la nacionalidad.
		Derechos políticos.
		Garantías judiciales indispensables para la protección de derechos inderogables.

Fuentes: CEDH, PIDCP y CADH.  
Elaboración propia.

Una segunda cuestión que debe apreciarse es que, al elaborar la lista de derechos inderogables, los tratados internacionales de derechos humanos (como también las Constituciones, desde luego) deben adoptar una «elecci-

23 Tomado de Abraham Siles, «La implacable erosión institucional: el estado de emergencia en la Constitución peruana ante amenazas de naturaleza política a inicios del siglo XXI» (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, tesis de doctor en Derecho, 2019) (manuscrito), p. 288.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu

ón básica», según señala Joan F. Hartman: incluir únicamente los derechos que es necesario derogar o también aquellos cuya suspensión es injustificada en cualquier circunstancia, prefiriendo la mencionada autora la primera alternativa<sup>24</sup>. Otros estudiosos respaldan esta elección de una lista corta, preocupados por una eventual «trivialización» que pudiera derivar de un incremento de derechos calificados como inderogables, pero que es obvio que no tienen relación con la emergencia<sup>25</sup>.

También conviene tener en cuenta los trabajos preparatorios de los principales tratados internacionales de derechos humanos vigentes en el Perú. Así, el proceso de elaboración del PIDCP muestra que la lista negativa breve formulada por la delegación británica, tras ser criticada una primera versión que no incluía ninguna lista, recibió la oposición de los delegados de Francia y estados Unidos de América, quienes defendieron la tesis de considerar como inderogables también la protección frente al arresto arbitrario y las reglas fundamentales del debido proceso<sup>26</sup>. Como se sabe, esta última tesis fue desestimada.

En cuanto a la CADH, el Anteproyecto de Convención redactado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que fue el documento de trabajo de la Conferencia Especializada de San José en noviembre de 1969, incluyó una cláusula que prohibía de la suspensión de los siguientes derechos: «a la vida, a la integridad de la persona, de protección contra la detención arbitraria, a proceso regular, de libertad de pensamiento, conciencia y religión, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a no ser privado de su libertad por deudas» (artículo 24.2)<sup>27</sup>. No obstante, en el debate sostenido en la Comisión I de la Conferencia de San José, México se opuso a la consagración de una cláusula de inderogabilidad de ciertos derechos, con el apoyo de Ecuador<sup>28</sup>. El delegado estadounidense, sin embargo, sostuvo la necesidad de incluir tal cláusula, con mención expresa de los artículos que serían afectados.

---

24 Véase Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», *op. cit.*, p. 113 (traducción mía).

25 Véase Joan Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, *op. cit.*, p. 64 (traducción mía).

26 Véase Joan F. Hartman, «Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision», *op. cit.*, pp. 116-117; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, pp. 381 (note 6), 382 and 385.

27 Véase

28 *Ibid.*, pp. 264-265..

Finalmente, triunfó la tesis de Estados Unidos de América, pese a lo cual su iniciativa encaminada a que se incluyera como no susceptibles de suspensión la protección ante arrestos sin señalamiento de causa o cargos, y el derecho a audiencia para contestar los cargos, no fue admitida<sup>29</sup>. En consecuencia, estos dos derechos no figuran de manera expresa entre los derechos no suspendibles contenidos en el artículo 27.2 de la CADH.

Finalmente, es del caso tener en consideración la progresista jurisprudencia de la Corte IDH iniciada con la Opinión Consultiva N° 9, ya que la misma extiende el carácter de inderogable al conjunto de derechos comprendidos bajo el concepto normativo de «debido proceso legal», contenido en el artículo 8 de la CADH. Así, pese a no estar incluido en el artículo 27.2 del Pacto de San José, la Corte IDH lo considera no susceptible de suspensión, indicando lo siguiente:

«Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, [...] que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión»<sup>30</sup>.

Diversos autores han puesto de relieve el gran aporte de la Corte IDH a la protección de los derechos fundamentales de las personas bajo estado de excepción<sup>31</sup>, el cual por lo demás ha recibido luego acogida en otros instrumentos del DIDH, incluido el sistema universal de las Naciones Unidas<sup>32</sup>.

Para cerrar el acápite es imperativo señalar que durante la guerra interna padecida por el país entre los años 1980 y 2000 se produjeron numerosas vio-

---

29 *Ibid.*, p. 267.

30 Véase

31 Véase Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, *op. cit.*, pp. 118-1

32 Véase

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

laciones de derechos inderogables, incluyendo el derecho a la vida mediante prácticas como la desaparición forzada de personas y las ejecuciones sumarias e ilegales<sup>33</sup>. De allí que tenga razón Anna-Lena Svensson-McCarthy cuando afirma que los derechos a la vida y a estar libres de tortura se hallan entre los más afectados durante las emergencias, de manera que el respeto por el Derecho Internacional parece con frecuencia «inversamente proporcional a la naturaleza perentoria de las normas legales en cuestión»<sup>34</sup>.

A. **Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH a la protección de derechos fundamentales durante el estado de emergencia**

## **IV.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

La contribución del Tribunal Constitucional del Perú en el marco de procesos de tutela directa de derechos fundamentales durante estados de emergencia ha sido más bien escasa y pobre, bajo la vigencia de la Constitución de 1993, todavía en vigor. No es del caso ingresar aquí a un análisis pormenorizado de diversas decisiones que contienen criterios discutibles o manifiestamente errados.

En vez de ello, se comentará dos sentencias emitidas en casos similares entre sí, en las que el supremo intérprete de la constitucionalidad plantea consideraciones conceptuales de gran valor para la tutela de los derechos fundamentales de las personas durante el gobierno de crisis, las cuales, por lo demás, están en consonancia con avances recientes de la jurisprudencia de la Corte IDH, como se expondrá luego.

Los casos son ambos del año 2005 y se refieren a procesos de habeas corpus en los que estaba en discusión si existían violaciones al derecho a circular con libertad por el territorio nacional. En ambas causas se examinó si tenía respaldo constitucional la colocación de rejas en vías públicas por razones de seguridad ciudadana, con la derivada limitación de la libertad de locomoción. El Tribunal emitió sentencias finales en las que declaró fundadas las deman-

---

33 Véase, *op. cit.*, Tomo VIII, pp. 360-363 (conclusiones generales 46, 55, 57 y 61).

34 Véase Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, *op. cit.*, p. 372 (traducción mía).

das, en la medida en que las limitaciones al derecho de las personas a transitar libremente carecían de razonabilidad y proporcionalidad<sup>35</sup>.

El Tribunal Constitucional señala que existen límites al derecho fundamental a la libre locomoción, y los clasifica en «explícitos» e «implícitos». Los límites explícitos, por su parte, pueden ser divididos en «ordinarios», tales como los que contempla el artículo 2, numeral 11 para las circunstancias de normalidad constitucional, y «extraordinarios», como los recogidos en el artículo 137, incisos 1 y 2 de la Carta para el estado de emergencia y el estado de sitio<sup>36</sup>.

Es de gran importancia que el máximo tribunal de la constitucionalidad en el Perú sostenga que, bajo régimen de excepción, es posible «limitar en cierta medida» el ejercicio de los derechos derogables durante el gobierno de crisis, entre ellos, el libre tránsito por el territorio. Así, el Tribunal Constitucional expone una concepción democrática y garantista sobre el estatus de los derechos fundamentales en condiciones de anormalidad constitucional, de indudable valor:

«En dicho contexto, lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino de aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para cuyo efecto ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad»<sup>37</sup>.

Es claro, entonces, que el derecho objeto de suspensión (en su ejercicio) no resulta suprimido o aniquilado, sino que sólo es objeto de ciertas restricciones extraordinarias, las mismas que, adicionalmente, sólo pueden ser las «estrictamente indispensables» para el restablecimiento del orden constitucional quebrantado por la emergencia. Igualmente, es de destacar que el medio para controlar que las autoridades públicas no excedan los límites jurídicos estipu-

---

35 Véase del del 27 de junio de 20

36 Véase Tribunal Constitucional (Perú), STC 03482-2005-HC (caso Brain Delgado), *op. cit.*, Fundamentos 6 y 7; Tribunal Constitucional (Perú), STC 05994-2005-HC (caso Centro de Orientación Familiar) (2005), *op. cit.*, Fundamentos 7 y 8.

37 *Ibid.*

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

lados por la Constitución son los principios de razonabilidad y proporcionalidad, típicos del del modelo de contralor jurisdiccional parcial o total sobre el estado de excepción.

## **IV.2. La Jurisprudencia de la Corte IDH**

La Corte IDH ha desarrollado un cuerpo jurisprudencial sobre diversos aspectos del estado de excepción o suspensión de garantías, al resolver casos seguidos contra el Estado peruano. Tal jurisprudencia es desigual y ha experimentado una evolución, de manera que la tutela brindada a los derechos fundamentales de las personas ha ido mejorando con el paso de los años. De los 18 casos identificados entre diciembre de 1991 y marzo de 2019, se selecciona aquí únicamente dos procesos, en los que se aprecia avances significativos en materia de tutela de los derechos humanos bajo régimen excepcional.

El primer caso es «Osorio Rivera y familiares vs. Perú». Se trata del arresto del señor Jeremías Osorio Rivera, el cual se produjo a manos de una patrulla del Ejército, el 28 de abril de 1991, en la provincia de Cajatambo, departamento de Lima. El contexto es el del conflicto armado interno y estaba en vigor entonces en la localidad referida un estado de emergencia, con suspensión de los cuatro derechos derogables conforme a la Constitución y con el control del orden interno a cargo de las Fuerzas Armadas por disposición del presidente de la República<sup>38</sup>. El señor Osorio Rivera fue víctima de desaparición forzada de personas, práctica que la Corte IDH consideró sistemática entre los años 1988 y 1993 en el Perú<sup>39</sup>.

Además de la confirmación de su doctrina sobre la naturaleza excepcional de la suspensión de garantías y sobre la existencia de límites a la misma, en aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad, bajo supervisión judicial<sup>40</sup>, la Corte IDH trae una novedad de gran trascendencia. Ella consiste en que la Corte, en armonía con otros órganos del DIDH, sostiene que existe una «opinión convergente» y afirma que, a semejanza del derecho de toda persona privada de libertad a reclamar que un juez resuelva su situación legal

---

38 Véase los hechos probados en 63-76.

39 *Ibid.*, párrafos 152 y 155.

40 *Ibid.*, párrafo 120.

a través del habeas corpus, también «la prohibición de la privación arbitraria de la libertad es un derecho inderogable no susceptible de suspensión»<sup>41</sup>. Por lo tanto, se entiende que, si bien es posible suspender el derecho a la libertad persona consagrado en la CADH, no por ello puede entenderse que queda suspendido el derecho a no sufrir privación arbitraria de la libertad.

Más aún, el Tribunal de San José sostuvo igualmente que tal norma es de orden consuetudinario conforme al Derecho Internacional Humanitario, de tal suerte que se aplica a toda clase de conflictos armados internacionales, y, por ende, «la prohibición de detención o encarcelamiento arbitrario tampoco es susceptible de suspensión durante un conflicto armado interno»<sup>42</sup>.

Otro aspecto de máximo relevancia es que, para la Corte IDH, el arresto de Jeremías Osorio Rivera se produjo de conformidad con el Derecho peruano que regula el estado de emergencia y además en situación de flagrancia<sup>43</sup>. En tal sentido la Corte admite que las Fuerzas Armadas podían realizar el arresto sin que hubiera una orden judicial y aun sin que existiera delito flagrante, puesto que se había declarado un estado de emergencia, de acuerdo con la Constitución peruana. Pese a ello, el Tribunal de San José consideró que, aunque la «detención inicial» no era cuestionable jurídicamente, el traslado del detenido a la Base Contrasubversiva de Cajatambo, sin registrar su ingreso y sin ponerlo a disposición del juez competente, fue «un acto de abuso de poder que bajo ningún concepto puede ser entendido como el ejercicio de actividades militares para garantizar la seguridad nacional y mantener el orden público en el territorio nacional, toda vez que el fin no era ponerlo a disposición de un juez u otro funcionario competente y presentarlo ante éste, sino ejecutarlo o propiciar su desaparición»<sup>44</sup>.

Por lo tanto, queda establecido por la Corte IDH que la prolongación injustificada de la detención bajo custodia militar, si al inicio era aceptable en virtud de las normas que regulan el estado de emergencia, se convierte en contraria al DIDH y por ende al Derecho Constitucional peruano. La razón es que la flagrancia pudo haberse dado —siendo de cargo del Estado la prueba

---

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*, párrafo 123.

44 *Ibid.*, párrafo 167.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

de la misma<sup>45</sup>—, la omisión o demora en poner al detenido a disposición del juez competente hace que la medida sea violatoria del derecho a la libertad personal, sobre todo puesto que tal detención fue el primer paso para la desaparición forzada de la víctima.

El segundo caso es «Galindo Cárdenas y otros vs. Perú», el cual, además de permitir la confirmación de las líneas jurisprudenciales de la Corte de San José en el ámbito del estado de excepción, le permite referirse a varios derechos no suspendidos. En el caso se examina la detención del juez de la Corte Superior de Huánuco, Luis Antonio Galindo Cárdenas, por al menos 30 días, que se cuentan desde el 14 de octubre de 1994, detención ocurrida en un cuartel militar, por mandato del jefe del Comando Político-Militar de la región. Al igual que en el caso Osorio Rivera y familiares, la zona se hallaba bajo estado de emergencia, con suspensión de los derechos derogables y con las Fuerzas Armadas a cargo del control del orden interno<sup>46</sup>.

La Corte reitera el criterio ya sólidamente asentado en su jurisprudencia respecto de que el Estado de >derecho se mantiene mientras dura la emergencia, quedando habilitado el Estado a emplear medidas de restricción especial, con sujeción a límites jurídicos y bajo control jurisdiccional<sup>47</sup>. La Corte igualmente reitera que la suspensión de la libertad personal es limitada o parcial, y que se refiere sólo al arresto con orden judicial o en flagrante delito. Por lo tanto, la «suspensión de garantías» no justifica por sí sola la detención del señor Galindo Cárdenas en un recinto militar<sup>48</sup>. En adición a ello, el Tribunal de San José hace notar que otros derechos no estaban suspendidos, como el derecho a que se registre la privación de la libertad (artículo 2.24.g de la Constitución de 1993), de manera que se configura una detención arbitraria que viola la CADH<sup>49</sup>.

Asimismo, por lo que atañe a la suspensión del artículo 2.24.f de la Constitución, que disciplina las «medidas de control judicial de las detenciones», la Corte Interamericana sostiene nuevamente que «la suspensión de ciertos derechos no implica que los mismos son completamente inaplicables», por lo

---

45 *Ibid.*, párrafo 118.

46 Véase los hechos probados en de octubre de 2015, párrafos 117-121 y 93.99.

47 *Ibid.*, párrafo 190.

48 *Ibid.*, párrafo 191.

49 *Ibid.*, párrafos 193-199.

que resulta necesario hacer un análisis de proporcionalidad de las medidas adoptadas o implementadas por las autoridades públicas<sup>50</sup>. Todavía más, la Corte insiste en que «el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones» y que «la inmediata revisión judicial de la detención tiene particular relevancia cuando se aplica a capturas realizadas sin orden judicial»<sup>51</sup>.

Un elemento destacado del razonamiento del Tribunal de San José es que —en realidad, invocando su doctrina expuesta ya en el caso de la señora J.— es la consideración de que el Estado se limitó a hacer «referencias generales» a la «seguridad nacional» y al «orden público», pero sin explicar por qué ello requería que «la privación de libertad del señor Galindo, durante todo el tiempo que duró, se desarrollara sin el control de órganos con funciones judiciales»<sup>52</sup>. La Corte Interamericana estimó que el estado del Perú no acreditó la «necesidad» de dejar de lado el control judicial sobre la privación de libertad de la víctima, la cual por ello devino en arbitraria»<sup>53</sup>.

Por último, es meritorio que la Corte IDH haya señalado, junto a otros aspectos que no es del caso destacar ahora, que el estado de emergencia bajo examen no suspendió los derechos, reconocidos en los artículos 7.4 y 8.2, incisos 1 y 2 de la CADH, a que la persona detenida sea informada de las razones de su arresto y a ser notificada por escrito de los cargos<sup>54</sup>. Con ello, la Corte igualmente brindó tutela a derechos que integran el concepto normativo de debido proceso legal.

---

50 *Ibid.*, párrafo 201.

51 *Ibid.*, párrafo 202.

52 *Ibid.*, párrafo 205.

53 *Ibid.*

54 *Ibid.*, párrafos 208-212.



**DIREITOS FUNDAMENTAIS  
E PROTEÇÃO DE  
GRUPOS VULNERÁVEIS**



# O Fomento como Atividade da Administração Pública: Mecanismo de Realização dos Direitos Fundamentais e Proteção de Grupos Vulneráveis

Adriana da Costa Ricardo Schier

## Introdução

A realidade que se vivencia no Brasil, ao final da segunda década deste século, em muito está distanciada dos ideais propagados pelo constituinte. Se é verdadeiro que a Constituição Cidadã, com seu caráter compromissório e dirigente, fixou as bases para a edificação de uma nação democrática, plural e solidária, tal descrição não traduz a sociedade brasileira, que mantém níveis assustadores de desigualdade, caracterizada pela pobreza extrema, por altas taxas de desemprego, pela ineficácia de serviços públicos essenciais e pela falta de infraestrutura.

O interstício de democracia e inclusão social vivenciado a partir de 2002 no país, viabilizado mediante a adoção de uma série de políticas públicas voltadas ao crescimento econômico e à expansão das liberdades dos cidadãos, ainda que tenha permitido um avanço nos Índices de Desenvolvimento Humano, não foi capaz de estender a todos os cidadãos a realização dos direitos fundamentais.<sup>1</sup>

Esse é um quadro que se apresenta globalmente: o terceiro milênio desponta com níveis inimagináveis de opulência e desenvolvimento tecnológico convivendo com cenários de pobreza e necessidades extremas. Angus Deaton,

---

1 DEATON, Angus. **A grande saída**. Saúde, riqueza e as origens da desigualdade. Trad. Marcelo Levy. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017. Versão Kindle, posição 192. Assevera o autor: “Com frequência, a desigualdade é consequência do progresso. A riqueza não alcança todos ao mesmo tempo, nem todos têm acesso imediato às mais recentes medidas para salvar vidas, como água tratada, vacinas ou novos medicamentos para prevenção de doenças cardíacas”. Ainda, o autor assevera que “Em grande escala, a desigualdade global foi criada pelo bem-sucedido crescimento econômico moderno” (DEATON, Angus. **A grande saída**. Op. cit., posição 195).

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

economista agraciado com o Prêmio Nobel da Economia em 2015, em sua obra *A grande saída*, trata, como tema principal, da “eterna dança entre progresso e desigualdade”, procurando demonstrar como o progresso gera desigualdade e “como a desigualdade pode às vezes ser útil - ao mostrar caminhos ou proporcionar incentivos para que as pessoas os alcancem - e, às vezes, danosa, quando aqueles que encontram a saída escondem o caminho das pedras erguendo barreiras por onde passam”.<sup>2</sup>

Dessa forma, ilustra o trágico cenário mundial asseverando que “ao longo da história e por todo o mundo hoje, doença e mortalidade infantil, intermináveis enfermidades recorrentes em adultos e pobreza excruciante são situações que frequentemente caminham juntas e assolam as mesmas famílias, repetindo-se incontáveis vezes durante suas vidas”. E, conclui o autor: “milhões de pessoas ainda vivenciam os horrores da escassez e da morte prematura. O mundo é imensamente desigual”.<sup>3</sup>

Antes de Angus Deaton, o indiano Amartya Sen, Prêmio Nobel de Economia de 1998, igualmente denunciava que “os grandes desafios que o capitalismo enfrenta no mundo contemporâneo incluem problemas de desigualdade (especialmente de pobreza esmagadora em um mundo de prosperidade sem precedentes)”.<sup>4</sup>

No Brasil, a opção nos últimos anos por políticas públicas voltadas exclusivamente ao crescimento econômico e o retrocesso em relação aos programas vinculados à proteção dos grupos vulneráveis<sup>5</sup> vêm agravando o quadro de desigualdade.

Neste ambiente, novamente se exige dos operadores do Direito a criação de alternativas que permitam o repensar do fenômeno jurídico em prol da

---

2 DEATON, Angus. **A grande saída**. Op. cit, posição 112.

3 DEATON, Angus. **A grande saída**. Op. cit, posição 122.

4 SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade**. trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 340.

5 Nos recortes adotados, não será objeto da pesquisa a noção de Grupos Vulneráveis. Para tanto, veja-se a obra de SARLET, Ingo Wolfgang. Los derechos sociales a prestaciones en tiempos de crisis. In: Miguel Ángel Presno Linera. (Org.). **Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables**. Oviedo: Procuradora General del Principado, 2012, v. 2, p. 23-46; BERTOLDI, Marcia Rodrigues; CARDOSO, Simone Tassinari e GASTAL, Alexandre Fernandes. (org.). **Direitos fundamentais e vulnerabilidade social**. São Paulo: Martins Fontes, 2016; CARMO, Cláudio Márcio do. Grupos minoritários, grupos vulneráveis e o problema da (in)tolerância: uma relação linguístico-discursiva e ideológica entre o desrespeito e a manifestação do ódio no contexto brasileiro. **Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**, Brasil, n. 64, p. 201-223, ago. 2016.

realização dos Direitos Fundamentais. Estabelecido o recorte de análise nas funções exercidas pela Administração Pública, pretende-se a releitura crítica e propositiva dos mecanismos de fomento como alternativa de atuação administrativa, notadamente diante da alegada falência de recursos para a prestação de serviços públicos.

Sustenta-se que o fomento se traduz em um conjunto de medidas adotadas pelo Estado para estimular e incentivar os particulares a promoverem atividades de interesse público<sup>6</sup>, manifestando-se mediante ações efetivamente voltadas à concretização do ideal de desenvolvimento adotado pela Constituição Federal de 1988. Parte-se da noção de que tal atividade deverá ser reconstruída de maneira vinculada aos ideais do Estado Social e Democrático de Direito, sendo incompatível restringir o instituto do fomento ao atendimento de interesses econômicos, visão peculiar àqueles que defendem um modelo de gestão gerencial para a Administração Pública Brasileira.<sup>7</sup>

Portanto, o objetivo do presente texto é a leitura deste instituto de maneira a reconhecê-lo como mais um instrumental à disposição do Poder Público voltado à realização dos direitos fundamentais, que poderá (ou deverá) ser dirigido à proteção dos grupos vulneráveis.

O artigo foi desenvolvido em três partes. Na primeira, busca-se mais uma vez denunciar o cenário de desigualdade e exclusão que atinge o País ao final da segunda década do século XXI. Na sequência, revisita-se o tema do desenvolvimento nacional, delineando-se os seus contornos nos moldes em que foi recepcionado pelo constituinte de 1988: como um processo que permite a expansão das capacidades dos cidadãos, direcionado à sua liberdade. Na terceira e última parte, partindo-se da ideia da Administração Pública como estrutura voltada à expansão das capacidades dos cidadãos, estuda-se o modelo que busca nas parcerias com os particulares – e especificamente nos instrumentos de fomento – alternativas para a universalização dos direitos fundamentais plasmados na Constituição de 1988 especialmente voltadas à realização de políticas públicas destinadas a promover a igualdade material em relação às pessoas mais necessitadas ou vulneráveis.

---

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 401.

7 Por todos, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

## **1 A desigualdade social brasileira: as promessas não cumpridas da Constituição da República de 1988**

A Constituição da República de 1988 reinstaurou o arquétipo democrático no seio nacional, consolidando as bases dogmáticas para a construção de um país voltado ao crescimento econômico, assegurando uma plêiade de direitos fundamentais que consagram a dignidade humana para as gerações atuais e futuras. No entanto, o marco jurídico constitucional não foi suficiente para permitir que o País vencesse os sérios problemas de desigualdade e exclusão, de estagnação econômica, de ineficiência da infraestrutura, de corrupção e de apatia social. Problemas estes que assolam a realidade nacional desde sua criação como nação independente.<sup>8</sup>

É inegável que a história recente do Brasil foi marcada por um certo crescimento econômico e até mesmo alguns avanços sociais. Segundo as informações constantes no Relatório do Desenvolvimento Humano (RDH) 2016 - elaborado com base nos dados de 2015 e lançado mundialmente em 21 de março de 2017 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)<sup>9</sup> -, no período de 1990 a 2015, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do País subiu de 0,611 para 0,754. O documento aponta que a expectativa de vida dos brasileiros aumentou, em média, 9,4 anos, e que a renda familiar cresceu em 31,6%. Ainda de acordo com o RDH, outros índices que sofreram sensível melhora foram o de acesso à educação em idade escolar, que aumentou 3 anos, e o da expectativa de anos de estudo de adultos com 25 anos, que subiu 4 anos.

Os dados do RDH 2018, lançado mundialmente em 26 de fevereiro de 2019, pelo PNUD<sup>10</sup>, que analisou os dados de 2017, o IDH do País consolidou-se na 79ª posição, entre 189 nações, mediante a nota 0,759. A expectativa de vida passou a ser de 75,7 anos; a expectativa do número de anos

---

8 FURTADO, Celso. Uma política de desenvolvimento para o Nordeste. **Novos estudos Celebrap**, São Paulo, v. 1, p. 12-19, dez 1981, p. 13.

9 Informe sobre Desarrollo Humano 2016. Desarrollo humano para todas las personas. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2016\\_report\\_spanish\\_web.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2016_report_spanish_web.pdf)> Acesso em: 9 mar. 2019.

10 Human Development – Indices and Indicators. Disponível em <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html>> Acesso em: 9 jun. 2019.

em que os cidadãos se mantêm na escola foi de 15,4 anos; enquanto a renda nacional bruta *per capita* passou a 13,755.

Na América do Sul, países como Chile (44º lugar), Argentina (47º lugar), Uruguai (55º lugar) e mesmo a Venezuela (78º lugar) apresentam melhores índices que os brasileiros. De acordo com o IDH ajustado à desigualdade, o Brasil é o 3º país que mais perdeu posições, empatando com o Panamá e perdendo apenas do Irã e de Botsuana. Outro dado alarmante aparece quando se analisa o Coeficiente de Gini (2010-2015), um referencial que mede o grau de concentração de renda e que permite apontar a diferença entre a renda dos mais pobres e mais ricos. Com base neste índice, o País é o 4º pior da América Latina, atrás somente do Haiti, Colômbia e Paraguai.<sup>11</sup>

A pesquisa divulgada pela United Nations Development Programme com base em dados coletados em 2017, indica que o índice da educação dos brasileiros é de 0,686. Mostra, também, que 6,4% dos trabalhadores recebem menos de U\$ 3,10 por dia, enquanto o desemprego seria de 12,9% do total da força de trabalho.<sup>12</sup>

Ao analisar-se os dados relativos à desigualdade entre homens e mulheres, percebe-se um quadro desolador. Ainda que, no Brasil, o IDH das mulheres (0,754) seja maior do que o dos homens (0,751) - principalmente em face do bom desempenho educacional e da maior longevidade feminina -, o índice de renda dos homens é 66,2% mais alto. Tal circunstância demonstra que, quando se faz a análise comparativa entre homens e mulheres, o fato de as mulheres terem maior nível educacional não se reflete em sua renda.

As pesquisas que investigam a eficiência na prestação dos serviços públicos no Brasil também ilustram o panorama de desigualdade, apesar de verificar-se, em determinados setores, a quase universalização dos serviços.<sup>13</sup>

---

11 Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2017/03/21/relat-rio-do-pnud-destaca-grupos-sociais-que-n-o-se-beneficiam-do-desenvolvimento-humano.html>> Acesso em: 9 mar. 2018.

12 Disponível em <<http://hdr.undp.org/en/countries/profiles/BRA>> Acesso em 13 jun. 2019.

13 O censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE de 2010 era o último disponível quando da elaboração do presente artigo. Por esta razão, adotou-se como referência de dados na presente pesquisa a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, conforme abaixo será demonstrado. Disponível em: <[http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd\\_2010\\_caracteristicas\\_populacao\\_domicilios.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf)> Acesso em: 8 mai. 2019.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Sobre o serviço de energia elétrica, por exemplo, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2001, 96,01% dos domicílios brasileiros possuíam iluminação elétrica. Em 2015, o índice passa a ser de 99,71%. A região norte apresenta o pior resultado, com 98,2% dos domicílios com iluminação elétrica. Entretanto, não constam informações sobre como este serviço é oferecido já que a pesquisa se limita à variável dos domicílios com ou sem a existência de iluminação elétrica.

Na área de saneamento básico, entretanto, os dados são bem menos animadores. A pesquisa demonstrou que em 2015 o Brasil possuía 85,4% dos domicílios com abastecimento de água. Porém, essa porcentagem somente se aproxima de um resultado considerável pois é fruto de uma realidade discrepante das regiões do País, como observa-se ao analisar as condições de abastecimento de água na região norte, que conta com apenas 60,3% das residências com este direito (ligadas à rede geral de abastecimento).

Mantendo-se na análise do setor do saneamento básico, outros dados relevantes e que causam preocupação são aqueles referentes ao esgotamento sanitário. É bem verdade que, de 2001 a 2015, o Brasil apresentou uma evolução de 5,66%, apresentando 98,01% dos domicílios brasileiros com esgotamento sanitário. No entanto, em 2015, somente 57,6% dos domicílios brasileiros possuíam rede coletora de esgoto. A região norte do País apresentava o dado assustador de somente 12,9% dos domicílios que contavam com rede coletora de esgoto. Como se vê, 35% das residências ainda estavam na precariedade, com fossas rudimentares. O restante, 32,8% possuía fossa séptica, porém, não ligada à rede coletora. A realidade também é vexatória na região Nordeste, pois um terço dos domicílios em 2015 utilizava-se de fossas rudimentares, e não mais que 3,5% dos domicílios nordestinos estavam com fossas sépticas ligadas à rede coletora.<sup>14</sup>

Tais dados são também analisados no Relatório Luz da Agenda 2030, elaborado pelo Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para Agenda 2030. Em tal documento constata-se que há ainda muito a ser feito para erradicar a pobreza e eliminar a fome, para assegurar a inclusão sócioprodutiva, e para garantir

---

14 Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/saude/19898-suplementos-pnad3.html?=&t=series-historicas>> Acesso em: 8 mar. 2019.

a todos uma vida saudável. Os dados demonstram, ainda, as deficiências da infraestrutura e os desafios para a industrialização inclusiva e sustentável.<sup>15</sup> Apesar de tal quadro desolador, a análise do Grupo de Trabalho identificou “o desmonte das políticas voltadas à promoção da dignidade, redução das desigualdades, efetivação dos direitos humanos e sustentabilidade socioambiental”. Nesse ambiente avançam legislações e normas que minam “mais ainda os sistemas de saúde, educação e seguridade social”, contribuindo “para o desemprego e trabalho indigno” que representam retrocesso “nos campos da segurança alimentar, na justiça social e ambiental”, desconstruindo “conquistas básicas nos campos dos direitos humanos”.<sup>16</sup>

Este cenário não é exclusividade do Brasil. Amartya Sen constata que “a despeito do aumento sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria”.<sup>17</sup> Conforme os dados de 2016, trazidos no citado Relatório de Desenvolvimento Humano, em todo o mundo, 795 milhões de pessoas passam fome crônica, 6 milhões de crianças morrem antes de completar 5 anos de idade, 758 milhões de pessoas adultas são analfabetas e 114 milhões de jovens são analfabetos. No que se refere a alguns dos serviços essenciais, o relatório, com base nos dados de 2015, identificou que 663 milhões de pessoas não têm acesso à água potável, 2.400 milhões não têm acesso a um sistema de saneamento, 946 milhões defecam ao ar livre e 880 milhões vivem em bairros marginais urbanos.<sup>18</sup> Além disso, verifica-se também que a riqueza mundial está mais concentrada. No ano 2000, o 1% mais rico da população abrangia 32% das receitas mundiais, em 2010, 46%. Os índices de desemprego, com base nos dados de 2017, também assustam. Na Noruega, país em 1º lugar no rank, é de 4,2% do total da população. Já nos Estados Unidos, 4,4%, enquanto no Brasil era de 12,9%. Entre os mais jovens, com idades entre 15 e 24 anos, o Brasil apresentou 30,5% de desemprego.

---

15 Relatório Luz da Agenda 2030 de desenvolvimento sustentável. Disponível em: <[http://actionaid.org.br/wp-content/files\\_mf/1499785232Relatorio\\_sintese\\_v2\\_23jun.pdf](http://actionaid.org.br/wp-content/files_mf/1499785232Relatorio_sintese_v2_23jun.pdf)> Acesso em: 8 mai. 2019.

16 Relatório Luz da Agenda 2030 de desenvolvimento sustentável. Disponível em: <[http://actionaid.org.br/wp-content/files\\_mf/1499785232Relatorio\\_sintese\\_v2\\_23jun.pdf](http://actionaid.org.br/wp-content/files_mf/1499785232Relatorio_sintese_v2_23jun.pdf)> Acesso em: 8 mai. 2019.

17 SEN, Amartya Kumar. Op. cit., p. 17.

18 Informe sobre Desarrollo Humano 2016. Desarrollo humano para todas las personas. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2016\\_report\\_spanish\\_web.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2016_report_spanish_web.pdf)> Acesso em: 9 mar. 2019.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Os dados trazidos pelos relatórios citados, utilizados no presente texto a título de ilustração, são suficientes para confirmar o diagnóstico de profunda exclusão social no globo, e particularmente, no Brasil.<sup>19</sup> Os avanços das últimas décadas certamente não foram suficientes para garantir, à humanidade, os direitos plasmados na Declaração do Homem e do Cidadão, apesar de sua ampliação e ratificação nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos lançadas no âmbito internacional.<sup>20</sup>

No Relatório sobre Desenvolvimento Humano de 2016, as Nações Unidas traduziram o mundo que esperam construir. Um mundo em que a pobreza e a fome sejam erradicadas; onde prevaleça a dignidade e a igualdade; onde haja a garantia de uma vida próspera e plena para todas e todos; onde as sociedades sejam pacíficas, justas e inclusivas; e onde se viva em harmonia com a natureza, com garantias à proteção dos recursos naturais do planeta.<sup>21</sup>

No Brasil, a Constituição da República de 1988 recebeu esse modelo de sociedade. Porém, a partir da realidade ilustrada pelos documentos citados, é certo que o País exige novas práticas. Necessita que sejam repensadas estratégias que possibilitem substituir a cultura de privilégios por uma cultura de justiça socioambiental e equidade, superando-se a realidade que convive com grupos vulneráveis constantemente discriminados, como denuncia o Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030.

É nesse quadro que se insere o tema do presente artigo. Diante da necessidade de se refletir sobre novas estratégias a serem adotadas pela Administração Pública nacional, as práticas de fomento despontam como importante instrumento para alçar o País – e os cidadãos – à condição de desenvolvimento.

E especificamente voltando a atenção à proteção dos grupos vulneráveis, o fomento apresenta-se como uma interessante escolha. Isto porque, nesta seara a destinação de recursos públicos e medidas premiaias submete-se a juízos discricionários dos gestores. Essa característica inerente aos institutos de fomento viabiliza o seu direcionamento em prol dos mais necessitados. Afinal,

---

19 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento. Administração pública, direitos fundamentais e desenvolvimento.** Curitiba: Íthala, 2019, p. 12-6.

20 FACHIN, Milena Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 157.

21 Informe sobre Desarrollo Humano 2016. Desarrollo humano para todas las personas. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2016\\_report\\_spanish\\_web.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2016_report_spanish_web.pdf)> Acesso em: 9 mar. 2019.

assegurar atuação especificamente dirigida a tais pessoas nada mais representa do que o reconhecimento de um quadro de desigualdade fática que persiste entre os indivíduos da comunidade estatal.<sup>22</sup>

## **2 O Direito Fundamental ao Desenvolvimento Nacional Sustentável como a Liberdade de Escolher a Vida que se quer Viver**

Na perspectiva de Amartya Sen, marco teórico da análise realizada no presente artigo, é preciso estabelecer as bases de um modelo de desenvolvimento econômico e socioambiental que, enquanto um processo, permita a todos a expansão de suas capacidades e, conseqüentemente, a conquista de suas liberdades.

Portanto, partindo-se do referencial escolhido, admite-se a necessidade de criação de conjunturas que farão com que os cidadãos alcancem a concepção mais fundamental do processo de desenvolvimento que se traduz como condição para “uma vida mais livre e mais digna de ser vivida.”<sup>23</sup>

Parte-se do pressuposto de que o processo de desenvolvimento permitirá a universalização dos direitos humanos na seara nacional.<sup>24</sup> E, se na perspectiva do indivíduo é este processo que vai assegurar a sua liberdade, na perspectiva da sociedade ele irá permitir a elevação no padrão de vida de todos. Nessa dimensão, ainda que se trate de um autor diuturnamente associado às pesquisas de cunho liberal, entende-se que sua obra pode ser apropriada para se pensar estratégias em face de grupos vulneráveis porque são estes, justamente, os que estão alijados dos objetivos do desenvolvimento e que demandam a universalização dos direitos humanos (fundamentais, na perspectiva nacional).

A noção de desenvolvimento adotada neste artigo foi sendo reconstruída nos últimos cinquenta anos a partir de referenciais que permitem reconhecer o direito ao desenvolvimento, enquanto direito humano,<sup>25</sup> univer-

22 SARLET, Ingo Wolfgang. Los derechos... op. cit..

23 SEN, Amartya Kumar. Op. cit., p. 375.

24 MOHAMMED, Bedjaoui. The right to development. In: \_\_\_\_\_ (org.) **International law: achievements and prospects**. Paris/Dordrecht: Unesco e Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 1196.

25 Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)> Acesso em: 6 mai. 2019.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

sal, que assegura aos indivíduos - das gerações atuais e das vindouras-, o acesso aos direitos civis, políticos e sociais, em um ambiente sustentável e economicamente próspero.<sup>26</sup>

O desenvolvimento, assim, na esfera internacional, desponta como um direito humano (art. 1º, da Declaração), cujo titular é a pessoa que “deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento”, nos termos do art. 2º, da Declaração.

Tal definição foi inspirada no pensamento de Amartya Sen, dentre outros pensadores contemporâneos.<sup>27</sup> Para o autor, “o desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos”.<sup>28</sup> Nessa toada, defende que o direito ao desenvolvimento abrange o acesso aos direitos humanos em todas as suas perspectivas, permitindo o alcance universal das liberdades políticas, das liberdades econômicas, dos direitos sociais, da transparência e da participação na gestão pública.<sup>29</sup>

O índice utilizado para identificar o grau de desenvolvimento dos países, portanto, passa a ser o IDH, que considera os aspectos relacionados à renda do país em conexão com a expectativa de vida e o acesso à educação, por exemplo.<sup>30</sup> Na avaliação da renda, passou-se a utilizar a referência da Renda Nacional Bruta (RNB) *per capita*, em substituição ao PIB *per capita*. Na área da educação, considera-se, atualmente, o número estimado de anos de estudos. E a medição da taxa de analfabetismo leva em conta a média de estudos da população adulta.<sup>31</sup> Alguns desses dados foram citados no item anterior.

---

26 FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014, p. 67.

27 SENGUPTA, Arjun. O direito ao desenvolvimento como um direito humano. **Revista Social Democracia Brasileira**, n. 68, p. 64-84, mar. 2002.

28 SEN, Amartya Kumar. Op. cit., p. 28.

29 SEN, Amartya Kumar. Op. cit., p. 25.

30 O índice foi desenvolvido em 1990 pelos economistas Amartya Sen e Mahbub ul Haq, no entanto, as variáveis só foram incluídas em 2010, passando a considerar dados acerca da saúde, referências a uma vida longa e saudável, no que diz respeito a educação, o acesso que os indivíduos possuem. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-o-idh.html>> Acesso em 11 jun. 2019.

31 Ver, sobre tais índices, o documento da ONU: “A verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano”, lançado em Nova York, em novembro de 2010. Disponível

É importante constatar que Amartya Sen não deixa de considerar, como elemento relevante no processo do desenvolvimento, a prosperidade econômica, a qual, segundo ele, ajuda “as pessoas a ter opções mais amplas e a levar uma vida mais gratificante”. Mas assevera que “o mesmo se pode dizer sobre educação, melhores cuidados com a saúde, melhores serviços médicos e outros fatores que influenciam causalmente as liberdades efetivas que as pessoas realmente desfrutam”. São esses “desenvolvimentos sociais” que, segundo o ele, devem ser considerados, porque “nos ajudam a ter uma vida mais longa, mais livre e mais proveitosa, juntamente com o papel que desempenham no aumento da produtividade, do crescimento econômico ou das rendas individuais”.<sup>32</sup>

Partindo de tais premissas, o autor, em sua obra *Desenvolvimento como Liberdade*, identifica que o sujeito somente será livre se possuir as capacidades necessárias para escolher o seu modo de vida, quando puder decidir como gostaria de viver uma vida boa. Por isso defende a ideia de que o desenvolvimento, ao assegurar o acesso a direitos individuais, sociais, políticos e ambientais, é um processo que permite a expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.<sup>33</sup> Nessa toada, “o desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos”.<sup>34</sup> E, para alcançar tais condições, Amartya Sen impõe ao Estado, assim como à sociedade civil, uma atuação prestacional, de maneira a assegurar as liberdades: condição e fim do desenvolvimento.

Com o objetivo de direcionar os Estados para o alcance deste modelo de desenvolvimento, que abrange, ainda, a dimensão da sustentabilidade, a Organização das Nações Unidas, em 2000, com o apoio de 191 nações, elencou as metas do milênio, conhecidas como Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), que são: 1) acabar com a fome e a miséria; 2) oferecer educação básica de qualidade para todos; 3) promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4) reduzir a mortalidade infantil; 5) melhorar

---

em: <[http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-PNUD\\_HDR\\_2010.pdf?download](http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-PNUD_HDR_2010.pdf?download)> Acesso em: 8 mai. 2019.

32 SEN, Amartya Kumar. Op. cit., p. 375.

33 SEN, Amartya Kumar. Op. cit., p. 377.

34 SEN, Amartya Kumar. Op. cit., p. 377. Com base nas mesmas premissas, conferir a obra de SACHS, Ignacy. **A terceira margem**: em busca do ecodesenvolvimento. São Paulo: Cia das Letras, 2009, p. 35.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

a saúde das gestantes; 6) combater a AIDS, a malária e outras doenças; 7) garantir qualidade de vida e respeito ao meio ambiente e 8) estabelecer parcerias para o desenvolvimento.<sup>35</sup>

A visão que se adota, portanto, de considerar o desenvolvimento em termos teóricos como um processo, e em termos jurídicos como um direito, permite concluir, com base no marco teórico eleito, que seu núcleo essencial é informado pelos direitos individuais e sociais. Mas não só! O direito ao desenvolvimento não se perfaz, apenas, pela garantia de acesso aos direitos humanos, na esfera internacional, positivados como princípio ou como direito no âmbito dos Estados Nacionais. Ainda que seja compreendido como um direito de 3ª. dimensão, expresso mais diretamente como direito difuso,<sup>36</sup> confere ao seu titular - todos os cidadãos, na dimensão da universalidade - a garantia de que possam exercer, livremente, as suas escolhas em como viver uma vida boa. Este é o núcleo da obra de Amartya Sen: o processo de desenvolvimento tem por fim assegurar a toda população a expansão de suas capacidades de maneira a permitir a todos gozarem da “liberdade substantiva – das pessoas para levar a vida que elas têm razão para valorizar e para melhorar as escolhas reais que elas possuem”.<sup>37</sup> Este é o panorama que, para o autor, permitirá a redução das desigualdades.

Tratar do desenvolvimento como liberdade, a partir da obra de Amartya Sen, permite estabelecer as diretrizes que deverão nortear a formulação de políticas públicas que imponham ao Estado e às demais instituições sociais o dever de permitir a todos os indivíduos a expansão de suas capacidades, para

---

35 Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Disponível em: <<http://www.odmbrasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio>> Acesso em: 9 mai. 2019. Sobre o tema, ver ainda BENDLIN, Samara Loss; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade frente ao artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí, v.6, n.2, p. 419-441. 2011 e FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

36 CORONA, José Francisco Báez; MARINI, José Rubén Croda. **El derecho humano al desarrollo**. Universidad Veracruzana. Programa de Derechos Humanos. Citación: Una Voz Pro Persona, año 1, 2014, p. 51-65. Sobre o direito ao desenvolvimento como direito fundamental de terceira dimensão, e como direito difuso, ver, na doutrina nacional: GABARDO, Emerson; RESENDE, Augusto César Leite de. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 53, p. 105-131, jul./set. 2013.

37 SEN, Amartya Kumar. Op. cit., p. 372.

que tenham condições de escolher, livremente, a vida que querem ter, a vida que vale a pena ser vivida.

No panorama nacional, tal dimensão convalida-se apenas com a promulgação da Constituição de 1988. Desde o seu preâmbulo define-se que o Estado Democrático instituído deverá assegurá-lo. Nessa dimensão dirigente, ainda, o seu art. 3º apresenta-se como uma proposta para o futuro, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil tem como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III); promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Tais objetivos traduzem as opções políticas do Poder Constituinte Originário que orientam o Estado Brasileiro em direção à construção de um País em que seja assegurado o desenvolvimento nacional (art. 3º, II) para todos os cidadãos, na perspectiva holística que vinha sendo adotada, já naquele momento, na esfera internacional.<sup>38</sup>

Além da previsão do desenvolvimento no Preâmbulo da Constituição e no art. 3º, II, dentre os objetivos fundamentais da República, o vocábulo desenvolvimento ainda é expressamente referido no texto constitucional em inúmeros artigos. Em seu art. 174, § 1º, impõe ao Estado, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, que edite lei que estabeleça “as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”. Já no art. 192, impõe-se como dever do sistema financeiro nacional promover “o desenvolvimento equilibrado do País...”. Na mesma toada, atribui ao mercado interno o dever viabilizar o “desenvolvimento cultural e sócio-econômico...”, conforme art. 219. O art. 205, por sua vez, ao assegurar a educação como um direito de todos e dever do Estado e da família, estabelece que seu desiderato deve ser “o pleno desenvolvimento da pessoa...”. Ainda consta expressamente no texto constitucional o dever de promoção e incentivo, pelo Estado, do “desenvolvimento científico...”, no art. 218.

Sem embargo das profundas discussões sobre a natureza jurídica do desenvolvimento adota-se, no presente, a concepção de que o desenvolvimento

---

38 HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 53, p. 133-168, jul./set., 2013, p.155.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

nacional, previsto nas normas constitucionais supracitadas, apresenta a natureza jurídica de princípio.<sup>39</sup> E, com esteio na obra de Ingo Sarlet, admite-se que do princípio do desenvolvimento nacional decorre um direito fundamental. Segundo o autor, o direito fundamental ao desenvolvimento é um direito fundamental implícito, assim designado em face da cláusula de abertura material do art. 5º, §2º, da Constituição da República.<sup>40</sup>

Nessa dimensão parece ser possível identificar o direito ao desenvolvimento nacional como direito fundamental pois, ao ser consagrado no texto constitucional, garante a cada cidadão o direito de escolher a vida que gostaria de ter, confere a cada indivíduo a liberdade de definir como irá viver, impondo ao Estado, e à sociedade, o dever de permitir a todas as pessoas, desta e das próximas gerações, a expansão de suas capacidades, em um ambiente de plena participação política, retomando-se sempre o ideário de Amartya Sen. Com isso, o direito ao desenvolvimento impõe sejam promovidas as condições de democracia e cidadania, proporcionando a todos o acesso às condições de uma vida digna.

Destarte, é possível sustentar que decorre do texto constitucional o direito fundamental ao desenvolvimento nacional. Em sua dimensão objetiva, implica reconhecer que impõe ao Poder Público conferir a tal direito a máxima efetividade. Já em sua dimensão subjetiva, o direito fundamental ao desenvolvimento nacional permite aos seus titulares a “possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados”.<sup>41</sup>

Assim, retomando-se as ideias de Amartya Sen, “o desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação da liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas, destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos, intolerância ou interferência excessiva de

---

39 Adota-se a concepção de princípio como mandado de otimização, que determina a realização de seu conteúdo no maior grau possível, tendo em vista as potencialidades fáticas e jurídicas. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 138.

40 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011, p. 92-93. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **O contrato de gestão na administração pública brasileira**. São Paulo: RT, 2008.

41 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 32.

Estados repressivos”.<sup>42</sup> Por isso, é possível sustentar que, seja apresentando a natureza jurídica de princípio, seja apresentando a natureza jurídica de direito fundamental, o desenvolvimento, na seara nacional, implica no dever imposto ao Poder Público de implantar políticas públicas voltadas a realizar todos os direitos fundamentais, notadamente os sociais, promovendo, ainda, a preservação do meio ambiente, para esta e para as futuras gerações.

Com base no referencial adotado na presente obra, o desenvolvimento plasmado na Constituição, desde o seu preâmbulo, deverá ser compreendido como um objetivo da República que será alcançado enquanto um processo, através de um conjunto de medidas que deverá permitir a todos os indivíduos o acesso às benesses de uma vida digna. Um processo que tenha por incumbência reduzir as desigualdades, mediante a implementação de condições aos cidadãos para que todos possam expandir suas capacidades, assegurando-lhes o direito de escolherem a vida que querem viver. Daí a matriz que permite pensar as atividades administrativas em prol da proteção dos grupos vulneráveis.

É certo que essa concepção de desenvolvimento implica uma modelagem específica do perfil do Estado, o qual deve ter como responsabilidade efetivar os direitos sociais a toda população, para permitir a todos o acesso às capacidades que lhe garantam uma vida boa. Esse é o escopo que deve nortear a atuação da Administração Pública, na dimensão aqui adotada: deverá o poder público atuar para a efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento, nesta perspectiva holística que pretende, ao fim, a universalização dos direitos fundamentais. E, diante do tema proposto, o fomento deverá ser visto como espécie de atividade administrativa que permitirá, num ambiente de parceria entre a Administração Pública e a sociedade civil, estender a todos, e principalmente àqueles grupos vulneráveis, as conquistas do desenvolvimento.

### **3 Do fomento como alternativa de atuação do Estado em parceria com os particulares**

A ideia de parcerias do poder público com a sociedade civil foi bastante festejada no contexto em que emergiram as críticas ao modelo de Estado Social

---

42 SEN, Amartya Kumar. Op. cit., p. 18.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

de cunho intervencionista, no ambiente de defesa dos postulados do Estado Neoliberal, pautado no princípio da subsidiariedade.<sup>43</sup> Pretendia-se ampliar a atuação dos particulares, seja no âmbito das atividades econômicas, seja no âmbito das atividades sociais, pregando-se a retirada do Estado de diversos setores, ressaltando-se as atividades típicas que envolvem poder de império.<sup>44</sup>

Nesse panorama, as parcerias com o particular despontam como alternativas em que se autoriza o poder público a repassar aos particulares recursos diversos para realização de ações que atendam o interesse da coletividade. Há, efetivamente, para os adeptos das teorias do Estado mínimo, uma preferência pela atuação indireta do Estado – especificamente através do fomento – ao invés da implementação de serviços públicos. Especificamente no âmbito das parcerias, merece referência o pensamento de Juan Carlos Cassagne, que representa esta tendência.<sup>45</sup>

No Direito Brasileiro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende a atuação do Estado em parceria com a Administração Pública porque, segundo ele, esta seria a opção de maior eficiência, “beneficiando-se o Estado das vantagens da *livre competição*, em busca das melhores condições de execução de obra, serviço, fornecimento e outras prestações, sem mencionar as evidentes vantagens decorrentes dos alívios burocrático e orçamentário que oferece”.<sup>46</sup> Assim, entende as parcerias como “um poderoso instrumento de fomento ao *desenvolvimento*, pelo estímulo que proporciona às empresas privadas em razão do expressivo volume das contratações públicas em seus três níveis federativos”.<sup>47</sup>

---

43 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 36.

44 BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do estado**. Brasília, 1995. Disponível em: < <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.PDF>> Acesso em: 2 fev. 2019. Muitas das ideias incorporadas ao pensamento reformador dos 90, em solo nacional, foram embasadas no pensamento de CHEVALIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: 2009, p. 59.

45 CASSAGNE, Juan Carlos. **Questiones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987, p. 158.

46 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 169.

47 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 169.

Os pressupostos adotados neste artigo, contudo, não corroboram com tal linha de pensamento.<sup>48</sup> Com efeito, a releitura proposta funda-se na ideia de que as parcerias deverão ser compreendidas na perspectiva de um Direito Administrativo Social, em que a atuação interventiva do Estado abrange a prestação de serviços públicos e a indução dos particulares à realização de atividades de interesse da população, em um ambiente e colaboração voltado à conquista do desenvolvimento.<sup>49</sup>

Tal ideário permite reconhecer um novo modelo de Estado que, sem embargo de adotar a imprescindibilidade da atuação do poder público na realização dos direitos fundamentais, admite que a sociedade também deverá contribuir na construção de um mundo em que seja possível eliminar as desigualdades,<sup>50</sup> permitindo a todos escolherem como querem viver. Nesse cenário, Estado e sociedade civil deverão atuar em colaboração para permitir a realização do desenvolvimento.<sup>51</sup> A finalidade de tal instituto, portanto, é a superação das desigualdades e o alcance do progresso, a partir do reconhecimento de que a sociedade é, também, responsável por desenvolver e mudar o mundo em que vive, nas palavras de Amartya Sen.<sup>52</sup>

Traduz-se a atividade de fomento, então, em “valioso instrumento do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro para a consecução de suas finalidades... uma atuação planejada do Estado destinada à efetivação de interesses públicos”<sup>53</sup>, na esteira do pensamento de Rafael Valim. Indo mais além, nessa perspectiva, parece haver suporte constitucional para que o Es-

---

48 Até porque, filiando-se ao pensamento de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, é preciso reconhecer que a premissa de que “haverá, ao final do processo, uma melhoria da capacidade do Estado de atender às demandas sociais” até agora não foi “comprovada por qualquer experiência histórica recente”. In: ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33.

49 FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações brasileiras. **Interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, a. 12, n. 60, p. 13-24, abr. 2010, p. 14.

50 LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

51 SEN, Amartya Kumar. Op. cit., p. 361.

52 “as próprias pessoas devem ter a responsabilidade de desenvolver e mudar o mundo em que vivem. (...) Como pessoas que vivem em um sentido amplo – juntas – não podemos escapar à noção de que os acontecimentos terríveis que vemos à nossa volta são essencialmente problemas nossos. Eles são responsabilidade nossa – independentemente de serem ou não de mais alguém”. In: SEN, Amartya Kumar. Op. cit., p. 359.

53 VALIM, Rafael. **A subvenção...**, p. 39.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

tado realize as transferências de bens e direitos destinados diretamente à proteção dos direitos fundamentais. Partindo destes pressupostos, Rafael Valim afirma que o fomento pode ser visto como meio de satisfação direta de interesses públicos.<sup>54</sup>

Entende-se o fomento, portanto, como a atuação administrativa em que o Estado incentiva, promove ou induz os particulares a exercerem atividades de interesse público, voltadas à realização dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, tais atividades deverão estar dirigidas à consecução do objetivo do desenvolvimento nacional sustentável. São funções em que o poder público não exerce coerção sobre os particulares, diferenciando-se, por esse traço, das funções decorrentes do poder de polícia. Finalmente, mediante as ações de fomento o Estado não realiza qualquer atividade prestacional – ainda que estimule os particulares a fazê-lo em nome próprio, afastando-se, assim, da noção de serviço público.<sup>55</sup>

Trata-se, então, de um conjunto de atividades voltadas à promoção, à ajuda, ao auxílio, à proteção, à melhora, ao desenvolvimento, ao estímulo ou a premiar particulares que possam desempenhar, por sua conta e risco, funções voltadas ao atendimento do interesse público. Esses são vocábulos equivalentes que podem indicar a diversidade de medidas que podem ser encontradas nos diversos ordenamentos, segundo Jordana de Pozas.<sup>56</sup>

No Brasil são diversas as iniciativas que ilustram o catálogo das atividades de fomento voltadas às finalidades aqui desenhadas. A título meramente exemplificativo, tomando-se como referência medidas que sejam voltadas à proteção de alguns dos grupos vulneráveis da sociedade podem ser citados inúmeros programas. Interessantes, neste sentido, aqueles em que o Estado repassa recursos públicos às entidades sem fins lucrativos que se destinam à atividade de ensino de crianças, jovens e adultos com deficiência. Ainda em relação a este grupo, interessantes as contratações públicas manejadas em face do art. 24, XX, da Lei n. 8.666/93, que admite a dispensa de licitação para con-

---

54 VALIM, Rafael. **A subvenção...**, p. 39.58

55 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. cit., p. 97. No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo**. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 4772, jul./set. 2011 e MELLO, Célia Cunha. **O Fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 58.

56 JORDANA DE POZAS, Luis.. Cit., p. 46. No mesmo sentido: PARADA, R. Op. Cit., p. 50.

tratação de associação de pessoas com deficiência para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra.<sup>57</sup> Cite-se, ainda, o programa específico do SEBRAE, SEBRAE MAIS ACESSÍVEL, que se traduz em ações de fomento para estimular o apoio às pessoas com deficiência.<sup>58</sup>

Nessa toada, medidas como estas apresentam-se como interessante instrumento à disposição de políticas públicas voltadas à criação e incremento de mecanismos de proteção aos grupos vulneráveis, permitindo a universalização dos direitos fundamentais.<sup>59</sup>

Sem a pretensão de esgotar o estudo sobre os diversos instrumentos pelos quais tal atividade se apresenta no âmbito nacional, é preciso pensar o fomento a partir do regime jurídico administrativo,<sup>60</sup> necessariamente submetido a um intenso sistema de controle.<sup>61</sup>

---

57 Sobre este tema, pode-se consultar OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*; 4. ed., São Paulo: Método, 2015. p. 79.

58 Disponível em [sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/bis/guia-de-acessibilidade-em-eventos-projeto-sebrae-mais-acessivel,c2db391bbf84b510VgnVCM1000004c00210aRCRD](http://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/bis/guia-de-acessibilidade-em-eventos-projeto-sebrae-mais-acessivel,c2db391bbf84b510VgnVCM1000004c00210aRCRD), consultado em 10.08.2019.

59 SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 32.

60 Mais uma vez cabe a referência à obra de Silvio Luís Ferreira da Rocha, que adverte: “a atividade de fomento, como regra, não obedece a esses princípios. A justificativa para isso, até certo ponto, é o desprezo dado a esta atividade administrativa, relegada a um segundo plano e considerada de menor importância se comparada à prestação de serviços públicos. Ocorre que, no momento em que o Estado pretende deixar um pouco de lado a atividade eminentemente prestadora de serviços públicos, há, naturalmente, uma redescoberta da atividade de fomento, sem que se dê a devida conta de que esta também deve obedecer aos princípios que regem toda a atividade administrativa”. In: ROCHA, Silvio Luís da. Op. Cit., p. 32.

61 Apenas para ilustrar como é deficitário, no Brasil, o controle dos recursos dispendidos pela atividade de fomento, tem-se a recente tragédia de Mariana. Não bastasse a ineficiência da Administração Pública no exercício de fiscalização das obras das barragens, é inaceitável que a empresa responsável tenha recebido importantes somas de recursos advindos do BNDES, mediante técnicas de fomento. Certamente, não se poderia permitir, com financiamento público, a realização de obras que não primam pela segurança e acabam por causar danos ambientais das proporções que se assistiu em Minas Gerais. Assim, percebe-se que um tema não aprofundado no texto refere-se à possibilidade de responsabilidade patrimonial do poder público na atividade de fomento. Neste recorte, o trabalho de referência a ser consultado é o de FREIRE, André Luiz. Op. Cit., p.177 e ss. Em resumo, o autor defende a responsabilidade do Estado por danos causados em face de atos de fomento. Já em relação ao parceiro privado, em geral, admite a responsabilização num regime de responsabilidade civil. Tal posicionamento é confirmado por ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 235. Cristiana Fortini, entretanto, estabelece uma exceção no tema, quando se tratar de atividade exercida por organizações sociais. Segundo

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Nessa perspectiva, ainda que o traço da discricionariedade seja uma característica elementar dos atos que traduzem as medidas de fomento, tal natureza não pode ser tomada como uma pretensa justificativa para adoção de práticas dissociadas do interesse público. Conclusão bastante óbvia, mas que não raras vezes é olvidada pelos gestores públicos no implemento das medidas de fomento, notadamente no que se refere ao respeito aos princípios da isonomia e da finalidade.

Na perspectiva da isonomia,<sup>62</sup> tem-se que a definição dos programas de fomento deverá designar quais serão os seus beneficiários, respeitado o dever de fundamentar as razões de discriminação. A escolha dos indivíduos ou dos grupos que serão favorecidos com tais programas deverá justificar-se por argumentos que comprovem a necessidade efetiva de tal distinção, especialmente em relação à proteção dos grupos vulneráveis, demonstrando-se, com isso, que tal alternativa atende, em concreto, razões de interesse público.<sup>63</sup>

Já no que se refere à dimensão do princípio da finalidade, tem-se que através do fomento o poder público deverá buscar a criação de condições para que os parceiros particulares possam estender aos cidadãos – notadamente aos grupos vulneráveis - o acesso aos direitos fundamentais, na dimensão do desenvolvimento social. Tais promoções ou incentivos à sociedade sempre deverão ser efetivados em condições que promovam e preservem a sustentabilidade. A finalidade buscada pelas medidas de fomento, portanto, se confunde com o objetivo de desenvolvimento nacional sustentável, que é, como inúmeras vezes repetido, impor ao Estado o dever de criar condições para que todos possam escolher a vida que gostariam de viver de forma digna. Assegurar os direitos civis e políticos, permitir o acesso aos direitos sociais pautando-se no respeito e na preservação do meio ambiente para esta e para as futuras

---

ela, nestes casos a responsabilidade será objetiva. In: FORTINI, Cristiana. Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face de danos causados a terceiros. **Interesse público**, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 113-121, jul./ago. 2006. p. 118.

62 Ibidem, p. 718.

63 “Impende desde logo reconhecer que o fomento, ao ensejar a ampliação da esfera jurídica de determinadas classes de sujeitos, apresenta caráter essencialmente discriminatório e, nessa medida, tem sua legitimidade condicionada [...] à avaliação do fundamento lógico da desequiparação e da correlação deste com os valores prestigiados na ordem constitucional vigente”. In: VALIM, Rafael. Op. Cit., p 107.

gerações, estas são as finalidades que deverão ser buscadas com o manejo dos instrumentos voltados ao fomento público.<sup>64</sup>

## **Considerações Finais**

A partir de tais premissas, sendo o fomento um instrumento que viabiliza a criação de condições para os indivíduos expandirem suas capacidades, alcançando o desenvolvimento, parece certo que a sua implantação não poderá decorrer de mera liberalidade da Administração Pública.<sup>65</sup> Ao contrário, as medidas de fomento deverão ser reconhecidas como determinações constitucionais que incumbem ser implantadas para atender necessidades sociais, especialmente em relação aos programas que se direcionam à proteção dos grupos vulneráveis.

Esse posicionamento, defendido por Rafael Valim, justifica-se em face do princípio da indisponibilidade do interesse público. Segundo o autor, no Direito brasileiro “a atividade de fomento não se limita a salvaguardar indiretamente os interesses públicos, senão que compreende relevantíssimos instrumentos de satisfação direta de interesses públicos”<sup>66</sup>.

Nessa perspectiva, ainda que comumente se atribua a discricionariedade como traço central na noção de fomento, é possível sustentar que há uma obrigatoriedade do poder público em implantar tais medidas. Afinal, “a Administração Pública, ao transferir, a título de fomento, bens em prol dos particulares [...] em condições mais favoráveis do que as de mercado, a Administração Pública não está oferecendo ‘bensesses’, senão que, simplesmente, implementando um meio legítimo para a consecução de finalidades públicas.”<sup>67</sup>.

---

64 Mais uma vez, recorre-se às ideias de Amartya Sen que justificam a atuação fomentadora do Estado como uma alternativa à superação das graves desigualdades sociais presentes no mundo. Ressalta, na obra aqui tomada como referência, que “vale a pena considerar simultaneamente a eficiência por meio da liberdade do mecanismo de mercado, de um lado, e a gravidade dos problemas de desigualdade de liberdade, de outro. É preciso lidar com os problemas de equidade, especialmente ao se tratar de graves privações e pobreza; nesse contexto, a intervenção social, incluindo o custeio governamental, pode ter um papel importante”. In: SEN, Amartya Kumar. Op. Cit., p. 160.

65 “Fomento não é liberalidade, mas atividade estatal legítima, cujos resultados atendem ao interesse público quando programada de forma consistente em termos processuais, normativos, materiais e orgânicos.” In: MODESTO, Paulo. Op. Cit., p. 52.

66 VALIM, Rafael. Op. Cit., p. 51.

67 Ibidem, p. 52.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Por certo, as normas constitucionais que atribuem ao Estado a competência para implementar atividades promocionais nem sempre terão eficácia imediata. Contudo, a interpretação sistemática dos dispositivos acima citados, em conjunto com a norma do artigo 3º, III, da Constituição – que estabelece o desenvolvimento nacional como objetivo da República Federativa do Brasil –, permite o raciocínio no sentido de que o Estado tem o dever de fomentar. Nessa medida, a incumbência de planejar práticas de fomento servirá ao propósito de garantir a todos o acesso aos direitos fundamentais, despontando como medida complementar à prestação de serviços públicos. Especialmente diante da escassez de recursos que impede a universalização de bens jurídicos diretamente vinculados aos direitos sociais<sup>68</sup>, o Estado deverá realizar parcerias com os particulares, fazendo uso de mecanismos de fomento, voltados à realização do desenvolvimento nacional, e, notadamente em relação à implantação de políticas que estejam voltadas à proteção dos grupos vulneráveis.

A conclusão, assim, parece bastante singela: positivado, no texto constitucional, o direito ao desenvolvimento, é dever do Estado criar as condições que permitam a sua máxima realização. Nesse sentido, o fomento, compreendido como função administrativa, torna-se vinculado ao atendimento do interesse público e, ao lado das outras funções públicas, deverá ser implementado. A partir dessa premissa, repitam-se as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello que assevera que “na administração, os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador.”<sup>69</sup>

Destarte, as ações de fomento – conceito tratado no presente texto como um conjunto de mecanismos vinculados à realização do direito ao desenvolvimento, atrelado à garantia dos direitos fundamentais – não serão mera prerrogativa dos gestores. Antes, emerge para o Estado o dever de proporcionar tais ações, já que o interesse público buscado por essas atividades não poderá

---

68 Observe-se que não se está, com a afirmação realizada, afastando o princípio da universalidade na prestação de serviços públicos do qual decorre o direito fundamental de todos os cidadãos a ter acesso a tais atividades. Sobre esse tema já se debruçou a autora em seu livro: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. Cit.

69 Como conceitua Celso Antônio Bandeira de Mello: “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultando to conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.” In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 62.

jamais estar “à disposição da vontade do administrador, sujeito à vontade deste; pelo contrário, apresenta-se para ele sob a forma de um comando [...]”<sup>70</sup>.

Em suma, plasmado no texto constitucional como objetivo da República Federativa do Brasil, o direito ao desenvolvimento impõe ao Estado que, mediante a atuação planejadora, estabeleça políticas públicas de fomento, voltadas a assegurar a realização dos direitos fundamentais<sup>71</sup>, consagrando, assim, o atendimento ao interesse público, promovendo o bem de todos e, com isso, cumprindo o dever que lhe impõe o artigo 3º, IV, da Constituição da República.

Dessa forma, enquanto persistirem no Brasil circunstâncias que justifiquem a atuação interventiva do Estado para criar as condições que permitam a todos gozar de uma vida com dignidade, a implementação das medidas de fomento deverá ser reconhecida como uma obrigação constitucional do poder público, decorrência direta da eficácia do direito ao desenvolvimento especialmente voltada à proteção dos grupos vulneráveis.

## Referências Bibliográficas

ALCÁZAR, Mariano Baena del. **Sobre el concepto de fomento**. 1967. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1967\\_054\\_043.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1967_054_043.PDF)>. Acesso em: 11 fev. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BENDLIN, Samara Loss; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade frente ao artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí, v.6, n.2, p. 419-441. 2011.

---

70 Ibidem, p. 83; “como a atividade administrativa é de caráter serviente, coloca-se uma situação coativa: o interesse público, tal como foi fixado, tem que se prosseguir, uma vez que a lei assim determinou.” Ibidem, p. 84.

71 Sobre as fases de formulação de políticas públicas, a sua vinculação aos objetivos do Estado, e a possibilidade de seu controle, ver a já citada obra de referência de VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. Cit.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERTOLDI, Marcia Rodrigues; CARDOSO, Simone Tassinari e GASTAL, Alexandre Fernandes. (org.). **Direitos fundamentais e vulnerabilidade social**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Economia e desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, n. 3, p. 32-55, ago./dez. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Plano diretor da reforma do aparelho do estado. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em: 2 fev. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. **Revista de estudos politécnicos**. v. III, n. 13, p. 7-18, jun. 2010.

CARMO, Cláudio Márcio do. Grupos minoritários, grupos vulneráveis e o problema da (in)tolerância: uma relação linguístico-discursiva e ideológica entre o desrespeito e a manifestação do ódio no contexto brasileiro. Revista do Instituto de Estudos Brasileiros, Brasil, n. 64, p. 201-223, ago. 2016.

CARVALHO, Claudia de Oliveira Cruz. **Da atuação da Administração Pública na promoção do Desenvolvimento Sustentável**: A instrumentalidade das licitações públicas na sustentabilidade ambiental. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia). Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Curitiba, 2017.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Questiones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987.

CHEVALIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais.** Revista Crítica Jurídica, Curitiba, n. 22, p. 17-28, jul./dez. 2003.

CORONA, José Francisco Báez; MARINI, José Rubén Croda. **El derecho humano al desarrollo.** Universidad Veracruzana. Programa de Derechos Humanos. Citación: Una Voz Pro Persona, año 1, 2014, p. 51-65.

CRUZ, Adriana Inhudes Gonçalves da; AMBROZIO, Antonio Marcos Hoelz; PUGA, Fernando Pimentel; SOUSA, Filipe Lage de; NASCIMENTO, Marcelo Machado. **A economia brasileira: conquistas dos últimos 10 anos e perspectivas para o futuro.** Disponível em: <[https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro60anos\\_perspectivas\\_setoriais/Setorial60anos\\_VOL1EconomiaBrasileira.pdf](https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro60anos_perspectivas_setoriais/Setorial60anos_VOL1EconomiaBrasileira.pdf)> Acesso em: 26 jun. 2019.

DEATON, Angus. **A grande saída: saúde, riqueza e as origens da desigualdade.** Tradução de Marcelo Levy. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

Declaração do direito ao desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>> Acesso: 12 mai. 2019.

DELPIAZZO, Carlos E. **Derecho administrativo especial.** 2. ed., Uruguay: Editorial Amalio M. Fernandez S.R.L., 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública.** 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

FACHIN, Milena Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 157.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações brasileiras. **Interesse público.** Belo Horizonte: Fórum, a. 12, n. 60, p. 13-24, abr. 2010.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

\_\_\_\_\_. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FURTADO, Celso. **Uma política de desenvolvimento para o Nordeste.** Novos estudos Celebrap, São Paulo, v. 1, p. 12-19, dez 1981.

GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade. Op. Cit., p. 246;

\_\_\_\_\_. **Interesse público e subsidiariedade:** o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_; RESENDE, Augusto César Leite de. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 53, p. 105-131, jul./set. 2013.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade frente ao artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí, v.6, n.2, p. 419-441. 2011;

GOES, Winnicius Pereira. **O princípio constitucional da sustentabilidade e suas dimensões em busca da justiça intergerencial.** Disponível em <<http://esdp.net.br/o-principio-constitucional-da-sustentabilidade-e-suas-dimensoes-em-busca-da-justica-intergeracional/>> Acesso em 11 fev. 2019;

GONÇALVES, Pedro Antonio Pimenta da. **Entidades privadas com poderes públicos:** o exercício de poderes públicos de autoridades por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

\_\_\_\_\_. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 53, p. 133-168, jul./set., 2013.

HIGA, Alberto Shinji. A construção do conceito da atividade administrativa de fomento. **Revista Direito Mackenzi**. v. 5, n. 1, p. 10-36, 2011.

Human Development – Indices and Indicators. Disponível em <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2018.html>> Acesso em: 9 jun. 2019.

Informe sobre Desarrollo Humano 2016. Desarrollo humano para todas las personas. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2016\\_report\\_spanish\\_web.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2016_report_spanish_web.pdf)> Acesso em: 9 mar. 2019.

LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. Ed., São Paulo: RT, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MODESTO, Paulo. **Parcerias público-sociais (PPS):** categoria jurídica, sustentabilidade e controle em questões práticas. In: FUX, Luiz;

MODESTO, Paulo e MARTINS, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STF na ADI n. 1923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA, Vital. **Administração autónoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (coords.). **Parcerias com o terceiro setor:** as inovações da Lei nº 13.019/14. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MUNIZ, Veyzon Campos. Desenvolvimento humano sustentável e erradicação da pobreza extrema: uma análise sobre a experiência portuguesa. **Rev. Bras. Polít. Públicas (Online)**, Brasília, v. 6, nº 1, p. 184-201, 2016.

NASCIMENTO NETO, José Osório e SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. (In)eficiência e corrupção no processo de desenvolvimento: possíveis causas

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

e mudanças necessárias para a administração pública brasileira. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder e SANTANO, Ana Cláudia. (org.). **Eficiência e ética na administração pública**. Curitiba: Íthala, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 197.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Disponível em: <<http://www.odmbrasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio>>

Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)> Acesso em: 6 mai. 2019.

Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/saude/19898-suplementos-pnad3.html?=&t=series-historicas>> Acesso em: 8 mar. 2019.

Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, conforme abaixo será demonstrado. Disponível em: <[http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd\\_2010\\_caracteristicas\\_populacao\\_domicilios.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf)> Acesso em: 8 maio. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: **Direito ao desenvolvimento**. Piovesan, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.), Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 115, exemplificativamente.

Relatório Luz da Agenda 2030 de desenvolvimento sustentável. Disponível em: <[http://actionaid.org.br/wp-content/files\\_mf/1499785232Relatorio\\_sintese\\_v2\\_23jun.pdf](http://actionaid.org.br/wp-content/files_mf/1499785232Relatorio_sintese_v2_23jun.pdf)> Acesso em: 8 mai. 2019.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Los derechos sociales a prestaciones en tiempos de crisis. In: Miguel Ángel Presno Linera. (Org.). **Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables**. Oviedo: Procuradora General del Principado, 2012, v. 2, p. 23-46.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento**. Administração Pública, direitos fundamentais e desenvolvimento. Curitiba: Íthala, 2019.

\_\_\_\_\_. **Serviço público**. Garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, Cláudia de Oliveira Cruz. A proteção constitucional do desenvolvimento: uma análise enquanto categoria normativa. In: BRETAS, Carla Panza; CARVALHO, Cláudia de Oliveira Cruz e MATTOS, Kennedy Josué Greca. (org.) **Estado Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENGUPTA, Arjun. **O direito ao desenvolvimento como um direito humano**. *Revista Social Democracia Brasileira*, n. 68, mar. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do direito global. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 157-168 e SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.



# A proteção contra o trabalho infantil no Brasil

André Viana Custódio<sup>1</sup>

## Introdução

A compreensão sobre a exploração do trabalho infantil no Brasil requer uma análise multidimensional, pois envolve questões jurídicas, políticas e sociais que ao longo da história brasileira foram consolidadas. Assim, este artigo tem por objeto a análise do contexto e proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil considerando a natural vulnerabilidade geracional de crianças e adolescentes.

A exploração do trabalho infantil no Brasil não se constitui apenas em decorrência do acirramento da exclusão econômica e empobrecimento da população, mas indica a continuidade da dinâmica histórica consolidada por práticas jurídicas e institucionais, que sempre deslocaram a responsabilidade para crianças e adolescentes pela subsistência do grupo familiar. O uso do trabalho infantil não decorre unicamente da condição de exclusão econômica, embora este seja o fator principal, visto existirem outros elementos históricos claros que contribuíram para sua normalização, ampliando a capacidade de resistência e consequentemente a reprodução do fenômeno.

A análise dos dados quantitativos disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística sobre trabalho infantil ainda pode dizer muito pouco sobre esta complexa realidade. No entanto, quando se desloca o campo de observação para as causas e as consequências do trabalho infantil, pode

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - Espanha, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) - SC, Brasil, Coordenador Adjunto e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) - RS, Brasil, Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). E-mail: andreviana.sc@gmail.com.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

ser encontrada uma dinâmica reveladora das condições estruturais que produzem e reproduzem essa perversa situação de exploração.

O trabalho infantil não pode ser compreendido a partir de uma única causa, pois se trata de fenômeno complexo, determinado pela conjugação de diversas variáveis. No entanto, alguns aspectos podem ajudar na compreensão dos motivos pelos quais ainda muitas crianças e adolescentes são submetidos ao trabalho infantil no Brasil. Não há dúvidas de que a exploração tem suas raízes mais profundas no contexto de exclusão econômica e política vivido no Brasil desde o século XIX.

Ao longo da história são variados os retratos da ausência de proteção da criança em suas mais diversas formas e uma intensiva produção legislativa voltada à disciplina, ao controle e à repressão do universo infantil, segundo o qual o trabalho emerge como instrumento hábil para a produção de corpos úteis e produtivos, adequados aos interesses políticos e econômicos.

Além disso, a condição histórica de sujeição, produzida pelas relações de gênero, conveniente ao modelo de sociedade patriarcal brasileiro, reduziu a visibilidade das condições de exploração feminina que se refletirá em amplitude de modalidades persistentes como o trabalho infantil doméstico.

Embora a decisão sobre a incorporação da criança e do adolescente no trabalho infantil também dependa do ambiente familiar e das suas relações com as oportunidades oferecidas, existem alguns fatores muito frequentes que influenciam esta decisão, principalmente aqueles relacionados às questões econômicas, culturais, educacionais e políticas, ou seja, são essencialmente os fatores sociais e as próprias condições materiais da existência que definirão o ingresso precoce no mundo do trabalho. Razão pela qual as políticas públicas devem constituir estratégias intersetoriais com vistas a proteção integral de crianças e adolescentes, conforme determina o marco jurídico normativo brasileiro.

## **1 O contexto do trabalho infantil no Brasil.**

A compreensão do trabalho infantil pode abranger análises sob vários ângulos, sendo mais evidentes as relacionadas aos aspectos econômicos, culturais e políticos. As causas econômicas são apontadas frequentemente como um dos principais fatores determinantes do trabalho infantil. A condição de

pobreza e a baixa renda familiar são um dos estímulos para o recurso ao trabalho da criança e do adolescente, pois a busca pela sobrevivência exigiria a colaboração de todos os membros do grupo familiar.

É importante frisar que não se pode reduzir o trabalho infantil tendo como principal explicação a complementação da renda familiar, que aliás ocorre em muitas situações. A questão é que o real rendimento da criança muito pouco altera a renda de sua família, de modo que “outras características do ambiente familiar podem ter influência tão grande ou maior do que o nível de renda na decisão da criança de trabalhar”.<sup>2</sup>

A proporção de trabalhadores infantis cai conforme aumenta a renda dos domicílios.<sup>3</sup> Contudo, não é apenas a baixa renda familiar que estimula o uso do trabalho infantil, mas também as condições de desigualdade social. Isso explica, por exemplo, porque no Brasil é mais frequente o uso do trabalho infantil em relação à maior parte dos países da América Latina. Embora as condições econômicas de tais países sejam muito mais precárias que as condições brasileiras, é o fator de desigualdade social que explica o maior uso de mão de obra infantil.

É, sem dúvida, a pobreza a causa fundamental, mas não exclusiva, de todo o trabalho de crianças e adolescentes. As dificuldades de sobrevivência e a necessidade de complementação de recursos pelo trabalho das mulheres empurram as crianças para o trabalho infantil. A pobreza é resultado de políticas econômicas que geram e produzem as condições de desigualdade e exclusão social, concentrando a riqueza nos estratos elitizados da população.

O trabalho infantil realiza-se à margem da legalidade, em condições informais que reduzem os custos para a utilização desse tipo de mão de obra, além de estar geralmente protegido dos sistemas de controle e fiscalização por realizar-se em espaços de difícil acesso como ocorre no trabalho em áreas rurais, no espaço doméstico ou em atividades ilícitas.

Nos setores formais da economia, a mão de obra infantil é extremamente atrativa para o empregador, pois a criança não reivindica seus direitos, não

---

2 SCHWARTZMAN, Simon; SCHWARTZMAN, Felipe Farah. *O trabalho infantil no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade, Grupo Conjuntura, Instituto de Econômica, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2004.

3 BARROS, Ricardo Paes de; MENDONÇA, Rosane; DELIBERALLI, Priscila Pereira; BAHIA, Mônica. *O trabalho doméstico infanto-juvenil no Brasil*. p. 5. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5674/1/bmt\\_n.17\\_trabalhodomestico.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5674/1/bmt_n.17_trabalhodomestico.pdf). Acesso em: 20/08/2019.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

está representada em sindicatos e dificilmente exige melhores condições de trabalho, pois a exploração está mascarada pela velha prática da caridade.

Embora os fatores econômicos apresentem-se como os principais determinantes do ingresso precoce no mercado de trabalho, não se pode desconsiderar o significado cultural e tradicional do trabalho no imaginário familiar, seja com o aspecto educativo ou moralizador. O trabalho de crianças e adolescentes está arraigado nas tradições, nos comportamentos de diversos locais, como um vestígio do passado, com uma forte resistência à mudança.

Em muitos casos, quando uma criança decide trabalhar, ela aceita as condições impostas pelo mercado, pois acredita que está fazendo algo para ganhar a vida a partir de uma decisão individual. Na realidade, está sendo impulsionada para esta atitude pelo conjunto de condições e relações de sua família e de todo o tecido social em que está inserida. Não se pode desconsiderar que as famílias têm proveito direto e indireto da exploração do trabalho das crianças e adolescentes, apesar de não reconhecerem, segundo seu conjunto de valores, que estão cometendo um ato de deliberada exploração. As famílias acreditam que existe um direito natural de aproveitar todos os recursos familiares para a garantia da sobrevivência e que o trabalho acarretaria efeitos benéficos para a educação e o desenvolvimento das próprias crianças e adolescentes.<sup>4</sup>

Além disso, grande parte das crianças que trabalham entrega totalmente os ganhos obtidos aos pais ou familiares com quem vivem. Em muitos casos, estes recebem o dinheiro diretamente do empregador. Tais ganhos são considerados, no universo familiar, como renda complementar, necessária e indispensável à manutenção das despesas familiares totais. Em parte desses casos, a família destina pequena parcela do valor obtido para a própria criança como forma de estimular a continuidade da atividade ou para que compre algo para comer, um brinquedo, ou tenha acesso a algum tipo de lazer.<sup>5</sup> Do mesmo modo, as condições de acesso à escolarização por parte dos pais também influenciam na dimensão do uso do trabalho infantil e na reprodução das condições de exclusão educacional.<sup>6</sup>

---

4 MENDELIEVICH, Elias. *El trabajo de los niños*. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1980.

5 NEVES, Delma Pessanha. *A Perversão do Trabalho Infantil: Lógicas sociais e alternativas de prevenção*. Niterói: Intertexto, 1999.

6 PARENTE, Maria Pia. *Neste município criança não trabalha: o que os prefeitos podem fazer para eliminar o trabalho infantil doméstico e proteger as jovens trabalhadoras*. Brasília: OIT/Fundação Abrinq/ANDI, 2003.

A integração das mulheres ao mercado de trabalho também vem fortalecendo um componente importante no reforço e integração de crianças e adolescentes no trabalho infantil, seja na realização de serviços prestados em sua própria casa, como atividades domésticas ou no cuidado e educação dos irmãos mais novos ou de pessoas idosas, como em atividades externas de acordo com a realidade local. A ausência de políticas públicas de atendimento para crianças e adolescentes e de apoio socioassistencial às mulheres e idosos torna ainda mais grave essa condição.

Enfim, os elementos culturais operam como um sistema de significados que alimenta a exploração de crianças e adolescentes no trabalho infantil, deslocando a percepção para o campo da invisibilidade ou tolerância com a violência e com a exclusão histórica da infância no Brasil.

Os interesses específicos do modelo de modernidade complexa e desigual constituídos na realidade brasileira, pelo menos a partir do final do século XIX, produziram algumas expressões frequentemente utilizadas como justificadoras do trabalho infantil. São expressões que deslocam o uso do trabalho infantil da condição de exploração para o campo da naturalização. A ideia de necessidade e a falsa ilusão de solução do problema da pobreza são elementos centrais nesse contexto do trabalho infantil.

A construção de mitos justificadores do trabalho infantil decorre de longa trajetória que produziu explicações culturais para legitimar a resolução de problemas imediatos e, mesmo desaparecendo suas causas, reproduzem-se através de gerações. Expressões populares como “é melhor trabalhar do que roubar”; “o trabalho da criança ajuda a família”; “é melhor trabalhar do que ficar nas ruas”; “trabalhar desde cedo acumula experiência para trabalhos futuros”; “é melhor trabalhar do que usar drogas”; “trabalhar não faz mal a ninguém”, dentre outras são representativas e recorrentes no debate sobre trabalho infantil.<sup>7</sup>

A construção cultural dos mitos em torno do trabalho infantil tem gênese histórica e foi operada estrategicamente pelas instâncias do Estado, do mercado e da sociedade, de acordo com os interesses dominantes na sociedade brasileira. Evidentemente que não se trata de mitos passíveis de serem desconstituídos isoladamente, pois se articulam e interagem nos discursos e práticas

---

7 CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Trabalho infantil doméstico no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

sociais, atualizando-se continuamente no imaginário, produzindo uma realidade particular, na qual o resultado principal é a afirmação e a reprodução da desigualdade e que merecem um olhar particularizado.

O trabalho infantil encontra sua face mais visível como uma condição de exploração quando se desvia o olhar para suas consequências. Uma grande parte das consequências do trabalho infantil apresenta efeitos em longo prazo, o que provavelmente dificulta a percepção de seus reflexos mais violentos. Essas consequências também são complexas e variáveis de acordo com o contexto social nas quais se realizam. No entanto, existem consequências gerais, visíveis e frequentes, na realidade do trabalho infantil no Brasil.

Uma das principais consequências do trabalho infantil se dá no campo da educação e envolvem a dificuldade de acesso à escola, geralmente em razão das longas jornadas, a dificuldade de permanência, infrequência, evasão precoce, baixo nível de rendimento escolar, gerando a reprodução da exclusão educacional.

Embora, o Brasil tenha elevado significativamente o número de crianças e adolescentes matriculados na educação básica, em relação às crianças e adolescentes trabalhadores essas condições pouco mudaram. As crianças e adolescentes trabalhadores ainda abandonam a escola mais cedo e alcançam os menores índices de escolarização, proporcionando a reprodução da força de trabalho com baixa qualificação e impedindo o acesso a outras oportunidades positivas ao seu desenvolvimento.

Ainda que o recurso ao trabalho infantil se realize com vistas a solucionar um problema econômico, na realidade, as consequências econômicas apresentam-se como muito mais graves do que em primeira análise possam ser percebidas, pois o trabalho infantil não soluciona a exclusão econômica. Na realidade, cria problemas econômicos muito maiores do que aqueles que lhe deram origem.

O trabalho infantil é responsável pela reprodução do ciclo intergeracional de pobreza, ou seja, as consequências educacionais impedem qualquer possibilidade de emancipação. O uso do trabalho infantil é frequentemente caracterizado pela ausência de pagamento ou pela remuneração através de pequenos bens ou salários ínfimos. Neste contexto, encontram-se 48% das crianças e adolescentes trabalhadores sem receber qualquer tipo de remuneração, contribuindo para a manutenção da baixa renda familiar.

O uso do trabalho da criança e do adolescente tende a precarizar as relações de trabalho, provocando o rebaixamento dos valores médios de paga-

mento para o mesmo tipo de serviço e reforçam a dependência econômica da família pelo seu trabalho, substituindo a mão de obra adulta pela infantil, nas escassas oportunidades de trabalho adulto.

A substituição da mão de obra adulta pela infantil provoca o aumento do desemprego adulto, fragilizando ainda mais as condições de subsistência das próprias famílias que, cada vez mais, precisam recorrer ao trabalho infantil para sobreviver.

Os estudos indicam que, de forma geral, há um elevado grau de transmissão da pobreza por gerações seguidas e que quanto menor a escolaridade do pai e da mãe, maior a probabilidade de os filhos começarem a trabalhar precocemente. Na medida em que o trabalho precoce afeta o grau de escolaridade, compromete os rendimentos futuros e perpetua a pobreza.<sup>8</sup>

Trata-se do estabelecimento da perversa lógica do ciclo intergeracional de pobreza, segundo o qual as famílias tentam superar as condições de pobreza recorrendo ao trabalho infantil e este trabalho acaba por determinar a manutenção das condições de pobreza por longo prazo, seja em razão da baixa escolarização alcançada pelas próprias crianças, seja pela baixa remuneração oferecida ao trabalho infantil, o que na prática impede definitivamente o acesso ao trabalho dos membros adultos das famílias.<sup>9</sup>

O trabalho infantil emerge como ponta de uma rede de precarização da mão de obra estabelecida no atual modelo econômico que cada vez mais exige o recurso da mão de obra precária para garantir um sistema de produção com baixos custos, alimentado pela mão de obra que presta serviços mediante a aceitação do pagamento de baixos salários.

Para garantir a manutenção do núcleo familiar, o recurso ao trabalho infantil torna-se uma das estratégias, que tem por resultado o acirramento de todo o processo de precarização.

O trabalho infantil é também ocultado por discursos que fortalecem os mitos em torno do trabalho precoce, ou seja, dando a aparência de que o trabalho é positivo para o desenvolvimento da criança, tendo por consequência,

---

8 PARENTE, Maria Pia. *Neste município criança não trabalha: o que os prefeitos podem fazer para eliminar o trabalho infantil doméstico e proteger as jovens trabalhadoras*. Brasília: OIT/Fundação Abrinq/ANDI, 2003, p. 44.

9 SILVA, Maria Liduína de Oliveira. *Adultização da infância: o cotidiano das crianças trabalhadoras no Mercado Ver-o-Peso, em Belém do Pará*. *Serviço Social e Sociedade*, ano XXIII, n. 69, mar. 2002, p. 156.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

a reprodução das condições culturais de exclusão, da alienação e o fortalecimento das desigualdades de gênero e raça.<sup>10</sup>

É neste contexto que florescem as práticas do patrimonialismo e do clientelismo, colocando-se o Estado a serviço dos interesses privados, isentando-se de suas responsabilidades sociais, protegido da reação contestatória daqueles que estão impossibilitados de participar das decisões que afetam suas vidas. Com a transferência de responsabilidades do adulto para a criança, o que se pode esperar é apenas o reforço da condição da exclusão, ou seja, é uma falsa resposta, que pode apenas alterar a forma, mas não altera a exploração e suas respectivas consequências.

Todos estes aspectos denotam consequências complexas e interdependentes do trabalho infantil. No entanto, não se pode desconsiderar também as consequências diretas ao desenvolvimento da criança e do adolescente, enquanto pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. O trabalho infantil prejudica o desenvolvimento físico, colocando-os diante de riscos inerentes às condições de trabalho, também decorrentes da própria condição de fragilidade do corpo em crescimento, pois

[...] todo ambiente de trabalho, em maior ou menor grau, apresenta riscos específicos para a saúde e integridade física do trabalhador. Esses riscos são mais evidentes para a criança e o adolescente devido ao seu organismo ser mais vulnerável. Assim sendo, qualquer trabalho, mesmo realizado em condições não insalubres ou perigosas, poderá ser prejudicial à sua saúde, podendo comprometer seu crescimento e desenvolvimento.<sup>11</sup>

O trabalho infantil geralmente caracteriza-se por atividades repetitivas que pouco contribuem para o seu desenvolvimento da criança e do adolescente. Os aspectos ergonômicos, as condições de insalubridade e periculosidade do ambiente laboral contribuem para a exposição de crianças e adolescentes aos riscos à saúde e à integridade.

O trabalho realizado por crianças faz com que estas tenham prejudicado m o seu *desenvolvimento físico* (saúde, coordenação motora, visão, audição e

---

10 LIMA, Consuelo Generoso Coelho de. Trabalho precoce, saúde e desenvolvimento mental. In: MTE. *Proteção integral para crianças e adolescentes, fiscalização do trabalho, saúde e aprendizagem*. Florianópolis: DRT/SC, 2000, p 17.

11 OLIVEIRA, Joelho Ferreira de. *O trabalho da criança e do adolescente em condições de risco*. Curitiba: mimeo, 1996.

resistência física); *desenvolvimento cognitivo* (desde a alfabetização, aprendizagem e aquisição dos mais variados e necessários conhecimentos); *desenvolvimento emocional* (autoestima, constituição de elos familiares, sentimento de amor e aceitação); *desenvolvimento social e moral* (identidade de grupo, habilidade de cooperação para com outras pessoas e capacidade de distinção entre o certo e o não certo).<sup>12</sup>

Em geral, as condições de vida das crianças e dos adolescentes que trabalham são muito deficientes. Em razão da carência e da pobreza, as crianças e adolescentes são submetidos a trabalhos precários, com posições inadequadas que afetam o crescimento. A permanência por longo tempo em posturas forçadas provavelmente provocará deformações na coluna vertebral. Durante a infância e a adolescência, em ambos os sexos, a força, as resistências e as defesas naturais são muito mais reduzidas. Nessa etapa da vida, o organismo encontra-se em pleno desenvolvimento, sofrendo adaptações endócrinas que podem ser prejudicadas por certos tipos de esforços e trabalhos cansativos, realizados de maneira sistemática e excessiva ou em condições insalubres e perigosas.<sup>13</sup>

Frequentemente as crianças e os adolescentes ficam em contato com substâncias químicas e objetos perigosos, são submetidos a longas jornadas, ao trabalho noturno e à penosidade, os quais provocam fadiga, envelhecimento precoce e inúmeras doenças que podem comprometer toda a sua vida. Os prejuízos ao desenvolvimento psicológico também são muito evidentes com a perda da ludicidade, da autoestima, sujeitando a criança e o adolescente à depressão e aos problemas psicológicos que podem, inclusive, obstar qualquer alternativa de futuro saudável.

A exploração do trabalho infantil compromete a infância, circunstanciando *constrangimentos múltiplos*, gerando *alienações múltiplas*, e desencadeando, dessa maneira, o dilema e o impasse de ser *amplamente alienado*, ou seja, ser criança e ser adulto ao mesmo tempo; ser criança empobrecida e trabalhar precocemente; ser criança, adulto e velho e não dispor de tempo para o lúdico; ser criança *adultizada* envelhecida; ser de forma precária incluída no sistema

---

12 BORGES, Alci Marcus Ribeiro; CAVALCANTE, Maria Adília Andrade (Orgs.). *Mapa do Trabalho Infantil no Piauí*. Teresina: Ação Social Arquidiocesana/Centro de Defesa João de Barro/UNICEF/DRT-PI, 1998.

13 MENDELIEVICH, Elias. *El trabajo de los niños*. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1980, p. 47.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

educacional; ser criança por pouco tempo, perder o resto da infância e a juventude, saltando em seguida para a curta idade adulta e imediatamente para a velhice, sem futuro, isto é, sem possibilidade de inserção no mundo do trabalho e no mundo das novas tecnologias. Além disso, ao mesmo tempo, acumular responsabilidades e pressões que, sem dúvida, deixarão marcas indeléveis na memória, afetando assim o processo de construção da identidade [...].<sup>14</sup>

As necessidades da infância não sendo satisfeitas, provocam o amadurecimento precoce com alterações no equilíbrio psicológico na fase adulta. As responsabilidades inerentes ao trabalho provocam, em suas raízes, a perda dos aspectos lúdicos, primordiais para o desenvolvimento de uma infância saudável e equilibrada. Além disso, o fato de trabalhar, de ter que ser obediente a horários e realização de tarefas, todo este estado provoca a inibição do seu interesse típico da infância, do seu desejo de brincar. Como se sabe, o ato de brincar não se reduz a divertir-se, antes é “a oportunidade de reviver, entender e assimilar os mais diversos modelos e conteúdo das relações afetivas e cognitivas, e como passa a temer ser punida por expressar-se livremente, ocorre um empobrecimento tanto no que se refere à sua capacidade de expressão quanto de compreensão”<sup>15</sup>, este fato resultará na sua vida em uma grande perda: a falta de criatividade.

Uma das características mais visíveis da infância são as atividades lúdicas. A espontaneidade, a liberdade e a ausência de controle rígido estimulam o processo de desenvolvimento harmônico. A criança trabalhadora é compelida a bloquear esses impulsos naturais que, ao longo do tempo, atenuam-se, até praticamente desaparecerem.

Enfim, o trabalho infantil reproduz as múltiplas condições de exclusão, representando a efetiva violação dos direitos fundamentais, legitimando a negligência com os direitos infantis e expondo a criança e o adolescente às variadas condições de exploração e violência. Daí a importância em se compreender os mecanismos de proteção jurídica da criança e do adolescente

---

14 SILVA, Maurício Roberto da. *Trama doce-amarga: (exploração do) trabalho infantil e cultura lúdica*. Ijuí: Unijuí; São Paulo: Hucitec, 2003, p. 208.

15 LIMA, Consuelo Generoso Coelho de. Trabalho precoce, saúde e desenvolvimento mental. In: MTE. *Proteção integral para crianças e adolescentes, fiscalização do trabalho, saúde e aprendizagem*. Florianópolis: DRT/SC, 2000, p. 20.

como estratégia de resistência à opressão através de um conjunto articulado de políticas sociais públicas.

## **2 A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil**

A proteção constitucional aos direitos humanos de crianças e adolescentes no Brasil teve como marco fundamental a previsão do art. 227, que inaugurou a instituição de um novo ramo jurídico denominado Direito da Criança e do Adolescente, constituído por princípios e regras, que visam assegurar a proteção daqueles considerados como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, nos seguintes termos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>16</sup>

O reconhecimento dos direitos fundamentais permitiu estabelecer a tríplce responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e ao Estado na garantia e efetivação de direitos, além de destinar atenção aos denominados direitos especiais de proteção que visam prevenir situações de ameaças ou violação de direitos decorrentes da condição de vulnerabilidade geracional.

Assim, crianças e adolescentes são reconhecidos como sujeitos de direitos. “Ser sujeito de direitos é ser titular de uma identidade social que lhe permita buscar proteção especial, já que se trata de uma ‘pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.’”<sup>17</sup>

A regulamentação do dispositivo constitucional foi realizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>18</sup>, que além de disciplinar os direitos fundamen-

---

16 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Brasília, n. 191-A, 05 de out. 1988.

17 PEREIRA, Tânia da Silva. “O melhor interesse da criança”, PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.), *O melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 29.

18 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

tais, instituiu um sistema de garantias de direitos mediante o compartilhamento de responsabilidades públicas e privadas.

Como modalidade de especial de proteção aos direitos fundamentais destaca-a proteção contra a exploração do trabalho infantil, sendo o art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, responsável pela definição do conceito operacional básico ao estabelecer os limites de idade mínima para o trabalho fixando “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.”<sup>19</sup>

De igual modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentou o dispositivo determinando condições especiais de proteção inclusive em relação aos trabalhos realizados por adolescentes:

Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho:

I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte;

II - perigoso, insalubre ou penoso;

III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social;

IV - realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola.<sup>20</sup>

A definição de trabalho infantil envolve a conjugação de limites de idade mínima para o trabalho envolvendo diversos critérios, sob os quais o trabalho será permitido e proibido de acordo com a condição geracional da criança e do adolescente.

No contexto das violações históricas dos direitos da criança e do adolescente, a exploração do trabalho infantil ainda se apresenta como modalidade persistente, apesar dos avanços nos indicadores de desenvolvimento humano e social verificados nas últimas décadas. Daí a importância do aprimoramento do arcabouço jurídico nacional e internacional de proteção contra a exploração do trabalho infantil no marco da proteção integral diante

---

19 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Brasília, n. 191-A, 05 de out. 1988.

20 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

das múltiplas vulnerabilidades produzidas pelos processos de exclusão econômica na sociedade contemporânea.<sup>21</sup>

Em síntese, o marco normativo atual considera como trabalho infantil todo trabalho realizado antes dos dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos e, ainda, os trabalhos considerados perigosos, insalubres, penosos, prejudiciais à moralidade e realizados em horários e locais que prejudiquem à frequência escolar, estes proibidos antes dos dezoito anos.

Além disso, encontra-se na categoria trabalho infantil aqueles considerados como piores formas, tais como a exploração sexual comercial, o trabalho infantil em atividades ilícitas e os trabalhos considerados prejudiciais ao desenvolvimento, previstos do Decreto n. 6.491, de 12 de junho de 2008, que consolida a lista das piores formas de trabalho infantil.<sup>22</sup>

Atualmente, a política nacional de prevenção e erradicação do trabalho infantil constitui um compromisso do Estado brasileiro que se realiza através do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI).

As ações estratégicas do PETI no âmbito do SUAS estruturam-se a partir de cinco eixos:

I – informação e mobilização nos territórios de incidência do trabalho infantil para propiciar o desenvolvimento de ações de prevenção e erradicação do trabalho infantil;

II – identificação de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil;

III – proteção social para crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil e suas famílias;

IV – apoio e acompanhamento das ações de defesa e responsabilização;

e

V – monitoramento das ações do PETI.<sup>23</sup>

---

21 SOUZA, Ismael Francisco de. *O Reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

22 BRASIL. Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008. Regulamenta os artigos 3o, alínea “d”, e 4o da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo no 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto no 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 out. 2008.

23 BRASIL, CNAS. Resolução n. 08, de 18 de abril de 2013. Dispõe sobre as ações estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI no âmbito do Sistema Único da Assistência

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Embora a definição de ações estratégicas do PETI represente um avanço na estruturação das ações, lamentavelmente está focalizada apenas nos municípios considerados como de alta incidência de trabalho infantil, deixando completamente descoberto de cofinanciamento diversos municípios brasileiros que carecem de políticas públicas para proteger crianças e adolescentes da exploração do trabalho infantil.

## Conclusões

A partir dos estudos realizados pode-se apontar algumas conclusões, dentre as quais destacam-se: a) o trabalho infantil decorre de um conjunto de causas econômicas que envolvem a desigualdade e o baixo nível de renda familiar; b) embora as causas econômicas sejam as principais determinantes do trabalho infantil, há fortes elementos culturais que persistem na decisão de incorporação de crianças e adolescentes no mundo do trabalho antes dos limites de idade mínima fixados pela legislação; c) a fragilidade e insuficiência das políticas sociais públicas constituem um dos fatores determinantes do trabalho infantil; d) o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil avançou na formulação de ações estratégicas, mas estas não alcançam todas as situações de trabalho infantil, já que o cofinanciamento está restrito aos municípios considerados como de alta incidência; e) o sistema normativo brasileiro está consolidado na definição dos limites de idade mínima para o trabalho e apresenta consonância com os tratados internacionais, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente definindo limites precisos para a formulação dos conceitos de trabalho infantil.

## Referências

BARROS, Ricardo Paes de; MENDONÇA, Rosane; DELIBERALLI, Priscila Pereira; BAHIA, Mônica. *O trabalho doméstico infanto-juvenil no Bra-*

---

Social – SUAS e o critério de elegibilidade do cofinanciamento federal para os exercícios de 2013/2014 destinado a Estados, Municípios e Distrito Federal com maior incidência de trabalho infantil e, dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 abr. 2013.

sil. p. 5. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5674/1/bmt\\_n.17\\_trabalhodomestico.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5674/1/bmt_n.17_trabalhodomestico.pdf). Acesso em: 20/08/2019.

BORGES, Alci Marcus Ribeiro; CAVALCANTE, Maria Adília Andrade (Orgs.). *Mapa do Trabalho Infantil no Piauí*. Teresina: Ação Social Arquidocesana/Centro de Defesa João de Barro/UNICEF/DRT-PI, 1998.

BRASIL, CNAS. Resolução n. 08, de 18 de abril de 2013. Dispõe sobre as ações estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI no âmbito do Sistema Único da Assistência Social – SUAS e o critério de elegibilidade do cofinanciamento federal para os exercícios de 2013/2014 destinado a Estados, Municípios e Distrito Federal com maior incidência de trabalho infantil e, dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 abr. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Brasília, n. 191-A, 05 de out. 1988.

BRASIL. Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008. Regulamenta os artigos 3o, alínea “d”, e 4o da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo no 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto no 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 out. 2008.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Trabalho infantil doméstico no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Consuelo Generoso Coelho de. Trabalho precoce, saúde e desenvolvimento mental. In: MTE. *Proteção integral para crianças e adolescentes, fiscalização do trabalho, saúde e aprendizagem*. Florianópolis: DRT/SC, 2000.

MENDELIEVICH, Elias. *El trabajo de los niños*. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1980.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

NEVES, Delma Pessanha. *A Perversão do Trabalho Infantil: Lógicas sociais e alternativas de prevenção*. Niterói: Intertexto, 1999.

OLIVEIRA, Joélho Ferreira de. *O trabalho da criança e do adolescente em condições de risco*. Curitiba: mimeo, 1996.

PARENTE, Maria Pia. *Neste município criança não trabalha: o que os prefeitos podem fazer para eliminar o trabalho infantil doméstico e proteger as jovens trabalhadoras*. Brasília: OIT/Fundação Abrinq/ANDI, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. “O melhor interesse da criança”, PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.), *O melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

SCHWARTZMAN, Simon; SCHWARTZMAN, Felipe Farah. *O trabalho infantil no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade, Grupo Conjuntura, Instituto de Econômica, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2004.

SILVA, Maria Liduína de Oliveira. Adultização da infância: o cotidiano das crianças trabalhadoras no Mercado Ver-o-Peso, em Belém do Pará. *Serviço Social e Sociedade*, ano XXIII, n. 69, mar. 2002.

SILVA, Maurício Roberto da. *Trama doce-amarga: (exploração do) trabalho infantil e cultura lúdica*. Ijuí: Unijuí; São Paulo: Hucitec, 2003.

SOUZA, Ismael Francisco de. *O Reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

# Responsabilidades de Entes Privados Diante dos Direitos Humanos

Danielle Anne Pamplona<sup>1</sup>

O tema que me cabe nessa mesa é ‘empresas e direitos humanos’ e a primeira pergunta que escuto quando o menciono é: qual a razão de juntar dois termos que parecem vir de lugares tão diferentes? A resposta mais breve é que estes temas devem ser aproximados e isso fica evidente diante da constatação das inúmeras violações de direitos humanos que são de responsabilidade, direta ou não, de empresas. Mas, para elaborar um pouco mais acerca disso, vou dividir minha fala em duas partes. Na primeira, vou me dedicar às razões pelas quais hoje, o direito enfrenta a questão de Empresas e Direitos Humanos, a ponto de alguns já afirmarem, em especial nos Estados Unidos, que essa é uma verdadeira área do direito. A segunda parte será dedicada a dar notícia de que solução ou soluções a comunidade internacional apresenta.

Então, serão duas perguntas básicas: por que falar de empresas e direitos humanos? E quais as propostas para resolver o problema colocado?

É necessário estabelecer a premissa de todo o argumento, que é o conceito dos direitos aos quais vou me referir. Estou aqui falando dos direitos que são internacionalmente reconhecidos, no âmbito civil e político, assim como no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais. O reconhecimento destes direitos, do modo como os concebemos hoje, se deu pós Segunda-Guerra Mundial quando a Organização das Nações Unidas se volta às grandes violações cometidas durante a guerra e procura estabelecer padrões de conduta para os Estados, na busca de evitar que aqueles horrores voltassem a ocorrer.

Mas percebam que quando falamos em direitos civis e políticos, como, por exemplo, a liberdade de expressão, e pensamos nas possíveis violações a esse

---

1 Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Pós-Doutora na American University, Washington-DC; Visiting Scholar no Max Planck Institute, Heidelberg, Alemanha; Doutora pela UFSC; Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da PUCPR; Vice-Diretora do braço latino-americano da Global Business and Human Rights Scholars Association.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

direito, imediatamente nos vem à mente a figura do Estado. O Estado é o potencial violador, por excelência, deste direito humano. E essa foi a percepção vigente por um longo período, em especial no âmbito do direito internacional, que sempre teve como seu primordial ator, justamente, o Estado. A estrutura jurídica internacional forjada pós Segunda-Guerra partiu da premissa de que era o Estado o ator capaz de cometer violações de direitos humanos. O Estado, até hoje, é o ator primordial em direito internacional.

O passar do tempo começa a nos indicar a resposta para a primeira pergunta. É da observação de algumas ocorrências que os olhos se voltam para um novo ator.

Começa a ficar evidente que há outros agentes bastante poderosos no jogo político e econômico, as empresas, em especial aquelas que passam a ter atividades transnacionais, as grandes corporações. Não é novidade que há corporações enormes, atuando em vários territórios, que detém poder econômico maior do que muitos desses países. Hoje, mais de 60% das cem maiores economias do mundo, são representadas por companhias, a maioria do setor petrolífero e bancário, mas também Wall-mart, Apple, Samsung.

Elas detém poder suficiente para pressionar a aprovação de leis trabalhistas, leis tributárias, influenciar o grau de fiscalização a que estão submetidas ou a concessão de licenças ambientais. Mas, para além destas influências, elas se envolvem em casos concretos de violações de direitos humanos. A literatura, hoje, é repleta deles. Vou mencionar cinco exemplos.

Em 1984, em Bhopal, na Índia, ocorreu um vazamento de gás industrial na fábrica de pesticidas Union Carbide India Limited (UCIL). Isso se deu por força de uma reação causada pela entrada de água em um dos tanques quando estava passando por um processo de limpeza. Em decorrência disso, mais de três mil pessoas morreram e milhares sofreram algum dano. A Union Carbide Corporation UCC, matriz Americana e a subsidiária Indiana culpam o governo indiano pela ocorrência pela ineficácia em fiscalizar o cumprimento de leis de segurança e de autorizações para instalação e funcionamento da indústria.

A justiça tinha em suas mãos a dificuldade de decidir em desfavor somente da subsidiária em um processo onde se demonstrava que a matriz participava gestão. O caso acabou sendo encerrado em 1989 em um acordo no valor de US\$470 milhões. O acordo foi entabulado na Suprema Corte, sem consulta às vítimas, concedendo imunidade civil e criminal à matriz

americana. Os sobreviventes ainda aguardam a compensação devida, a assistência médica e o retorno ao *status quo* econômico e social anterior à tragédia. O local ainda contém resquícios do produto químico, eis que não passou por nenhum processo de limpeza o que ainda gera danos na seara ambiental que sequer é possível contabilizar. Por fim, até hoje, ninguém foi responsabilizado pelo ocorrido.

O outro caso vem da África, onde, desde a década de 50 do século passado a Shell Petroleum Development Company tem operações de extração de petróleo de terras de uma comunidade chamada Ogoni. São décadas de sofrimento pela depredação ambiental e por violações de direitos humanos. A empresase utilizou das forças militares do país para a proteção de seu patrimônio e estas, por sua vez, utilizavam-se da força, de tortura, de detenções arbitrárias, de assassinatos, para alcançar seus objetivos. Em 1990 a comunidade criou o Movimento para Sobrevivência do Povo Ogoni.

Três anos após, a empresa solicita apoio military para construir um gasoduto que passaria pela região do povo Ogoni. Sob ordens e remuneração da Shell, um dos membros da comunidade – enquanto chorava pela passagem de tratores sobre sua plantação - foi atingido por um tiro que lhe custou um braço. Outro membro da comunidade acabou assassinado pelos militares que sistematicamente prendiam e torturavam membros do povo Ogoni. Em 1994, Ken Saro-Wiwa, um dos fundadores do Movimento, foi impedido de participar de uma manifestação na qual quatro outros líderes foram assassinados. Mesmo estando ausente do local ele foi julgado sem direito à assistência jurídica ou à recurso e condenado pelas mortes, junto com outros oito líderes. Em 1995 a pena de morte atribuída aos nove membros foi executada.

As investigações demonstraram que a empresa monitorava Saro-Wiwa; que seus representantes fizeram reuniões com os militares para discutir o tribunal; que seus representantes informaram a matriz americana que Saro-Wiwa seria condenado; que a empresa participou de campanhas disseminando notícias falsas sobre o Movimento, imputando-lhes atos como sequestros; que o advogado da empresa participou do julgamento, o que na Nigéria, só era permitido para os procuradores das partes. O caso foi encerrado na jurisdição americana, em 2009, por meio de um acordo no montante de US\$ 15 milhões.

No Myanmar, o caso que eu gostaria de mencionar envolveu uma empresa de exploração de petróleo sediada na Califórnia, Estados Unidos, então denominada Unocal. Seus negócios se estenderam por inúmeros países em mais de

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

cem anos de atividades e por várias vezes fizeram o uso serviços de militares para fazer a segurança de suas obras e das instalações após sua conclusão. Tais militares foram denunciados por forçarem os membros das comunidades locais ao trabalho para limpar a área para a instalação de plantas e gasodutos, utilizando de táticas como estupros, tortura e assassinatos. Em 1996, em uma ação movida nos EUA, restou decidido que uma corporação poderia ser responsabilizada por cumplicidade em graves violações de direitos humanos, ainda que ocorridas fora de solo Americano. Com a condenação na Corte estadual a empresa resolveu encerrar a ação por meio de um acordo, em 2005, no valor de US\$ 60 milhões.

Há ainda um outro caso bastante famoso, o do Plaza Rana, um edifício com oito andares em Bangladesh onde várias fábricas têxteis produziam para várias marcas mundialmente conhecidas. Tratavam-se de empresas que faziam parte da cadeia de produção de multinacionais que, invariavelmente, não tinham sede em Bangladesh.

Em 2013, empregadores foram forçados a entrar no edifício para trabalhar, apesar dos claros sinais que a construção dava de que estava prestes a ruir. Mais tarde, no mesmo dia, o edifício ruiu matando mais de 1.100 trabalhadores e deixando centenas de outros com diferentes incapacidades. As investigações demonstraram que as instalações não cumpriam com as exigências mínimas legais. A reparação das famílias e pessoas, no entanto, era impossível, eis que eram pequenas empresas sem condições para tanto.

Por fim, gostaria de mencionar o caso ocorrido na China, em 2004, quando o jornalista Shi Tao foi preso após enviar ao exterior, para publicação, texto sobre memorando governo intitulado “Informativo sobre o Atual Trabalho de Estabilização” referindo-se ao aniversário dos protestos de Tiananmen.

O texto alertava os profissionais da mídia a não manifestar quaisquer opiniões sobre as políticas do governo e a reportar contatos suspeitos entre ativistas pela democracia e jornalistas. Shi Tao foi condenado a dez anos de prisão e após, dois anos de privação de seus direitos políticos. Porque este caso também se encaixa no que estou procurando demonstrar aqui? Ocorre que as autoridades chinesas só puderam encontrar o jornalista com o auxílio do Yahoo que, ao entregar seu IP, possibilitou que ele fosse encontrado.

A partir destas ocorrências a comunidade internacional passou a se indagar acerca do dever de resposta das grandes corporações a tais impactos negativos que estavam causando. Elas se beneficiam por meio do outsourcing em

país que não apresenta condições de garantir a segurança física e psicológica de seus cidadãos, com legislações trabalhista e ambiental bastante frágil. A força destas corporações para geração de emprego e melhora das condições de vida dos cidadãos é inegável e as possibilidades das frágeis estruturas estatais implementarem legislações que garantam segurança de trabalho e remuneração adequada são pequenas. Assim, desenvolve-se a ideia de que as grandes corporações deveriam ser responsáveis pelo respeito aos direitos humanos também em sua cadeia de produção.

Os casos mencionados refletem o envolvimento, direto ou não, de entes privados em violações de direitos humanos. Quando eles ocorrem a busca por reparação é feita no ordenamento jurídico do local onde a violação ocorreu, mas nem sempre isso é possível: as corporações podem atuar em um país com instituições fracas; podem atuar em conluio com governos autoritários; podem atuar por meio de subsidiárias sem ativos para arcar com as consequências de sua atividade... tudo isso faz com que as chances de responsabilização das corporações pelas violações de direitos humanos acabem diminuindo.

Garantir que grandes empresas, que atuam em diferentes países, respeitem os direitos humanos tem sido um desafio. Muitos países, que recebem os investimentos, não têm incentivos para endurecer as condições quando barganham com essas empresas. Os Estados de origem também encontram limites na regulação extraterritorial, além de interesses contrapostos de promover suas empresas. A proteção internacional acaba limitada à vontade dos Estados de agir nos limites de seus territórios, deixando muitos indivíduos sem alternativas na ausência de comprometimento estatal.

Desde a década de 70 do século passado a ONU já se preocupava com o tema e discutia a elaboração de um código de conduta para multinacionais, que acaba não sendo aprovado. Em 2000, muito pelo incentivo do então Secretário-Geral da ONU, é lançado o Pacto Global, uma iniciativa de empresas para conscientização de seu papel relevante para a construção de uma sociedade com menos injustiças, com o objetivo de mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção, em suas práticas de negócios, de valores fundamentais e internacionalmente aceitos a partir do reconhecimento de seu papel na redução da ocorrência de condutas que envolvessem corrupção, de seu papel na preservação do meio ambiente, da relevância em respeitar as leis trabalhistas e os direitos humanos.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

O pacto se fundamenta em dez princípios. Os dois primeiros princípios tratam do dever das empresas de apoiar e respeitar a proteção dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente e da obrigação que as empresas possuem em certificar-se de que não são cúmplices em violações de direitos humanos. Trata-se de uma iniciativa voluntária que não prevê consequências para as empresas que a desrespeitem. O modelo adotado, pela sua própria natureza, não permite a fiscalização sobre a adoção efetiva dos princípios nas práticas das empresas. Cabe às próprias empresas a avaliação sobre os resultados da iniciativa. Mas a ação mais contundente para promover o tema vem da aprovação dos Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos, pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2011. Assim são a elaboração do Pacto Global e os chamados Princípios Ruggie.

Tudo começa em 2005, quando o então secretário-geral da ONU Kofi Annan, nomeia John Ruggie como Representante Especial sobre Empresas e Direitos Humanos com o mandato de elaborar um texto que serviria de estrutura para o enfrentamento do problema. Em 2008, Ruggie entrega a estrutura chamada “Protect, Respect and Remedy”, seu mandato acaba sendo prorrogado por mais três anos, para que ele possa desenvolver a estrutura apresentada, e após inúmeras consultas com empresas, entidades da sociedade civil organizada e Estados, ele apresenta os mencionados Princípios. O texto está dividido em três pilares.

O primeiro pilar trata da obrigação do Estado de proteger contra violações aos direitos humanos cometidos por terceiros, incluindo empresas, por meio de políticas adequadas, regulamentação e adjudicação. O terceiro pilar trata do acesso a mecanismos de reparação, judiciais ou extrajudiciais. O segundo pilar trata da responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos. São quatorze princípios que esclarecem como o respeito aos direitos humanos pode ser observado pelas empresas. Cuida-se de enunciar que os princípios se voltam à proteção dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos e que todas as atividades das empresas estão abarcadas.

Nesse sentido, trata-se de não violar direitos humanos nas relações com funcionários, clientes, colaboradores e fornecedores. Esclarece-se ainda, que não há qualquer restrição para se exigir a adoção dos princípios, como tamanho, setor, contexto operacional, proprietário ou estrutura da empresa. Todas devem agir de acordo com o que estabelecem os princípios. Esses critérios, no entanto, aliados à gravidade dos impactos negativos das atividades da empre-

sa sobre os direitos humanos, podem ser utilizados para avaliar a grandeza e complexidade dos instrumentos utilizados pelas empresas para cumprir com seu dever de respeito aos direitos humanos. Para se desvencilhar de sua obrigação de respeito, as empresas devem ter um compromisso político, mediante uma declaração aprovada por suas altas instâncias de direção, e à qual se dê ampla publicidade, com claros padrões de postura para seu pessoal, sócios e outros que se relacionem com suas operações. Além disso, devem realizar auditorias que avaliem o impacto real e potencial de suas atividades sobre direitos humanos, assim como devem acompanhar as respostas e devem comunicar como as consequências negativas de sua atividade serão enfrentadas.

Tudo isso com auxílio de especialistas em direitos humanos e com a oitiva de grupos potencialmente afetados e partes interessadas. As empresas devem, ainda, cuidar da prevenção para que os direitos humanos não sejam violados. Para isso, devem monitorar a aplicação de sua política de direitos humanos, com base em indicadores qualitativos e quantitativos adequados e integrados às fontes internas e externas de informações. Se as medidas de prevenção não forem suficientes, no caso de violações, as empresas devem estar preparadas para dar publicidade ao quanto fazem e fizeram em relação ao dano, assim como para reparar os danos.

Qual o panorama hoje?

A ONU mantém dois grupos de trabalho sobre o tema. Um deles tem mandato para a elaboração de um documento que possa ser aprovado como tratado, ou seja, um documento que, ao contrário dos Princípios Orientadores, seja vinculante. Este grupo de trabalho já entregou o draft zero do tratado que hoje está sujeito à contribuições e discussões. Há outro grupo que se dedica à implementação dos Princípios Orientadores nos diferentes Estados. Assim, este grupo de trabalho produz documentos para esclarecer como os Princípios devem ser internalizados em cada país, explicando o que é e como deve ser elaborado um Plano de Ação Nacional que contemple os princípios, fomentando a utilização da devida diligência em direitos humanos por empresas, visitando países e preparando relatórios que joguem luzes no que já foi alcançado e as áreas que ainda precisam de atenção do Estado para se desenvolverem.

A evolução destes trabalhos tem produzido Planos de Ação Nacionais em diferentes países. O Brasil ainda não produziu o seu, no entanto, em novembro de 2018, foi editado o Decreto 9578, veiculando as Diretrizes Nacionais para Empresas e Direitos Humanos. Estas Diretrizes, em verdade, expressam

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

muito do que estão nos Princípios, a ponto de sua estrutura ser a mesma da criada por John Ruggie. Todavia, trata-se, ainda, de medida voluntária. Como todo o ato voluntário, é preciso que o poder decisório esteja nas mãos de alguém que verdadeiramente se preocupe com o tema. A efetividade do Decreto e a potencialidade de empresas, no Brasil, adotarem condutas adequadas a ele, é algo que precisa de maior distanciamento no tempo para ser medido.

# A capacidade jurídica pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a insuficiência dos critérios do *status*, do resultado da conduta e da funcionalidade

Joyceane Bezerra de Menezes<sup>1</sup>

## Introdução

Muitos civilistas já denunciaram a insuficiência do regime das incapacidades tal qual previsto nos Códigos, haja vista a sua inadequação para o trato de questões existenciais. Argumentam que a titularidade dos direitos personalíssimos não pode se separar ou cindir-se<sup>2</sup> da capacidade de exercício, inclusive, em virtude de sua intransmissibilidade e inerência à determinada pessoa.<sup>3</sup> Como esperar que alguém exerça por outrem a liberdade de crença ou a liberdade de pensamento? Admitir-se uma tal possibilidade seria mesmo esvaziar o próprio direito. É por essa razão que entre os próprios civilistas se

---

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora titular da Universidade de Fortaleza. Programa de Pós-Graduação *Strictu Senso* em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza, na Disciplina de Direitos de Personalidade. Professora adjunto da Universidade Federal do Ceará. Coordenadora do Grupo de Pesquisa CNPQ: *Direito Constitucional nas Relações Privadas*. Fortaleza, Ceará, Brasil. E-mail: joyceane@unifor.br.

2 MACHADO, Diego CARVALHO. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Parma: Rio de Janeiro. No. 37, Jan/mar, 2009, p.25 e segs.

3 Na locução de Antônio Menezes Cordeiro, há uma inerência dos direitos de personalidade à pessoa do titular e ao objeto tutelado. Assim, “nos direitos de personalidade uma primeira vertente de inerência é constituída pela intransmissibilidade da sua posição ativa. O direito de personalidade nasce na esfera de um titular e ficará aí até a sua extinção.(...) O direito de personalidade está, ainda, indissociavelmente ligado ao seu objeto. Ele reporta-se a um bem de personalidade, atingindo-o onde quer que ele se encontre. Na hipótese de uma circulação indevida de escritos ou de imagens que se devam considerar tutelados pelo regime da personalidade, o titular poderá agir onde quer que eles se encontrem.” (2011, p.108-109).

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

sustentou a assertiva de que os direitos de personalidade somente podem ser exercidos pelo próprio titular.<sup>4</sup>

Para além da discussão sobre as características dos direitos personalíssimos, a filosofia dos direitos humanos propõe o realinhamento de conceitos como dignidade, autonomia e capacidade para favorecer a tutela das pessoas. Até para mitigar ou eliminar as dificuldades que as pessoas com deficiência encontram para desfrutar os seus direitos, foi necessária a implementação de uma política global de não discriminação (ROIG, 2007).

A primeira fase da teoria dos direitos humanos, porém, fundamentava-se na ideia de dignidade humana associada a um protótipo de homem ideal, caracterizado por um padrão estético e ético específico a que chamávamos de *normalidade*. Dotado da capacidade de raciocinar, de sentir e de se comunicar tinha a participação franqueada no discurso moral (ROIG, 2012, p.44, 45). Esse homem abstrato e ideal, exemplo de normalidade, era o sujeito que gozava da “verdadeira” capacidade moral e da genuína liberdade de eleição, que não era reconhecida às pessoas com deficiência intelectual/psíquica. Ao *pé da letra*, essas últimas sequer poderiam se dizer titulares de “dignidade” – haja vista a carência daquelas capacidades acima mencionadas.

Na contemporaneidade, o sujeito moral dotado de dignidade é todo ser humano a quem se reconhece a liberdade de eleição e, conseqüentemente, a possibilidade de realizar seu plano de vida (PECES-BARBA, 2003). Observe-se, contudo, que essa liberdade de eleição, a partir de sua dimensão formal, não se restringe à aptidão para realizar escolhas concretas, apresenta-se como um atributo inerente a todo ser humano igualmente (PIECES-BARBA, 2003) e constitui a sua própria integridade moral, sem a qual ele se verá transformado em mero objeto (nem que seja, de proteção). Sob essas razões é que se reconhece a liberdade de eleição e a autonomia (o uso dessa liberdade) à pessoa com deficiência, creditando-lhe, de igual modo, a capacidade jurídica (de exercício, sobretudo) que é a porta de acesso ao exercício dos direitos e obrigações, em igualdade com todas as demais pessoas.

Seguindo esse paradigma inclusivo, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência - CDPD estabeleceu o art.12 que, por sua vez, é o funda-

---

4 Conforme Díez-Picazo, “Como es lógico, la titularidad del derecho corresponde a la persona y, en principio, solo seguramente, a ella. Es además, en línea de principio, un derecho de carácter personalísimo que solo el titular puede ejercer.” (2003, p.346).

mento primordial das mudanças havidas com a Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD (Lei no.13.146/2015).<sup>5</sup> Pôs abaixo todos os critérios que direta ou indiretamente foram usados, ao longo da história, para modular a capacidade jurídica a partir da deficiência. Dentre esses critérios, listam-se: a abordagem do *status* (*status approach*), a abordagem do resultado (*outcome approach*) e a abordagem funcional (*functional approach*).

No atual estado da arte, entende-se que sem a capacidade jurídica plena a pessoa perde a chance de desenvolver e exercer as suas potencialidades e, com ela, o acesso aos direitos humanos, sobretudo, a liberdade de eleição e o direito de realizar seu próprio plano de vida. Perde igualmente, o direito de administrar sua fortuna e os seus bens, sua herança, o direito ao crédito, que também está garantido pela CDPD, na medida em que a capacidade jurídica ali assinalada não se limita aos negócios existenciais e também se aplica à seara patrimonial (arts.12, item 5).

Na medida em que o exercício dessa capacidade jurídica conglobante (ARAUJO; RUZYK, 2017) se tornar uma tarefa difícil, a pessoa poderá ser beneficiada pelo chamado sistema de apoio.<sup>6</sup> Por meio deste, a autonomia se desenvolve no contexto da interdependência e o apoiador acompanha a pessoa muito antes da formação do negócio jurídico, mas na concepção, amadurecimento e exteriorização de sua vontade.

Pretende-se, com este texto, identificar o fundamento e os contornos da capacidade jurídica na CDPD bem como os seus efeitos no regime jurídico das incapacidades brasileiro, analisando brevemente como se estabelece o apoio comparativamente aos instrumentos pautados na substituição da vontade.

---

5 A CDPD é o primeiro tratado do sistema universal de direitos humanos do Século XXI e, por meio dos princípios “*in dubio pro capicitas*” e “intervenção mínima”, promove uma reviravolta no regime das incapacidades e no sistema de direito protetivo pautado na substituição de vontades. No Brasil, sua aprovação se deu por meio do Decreto n.186/2008, com quórum qualificado de três quintos, nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, conforme instrui o art.5º. §3º, da Constituição Federal, o que lhe conferiu a hierarquia de norma constitucional. Para evitar eventuais conflitos interpretativos quanto ao rito para ratificação dos tratados e, conseqüentemente, prejuízos à pessoa com deficiência, o Presidente da República ratificou e promulgou a Convenção por meio do Decreto Presidencial nº. 6.949/2009.

6 No Brasil, temos a tomada de decisão apoiada, instituída pela Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência que acrescentou o art.1.783-A ao Código Civil e a nova curatela cuja disciplina também se acha nesta Lei e no novo CPC.

Seguindo a metodologia do direito civil constitucional, parte da premissa de que o ordenamento jurídico é unitário, o que implica a aplicação das normas infraconstitucionais em absoluta adequação às normas constitucionais, o que inclui, no âmbito da matéria em exame, a CDPD. A pessoa com deficiência psíquica e intelectual é, para os efeitos desta análise, o sujeito de carne a que se refere Rodotà (2011), qualificado por uma identidade única e sujeito às circunstâncias de vida específicas. O reconhecimento de sua capacidade jurídica é uma forma de inclusão na arena da vida jurídica, social e política, ao tempo em que possibilita a realização e a garantia de direitos humanos, fundamentais e civis, sem os quais estariam prejudicados a sua dignidade e o desenvolvimento de sua personalidade.

O texto se subdivide em três tópicos. No primeiro, aponta-se a insuficiência da capacidade jurídica prevista no direito civil tradicional como uma estrutura binária que se subdivide em capacidade de gozo e capacidade de exercício, especialmente em face dos “direitos humanos”. O segundo tópico, trata do realinhamento dos conceitos dignidade, autonomia e capacidade proposto pela filosofia dos direitos humanos albergados pela CDPD. O terceiro faz uma análise perfunctória sobre o modelo de apoio e sobre a possibilidade de sua coexistência com o sistema de substituição de vontade.

## **1 Capacidade legal ou capacidade jurídica como expressão da dignidade**

Por meio da CDPD, as pessoas com deficiência, inclusive, aquelas que possuem limitações intelectuais e/ou psíquicas, passaram a gozar de igual *capacidade legal* e do respeito à sua personalidade (art.12). A partir dessa premissa, o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão (Lei no.13.146/2015) reafirmou, de modo expresse, a revogação do regime das incapacidades, retirando qualquer referência à deficiência dos arts.3º. e 4º. do Código Civil. De plano, rompeu com aqueles critérios que utilizam a deficiência para modular a capacidade.

Com isso, assistiu-se à inclusão paradigmática (ainda que no aspecto formal) de todas as pessoas que antes estavam privadas de uma maior e efetiva participação social, jurídica e política porque não podiam exercer, por si, a titularidade de muitas situações subjetivas.<sup>7</sup> Viviam sob a direção do repre-

---

7 A CDPD teve o condão de eliminar a aplicação da capacidade jurídica como barreira impeditiva do acesso aos direitos fundamentais. Sem a capacidade jurídica, muitos dos direitos fundamentais

sentante legal que manifestava a sua própria vontade para onerá-las na esferas patrimonial e existencial.

Essa mudança suscitou uma série de questionamentos que revelam: uma descrença na eficiência do sistema de apoio; a ideia de que as pessoas com deficiência psíquica e intelectual podem ser categorizadas como um só bloco homogêneo; e, que o exercício da autonomia somente pode se fazer pelo autogoverno, expressando decisões absolutamente autônomas e isentas de qualquer tipo de interferência alheia.

Partindo dessas premissas, muitos compreenderam que a *capacidade legal* mencionada pela CDPD estaria circunscrita à capacidade de gozo. Essa inquietação já estava presente nas discussões realizadas pelas delegações que compuseram o texto da Convenção pois, durante as sessões que discutiam a sua aprovação, houve uma proposta (vencida) de incluir, em nota de rodapé, a observação de que aquela capacidade significava a mera capacidade de gozo.

Mas a intenção da CDPD era muito maior. Visava instituir uma política global de inclusão e igualdade. Nessa esteira, a capacidade legal mencionada no art. 12 tratava-se mesmo da chamada capacidade jurídica plena que reúne

---

se esvaziam, notadamente aqueles cuja titularidade não se separa da capacidade de exercício, a exemplo da crença, da liberdade de expressão, do direito ao corpo etc. Como explica Ferrajoli “Personalidad, ciudadanía y capacidad de obrar, en cuanto condiciones de la igual titularidad de todos los (diversos tipos) de derechos fundamentales, son consecuentemente los parámetros tanto de la igualdad con de la desigualdad en *droits fondamentaux*. Prueba de ello es el hecho de que sus presupuestos pueden – y ha sido históricamente – más o menos extensos: restringidísimos en el pasado, cuando por sexo, nacimiento, censo, instrucción o nacionalidad se excluía de ellos a la mayor parte de las personas físicas, se han ido ampliando progresivamente aunque sin llegar a alcanzar todavía, ni siquiera en la actualidad, al menos por lo que se refiere a la ciudadanía y a la capacidad de obrar, una extensión universal que comprenda a todos los seres humanos. La ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de status que aún delimitan la igualdad de las personas humanas. (FERRAJOLI, 2001, p.22). Tradução livre: “A personalidade, a cidadania e a capacidade de agir, enquanto condições comuns à igual titularidade de todos (diversos tipos) de direitos fundamentais, também são parâmetros de igualdade e de desigualdade nessa matéria. Prova disso é o fato de que seus pressupostos podem - e tem sido historicamente - mais ou menos extensos: restringidíssimos no passado, quando por sexo, nascimento, censo, educação ou nacionalidade, se excluía a maioria das pessoas físicas, tem se expandido progressivamente, embora ainda não tenham atingido, mesmo no presente, pelo menos no que se refere à cidadania e à capacidade de agir, uma extensão universal que inclua todos os seres humanos. A cidadania e a capacidade de agir permaneceram hoje como as únicas diferenças de status que ainda definem a igualdade das pessoas humanas”.

o “gozo” e o “exercício”.<sup>8</sup> A Convenção optou por adotar a compreensão de que a capacidade jurídica e os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia estão umbilicalmente correlacionados.<sup>9</sup> Como explica Roig,<sup>10</sup> “o que se entende por capacidade no âmbito ético e jurídico são consequências da própria ideia de dignidade humana, tal e como tem sido construída desde sua origem (na modernidade) até nossos dias e que se apresenta como argumento justificador dos direitos”.

Ao tempo em que é assegurada à pessoa o respeito à sua personalidade, dignidade também se lhe reconhece a autonomia e capacidade jurídica em igualdade com as demais. Ainda que prevendo um sistema de apoio que ampara o sujeito no exercício desta capacidade, conforme se verá adiante.

Essa compreensão confronta a orientação tradicional da teoria dos direitos humanos assentada sobre o protótipo do homem ideal caracterizado como o indivíduo capaz de raciocinar, de sentir e de se comunicar, consequentemente, apto a participar do discurso moral por si só e a construir as normas da moralidade social. Naquela perspectiva, excluía-se do discurso aquele que não dispunha da “racionalidade exigida” a exemplo das crianças,<sup>11</sup> das mulheres

---

8 El concepto de “capacidad jurídica” es un concepto más amplio, que, lógicamente presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también presupone la capacidad de ejercer dichos derechos, o asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico). Por ello, la capacidad jurídica incluye la “capacidad de obrar”, entendida como la capacidad y la facultad de una persona en virtud del derecho de asumir compromisos o transacciones particulares, mantener un estatus determinado, o una relación con otro, o, en un sentido más general, de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas (BARIFFI, 2014, p.303)

9 Sobre a reengenharia na Capacidade Jurídica, ver MENEZES e TEIXEIRA (2016).

10 “Los referentes que determinan lo que se entiende por capacidad en el ámbito ético y en el jurídico son consecuencia de la propia idea de dignidad humana, tal y como ha sido construida desde su origen (en la modernidad) hasta nuestros días y que se presenta como argumento justificatorio de los derechos”. ROIG, Rafael Asís. Sobre la capacidad. In Papeles el tiempo de los derechos. Disponível em: < <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7828/wp32.pdf?sequence=1>>. Acesso: 12/03/2018.

Ver também In PALACIOS, Agustina e BARIFFI, Francisco. Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Editorial Ediar: Espanha, 2012, p.1-2.

11 Sobre o reconhecimento da vontade jurígena da criança e do adolescente, importa a leitura dos seguintes autores: STANZIONE, Pasquale e SCIANCALEPORE, Giovanni. *Minori e diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 2006. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: Uma reflexão sobre o caso Ashely. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 180 out./dez. 2008, p.293-304. TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Prof. Álvaro Villaça*

e das pessoas com deficiência intelectual e psíquica. Tais pessoas não podiam sequer decidir sobre o seu destino existencial, comportando-se como meros objetos da decisão dos sujeitos capazes (ROIG, 2012, p.44).<sup>12</sup>

Alguns civilistas<sup>13</sup> já mostraram a preocupação com essa forma de condicionar a participação das pessoas na rede de relações jurídicas experimentadas em sociedade. Perlingieri questionou o sistema das incapacidades pautado em critérios genéricos e abstratos (2007). É imprescindível observar que a incapacidade ou a capacidade para decidir podem, antes de tudo, ser fruto de uma circunstância temporal ou social (ROIG, 2012, p.48) e não necessariamente de características pessoais estáticas. A criança<sup>14</sup> que em uma deter-

---

Azevedo. SIMÃO, José Fernando et al. Organizadores. São Paulo: Atlas, 2010. MEIRELES, Rose Melo Venceu, et al. O cuidado com o menor de idade na observância da sua vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. O cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.335-354. MENEZES, Joyceane Bezerra e BODIN DE MORAES, Maria Celina. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. *Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*. Vol. 20, n. 2. Maio-Agosto, 2015, p.501-532. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7881/4466>. Acesso: 31/07/2015

- 12 “En todo caso, y en lo que aquí interesa, estas personas que no superan ese estándar de racionalidad, como señalaba antes no son sujetos sino objeto, quedando así su horizonte moral pendiente de la decisión de los capaces. Y esto ha provocado que el tratamiento de estas personas sea una cuestión de solidaridad y no necesariamente una cuestión de derechos. Sólo recientemente es posible hablar de un cambio que se percibe claramente en campo del tratamiento del menor y comienza a percibirse, de forma mucho más tímida, en la personas con discapacidad, consistente en adoptar un enfoque de derechos. Ciertamente a ello han contribuido una enorme literature sobre ambas cuestiones y la aprobación de la Convención de Derechos del Niños y de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, como señalaba antes, el cambio en relación con las personas con discapacidad es todavía muy tímido y se enfrenta tanto a la manera en la que sociedad percibe estas situaciones cuando a la manera en la que el Derecho las aborda”. (ROIG, Rafael Aís. Sobre capacidad y derechos. In PALACIOS, Agustina e BARIFFI, Francisco. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*. Editorial Ediar: Espanha, 2012, p.1-2..
- 13 PERLINGIERI (2002, p.163); LOBO (2010, p.121); TEPEDINO e DONATO (2016, p.237) destacaram a inviabilidade de se apartarem titularidade e capacidade de exercício relativamente aos direitos existenciais.
- 14 Sobre a posição da criança também se tem uma ampliação do respeito à sua autonomia. Com Roig, “Aunque no se podría afirmar que la CDN reconoce el derecho pleno al ejercicio de la capacidad jurídica del niño, lo cierto es que incorpora algunas disposiciones y principios que tienen como objetivo justamente cuestionar los modelos paternalistas y tutelares donde los niños sólo pueden ejercer sus derechos y tomar decisiones jurídicamente vinculantes por intermedio de sus padres o representantes legales” (ROIG, 2012, p.45). Tradução livre: “Ainda que não se possa afirmar que a CDN reconhece o pleno exercício da capacidade jurídica à criança, o certo é que incorpora algumas disposições e princípios que tem como objetivo justamente questionar os modelos paternalistas e tutelares onde as crianças só podem exercer seus direitos e tomar decisões jurídicamente vinculantes por intermédio de seus pais ou representantes legais”.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

minada fase da vida é carente de autodeterminação, alcançará uma gradual autonomia ao longo de sua vivência, consolidando sua plena autonomia na vida adulta. Nesse caso, a capacidade natural de agir é gradual e relativa. Se considerarmos as circunstâncias sociais, eventual limitação física ou psíquica poderá ser agravada pelas barreiras do meio e, com isso, se converter em deficiência (até mesmo severa) com gravíssimo impedimento pessoal. Exemplifica-se o impedimento legal ao casamento que vigia anteriormente ao Estatuto como barreira à construção de plano afetivo familiar. Fora os impedimentos jurídicos, não custa lembrar que, sem o apoio e o investimento familiar e social, ninguém, tampouco o sujeito que sofre uma limitação intelectual logrará efetivo êxito em seu projeto emancipatório. Todos precisamos de apoio e a pessoa com limitações funcionais na área física, intelectual e psíquica pode precisar de um suporte ainda maior.

Um maior talento pessoal para raciocinar, sentir e se comunicar não representará uma maior dignidade. Rompe-se, na contemporaneidade, a ideia de que a dignidade da pessoa humana está associada àquele protótipo de ser humano ideal, pautado no ideal abstrato de perfeição estético e ético (PECES-BARBA, 2003). Até porque, repita-se, o maior talento, na maioria das vezes, é o resultado de um maior investimento em estímulos e oportunidades que historicamente foram negadas à pessoa com deficiência, até recentemente desconsiderada em sua autonomia moral (ROIG, 2012, p.53).

Nos dias atuais, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana opera o princípio da igualdade e da não discriminação por meio do qual se considera discriminatório o tratamento diferente que se baseia em critérios não relevantes e o tratamento igualitário que desconsidera circunstâncias relevantes (ROIG, 2012, p.51).<sup>15</sup> A limitação psíquica e/ou intelectual não são suficientes para negar a autonomia tampouco a capacidade – ambas consideradas corolários da dignidade.<sup>16</sup>

---

15 Transcrição no original: “Se considera así como discriminatorio tanto el trato diferente basado en circunstancias no relevantes, cuanto el trato no diferente desconocedor de circunstancias relevantes. Las circunstancias que se tienen en cuenta en este campo se corresponden bien con rasgos de las personas (lo que puede ser entendido como enfoque de la identidad) bien con situaciones en las que se encuentran las personas (lo que puede ser entendido como enfoque de la situación)”. (ROIG, 2012, p.51)

16 Transcrevendo o trecho do Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU sobre o art.12, ONU. CRPD/C/11/4. Item 8. El artículo 12 de la Convención afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica. La capacidad jurídica les ha sido negada de

Tal limitação não é uma doença ou uma anomalia, consubstancia um fator de diversidade (PALACIUS e ROMANACH, s/d) que não pode ser usado como critério discriminatório para negar direito ou o acesso à participação social, pela mitigação da capacidade jurídica.

Enquanto a enfermidade está relacionada à uma alteração mais ou menos grave à saúde; a deficiência pode se expressar em termos de diversidade funcional, associada ou não a uma enfermidade. Alguém que contrai uma pneumonia, por exemplo, pode sofrer redução nas funções respiratórias e, inclusive, laborais; quem desenvolve *Alzheimer*, sofrerá disfunção cognitiva grave; as vítimas de poliomielite podem sofrer impacto nas pernas ou braços e, conseqüentemente, limitações em sua mobilidade. Mas nem toda diversidade funcional deriva de uma doença. Pessoas que sofreram uma paralisia cerebral no momento do parto, foram diagnosticadas com um transtorno psíquico ou com uma síndrome que implica em deficiência intelectual podem apresentar uma diferença na sua expressão funcional sem que isto esteja correlacionado a uma enfermidade.

Ademais, a despeito de um mesmo diagnóstico, as pessoas respondem aos desafios da vida de modo diferenciado, apresentando capacidades funcionais distintas, com uma maior ou menor independência. Disso resulta que a limitação funcional não deve ser apreciada de modo isolado com foco apenas na pessoa, sem uma referência ao meio externo,<sup>17</sup> pois o background do meio

---

forma discriminatoria a muchos grupos a lo largo de la historia, como las mujeres (sobre todo al contraer matrimonio) y las minorías étnicas. Sin embargo, las personas con discapacidad siguen siendo el grupo al que más comúnmente se le niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. **El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe defenderse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.** Adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales en lo que respecta a la salud, la educación y el trabajo. (En muchos casos, la negación de capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha conducido a privarlas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.) (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11º período de sesiones. 30 de marzo a 11 de abril de 2014. Tema 10 del programa provisional. Observaciones generales y días de debate general). *Grifo intencional.*

17 Art.1o., “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras,

pode ampliar aquela funcionalidade ou agravá-la.<sup>18</sup> A pessoa que perdeu a perna e passou a usar prótese de titânio poderá alcançar um desempenho ainda superior ao que tinha antes.<sup>19</sup> A criança com déficit cognitivo por limitação intelectual ou psíquica pode, com o devido apoio e os estímulos necessários, alcançar patamares consideráveis de autonomia para uma vida independente.

A inclusão proposta pela CDPD implica a reabilitação da sociedade para acolher a pessoa com deficiência na tentativa de otimizar a sua funcionalidade pela redução das barreiras, pelas adaptações razoáveis, pela tecnologia assistiva etc. Impõe a utilização do meio como fator de integração funcional.

Esse ajuste amplia a responsividade do sujeito como assinala Amundson (GAUDENZI; ORTEGA, 2016, p.3067). A capacidade do sujeito em responder aos desafios externos é mensurada não apenas pela sua força e determinação intrínsecos, mas também pela modificação do meio externo. Na sugestão de Canguilhem, “cabe a nós acolhermos ou não o diferente, criando condições de estímulo às respostas normativas dos sujeitos individuais” (2012, p.124).

Seguindo essa orientação, o termo “diversidade funcional” propõe a ruptura com aquelas palavras carregadas de sentido discriminatório que ainda são utilizadas para identificar a pessoa como “deficiente”, “incapaz”, “limitado”, “anormal”, “inválido”, “interditado”.<sup>20</sup> Esses termos remetem a pessoa a uma condição inferior às demais, ressaltando a insuficiência de suas características funcionais comparativamente às demais.<sup>21</sup> Toda essa abordagem se

---

podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”

18 “Em muitos casos, a suposta falha no desempenho pode ser reparada pela tecnologia aplicada pelos humanos. É o caso dos óculos, dos aparelhos de surdez, da comunicação de autistas facilitada por computador e das inúmeras próteses. A ação deliberada de adequação do meio para manutenção de uma vida satisfatória permite que o disfuncional em alguns casos se torne perfeitamente funcional.” (GAUDENZI; ORTEGA, 2016, p.3067)..

19 Interessante a reportagem que destaca a evolução das próteses e o aumento do desempenho dos seus usuários. Disponível em: < <http://www.otempo.com.br/hotsites/rio-2016/evolu%C3%A7%C3%A3o-nas-pr%C3%B3teses-leva-%C3%A0-melhora-nas-performances-1.1290035>>. Acesso em: 16/04/2018.

20 Por eso el término «diversidad funcional» se ajusta a una realidad en la que una persona funciona de manera diferente o diversa de la mayoría de la sociedad. Este término considera la diferencia de la persona y la falta de respeto de las mayorías, que en sus procesos constructivos sociales y de entorno, no tienen en cuenta esa diversidad funcional.” (PALACIOS; ROMANACH, S/D, p.107).

21 “Las mujeres y hombres con diversidad funcional tienen que ver con sociedades que, siendo intrínsecamente imperfectas, han establecido un modelo de perfección al que ningún miembro concreto de ellas tiene acceso, y que definen la manera de ser física, sensorial o psicológicamente, y

fundamenta no superado modelo médico que identifica no sujeito, e somente nele, os efeitos da limitação física, psíquica ou intelectual, desconsiderando os agravantes originários do meio externo e/ou a inexistência de instrumentos de ampliação funcional neste mesmo meio.

Para fortalecer a inclusão, além da mitigação das barreiras e do *background* do meio externo, é necessário aplicar o conceito de autonomia na interdependência, oportunizando à pessoa o apoio de que necessitar. Nesse caso a autonomia se faz na interdependência e não exclusivamente por um “autogoverno” isolado, sem qualquer ajuda externa. Implica reconhecer à pessoa com deficiência a sua personalidade e a capacidade de decisão para que possa participar igualmente nas relações jurídicas,<sup>22</sup> exercendo, por si e/ou sob apoio, os direitos e cumprindo também por si, os deveres correspondentes.

A virada copernicana está na superação da deficiência como critério aplicável à modulação da capacidade e na possibilidade da autonomia na interdependência (DANDHA, 2007, p.439).

Infelizmente, porém, a despeito da presunção de capacidade viger como um postulado imemorial, a pessoa com deficiência, sobretudo aquela decorrente de limitações na seara psíquica ou intelectual, sofre uma presunção *juris tantum* de “incapacidade”. Esta foi a razão para a implementação de uma política global de não discriminação, tal como a delineada pela CDPD.<sup>23</sup>

Essa política global, porém, implica uma mudança paradigmática que afeta algumas instituições anacrônicas e defasadas,<sup>24</sup> fundamentadas muito mais

---

las reglas de funcionamiento social. Y que este modelo está relacionado con las ideas de perfección y «normalidad» establecidas por un amplio sector que tiene poder y por el concepto de mayorías meramente cuantitativas.” (PALACIOS; ROMANACH, S/D, p. 106).

22 Para Amita Dandha, “Human rights scholars argue convincingly that article 12 of the CRPD vests persons with disabilities with both of these aspects of legal capacity.6 In other words, the capacity to hold rights automatically entails the capacity to exercise them with appropriate supports acceptable to and chosen by each individual” (2007, p.435, 436). Tradução livre: “Os estudiosos dos direitos humanos argumentam de forma convincente que o artigo 12 da Convenção CRPD pessoas com deficiência com ambos os aspectos da capacidade legal. Em outras palavras, a capacidade possuir direitos implica automaticamente a capacidade de exercê-los com os apoios apropriados aceitável e escolhido por cada indivíduo.”

23 ROIG, Rafael Asís. Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos. Disponível em: < [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9401/derechos\\_asis\\_2007.pdf?sequence=1](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9401/derechos_asis_2007.pdf?sequence=1) >. Acesso em: 26.03.2018.

24 “La persona no es exclusivamente para el Derecho civil el titular de derechos y obligaciones o el sujeto de relaciones jurídicas. Si esta rama del ordenamiento jurídico se caracteriza básicamente por ser la

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

numa tradição legal de tempos pretéritos do que nos critérios e nas concepções de justiça e igualdade que balizam os direitos humanos na contemporaneidade (BARIFFE, 2014, p.264). Priorizam-se os Códigos ou os direitos humanos? Direitos humanos são normas metajurídicas? Certamente que a CDPD tem outra natureza – é norma constitucional de eficácia direta e aplicabilidade imediata.

A partir dessa norma, a pessoa com deficiência possui *igual* capacidade jurídica (ou capacidade legal, como diz o texto original) em relação às demais, de sorte que a deficiência não poderá utilizada como um critério modulador da capacidade jurídica seja de um modo direto, seja de modo indireto. Por outro lado, impõe-se a que a pessoa com deficiência psíquica e intelectual seja estimulada no exercício de sua autonomia a partir da infância, conforme se dispõe quanto aos projetos educacionais. Não apenas o cuidado, mas o cuidado e emancipação na interdependência são o norte das relações humanas. Todos necessitamos de maior ou menor cuidado ao longo da vida.<sup>25</sup>

## 2 A insuficiência dos critérios que usaram a deficiência para modular a capacidade jurídica

Em face de tudo o que se disse, nenhum dos critérios utilizados historicamente para abordar a deficiência no regime das incapacidades, quais sejam, a abordagem do *status* (*status approach*), a abordagem do resultado da escolha

---

dedicada a la persona en sí misma considerada, debe ocuparse de la protección de sus atributos físicos y morales, de su libre desarrollo y desenvolvimiento.” (DIEZ-PICASO, 2003, p.327)

- 25 A filósofa feminista Eva Kittay preocupa-se em desmontar as teorias liberais da justiça e igualdade, ao sustentar que as relações de dependência são inevitáveis na vida social e inescapáveis à história de vida de todas as pessoas. Cuidado e interdependência, diz, são princípios que estruturam a vida social e impõem a centralidade da dependência nas relações humanas. A autora americana fez uso da ideia de que “somos todos filhos de uma mãe” para dizer que todos somos cuidados por alguém em algum momento da vida. A partir da noção de *self* transparente, isto é, do *self* moral daquele que tem o dever de cuidar de outras pessoas e é movido por um ideal altruísta, baseado nos laços de afeto e preocupação, reitera que o sujeito moral é inerentemente relacional, contrapondo-se à interpretação de *self* da tradição liberal. Nesta concepção, o *self* transparente é o elemento moral central da ética do cuidado. Trata-se de uma forma de compreender o indivíduo e a moralidade diferente da definição tradicional do ser humano nas sociedades capitalistas ocidentais, em que o indivíduo é prioritariamente percebido como sujeito independente, submetido apenas a si mesmo e ao comando da razão. (...)Esvaziar as noções de capacidade individual e independência e fortalecer as ideias de interdependência e relação interpessoal como critérios de julgamento da condição variante permitem que o julgamento da deficiência seja relativizado” (GAUDENZI; ORTEGA, 2016, p.3067).

(*outcome approach*) e a abordagem funcional (*functional approach*), poderá ser aplicado sem ofensa frontal à Convenção.<sup>26</sup> Pelo primeiro critério, o próprio estado da deficiência seria o critério incapacitante. A simples ocorrência de uma deficiência específica (notadamente aquela de ordem psíquica e intelectual) seria suficiente para privar a pessoa da capacidade jurídica, independentemente das suas capacidades concretas e reais. Pelo segundo critério, enfocam-se os resultados das escolhas realizadas pela pessoa para aferir a sua capacidade. Nessa medida, aquele que faz escolhas desassidas e irrazoáveis, segundo o juízo social de uma determinada época, poderá sofrer uma modulação na sua capacidade. Recentemente, um jovem goiano de 25 anos recusou o tratamento de hemodiálise essencial à sua saúde e foi, por esta razão, submetido a curatela, mesmo quando o laudo pericial não concluiu por um déficit cognitivo na realização daquela escolha.<sup>27</sup> O último critério, observa a funcionalidade do sujeito, ou seja, a sua capacidade natural de, por si próprio, compreender, discernir, decidir, raciocinar, avaliando a conveniência e os efeitos das suas decisões. A seguir esse critério, o sujeito será considerado capaz se demonstrar a capacidade de realizar escolhas informadas por si só, sem qualquer auxílio dos demais.

A legislação brasileira já fez uso de todos esses critérios. O Código Civil de 1916 utilizou o *status approach*, arrolando entre os absolutamente incapazes “os loucos de todos os gêneros”.<sup>28</sup> Pelo *outcome approach*, o Código Civil de 1916 previu a modulação da capacidade do “pródigo”, no que foi seguido pelo Código Civil de 2002.<sup>29</sup> Coube ao Código Civil de 2002 adotar o *functional approach*, definindo como absolutamente incapaz para o exercício dos atos da

---

26 WHO GETS TO DECIDE? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16806da5c0>>. Acesso em: 11/02/2018.

27 **Notícia veiculada pelo Jornal “Estadão”. Justiça determina interdição de jovem que recusa hemodiálise para morrer em Goiânia.** Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,justica-determina-interdicao-de-jovem-que-recusa-hemodialise-para-morrer-em-goiania,70002099942>>. Acesso em: 14/04/2018.

28 CC/1916, Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: (...)

II. Os loucos de todo o gênero.

III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.

29 CC/1916, “Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:(...) III. Os pródigos.”

CC/2002, Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (...)

IV - os pródigos.

vida civil, a pessoa com “enfermidade ou deficiência mental” sem o necessário “discernimento” para a prática desses atos.<sup>30</sup> E como relativamente incapaz para a prática de determinados atos da vida civil, a pessoa que, pela “deficiência mental” tinha o “discernimento” reduzido e de igual modo, a pessoa “excepcional” sem o “desenvolvimento completo”.<sup>31</sup>

Quaisquer desses critérios expõe a pessoa com deficiência (psíquica e intelectual) a uma condição limiar na qual a sua capacidade é sempre questionada (DANDHA, 2007). Por esta razão, diz-se que a CDPD rompeu com todos eles. Utilizam a deficiência como critério direto ou indireto para reduzir ou negar a capacidade da pessoa, dispensando-lhe um tratamento discriminatório. Na perspectiva de Dandha, dentre os critérios apresentados o *functional approach* poderá atender à CDPD se a sua aplicação estiver voltada a delimitação dos limites do apoio a ser direcionado à pessoa na facilitação do exercício de sua capacidade jurídica. Do contrário, se aplicável para modular ou suprimir a capacidade, não será adequado à política global de inclusão proposta pela CDPD (2007, p.457). Nessa mesma direção, posicionou-se o Comitê da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.<sup>32</sup>

---

30 CC/2002, Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: (...) II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

31 CC/2002, Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (...) II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

32 O próprio Comitê da ONU também já se posicionou contrariamente a esses critérios, senão leia-se: “En la Observación General No 1 el CteCDPD señala que: [...En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado hasta la fecha se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona

Rotular a pessoa com a “incapacidade” pode trazer prejuízos irreparáveis ao seu desenvolvimento e constituir uma profecia “auto-realizável”.<sup>33</sup> Lançado à condição de incapaz, o sujeito não será estimulado a aprender e a desenvolver determinadas tarefas. Privado do continuado exercício de decidir se verá confinado à perene passividade. Para evitar esse destino é que a CDPD propôs uma ampla inclusão, pautada na mudança atitudinal da família, da escola e da sociedade, no sentido de acreditar e estimular a pessoa a uma vida independente – ou melhor, interdependente.

Além da rede de apoios sociais, a CDPD impõe aos Estados signatários a instituição de mecanismos de apoio ao exercício da capacidade jurídica.

Tais instrumentos rompem com o sistema de substituição de vontade que complementava o regime das incapacidades na tutela da pessoa com deficiência. No Brasil, a curatela se estabelecia, na maioria das vezes, com os poderes de representação legal, cabendo ao curador o dever de substituir o curatelado nos atos da vida civil.

### **3 O apoio como instrumento de integração funcional no exercício da capacidade e as possibilidades de sua coexistência com a substituição de vontade**

Sob a proposta da CDPD a deficiência não será critério modulador da capacidade. Porém, a depender da limitação psíquica e intelectual, a pessoa poderá necessitar de um apoio ao exercício de sua capacidade. Tal apoio importa no suporte adequado para que possa identificar e comunicar seus desejos. Implica um acordo de confiança e de respeito à vontade da pessoa apoiada (BARIFFI, 2014, p.366).

---

ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio...]” Observación general No 1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 15.

33 Na tese de Dandha, “Development of human capabilities enables human beings to undertake all the doings and functions required to live a complete human life. But such capability development can happen only if every human being is accorded the opportunity to so live life as to realize his or her own inner genius. In my understanding, it then follows that in order to enable an individual to develop such capabilities, it is important that such individual be presumed to have the capacity to do so. In a major piece detailing the side effects of the label of incompetence, Bruce Winck provides psychological insights on how individual personality development is affected by such labels. A label of incompetence can often play out as a self-fulfilling prophecy. Once a finding is reached that a person is incompetent to perform certain tasks, such person shall not be given any opportunity to engage in or learn those tasks. It follows from Winck’s analysis that if a person is denied the opportunity to fulfill certain life activities, he or she fails to develop the capabilities required to perform those activities” (2007, p.439).

Cada Estado signatário deverá instituir os instrumentos de apoio jurídico à tomada de decisão com as salvaguardas necessárias a que os direitos da pessoa não sejam ameaçados. A delimitação do apoio se fará em conformidade com as necessidades da pessoa, podendo ser mais brando ou mais intenso, respeitando-se, em todo caso, os seus direitos e salvaguardas (CDPD, preâmbulo, alínea J).

Sob o prisma da CDPD, mesmo o apoio mais intenso não pode implicar em substituição de vontade. Na orientação de Roig, “o sistema de apoio deve: i. Ser capaz de respeitar ao máximo a autonomia da pessoa com diversidade mental ou intelectual; ii. Ser permeada aos distintos tipos de diversidade e circunstâncias concretas de cada pessoa; iii. Ter a menor duração possível e ser revista periodicamente; iv. Sacrificar no menor grau possível os direitos da pessoa.”<sup>34</sup>

No Brasil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência instituiu a chamada *tomada de decisão apoiada*, acrescentando o art.1.783-A ao Código Civil e reformulou a Curatela, a partir do art.84. O primeiro instituto é notoriamente adequado à CDPD na medida em que reafirma a autonomia e não mitiga ou reduz a capacidade do apoiado.<sup>35</sup> Mas quanto à curatela, restam algumas dúvidas. Observa-se, no EPD, a tentativa de revestir o instituto tradicionalmente presente na legislação pátria, com a natureza de apoio.

Por meio do art.84 *caput*, situado no Capítulo intitulado “Do igual reconhecimento perante a lei”, reafirmou o direito da pessoa com deficiência em exercer a sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas. No parágrafo primeiro do mesmo dispositivo previu que, “quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.”

As leis aplicáveis à curatela são o Código Civil e o Código de Processo Civil.<sup>36</sup> O Código Civil teve parte de suas normas alteradas pelo EPD, mas ainda dispôs, no art.1.767, que as pessoas sujeitas a essa medida seriam aquelas que, “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. Nos termos do art.4o, III, do mesmo Código, tais pessoas são consideradas relativamente incapazes “a certos atos ou à maneira de os exercer”.

---

34 No original, “Así, el sistema de apoyo debe: (i) ser capaz de respetar al máximo la autonomía de la persona con diversidad mental o intelectual; (ii) ser permeable a los distintos tipos de diversidad y a las circunstancias concretas de cada persona; (iii) tener la menor duración posible y ser revisables periódicamente; (iv) sacrificar en el menor grado posible los derechos de la persona” (ROIG, 2.

35 Sobre *tomada de decisão apoiada* ver Menezes (2016).

36 Sobre a curatela, ver Menezes (2015).

Disso se deduz que toda pessoa sujeita a curatela sofre uma modulação na sua capacidade civil, tornando-se relativamente incapaz.

Como a alternativa da curatela continua sendo aplicada com muita recorrência no país às pessoas com deficiência, inclusive àquelas que poderiam manifestar a vontade se estivessem sob um apoio mais consistente, teme-se que a CDPD esteja sendo pouco respeitada.<sup>37</sup>

Toda essa problemática requer maior reflexão, especialmente nos casos em que a pessoa vivencia uma situação concreta que a impossibilita uma manifestação volitiva mesmo com todo o apoio. Numa situação excepcional como esta, o enfoque deverá ser o da situação de vida e não a deficiência em si.<sup>38</sup>

A se considerar a leitura de Francisco Bariffi (2014, p.391), o artigo 12, item 2, da CDPD não implica um direito absoluto ao exercício da capacidade pela pessoa com deficiência, mas estabelece a garantia de que a deficiência não será usada como critério a restringir tal capacidade. Se vier a fazê-lo será por meio de um critério aplicável a qualquer sujeito.

Nessas hipóteses, excepcionalíssimas, a pessoa poderá ser posta sob proteção específica. Porém, ainda que sob representação legal, não deverá se sujeitar ao talante do representante, conforme instrui o tradicional sistema da substituição de vontade. Suas preferências e a sua vontade, manifestas ao tempo em que podia

---

37 Teme-se que, sob a justificativa de que a pessoa não pode manifestar a vontade por si, e desconsiderando a integração de sua funcionalidade pelo apoio, acabe-se desconsiderando a determinação da CDPD. Conforme Dandha, "Further, these reform efforts acknowledged that, if assistance is required to exercise capacity, then such assistance should be provided instead of holding a person to be incompetent." Accepting this premise, legal systems experimented with establishing legally recognized persons who could provide this assistance. A finding of incompetence in traditional legal systems has resulted in guardians of person or property being appointed, who then were charged with making decisions on behalf of the incompetent person. In comparison, reform efforts were aimed at supporting rather than supplanting the person in need of assistance. The possibility of substitution, however, has been retained." (DANDHA, 2007, p.429). Tradução livre: "Além disso, esses esforços da reforma reconheceram que, se for necessária assistência para o exercício da capacidade, tal assistência deve ser prestada em vez de impedir que uma pessoa seja considerada incompetente. Aceitando essa premissa, os sistemas legais admitem que as pessoas estabelecidas em lei possam exercer o múnus da assistência. A constatação de incompetência nos sistemas jurídicos tradicionais resultou na possibilidade de nomeação de curadores ou tutores da pessoa para questões existenciais ou patrimoniais, encarregando-as de tomar decisões em nome da pessoa considerada incompetente. Enquanto os esforços da reforma visavam apoiar, em vez de suplantar, a pessoa necessitada de assistência; a possibilidade de substituição, no entanto, foi mantida".

38 Essa é a sugestão de Roig, "Por otro lado la Convención opta por el enfoque de la situación frente al enfoque de la identidad, lo que obliga a que cuando se abandone ese modelo de apoyo, por ejemplo en situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, se haga en razón de la situación determinada, y nunca en razón de la discapacidad". (ROIG, 2009, p.7).

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

se posicionar, seja pela forma como viveu, seja pelos afetos ou seja mesmo por declarações verbais, devem ser respeitadas. Na hipótese em que sofrer limitações gravíssimas desde o nascimento, impeditivas de qualquer manifestação volitiva, seus interesses fundamentais deverão sempre ser respeitados pelo representante.

Não se pode autorizar uma ampla substituição de vontade para onerar o curatelado em todos os atos da vida civil. Anteriormente, o curador se imiscuía em assuntos existenciais e se via com poder para decidir sobre doação

---

39 “É ilustrativo dessa questão um julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no ano de 1986. No âmbito da Apelação Cível 76.123-1, o Tribunal analisou a possibilidade de um interdito com “psicose epilética, na forma demencial”, efetuar a doação de um rim a irmão dele, que apresentava insuficiência crônica terminal. A decisão monocrática acolheu o pedido formulado pelo curador do incapaz, de suprimento de consentimento, a partir do qual o transplante seria autorizado. Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação. O Tribunal deu provimento à apelação e reformou a sentença, sob o argumento de que o interdito tinha “vida simplesmente vegetativa, sem condições de comunicar-se ou manifestar a vontade ainda que de forma defeituosa”. E, em vista da natureza “personalíssima” da decisão de doar órgãos humanos, o curador não poderia anuir em nome do incapaz. Não aprofundaremos a análise do caso em comentário propriamente, se a decisão do Tribunal foi ou não acertada. Interessam-nos os princípios que dele poderemos extrair. Suponhamos, para efeito de argumentação, que o interdito, apesar da doença mental, tivesse condições de manifestar de forma segura, isenta, a sua vontade. Mesmo assim, se reproduzirmos os fundamentos do acórdão (que, para o caso concreto, nos parecem pertinentes), o transplante não poderia ser realizado. A interdição civil, conforme implementada hoje em dia, ao mirar a proteção dos bens do incapaz, acaba suprimindo sua capacidade não apenas para os atos patrimoniais, mas também para as situações existenciais, para o exercício de direitos da personalidade. Com isso, o interdito não pratica os atos existenciais ele próprio, como efeito da perda da capacidade, nem através do curador, dado o caráter personalíssimo desses atos. Ou seja, nesses moldes, a interdição, que seria medida de proteção do incapaz, resulta na verdade em medida de exclusão (TJSP, Ap 76.123-1, 5ª Câmara, j. 14-8-1986, rel. Ruy Camilo).” LEITE, Glauber Salomão. O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (Orgs.) *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 302-321.

de órgãos<sup>39</sup> e sobre esterilização sem qualquer parcimônia, por exemplo. Isto não se pode admitir.<sup>40 41</sup>

A matéria da substituição de vontade é tema muito polêmico até entre os estudiosos de direitos humanos. Embora o texto da CDPD não haja revogado expressamente o sistema de substituição de vontade, foi enfático quanto à aplicação desse sistema de apoio e salvaguardas. E, na medida em que os países signatários não adotam esse sistema de apoio, insistindo nas soluções pautadas na substituição de vontade, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do Comitê de Direitos da Pessoa com Deficiência trata de repreendê-los orientando pela adequação da legislação. Fez assim com o Brasil como se lê no último relatório, datado de 2015.<sup>42</sup>

40 SUPRIMENTO JUDICIAL – Curador provisório que pede a esterilização da interditada – Acolhimento – Possibilidade – Interpretação histórica e teleológica do decreto nº 6.949, que promulga a convenção internacional sobre direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo – Decisão reformada – Recurso provido. (TJ-SP - APL: 00009916620148260654 SP 0000991-66.2014.8.26.0654, Relator: Alvaro Passos, Data de Julgamento: 22/09/2015, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/09/2015); em outra decisão, “Alvará Judicial. Cirurgia de Laqueadura. Pessoa interditada portadora de deficiência mental e motora e que já é mãe. Indicação feita pelo médico. Interesse processual e possibilidade jurídica do pedido demonstradas. Extinção afastada. Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC. Tendo em vista que a autora já passou pelo processo de interdição, por outro lado, despicenda a necessidade de realização de nova perícia médica pelo IMESC. Procedência do pedido. Sentença reformada. Recursos providos.” (TJ-SP - APL: 00007742320148260654 SP 0000774-23.2014.8.26.0654, Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, Data de Julgamento: 12/08/2015, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/08/2015).

41 “De ordinário, nos atos da vida, cada um pratica, por si, os atos que hão de influir, ativa ou passivamente na sua esfera jurídica. Os efeitos resultam de atos em que o agente é *presente*; pois os pratica, por ato positivo ou negativo. A regra é a *presenteção*, em que ninguém faz o papel de outrem, isto é, em que ninguém *representa*. (MIRANDA, Pontes de. Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma prova. Coleção *Tratado de Direito Privado*: parte Especial. Atualizado por Marcos Bernardes Mello, Marcos Ehrhardt Jr.. 1a. Ed. São Paulo: RT, 2012, p.307).

42 De acordo com o relatório da ONU, o EPD não está adequado aos ditames da Convenção. Supõe-se que essa possibilidade de substituição da vontade pela curatela que, acaba remetendo a pessoa a condição de relativamente incapaz, seja o ponto objeto de maior crítica. “III. Principal areas of concern and recommendations. A. General principles and obligations (arts. 1-4) (...) 6. The Committee is concerned at the lack of a coherent and comprehensive disability strategy to implement the human rights model of disability established in the Convention and harmonize the State party’s legislation, policies and programmes. 7. The Committee recommends that the State party develop a disability strategy to implement the human rights model of disability. The Committee further recommends that, in consultation with organizations of persons with disabilities, the State party initiate a systematic review of existing legislation, policies and programmes and, where necessary, brings them into line with the Convention. This should include a review of any legislation, policies or programmes upon which the rights of persons with disabilities are restricted or denied on the basis of impairment, or where services or benefits to persons with disabilities lead

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Exige-se cautela quanto a essas questões. Ao tempo em que não se pode regressar ao período no qual se aplicava o critério do status para qualificar o sujeito como incapaz apenas pelo fato da deficiência, tampouco se pode aplicar o critério da funcionalidade, compreendendo-se tal capacidade de resposta como um talento a se exercer de forma insular. A funcionalidade do sujeito para responder aos desafios da vida, pode ser integrada pelo meio externo e, relativamente à capacidade civil o sistema de apoio seria um instrumento adequadíssimo para tanto.

## Conclusão

1 A CDPD implementou uma mudança paradigmática na abordagem da deficiência. Para garantir a sua inclusão, reconheceu a personalidade jurídica da pessoa com deficiência, sua autonomia e capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais pessoas.

2 A capacidade jurídica de que trata o art.12 da CDPD refere-se ao duplo aspecto da capacidade: de gozo e de exercício.

4 A CDPD não adota quaisquer dos critérios de abordagem da deficiência para restringir a capacidade, sejam eles, o *status approach*, o *outcome approach* ou o *functional approach*.

---

to their segregation or exclusion. 8. The Committee is concerned that the Statute of Persons with Disabilities does not meet all of the State party's obligations under the Convention." Tradução livre: "III. Principais áreas de preocupação e recomendações. A. Princípios e obrigações gerais (arts. 1-4) (...) 6. O Comitê está preocupado com a falta de uma estratégia coerente e abrangente para implementar o modelo de direitos humanos de abordagem da deficiência estabelecido na Convenção e harmonizar a legislação do Estado-parte com as políticas e programas pertinentes. 7. O Comitê recomenda que o Estado Parte desenvolva uma estratégia de abordagem da deficiência para implementar o modelo de deficiência de direitos humanos. O Comitê recomenda ainda que, em consulta com organizações de pessoas com deficiência, o Estado-parte inicie uma revisão sistemática da legislação, políticas e programas existentes e, quando necessário, os alinhe à Convenção. Isto deve incluir uma revisão de toda legislação, políticas ou programas que possam restringir ou negar os direitos das pessoas com deficiência com base no critério da deficiência, ou onde os serviços ou benefícios para pessoas com deficiência levem à sua segregação ou exclusão. 8. **O Comitê está preocupado com o fato de que o Estatuto das Pessoas com Deficiência não cumpre todas as obrigações do Estado Parte sob a Convenção.** (grifo intencional). Disponível em: <http://acnudh.org/comite-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-crpd-2015/>. Acesso em 10/03/2018.

3 Para facilitar o exercício da capacidade jurídica àqueles que necessitam de apoio intenso ou moderado, implementou um sistema de apoio e salvaguarda que consiste no necessário suporte sem a mitigação da capacidade jurídica.

4 Por meio do EPD, o Brasil instituiu a tomada de decisão apoiada que claramente atende aos pressupostos da CDPD.

5. Remanesce dúvida quanto à solução da curatela que se mantém como um instrumento substitutivo de vontade e que implica restrição à capacidade jurídica da pessoa com deficiência.

6. Embora a CDPD não haja revogado os sistemas de substituição de vontade não permite que a deficiência seja o critério utilizado para a sua aplicação. Eventual medida restritiva da capacidade deve ser justificada na situação específica do sujeito e não no critério da deficiência.

## **Referências**

ARAÚJO, Luis Alberto David; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil: Reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória. v. 18, n. 1, p. 227-256, jan./abr. 2017.

BARIFFI, Francisco. *El regimen jurídico internacional de la capacidad juridical de las personas con discapacidad*. Grupo Editorial Cinca c/ General Ibanez Íbero: Madrid, 2014.

CANGUILHEM, G. *O conhecimento da vida*. Rio de Janeiro: Forense Universitária; 2012.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Vol. IV. Parte Geral. Pessoas. Coimbra: Almedina, 2011.

DANDHA, Amita. Legal capacity in the disability rights in the rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *34 Syracuse J. Int'l L. & Com.* 429 2006-2007.

DIEZ-PICAZO. Luiz. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

GALDENZI, Paula; ORTEGA, Francisco. Problematizando o conceito de de ciência a partir das noções de autonomia e normalidade. In *Ciência & saúde coletiva*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232016001003061&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232016001003061&script=sci_abstract)>. Acesso em: 03/02/2018.

LEITE, Glauber Salomão. O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (Orgs.) *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Diego CARVALHO. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Parma: Rio de Janeiro. No. 37, Jan/mar, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Venceu, et al. O cuidado com o menor de idade na observância da sua vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. O cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.335-354.

MENEZES, Joyceane Bezerra e BODIN DE MORAES, Maria Celina. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. *Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*. Vol. 20, n. 2. Maio-Agosto, 2015, p.501-532. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7881/4466>. Acesso: 31/07/2018.

MENEZES, Joyceane B. e TEIXEIRA, Ana Carolina B. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: < <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5619>>. Acesso em 21/03/2018.

**MENEZES, Joyceane B. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>. Acesso em 21/03/2018.**

MENEZES, Joyceane B. Tomada de decisão apoiada: instrument de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei no.13.146/2015). In *Revista do Instituto Bra-*

*sileiro de Direito Civil*. Disponível em: < [https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil\\_vol\\_9\\_03\\_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf](https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf)>. Acesso em 12/01/2018.

PALACIOS, Agustina e ROMANACH, Javier. *El modelo de la diversidad: La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Espanha: Ediciones Diversitas- AIES; s/d.

PECES-BARBA, Gregório. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Col. Cuadernos Bartolomé de las casas. Num. 26. Dykinson: Madrid, 2003, p.28-55.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stéfano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011.

ROIG, Rafael Asís. Sobre capacidade y derechos. *Perspectivas atuais de los sujetos de derecho*. AVILÉS, Maria del Carmen B; AGÓN, Oscar Celador, e FERNANDEZ, Félix Vaca. (Coord.). Madrid: Dykinson, 2012, p.37-56.

ROIG, Rafael Asís. Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos. Disponível em: < [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9401/derechos\\_asis\\_2007.pdf?sequence=1](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9401/derechos_asis_2007.pdf?sequence=1) >. Acesso em: 26.03.2018

ROIG, Rafael Asís. Sobre la capacidad. In *Papeles el tiempo de los derechos*. Disponível em: < <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7828/wp32.pdf?sequence=1>>. Acesso: 12/03/2018.

STANZIONE, Pasquale e SCIANCALEPORE, Giovanni. *Minori e diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: Uma reflexão sobre o caso Ashely. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 180 out./dez. 2008, p.293-304.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Prof. Álvaro Villaça Azevedo*. SIMÃO, José Fernando et al. Organizadores. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo e OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Progresso, 2016.

# **DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MIGRANTES**



# **La Protección Constitucional y Convencional de los Derechos de los Migrantes: Reflexiones a la Luz del Derecho Fundamental a Migrar**

César Landa<sup>1</sup>

## **Introducción**

En todo régimen democrático constitucional el poder el Estado emana del pueblo y sus autoridades lo ejercen con las limitaciones y las responsabilidades que la Constitución, las leyes y los tratados establecen. Por eso, se ha dicho que no hay democracia sin derecho, ni derecho sin democracia.

Estas son las bases necesarias de la gobernabilidad democrática, que supone conciliar el mandato popular de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, en tanto fines supremos de la sociedad y del Estado, con la protección de la seguridad personal y orden civil.

Pero, ante el incremento de la migración interna y sobretodo externa resulta ser un síntoma preocupante las medidas que algunos Estados y sus autoridades políticas vienen adoptando para asegurar el orden jurídico nacional. Por cuanto, ponen en cuestión los marcos democráticos, valorativos y sociales determinados en la Constitución, la ley y los tratados de los que los Estados son parte.

Ello no significa desconocer la legitimidad política de la soberanía del Estado para regular su orden constitucional interno, que incluye a la población nacional y extranjera. Pero, tampoco puede llevar a desconocer los derechos humanos de los migrantes, incluidos los deberes y obligaciones, dado que los derechos no son absolutos. Porque, constituyen en sí mismos, de un lado,

---

<sup>1</sup> Ex Presidente del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

mandatos jurídicos de protección de los Estados de cualquier persona, pero, de otro, deberes primordiales para con sus ciudadanos.

Los migrantes en principio tienen derechos humanos universales de goce y de ejercicio en cualquier territorio; sin embargo, en el contexto de la migración venezolana no solo a países vecinos<sup>2</sup>, así como, de la migración centro-americana hacia los Estados Unidos<sup>3</sup>; cobran especial interés tanto los derechos de libre tránsito, residencia, asilo, a la unidad familiar, nacionalidad y el derecho al debido proceso; como, también, los derechos económicos, sociales y culturales de los cuales son titulares; por cuanto, son restringidos y/o violados por parte de los Estados receptores. Dichos derechos están incorporados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en las Constituciones, con igualdad de condiciones y sin discriminación alguna.

Por eso, es necesario revisar el rol que cumple la justicia convencional y la justicia constitucional en la región y particularmente en el Perú, en la contribución a la resolución de los casos de los migrantes en relación a los derechos ciudadanos y bienes constitucionales a proteger. Que no es otra cosa que asegurar la tutela de los derechos de los migrantes en el marco de la estabilidad del orden público constitucional; así como, del fortalecimiento de las instituciones del Estado Democrático.

Lo mencionado, sin olvidar la importancia que reviste el debate a nivel nacional e internacional en torno a un efectivo reconocimiento del derecho fundamental a migrar, el cual si bien sus orígenes son de tradición liberal clásica, e inicialmente fue ejercido de manera asimétrica pues los occidentales

---

2 ACNUR. *Refugiados y migrantes de Venezuela superan los cuatro millones: ACNUR y OIM*. En: [https://www.acnur.org/noticias/press/2019/6/5cfa5eb64/refugiados-y-migrantes-de-venezuela-supera-cuatro-millones-acnur-y.html#\\_ga=2.42942310.215638845.1559913917-502800028.1543191927](https://www.acnur.org/noticias/press/2019/6/5cfa5eb64/refugiados-y-migrantes-de-venezuela-supera-cuatro-millones-acnur-y.html#_ga=2.42942310.215638845.1559913917-502800028.1543191927). Revisado el 10 de Junio de 2019. Los países latinoamericanos acogen a la gran mayoría de venezolanos, Colombia ha recibido alrededor de 1,3 millones, seguido por Perú, con 768.000, Chile 288.000, Ecuador 263.000, Argentina 130.000 y Brasil 168.000. México y los países de América Central y el Caribe también albergan un gran número de refugiados y migrantes de Venezuela.

3 Rodríguez, María. "Estadísticas Generales de Inmigración en Estados Unidos. De Dónde Vienen y Cómo Llegan a Estados Unidos los Inmigrantes". En <https://www.thoughtco.com/datos-basicos-sobre-inmigracion-en-eeuu-1965082>. Revisado el 13 de junio de 2019. Se señala que para finales del año 2018 había en Estados Unidos alrededor de 44 millones de inmigrantes, entre regulares e irregulares. Esta cifra supone que el 13.5 por ciento de la población proviene de otros lugares del mundo, y que uno de cada cinco inmigrantes elige a Estados Unidos como su destino final.

lo utilizaron para legitimar las conquistas y las colonizaciones<sup>4</sup>, a la fecha merece ser protegido en el ámbito de la justicia constitucional e interamericana respecto de aquellos fenómenos migratorios que se desarrollan en el contexto de la movilidad humana de América Latina.

## **Avances en el reconocimiento de los derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

Los derechos humanos son universales, porque la persona humana sin distinción de su origen nacional, nace libre e igual en dignidad. Por ello, nadie puede ser discriminado por razones de raza, sexo, color, idioma, origen o cualquier otra índole. Así lo reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los pactos regionales, como la Convención Europea de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Carta Africana de derechos Humanos; así como, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención la Tortura, la Convención Internacional contra la Discriminación racial, la Convención para el Empleo y Familiares de los Migrantes.

Ello no es óbice para que los Estados en el marco de su derecho interno consagren en su Constitución la protección de los derechos de los migrantes y mediante ley los requisitos para gozar de ciertos derechos, pero también para que los migrantes puedan acceder a los mismos –incluso mediante la consagración expresa del derecho fundamental a migrar, tal y como sucede en el caso ecuatoriano<sup>5</sup> y argentino<sup>6</sup>-. Dichas normas nacionales deben armonizar con los tratados de derechos humanos señalados. Más aún, dada la alta migración venezolana y centroamericana hacia los países sudamericanos y los Estados Unidos, respectivamente.

---

4 Ferrajoli, Luigi. “Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica” En: <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2019/07/PDF-REVISTA-11.pdf>. Revisado el 20 de agosto de 2019. Revista peruana de Derecho Constitucional. Tribunal Constitucional, Lima, 2019, Pág. 34.

5 Constitucional Nacional de Ecuador. Artículo 40.

6 República de Argentina. Ley 25.871. Artículo 4.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Pero, la más alta tasa de migración de los latinoamericanos es hacia los Estados Unidos que llega a un 75% del total que emigra de la región; por algo hay más de 59 millones de latinos, según el censo del año 2016, de los cuales 60% son mexicanos. Ello ha generado una corriente migratoria irregular que ha originado una serie de tratos discriminatorios y degradantes.

Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha fallado que las garantías constitucionales se aplican a todas las personas dentro de los límites fronterizos de los Estados Unidos, incluso para "los extranjeros cuya presencia es ilegal en este país". Por otro lado, la Corte ha dicho que debido a que el gobierno federal tiene poderes amplios para supervisar la inmigración, está capacitado para ejercer dichos poderes en formas que diferencien sobre la base de su "índole extranjera".

En otras palabras, el gobierno tiene el poder de decidir a quién dejar entrar a su país y bajo qué circunstancias. Pero, una vez allí aún los inmigrantes indocumentados tienen el derecho a la libertad de expresión y de religión, el derecho a ser tratados justamente, el derecho a la privacidad y otros derechos fundamentales de que gozan los ciudadanos de los Estados Unidos.

Pero, la gran masa de migrantes son por motivos laborales, ámbito en el cual son tratados como ciudadanos de segunda categoría, debido a que muchos tienen el estatus de migrantes irregulares. Sobre todo los llamados "espaldas mojadas"; que son mayoritariamente trabajadores mexicanos que cruzan la frontera e ingresan a territorio de los Estados Unidos a trabajar. Motivo por el cual son explotados económicamente y marginados socialmente, al punto que en algunos estados de los Estados Unidos, como en Arizona, han empezado a criminalizar el estatus o condición de migrante ilegal, sin que hayan cometido delito alguno o, les han restringido el acceso a los derechos sociales, sanitarios o escolares, entre otros, como en California desde 1999. Hay que recordar que desde 1996, el Presidente Clinton refrendó la ley Acta de Reconciliación de Responsabilidad Personal y Oportunidad de Trabajo de 1996 (la nueva ley de bienestar social) que retiró una amplia gama de beneficios y servicios federales tanto a los inmigrantes indocumentados como a los legales.

En ese entendido, México formuló una consulta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de los trabajadores migrantes, pues parte de la legislación los Estados Unidos trataba de manera discriminatoria a los migrantes, especialmente en lo referido al ámbito laboral.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, realiza un análisis de este tema a partir de los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley, pues han alcanzado un desarrollo progresivo en el derecho internacional de los derechos humanos.

Cabe señalar que los artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconocen el principio de igualdad y no discriminación. Así, los Estados partes deben respetar este derecho fundamental y adaptar su legislación interna al marco de dicho principio, tomando como base a la dignidad humana.

La Corte Interamericana consideró necesario iniciar su respuesta señalando que todos los ciudadanos tienen derecho a que los Estados y las personas privadas respeten su calidad de seres humanos en tanto titulares inherentes de derechos fundamentales. Por lo tanto, es categórica al señalar que es una obligación de los Estados garantizarlos.

Una vez dicho lo anterior, la Corte IDH analiza el principio de igualdad y no discriminación. En primer lugar, aclara que no toda diferenciación es discriminación mientras que se funde en criterios objetivos y razonables. Naturalmente, eso requiere de un análisis casuístico que evalúe las condiciones particulares de cada situación presentada.

“Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran” (OC- 18/03, fundamento 89).

Seguidamente, considera que es un deber ineludible de parte de los Estados el respetar este derecho-principio, en tanto es parte del jus cogen y por ende todo tratado o acto jurídico que vaya en contra de una norma imperativa de derecho internacional será declarado nulo. Todas estas aclaraciones son precisas para introducir propiamente al tema los migrantes y su situación de particular vulnerabilidad dentro de las sociedades modernas, atendiendo a taras sociales como la xenofobia. En ese entendido, la Corte IDH señala que:

”El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas”. (OC- 18/03, fundamento 100).

La Corte IDH también decidió pronunciarse primordialmente por la situación de los “trabajadores inmigrantes indocumentados”, es decir, de aquellas personas que llegan a un país a trabajar de manera irregular, sin las autorizaciones ni permisos respectivos. Suelen traer consigo graves situaciones, las mismas que los fuerzan a salir de sus países de origen para buscar mejoras económicas en otros lugares. Lamentablemente, su posición de vulnerabilidad aumenta considerablemente cuando se toma en cuenta que su trabajo suele ser infravalorado en el mercado laboral, so pretexto de su condición de irregularidad. Así, muchas empresas o particulares se aprovechan de su apremiante situación para buscar provecho propio, con condiciones laborales extremadamente adversas.

Ahora bien, pese a esta situación de vulnerabilidad, el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados en relación a los migrantes indocumentados, así como entre los migrantes y nacionales, siempre y cuando este actuar sea razonable, objetivo, proporcional y no vulnere los derechos humanos. Así, la Corte IDH ha reconocido que:

“Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana”. (OC- 18/04, Fundamento 119).

En este sentido, cabe la posibilidad que el Estado tome acciones legales en contra de los migrantes irregulares, como deportarlos a sus países de origen si así lo deciden los tribunales. Sin embargo, es inaceptable realizar este tipo de acciones sin respetar el derecho al debido proceso, en particular el derecho de defensa para argumentar su caso ante las cortes nacionales competentes, pues de lo contrario se estaría violando las garantías mínimas del debido proceso y el respeto a la dignidad humana de los extranjeros.

Por otra parte, la Corte IDH considera, válidamente, que la condición de irregularidad no puede anular los derechos humanos inherentes a la condición del trabajador, pues estos derechos son consecuencia de la relación laboral existente. Por más que la persona esté en el país de manera irregular, esta situación no amerita o justifica tratos que atenten contra la dignidad de la persona. Por ello, no es justificable la contratación con condiciones laborales menos favorables frente a terceros que sí cuentan con una situación jurídica estable, sean nacionales u otros extranjeros.

“134. De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.” (OC- 18/03, fundamento 134)

La CIDH recuerda que, por supuesto, nadie está en obligación de contratar a una persona que responda a estas características. Empero, si decide hacerlo, debe respetar los derechos laborales de los migrantes indocumentados que tengan un vínculo de trabajo con él o ella, pues se convierten en titulares de los derechos que correspondientes, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular.

Cuestiones tan elementales como un salario adecuado al trabajo, como el respeto por las horas de trabajo, el gozar de condiciones laborales que no impliquen un riesgo para su integridad, el no ser sometido a torturas ni tratos denigrantes, descansos, libertad sindical, etc., son los mínimos que deben ser respetados para todos. Finalmente, se pronuncia a favor de que el contenido esencial del derecho al trabajo debe ser respetado.

A modo de conclusión, la CIDH basa la absolución de la Opinión Consultiva N° 18/03 en los siguientes criterios:

Los Estados no pueden abdicar del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley en la consecución de los objetivos de sus políticas públicas. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre.

- A. Los Estados pueden establecer medidas en referencia al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes siempre y cuando se respeten las normas del debido proceso y el resto de derecho

humanos. Es válido hacer diferencias entre nacionales, migrantes documentados y migrantes no documentados siempre que sea de forma razonable y proporcional

- B. Los privados poseen libertad para entablar relaciones laborales, sin embargo, una vez creado el vínculo, el trabajador posee los mismos derechos que cualquier otro, sea migrante, documentado o indocumentado, o nacional.

De otro lado, la Corte IDH expidió la OC-21-14 el 19 de agosto de 2011 a pedido de Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay; los cuales demandaron una opinión consultiva, sobre la base de que las niñas y los niños se movilizan internacionalmente por muy variadas razones: en busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reunificación familiar, a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

De modo que, la Corte IDH estableció en primer lugar un estándar internacional de protección de los migrantes que comprende:

la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia. (Párr.37).

Pero, en segundo lugar, cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, la Corte IDH ha establecido cuatro principios rectores derivados de la Conven-

ción sobre los Derechos del Niño que deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral:

- (a) el principio de no discriminación,
- (b) el principio del interés superior de la niña o del niño,
- (c) el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y
- (d) el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación. (Párr.69).

Posteriormente, la Corte IDH publicó el 30 de mayo de 2018, la Opinión Consultiva N°25, a solicitud del Estado de Ecuador, y mediante la cual se pronunció sobre dos aspectos específicos: a) el derecho humano a buscar y recibir asilo, y sus diversas modalidades en el derecho internacional, y b) las obligaciones internacionales que poseen los Estados frente a una situación de asilo diplomático.

Respecto a la primera cuestión, el tribunal interamericano analizó el derecho a buscar y recibir asilo como contenido del artículo 22.7 de la Convención Americana así como del artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

“Al respecto, la Corte ha considerado que el derecho a “buscar y recibir asilo”, en el marco del sistema interamericano, se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia. Además, atendiendo al desarrollo progresivo del derecho internacional, la Corte ha considerado que las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena”. (OC-25/18, Párr. 132)

Por otro lado, dispuso que la concesión del asilo diplomático y su alcance debían regirse por las propias convenciones de carácter interestatal que lo regulan y lo dispuesto en las legislaciones internas. En tal sentido, enfatizó que los Estados tenían la facultad de otorgar asilo diplomático, como expresión de su soberanía, lo cual se encontraba de acuerdo a la lógica de la denominada “tradición latinoamericana del asilo”.

En relación al segundo punto, la Corte IDH consideró que si bien el asilo diplomático no se encontraba protegido en el marco del sistema interame-

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

ricano (artículo 22.7 de la CADH), subsistían otras obligaciones en materia de derechos humanos para el Estado de acogida y/o para terceros Estados en virtud del riesgo que pudieran sufrir las personas que acuden a una legación en búsqueda de protección, vinculadas especialmente a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos contenidas en el artículo 1.1 de la CADH y el principio de *non refoulment*.

Sin perjuicio de la importancia de las decisiones de la Corte IDH en ejercicio de su competencia consultiva, debemos rescatar también los informes y resoluciones emitidas por la Comisión Interamericana en el reconocimiento de la situación de especial vulnerabilidad de las personas migrantes y en la determinación de estándares para su protección efectiva.

Tal es el caso, por ejemplo, del informe temático “Movilidad Humana: Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” de fecha 31 de diciembre de 2015. Mediante dicho informe, la CIDH aborda la movilidad humana como fenómeno multicausal, la migración forzada en las Américas, y las distintas categorías de especial protección como los refugiados, solicitantes de asilo, víctimas de trata de personas, apátridas, migrantes internos y desplazados internos.

Este informe es de suma importancia, pues constituye un análisis minucioso de los principales problemas que enfrentan las personas -con distintos estatus migratorios- en el contexto de movilidad humana de la región, como es el caso de la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas; el respeto de las garantías procesales en el marco de procedimientos de deportación o extradición, el principio de no devolución, el uso de la fuerza en operativos migratorios, entre otros. Asimismo, recoge la línea jurisprudencial de la Corte IDH y enfatiza en las principales obligaciones internacionales que los Estados tienen a cargo, respecto a las personas migrantes como grupo en situación de vulnerabilidad.

Por otro lado, la CIDH emitió la Resolución 2/18, aprobada el 2 de marzo de 2018 en Bogotá, mediante la cual se pronunció sobre uno de los problemas de mayor preocupación actual: la migración forzada de personas venezolanas.

En tal sentido, la Comisión atendió a la grave crisis política, económica y social de Venezuela bajo el mandato actual de Nicolás Maduro, y a la dinámica migratoria venezolana en búsqueda de alimentos y medicamentos, lo cual se reflejaba en el alto número de migrantes irregulares y solicitantes de asilo en la región. Esta resolución es de especial importancia pues demuestra la

preocupación por la implementación de políticas y medidas migratorias con mayores restricciones en perjuicio de las personas venezolanas en América Latina, y exhorta a los Estados a adoptar medidas como a) el reconocimiento de la condición de refugiado a personas venezolanas de acuerdo a la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, b) la adopción de respuestas colectivas de protección de las personas venezolanas, c) el respecto del principio y derecho a la no devolución, d) la implementación de mecanismos que permitan identificar a las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, e) no criminalizar la migración de personas venezolanas e implementar medidas dirigidas a la lucha contra la discriminación y xenofobia, entre otras.

Dicha resolución si bien es cierto no es estrictamente vinculante, lo que sí constituye es un llamado a la comunidad internacional a una respuesta regional e internacional -respetuosa de los derechos humanos- a la migración forzada de personas venezolanas y en el marco de la denominada “responsabilidad compartida”, que incluso ha sido utilizada como parámetro de interpretación en la emisión de medidas cautelares por la misma CIDH<sup>7</sup>.

Con estos parámetros normativos e interpretativos se pasa a analizar el abordaje jurisprudencial de la justicia constitucional peruana e interamericana en materia de derechos de los migrantes.

## **II. Migrantes en la justicia constitucional y convencional**

Desde mediados del siglo XIX las corrientes migratorias en el Perú unas fueron esporádicas pero muy definidas, por ejemplo, para colonizar la selva central se promovió por parte del Estado el ingreso de tres mil familias alemanas, a fin de suplir la abolición de la mano de obra indígena y la esclavitud de los afro-peruanos, el Estado entregó en consignación la contratación de mano de obra china, de los llamados “culíes”. Pero, también, se produjeron importante flujos migratorios espontáneos de italianos, británicos y franceses, que contribuyeron con su arte, oficio o empresa a la modernización del Perú.

Durante el siglo XX dado los conflictos nacionales, las guerras internacionales y mundiales también se iniciaron importantes corrientes migratorias particularmente del Japón, como también de menor envergadura como los

---

7 CIDH. Resolución 81/2018. Medida cautelar N°490-2018. M.B.B.P. respecto de Panamá. 15 de octubre de 2018.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

árabes-palestinos; así como, de otros países europeos del Este. Frente a ello, los gobiernos del Perú tomaron medidas en relación a los extranjeros como la prohibición de ingreso de comunistas, anarquistas o nihilistas, así como, la deportación de japoneses a los Estados Unidos y expropiación de los alemanes durante la Segunda Guerra Mundial.

Pero, durante la década de los setenta y ochenta los regímenes militares de América Latina, entre ellos el del Perú, reprimió con el “Plan Cóndor” con mayor o igual impunidad a los extranjeros. Produciéndose casos de violación de derechos humanos, que durante los procesos democráticos de finales del siglo XX han podido ser juzgados y en algunos casos reparados, tanto a nivel de los tribunales nacionales y extranjeros, como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Pero, el actual flujo migratorio de venezolanos al Perú marca un hito para el Estado democrático y social dado el volumen de familias que ingresan por razones humanitarias, dada la grave crisis política y económica por la que atraviesa Venezuela; motivo por el cual han emigrado más de cuatro millones de venezolanos, y al Perú cerca de 800 mil. Esta situación ha generado no solo un debate público y social sobre los derechos de los migrantes, sino también se ha empezado a judicializar el mismo, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de lo cual daremos cuenta también.

A continuación se presentan algunos casos emblemáticos, desde la vigencia de la transición democrática, en el ámbito constitucional e interamericano.

## **1 Expulsiones a extranjeros**

### **Caso Hernán Liberona**

En 1982, el ciudadano chileno residente no inmigrante en Lima, Hernán Liberona, es detenido en circunstancias en que un grupo de manifestantes del SUTEP se refugian en su centro de labores, cuando la policía contra manifestaciones arremete contra ellos y los detiene en el interior del centro educativo donde laboraba Liberona. Como extranjero es puesto a disposición de la Junta Calificadora de Extranjeros, que sin las garantías de un debido procedimiento administrativo decide expulsarlo, a la razón de imputársele actividades políticas y por razones de seguridad.

La expulsión arbitraria se llevó a cabo en aplicación del Reglamento de Inmigración de 1937 (Decreto supremo del 15 de mayo de 1937), que otorgaba

poderes discrecionales a la policía en materia de extranjeros; para impedir el ingreso o la expulsión de: “9) Comunistas, anarquistas, nihilistas y, en general, los que profesan doctrinas o pertenecen a partidos o sectas que propugnan la destrucción del orden político y social organizado”.

La decisión de la policía fue rechazada por el Tribunal Correccional encargado de resolver en segunda instancia el hábeas corpus que presentó Liberona antes de ser expulsado, por ser un orden contraria a la Constitución de 1979, que consagraba la libertad de pensamiento, opinión y de conciencia, y, por no haberse acreditado la imputaciones de alterar el orden público. Por eso, el Tribunal Constitucional dispuso, a pesar de haber sido expulsado, la tutela del derecho reclamado, y; como ya había sido expulsado, falló en el sentido que pudiera regresar al Perú, cuando lo estimara conveniente. Esto debido a que el extranjero que es expulsado por la autoridad nacional no puede reingresar al Perú.

#### Caso Padre Jean Marie Mondet Isnard

En 1988, Mondet Isnard un párroco francés de la Inmaculada Concepción, residente en Lima, sufrió un atentado con una bomba en su domicilio; pero, cuando la unidad anti terrorista de la policía fue a investigar a su domicilio lo detiene junto a cuatro personas más, porque aducen que encontraron cuatro cartuchos de dinamita enterrados en su jardín, junto a propaganda terrorista, cargos que rechazó Mondet Isnard. Es detenido pese a que acredita que venía siendo amenazado por el Comando Rodrigo Franco, grupo paramilitar, que se le vinculaba como el aparato de guerra sucia en el primer período de gobierno de Alan García (1985-1990).

Como en ese entonces (1988) Lima estaba bajo estado de emergencia, con derechos y libertades suspendidas, la detención policial por terrorismo sin orden judicial, se realizaba sistemáticamente de manera arbitraria; por ello fue cuestionada vía habeas corpus. El mismo que en primera instancia fue declarado fundado, porque no se había acreditado en la detención la flagrancia, ni existía peligrosidad; más aún, cuando había sido víctima de un atentado. Con su puesta en libertad y no habiendo impedimento de salida del país, se puso a buen resguardo en el exterior.

Pero, a pesar de que se llevó a cabo una detención arbitraria por desproporcionada, la misma fue rechazada por las instancias judiciales superiores, dado que no había mayor argumentación jurídica ni acreditación fáctica alguna, sino por sospecha o aseveraciones como “la explosión producida en su

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

domicilio del actor, el día de su detención, no puede enervar la investigación policial aludida...”, cuando lo que se cuestionaba era el atentado sufrido y luego la detención de la víctima. Finalmente, el proceso penal por terrorismo que se le siguió fue anulado por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema por prescripción (2005).

#### Caso Nadege Dorzema

En el 2000, treinta ciudadanos haitianos, entre los cuales se encontraban un niño y una mujer en estado de gravidez, abordaron un camión rumbo a Santiago de los Caballeros en territorio dominicano. El camión pasó por el primer puesto de control sin ser detenido; sin embargo, al llegar al segundo puesto de control un grupo de militares realizaron señales para que se detengan, por lo que el camión desvió su marcha y se dirigió al poblado de Copey. En tal contexto, cuatro militares pertenecientes al Destacamento Operativo de Fuerza Fronteriza abordaron su patrulla e iniciaron la persecución del vehículo.

Los militares realizaron numerosos disparos, y a pesar de advertir la presencia de personas en el vehículo –y que incluso una de ellas salió expulsada en el recorrido– continuaron su persecución hasta que el camión terminó volcándose. Luego, según testimonios de los supervivientes, los militares realizaron disparos en contra de los nacionales haitianos que se encontraban en el sitio de la volcadura. Acto seguido, los militares ordenaron a los sobrevivientes levantar el vehículo volcado, sacar y separar a los muertos y heridos, así como subirlos a la ambulancia. Finalmente, algunas personas fueron llevadas al hospital y otras detenidas en un cuartel militar en Dejabón. Los militares amenazaron con obligarlos a trabajar en el campo, a menos que les entreguen dinero a cambio de que los llevaran a la frontera con Haití, ante lo cual las personas haitianas realizaron una colecta para finalmente ser trasladados a su país de origen.

La Corte IDH declaró violados los derechos a la vida e integridad personal de las víctimas, en mérito al excesivo uso de la fuerza militar y las ejecuciones extrajudiciales cometidas en perjuicio de las personas haitianas. Asimismo, se pronunció sobre la libertad personal, y el derecho a la libre circulación y residencia, pues no se respetó ni garantizó el debido proceso en el marco de su detención, y sufrieron expulsión colectiva sin seguir los estándares internacionales en la materia ni los procedimientos previstos en la normativa interna.

## **2 Privación de la nacionalidad**

Caso Baruch Ivcher.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable internacionalmente al Estado peruano, por privar el año 1997 de la nacionalidad peruana al ciudadano israelí Ivcher Bronstein, porque se le retiró arbitrariamente el pasaporte peruano, que había obtenido en 1984. Esto sucedió cuando como propietario mayoritario del Canal 2 de TV, pasó de ser aliado del entonces presidente Fujimori a ser su opositor, al denunciar torturas cometidas por el Servicio de Inteligencia del Ejército y la corrupción de su asesor Vladimiro Montesinos; siendo que al ser despojado de su nacionalidad, de acuerdo a la Ley de Telecomunicaciones solo los peruanos pueden ser propietarios de medios de comunicación social, al usar el espectro radioeléctrico, como son las estaciones televisivas y radiales, perdió sus derechos de propiedad del Canal 2.

Restaurada la democracia en noviembre del año 2000, el Gobierno de Paniagua le devolvió la nacionalidad peruana, anulando la resolución con la que se le privó arbitrariamente; en ese mismo sentido falló la Corte IDH en febrero del año 2001.

Caso niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana

La madre de la niña Violeta Bosico (10 meses de edad) y la tía de la niña Dilcia Yean (12 años de edad) comparecieron ante la Oficialía Civil de la Sabana Grande de Boyá, a fin de solicitar el registro tardío de sus nacimientos, pues estas nacieron en República Dominicana, aunque tenían ascendencia paterna haitiana. A pesar de contar con los documentos requeridos, se denegó el registro de las niñas (1997), lo cual devino posteriormente en una demanda a favor de las niñas, la cual también fue denegada (1998).

La Corte IDH advirtió la situación de apatridia de las niñas así como las razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna para el reconocimiento de su nacionalidad. Para tales efectos, brindó a mérito a que la misma Constitución de República Dominicana consagraba el principio *ius soli* y utilizó la Convención para Reducir los Casos de Apatridia como parámetro de interpretación. Asimismo, la Alta Corte se pronunció sobre la íntima conexión respecto a la vulneración del derecho a la nacionalidad, con la personalidad jurídica y el nombre de las víctimas, lo cual impidió el ejercicio de otros derechos así como su proyección externa o social.

### 3 Extradiciones

#### Caso Alberto Fujimori

Hijo de padres japoneses, pero nacido en el Perú. Inscrito en el registro de nacimientos en el consulado japonés (Koseki). Gozaba de la doble nacionalidad, por nacimiento *ius solis*-peruano-y por sangre *ius sanguinis* -japones-. Fujimori con su doble nacionalidad ejerció todos los derechos civiles y políticos establecidos en la Constitución y en la ley.

Por eso, pudo postular a la Presidencia de la República y ganarle las elecciones presidenciales de 1990 a Mario Vargas Llosa. Pero; pero, una década después cuando su gobierno cae en abismo de la corrupción, violación de los derechos humanos y fraude electoral, renuncia a la Presidencia de la República desde el Japón, aprovechando un viaje a una conferencia internacional del APEC en Asia.

El gobierno peruano solicita su extradición durante tres años, pero Japón la niega ya que no extradita a japoneses. Luego de cinco años en el Japón, decide intentar postular a cargos políticos en el Perú, a pesar de los procesos judiciales pendientes. Para lo cual, elabora su equivocada estrategia de llegar a Chile, país que no extraditaba a peruanos perseguidos por delito de corrupción del fujimorismo.

Pero, dada la complejidad para el Gobierno chileno que supuso tener a un ex Presidente del Perú prófugo en su territorio, el gobierno de la Presidenta Bachelet, dejó a su Poder Judicial la tarea de resolver la extradición que el Perú exigía. Mas aún, para presionar a Chile, Fujimori aprovechando su doble nacionalidad, se hace candidato al Senado del Japón el 2007 por el Partido del Pueblo Japonés, partido ultra nacionalista, sin éxito.

A fines de ese año, se produce la extradición de Fujimori al Perú para que sea juzgado por determinados delitos de violación de los derechos humanos (matanzas de Barrios Altos y La Cantuta), secuestros agravados, y otros graves delitos de corrupción. Lo que le valió una condena judicial en el Perú de 25 años de prisión, sin beneficios penitenciarios, ni derecho de gracia de indulto.

El haberse ocultado de la justicia peruana detrás de su nacionalidad japonesa y de haber sido protegido por el Gobierno del Japón, no fue impedimento para juzgarlo, en su oportunidad, por los graves delitos cometidos, sin menoscabo de su doble nacionalidad.

#### Caso Wong Ho Wing

El ciudadano chino Ho Wing fue procesado en China por delito contra el patrimonio del Estado; pero, huye al Perú y es detenido en Lima en base a

una orden internacional de detención (2008); com lo cual se inicia el proceso de extradición en base a un tratado internacional entre el Perú y China. Ho Wing recurre ante el Tribunal Constitucional la decisión de la Corte Suprema del Perú de extraditarlo a China, para que sea procesado por el delito de contrabando, porque pelagra su vida por pena capital contra delitos patrimoniales contra el Estado. El Tribunal Constitucional en mayoría declara fundada la demanda, basado en los argumentos del demandante (2010).

Pero, el interesado simultáneamente, recurrió tanto al Presidente de la Corte IDH, quien emitió una medida provisional para evitar que el Estado llevara a cabo la extradición, y, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que también expidió una medida cautelar de no extradición.

Por su parte, el Gobierno Chino acreditó que el procesado no era pasible de la aplicación de la pena de muerte en caso de ser condenado, debido a que esta pena había sido abolida para ese delito, el 25 de febrero del 2011. No obstante, el Tribunal Constitucional se pronuncia en mayoría, en el habeas corpus presentado por Ho Wing, señalando que no estaba acreditada la aplicación retroactiva de la ley penal, aun cuando la ley fuera más favorable al reo; ello, a pesar que entre los principios del Código Penal de China se encuentra el de la aplicación de la ley benigna al reo.

Finalmente, la Corte IDH al resolver el proceso que inició la Comisión a favor de Ho Wing contra el Estado Peruano, falló el 2015 declarando que habiéndose acreditado que no existía el peligro de la aplicación de la pena de muerte, correspondía a la justicia peruana resolver dicha controversia. La misma que permitió al Tribunal Constitucional validar la resolución de la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad de la extradición (2016). Dando lugar a la extradición de Ho Wing a China, pero, con el mandato de supervisión del cumplimiento de las condiciones del proceso y su detención y/o condena.

#### Caso Luigi Caffelli Rocco

El ciudadano italo-norteamericano Caffelli Rocco fue procesado en Oakland, Estados Unidos por delito de violación sexual de menores y detenido en Lima. La Corte Suprema decide extraditarlo (2008); pero ante un habeas corpus del extraditable una mayoría de jueces del Tribunal Constitucional decide no extraditarlo (2009). Sobre la base de formalismos procesales que argumenta el abogado del Sr. Caffelli, en el sentido que no le habrían notificado de la vista de la causa en la Corte Suprema; pero, ello fue debido a que su abogado no se apersonó a fijar domicilio procesal ante la Corte Suprema. En todo caso, la Corte le nombró un abogado de

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

oficio; quien, ciertamente no asistió a dicha vista de la causa; pero, eso no fue óbice para que el abogado hiciera llegar su alegato por escrito.

Sin embargo, la norma del novísimo Código Proceso Penal estipula que la audiencia se deberá llevar a cabo con quienes asistan; lo cual se llevó a cabo.

## **4 Liberación condicional**

Caso Lori Berenson.

La ciudadana norteamericana Lori Berenson fue condenada por terrorismo (1995), pero en la etapa de la liberación condicional el juez encargado de supervisar la ejecución de la pena, le otorgó permiso de salida a New York en diciembre de 2011, para visitar con su pequeño hijo peruano-norteamericano a su familia. Hubo una campaña mediática de los diarios (Razón, Correo, Expreso y hasta El Comercio) en contra del permiso judicial, temiendo que no retornase. Pero, pasadas las fiestas de Navidad y Año Nuevo regresó al Perú el 11 de enero de 2012, en la fecha indicada por el juez. Asimismo, una vez cumplida su condena, de acuerdo con la Ley de Extranjería (Decreto Legislativo N° 703) fue expulsada del país (2015).

Caso Lautaro Mellado.

El ciudadano chileno Lautaro Mellado fue condenado a prisión por terrorismo del MRTA; pero, en la etapa de su liberación condicional, el juez encargado de supervisar la ejecución de la pena, le otorga permiso para ir a Santiago de Chile, por motivos de salud y familiares, hasta el 20 de febrero de 2012.

Pero, ante la presión de los medios de comunicación señalados, el Poder Judicial niega la salida del país de la ciudadana chilena Nancy Gilvonio, condenada por terrorismo, pero con libertad condicional. Además, de la eliminación legislativa el año 2010 de los derechos de libertad condicional para el delito de terrorismo, también, el 4 de enero del 2012 el Congreso aprobó un Proyecto de Ley que fue promulgado 22 de enero, eliminando la posibilidad de viajes al exterior de quienes son condenados por terrorismo y están con libertad condicional.

## **5 Derecho a la propiedad**

Caso Erasmo Mario Lombardi

El Tribunal Constitucional conoció el caso de Erasmo Mario Lombardi, de nacionalidad italiana, quien a través del amparo pretendió la nu-

lidad de la denegatoria de inscripción de la transmisión de dominio por sucesión intestada de su madre Caterina Perazzo Tolini, respecto de un predio urbano ubicado dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera del sur peruano (Línea de la Concordia).

El Colegiado abordó el caso desde el derecho a la propiedad, e interpretó – aunque de manera rígida- el artículo 71 de la Constitución Política. De tal manera, señaló que:

Si bien se establece como regla general la igualdad de condiciones entre peruanos y extranjeros a efectos de la titularidad del derecho de propiedad, así como a la legitimidad de su ejercicio y a las restricciones legales, la Constitución precisa un supuesto de excepción a dicha regla, que es la prohibición para que los extranjeros puedan acceder, bajo cualquier título, la propiedad o posesión dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras. Se desprende de ello que no pueden adquirir ni poseer directa ni indirectamente, es decir, queda excluido hacerlo a través de sociedades u otras personas jurídicas, o de interpósita persona; pues dichos actos adolecerían de simulación y fraude inconstitucional. (fundamento 5).

En virtud de lo señalado, el Colegiado brindó mérito a bienes constitucionales como la Seguridad Nacional, aunque no mencionó en específico cómo la pretensión del demandante podría constituir una amenaza y/o lesión a la preservación del mencionado bien constitucional, y determinó que dicha restricción era razonable y proporcional. Así, a pesar que la madre del recurrente tenía inscrito su derecho a la propiedad en registros públicos, consideró que Sunarp actuó en el marco de sus atribuciones y declaró infundada la demanda.

## **6 Derecho a la libertad de expresión, reunión y tránsito**

El ciudadano alemán Orhan Akman ingresó al territorio nacional bajo la calidad migratoria de turista; pero, para participar y asesorar sobre temas laborales a los sindicatos de trabajadores agrupados a UNI Global Union, organización mundial para la cual trabajaba. Motivo por el cual, participó el 15 de octubre de 2015 en una manifestación pública de protesta haciendo uso de un megáfono por motivos sindicales frente a unos 100 participantes, en el Óvalo de Gutiérrez de Miraflores.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

El señor Akman fue conducido por la policía a la Oficina del Departamento de Investigación de la División de Extranjería de la Policía Nacional, con la finalidad de identificarlo y aclarar su situación migratoria en el país. Allí, las autoridades policiales le informaron que estaba realizando actividades que no guardaban relación con su calidad migratoria. Posteriormente, emiten una resolución señalando que estas actividades suponen una alteración del orden público, habiendo incurrido en la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Extranjería (Decreto Legislativo N° 703), según la cual al extranjero que altera el orden público se le aplica la sanción de cancelación de permanencia en el país.

Sin embargo, antes de la expedición de dicha resolución salió del país y al pretender retornar le negaron la vida, debido a que había una orden de cancelación de su permanencia, con impedimento de entrada al territorio nacional.

El orden público entendido como un conjunto de valores y principios que permiten la convivencia social, justifica que se introduzcan limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales, previstas en la ley. Así, la resolución se sustenta básicamente en que el ciudadano alemán habría alterado el orden público; sin embargo, no se da mayor detalle sobre los hechos que suponen alteración del orden público. Solo se señala que participó en una marcha organizada por trabajadores de CENCOSUD, no se describe como su participación en dicha marcha de protesta terminó alterando el orden público.

La resolución desconoce que el extranjero goza de los derechos fundamentales no solo porque se lo establece la Constitución a toda persona, sino también la CADH; claro está sin alterar el orden público. Pero, en la medida que se le abrió y siguió un procedimiento sancionador no acorde a las garantías del debido proceso, se produjo una lesión a los derechos de defensa y a la debida motivación de las resoluciones, y por ello, se violaron derechos a la libertad de expresión, asociación y tránsito, garantizados por la Constitución de 1993 y la CADH.

## **7 Derecho al debido proceso**

Caso Pacheco Tineo vs. Bolivia

En 2001, los miembros de la familia Pacheco Tineo, compuesta por Rumbaldo Juan Pacheco Osco, su esposa Fredesvinda Tineo Godos y sus hijos, ingresaron a Bolivia de manera irregular. Las autoridades de migración tomaron nota de su situación migratoria y dispusieron medidas a fin

de proceder a su expulsión al Perú. El señor Pacheco solicitó al Estado el reconocimiento del estatuto de refugiados a favor de él y los miembros de su familia; sin embargo, dicha solicitud fue rechazada. De tal manera, por decisión adoptada por las autoridades migratorias la familia Pacheco Tineo fue finalmente devuelta a Perú.

En dicho caso, la Corte desarrolló el contenido del derecho de buscar y recibir asilo, conforme al artículo 22.7 de la Convención Americana, la cual no implicaba que debiera reconocerse el estatuto de refugiado a la persona solicitante, pero sí que la solicitud sea tramitada de acuerdo al debido proceso. En tal sentido, la Corte advirtió que en el caso en concreto, la familia Pacheco Tineo no contó con posibilidad alguna de conocer mínimamente las decisiones que habían sido proferidas en relación a su solicitud y su situación migratoria, pues la familia fue expulsada al día siguiente de la emisión de una resolución que no fue notificada y fue expedida en un plazo excesivamente sumario.

De tal manera, este caso es de especial importancia pues, la Corte IDH determinó un grupo de obligaciones a cargo de los Estados a fin de respetar las garantías del debido proceso en el trámite de reconocimiento del estatus de refugiado, como son las siguientes:

- A. deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR;
- B. la solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal;
- C. las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa;
- D. con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad;

- E. si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre como recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y
- F. el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada. (Párr. 159).

#### Caso Mesquita Oliviera

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre el caso del ciudadano brasileño Jesús de Mesquita Oliviera, casado con una peruana y con una hija peruana, el cual recibió una orden de salida obligatoria del país en el marco de un procedimiento migratorio sancionador, impidiéndole su reingreso a pesar de su arraigo y vínculo familiar, por violar la Ley de Extranjería (Decreto Legislativo N° 703) debido a que se encontraba con una visa de turista vencida largamente.

Este caso es de particular importancia, pues el Tribunal Constitucional recogió los estándares fijados en el caso Pacheco Tineo, abordado en párrafos anteriores. En tal sentido, el Tribunal dispuso que era exigible reconocer a los extranjeros en situación irregular las siguientes garantías formales mínimas:

- A. El derecho a ser informado expresa y formalmente de los motivos que dieron lugar a la imposición de la sanción administrativa (multa, salida obligatoria, cancelación de permanencia o residencia, o expulsión) y de los cargos en su contra, si los hubiere. La puesta en conocimiento puede darse mediante comunicación escrita dirigida al último domicilio registrado por el extranjero ante la autoridad migratoria, y contendrá copia íntegra de la resolución respectiva, o en su defecto, al momento en que el extranjero en situación irregular se apersona a la autoridad competente para regularizar su permanencia en el país. Aquí cobra especial importancia lo anotado supra respecto al

carácter excepcional de la detención administrativa de un migrante en situación lar, la cual solo se justificará cuando exista un riesgo inminente de que a futuros procesos judiciales o procedimientos administrativos y no se adviertan medidas alternativas menos lesivas que garanticen su comparecencia ante la autoridad migratoria, o cuando la persona representa un peligro para su propia seguridad o para la seguridad pública; ello durante el menor tiempo posible y a partir de una evaluación individual de cada caso, con el respeto de las salvaguardias procesales que correspondan;

- B. La posibilidad de exponer y acreditar las razones que lo asistan en contra de la sanción administrativa impuesta;
- C. La posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere;
- D. En caso de decisión desfavorable, el derecho a someter su caso a revisión ante una autoridad competente e imparcial, la cual se encuentra obligada a resolver los recursos que correspondan dentro de un plazo razonable. El migrante puede recurrir por derecho propio o a través de un representante;
- E. La eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada. (fundamento 19)

En la actualidad el Decreto Legislativo 1350 – Nueva Ley de Migraciones y su Reglamento regulan la migración en clave del goce y ejercicio de los derechos y deberes de las personas extranjeras en el Perú, impulsando el despliegue de actividades económicas formales sujetas al pago de impuestos, la regularización migratoria, así como la atención a las personas en situación de vulnerabilidad.

#### Caso Vélez Loor vs. Panamá

El ciudadano ecuatoriano Vélez Loor, fue retenido en el año 2002 en el Puesto Policial de Tupiza (Panamá), por no contar con la documentación ne-

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

cesaria para permanecer en dicho país. En tal contexto, la Directora de Migración dictó orden de detención en su contra, por lo que fue trasladado a un centro penitenciario. Se resolvió imponerse una pena de dos años de prisión por el quebrantamiento de las disposiciones del Decreto Ley sobre Migración. Posteriormente, fue trasladado al centro penitenciario La Joyita. Al cabo de un año, la Directora de Migración resolvió dejar sin efecto la pena impuesta. Finalmente fue deportado hacia Ecuador, donde luego señor Vélez Loor denunció haber sido víctima de actos de tortura y malos tratos ocurridos en los diversos centros penitenciarios de Panamá.

La Corte IDH consolidó el famoso estándar relacionado a que el ingreso irregular a un país no constituye delito. Asimismo, evaluó la violación del derecho a la libertad personal, a la luz de la orden de privación de libertad arbitraria y la falta de recursos disponibles para cuestionar la legalidad de su detención. Asimismo, observó que el procedimiento administrativo sancionatorio mediante el cual se le privó la libertad a Vélez Loor no cumplió con distintas garantías, como el derecho a ser oído y a contar con asistencia técnica letrada. Del mismo modo, la Corte advirtió que Vélez Loor no tuvo oportunidad de comunicarse con el consulado de su país ni tuvo acceso efectivo a la asistencia consular como componente del derecho a la defensa.

Un punto bastante importante es que la Corte IDH consideró que el artículo 67 del Decreto Ley N°16 era irrazonable y desproporcional (inconveniente) pues, consagraba una sanción de carácter punitivo para los extranjeros que eludieran una orden de deportación previa, y por ende, daba lugar a detenciones arbitrarias. Finalmente, el Tribunal Interamericano enfatizó en la importancia que los migrantes sean detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes.

#### Caso Mujer ecuatoriana y trabajadora sexual

El presente año, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 04729-2015-PHC/TC se pronunció respecto a un *habeas corpus* interpuesto por una mujer ecuatoriana que buscaba la nulidad de la cancelación de su residencia en el territorio nacional realizada por la Superintendencia Nacional de Migraciones. La recurrente sostuvo que fue intervenida por la Policía Nacional del Perú sin mediar delito flagrante y sin respetarse su condición de extranjera residente con calidad migratoria de trabajo, y que fue conducida a las instalaciones de la División de Extranjería de la Policía Nacional del Perú en donde se le man-

tuvo incomunicada. Lo mencionado, devino en que alegara la violación de sus derechos al debido proceso, a la defensa, a la debida motivación de las resoluciones administrativas y su derecho de ingresar, transitar y salir del territorio peruano en su calidad de extranjera residente.

El Colegiado se pronunció sobre el asunto, en mérito que a la fecha que evaluó el caso, la demandante se encontraba todavía en territorio nacional en situación de migrante irregular. Así, abordó el caso, advirtiendo que las autoridades estaban en la obligación de informar a la demandante sobre su derecho a contar con asistencia letrada y de permitirle contar con lo misma. No obstante, esto no sucedió. En tal sentido, el Tribunal enfatizó en la importancia que reviste el derecho a contar con un abogado en un procedimiento migratorio, pues este puede generar consecuencias –que sucedieron realmente en el caso- como la cancelación de la residencia y la sanción de salida obligatoria del país.

Además, resaltó la consecuencia de la falta de asistencia letrada a la demandante, como es el hecho que impidió que pudiera dar cuenta a las autoridades migratorias sobre los recursos económicos con que contaba para que éstas pudieran así evaluar de manera objetiva si es que en su caso, cabía o no la cancelación de residencia. Lo cual también generó que las mismas autoridades no pudieran emitir una decisión motivada de manera adecuada. Un punto importante a rescatar también es el fundamento de voto de la magistrada Ledesma Narváez, quien visibilizó la situación de discriminación contra la demandante, al confluir su condición de mujer migrante y trabajadora sexual.

## **8 Derecho al refugio**

### **Caso pasaporte y visa venezolana**

La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos interpuso contra el Ministro del Interior un *habeas corpus* a favor de los migrantes venezolanos que no cuentan con pasaporte, por impedirles el ingreso al territorio nacional; dado que esto viola el derecho a la libertad de tránsito, a solicitar refugio, a la igualdad y no ser discriminado, así como, el derecho de los niños y niñas.

La jueza de primera instancia consideró que la Resolución de Superintendencia N°000270-2018 que dispone exigir la presentación de pasaporte vigente a las personas de nacionalidad venezolana para efectos del control migratorio

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

de ingreso al territorio nacional, vulneró el derecho a la libertad de tránsito de los ciudadanos venezolanos que no cuenten con pasaporte; por lo que declaró fundada la demanda de habeas corpus en dicho extremo.

Por su parte, la Corte Superior de Justicia de Lima planteó que la controversia se resolverá determinando si existe o no transgresión del derecho a la libertad de tránsito. Para tal efecto, recuerda que el Estado está facultado para reglar, controlar y condicionar la entrada y admisión de extranjero (STC N°2876-2005-PHC/TC. FJ 12).

En ese sentido, los ciudadanos venezolanos que pretenden migrar a nuestro país deben cumplir con satisfacer los presupuestos establecidos con tal fin, toda vez que el derecho al libre tránsito no es irrestricto. Por tanto, tratándose de extranjeros que buscan ingresar por la frontera del país, empero aún no se encuentran dentro del mismo, no resultan de aplicación las normas de derecho interno.

Siendo así, señala la Corte Superior no es amparable a través de un hábeas corpus el acto de ingresar a otro país “sin ningún tipo de limitación”; porque no está reconocido como derecho en ningún instrumento internacional, ni en la OC-18/03 ni en la OC-21/14 de la Corte IDH; así, como tampoco en nuestro ordenamiento jurídico. Esto, debido a que los Estados conservan la potestad soberana para aceptar o rechazar el ingreso de una persona a su territorio en función de lo que establezca su normatividad migratoria. Esta decisión ha sido cuestionada por el demandante vía recurso de agravio constitucional, que se encuentra pendiente de decisión.

Además, es importante mencionar que la Coordinadora de Derechos Humanos, ha interpuesto una nueva demanda de habeas corpus, esta vez respecto a la exigencia de visa a las personas venezolanas que comenzó a regir el 15 de junio del presente año.

### **III. Conclusiones**

Los extranjeros que ingresan al Perú adquieren los derechos fundamentales de toda persona nacional, en función de su status migratorio. Esto quiere decir que los extranjeros tienen todos los derechos fundamentales de los peruanos, salvo aquellos que específicamente la ley les prohíbe o reserva para los nacionales; como por ejemplo, los derechos políticos como ser candidatos al Congreso o la Presidencia de la República; pero,

sí a las alcaldías provinciales y distritales, siempre que residan más de dos años en la localidad y se hayan registrado en el Registro Nacional de Identificación Civil (RENIEC) para tal efecto.

De los casos abordados por la justicia constitucional peruana podríamos señalar que los derechos fundamentales afectados en un inicio han sido los referidos a la libertad personal y al debido proceso, entendido este último como derecho adjetivo, protegido por las garantías judiciales de todo procesado; pero, también, como derecho sustantivo, es decir que los procesos se realicen de conformidad con leyes que no violen la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni la Constitución

En el Perú, las violaciones al debido proceso adjetivo y sustantivo por parte del Poder Judicial, en los años ochenta, se expresaron en la falta de respeto al derecho a la presunción de inocencia de los extranjeros, como en el caso de Liberona e Isnard, al vincularlos a acciones que alteran el orden público e incluso acciones subversivas, sin haber estado sometidos a un proceso judicial en el primer caso, porque fue procesado administrativamente de forma unilateral y expulsado del país, en aplicación de un Reglamento preconstitucional que proscribió determinadas ideas políticas y filosóficas –libertad de pensamiento-; lo cual violó el debido proceso sustantivo. Mientras que en el caso de Mondet Isnard fue detenido arbitrariamente por la policía y procesado de cargos de terrorismo –libertad y seguridad personal-, debiendo abandonar el país debido a las amenazas y atentado terrorista de paramilitares y a la actuación arbitraria de la Policía, violando el debido proceso adjetivo.

La privación de la nacionalidad peruana del ciudadano de origen israelí Baruch Ivcher, que se produjo durante el Gobierno de Fujimori, al convertir a su Canal de Televisión (Latinoamericana de Difusión) en opositor al régimen, luego de haber sido un aliado, demuestra como el Estado actuó premeditadamente contra un opositor, violando su derecho a la nacionalidad peruana que había obtenido lícitamente, además de las afectaciones al principio de legalidad, al abrir un procedimiento administrativo nueve años después de haber obtenido la nacionalidad, cuando había prescrito la acción para declarar la nulidad de un acto administrativo. Además, le retiraron arbitrariamente la nacionalidad peruana con una Resolución Directoral de inferior jerarquía a la resolución que le había otorgado la nacionalidad peruana (Resolución Suprema); lo cual violó el debido proceso adjetivo y sustantivo, respectivamente. Este agravio fue reparado por el gobierno democrático transitorio de Valentín

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Paniagua y la Corte IDH el año 2001 que también le restableció el derecho a la nacionalidad peruana, dada la arbitraria privación de la misma.

En el caso de las extradiciones también se puede concluir que en el caso de los requerimientos por la justicia extranjera del ciudadano chino Won Ho Wing la justicia peruana ha actuado de forma garantista en base el debido proceso sustantivo, al haberse dejado en claro que la pena de muerte había sido derogada para los delitos patrimoniales contra el Estado en China. Lo cual fue estimado por la Corte IDH, lo que permitió al Tribunal Constitucional dejar un fallo anterior que desconocía la abolición de la pena de muerte. Asimismo, en el caso del ciudadano italiano perseguido por la justicia de los Estados Unidos, el mismo Tribunal Constitucional evitó la extradición desprotegiendo la persecución de la justicia norteamericana en el caso de un proceso por delitos sexuales contra un menor de edad, sobre la base de una supuesta afectación al debido proceso adjetivo.

Mientras que en el caso Fujimori, es un ejemplo de cómo el gobierno japonés obstruyó las solicitudes de extradición del Perú contra su connacional; mientras que cuando Fujimori se trasladó a Chile, este gobierno dio trámite a la solicitud de extradición y le envió al Perú para que sea procesado por los delitos graves contra los derechos humanos, habiendo sido condenado el año 2009 a 25 años de cárcel, en un proceso justo, con las garantías del debido proceso adjetivo y sustantivo. Por ello, sus familiares y seguidores no piden la nulidad del juicio sino ahora piden su amnistía.

En el caso del ciudadano alemán que representa a una organización internacional que asesora a las centrales sindicales, se aprecia como la policía de inmigración aplica la Ley de Extranjería entonces vigente (Decreto Legislativo N° 703) sin las garantías del debido procedimiento; en la medida que disponen la cancelación de su calidad migratoria, en consecuencia su salida de país sin posibilidad de reingresar al Perú. Al respecto, cabe señalar que dicho trato ha sido reparado por el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso del ciudadano brasileiro Mesquita Oliviera, estableciendo un estándar vinculante del debido proceso sancionatorio para los extranjeros; el mismo que se condice con el Decreto Legislativo N° 1236, la nueva Ley de Migraciones.

Lo cual no es óbice para que se produzcan nuevas medidas y tratos arbitrarios, considerando la masa migratoria venezolana que viene saliendo de su país; que por distintas razones, pero sobretodo humanitarias solicitan el ingreso al Perú; pero, las limitaciones establecidas por el Gobierno como contar

con un pasaporte es un límite para poder ingresar al territorio, que la justicia ha descartado que se trate de un límite al libre tránsito; por cuanto no hay un derecho a migrar hacia el Perú, sino bajo las disposiciones legales nacionales.

A nivel interamericano, presenciamos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través por ejemplo de informes de país y temáticos como el de movilidad humana y de resoluciones de carácter exhortativo como la Res. 2/18, fijan estándares de protección de los derechos de los migrantes, atendiendo en algunos casos a fenómenos migratorios específicos como el venezolano. Estos no solo susceptibles de ser utilizados por la Corte IDH, sino por la misma CIDH en el ámbito de emisión de medidas cautelares.

Por su parte, la Corte IDH ha construido una línea de opiniones consultivas de protección de los migrantes de manera consecuente a la época en que estas fueron solicitadas, pues contribuyeron a impulsar cambios en los Estados a nivel doméstico, como el caso de la opinión consultiva N°18/04, sobre trabajadores migrantes indocumentados, hasta la más reciente opinión consultiva N°25/18, sobre el derecho a buscar y recibir asilo.

Además, mediante el ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha fijado importantes estándares de protección en materia de apatridia y nacionalidad como en los caso de las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana y Baruch Ivcher v. Perú; debido proceso en procedimientos administrativos de sanción por incumplimiento de normas internas de migración y el destierro de enfoques de punitivización de la migración como sucedió en el caso Velez Lloor v. Panamá; la inconventionalidad de las expulsiones colectivas de extranjeros, uso excesivo de la fuerza y ejecuciones extrajudiciales que se realizaron en caso Nadege Dorzema v. República Dominicana; y debido proceso en el trámite de solicitudes de reconocimiento del estatus de refugio en el caso Pacheco Tineo v. Bolivia –que incluso el mismo Tribunal Constitucional luego utilizó como parámetro de control de convencionalidad en Mesquita Oliviera.

Es en virtud de lo señalado que, resulta importante el constante diálogo entre los tribunales internos y el sistema interamericano de derechos humanos. En el caso de la justicia constitucional peruana, esta demuestra que a través de diversos procesos constitucionales ha tutelado –con avances y retrocesos- los derechos de los migrantes, y el SIDH –a pesar que la justicia interamericana posee un carácter de complementariedad- ha contribuido en la fijación de estándares mínimos para su observancia como grupo de especial protección.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Sin perjuicio de lo mencionado, los actuales patrones de migraciones masiva y forzada –como claro ejemplo es el caso venezolano- requieren una reflexión en torno a la consagración y protección constitucional y convencional de un derecho fundamental a migrar, pues finalmente esto irradiará sus efectos no solo en las políticas migratorias del país a cargo del Ejecutivo, y en los casos pendientes de decisión en el ámbito jurisdiccional, sino también en la ciudadanía, abriendo puertas a una sociedad más inclusiva.

Lima, 24 de agosto de 2019

## **A Questão dos Refugiados: Poder e Controle**

Marco Antonio Lima Berberi <sup>8</sup>

### **Introdução**

Questão que há muito desafia a humanidade, a situação dos refugiados parece mais visível hoje. Milhares de pessoas saem de seus países de origem para tentar melhor sorte em outro lugar. Não têm perspectivas em suas terras, nem documentos para livre circulação. Passam por fronteiras como criminosos e são vistos como tais onde quer que estejam. São rechaçados por onde passam, pois para a maioria do mundo eles vão tomar o lugar dos nativos, as conquistas e as oportunidades, destruir a cultura local. No Brasil, por exemplo, segundo o site do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR<sup>9</sup>:

Segundo dados divulgados pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) na 4ª edição do relatório “Refúgio em Números”, o Brasil reconheceu, apenas em 2018, um total de 1.086 refugiados de diversas nacionalidades. Com isso, o país atinge a marca de 11.231 pessoas reconhecidas como refugiadas pelo Estado brasileiro. Desse total, os sírios representam 36% da população refugiada com registro ativo no Brasil, seguidos dos congolese, com 15%, e angolanos, com 9%.

Do outro lado do Atlântico, a situação em que os refugiados se encontram é ainda pior. Quando chegam à Europa, recebem tratamento mais duro

---

8 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Procurador do Estado do Paraná. Professor de Direito no PPGD e na Graduação do UniBrasil - Centro Universitário Autônomo do Brasil. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional da UFPR (Grupo “Virada de Copérnico”).

9 ACNUR Brasil. “*Dados sobre refúgio no Brasil*”. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 14 ago 2019.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

do que o a eles dispensado no Brasil, pelo que se pode ler e ver (a tragédia nos é mostrada ao vivo) em reportagens de vários veículos de comunicação. Embarcações precárias e superlotadas, quando não naufragam no Mediterrâneo, chegam à costa italiana com pessoas em condições deploráveis. Crianças, adultos, jovens, anciões: não importa a idade, anseiam por um mundo melhor, longe das guerras e da miséria. Vêm da África, do Oriente Médio, em busca de um lugar melhor para viver, ou ainda, em busca de vida. Vida digna.

A recepção, como se sabe, não é das melhores. Nem poderia ser, pois não são cidadãos, não desfrutam das “prerrogativas da cidadania”. Chegam sem a preciosa documentação da livre circulação, o que lhes impõe a condição de seres de segunda categoria – comparáveis a semoventes, por que não dizer. Então começa um jogo de empurra sem fim; líderes das grandes nações europeias discutem a responsabilidade sobre esses seres que apareceram em seu continente e querem ultrapassar fronteiras até chegarem a um porto seguro. Aliás, uma das medidas urgentes tomadas por alguns desses líderes políticos é fortalecer o policiamento das fronteiras, inclusive com a construção de cercas para que esses seres indesejáveis não ingressem em seu território.

A título de exemplo, circulou nas redes sociais, em 2015, um vídeo sobre um debate acerca da política de asilo, em que a primeira-ministra alemã Angela Merkel é interpelada por uma adolescente palestina de 13 anos, de nome Reem - que vive com sua família na Alemanha desde 2011 –, que lhe declara, em alemão fluente, sua vontade de ir à universidade e melhorar sua vida. A família veio do Líbano, onde vivem cerca de 450 mil palestinos em 12 campos de refugiados, segundo a ONU. Em resposta, a chanceler lhe diz que a política, às vezes, é difícil e que a Alemanha não daria conta se todos os refugiados viessem para território alemão. Com a resposta, a adolescente foi às lágrimas, pois estava sob risco de ser deportada<sup>10</sup>.

Ainda mais atual é a situação dos refugiados sírios, que abandonam suas cercanias por conta de uma guerra civil que se arrasta por anos. São pessoas das mais diversas posições sociais em seu país que são reduzidas a um amontoado de seres que vagam pelo continente europeu sem destino certo. Em cálculo aproximado, seriam 5.600.000 de refugiados sírios

---

<sup>10</sup> BBC Brasil. “Resposta de Merkel leva menina palestina às lágrimas”. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150716\\_merkel\\_choro\\_menina\\_ss](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150716_merkel_choro_menina_ss)>. Acesso em 14 ago 2019.

abrigados apenas em Turquia, Líbano, Jordânia, Iraque e Egito, segundo dados recentes do ACNUR<sup>11</sup>.

Cabem, portanto, as seguintes questões: o que fazer com os refugiados? É necessário tratá-los da maneira como vêm sendo tratados? É interessante que os refugiados continuem com o status de refugiados? Finalmente: pelo pensamento economicista dominante alguém deve pagar a conta desses seres secundários. Quem?

## **Poder e Controle**

Partindo do caso acima trazido, pode-se analisar a questão dos refugiados pela perspectiva da vida e da morte, ou, melhor, do poder sobre a vida e a morte dessas pessoas. Como premissa, não é demais repetir que se trata de seres humanos, pessoas, sob qualquer ângulo de análise, para que se não perca o referencial.

Michel Foucault, como marco teórico da análise de poder, nos mostra que a vida é controlada pelo poder. Toma-se aqui a liberdade de dividir a obra de Michel Foucault em três eixos ou dimensões<sup>12</sup>: i) eixo ou dimensão do discurso; (ii) eixo ou dimensão do poder e (iii) eixo ou dimensão de si mesmo. Por tal divisão, a análise do poder vem numa segunda dimensão ou eixo, que se agrega à primeira, por sequência e por lógica (saber-poder). Em apertada síntese, pode-se afirmar que o poder, para Michel Foucault, não é entendido como, por exemplo, aquele descrito na obra de Thomas Hobbes – para quem o Estado é uma construção racional do sujeito –, ou seja, não é derivado unicamente do Estado e não somente nele (ou por meio dele) é exercido. Com isso, se abre outra perspectiva de análise: há outras formas de poder. É de se fixar, nesse texto, como ponto de partida, o século XIX, até para não se fazer regressões mais profundas que possam desvirtuar o propósito da análise. Segundo o autor<sup>13</sup>,

---

11 ACNUR Brasil. “*Síria*”. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/siria/>>. Acesso em 14 ago 2019.

12 Aqui, cabe uma observação: tal divisão é meramente didática e de responsabilidade do autor do texto, não expressando, necessariamente, a ideia de Michel Foucault sobre sua obra.

13 Foucault, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 201-202.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Parece-me que um dos fenômenos fundamentais do Século XIX foi, é o que se poderia denominar a assunção da vida pelo poder: se vocês preferirem, uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico. Creio que, para compreender o que se passou, podemos nos referir ao que era a teoria clássica da soberania que, em última análise, serviu-nos de pano de fundo, de quadro para todas essas análises sobre a guerra, as raças, etc. Na teoria clássica da soberania, vocês sabem que o direito de vida e de morte era um de seus atributos fundamentais. Ora, o direito de vida e de morte é um direito estranho, estranho já no nível teórico; com efeito, o que é ter direito de vida e de morte?

Para Michel Foucault, para além do poder do Estado, há o poder normalizador, exercido na esfera estatal (pois há espaços de interseção em que a lei é o veículo da norma, ou seja, do poder normalizador) e para além dela, e muito mais abrangente. O direito estabelece os limites negativos da ação humana e, eventualmente, diz o que se deve fazer. Já a presença do poder normalizador em nossas vidas é muito maior. Ele é muito mais presente que o poder do direito. O poder normalizador é exercido no dia-a-dia. É o que se pode chamar de micropoderes. Veja-se o exemplo do médico. Ele exerce poder sobre seu paciente, diagnosticando a doença e determinando o tratamento, tudo por meio de exames, pelos quais se pode conhecer o homem, o corpo. Cabe ao paciente, apenas, acreditar que se está submetendo a tratamento eficaz e que com ele será curado. Fica nas mãos do médico, enfim.

O poder normalizador, num primeiro momento, se manifesta sobre o corpo, individual. Michel Foucault nos explica que o Estado, desde o século XVIII, monopoliza o poder sobre as pessoas, por meio da disciplina, chegando a forjar a sociedade disciplinar, por meio da vigilância. Primeiro, a família; depois, a escola, a fábrica. E para os desenquadrados, o hospital, a prisão.

Basta ver, por exemplo, como as escolas, até hoje, ao menos na experiência brasileira, estão dispostas: grandes corredores, nos quais está presente o inspetor, com salas de aula onde o professor se posta diante da classe, em posição superior, em frente de todos, permitindo-lhe constante vigilância das ações e reações. Os alunos acompanham as aulas, com pequena possibilidade de interferência, ouvindo e anotando tudo que foi dito, para que não deixem passar nada e possam se preparar adequadamente para a avaliação formal. Claro que esse modelo sofreu – e sofre – transformações. Mas não nos enganemos: qual-

quer esforço para sair desse modelo e quebrar a estrutura, encontrará a devida resistência superior, controladora por excelência. Em suma: enquadrar, formatar, forjar são os verbos que ainda orientam, ao menos, a educação brasileira.

Para o criminoso, o tratamento é outro: primeiro se atua sobre o corpo, destroçando-o; depois, encarcera-se para normalizar. Com os loucos, num primeiro momento, não havia preocupação. Ficavam largados pelas ruas, até para que as pessoas “normais” os vissem desgraçados e agradecessem, com isso, a boa vida que têm. Num segundo momento, passou-se a normalizá-los, com a clínica e seus procedimentos (lobotomia e eletrochoque, por exemplo). Em suma: família, escola, prisão, manicômio: normalização pelo poder disciplinar.

Esse poder sobre a vida e a morte das pessoas, onde se determina quem vive e quem morre se torna estatal e se incorpora nas cartilhas contemporâneas sobre política. Mas, ainda, numa perspectiva individual, frise-se.

Ricardo Marcelo Fonseca dá-nos a configuração da sociedade disciplinar foucaultiana:

Eis então a sociedade disciplinar, do modo como aqui nos é apresentada por Foucault: um complexo aparato institucional formado a partir do século XVIII no qual os indivíduos são colocados no centro de um sistema de controle (que o isola, classifica, mede, vigia, hierarquiza, pune, premia, disciplina), de acordo com os critérios normalizadores que crescentemente se espraiam para diversos âmbitos institucionais da sociedade (prisões, escolas, hospitais, fábricas). Os indivíduos, a partir de então, sofrem uma incidência de poderes permanentes, constantes e constrictivos que não só moldam suas ações, mas, como já dito, moldam o modo como eles devem se construir em sociedade, ou seja – e aqui o ponto nodal –, moldam suas subjetividades<sup>14</sup>.

Entretanto, o poder disciplinar não é a única forma de exercício de poder normalizador, sendo apenas uma forma de normalização. Apontando a crise do modelo disciplinar, Michel Foucault nos revela o biopoder ou biopolítica, onde não se molda mais um corpo individualmente, mas um conjunto populacional. O campo de interseção entre o direito e a biopolítica, pelo modo de

---

14 Fonseca, Ricardo Marcelo. “O poder entre o Direito e a “Norma””; Foucault e Deleuze na teoria do Estado”. In: *Repensando a Teoria do Estado*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 265.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

atuação desta, é maior que aquele determinado entre direito e poder disciplinar. Exemplo disto é a Constituição dirigente, que é veículo próprio da biopolítica, que nos indica a força da expressão que caracteriza a biopolítica: fazer viver e deixar morrer. Por ela se indica o caminho de como as coisas devem ser feitas, os programas que devem implementados, visando sempre o bem da população, pela visão do Estado, óbvio, e de quebra serve como excelente mecanismo de controle.

O biopoder é uma forma de poder onde se gere a vida, ao contrário do que ocorre com poder soberano, que tinha poder de morte. Trata-se, assim, de um poder que produz vida e não a morte. Daí que o campo de incidência não é mais o corpo, mas a vida das pessoas. Como já dito, se dirige às populações e, diante disso, criam-se mecanismos de controle de massa, por meio do gerenciamento das taxas de natalidade, de mortalidade, de longevidade, a incidência de doenças. Por tais mecanismos de controle, se espera a solução de problemas da população, e não do indivíduo<sup>15</sup>.

A previdência social, por exemplo, tão criticada por economistas e vista como a grande consumidora dos recursos públicos, nada mais é do que uma estrutura capaz de por sob controle aqueles que estavam fora do mercado de trabalho e seus números (estatísticas e projeções), sejam os inválidos por doença ou pelo passar do tempo – os velhos são tidos como incapazes para o trabalho. Antes, num passado não tão distante, se vivia menos; a expectativa de vida não permitia viver depois da saída do mercado de trabalho. Hoje, ao contrário, se vive bastante mais, o que provoca um reestudo da idade mínima para aposentadoria, inclusive. Isso tudo para se manter o sistema de previdência. Mas por que não aniquilá-lo de uma vez? Talvez porque os governantes, ainda que contrários à existência da previdência – pois fazem críticas abertas aos diversos modelos –, saibam que esse “sumidouro do dinheiro público” é, de fato, importante instrumento de controle de massa.

A partir do pensamento de Michel Foucault, Gilles Deleuze articulou a ideia da sociedade de controle<sup>16</sup>, que opera com a biopolítica, a fim de que as populações sejam formatadas para convivência coletiva:

---

15 *Idem*, p. 267-268.

16 Com a devida observação que “Controle” é o nome que Burroughs propõe para a designar o novo monstro, e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo. Paul Virilio também analisa sem parar as formas ultrarrápidas de controle ao ar livre, que substituem as antigas disciplinas que

É certo que entramos em sociedades de ‘controle’, que já não são exatamente disciplinares. Foucault é com frequência considerado como o pensador das sociedades de disciplina, e de sua técnica principal, o *confinamento* (não só o hospital e a prisão, mas a escola, a fábrica, a caserna). Porém, de fato, ele é um dos primeiros a dizer que as sociedades disciplinares são aquilo que estamos deixando para trás, o que já não somos. Estamos entrando em sociedades de controle, que funcionam não mais por confinamento, mas por controle contínuo e comunicação instantânea<sup>17</sup>.

O poder normalizador é exercido, então, por meio dessas duas formas destacadas: disciplina e controle (biopolítica). É de se dizer, ainda, que não são formas excludentes de exercício do poder normalizador, mas, antes, são formas conviventes, sobrepostas.

Para Roberto Esposito, o que está em discussão é o que ele chama de “enigma da biopolítica”, ou seja, “como a biopolítica, que se caracteriza por um conjunto de ações e estratégias políticas que tem por objetivo a promoção e proteção da vida e da subjetividade, pode decair numa tanatopolítica”<sup>18</sup>, ou seja, na efetivação de ações que levem ao abandono e, por decorrência, ao desaparecimento de vidas tidas como desprezíveis e perigosas ao convívio harmônico de uma dada comunidade. Segundo suas próprias palavras, “ou a biopolítica produz subjetividade ou produz morte. Ou torna o sujeito o próprio objeto ou o objetiva definitivamente. Ou é política da vida ou sobre a vida”<sup>19</sup>.

Diante de tal enigma, Roberto Esposito passa a trabalhar com o conceito de imunização, nos moldes do sistema imunológico de um organismo. Cunha, então, a expressão ‘paradigma imunitário’. Imunização é, então, uma proteção negativa da vida, pois é possível se valer de elementos negativos (de des-subjetivação) para assegurar alguma proteção da vida coletiva (comunitária). Como para o autor o elo que une o que conhecemos por comunidade não é a identificação entre seus componentes, mas, antes, a obrigação que se contrai com o outro (ônus), e requer uma adequada desobrigação (desoneração). Em

---

operavam na duração de um sistema fechado.” (Deleuze, Gilles. *Conversações: 1972-1990*. Trad. Peter Pál Pelbart. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2013, p. 224).

17 *Idem*, p. 219-220.

18 Espósito, Roberto. *Bios: biopolítica e filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 65.

19 *Idem*, p. 55.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

suma, pelo seu pensamento, ninguém é detentor de direitos, diretamente, mas apenas por via indireta, pelo cumprimento das obrigações dos outros. Essas sim, as obrigações, são diretas.

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações pode provocar a reação da comunidade, tal qual um organismo que reage, isolando aquilo que o incomoda. Aqui, apenas como exemplo, lembre-se da experiência higienista do nazismo, que isolou aquilo que incomodava a perfeita harmonização da sociedade alemã, o que configura a desnaturação da biopolítica em tanatopolítica.

Como assevera Marcos Nalli, “Uma vida, uma subjetividade extrínseca às normas comunais, não é uma vida a ser protegida, mas uma vida a ser suprimida por ser um potencial perigo à comunidade em sua totalidade: É pela simples possibilidade de se configurar como perigo em potencial que ela deve ser ao menos isolada e excluída”<sup>20</sup>. Daí é possível concluir que “a tese da defesa do organismo diante dos perigos de contaminação adotada pela patologia é antes a metáfora política da proteção e fortificação das cidades contra as ameaças externas”<sup>21</sup>.

Partindo dessa breve análise sobre poder e controle, especificamente centrada no pensamento foucaultiano, com colaboração dos ensinamentos de Deleuze e Esposito, pode-se traçar algumas linhas de resposta às perguntas lançadas na introdução deste trabalho.

## **Os Refugiados**

A migração de povos não é assunto novo. Há tempos as pessoas migram de seus lugares de origem em buscas de novos horizontes, novas perspectivas. Apenas para que se tenha um recorte no pensamento, tem-se o exemplo do Brasil. Vários movimentos migratórios tiveram (e têm) como destino nosso país. Os motivos são diversos. Tome-se, mais restritamente, o exemplo dos italianos, por todos. Para cá vieram em busca da terra prometida pelo Estado brasileiro, para cultivá-la e produz alimentos. Depois de uma chegada conturbada - cuja análise aqui não cabe, pois não é essa a pretensão -, os italianos se estabeleceram, trabalharam, criaram gerações de brasileiros deles descen-

---

20 Nalli, Marcos. “A abordagem imunitária de Roberto Esposito: biopolítica e medicalização”. In: *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, vol. 09, nº 02 jul-dez 2012, p. 45.

21 *Idem*, p. 8.

dentos. Nas regiões sul e sudeste há a maior concentração desses descendentes de italianos. E assim ocorreu com outros povos, como notório.

Desse sucinto relato é preciso se extrair o que mais importa para o assunto que se trata: não houve resistência (ao menos aberta) do Estado brasileiro em acolher os estrangeiros. Ao contrário, como já dito, o governo brasileiro da época acenava com melhores dias aos migrantes italianos. O problema, então, se estabelece quando os migrantes não são bem-vindos, formando hordas de refugiados.

Os refugiados, em suma, são aqueles que tentam abrigo em outro lugar que não o seu de origem e, em determinadas situações, não encontram boa recepção. Refugiam-se em outro lugar à espera de uma vida melhor. Os sírios, já mencionados, saem de seu país, deixando a guerra civil para trás, para salvar suas vidas; os palestinos, em busca de uma terra, já que não têm sua própria. Vários povos africanos fazem o mesmo, na esperança – não raras vezes vã – de uma oportunidade para recomeçar, sob o norte da tranquilidade, ainda que aparente.

É notório que esses migrantes sofrem para ultrapassar fronteiras, pois sobre elas há forte vigilância<sup>22</sup>. Os Estados protegem suas fronteiras, para proteger seus cidadãos; esse é o discurso que lastreia a política internacional sobre migração. Essa vigilância não é propriamente sobre seu povo, mas sobre o outro. Não é uma vigilância sobre o comportamento do cidadão, mas sobre os movimentos dos não-cidadãos. A disciplina que se quer não é interna. Quer-se uma normalização do lado de fora, para que do lado de dentro nada se modifique. O panóptico<sup>23</sup> está voltado para fora, não para dentro. O vigia volta-se para os que não-são, para os que não-estão, mas querem ser e estar. Os refugiados não são cidadãos dos países para os quais querem migrar e, ao mesmo tempo, não querem voltar a ser cidadãos de onde partiram. Conclui-se, portanto, que são não-cidadãos.

---

22 Em reportagem de 05 de julho de 2019, Nick Megoran, professor de Geografia Política na Universidade de Newcastle, alertou que “Mais pessoas morreram nas fronteiras da União Europeia do que em qualquer outra fronteira do mundo”. (Folha de S. Paulo. “*Carnificina na Líbia reflete fracasso da política migratória da União Europeia*”. Disponível em: <<https://mundialissimo.blogfolha.uol.com.br/2019/07/05/carnificina-na-libia-reflete-fracassos-da-politica-migratoria-europeia/>>. Acesso em 14 ago 2019).

23 Figura que Foucault descreve em *Vigiar e Punir*: história da violência nas prisões. Foucault, Michel. *Vigiar e Punir*: história da violência nas prisões. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Uma vez que ultrapassam fronteiras, por conta de falhas no sistema de segurança ou por piedade do vigilante – que, desafiando a norma, se reconhece no outro – acabam por não serem bem recebidos aonde chegam, formando o que se chama de “campo de refugiados”. A formação desse “campo”, todavia, favorece o controle e a vigilância. Permanecem lá, como um não-ser. Passam a ser problema, desafio, não mais do Estado que os expulsou (direta ou indiretamente), mas do Estado que não os recebeu, mas no qual estão. Sobra a pergunta: o que fazer com eles?

Enquanto não se equaciona o problema – se é que se quer, de fato, equacioná-lo –, parece melhor deixá-los assim, em campos, agrupados, como uma massa uniforme, sem identidade, isolados e vigiados. A imunização de Roberto Esposito aparece aqui com força. Inocular, como um corpo estranho que ameaça a vida do organismo atacado. O controle estatal sobre eles difere do controle sobre os seus cidadãos, pois eles não têm número de carteira de identificação; não possuem registro, nem outro papel. Mas, como os loucos antes das clínicas, permanecem na vitrine dos horrores, até para que os cidadãos possam render graças ao seu Estado pela vida boa que têm. Ainda, servem de cola que une a população local, numa época de individualismos, de fragmentação, de ausência de coletividade. Dão sentido à união de todos contra o invasor: o inimigo, que sustenta o estado de exceção. O Estado, preocupado com a vida dos seus cidadãos, os faz viver sem. Assim, os refugiados, ao que parece, têm futuro esperado: ficaram à própria sorte e morrerão. Viver e deixar morrer, quanto melhor que não sejam cidadãos.

E até lá, pergunta-se quem pagará a conta, exigência imposta pelo mercado, motor das relações humanas para a teoria neoliberal. Ocorre que as coisas não devem passar desta maneira, sobretudo pela perversidade de deixar o mercado comandar a vida em sociedade, como se faz hoje, justamente porque exclui, retira do cidadão esta sua qualidade (de ser cidadão, simplesmente pelo fato de estar em sociedade), para atribuir cidadania àqueles que, além de estarem em sociedade, possam ajudar a engrenagem do *deus-mercado* funcionar.

Assim, para ser cidadão por esta visão, para o homem ser sujeito de direitos e por eles exigir e clamar, não basta que viva em sociedade; precisa-se de algo mais: precisa, o indivíduo, poder agir (economicamente falando) dentro das normas produzidas, espontaneamente, pelo mercado, legitimado pelo Estado no comando da vida dos cidadãos. Está-se, hoje, pelo viés neoliberal, diante de uma cidadania que não é, enquanto concebida no pensamento político liberal; de uma,

então, *cidadania condicionada aos elementos mercadológicos*, pois, preenchidas determinadas condições, confere-se, ao indivíduo, a qualidade de ser cidadão.

Plauto Faraco de Azevedo, em observação precisa sobre as artimanhas neoliberais e o *status quo* caótico que se tenta implementar com tal teoria, aduz:

Não é necessário ser particularmente perspicaz para perceber que a representação da realidade feita pelo neoliberalismo - em que avulta o caráter central e prescritivo do mercado, de que decorrem a escala de valores e as regras segundo as quais os homens devem viver -, constitui uma visão unilateral de determinada categoria de homens, atentos fundamentalmente à realização de seus interesses pessoais, que pretendem fazer passar pelos interesses universais do gênero humano, a qual teria o condão de pôr fim à história. O que haveria mais a inventar, a concretizar culturalmente, a realizar civilizatoriamente, além do caráter auto-regulador do mercado? É bem verdade que a pretensão resulta contrastada pelo constante crescimento do número dos desempregados, dos subempregados, dos que vivem abaixo da linha de pobreza, dos que passam fome. Mas, na retórica do mercado sem peias (providencialmente esquecida das crises e da miséria do tempo do liberalismo econômico estrito), tudo haverá de arranjar-se com privatizações tão abrangentes quanto indiscriminadas, com a “desregulamentação” crescente da economia (leia-se desconstrução dos direitos e garantias individuais, resultado de seculares lutas sociais) e com a globalização econômica, alardeada como a última das virtudes da modernidade.<sup>24</sup>

É preciso, pois, ficar de olhos bem abertos com o *canto da sereia* neoliberal que seduz num primeiro momento, aqueles que têm poder de consumo mas, no seguinte, vai enredá-los numa teia sem saída, onde ver-se-ão cercados pela imensa massa de indigentes que eles mesmos deram causa. Provoca-se, com isso, o medo do *outro*, onde reinam a presunção de má-fé e de culpa, subvertendo-se, assim, as regras do jogo colocadas pela sociedade civil.

Assim, diante das exigências neoliberais, se esquece de que se está a tratar de seres humanos, sejam os refugiados ou os nativos, e que a pergunta sobre a conta a ser paga não cabe. Em suma, as pessoas não são uma conta a ser paga.

---

24 Faraco de Azevedo, Plauto. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 106.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

## Conclusão

O pensamento único, centrado no modelo consumista, produz cada vez mais uma horda de pessoas sem rumo, cujas vidas parece não fazer sentido. As pessoas passam pela vida, constando formalmente dos projetos do futuro sem, contudo, lá estarem ou poderem estar efetivamente. Os refugiados, assim como os miseráveis – no projeto neoliberal -, não têm presente e apenas ficam com a esperança de um futuro melhor. Mas que futuro pode existir se não há presente? O alento de dias melhores é uma absoluta mentira, a olhos vistos.

A falta de ação diante de situações como essa nos remete à “vergonha de ser um homem”. Gilles Deleuze, em análise do pensamento de Primo Levi, faz perfeita colocação sobre tal vergonha:

Fiquei vivamente impressionado com todas as páginas de Primo Levi onde ele explica que os campos nazistas introduziram em nós “a vergonha de ser um homem”. Não, diz ele, que sejamos todos responsáveis pelo nazismo, como gostariam de nos fazer crer, mas fomos manchados por ele: mesmo os sobreviventes dos campos tiveram que fazer concessões, ainda que para sobreviver. Vergonha por ter havido homens para serem nazistas, vergonha de não ter podido ou sabido impedi-lo, vergonha de ter feito concessões, é tudo o que Primo Levi chama de ‘zona cinzenta’. E quanto à vergonha de ser um homem, acontece de a experimentarmos também em circunstâncias simplesmente derrisórias: diante de uma vulgaridade grande demais no pensar, frente a um programa de variedades, face ao discurso de um ministro, diante de conversas de ‘bons vivants’.<sup>25</sup>

Lançando mão dessa colocação, pode-se transpassá-la para os dias atuais e prever que a sensação de vergonha logo se abaterá sobre todos. Vergonha de estar diante do sofrimento de vários seres humanos que se sentem menos pelo simples motivo de não estarem registrados, de não estarem em conformidade com as regras do mundo formal, mas, mesmo assim, serem vigiados e controlados pelo Estado do qual esperavam um alento, como a menina palestina Reem na interpelação dirigida a Angela Merkel. Portanto, a crise imposta pelo pensamento neoliberal, por mais que sensível, passa, em realidade, à margem

---

25 Deleuze, Gilles. *Conversações: 1972-1990*. Trad. Peter Pál Pelbart. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2013, p. 216-217.

do pensamento contemporâneo, porque num lugar muito mais perigoso: a falta de percepção do humano.

A pretexto de conclusão, trecho do poema *Ode ao irmão do mundo*, de José Ernesto Erichsen Pereira, jornalista e escritor de Palmeira, interior do Estado do Paraná/Brasil, escrito ainda na década de 1960, que condensa a ideia de que somos todos seres humanos e que a conta neoliberal jamais se fechará:

Eu bem sei que os felizes não emigram.  
Eu sei que só os oprimidos, quando fortes,  
Abrem os caminhos da libertação.  
Eu sei, irmão: São duros esses caminhos!  
As sendas de Israel deixando o Egito,  
as trilhas dos negros para o Jabaquara...  
Caminhos de multidões famintas, que, aos farrapos,  
vão deixando um pedaço “de trapo em cada espinho  
e uma gota de sangue em cada trapo...”  
Multidões que almoçam e jantam sacrifícios  
e dejuam a miragem do maná do sul de um novo dia.  
- Vem, irmão do Mundo!  
- Vem bater na minha taça verde de esperança  
a tua taça de fel da tua enorme angústia!  
Meus grandes braços são como a rosa-dos-ventos.  
- Vê, irmão: - Estendo-os de mim na direção de todos.  
- Vem, irmão do mundo.  
Vem redimir-te, vem crucificar-te no simbolismo de amor da cruz des-  
tes meus braços,  
pela redenção do Homem de Amanhã,  
do Homem que há de vir,  
para se sentir feliz e à vontade  
em qualquer parte da Terra.  
Eu sou o irmão que te espera,  
e que te espera como quem espera  
o Homem que tem fome e sede de Justiça,  
o homem preparado para herdar a Terra.  
Vem, irmão do Mundo!  
Abro-te os meus braços em cruz, - quero abraçar-te!<sup>26</sup>

---

26 Erichsen Pereira, José Ernesto. “*Ode ao irmão do mundo*”. In: *Coleção didática*. Luíza Pereira Dorfmond (org.). 5º Livro. São Paulo: Vozes, 1967.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

## Referências

ACNUR Brasil. “Dados sobre refúgio no Brasil”. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 14 ago 2019.

ACNUR Brasil. “Síria”. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/siria/>>. Acesso em 14 ago 2019.

BBC Brasil. “Resposta de Merkel leva menina palestina às lágrimas”. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150716\\_merkel\\_choro\\_menina\\_ss](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150716_merkel_choro_menina_ss)>. Acesso em 14 ago 2019.

Deleuze, Gilles. *Conversações: 1972-1990*. Trad. Peter Pál Pelbart. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2013.

El país. “ONU pede reassentamento de 10% dos refugiados da Síria acolhidos pelos países vizinhos”. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/30/internacional/1459332870\\_180792.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/30/internacional/1459332870_180792.html)>. Acesso em 14 ago 2019.

Erichsen Pereira, José Ernesto. “Ode ao irmão do mundo”. In: *Coleção didática*. Luíza Pereira Dorfmund (org.). 5º Livro. São Paulo: Vozes, 1967.

Esposito, Roberto. *Bios: biopolítica e filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2010.

Faraco de Azevedo, Plauto. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000.

Folha de S. Paulo. “Carnificina na Líbia reflete fracasso da política migratória da União Europeia”. Disponível em: <<https://mundialissimo.blogfolha.uol.com.br/2019/07/05/carnificina-na-libia-reflete-fracassos-da-politica-migratoria-europeia/>>. Acesso em 14 ago 2019

Fonseca, Ricardo Marcelo. “O poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na teoria do Estado”. In: *Repensando a Teoria do Estado*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

Foucault, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Foucault, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

Nalli, Marcos. “A abordagem imunitária de Roberto Esposito: biopolítica e medicalização”. In: *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, vol. 09, nº 02 jul-dez 2012.



**DIREITOS FUNDAMENTAIS  
SOCIAIS, DESENVOLVIMENTO  
E SUSTENTABILIDADE**



# Estado Social, Desenvolvimento Humano e Sustentabilidade na América Latina

Gina Vidal Marcílio Pompeu<sup>1</sup>

## Introdução

Cumpre na VI Jornada de Direitos Fundamentais da América Latina, repensar o escopo do Estado e das instituições no século XXI, haja vista que os dados estatísticos apontam para uma realidade inconciliável entre crescimento econômico, desenvolvimento humano e formação de capital humano. O *locus* acadêmico é primordial, pois irradia e capilariza informações e ideias para que ocorra o processo de tese e de antítese que constrói e transforma os rumos da história, da economia, do direito e por consequência dos povos. Este artigo faz parte das pesquisas desenvolvidas pelo Grupo de pesquisas relações econômicas, políticas, Jurídicas e Ambientais da América Latina (REPJAAL). Os membros pesquisadores desse grupo investigam o constitucionalismo e a efetivação dos direitos fundamentais nos países da América Latina. Em 2019 o REPJAAL dedica fundamental atenção aos países latino-americanos, haja vista que a UNIFOR sedia as VI Jornadas de Direitos Fundamentais, da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia.

---

1 Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004), com estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal (2017). Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1994) Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1987). Advogada inscrita na OAB-CE sob o n. 6101. Atualmente é Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Mestrado e Doutorado. Analista Legislativo – Advogada NSP 23 da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. É membro associado do Conselho de Pesquisa e Pós Graduação em Direito - CONPEDI, da Associação Brasileira de Ensino do Direito ABEDi, e do Grupo Internacional de Pesquisa Desenvolvimento Humano e Segurança Social na América Latina. É coordenadora do grupo de pesquisas REPJAAL, Relações econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais da América Latina cadastrado no CNPQ, bem como é líder do CELA, Centro de Estudos Latino-Americano da Universidade de Fortaleza. Email: ginapompeu@unifor.br

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

O grupo de pesquisa agrega alunos da iniciação à pesquisa e da pós-graduação, mestrandos e doutorandos que têm por *mister* estudar as funções do Estado e das instituições, com o objetivo de apontar mecanismos capazes de promover a efetivação dos direitos fundamentais e do desenvolvimento sustentável.

Nesse contexto visa a desenvolver processo de conhecimento das identidades culturais e provocar a troca de informações sobre os campos da política, da economia, social, cultural e jurídico para, por fim, gerar a noção de responsabilidade individual e coletiva, essenciais à formação de capital social nos países da América Latina.

A metodologia envolve pesquisa interdisciplinar com orientação epistemológica na teoria crítica, congrega teoria e práxis e articula Direito, Sociologia e Economia. O texto adota os raciocínios indutivo e dedutivo, em pesquisa qualitativa, com as técnicas de revisão bibliográfica, documental e estatística. São usadas análises que privilegiam os dados oriundos da ONU, da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, CEPAL e dos relatórios do *Doing Business* 2018, publicação do Banco Mundial e da Corporação Financeira Internacional. Estes relatórios apresentam análise comparativa entre as economias de 189 países.

Pesquisadores da melhor estirpe investigam as características de cada um dos países da América Latina. Observam os regimes políticos, a forma de Estado, a forma de governo, as expectativas e decepções da população, bem como suas características intrínsecas. Verificam as opções do poder e das políticas implementadas no ensaio de fazer com que estratégias sejam viáveis, para transpor o viés de antigas colônias de exploração para Estados que respeitem e efetivem os direitos fundamentais e sociais e que buscam conciliar liberdade com igualdade.

Constata-se que o Século XXI exige personagens responsáveis pelos próprios sonhos e opções. Um Estado interventor que recai em regimes ditatoriais de poder e não privilegia a efetivação do patamar mínimo civilizatório tende a ser rechaçado e condenado na esfera local e global. A velocidade das informações assevera a verdade exposta por Sartre, para quem *L'enfer sont les autres*.

Constata-se que a extensão territorial brasileira, bem como o diverso processo de colonização e a junção de múltiplas culturas estrangeiras e indígenas contribuíram para que o Brasil direcionasse as suas atenções para o próprio Estado (população, território e poder de mando). Nessa vertente, negligencia, durante alguns séculos, os demais países da Amé-

rica do Sul. No campo das artes, cultura e literatura, o exemplo a ser seguido era o europeu; já no que é pertinente à política e à economia, o paradigma dos Estados Unidos se faz presente.

Na virada do século XIX para o século XX, o Brasil Império foi substituído pela República Federativa dos Estados Unidos do Brasil. O país seguiu regras, moldou os hábitos da população, realizou a Grande Naturalização<sup>2</sup> de todos os estrangeiros residentes no país e, posteriormente, na Segunda Guerra Mundial, aderiu ao comando americano. Até mesmo, depois do período do Governo Militar, com a promulgação da Constituição de 1988, optou pela democracia participativa e pelo liberalismo econômico. Reconheceu os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa em Estado democrático de direito.

Acontece que, no Brasil, a ideia redentora do regime democrático não correspondeu às expectativas da população, haja vista que se encontra repartida em minoria, que goza dos privilégios do desenvolvimento neoliberal, e em maioria, cuja força do trabalho não lhe oportuniza nada mais que o alimento diário; ou inclui-se, ainda, considerado percentual que vive sob o que se vulgarizou chamar “abaixo da linha de pobreza”. Pesquisa do PNUD, de 2018, revela que 25% da população brasileira vive abaixo da linha da pobreza, ou seja, 50 milhões de pessoas recebem menos de 2 dólares por dia, apesar do Brasil encontrar-se na 8ª posição no ranking de crescimento econômico.

Em razão da exacerbada concentração de renda, fala-se que no Brasil do Século XXI ocorre o oposto da máxima de **Abraham Lincoln** para quem a democracia é o **governo do povo, pelo povo**, para o **povo**, no Estado brasileiro, essa ideia reverte-se no governo de 1%, para 1% e por 1% da população.

---

2 O Governo republicano do Marechal Deodoro da Fonseca resolveu decretar a Grande Naturalização, em 14 de dezembro de 1889. Nesse contexto, todos os estrangeiros residentes no país, que, no período de seis meses, não manifestassem interesse em conservar sua nacionalidade de origem, passariam a ser considerados brasileiros.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu



**208 milhões de pessoas**  
**8ª economia do mundo**  
**79º IDH**

**Fonte: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD.**

Disponível em:  
[http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018\\_human\\_development\\_statistical\\_update.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018_human_development_statistical_update.pdf)

Fonte: Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22916-protacao-social-cresce-mas-encara-desafios-de-financiamento-para-futuro>. Acesso em 10 de abril de 2019.

A virada do século XX para o século XXI, e o movimento de globalização e de formação de blocos territoriais provocou a reflexão sobre a necessária compreensão entre os países latino-americanos. A economia de mercados internacionais e a frustração com a democracia aproximam os povos da Argentina, Bahamas, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. Locais aonde o sonho e a razão de espanhóis, portugueses, indígenas, africanos, indígenas, entre outros que vieram para ficar, confundem-se e constroem a realidade de milhões de pessoas.

É hora de novos descobrimentos e constatações; é tempo de reatar os laços da história tecida por dois pequenos Estados que desbravaram o oceano e em verdadeiro processo de globalização, incluíram nas rotas econômicas todo cone sul. Nesse sentido, é preciso construir, no século XXI, mecanismos e instituições capazes de garantir crescimento econômico sustentável e desenvolvimento humano, e por fim cumprir as metas dos objetivos de desenvolvimento sustentável enumerados pela Organização das Nações Unidas.

Salienta-se, contudo, que rechaçar a democracia em busca de déspotas esclarecidos é retrocesso às ditaduras já experimentadas. Postergar a efetivação dos direitos sociais e a inclusão de um sem-número de pessoas como sujeitos de direito trata-se de omissão inaceitável.

Assim como, já não comporta promulgar leis com a previsão de efetivação de direitos prestacionais sem a respectiva dotação orçamentária. A insinceridade normativa faz prosperar uma teoria da justiça calcada no “institucionalismo transcendental”; essa situação, por vezes, frustra aqueles que se hajam destinatários de direitos. Prioriza-se então, a aplicação da teoria da justiça diante do caso concreto, “focada em realizações” inerentes ao acolhimento, inclusão e garantia do acesso aos direitos sociais e ao emprego e à renda. A efetivação de direitos sociais, na América Latina, requer destinação orçamentária, inclusão da pauta na agenda de políticas públicas, priorização quando da elaboração das leis orçamentárias nas esferas municipal, estadual e federal. (local e nacional)

Nesse contexto, o artigo visa fomentar reflexão sobre o modelo de Estado que melhor se adapta à época de mundialização de conceitos e dos pressupostos da dignidade da pessoa em defesa da humanidade; independente do espaço geográfico por ela ocupado. Pontua-se, então, a existência de duas ordens, aquela oriunda da reafirmação dos direitos humanos, que sempre são confirmados na esfera global, principalmente após tragédias e crises, e, por outro prisma, analisa-se a soberania do Estado. Discute-se sobre o retorno ao Estado-Nação, ou Estado Regulador, agente capaz de conciliar os interesses oriundos da globalização da economia com as necessidades da população.

Observa-se a capacidade de atrair empresas e fazer negócios nos países latino-americanos, ao tempo em que se reverbera a favor de um tipo de gestão empresarial capaz de conciliar lucro, planeta e pessoas e assim observar as recomendações da ONU, no que concerne aos direitos fundamentais. Fala-se do Estado comentado por Paulo Bonavides,<sup>3</sup> aquele de todas as classes, o Estado fator de conciliação, mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital.

## **1. A Efetivação dos Direitos Sociais**

Com a secularização do poder, o homem passou a depositar no Estado, um sem número de reivindicações que o transformaram em essencial à vida

---

3 Bonavides (1980, p. 206-207).

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

em comunidade e ao pleno desenvolvimento dos direitos de personalidade. Exige-se do Estado bem mais que a obrigação de não fazer e de se submeter aos ditames de uma constituição. As prestações positivas, no que concernem à efetivação dos direitos sociais, não podem ser negligenciadas.<sup>4</sup>

O século XVIII mudou o rumo da história da humanidade. Os problemas políticos e sociais da humanidade começaram a ser discutidos: os direitos do homem, os limites do poder do Estado, a definição de liberdade individual, o relacionamento entre o Estado e a Igreja, a igualdade civil diante da justiça e da lei e a identidade dos destinatários da política do Estado. Perguntava-se: Quem é o povo? Por ironia, um clérigo da Igreja Católica foi aquele que incentivou o povo a se transformar no que hoje se conhece por poder constituinte. *Emmanuel Siéyès*<sup>5</sup> (1748-1836) escreveu *O que é o terceiro estado?* e, com isso, traduziu o descontentamento da população diante dos privilégios conferidos ao clero (primeiro Estado) e à nobreza (segundo Estado). No século XXI, as perguntas de *Siéyès*<sup>6</sup> fazem-se repetir e incluem um quarto Estado (o assalariado), a quem são exigidos inúmeros sacrifícios em nome da estabilidade econômica, tais quais a flexibilização das normas trabalhistas e previdenciárias e a redução de salários.

Certamente as respostas não virão com a fragilização do Estado, tampouco por meio de indústrias transnacionais, para as quais não interessa onde seus produtos são fabricados, desde que sob o menor custo; mas, objetivamente, interessa-lhes qual o mercado que pode consumir a produção. Mercado que não tem rosto, cor, nem passado ou futuro, que ignora os Estados e as nações.

A ordem econômica e a ordem social inseridas no constitucionalismo do século XXI mostraram-se insuficientes para garantir o desenvolvimento humano proporcional ao crescimento econômico. Apesar da oitava<sup>7</sup> posição

---

4 Hannah Arendt discute a confusão entre a secularidade e a mundanidade. Alerta que a secularização, como evento histórico e tangível, significa a separação entre religião e política, implica o retorno à atitude cristã de conceder a César o que é de César e a Deus o que é de Deus não uma perda de fé e intranscendência (ARENDDT, 2007, p. 265).

5 Siéyès (2001).

6 Siéyès (2001).

7 De acordo com os dados de cada país relativos a 2019, o Centre for Economics and Business Research aponta o Brasil como a nona maior economia mundial. Fica atrás dos Estados Unidos, China, Japão, Alemanha, França, Índia e Itália, respectivamente. Disponível em: <<https://cebr.com/welt-2019/>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

alcançada pelo Brasil no *ranking* internacional de desenvolvimento econômico, o Relatório do Desenvolvimento Humano de 2018, divulgado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), classifica o Brasil na 79ª posição, entre 189 países avaliados pelo índice.<sup>8</sup> Nesse diapasão persiste o conflito das abissais diferenças entre as classes sociais e econômicas no Brasil, assim como em vários outros países em desenvolvimento. Amartya Sen, na obra *Desenvolvimento como Liberdade*, destaca tais diferenças que podem ser perversas:

Um número imenso de pessoas em todo o mundo é vítima de várias formas de privação de liberdade. Fomes coletivas continuam a ocorrer em determinadas regiões, negando a milhões a liberdade básica de sobreviver. Mesmo nos países que já não são esporadicamente devastados por fomes coletivas, a subnutrição pode afetar numerosos seres humanos vulneráveis. Além disso, muitas pessoas têm pouco acesso a serviços de saúde, saneamento básico ou água tratada, e passam a vida lutando contra uma morbidez desnecessária, com frequência sucumbindo à morte prematura.<sup>9</sup>

A resposta ao capitalismo global do século XXI somente será possível se oriunda da consciência individual da viabilidade do bem-estar coletivo. Tarefa que, necessariamente, exige esforços, decisão, renúncia e constante acompanhamento da gestão pública, bem como requer Governos politicamente responsáveis com a garantia de efetivação prioritária dos direitos sociais e com a integração entre as regiões e a esfera internacional. Primordial é valorizar a informação e, sobremaneira, o conhecimento, haja vista que possibilitam o acesso ao emprego e à renda.

Apesar de os países da América Latina possuírem problemas e aspectos diversos uns dos outros, possuem desafios econômicos muito semelhantes, entre eles, implementar ações que combatam a desigualdade social e o dever de incluir 200 milhões de pobres; rechaçar a corrupção endêmica; e, modificar a concentração de terras rurais nas mãos de pouquíssimos proprietários para, assim, evitar a falta crônica de gêneros alimentícios. O *World Economic*

8 Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/14/brasil-tem-pequena-melhora-no-idh-mas-segue-estagnado-no-79lugar-em-ranking-global.ghml>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

9 Sen (2010, p. 29).

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

*Forum*<sup>10</sup> alerta que para incrementar a competitividade, alguns aspectos devem ser superados, tais quais: facilitar o acesso à obtenção de financiamentos; simplificar a complexa regulação tributária; diminuir a carga fiscal; modernizar a burocracia; combater a corrupção; modernizar a infraestrutura, principalmente na área de transportes; além de imprimir celeridade e estabilidade no funcionamento da Justiça.

O Século XXI, tempos de globalização econômica e de acesso à informação, trouxe ao ser humano a consciência coletiva do bem-estar e de suas liberdades. Elevou a expectativa de obter do Estado um padrão de comportamento, em que não há espaço para o patrimonialismo, para a pessoalização do poder e para a exclusão do cidadão de um sem-número de oportunidades calcadas no desenvolvimento humano e econômico. Essa situação de ser social, comunitário, e também ser global, conhecedor do processo e das relações entre as comunidades globais, exige do Estado que assuma um novo dever de garantir um patamar mínimo de condições aos seus nacionais para que desempenhem efetivamente as suas capacidades.

Configuram-se não raras opiniões que negam valor jurídico aos direitos sociais, que os caracterizam como meras declarações de boas intenções, de compromisso político, constituindo verdadeira fraude aos textos constitucionais. Observa-se que a distinção entre direitos civis e políticos, com respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais, indica a viabilidade imediata exclusiva dos primeiros, porquanto se limita à obrigação de não fazer, de abster-se, por parte do Estado, enquanto que os direitos sociais implicam o nascimento de obrigações de fazer, e a conseqüente necessidade de utilização do erário, para promover serviços de saúde, assegurar a educação, manter o patrimônio histórico e cultural, proteger a infância e a maternidade. Assim, sob a óptica dos que negam a efetividade dos direitos sociais, as expressões usadas nas constituições ou leis devem ser entendidas de forma metafórica ou em sentido figurado.<sup>11</sup>

*Konrad Hesse*<sup>12</sup> discorre sobre o discurso de *Ferdinand Lassalle* proferido em Berlim, em 1862, no qual ele diferencia a Constituição real de um país da

10 Disponível em: <<http://www.weforum.org/videos/what-are-global-agenda-councils>>. Acesso em: 19 de abril de 2019.

11 Pompeu (2005, p. 269-277).

12 Hesse (1991).

Constituição jurídica; esta, um simples pedaço de papel (*ein Stück Papier*), cuja capacidade de regular e motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real, formada pelos fatos originados das vontades de forças ativas e interesses diversos dos latifundiários, da grande indústria e do capital, do poder militar e, em menor escala, dos detentores do poder intelectual, da consciência e cultura gerais. Para *Lassalle*<sup>13</sup> questões constitucionais não são jurídicas, são apenas políticas e as forças políticas movem-se consoantes suas leis. Tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, e a normatividade submete-se à realidade, ao fato concreto.

Verifica-se que persiste, em 2019, o duelo representado e exposto por *Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle*. A base calcada na realidade dos países latino-americanos, aparentemente, confirma a teoria de *Lassalle*. Os pactos e convenções internacionais não obrigam os Estados-membros à execução de metas objetivas que garantam os direitos sociais. A eficácia dos direitos sociais é questionada. Mesmo que previstos pela Constituição Federal brasileira há mais de 30 anos, como direitos públicos subjetivos com aplicação imediata, não lograram êxito na realidade.

Uma das promessas normativas da democracia é a de que os cidadãos terão respeitados os seus direitos, o que pressupõe a presença normativa e institucional do Estado. Infelizmente, a combinação de alto índice de corrupção, fragilidade dos partidos políticos, baixa eficácia de políticas públicas includentes, investidas indiscriminadas do Estado liberal e de crise fiscal, impedem que Estado e Governo democrático estejam, efetivamente, presentes, o que produz, como resultado, uma atitude ambivalente da população latino-americana, que ainda tem, em relação à democracia, a sensação de que dela não resulta qualquer impacto positivo na qualidade econômica de suas vidas e na diminuição da extrema concentração de renda.<sup>14</sup> Nesse viés observe-se o resultado das estatísticas abaixo no que concernem ao índice de crescimento econômico e aos índices de desenvolvimento humano:

---

13 Lassalle (2008).

14 Linz e Stepan, (1999, p. 203-226).

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
 Prof. Dr. Humberto Nogueira  
 Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu

País	Crescimento Econômico	Desenvolvimento Humano índice geral	Desenvolvimento Humano na América Latina
Chile	41°	44°	1°
Argentina	21°	47°	2°
Bahamas	131°	54°	3°
Uruguai	78°	55°	4°
Costa Rica	77°	63°	5°
Panamá	74°	66°	6°
Trinidade e Tobago	109°	69°	7°
Cuba	64°	73°	8°
México	15°	74°	9°
Venezuela	Sem classificação no período	78°	10°
Brasil	8°	79°	11°
Equador	62°	86°	12°
Peru	49°	89°	13°
Colômbia	38°	90°	14°
República Dominicana	69°	94°	15°
Paraguai	91°	110°	16°
Bolívia	95°	118°	17°
El Salvador	105°	121°	18°
Nicarágua	123°	124°	19°
Guatemala	70°	127°	20°
Honduras	107°	133°	21°
Haiti	142°	168°	22°

Fonte: **Banco Mundial (2017)** <http://data.worldbank.org/data-catalog/world-development-indicators>.

**PNUD (2018)** [http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018\\_human\\_development\\_statistical\\_update.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018_human_development_statistical_update.pdf)

Constata-se que a crença na democracia e nos seus valores é tarefa de construção diuturna, a exigir empenho da sociedade, que fiscaliza, denuncia e requer investigação sobre atos suspeitos de corrupção. Requer do poder político que assuma o seu papel nas democracias representativas de realizar investigações aprofundadas, para trazer ao debate político o interesse social. Exige-se do Estado, que respeite a lei e priorize a efetivação dos direitos sociais por meio das leis orçamentárias e promova a Justiça.

Assim, o Estado deve superar o debate entre o ato discricionário e o ato vinculado. Deve afirmar que todos os registros financeiros serão, rotineiramente, sujeitos

à inspeção e que todos os servidores, no controle de verbas públicas, têm o dever de usar procedimentos transparentes e serão responsabilizados pelo mau uso de verbas públicas em objetivos privados, prevendo a restituição dos valores e até a prisão.

A ética global impulsiona o sentimento de pertencer a Estados centrais, logo, os Estados periféricos necessitam inovar e aperfeiçoar o seu poder de mando, quebrar barreiras, azeitar a máquina estatal com objetivos comuns às três funções estatais nas diversas regiões; somente então será possível, por meio de um projeto nacional, deixar a condição de país periférico e viabilizar a inserção na condição de país central, aliando o desenvolvimento humano ao crescimento econômico.

A estrutura do Estado democrático é comprometida quando não existe um mínimo de igualdade de oportunidades, por não se efetivarem os direitos sociais básicos. Não há de se falar em democracia quando grande parte da população do país não dispõe de alimentação, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados; e quando se constata presentes a fome, o abandono, o desamparo e a insensibilidade, que banalizam a crueldade da situação social. As pessoas encontram-se desvestidas, sobretudo, de direitos.

Os princípios de regulação inerentes ao Estado (Igualdade), ao Mercado (Liberdade) e à Sociedade (Fraternidade) devem-se fazer presentes concomitantemente, haja vista que sem um patamar mínimo<sup>15</sup> de igualdade material não existe povo livre e igual, sustentáculo do Estado Democrático de Direito. *Johan Galtung*<sup>16</sup> assevera que ao se enxergar os índices de violência física, observa-se apenas o ápice de um iceberg, cuja base de violência estrutural e cultural resta invisível à parcela da população e às ações estatais. Essa violência cotidiana contra a maior parte da população dos Estados periféricos submerge como a base do iceberg.

## **2 Desafios dos Países Latino-Americanos Diante da Violência, da Corrupção E da Necessidade de Gerar Emprego e Renda**

O avanço notado no que é pertinente à cidadania política nos países da latino-americanos não foi o mesmo em relação à cidadania social, que constitui o principal problema das democracias nos países da América do Sul. Pobreza

---

15 POMPEU (2017, p.165)

16 GALTUNG, Johan (1996)

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

e desigualdade não permitem que os indivíduos se expressem com liberdade. Nesse triângulo - democracia eleitoral, pobreza e desigualdade - coabitam liberdades políticas com severas privações materiais, em que, dificilmente, consolidam-se direitos civis e sociais. Alcançar maiores níveis de desenvolvimento é uma aspiração tão forte, que leva muitos cidadãos brasileiros à afirmação de que estão dispostos a apoiar um regime autoritário, se este regime responder às suas demandas de bem-estar. Esquecem-se de que, nas democracias, hoje convertidas em sinônimo de liberdade e justiça, aqueles que carecem de bem-estar social e sofrem injustiças podem reclamar, mobilizar-se em defesa de seus direitos.

Nota-se que o multiculturalismo nos países latino-americanos não resultou ainda na formação de uma verdadeira identidade nacional, não se reconhece no outro, a si mesmo, sujeito de direitos e deveres. Prepondera o desinteresse, o desconhecimento pelo passado e pelo bem público, espera-se por salvadores da pátria, mas os heróis ou os estadistas são facilmente esquecidos. O sentimento de nação, de pertencer, de projetos comuns, somente é observado diante de jogos mundiais de futebol.

A construção de nações passa pelo conhecimento e discernimento acerca dos fatos, ideias e valores sobre a decisão do que pode ser considerada essência da condição humana. Em tempos de globalização, sobretudo de ideias, faz-se necessário romper o individualismo e assumir uma posição de igualdade coletiva, senão falsa será a imagem da igualdade propagada pela lei e provocada pelo consumo de produtos transnacionais. Não é tão somente vestindo as mesmas roupas que sociedades tão díspares serão iguais. A situação apenas camufla a realidade de cada nação, da exploração econômica de uma maioria por uma minoria. Apenas essa minoria parece ser sujeito de direitos.

Assim, nos países membros da América Latina, coabitam desigualdade econômica e social, bem como severos índices de corrupção, esta que é a maior inimiga dos fins republicanos. De acordo com o sítio do Organismo Transparência Internacional, quanto maior a posição, mais elevado é o grau de corrupção nos serviços públicos. O index de percepção da corrupção apresentado avalia quesitos como suborno, desvio de fundos públicos, uso de cargos públicos para ganhos privados, nepotismo no serviço civil e captura do estado em 180 países. Para a Presidente Delia Ferreira Rubio<sup>17</sup>, a corrupção

---

17 Disponível em : <<https://www.transparency.org/cpi2018>>. Acesso em 27 de agosto de 2019. <<https://www.worldatlas.com/articles/murder-rates-by-country.html>> Acesso em 27 de agosto de 2019.

floresce em países de fracas fundações democráticas, por vezes manipuladas por governos populistas e antidemocráticos em seu próprio favor. Dentre os membros da América Latina, apenas Uruguai, Barbados, Chile, Bahamas, encontram-se entre os 30 países menos corruptos.

Enumera-se ainda, o índice de violência calculado mediante a taxa de homicídios, para cada 100.000 habitantes, em 216 países. Nesse diapasão, o Brasil tem uma taxa de 25,2 mortes por cem mil habitantes, o que lhe coloca entre a maior taxa de violência na América Latina e na 18ª posição no ranking de violência na esfera mundial.

**Index de percepção da corrupção (CPI)/ Taxa de homicídio por país**

<b>País</b>	<b>Corrupção</b>	<b>Violência</b>
Uruguai	23º	80º
Barbados	25º	88º
Chile	27º	135º
Bahamas	29º	13º
Costa Rica	48º	71º
Cuba	61º	118º
Trinidade e Tobago	78º	15º
Argentina	85º	102º
Panamá	93º	62º
Colômbia	99º	12º
Brasil	105º	18º
El Salvador	105º	5º
Peru	105º	64º
Equador	114º	43º
Bolívia	132º	44º
Honduras	132º	1º
Paraguai	132º	62º
México	138º	22º
Guatemala	144º	6º
Nicarágua	152º	47º
Haiti	161º	58º
Venezuela	168º	2º

Fonte: disponível em: <<https://www.transparency.org/cpi2018>>. Acesso em 27 de agosto de 2019. <<https://www.worldatlas.com/articles/murder-rates-by-country.html>> Acesso em 27 de agosto de 2019.

Observa-se que algumas soluções para melhorar a perspectiva do ranking de homicídios perpassam por ações do Executivo, do Judiciário e do Legislativo. As-

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

sim, deve-se começar pela priorização de políticas públicas inerentes à efetivação dos direitos sociais, sobretudo aqueles consistentes no acesso à saúde, à educação e à capacitação para o trabalho. Focar nas necessidades das classes e bairros mais carentes, nas áreas problemáticas e comunidades em risco deve ser o passo inicial.

Garantir sistemas de justiça eficazes, completos com investigações eficientes e julgamentos justos é outra solução. Constata-se o dever de tomar decisões no âmbito local e internacional. O Legislativo deve exercer o controle e a fiscalização da boa aplicação dos recursos públicos e participar efetivamente da elaboração e aprovação das leis orçamentárias. Deve abrir espaços para ouvir a população e suas demandas, assim como realizar audiências públicas. Sociedade e Estado devem fazer um pacto de proteção da vida humana.

*Aléxis de Tocqueville* (1805-1859), magistrado e parlamentar francês, entrou para a história das ideias políticas por defender a democracia, a liberdade e a igualdade. A temática constante é a conciliação entre a liberdade individual e política de cada cidadão, e a realidade social, política e econômica existente. Para *Tocqueville*, o mal moral é o individualismo, ferrugem da sociedade, que torna o cidadão vazio de toda a essência do civismo e do interesse do bem coletivo. O individualismo faz do homem escravo, que oscila entre a servidão e o egoísmo. Indiferente ao destino do lugar em que mora, não se interessa pelos acontecimentos. Narra os fatos, alheio a tudo, como se a esfera pública pertencesse a um desconhecido chamado Governo. Diz *Aléxis de Tocqueville* no texto de introdução à sua obra:

O desenvolvimento gradual da igualdade das condições é um fato providencial. Possui suas principais características: é universal, é duradouro, escapa cada dia ao poder humano; todos os acontecimentos, bem como todos os homens, contribuem para ele. Seria sensato acreditar que um movimento social que vem de tão longe possa ser suspenso pelos esforços de uma geração? Alguém acredita que, depois de ter destruído o feudalismo e vencido os reis, a democracia recuará diante dos burgueses e dos ricos? Irá ela se deter agora, que se tornou tão forte e seus adversários tão fracos? Aonde vamos então?<sup>18</sup>

Valores humanos devem ser transnacionais, atravessar Estados e ser inseridos nas constituições e ordenamentos jurídicos. Nesse contexto, o mundo deve ser

---

18 Tocqueville (1998, p. 11).

plano. Pondera-se, porém, para o necessário desenvolvimento local, haja vista as necessidades específicas de cada região. Ciente desse fato, a Constituição brasileira de 1988, no inciso terceiro do art. 3º, adota como objetivo fundamental erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Já no art. 43, a mesma Constituição reafirma metas para a redução das desigualdades regionais, delineando um Estado Regulador que visa conciliar os valores sociais do trabalho com a livre iniciativa nos planos nacionais e regionais.

As constituições dirigentes do final do Século XX preveem condições que garantam a integração e o desenvolvimento de suas regiões, tais quais: incentivos com os juros favorecidos para o financiamento de atividades prioritárias, isenções e reduções ou diferimento temporário de tributos federais, porém questões constitucionais permanecem em conflito com as decisões administrativas e econômicas. Nesse viés efetivar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa por meio da atração de novas empresas não parece ação exitosa na maioria dos países da América Latina. Vale incluir nessa pesquisa os dados inerentes ao *Doing Business*,<sup>19</sup> relatórios do Banco Mundial que medem a regulamentação do ambiente de negócios e assim direciona as empresas a buscarem novas sedes para implantarem suas filiais.

O *Doing business* analisa quesitos sobre as leis e regulações que facilitam ou dificultam as atividades das empresas em cada economia, nessa vertente publica indicadores quantitativos acerca das regulações das atividades comerciais e sobre a proteção dos direitos de propriedade, que podem ser comparados através de 190 economias: do Afeganistão ao Zimbábue. Examina especificamente as dificuldades para a abertura de empresas e registro de propriedade; obtenção de energia elétrica, comércio internacional, execução de contratos e resolução de insolvência e regulamentação do mercado de trabalho. Nesse cenário de 2019, apenas México mostra-se em situação confortável, senão, observe-se:

**Classificação relativa à facilidade para fazer negócios dentre 190 analisados:**

País	Classificação internacional	Classificação no contexto latino-americano
México	54º	1ª
Colômbia	65º	2ª

19 Disponível em: <http://portugues.doingbusiness.org/>. Acesso em 22 de abril de 2019.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Costa Rica	67°	3 <sup>a</sup>
Peru	68°	4 <sup>a</sup>
Panamá	79°	5 <sup>a</sup>
El Salvador	85°	6 <sup>a</sup>
Uruguai	95°	7 <sup>a</sup>
Guatemala	98°	8 <sup>a</sup>
República Dominicana	102°	9°
Trinidad e Tobago	105°	10°
Brasil	109°	11°
Paraguai	113°	12°
Bahamas	118°	13°
Argentina	119°	14°
Honduras	121°	15°
Equador	123°	16°
Barbados	129°	17°
Bolívia	156°	18°
Haiti	182°	19°
Venezuela	188°	20°

Fonte: Disponível em: [http://portugues.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report\\_web-version.pdf](http://portugues.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf) Acesso em: 27 de agosto 2019

Diante dos dados estatísticos acima apresentados, nota-se que nem sempre crescimento econômico indica um bom desenvolvimento humano, por vezes a ausência de capacitação para o trabalho, a concentração de rendas, a ausência de priorização de destinação orçamentária para a efetivação de direitos sociais, fíndam por comprometer os índices de violência e de difícil atração de investimento internacional. Mantem-se um círculo vicioso que requer para a sua superação um Estado comprometido com a justiça social e com os bons

princípios da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e sobremaneira eficiência. Carece sobremaneira, nos regimes democráticos, incentivar o controle social e o incremento de instituições.

## **4 O Desenvolvimento e a Crise do Estado Social**

Para que se avance na ideia de desenvolvimento humano e coletivo é necessário entender a construção do Estado e as formas que tem assumido no decurso da história. Inúmeras são as interpretações que os cientistas, políticos, economistas e juristas lhe vêm conferindo, quanto à forma de governo, à forma de Estado e ao regime político. A figura do Estado toma feições diferentes a cada época; é moldado pelos interesses econômicos, e ainda, em face das necessidades humanas.

O pensamento sobre o Estado, em sua defesa ou oposição, permeia ao longo dos últimos quatro séculos a doutrina de cientistas políticos, filósofos, economistas e juristas, como *Adam Smith*.<sup>20</sup> Viveu no período de 1723 a 1790 e marcou a base do desenvolvimento econômico ao defender um Estado não intervencionista, responsável somente pelo necessário para o livre desenvolvimento do indivíduo. No processo de tese e antítese, sobressai-se a partir do século XIX, a teoria de *Karl Marx*,<sup>21</sup> que pregava a abolição do trabalho assalariado, da propriedade privada e, por fim, do próprio Estado. Já no século XX, os dilemas entre o poder, a lei e os direitos sociais são retratados, especialmente, por três juristas que merecem destaque: *Carl Schmitt*,<sup>22</sup> para quem soberano é quem decide sobre o Estado de exceção, defendia o primado do político sobre o jurídico, na busca da unidade política e da homogeneidade; *Hans Kelsen*<sup>23</sup> enaltecia a garantia jurisdicional da constituição e o primado da Lei, contrário senso, *Herman Heller*<sup>24</sup> preocupava-se com o poder político e com a inclusão dos direitos sociais no âmbito constitucional e legal. Indicava ser o socialismo não a superação, mas o refinamento do Estado. Sua visão eco-

---

20 Smith (2008).

21 Marx e Engels (2006).

22 Schmitt (2007).

23 Kelsen (2007).

24 Heller (2002).

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

nômica do Estado já previa que não se devia afastar a função política em nome da produção de uma economia coletiva, mas controlar a ação da lei econômica por meio da função política.

Já *Hannah Arendt* analisa o sistema de estados nacionais europeus, em face ao encolhimento econômico e geográfico da Terra, diante da mundialização. Verifica que a prosperidade e a depressão tendem a ser fenômenos globais. Da maneira como a família e a propriedade familiar foram substituídas pela participação das classes no território nacional, as sociedades circunscritas pelos Estados nacionais passaram a ser substituídas pela humanidade. O Planeta substituiu os restritos territórios dos Estados. A autora prevê proporções radicais para o processo de alienação do mundo, desencadeado pela expropriação e caracterizado por um crescimento de riquezas. Ressalta, de outra maneira, que:

Os homens não podem ser cidadãos do mundo como são cidadãos dos seus países, e homens sociais não podem ser donos coletivos como os homens que têm um lar e uma família e são donos de sua propriedade privada. A ascensão da sociedade trouxe consigo o declínio simultâneo das esferas pública e privada; mas o eclipse de um mundo público comum, fator crucial para a formação da massa solitária, e tão perigoso na formação da mentalidade, alienada do mundo, dos modernos movimentos ideológicos de massas, começou com a perda, muito mais tangível, da propriedade privada de um pedaço de terra neste mundo.<sup>25</sup>

Norberto Bobbio pautava a defesa do Estado fundamentado no regime democrático. Este Estado é o resultado da inspiração moral baseada na responsabilidade individual que reivindica uma economia antimonopolista. Ela é avessa aos privilégios dos grupos e necessita de uma estrutura não monística, mas pluralista do direito. Exige uma religiosidade interior que brote da intimidade da consciência. “Uma democracia que não seja o revestimento formal de uma sociedade aberta é uma forma sem conteúdo, é uma falsa democracia, uma democracia enganadora e não sincera.”<sup>26</sup>

Ressalta-se a participação na construção dos Estados do Direito Humanitário propagado por Fábio Konder Comparato, para quem os fins republi-

---

25 Arendt (2007, p. 269).

26 Bobbio, (2001 p. 99).

canos devem ser alcançados por meio da democracia participativa e dos instrumentos da soberania popular.<sup>27</sup> Comparato, ao tratar a grande opção da humanidade, no século XXI, preleciona que a vida econômica não deve ser submetida à ilimitada acumulação do capital privado, deve se organizar no sentido de atender às necessidades e utilidades públicas. Compete às autoridades governamentais, com a aprovação popular e por meio de estímulos e sanções adequadas, apontar, nas diretrizes programáticas, a direção a ser cumprida pelas empresas, visando à produção de bens e serviços de interesse coletivo. O ideal do capitalismo financeiro, da realização de lucros sem produção de bens ou a prestação de serviços à comunidade, deve encontrar, no povo e no Estado-Nação, opositores atentos e eficazes.

A Constituição Federal de 1988, que introduziu a ordem econômica com o fito de concretizar a ordem social, sucumbe a cada dia diante da ordem financeira. Caricatura do previsto por Schmitt, no Brasil, o estado de exceção permanente tem decisões tomadas pelo guardião da Constituição (o Judiciário). Em nome do neoconstitucionalismo, extrapola a efetivação judicial dos direitos individuais e coletivos previstos na Constituição de 1988 e, por fim, usurpa o poder de decisão oriundo da vontade popular. O Juiz Hércules substitui os instrumentos democráticos, e atenta à harmonia entre as funções do Estado.

Vive-se entre o Estado policial e o Estado judicial, e engatinha-se no Estado democrático de direito. O Estado, de acordo com o pacto social, deveria proporcionar assistência e proteção aos seus cidadãos, porém, ele próprio é quem, muitas vezes, persegue e viola os direitos humanos, seja por abuso de autoridade, seja por desestruturação política e econômica. Márcia Morikawa sinaliza para a maioria dos casos em que o próprio Estado é o perseguidor; nesse diapasão, os institutos internacionais negam proteção e assistência humanitária internacional, alegando tratar-se de um assunto interno, questão de soberania<sup>28</sup>.

Do passado colonial e escravocrata ao Brasil do século XXI permanece a característica de concentrada distribuição de renda e de riquezas. A política social que se estabeleceu no país, e que perdura até hoje, prioriza a aplicação de recursos nos grandes centros urbanos, em confronto com o texto da Cons-

---

27 Comparato (2001, p. 445-470).

28 Morikawa (2006, p. 16).

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

tituição brasileira de 1988. Diante desse fato, formam-se cidadãos de primeira e de segunda categoria. Observa-se a concentração de riquezas e de capital humano no Sudeste do país, cujo polo dinâmico da economia proporciona um sistema social mais bem distribuído. Em outro viés, gastos insuficientes com a efetivação dos direitos sociais aliados aos interesses patrimonialistas, mantidos pela classe política dirigente, resultaram, no Brasil, em ausência de capital social, de participação política e de melhores oportunidades de emprego e renda para a maior parcela da população.

A pequena organização social e política do povo brasileiro dificulta a formação e a manutenção de instituições de controle social. Ricardo Sayeg, em tese de livre docência, preleciona que para agravar a situação, o Brasil é importador de tecnologia e as suas instituições são marcadas pela inconsistência, pela falta de recursos materiais e pelo despreparo de seus quadros, com sobrecarga de tarefas. Proliferam denúncias de abusos de autoridade, de um lado, e de corrupção, prevaricação e favorecimento, de outro.<sup>29</sup>

Somente uma população consciente da sua cultura, da sua história, dos valores e das tradições é capaz de se posicionar como sujeito de direitos e deveres. Reconhece que as autoridades constituídas do Estado nada mais são do que seus representantes nas suas funções legislativas, judiciárias e executivas, e que têm como essência de suas funções a promoção da justiça e do bem comum. Os agentes do Estado devem verificar, constantemente, se as normas por eles aplicadas são boas, de fato e de direito, se atendem aos apelos sociais. A sociedade é maior do que o Estado; e o homem, consciente do seu papel de construtor de uma realidade melhor (mais justa e igual), é o agente desta sociedade.<sup>30</sup>

A soberania do povo é que indica os caminhos a serem seguidos pelas funções legislativa, executiva e judiciária do Estado. Fator que deve conjugar interesse popular nacional com aqueles oriundos da economia global, opondo-se aos elementos que contrariam o bem-estar coletivo. Por fim, deve o Estado vedar condutas e regular as conveniências particulares que se opõem à efetivação do interesse público. Essa é a essência do Estado, razão do pacto social. A soberania popular definirá o objetivo comum e o destino do Estado de alcançar o bem-estar social. Ao se distanciar dos seus elementos funda-

---

29 Sayeg (2008).

30 Pompeu (2005).

dores, população, território delimitado e determinação do poder de mando, o Estado corre o risco de esmaecer.

No Estado democrático de direito, há de se respeitar a Constituição e de se desejar, profundamente, que ela dirija os caminhos das funções deste Estado. Rompeu-se a barreira do século XXI com as mesmas preocupações e angústias decantadas em séculos passados: melhor qualidade de vida, liberdade e igualdade para todos. Direito ou utopia no Brasil e na América do Sul? Não é nova, contudo, a crença de que, sem a participação popular, sem as cobranças sociais e vigilância diuturna, sem restaurar as noções de ética e de dignidade humana, todos os direitos permanecerão inertes.<sup>31</sup>

## **5 Globalização e o Retorno ao Estado Regulador**

Terminada a primeira metade do século XX, marcada pelas duas grandes guerras mundiais, pela crise econômica dos anos 1930 e ainda por vários regimes totalitários que impregnaram a Europa e a América Latina, a segunda metade do século XX tendeu a defender o regime democrático e os direitos humanos em tempo de prosperidade econômica. Foi nesse contexto que se renovou o liberalismo econômico do século XIX e a formação de um mercado mundial ou global caracterizado pela desestatização ou pelas privatizações, pelo colapso dos segundo (União Soviética e satélites) e terceiro (subdesenvolvidos) mundos na ordem econômica internacional.

O século XXI apresentou uma reviravolta no cenário internacional, sobremaneira no final da primeira década, com o agravamento e a internacionalização da crise econômica de 2008, que se espalhou pela União Europeia. O que parecia distante, no perfil de consumo americano, a combinação alta dos juros e a inadimplência repercutiram em perdas consideráveis nas instituições bancárias que investiam nos títulos advindos dos contratos do tipo *subprime*. Dessa forma, o que era pontual a um setor do mercado de consumo, alastrou-se por outros ramos e ultrapassou as fronteiras do território norte-americano.

A Europa, por sua vez, tem enfrentado as consequências da crise e dos programas de salvamento de seus sistemas financeiros, o que afetou as posições

---

31 Pompeu (2007, p. 35-48)

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

fiscais que em alguns casos mostravam algum grau de debilidade anterior. Isso trouxe para o ambiente externo a incerteza quanto à sustentabilidade da dívida soberana de um grupo de países cujos níveis de endividamento e perspectivas de déficits públicos persistentes indicavam uma deterioração da sua capacidade potencial de cumprir seus compromissos ao mesmo tempo que deviam efetuar a renovação de parte importante da dívida pública (Espanha, Grécia, Irlanda, Itália e Portugal).

Grécia e Irlanda tiveram de ser objeto de programas de resgate por parte da União Europeia e do Fundo Monetário Internacional (FMI), enquanto os prêmios por risco da dívida soberana dos demais se elevaram. Esses eventos, somados ao anúncio do programa de expansão da liquidez nos Estados Unidos, induziram uma variabilidade nas cotações de moedas e nos preços externos dos produtos básicos. Tem-se a presença de um evento econômico, de caráter sistêmico, que envolve a atuação conjunta de Estados, indivíduos e Organismos internacionais e que ameaça a estabilidade da comunidade europeia e a toda sociedade internacional.

Para que estes países não fossem excluídos de referido bloco comunitário, uma série de negociações foram iniciadas com o propósito de, no plano internacional, serem geradas garantias para que estes Estados devedores não convertessem suas dívidas em efetivos calotes, mas que, em contrapartida, os países afetados criassem novas regras internas que demonstrassem de forma efetiva o comprometimento com suas responsabilidades internacionais, devendo criar regras que afetassem positivamente as condutas orçamentárias, com repercussão nas questões dos Estados, das empresas e dos indivíduos.

Pondera-se para o fato de que a globalização recria as regiões, com uma ordem local comandada por uma ordem global. Os acontecimentos estão entrelaçados como os caules das cerejas. Em um dado momento, quando a crise se instala, as demandas por regulação crescem. Constata-se que elas não podem ser efetivadas nem localmente, nem globalmente. Nesse contexto, observa-se a necessidade do retorno ao Estado-Nação, aquele que repensa suas ações e valores a partir das dores locais, da capacidade e das condições da população e do setor produtivo, incluindo as empresas de pequeno e médio portes, visando a reestruturar o Estado, seus sacrifícios e prioridades. A vigília atual é para que o desenvolvimento econômico não se limite à especulação financeira e à concentração de renda, não prospere sobre o término do Estado-Nação e de seu elemento essencial: a população. Não há de se falar em Estado demo-

crático de direito sem a democratização econômica, sem a formação de instituições e do próprio povo.

Observa-se que o vazio deixado pelo Estado tem sido preenchido, como diz Francis Fukuyama, por uma mistura heterogênea de corporações internacionais, organizações não governamentais, organizações internacionais, sindicatos do crime e grupos terroristas. Para o autor, na ausência de uma resposta clara, não há outra escolha que a de retornar ao modelo Estado-Nação, soberano, mais forte e mais eficaz.

Somente os Estados são capazes de fazer agregar e distribuir poder legítimo. Este poder é necessário, em termos nacionais, para fazer com que as leis sejam cumpridas, e no plano internacional, para preservar a ordem mundial. Aqueles que se manifestaram a favor do “crepúsculo da soberania” – quer sejam partidários do livre mercado, à direita, ou multilateralistas comprometidos com a esquerda – precisam explicar o que irá substituir o poder dos Estados-nação soberanos no mundo contemporâneo.<sup>32</sup>

Na atualidade, é possível observar o enfraquecimento do Estado, seja pela diminuição da máquina estatal, seja pelo surgimento de blocos econômicos. Países componentes da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – (OCDE) foram os pioneiros na adoção de medidas que diminuíram o ritmo de investimento direto do Governo, sobretudo em razão do aumento dos gastos sociais e de previdência, e promoveram o processo de transferência, por venda ou concessão, de empresas estatais a entidades privadas. Estes processos foram posteriormente introduzidos nos países em desenvolvimento por meio do Consenso de Washington, que enumerava 10 regras básicas as quais deveriam ser seguidas para o ajustamento macroeconômico dos países. Assim imperavam a disciplina fiscal; a reorientação das despesas públicas; a reforma tributária; a liberalização financeira; as taxas de câmbio unificadas e competitivas; a liberalização do comércio; a abertura a investimento estrangeiro direto; a privatização; a desregulamentação; o direito de propriedade seguro.

Kenichi Ohmae<sup>33</sup> exalta a geopolítica de um mundo sem fronteiras e o fim do Estado-Nação, cujos líderes têm em mente a proteção do território, dos

32 Fukuyama (2005, p. 156-157).

33 Ohmae (1999, p. 73-95).

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

recursos, de empregos, ou tão somente a exaltação da soberania, afugentando novos recursos e novos talentos. A economia seria domada pela política que tinha como prioridade atender, por meio do protecionismo, empresas nacionais e manter o Governo atual no poder. Ele aponta que a essência do desafio não é resolver todos os problemas na esfera local, mas possibilitar sua solução, aproveitando os recursos globais. O autor indica um novo tipo de Estado, os Estados-Regiões, cuja eficácia dependeria de sua capacidade de explorar soluções globais, melhorar a qualidade de vida de seu povo, atraindo e aproveitando a capacidade e os recursos da economia global, adaptando-os às necessidades locais. Não deveria, apenas, repelir tal economia, para que interesses específicos pudessem florescer.

*Robert Reich*, 36 Professor da Universidade da Califórnia em Berkeley, afirma a necessidade de reconstrução da democracia, que, objetivamente, reflete o que a maioria quer para a sociedade como um todo. Não há de se esperar que as empresas ou consumidores e investidores sejam os responsáveis pela definição dos rumos da sociedade e do próprio Estado. O papel do capitalismo é fazer o bolo crescer.

Definir como o bolo será fatiado e decidir sobre o que fazer com suas fatias é algo que cabe à sociedade. Esse papel é atribuído nas democracias ao Estado, por meio de seus poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Estes criam leis e normas, fiscalizam a sua aplicação, e, por fim, controlam os excessos do capitalismo. É exigido do Estado o pleno exercício da função Judiciária, que deve ser célere, por meio de decisões previsíveis, mas independente para apreciar caso a caso a perda ou a ameaça aos direitos individuais e coletivos, humanos, sociais e econômicos, entre indivíduo e indivíduo, ou entre Estado e indivíduo.

Robert Reich<sup>34</sup> argumenta que o capitalismo pode ser uma condição necessária à democracia, porém, a democracia pode não ser essencial para o capitalismo. Observe-se o exemplo da China. Absolutamente necessária à democracia é a participação popular que cobra a presença de um Estado regulador.

Celso Lafer<sup>35</sup> ao examinar as diferenças entre globalismo e globalização, enaltece o Direito Internacional Público Contemporâneo; ao tutelar o *princípio de autodeterminação dos povos* como critério de independência e auto-

---

34 Reich (2007).

35 Lafer (2009).

nomia dos Estados, chancela a importância atribuída por Hannah Arendt à fundação do *nós* de uma comunidade política e reconhece a esperança que pode trazer a liberação de uma antiga ordem colonial ou baseada em impérios dinásticos por meio da liberdade do agir conjunto.

A globalização cultural e econômica não é em si uma maldição ou uma benesse, como afirma Luiz Carlos Bresser-Pereira<sup>36</sup>. É um sistema de intensa competição entre Estados nacionais, por meio de suas empresas, que deve fortalecer o Estado fiscal, administrativa e politicamente, ao mesmo tempo em que confere às empresas nacionais condições de competitividade internacional. Para o autor a globalização é um estágio do capitalismo em que Estados-Nação cobrem o Globo Terrestre e competem, economicamente, entre si, por meio de suas empresas. Um governante é bem-sucedido se logra taxas de crescimento maiores do que a dos países julgados concorrentes.

O Brasil, como os demais países da América Latina, dotou-se de Estado, sem a formação de uma sociedade nacional. Deixavam de ser colônia de Portugal e da Espanha para serem subjugados por outros países já em pleno desenvolvimento econômico. Restavam elites ambíguas, que ora se afirmavam como nação, ora cediam à hegemonia ideológica externa. O desenvolvimento permanece impedido, pela falta de nação, e encontra obstáculo na exacerbada concentração de renda, que, além de injusta, é campo propício ao populismo, à flexibilização do trabalho e à precarização da força de trabalho, viabilizando, por fim, a baixa de salários.

Segundo o relatório da CEPAL de 2018, Panorama Social da América Latina,<sup>37</sup> e conforme assinalado em edições anteriores do Panorama Social da América Latina, a desigualdade de renda entre os domicílios e as pessoas diminuiu apreciavelmente na região desde o início da década de 2000. A média simples dos índices de Gini de 18 países da América Latina baixou de 0,543 em 2002 para 0,466 em 2017. Contudo, o ritmo de redução se desacelerou nos anos recentes: a diminuição anual média do índice foi de 1,3% entre 2002 e 2008, 0,8% entre 2008 e 2014 e 0,3% entre 2014 e 2017.

A desigualdade na apropriação da renda gerada no processo produtivo entre o capital e o trabalho, que se manifesta em baixa participação

36 Bresser-Pereira (2007, p. 64-96).

37 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2018).

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

dos rendimentos do trabalho na renda nacional, é também uma característica histórica das economias latino-americanas e caribenhas. Contudo, tal como se observa em relação à distribuição da renda corrente dos domicílios, desde meados da década de 2000 a participação da massa salarial na renda total cresceu em 8 dos 15 países da região sobre os quais se dispõe dessa informação e reverteu-se a queda observada desde os anos 70.<sup>38</sup>

A valorização do trabalho e o respeito à diversidade cultural e de opiniões são qualidades inerentes ao cidadão brasileiro e ao cidadão do mundo. São essas características que engajam o homem na responsabilidade com a humanidade e sua emancipação. Joaquim Nabuco,<sup>39</sup> dando continuidade a sua obra abolicionista, afirmava a necessidade de construção de uma cidadania universal: “A política exterior que se pode qualificar de permanente é aquela em que uma Nação procura construir, ao lado de outra, um destino comum.”

Francis Fukuyama<sup>40</sup> constata que “[...] a arte de construção de Estados será um componente essencial de poder nacional, tão importante quanto a capacidade de utilizar forças militares tradicionais para a manutenção da ordem mundial.” O novo desenvolvimento é obra coletiva nacional que conta com instituições políticas e econômicas voltadas para o funcionamento dos mercados, mas que promovem desenvolvimento econômico e social.

Por meio da presença do Estado e das instituições, o desenvolvimento prioriza a distribuição de renda, conciliando, por fim, o humano ao nacional. Nesse sentido o direito ao desenvolvimento perpassa pelas vertentes da Teoria da Justiça calcada no “institucionalismo transcendental”, que, por exemplo, fundamentou a elaboração da Lei de Migrações brasileira de 2017, e alcança a Teoria da Justiça aplicada no caso concreto, “focada em realizações” inerentes ao acolhimento, inclusão e garantia do acesso aos direitos sociais e ao emprego e à renda. Tem-se como resultados esperados, diante da crise humanitária do processo migratório, apontar para o fato de que a situação de acolhimento do imigrante requer destinação orçamentária, inclusão da pauta na agenda de

---

38 Comissão Económica para América Latina y el Caribe (2018, p. 14).

39 Nabuco (1949, p. 467).

40 Fukuyama (2005, p. 157).

políticas públicas, e priorização quando da elaboração das leis orçamentárias nas esferas municipal, estadual e federal.

## **Conclusão**

A globalização de costumes e de ideais de liberdade, igualdade e fraternidade vem contextualizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, reiterada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, bem como mediante a provocação aos trabalhadores do mundo pela frase de Marx: “Proletários de todos os países, Uni-vos!” São situações que refletem, no homem, a sensação de ser mundial, de humanidade possuidora de direitos fundamentais; porém, para o pleno exercício dos direitos de personalidade, nestes incluídos a concretização dos direitos sociais, deve-se fazer presente o Estado nacional. O enfraquecimento do Estado não é indício de desenvolvimento humano global, é campo apropriado para abuso aos direitos humanos, conflitos sociais, exclusão e violência.

O ideal universalista exposto esbarra, cotidianamente, nos fatores reais do poder descritos por Ferdinand Lassalle, diante das abissais diferenças econômicas e políticas entre os Estados. Construir instituições comuns, no campo da política, da cultura e da economia, torna-se essencial para que se estabeleçam laços entre o plano dos princípios universais abstratos e a concretude das realidades singulares. Repensar o fundamento ético do poder do Estado, originado da vontade nacional é o meio adequado a se contrapor à autonomização do econômico, em esfera mundial, e à dilatação do mercado.

Fomentar as instituições, a cultura da nação e da participação política, não significa pregar o retorno ao nacionalismo exacerbado, ao racismo ou ao organicismo, combatidos por Bobbio; visa superar o conflito entre a omissão do campo da política que não faz preponderar a finalidade ética do Estado de realizar direitos sociais, de garantir direitos adquiridos e segurança jurídica, de representar uma população, e não somente uma facção economicamente dominante.

Aprender a construir Estados fortes com escopo às funções necessárias é a questão essencial aos países da América Latina. Estados que não necessitam ser extensos, porém, devem conhecer e recepcionar os anseios de sua população. Carecem concretizar de forma eficiente, transparente e democrática, o poder de mando, determinado pelas normas constitucionais e pela legislação

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

ordinária, infraconstitucional, elaborada pelo necessário processo legislativo; planejado e administrado pelo executivo; e julgadas as exceções e disputas entre indivíduos, e entre indivíduos e Estado pelo Judiciário.

A soberania do Estado, resultado da vontade popular e da nacionalidade, efetiva-se no território nacional, ao garantir prioridade ao interesse público diante de conflito com o interesse privado; revigora-se, ao implementar políticas governamentais que viabilizem um patamar mínimo civilizatório.

Fora do seu território, a soberania do Estado torna-se aparente quando, por meio de posições explícitas na ordem internacional, opta por preservar a cultura e a defesa do nacional, diante da pressão dos mercados e do processo de mundialização. Na maioria das vezes, os consumidores exigem e esperam obter melhores produtos, agilidade nos serviços e preços mais baratos; esses clientes ignoram a origem do produto adquirido e em quais condições humanas foi produzido.

Essas informações, ao contrário do preço, não vêm etiquetadas. Surge, porém, uma reflexão ética global: não é possível aceitar a mão de obra escrava ou infantil. O direito de consumir não deve prevalecer e fazer retroceder as conquistas dos direitos humanos, trabalhistas e de personalidade.

Acredita-se que essa hegemonia do consumo abriga, em si, uma ideologia alienante, ao tentar convencer da necessidade de utilização de bens supérfluos e estranhos à cultura local. Subjugam os costumes locais propagando os benefícios da perda da soberania popular, e introduzem valores oriundos dos países desenvolvidos, onde estão situados os dirigentes das empresas transnacionais.

As instituições, em cada Estado-Nação, necessitam incrementar a sua capilarização, tanto no âmbito comercial quanto no produtivo e financeiro, capazes de fazer oposição ao desequilíbrio da globalização econômica, que, por enquanto, polarizou de um lado, países centrais, altamente desenvolvidos com sistema de produção material, social e institucional bem definido, e de outro, os países periféricos, com produção deficiente, desnutrição, saúde e sistema de educação e de informação precários; local onde prevalece a economia informal.

Novas regulamentações públicas e sociais mais solidárias e sustentáveis devem ser engendradas, capazes de resolver as questões mundiais relativas aos mercados e aos fatores de produção. Gerar emprego e renda, por meio da atração de novas empresas, faz parte da agenda prioritária dos Estados,

assim como o combate à corrupção e ao desvio de recursos públicos, a busca de transparência e celeridade judicial. Essa missão, que ocorre por meio das regulamentações que melhoram a atividade de negócios, precisa do cumprimento dos princípios da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Devem-se fazer presentes em todas as funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária).

É possível observar, por meio do Relatório *Doing Business* de 2018,<sup>41</sup> o fato de que as economias do mundo inteiro, independentemente do local e do nível de renda, os formuladores de políticas adotaram tecnologia para tornar mais fácil fazer negócios, reduzir os custos das transações e aumentar a transparência, haja vista que o acesso ao emprego e à renda continua sendo desejo universal.

Já a conscientização global de pertencimento à ordem comum chamada humanidade e o sentimento de fraternidade levam a prática da alteridade, boa vontade e empatia. Assim, resta o senso comum de aceitar o diferente, de enxergar, no outro, a si mesmo e a exigir igualdade, dignidade e acesso a um sem-número de direitos que transcendem o aspecto da territorialidade.

O exercício da soberania interna e externa há de efetivar-se com responsabilidade, e terá como elementos fundantes a proteção da dignidade humana, a capacitação para o trabalho, o planejamento, a elaboração e aplicação de leis orçamentárias que priorizem a efetivação do patamar mínimo civilizatório. Nessa seara, a emancipação social se dará por meio do acesso ao emprego e à renda.

## **Referências**

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO/BANCO MUNDIAL. *Doing Business 2018: Reforming to Create Jobs*. 2018. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/content/>

---

41 Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento/Banco Mundial (2018).

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.

BOBBIO, Norberto. *Entre duas Repúblicas: às origens da democracia italiana*. Tradução Mabel Malheiros Bellati. Brasília, DF: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Novo desenvolvimento e ortodoxia convencional*. In: DINIZ, Eli (Org). *Globalização, Estado e Desenvolvimento: dilemas do Brasil no novo milênio*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

CARROUÉ, Laurent. *Géographie de la mondialisation*. Paris: Armand Colin, 2002.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *O Balanço preliminar das economias da América Latina e do Caribe*. 2018. Disponível em: <<https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/44338-balanco-preliminar-economias-america-latina-caribe-2018-documento-informativo>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Panorama Social da América Latina*. 2018. Disponível em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44412/1/S1801085\\_pt.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44412/1/S1801085_pt.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FELDMANN, Paulo Roberto. *Empresas latino-americanas: oportunidades e ameaças no mundo globalizado*. São Paulo: Atlas, 2010.

FUKUYAMA, Francis. *Construção de Estados: governo e organização mundial no século XXI*. Tradução Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

HELLER, Herman. *Teoria del estado*. Tradução de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1991.

INFANTE, R. América Latina em el “umbral del desarrollo”. Um ejercicio de convergência produtiva. Documento de trabalho, projeto sobre desenvolvimento inclusivo, Santiago do Chile: CEPAL, n. 14, jun. 2011.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução J. Cretella Juniore Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

KEYNES, John Maynard. Teoria geral do emprego, do juro e da moeda (*General theory of employment, interest and money*). Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1992.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de

Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. Essência da Constituição. 8. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul. Tradução Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. São Paulo: Anita Garibaldi, 2006.

MORIKAWA, Márcia Mieko. Deslocados internos: entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos direitos do homem. Uma crítica ao sistema internacional de proteção dos refugiados. Boletim da faculdade de Direito. *Stvdia Iuridica* 87. Coimbra: Coimbra, 2006.

NABUCO, Joaquim. *Pensamentos soltos*. Camões e assuntos americanos. São Paulo: Instituto Progresso Editorial, 1949.

OHMAE, Kenichi. O fim do Estado-Nação. Tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Publifolha, 1999.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcílio Pompeu

POMPEU, Gina Marcílio. Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial. Fortaleza: ABC, 2005.

POMPEU, Gina Marcílio & Siqueira, Natercia Sampaio. Democracia contemporânea e os critérios de Justiça para o desenvolvimento socioeconômico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

REICH, Robert B. *Supercapitalism: The Transformation of business, Democracy and Everyday Life*. New York: Alfred A. Knopf, 2007.

ROVER, José Aires. Presença do humanismo político no Brasil do século XIX. Joaquim Nabuco. In: MEZZARROBA, Orides. *Humanismo político: presença humanista no transverso do pensamento político*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

SAYEG, Ricardo Hasson. Doutrina Humanista de Direito Econômico. 2008. Tese doutorado em direito econômico - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

SCHMITT, Carl. O guardião da constituição (*Der Hüter der Verfassung*). Tradução Geraldo Luiz de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIÉYÈS, Emmanuel. A constituição burguesa. Qu'est-se que le tiers état? Tradução Norma Azevedo e Organização Aurélio Wander Bastos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SMITH, Adam. Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações. Tradução Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

# Direitos Fundamentais, Mínimo Existencial e Jurisdição Constitucional no Brasil e na Alemanha

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>1</sup>

## 1 Introdução

O assim chamado direito a um mínimo existencial para uma vida digna tem sido presença constante no debate acadêmico e jurisdicional brasileiro, especialmente na sua articulação com os direitos fundamentais sociais. Todavia, é precisamente na esfera dos direitos fundamentais sociais (doravante chamados de direitos sociais) que se percebe, à vista dos desenvolvimentos na esfera doutrinária e jurisprudencial, o quanto o recurso à noção de um mínimo existencial, designadamente de um direito fundamental à sua proteção e promoção, tem sido realmente produtiva, mas também apresenta aspectos dignos de maior reflexão quanto à sua correta compreensão e manejo.

Isso assume particular relevância quando se cuida de invocar o mínimo existencial como critério para balizar uma ponderação no contexto das decisões que envolvem o reconhecimento – ou não! – de um direito subjetivo a prestações sociais, dadas as colisões e tensões com outros direitos fundamentais ou outros princípios e regras de matriz constitucional e legal, mas também – e em especial – em face dos limites fáticos postos pelo problema da escassez de recursos.

Assim, muito embora se esteja a revisitar o tema, aproveitando parte de escritos anteriores, o presente texto carrega consigo uma dimensão nova e que vai além do que já escrevemos. Com efeito, além de uma atualização bibliográfica e jurisprudencial, o que se pretende aqui é situar o tema no contexto do debate que de há algum tempo se trava na doutrina brasileira em torno das

---

1 Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität-München). Professor Titular e Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Escola de Direito da PUCRS. Professor da Escola Superior da Magistratura do RS (AJURIS), da FESMDFT, Membro Catedrático da ABDCONST e Desembargador Aposentado do TJRS. Advogado.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

assim chamadas decisões estruturantes (ou medidas estruturantes)<sup>2</sup>, com atenção particular para a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), sem prejuízo de uma ótica comparativa, recorrendo à exemplos extraídos da prática decisória do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF).

Para tanto, não se intenta inventariar de modo exaustivo a jurisprudência dos Tribunais referidos, mas sim, à luz de alguns exemplos representativos, extraídos do respectivo repertório decisório, examinar se e em que medida também o modo pelo qual o direito ao mínimo existencial é compreendido e aplicado, especialmente no que diz com sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais sociais, é compatível com a técnica das decisões do tipo estruturante e até que ponto tal técnica decisória pode efetivamente contribuir para aperfeiçoar o papel do Poder Judiciário na realização dos direitos sociais e ao mesmo tempo contornar algumas das principais objeções esgrimidas nesse domínio.

De todo modo, não se pretende aqui discorrer sobre a noção de decisões estruturantes em si (explorando seus aspectos conceituais, origens, etc.<sup>3</sup>), mas sim, verificar se – mediante a análise de decisões dos Tribunais referidos e de modo articulado com a doutrina sobre o tema - existem distorções relevantes no modo de compreensão e aplicação da noção de mínimo existencial e que possam, ou não, implicar críticas de ordem metodológica ou mesmo substancial, eventualmente ensejando até mesmo a objeção de uma intervenção inadequada ou mesmo excessiva (desproporcional) do Poder Judiciário na esfera legislativa ou administrativa. Além disso, como já enunciado, é o caso de averiguar e avaliar o possível papel (e seus limites) da Justiça Constitucional no domínio dos direitos sociais e do mínimo existencial, sem renunciar a algumas notas de caráter crítico.

## **2 O Assim Chamado Mínimo Existencial como Direito Fundamental – Origens e Conteúdo**

A atual noção de um direito fundamental ao mínimo existencial, ou seja, de um direito a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um

---

2 Sobre o tema, na literatura brasileira, imprescindível a leitura da obra de JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2013. No que diz com a terminologia, contudo, em se tratando de atos do Poder Judiciário, preferimos adotar a expressão decisões estruturantes.

3 Para tanto remetemos ao texto de Marco Jobim referido na nota de rodapé anterior.

(a cada pessoa) uma vida condigna, arranca da idéia de que qualquer pessoa necessitada que não tenha condições de, por si só ou com o auxílio de sua família prover o seu sustento, tem direito ao auxílio por parte do Estado e da sociedade, de modo que o mínimo existencial, nessa perspectiva, guarda alguma relação (mas não se confunde integralmente) com a noção de caridade e do combate à pobreza, central para a doutrina social (ou questão social) que passou a se afirmar já ao longo do Século XIX<sup>4</sup>, muito embora a assistência aos desamparados tenha constado na agenda da Igreja e de algumas políticas oficiais já há bem mais tempo<sup>5</sup>. Convém recordar, ainda, que já na fase inaugural do constitucionalismo moderno, com destaque para a experiência francesa revolucionária, assumiu certa relevância a discussão em torno do reconhecimento de um direito à subsistência, chegando mesmo a se falar em “direitos do homem pobre”, na busca do rompimento com uma tradição marcada pela idéia de caridade, que ainda caracterizava os modos dominantes de intervenção social em matéria de pobreza, debate que acabou resultando na inserção, no texto da Constituição Francesa de 1793, de um direito dos necessitados aos socorros públicos, ainda que tal previsão tenha tido um caráter eminentemente simbólico<sup>6</sup>.

De qualquer sorte, independentemente de como a noção de um direito à subsistência e/ou de um correspondente dever do Estado (já que nem sempre se reconheceu um direito subjetivo (exigível pela via judicial) do cidadão em face do Estado) evoluiu ao longo do tempo, tendo sido diversas as experiências em diferentes lugares, o fato é que cada vez mais se firmou o entendimento – inclusive em Estados constitucionais de forte coloração liberal – de que a pobreza e a exclusão social são assuntos de algum modo afetos ao Estado, ainda que por razões nem sempre compartilhadas por todos e em todos os

---

4 Cf., por todos, ARNAULD, Andreas von. “Das Existenzminimum”, in: ARNAULD, Andreas von; MUSIL, Andreas (Ed.). *Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 253 e ss., apontando para o fato de que na Legislação da Prússia, em 1794, já havia a previsão da obrigação do Estado em cuidar da alimentação e atenção daqueles cidadãos que não conseguiam prover o seu próprio sustento ou mesmo por meio de outros particulares, com base em disposições legais especiais.

5 V. também TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3 e ss., e, por último, no âmbito da literatura brasileira dedicada especialmente ao tema, NETO, Eurico Bitencourt. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Condigna*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23 e ss.

6 Sobre este debate, v., por todos, HERRERA, Carlos Miguel. *Les Droits Sociaux*, Paris: PUF, 2009, p. 39 e ss.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

lugares, visto que mesmo no plano da fundamentação filosófica, ou seja, da sua sinergia com alguma teoria de Justiça, são diversas as alternativas que se apresentam.<sup>7</sup> Mesmo na esfera terminológica nem sempre se verifica coincidência, pois ao passo que alguns (como também prevalece no Brasil) preferem utilizar a expressão mínimo existencial, outros falam em mínimos sociais, ou mesmo em um mínimo de subsistência ou um mínimo vital, embora nem sempre tais expressões sejam utilizadas como sinônimas, visto que podem estar associadas a conteúdos mais ou menos distintos, a despeito de alguns elementos em comum, como é o caso, em especial, o reconhecimento de um direito a prestações materiais por parte do Estado.

Sem prejuízo de sua previsão (ainda que com outro rótulo) no plano do direito internacional dos direitos humanos, como é o caso do artigo XXV da Declaração da ONU, de 1948, que atribui a todas as pessoas um direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, a associação direta e explícita do assim chamado mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana encontrou sua primeira afirmação textual, no plano, constitucional, na Constituição da República de Weimar, Alemanha, em 1919, cujo artigo 151 dispunha que a vida econômica deve corresponder aos ditames da Justiça e tem como objetivo assegurar a todos uma existência com dignidade, noção que foi incorporada à tradição constitucional brasileira desde 1934, igualmente no âmbito da ordem econômica e/ou social, de tal sorte que o artigo 170 da CF dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”. É preciso lembrar, contudo, que na condição de finalidade ou tarefa cometida ao Estado no âmbito dos princípios objetivos da ordem social e econômica, o mínimo existencial, ou seja, o dever de assegurar a todos uma vida com dignidade, não implicava necessariamente (aliás, como não implica ainda hoje a depender do caso), salvo na medida da legislação

---

7 Cf., por exemplo, as teorizações de John Rawls e Michael Walzer colacionadas e comentadas por BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 123 e ss. A respeito das diversas fundamentações de um direito ao mínimo existencial, v., por último, na doutrina brasileira, TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, op. cit., p. 13-34 e 54-81. Por último, explorando o tema nessa perspectiva, v. WEBER, Thadeu. *Ética e Filosofia do Direito. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana*, Petrópolis: Vozes, 2013, especialmente p. 205, a partir do pensamento de John Rawls.

infraconstitucional (especialmente no campo da assistência social e da garantia de um salário mínimo, entre outras formas de manifestação), uma posição subjetiva imediatamente exigível pelo indivíduo. A elevação do mínimo existencial à condição de direito fundamental e sua articulação mais forte com a própria dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais, teve sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha, onde, de resto, obteve também um relativamente precoce reconhecimento jurisprudencial, do qual se dará notícia na seqüência.

Com efeito, a despeito de não existirem, em regra, direitos sociais típicos, notadamente de cunho prestacional, expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949) - excepcionando-se a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, bem como a imposição de uma atuação positiva do Estado no campo da compensação de desigualdades fáticas no que diz com a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais (direitos e deveres que para muitos não são considerados propriamente direitos sociais) - a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde foi desenvolvida pela doutrina, mas também no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial.

Na doutrina do Segundo Pós-Guerra, um dos primeiros a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na seqüência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.<sup>8</sup> Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha

---

<sup>8</sup> Cf. BACHOF, Otto. "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates", in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, nº 12, 1954, p. 42-3.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

(*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência.<sup>9</sup> Ressalte-se que apenas alguns anos depois o legislador acabou regulamentando – em nível infraconstitucional – um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social [*Bundessozialhilfegesetz*]).

Por fim, transcorridas cerca de duas décadas da referida decisão do Tribunal Administrativo Federal, também o Tribunal Constitucional Federal acabou por consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Da argumentação desenvolvida nesta primeira decisão, extrai-se o seguinte trecho: “certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados na sua vida social, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais”.<sup>10</sup>

Em que pesem algumas modificações no que tange à fundamentação, bem quanto ao objeto da demanda, tal decisão veio a ser chancelada, em sua essência, em outros arestos da Corte Constitucional alemã, resultando no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial.<sup>11</sup> Além disso, a doutrina alemã entende que a garantia das con-

9 Cf. *BVerwGE* (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Administrativo Federal) nº 1, p. 159 (161 e ss.), decisão proferida em 24-06-1954.

10 Cf. tradução livre de trecho extraído da decisão publicada em *BVerfGE* (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Constitucional Federal) nº 40, p. 121 (133).

11 Para tanto, v. *BVerfGE* nº 78, p. 104, reiterada em *BVerfGE* nº 82, p. 60 e nº 87, 1p. 53. Ressalte-se que nas duas últimas decisões, se tratou da problemática da justiça tributária, reconhecendo-se para o indivíduo e sua família a garantia de que a tributação não poderia incidir sobre os

dições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.<sup>12</sup> Nessa perspectiva, o que se afirma é que o indivíduo deve poder levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o direito à assistência social – considerado, pelo menos na Alemanha, a principal manifestação da garantia do mínimo existencial – alcança o caráter de uma ajuda para a autoajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção.<sup>13</sup>

Desenvolvendo os aspectos já referidos, a doutrina (mas também a jurisprudência) constitucional da Alemanha passou a sustentar que – e, em princípio, as opiniões convergem neste sentido – a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação, mas sim as necessidades individuais que lhe são correlatas e que devem ser satisfeitas mediante prestações que são quantificáveis.<sup>14</sup> Por outro lado, a necessária fixação, portanto, do valor da presta-

---

valores mínimos indispensáveis a uma existência digna. Cuidou-se, contudo, não propriamente de um direito a prestações, mas, sim, de limitar a ingerência estatal na esfera existencial, ressaltando-se aqui também uma dimensão defensiva do direito fundamental ao mínimo para uma existência digna. Note-se que o princípio da dignidade humana passa, sob este aspecto, a constituir limite material ao poder de tributar do Estado (sobre tal perspectiva, v., por todos, ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 498 e ss.). No âmbito da jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional da Alemanha destaca-se especialmente a decisão proferida em 09.02.2010, que teve por objeto o exame da constitucionalidade de alentada reforma da legislação social, a polêmica Reforma Hartz-IV, com destaque para os valores pagos a título de seguro desemprego, igualmente afirmando o dever do Estado com a garantia do mínimo existencial e reconhecendo um direito subjetivo individual e indisponível correspondente. Para maiores detalhes, v. entre outros, as anotações ao julgamento de RIXEN, Stephan. Grundsicherung für Arbeitssuchende: Grundrecht auf Existenzminimum, in: *Sozialgerichtsbarkeit*, n. 04, 2010, p. 240 e ss.

12 Nesse sentido, v. por todos, ZACHER, Hans-Friedrich. “Das soziale Staatsziel”, in: *Isensee-Kirchhof (Org.). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR)*, vol. I, Heidelberg, CF Muller, 1987, p. 1062 e ss.

13 Esta é oportuna formulação de NEUMANN, Volker, “Menschenwürde und Existenzminimum”, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1995, p. 425. Entre nós, trilhando perspectiva similar, excluindo a idéia de caridade e destacando que “o direito a um mínimo existencial corresponde ao direito à subsistência de que nos fala Pontes de Miranda”, v. LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais, Efetivação no âmbito da democracia participativa*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 109 e ss.

14 Cf. novamente e por todos, NEUMANN, Volker. “Menschenwürde und Existenzminimum”, op. cit., p. 428-9.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

ção assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade, é, além de condicionada espacial e temporalmente, dependente também do padrão socioeconômico vigente.<sup>15</sup> Não se pode, outrossim, negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito a câmbios, não apenas no que diz com a esfera econômica e financeira, mas também no concernente às expectativas e necessidades do momento.<sup>16</sup>

De qualquer modo, tem-se como certo que da vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta que a garantia efetiva de uma existência digna (vida com dignidade) abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física (que cobre o assim chamado mínimo vital e guarda relação direta com o direito à vida), situando-se, de resto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesse sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.<sup>17</sup> Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”.<sup>18</sup> Tal linha de fundamentação, em termos gerais, tem sido privilegiada também no direito constitucional brasileiro, ressalvada especialmente alguma controvérsia em termos de uma fundamentação liberal ou social do mínimo existencial e em relação a problemas que envolvem a determinação do seu conteúdo, já que, não se há de olvidar, da fundamentação diversa

---

15 Cf. STARCK, Christian. “Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zur Grundrechtsverwirklichungen?”, in: STARCK, Christian (Org). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anla des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II (BVerfG und GG II), Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 522, bem como, dentre tantos, NEUMANN, Volker. “Menschenwürde und Existenzminimum”, op. cit., p. 428.

16 Neste sentido, BREUER, Rüdiger. “Grundrechte als Anspruchsnormen”, in: *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts (FS für das BVerwG)*, München: CH Beck, 1978, p. 97.

17 Cf., por todos, NEUMANN, Volker. “Menschenwürde und Existenzminimum”, op. cit., p. 428 e ss.

18 Cf. SCHOLLER, Heinrich. “Die Störung des Urlaubsgenusses eines ‘empfindsamen Menschen’ durch einen Behinderten”, in: *Juristenzeitung*, 1980, p. 676 (“wo ein Dasein möglich ist, welches sich grundrechtlich entfalten kann, insbesondere wo die Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung besteht”).

do mínimo existencial podem resultar conseqüências jurídicas distintas, em que pese uma possível convergência no que diz com uma série de aspectos<sup>19</sup>.

Ainda no contexto do debate jurídico-constitucional alemão, é possível constatar a existência (embora não uníssona na esfera doutrinária) de uma distinção importante no concernente ao conteúdo e alcance do próprio mínimo existencial, que tem sido desdobrado num assim designado mínimo fisiológico, que busca assegurar as necessidades de caráter existencial básico e que, de certo modo, representa o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, e um assim designado mínimo existencial sociocultural, que, para além da proteção básica já referida, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos de tendencial igualdade - na vida social, política e cultural<sup>20</sup>. É nessa perspectiva que, no âmbito de sua justificação jurídico-constitucional – há quem diga que enquanto o conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestuário, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação), o assim designado mínimo sociocultural encontra-se fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com o seu conteúdo material<sup>21</sup>.

---

19 Para além das referidas contribuições de Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos e Eurico Bitencourt Neto (v. notas de rodapé nº 3 e 5, *supra*), v. SCAFF, Fernando F. “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos”, in: *Revista Interesse Público*, vol.32, 2005, p. 213 e ss., (aderindo ao conceito e fundamento proposto por Ricardo Lobo Torres), bem como, LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009, p. 72 e ss, e CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais. Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial – O Papel do Poder Judiciário*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 97 e ss. Associando o conceito e o conteúdo do direito ao mínimo existencial a uma teoria das necessidades básicas, mas afinada – em adesão à tradição alemã referida - com uma noção mais alargada e compatível com um mínimo existencial que, além da existência física, abarca uma dimensão sociocultural, v., no direito brasileiro, LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, especialmente p. 123 e ss. Em sentido similar, v., por último, LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. “Mínimo existencial versus mínimo vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional das políticas públicas”, in: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.), *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais: um dilema Brasil e Alemanha*, Joaçaba: Editora UNOESC, 2013, p. 543 e ss.

20 Neste sentido, v., em caráter ilustrativo, SORIA, José Martínez. “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums”, in: *Juristenzeitung*, n. 13, 2005, especialmente p.647-48.

21 Cf., também, SORIA, José Martínez. “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums”, op. cit., pp. 647-48.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Do exposto, em especial com base na síntese da experiência alemã, que, à evidência, em termos de repercussão sobre o direito comparado, certamente é a mais relevante na perspectiva da dogmática jurídico-constitucional de um direito ao mínimo existencial, resultam já pelo menos duas constatações de relevo e que acabaram por influenciar significativamente os desenvolvimentos subseqüentes.

A primeira, diz com o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade<sup>22</sup>. Não deixar alguém sucumbir por falta de alimentação, abrigo ou prestações básicas de saúde certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina brasileira, assim como na jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu, como dá, conta, em caráter ilustrativo, a recente contribuição do Tribunal Constitucional de Portugal na matéria, ao reconhecer tanto um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material<sup>23</sup>.

Em que pese certa convergência no que diz com uma fundamentação jurídico-constitucional a partir do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, e tomando como exemplo o problema do conteúdo das prestações vinculadas ao mínimo existencial, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência alemã partem – de um modo mais cauteloso – da premissa

---

22 Esta a posição que sempre temos sustentado e que corresponde à concepção amplamente dominante na doutrina brasileira, reportando-me aqui, entre outros, aos autores e contribuições citados na nota nº 17, supra.

23 Cf. a decisão proferida no Acórdão nº 509 de 2002 (versando sobre o rendimento social de inserção), bem como os comentários tecidos por VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 403 e ss., MEDEIROS, Rui. Anotações ao art. 63 da Constituição da República Portuguesa, in: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 639-40,

de que existem diversas maneiras de realizar esta obrigação, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc., podendo os tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes.<sup>24</sup> Relevante, todavia, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.<sup>25</sup> Tal orientação, de resto, é que aparentemente tem prevalecido na doutrina e jurisprudência supranacional e nacional (constitucional) Europeia,<sup>26</sup> e, de algum modo, parece ter sido assumida como substancialmente correta também por expressiva doutrina e jurisprudência sul-americana, como dão conta importantes contribuições oriundas da Argentina<sup>27</sup> e da Colômbia<sup>28</sup>. Para o caso brasileiro, basta, por ora, lembrar o crescente número de publicações e de decisões jurisdicionais sobre o tema. No plano judicial, o destaque, dado o enfoque do presente texto, fica com o STF,

---

24 Esta a posição de BREUER, Rüdiger. Op. Cit., p. 97, assim como, mais recentemente, MOREIRA, Isabel. *A solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 143 e ss. Também o Tribunal Federal Constitucional atribui ao legislador a competência precípua de dispor sobre o conteúdo da prestação. Neste sentido, v. *BVerfGE* 40, 121 (133) e 87, 153 (170-1). Por último, v., no mesmo sentido, a decisão de 09.02.2010.

25 Cf. o já referido *leading case* do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE* 40, 121 [133]).

26 Ainda que não se trate do reconhecimento de um direito a prestações propriamente dito, o Tribunal Constitucional Espanhol, na Sentença nº 113/1989, entendeu que “Es incompatible con la dignidad de la persona el que la efectividad de los derechos patrimoniales se leve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales. Se justifica así, junto a otras consideraciones, la inembargabilidad de bienes y derechos como límite del derecho a la ejecución de las sentencias firmes.” (in: LLORENTE, Francisco Rubio (Org.). *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*, Barcelona: Ed. Ariel, 1995, p. 73). Já admitindo um direito às prestações vinculadas ao mínimo existencial, v. a já citada decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, na esteira de jurisprudência anterior, ainda que em princípio tímida e partindo da primazia da concretização pelos órgãos legiferantes.

27 V. especialmente COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2003, apresentando e comentando um expressivo elenco de casos envolvendo os direitos sociais e o mínimo existencial não limitado à experiência da Argentina.

28 Inventariando e comentando a jurisprudência constitucional da Colômbia, v. ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta (Dir.). *Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, in: *Estudios Ocasionales CIJUS*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

que tem produzido muitas decisões aplicando a noção de um mínimo existencial a vários tipos de situações envolvendo diversos direitos fundamentais<sup>29</sup>.

É preciso frisar, por outro lado, que, também no que diz com o conteúdo do assim designado mínimo existencial existe uma gama variada de posicionamentos no que diz com as possibilidades e limites da atuação do Poder Judiciário nesta seara, de tal sorte que tal temática aqui não será especificamente examinada. De outra parte, mesmo que não se possa adentrar em detalhes, firma-se posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Nesse sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável<sup>30</sup>. Assim, a despeito de se endossar uma fundamentação do mínimo existencial no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, há que encarar com certa reserva (pelo menos nos termos em que foi formulada) a distinção acima referida entre um mínimo existencial fisiológico e um mínimo sociocultural, notadamente pelo fato de que uma eventual limitação do núcleo essencial do direito ao mínimo existencial a um mínimo fisiológico, no sentido de uma garantia apenas das condições materiais mínimas que impedem seja colocada em risco a própria

---

29 V. aqui, entre outras (portanto, em caráter meramente ilustrativo) a decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello (Agravo Regimental no RE nº 271.286-8/RS, publicada no DJU em 24.11.2000), onde restou consignado – igualmente em hipótese que versava sobre o fornecimento de medicamentos pelo estado (no caso, paciente portador de HIV) que a saúde é direito público subjetivo não podendo ser reduzido à “promessa constitucional inconseqüente”. Entre muitos outros julgados que poderiam ser colacionados, v. a paradigmática decisão monocrática do STF proferida na ADPF nº 45, igualmente da lavra do Ministro Celso de Mello, afirmando – embora não tenha havido julgamento do mérito – a dimensão política da jurisdição constitucional e a possibilidade de controle judicial de políticas públicas quando se cuidar especialmente da implementação da garantia do mínimo existencial. Mais recentemente, v. a STA 241/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 10.10.08 (direito à educação, sufragada por decisões posteriores) e STA 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 17.03.10 (direito à saúde), bem como, por último, pela sua relevância, as decisões sobre o benefício de assistência social (LOAS), julgadas em 18.04.2013 (RE 567.985 – Mato Grosso, Relator Min. Marco Aurélio, Relator do Acórdão, Ministro Gilmar Mendes) e em 18.04.2013 (Reclamação 4.374 – Pernambuco, Relator Ministro Gilmar Mendes).

30 Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang, “Dignidade da Pessoa Humana,...”, op. cit., pp. 59-60.

sobrevivência do indivíduo, poderá servir de pretexto para a redução do mínimo existencial precisamente a um mínimo meramente “vital” (de garantia da mera sobrevivência física), embora não se possa negar a possível relevância da distinção quando se trata de assegurar - com alguma racionalidade e capacidade de universalização – esferas de proteção do mínimo existencial, tal qual ocorre com outros direitos fundamentais.

De outra parte, até mesmo a diferença entre o conteúdo do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, que, a despeito dos importantes pontos de contato, não se confundem<sup>31</sup>, poderá vir a ser negligenciada. Convém destacar, ainda nesta quadra, que a dignidade implica uma dimensão sociocultural e que é igualmente considerada como carente de respeito e promoção pelos órgãos estatais,<sup>32</sup> razão pela qual, prestações básicas em matéria de direitos e deveres culturais (notadamente no caso da educação fundamental e destinada a assegurar uma efetiva possibilidade de integração social, econômica, cultural e política ao indivíduo), mas também o acesso a alguma forma de lazer, estariam sempre incluídas no mínimo existencial, o que também corresponde, em termos gerais, ao entendimento consolidado na esfera da doutrina brasileira sobre o tema, tal como já sinalizado.

Dito isso, o que importa, nesta quadra, é a percepção – consagrada na evolução jurídico-constitucional alemã e em diversos outros lugares - de que o direito a um mínimo existencial independe de expressa previsão no texto constitucional para poder ser reconhecido, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias

---

31 Sobre esta temática, remetemos igualmente ao nosso “Dignidade...”, p. 88-89, assim como, de modo especial, ao ensaio de KLOEPFER, Michael. “Vida e dignidade da pessoa humana”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 153 e ss.

32 V. por todos HÄBERLE, Peter. “A Dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, op. cit., especialmente p. 116 e ss.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Mas é precisamente o caso de países como o Brasil (o mesmo se verifica em outros Estados Constitucionais que asseguram um conjunto de direitos fundamentais sociais no plano constitucional) que revelam o quanto a relação entre o mínimo existencial e os direitos fundamentais nem sempre é clara e o quanto tal relação apresenta aspectos carentes de maior reflexão, a começar pela própria necessidade de se recorrer à noção de mínimo existencial quando o leque de direitos sociais cobre todas as suas possíveis manifestações<sup>33</sup>.

A exemplo do que ocorre com a dignidade da pessoa humana, que não pode ser pura e simplesmente manejada como categoria substitutiva dos direitos fundamentais em espécie, também o mínimo existencial, mesmo quando se cuida de uma ordem constitucional que consagra um conjunto de direitos sociais, não pode (ou, pelo menos, não deve) ser considerado como inteiramente fungível no que diz com sua relação com os direitos sociais, de modo a guardar uma parcial e sempre relativa autonomia, que lhe é assegurada precisamente pela sua conexão com a dignidade da pessoa humana. Qual o grau possível de autonomia (no sentido de um objeto e âmbito de proteção próprio) de um direito ao mínimo existencial na CF de 1988, que contempla todos os direitos sociais que usualmente são de algum modo relacionados ao mínimo existencial (há que considerar que nem todas as constituições que consagram direitos sociais o fazem com tanta amplitude como a nossa) é ponto que poderia merecer maior atenção, embora não seja aqui o momento próprio.

Tanto do ponto de vista teórico, quanto de uma perspectiva prática, a relação entre o mínimo existencial e os diversos direitos sociais tem sido marcada por uma doutrina e jurisprudência que em boa medida dão suporte à tese de que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e

---

33 Ao versar sobre da relação entre direitos sociais e econômicos e o conteúdo do mínimo existencial, ver HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.

da sociedade<sup>34</sup>. Tal entendimento, conquanto possa ter a (aparente) virtude de auxiliar na definição do conteúdo essencial dos direitos sociais, notadamente quanto ao recorte dos aspectos subtraídos a intervenções restritivas dos órgãos estatais e mesmo vinculativas dos particulares, não evita a perda de autonomia dos direitos fundamentais sociais, pois se o núcleo essencial dos direitos e o mínimo existencial se confundem em toda a sua extensão, então a própria fundamentalidade dos direitos sociais estaria reduzida ao seu conteúdo em mínimo existencial, o que, aliás, encontra adesão por parte de importante doutrina, que, inclusive, chega, em alguns casos, a adotar tal critério como fator de distinção entre os direitos fundamentais e os demais direitos sociais, que, naquilo que vão além do mínimo existencial<sup>35</sup>, não seriam sequer direitos fundamentais, posição esta que seguimos refutando, sem que, contudo, aqui se possa avançar na questão. Apenas para registrar o nosso ponto de vista, direitos fundamentais (o que se aplica também aos direitos sociais) são todos aqueles como tais consagrados na CF, dotados regime-jurídico especial e reforçado que lhes foi também atribuído pela ordem constitucional.

É nessa perspectiva que (o que se registra para espancar qualquer dúvida a respeito) comungamos do entendimento de que todos os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial, núcleo este que, por outro lado, não se confunde com seu conteúdo em dignidade da pessoa humana (ou, no caso dos direitos sociais, com o mínimo existencial), embora em maior ou menor medida, a depender do direito em causa, um conteúdo em dignidade humana e/ou uma conexão com o mínimo existencial se faça presente, do que não apenas podem, como devem, ser extraídas conseqüências para a proteção e promoção dos direitos fundamentais<sup>36</sup>.

No caso da CF, diferentemente da Alemanha, onde inexistem direitos sociais típicos no catálogo constitucional, os direitos sociais não apenas foram consagra-

---

34 Cf., por exemplo, seguindo esta linha argumentativa, MARTINS, Patrícia do Couto V. A. "A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico", in: GARCIA, Emerson. (Coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 412 e ss., referindo-se, todavia, à noção de necessidades básicas como núcleo essencial dos direitos sociais (noção esta similar a de um mínimo existencial), núcleo este blindado contra medidas de cunho retrocessivo.

35 Esta, por exemplo, a posição advogada por TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 40-3; 53-4.

36 Trilhando o mesmo caminho, ou seja, adotando a tese da distinção entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais (inclusive sociais), v., por último, LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. "Mínimo Existencial versus Mínimo Vital...", op. cit., p. 547 e ss.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

dos como direitos fundamentais, quanto o foram de forma generosa em termos quantitativos (basta uma mirada sobre o amplo de direitos sociais (saúde, educação, moradia, alimentação, previdência, assistência social, trabalho, proteção da criança e do adolescente, do idoso, da maternidade), o caráter subsidiário da garantia do mínimo existencial (na condição de direito autônomo) é de ser sublinhado. Por outro lado, desde que não se incorra na tentação (já que os argumentos nesse sentido são sedutores) de cancelar a identificação total entre o núcleo essencial dos direitos sociais e o mínimo existencial, a noção de um mínimo existencial, tal como já demonstra também a evolução doutrinária e jurisprudencial brasileira, opera como relevante critério material (embora não exclusivo) para a interpretação do conteúdo dos direitos sociais, bem como para a decisão (que em muitos casos envolve um juízo de ponderação) a respeito do quanto em prestações sociais deve ser assegurado mesmo contra as opções do legislador e do administrador, mas também no âmbito da revisão de decisões judiciais nessa seara. Por outro lado, precisamente no âmbito de tal processo decisório (que envolve o controle das opções legislativas e administrativas) não se deve perder de vista a circunstância de que, *quando for o caso*, o que se poderia designar de um “conteúdo existencial” não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, lazer, etc.) não dispensando, portanto, a necessária contextualização em cada oportunidade que se pretender extrair alguma consequência jurídica concreta em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana.

Esta linha de entendimento, como se depreende de uma série de julgados, parece estar sendo privilegiada pelo STF, muito embora nem sempre este se tenha posicionado com clareza sobre a relação entre o núcleo essencial dos direitos sociais e o mínimo existencial, especialmente quanto ao fato de se tratar, ou não, de categorias fungíveis. De qualquer modo, impende sublinhar que no que diz com a orientação adotada pelo STF, os direitos sociais e o mínimo existencial exigem sejam consideradas as peculiaridades do caso de cada pessoa, visto que se cuida de direitos que assumem uma dimensão individual e coletiva, que não se exclui reciprocamente, cabendo ao poder público assegurar, pena de violação da proibição de proteção insuficiente, pelo menos as prestações sociais que dizem respeito ao mínimo existencial<sup>37</sup>.

---

37 Cf., paradigmaticamente, na decisão proferida na STA 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 17.03.2010.

Ainda sobre a relação entre o mínimo existencial e os direitos sociais, convém lembrar que mesmo tendo sido expressamente previstos no texto constitucional, os direitos sociais, a despeito de sua direta aplicabilidade na condição de normas de direitos fundamentais (no sentido de que os órgãos judiciais podem aplicar tais normas ainda que não tenham sido objeto de regulamentação legislativa), dependem em grande medida de uma concretização pelo legislador e pela administração pública, portanto, de uma teia complexa e dinâmica de atos legislativos, atos normativos do poder executivo, de políticas públicas, etc. A determinação do núcleo essencial dos direitos sociais implica a consideração de tal normativa que, na esfera infraconstitucional, dá conteúdo e vida aos direitos sociais, mas também aos demais direitos fundamentais, ainda mais quando o texto constitucional nada ou pouco diz sobre o conteúdo do direito, como se verifica no caso dos direitos à moradia, alimentação e lazer, pois no caso dos direitos à saúde, educação, previdência e assistência social, assim como no caso da proteção do trabalhador, a própria CF apresenta algumas diretrizes que vinculam positiva e negativamente os atores estatais. No âmbito de uma proibição de retrocesso, por exemplo, o que em geral está em causa não é a supressão do direito do texto constitucional, mas a redução ou supressão (de alguma maneira) de prestações sociais já disponibilizadas na esfera das políticas públicas, que, portanto, não podem ser artificialmente excluídas do processo de decisão judicial e das considerações sobre o quanto integram, ou não, o conteúdo essencial do direito. Não é à toa que autores do porte de um Gomes Canotilho de há muito sustentam que o núcleo essencial legislativamente concretizado de um direito social constitucionalmente consagrado opera como verdadeiro direito de defesa contra a sua supressão ou restrição arbitrária e desproporcional, ainda mais quando inexistem outros meios para assegurar tal conteúdo essencial<sup>38</sup>.

Por derradeiro, situando-nos, ainda, na esfera da compreensão da fundamentação jurídico-constitucional e do conteúdo de um direito (garantia) ao mínimo existencial, importa sublinhar a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas (direitos subjetivos) negativos e positivos corresponden-

---

38 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 339-40.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

tes ao mínimo existencial<sup>39</sup>, o que evidentemente não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluírem outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial,<sup>40</sup> lembrando que no caso brasileiro os direitos sociais, ainda mais considerando a inserção dos direitos à moradia e à alimentação, em termos gerais cobrem os aspectos usualmente reconduzidos a um mínimo existencial, o que, mais uma vez, comprova que a noção de mínimo existencial exige um tratamento diferenciado de lugar para lugar, especialmente quando se trata de ordens constitucionais com ou sem direitos fundamentais sociais.

### **3 O Direito ao Mínimo Existencial e sua Concretização no Âmbito da Jurisdição Constitucional**

À vista do exposto e buscando identificar algumas conexões entre os diversos segmentos da presente contribuição, notadamente para o efeito de enfatizar o vínculo entre direitos fundamentais, mínimo existencial e justiça constitucional, resulta evidente que o reconhecimento de um direito (garantia) ao mínimo existencial, seja numa perspectiva mais restrita (mais próxima ou equivalente a um mínimo vital ou mínimo fisiológico), seja na dimensão mais ampla, de um mínimo existencial que também cobre a inserção social e

---

39 É preciso destacar posição doutrinária que não concorda com a abertura do conceito de mínimo existencial, pois entende que, ao permitir ao interprete da norma o preenchimento, de acordo com o caso concreto, do conteúdo desse direito fundamental, ocasiona prejuízo a sua operacionalidade funcional. Conforme essa visão, um conteúdo delimitado de mínimo existencial impede que toda e qualquer prestação estatal voltada à satisfação de um direito social possa nele se vincular e, por consequente, crie obstáculos para potencializar a exigibilidade imediata da parcela dos direitos econômicos e sociais essencial à garantia de uma vida minimamente digna (rol constitucional preferencial) na medida em que se aproxima da sua função principal de erradicar a pobreza e a marginalização. Sobre o tema, HACHEM, Daniel Wunder. *op. cit.*

40 É precisamente neste sentido que compreendemos a proposta de Barcellos, Ana Paula, *op. cit.*, p. 247 e ss., ao incluir no mínimo existencial a garantia da educação fundamental, da saúde básica, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça, pena de fecharmos de modo constitucionalmente ilegítimo (ou, pelo menos, problemático) o acesso à satisfação de necessidades essenciais, mas que não estejam propriamente vinculadas (pelo menos, não de forma direta) às demandas colacionadas pela autora.

a participação na vida política e cultura (o que em termos gerais corresponde à concepção dominante na Alemanha, Brasil e mesmo na Colômbia), constitui ao mesmo tempo condição para a democracia (ainda mais na esfera de um Estado Social de Direito) e limite desta mesma democracia.

Ao operar, especialmente no âmbito de atuação da assim chamada jurisdição constitucional, como limite ao legislador, implicando inclusive a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade material de ato legislativo (como, de resto, de qualquer ato do poder público), o direito a um mínimo existencial se integra, no contexto do Estado Constitucional, ao conjunto do que já se designou de “trunfos” contra a maioria<sup>41</sup>, pois se trata de algo subtraído – em alguma medida – à livre disposição dos poderes constituídos, inclusive ao legislador democraticamente legitimado.

Por outro lado, também no que diz com o mínimo existencial, é perceptível que procedimentalismo e substantivismo não são necessariamente inconciliáveis<sup>42</sup>, muito antes pelo contrário, podem operar de modo a se reforçarem reciprocamente, assegurando assim uma espécie de concordância prática (Hesse) entre as exigências do princípio democrático e a garantia e promoção

---

41 Nesse sentido, na esteira das já consideradas clássicas observações de DWORKIN, Ronald (v na obra tomando a sério os direitos, *Taking Rights Seriously*), v., no âmbito da doutrina alemã, ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª. Ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, quando aborda a formação da vontade estatal e, em síntese, aponta conexão e tensão entre direitos fundamentais e princípio democrático (p. 498-99), e, na literatura em língua portuguesa, inclusive com particular referência aos direitos sociais, NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010, em especial p. 319 e ss.

42 Na literatura nacional, explorando as diversas facetas da problemática, inclusive da legitimidade da jurisdição constitucional, v. dentre tantos, os excelentes estudos de SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 (do mesmo autor, v., ainda *Hermenêutica Jurídica e (m) Debate. O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007), STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006 (do mesmo autor v. *Verdade e Consenso*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, bem como *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2013; CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, com destaque para as contribuições do próprio Marcelo Cattoni e de Menelick de Carvalho Neto; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e Robert Alexy*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça Constitucional e Democracia na América Latina*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando em causa as condições materiais mínimas para uma vida condigna.

Um exemplo digno de atenção, extraído da experiência dinâmica da jurisdição constitucional, é o da já referida decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (09.02.2010), onde, a despeito de retomada a noção de que toda e qualquer pessoa é titular de um direito (subjeto) às condições materiais mínimas para que possa fruir de uma vida com dignidade, merece ser sublinhada a manifestação do Tribunal no sentido de que ao legislador é deferida uma margem considerável de ação na definição da natureza das prestações estatais que servem ao mínimo existencial, mas também dos critérios para tal definição. Por outro lado, tal liberdade de conformação encontra seus limites precisamente na própria garantia do mínimo existencial, de tal sorte que nesta mesma decisão o Tribunal Constitucional veio a declarar a inconstitucionalidade parcial da legislação submetida ao seu crivo. Entre as diretrizes estabelecidas pelo Tribunal, está a de que para a definição do conteúdo das prestações exigíveis por parte do cidadão, o legislador está obrigado a avaliar de modo responsável e transparente, mediante um procedimento controlável e baseado em dados confiáveis e critérios de cálculo claros, a extensão concreta das prestações vinculadas ao mínimo existencial.

A deferência para com o legislador (e, portanto, para com o órgão legitimado pela via da representação popular), todavia não acaba por aí. Com efeito, reiterando decisões anteriores, o Tribunal – mediante exercício do assim chamado *judicial self restraint*<sup>43</sup>, acabou não pronunciando a nulidade dos dispositivos legais tidos por ofensivos ao mínimo existencial constitucionalmente garantido e exigido, mas assinou prazo ao legislador para que ele próprio, no âmbito do processo político e democrático, venha a providenciar nos ajustes necessários, corrigindo sua própria obra e adequando-a aos parâmetros constitucionais. É claro que também a tradição alemã, ainda que sejam poucos os casos concretos onde se utilizou do expediente do apelo ao legislador, igualmente demonstra a seriedade com a qual a decisão do Tribunal Constitucional é recebida pelos órgãos legislativos (sem prejuízo de fortes críticas), de tal sorte que em todos os casos o legislador – embora lançando mão da sua liberdade de conformação – correspondeu aos apelos e revisou suas opções

---

43 Sobre o tema, v., entre nós, especialmente MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

anteriores, ou mesmo, nos casos de omissão, editou a regulamentação exigida pelo Tribunal Constitucional.

Aliás, também aqui a trajetória inicial (acima descrita, inclusive com menção às decisões judiciais superiores) do reconhecimento da garantia do mínimo existencial já se manifestara fecunda, visto que foi precisamente a falta de previsão legislativa de uma prestação estatal destinada a assegurar uma vida condigna a quem não dispõe de recursos próprios, que motivou fosse acessada a jurisdição constitucional, designadamente para impulsionar o legislador a inserir tais prestações na codificação social alemã.

Tal linha de ação, mediante a qual a Corte Constitucional não fulmina (pelo menos num primeiro momento) de nulidade o regramento legislativo, não é desconhecida no Brasil e já foi utilizada em algumas ocasiões. Destaca-se, nesse contexto, especialmente pelo fato de se tratar de decisão que envolveu a noção de mínimo existencial (razão de sua referência e do paralelo com a decisão alemã), a recente decisão do STF sobre o benefício de assistência social e a forma de sua regulamentação pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Sem que se vá adentrar o mérito propriamente dito da questão, que já vem ocupando doutrina e jurisprudência há muito tempo (lembre-se que o STF havia declarado a constitucionalidade do dispositivo legal impugnado<sup>44</sup>), o que aqui se pretende sublinhar é que também nesse caso o STF, reconhecendo a inadequação constitucional dos critérios legais – por violação também e especialmente da garantia de um mínimo existencial – acabou não aplicando a sanção da nulidade.

Com efeito – fazendo inclusive referência expressa ao julgado do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 09.02.2010 (Hartz IV) – o STF, por maioria, reconheceu a existência de um processo gradual inconstitucionalização do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 (LOAS), desembocando, na decisão ora referida, na declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, sem, contudo, pronunciar de imediato a sua nulidade, porém mantendo-o em vigor até 31.12.2014, de modo a permitir – num prazo razoável – ao Poder Legislativo (e também ao Poder Executivo, no âmbito de seu poder regulamentar e das respectivas políticas públicas de assistência social) a adoção das medidas necessárias ao ajuste da situação tida como contrária à Constituição Federal<sup>45</sup>.

---

44 V. julgamento da ADI 1.232, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão Ministro Nelson Jobim, DJ de 01.06.2001.

45 Cf. Reclamação 4.374 – Pernambuco, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 18.04.2013.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

A despeito da manutenção, em caráter substancial e como regra praticada pelo Tribunal alemão e pelo STF, das premissas acima colacionadas, merece referência, pela sua estreita vinculação com o tema e levando em conta a diversa postura adotada pela Corte, a mais recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha envolvendo o mínimo existencial. Nesse caso, julgado em 18.07.12, o Tribunal, para além de reafirmar em termos gerais o que já foi objeto de referência logo acima, designadamente quanto ao conceito e conteúdo do mínimo existencial, também declarou a incompatibilidade com a Lei Fundamental (no caso, com o direito e garantia ao mínimo existencial e com a dignidade da pessoa humana), da legislação que, desde 1993, não atualizou o valor do benefício assistencial em espécie alcançado a estrangeiros que estão solicitando asilo na Alemanha, ordenando ao Legislador que, em caráter praticamente imediato, corrigisse tal estado de coisas.

Mas o Tribunal – e aqui reside a novidade da decisão – foi além, elaborando regra de transição e determinando que, enquanto não efetivada a alteração legal, fosse pago, a título de prestação social, valor previsto e calculado de acordo com critérios legais já existentes no código de proteção social, aplicáveis à hipótese em caráter precário. Tal decisão, embora no caso alemão se trate de uma prestação social e no brasileiro do exercício de um direito de liberdade, guarda forte relação com a técnica decisória utilizada pelo STF quando da alteração de sua posição sobre o direito de greve dos servidores públicos, proferida em sede de Mandado de Injunção, ocasião na qual a Suprema Corte brasileira, à míngua de legislação específica, tal como previsto na CF, determinou fosse aplicada (sem prejuízo de ajustes promovidos caso a caso pelo Poder Judiciário, de modo a proteger interesses e direitos conflitantes) a legislação em vigor para a greve na esfera da iniciativa privada.

Se ambas as decisões (do Tribunal Constitucional Federal e do STF) podem ser enquadradas como representando um elevado grau de intervenção judicial na esfera de atuação do Poder Legislativo, reconduzidas, portanto, ao que se designa de uma “postura ativista”, o mesmo não ocorre – como já sumariamente demonstrado, nos outros dois casos, julgados pelos mesmos Tribunais (Hartz IV e LOAS), os quais já demonstram a existência de um caminho alternativo menos “invasivo”, se é que é legítimo considerar as decisões referidas como efetivamente invasivas (em termos de relação entre os órgãos estatais), pois a Jurisdição Constitucional operou em face de um quadro - respeitadas as diferenças entre os casos e suas respectivas circunstâncias!

– de manifesta e prolongada omissão legislativa e à vista dos graves problemas daí decorrentes. Em todas as situações, ademais, os respectivos Tribunais não deixaram de frisar que a tarefa de estabelecer em caráter definitivo o valor da prestação (caso alemão) ou a regulação do exercício da greve dos servidores públicos (caso brasileiro) - e mesmo os ajustes dos critérios estabelecidos pela LOAS - é do Poder Legislativo, cabendo à Jurisdição Constitucional um papel eminentemente corretivo e indutivo.

O quanto tal caminho se revela produtivo para o caso brasileiro, seja no que diz com a definição do mínimo existencial (abarcando a definição de seu conteúdo e das respectivas conseqüências jurídicas) seja quanto ao modo de atuação da Jurisdição Constitucional nessa seara, ainda está longe de ser satisfatoriamente equacionado<sup>46</sup>. A prática decisória dos tribunais brasileiros, especialmente, para o que nos interessa de perto neste texto, no âmbito do STF, revela que se trata de tema em fase de expansão qualitativa e quantitativa, mas que exige uma especial consideração do modelo constitucional brasileiro e do respectivo contexto social, econômico e político, além da construção de uma dogmática constitucionalmente adequada e que esteja em harmonia com os demais direitos fundamentais. Aliás, é precisamente nessa seara que os desafios são particularmente prementes, pois, consoante já referido, sem prejuízo de seu relevante papel para a compreensão e efetivação dos direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial não deveria pura e simplesmente assumir lugar de tais direitos.

Por outro lado, um rápido olhar sobre o direito comparado – com destaque para o caso da Alemanha - revela que nem sempre (o que por si só não é necessariamente negativo ou mesmo positivo) os órgãos da jurisdição constitucional brasileira são sensíveis aos limites da própria noção de mínimo existencial na nossa própria ordem constitucional. Igualmente não muito bem digerida e manejada entre nós, pelo menos em diversos casos, é a idéia de que o mínimo existencial encontra-se sempre subtraído à disposição dos poderes

---

46 Sobre esse ponto, cf. HACHEM, Daniel Wunder. op. cit., ao destacar que, embora existam avanços no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro no sentido de estabelecer um consenso quanto à estrutura normativa do mínimo existencial como *direito definitivo*, não se pode aduzir a mesma conclusão em relação ao seu conteúdo e sua função como critério de justificabilidade de direitos econômicos e sociais em face da, ainda, existente indefinição sobre a postura doutrinária a ser adotada de forma majoritária por aquela Corte.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

constituídos e que a definição de seu conteúdo em definitivo é tarefa cometida à Jurisdição Constitucional.

Ainda que a situação no Brasil seja diferente, nunca é demais lembrar que, na Alemanha, a própria definição do conteúdo do mínimo existencial é deferida em regra e em primeiríssima linha ao legislador, que, além do mais, deve estabelecer critérios claros, universais e isonômicos, embora simultaneamente deva (como ficou bem assentado na relativamente recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, acima referida) a legislação preservar as circunstâncias pessoais de cada indivíduo titular do direito, pois diferentes as necessidades de cada um. Salvo em casos excepcionais, também é verdade que o Tribunal Constitucional da Alemanha não substituiu as opções do legislador pela sua própria, o que se verifica mesmo no caso da atualização do valor do benefício pago aos requerentes de asilo, onde foi aplicado critério previsto na legislação, em caráter provisório, tendo sido apelado ao legislador para a edição de nova lei para o efeito de fixar o valor corrigido do benefício.

Tudo isso somado, outra observação se impõe pela sua atualidade e relevância não apenas para o presente tema mas outros temas correlatos, qual seja, o das assim chamadas decisões ou medidas de caráter estruturante, na esfera das quais os Tribunais – em se tratando de direitos sociais a prestações – geralmente não deferem pedidos na condição de direitos subjetivos individuais (ou mesmo coletivamente) de modo direto, mas de modo mais ou menos enfático e detalhado apontam determinados caminhos e medidas que devem ser levadas a efeito pelos atores estatais, seja na esfera legislativa, seja nas esferas de atuação do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

É preciso lembrar, ademais disso, que inexistente um modelo fechado de formatação de decisões do tipo estruturante (as decisões é que impõe determinadas medidas, essa uma das razões de preferirmos o termo decisões!), que podem assumir dimensão mais ou menos complexa conciliando um ou mais provimentos jurisdicionais de natureza distinta.

Isso já é possível identificar a partir dos exemplos colacionados. Com efeito, no caso das decisões alemãs, além de se utilizar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade (Caso Hartz IV), o TC apelou ao Poder Legislativo assinando prazo para a correção dos aspectos tidos como inconstitucionais, sem prejuízo das outras medidas estabelecidas pelo Tribunal. Mais invasiva – e mesmo assim deferindo prazo ao Poder Legislativo para a correção de acordo com critérios delibe-

rados democraticamente pelo Parlamento, tendo o Tribunal determinado uma solução de caráter provisório.

Se no caso da Alemanha nesses casos (e já houve outros anteriores envolvendo o mínimo existencial) a tradição é de um respeito recíproco entre as Instituições, o Parlamento tem levado a sério os apelos do TC, atendendo-os em geral até mesmo no prazo assinado. Isso, contudo, não é o caso brasileiro, onde em geral nem o Legislativo e nem o Poder Executivo tem dado cumprimento às decisões dessa natureza e mesmo os órgãos da jurisdição ordinária opõe, a depender do caso, resistência.

Nesse mesmo contexto assume relevo o papel do Tribunal Constitucional da Colômbia, que já emitiu algumas decisões que podem ser enquadradas como sendo estruturantes. Dentre tais decisões, calha invocar o acórdão nº 760 de 31 de julho de 2008 na qual o TCC reuniu diversos casos a partir de situações e problemas distintos e proferiu uma sentença objetivando uma resposta única, mas individualizada, a respeito dos graves problemas enfrentados pelo sistema de saúde colombiano<sup>47</sup>. O que chama a atenção, no caso, é o fato

---

<sup>47</sup> Sentencia T-760/2008 proferida em 31 de julho de 2008. Corte Constitucional Colombiana. Disponível em :< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>>. Acesso em 02 de maio de 2017. Essa decisão no ordenamento jurídico colombiano na Lei nº 100/1993 e na Lei nº 1.122/2007, assim como em decisões anteriores do próprio tribunal relacionadas à área do direito à saúde. Nessa decisão, a referida Corte reuniu 22 (vinte e duas) ações individuais que versavam sobre violações recorrentes do direito à saúde relativas a problemas estruturais existentes nos diferentes níveis do sistema de saúde público colombiano causados por falhas na sua regulação, o que, por conseguinte, gerou a necessidade de a Corte promover medidas estruturantes, além das individuais. A Corte, então, proferiu 32 (trinta e duas) ordens, compreendendo da 01 a 16 aquelas que resolviam os casos individuais de negativa de acesso ou restrições indevidas aos serviços de saúde coberto pelo Plano de Saúde Obrigatório – POS (ações ou omissões violadoras do direito à saúde pelo Poder Público); e da 17 a 32 aquelas com natureza estruturante, pois buscavam solucionar problemas regulatórios no sistema de saúde colombiano a fim de reduzir as demandas judiciais que tratavam de direito à saúde. Nessa linha, a Corte considerou que existia uma questão jurídica geral relativa à violação pelo Poder Público dos deveres jurídicos constitucionais de respeitar, proteger e concretizar o direito fundamental à saúde. Por conseguinte, a Corte ordenou ao Poder Público a alteração das regras sobre o POS – Plano de Saúde Obrigatório, de modo a atualizá-las e aprimorá-las, bem como para promover a unificação dos planos de cobertura de saúde. Um dos pontos relevantes refere-se à mencionada decisão ter tutelado os serviços incluídos, como os não incluídos nos planos de saúde, desde que a pessoa não tenha condições econômicas de acessá-los, estabelecendo, nesse sentido, alguns critérios, tais como: se há ameaça ao direito à vida de quem o requer, se não pode ser substituído por outro do plano obrigatório, impossibilidade do requerente custeá-lo e se fora prescrito por médico vinculado à entidade que prestará o serviço. Assim, a referida decisão ocasionou os seguintes efeitos à esfera individual e estruturantes: a) determinou que as 22 pessoas recebessem uma indenização pelas violações específicas do direito à saúde e b) determinou a alocação de

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

de que a sentença do TCC abarca tanto a imposição de medidas estruturantes quanto a solução de casos individuais, dando conta que uma forma de demandar e decidir não exclui a outra, pelo contrário, a complementa e reforça.

Note-se que decisões do tipo estruturante pressupõe respeito pelas decisões e vontade política de atender as medidas exercendo as competências constitucionais para tal efeito. Sem isso as medidas estruturantes perdem sua possível eficácia e perdem sua relevância e legitimidade, cuidando-se de meros apelos que na melhor das hipóteses podem gerar um constrangimento e a necessidade de alguma justificação pelos demais atores estatais. Basta que se examine o mais recente caso das decisões do STF a respeito do lamentável estado do sistema penitenciário, decisão na qual foram determinadas diversas medidas, para que se perceba o quanto isso é realidade<sup>48</sup>.

Além disso, medidas estruturantes não podem substituir a litigância individual assim como as respectivas decisões, cuidando-se de um processo de recíproca complementação e reforço. Em especial onde a omissão legislativa e administrativa é aguda e prolongada – o que no Brasil tem sido frequente – decisões estruturantes servem para assegurar uma solução unitária e mais sistêmica, mas precisamente em virtude da resistência em relação ao seu cum-

---

recursos financeiros para melhorar a prestação de serviços de saúde ofertado pelo citado POS, de tal sorte que 1000 novos procedimentos na área de saúde imprescindíveis à conservação da vida e da dignidade humana fossem incorporados gradativamente, bem como para melhorar a supervisão e avaliação dos serviços de saúde prestados por empresas privadas. Ademais, a Corte determinou ao Ministério de Proteção Social que assegurasse a cobertura universal do Sistema de Seguridade em Saúde antes da data estabelecida na Lei nº 1122/2007, cabendo a prestação de informações periódicas àquele tribunal e à Defensoria Pública sobre os avanços no cumprimento dessa meta. A Corte, além de reafirmar a saúde como um direito fundamental naquele Estado, ao considerar que o acesso aos serviços de saúde deve ocorrer de forma oportuna, universal e efetiva, corrigiu os erros estruturais que ocasionavam uma limitação no acesso aos serviços de saúde e afastou o argumento de inviabilidade financeira para os gastos nessa área social. Nesse sentido, ver FUHRMANN, Italo. Direito fundamental à saúde na Colômbia: perspectivas constitucionais a partir da jurisprudência da Corte Constitucional da República da Colômbia. In: *Revista eletrônica Direito e Sociedade*, vol. 04, n. 02, nov. /2016. Canoas: Ed. Unilasalle. Disponível em: < <http://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes>>. Acesso em 02 de maio de 2017.

48 Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347 MC*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 09/09/2015. Publicado em 19/02/2016. No caso da Colômbia, ressalte-se a decisão da Corte Constitucional colombiana: Sentencia T-153/1998, em que esse tribunal reconheceu a existência do “estado de coisas inconstitucional” e, por conseguinte, determinou medidas estruturantes para combatê-lo. Cf. Sentencia T-153, proferida em 28 de abril de 1998. Corte Constitucional Colombiana. Disponível em < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em 02 de maio de 2017

primimento espontâneo não podem afastar demandas pontuais para correção dos problemas mais emergenciais existentes.

Por outro lado, em termos comparativos o recurso às decisões estruturantes parece mais viável (consideradas as ressalvas já formuladas) no caso brasileiro, inclusive em virtude do caráter analítico da CF e do fato de contemplar direitos sociais, do que nos Estados Unidos da América. Aliás, no ambiente estadunidense são raras as decisões da Suprema Corte que podem realmente serem chamadas de estruturantes, em particular os casos mais frequentemente citados *Brown vs. Board of Education* e o caso *Roe vs. Wade*.

Decisão tipicamente estruturante foi, contudo, a decisão proferida pela Suprema Corte no caso dos presídios superlotados da Califórnia<sup>49</sup>, que guarda relação mais próxima com os casos submetidos ao STF e onde foram proferidas decisões do tipo estruturante, quais sejam, entre outros, os casos da demarcação das terras indígenas no estado de Roraima (caso “Raposa terra do sol”) e, mais recentemente, o caso já referido do sistema penitenciário brasileiro, muito embora em ambos até o presente momento falte muito para a realização das medidas.

Além disso, é questionável a afirmação de que as decisões estruturantes devem ser privilegiadas pelo fato de evitarem dispersão, de inibirem a litigância individual, de assegurarem uma decisão politicamente legitimada, etc. O caso brasileiro bem o demonstra, bastando aqui invocar o caso da greve dos servidores públicos assim como o caso do sistema prisional desumano e degradante que predomina no Brasil.

Acrescente-se a isso que a depender do conteúdo da decisão estruturante (e das respectivas medidas) o “tiro pode sair pela culatra”, em particular quando as medidas não forem atendidas de modo razoável, mas de modo mais especial ainda quando as medidas intervêm de modo muito mais incisivo na esfera de atribuição dos demais órgãos estatais, inclusive ditando o que o Legislativo e o Executivo devem fazer (e retirando-lhes a convencional autonomia e independência funcional quanto a tal ponto), ademais de em alguns casos pretenderem inclusive impor o quê e mesmo o como fazer. . De qualquer modo, há como apoiar o entendimento de que tais decisões podem ser de grande utilidade para uma série de situações, em

---

49 Cf. Supreme Court USA. *Brown, Governor of California, et al X Plata et al*. N. 09-1233. Julgado em maio de 2011. Disponível em: < <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>> Acesso em 02 de maio de 2017.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

especial onde a constituição contempla um conjunto expressivo de direitos sociais e de direitos a prestações em geral. Mas, ao contrário de ações e decisões individualizadas, que até podem gerar disfunções sistêmicas, ações do tipo estruturante podem carecer de efetiva implantação e podem colidir de modo muito mais significativo com os princípios democrático, da separação de poderes e com o princípio do Estado Social, designadamente quando as medidas estruturantes determinadas pelo Poder Judiciário envolverem o como a medida dever ser levada a efeito pelos atores estatais, em especial o Executivo e o Legislativo. Nesse caso, a Jurisdição Constitucional não estaria apenas a corrigir, anular e exigir políticas públicas, mas de fato elaborando, ao menos em parte, a própria política.

Por isso, reitere-se, que ações do tipo estruturante demandam um mínimo grau de respeito pelos demais órgãos estatais e viabilidade de sua execução. Além disso, ações individuais e decisões convencionais seguem operativas em muitos casos, razão pela qual se propõe uma cultura de complementação e reforço recíproco.

Nessa perspectiva – a despeito das críticas já tecidas em relação às reais possibilidades de decisões estruturantes – é possível concordar com Marco Jobim quando propõe “as medidas coercitivas, como o pagamento de multa, prisão civil por descumprimento de ordem judicial e a questão dos interven-tores, poderão ser admitidas no bojo da sentença normativa se menos conser-vador for o Supremo Tribunal Federal, ou, não o sendo, por delegação, para os demais órgãos judiciários, o que trará, conseqüentemente, um novo modelo de Juiz ao Poder Judiciário”<sup>50</sup>.

Conquanto se possa concordar com essa ideia em termos gerais, que po-derá assegurar um papel possível e importante (ainda que limitado e não ex-clusivo) às decisões estruturantes no Brasil, há que verificar e avaliar quais as medidas coercitivas que de fato são legítimas do ponto de vista jurídico ou, mesmo o sendo nessa perspectiva, adequadas do ponto de vista prático a en-sejar seja alcançado o seu objetivo.

Muito embora também concordemos com as críticas endereçadas por Marco Jobim à decisão sobre a proscricção da prisão civil, tema sobre o qual já escrevi há muito tempo, considerando equivocada a exclusão de qualquer possibilidade de prisão civil quando não se trata de típica prisão por dívida ou

---

50 Cf. JOBIM, Marco Féliz. *Medidas Estruturantes. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p. 203.

com base em disposição contratual (essas sim vedadas pelo direito internacional dos direitos humanos), há que ocorrer uma mudança de orientação por parte do STF para viabilizar a utilização desse meio coercitivo.

O pagamento de multa aplicada aos órgãos estatais tem sido medida em geral ineficaz ou ao menos de adequação duvidosa, pois além de esbarrar em resistência ao seu cumprimento (eventualmente superável por bloqueio de recursos públicos), implica em mais uma esfera de oneração do mesmo contribuinte-cidadão que carece de proteção pelo Estado, ainda mais na esfera de prestações indispensáveis à salvaguarda do mínimo existencial, restando saber de onde serão retirados tais recursos e quais as rubricas que serão impactadas com isso. Aplicar a multa diretamente aos gestores, legisladores e mesmo Magistrados que descumprirem as medidas determinadas pelos órgãos judiciários superiores, com destaque para o STF, igualmente se revela como problemático do ponto do princípio (constitucional e fundamental!) da legalidade, ademais das dificuldades (jurídicas e práticas) de se identificar quem pode ser responsabilizado, ainda mais no plano do Poder Legislativo, onde há regras constitucionais e legais próprias sobre o processo legislativo, sua iniciativa, deliberação e aprovação.

A figura mais apropriada, bem referida por Marco Jobim, seria a de um monitoramento constante, mediante um plano de ação, muito embora – e aqui novamente uma sugestão – a figura de interventores como tal não se revela adequada, ainda que se trate apenas de uma terminologia, pois de intervenção não se trata, mas sim – e aqui uma proposta complementar – de agentes designados pelos Tribunais responsáveis pela decisão, mediante acompanhamento de representantes do Ministério Público e de experts da sociedade civil (com competência técnica específica) para verificar o cumprimento das medidas, mediante um sistema de pareceres e relatórios periódicos (a exemplo do que ocorre com o monitoramento pelos órgãos internacionais – e respectivos comitês - do cumprimento dos padrões mínimos estabelecidos).

Além disso, para evitar um efeito efetivamente interventivo de elaboração judicial da própria política, quem deveria apresentar um plano de ação factível e devidamente estruturado e justificado (por exemplo, para a ampliação da rede de atendimento no acesso a creches públicas, como ocorreu em caso emblemático julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>51</sup>) são os demais

---

51 Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 0150735-64.2008.8.26.0002*. Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Rel. Valter de Almeida Guilherme.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

órgãos estatais, em especial a administração pública e se for o caso em articulação com os órgãos legislativos, plano este que, de modo dialógico – no sentido aqui de um autêntico diálogo institucional e não um discurso de via única – seria homologado pelo órgão judiciário que emitiu a decisão.

## 4 Considerações finais

À vista de todo o exposto, é possível afirmar que para o efeito de uma efetivação do assim chamado direito a um mínimo existencial, na articulação com os diversos direitos sociais, necessário desde logo atentar para uma adequada compreensão do sentido e alcance de tal direito e dos seus efetivos pontos de contato com os direitos sociais, preservando sua (relativa) autonomia e concretizando de modo fundamentado e a partir de critérios vinculados a cada domínio específico (saúde, educação, moradia, etc.) o seu âmbito de proteção e respectivo núcleo essencial.

Já no campo processual, no que diz com a atuação dos órgãos do Poder Judiciário, há que ter presente que o direito a um mínimo existencial, assim como os direitos sociais, são - em primeira linha - direitos de titularidade individual, ainda que simultaneamente tenham uma forte dimensão

---

Julgado em 16/12/2013. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)>. Acesso em maio de 2017. No referido acórdão, após tentativas conciliatórias frustradas e realização de audiência pública com participação de entidades da sociedade civil e representantes do Poder Público, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou ao Município de São Paulo que criasse, entre os anos de 2014 e 2016, 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade. Para tanto, a Corte determinou que o Município criasse um plano para expansão dessa rede educacional voltado a realizar os parâmetros de qualidade previstos na legislação nacional e pelos Conselhos Nacional e Municipal de Educação, bem como determinou que a Coordenadoria de Infância do referido tribunal monitorasse a implementação desse plano juntamente com representantes do Ministério Público, Defensoria Pública, antes da sociedade civil envolvidos com a questão, dentre outras entidades. Nesse sentido, Vieira destaca que essa decisão, ao se preocupar em ofertar caminhos para sua realização prática e, portanto, ao possuir natureza gerencial e experimental, representou uma inovadora solução para tornar efetivas decisões relativas à concretização de direitos sociais que envolvem determinação de executar de políticas públicas no Brasil. Assim, o mencionado acórdão, na visão do autor, compreende um exemplo de como afastar os complexos desafios inerentes ao controle de políticas públicas realizado pelo Judiciário brasileiro sob uma forma do que optou por denominar *experimentalismo judicial*. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Experimentalismo judicial*. In: *Jornal Folha de São Paulo*. Artigo publicado em 03/05/2014. São Paulo.

transindividual, em especial no que diz com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais<sup>52</sup>.

Isso não quer dizer que a litigância em Juízo tenha de ocorrer por meio de ações individuais, embora tal possibilidade não possa e nem deva ser afastada, mas sim que preferencialmente o caminho escolhido seja o de demandas coletivas ou, no campo da jurisdição constitucional (no controle difuso e incidental e controle concentrado) por meio de decisões vinculativas com efeitos gerais pelo STF, bem como, quando se revelar adequado ao propósito, de decisões do tipo estruturante.

No caso da utilização de decisões que imponham medidas de caráter estruturante, por sua vez, imperiosa – pena de esvaziar tais decisões e mesmo deslegitimar o órgão judiciário – que tais decisões indiquem os problemas a corrigir, mas transfiram a decisão de como proceder a correção aos demais órgãos constitucional e legalmente competentes para tanto, mediante a apresentação devidamente coordenada e deliberada, de um plano factível e justificado de ação.

Além disso, em vez de medidas coercitivas - que apenas deveriam ser utilizadas em caso excepcional de não cumprimento e ainda assim de forma compatível com a constituição e dotadas viabilidade prática – criar um sistema funcionalmente operativo (e tecnicamente qualificado) de monitoramento de perfil dialógico e representativo dos interesses e interessados envolvidos no processo.

Por outro lado, convém ressaltar que aqui se privilegiou a discussão em torno de um possível papel das decisões do tipo estruturante na esfera do exercício da Jurisdição Constitucional, no caso, pelo STF. Com isso não se está afastar, muito antes pelo contrário, a possibilidade de (a exemplo do que ocorreu no caso das creches julgado pelo TJSP) de manejar de modo produtivo- e com mais alternativas quantitativas e qualitativas - tais decisões em sede de ações coletivas, o que, contudo, aqui não poderá ser desenvolvido<sup>53</sup>.

De todo modo, longe de esgotar aqui as possibilidades e manifestando a nossa simpatia por um recurso cauteloso e complementar às decisões de ca-

---

52 Sobre o tema, sugere-se a leitura do nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 319 e seg.

53 Sobre o tópico v. ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso 10 maio 2017.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

ráter estruturante, o que se buscou aqui foi manter um diálogo crítico e propor mais algumas questões para a reflexão e discussão sobre tão delicado e mesmo complexo tema. Cientes de que ainda (e isso não é de longe “privilegio” do Brasil) se está distante de construir um modelo sólido e operativo de efetivação dos direitos fundamentais, aqui com foco no direito ao mínimo existencial, o que se busca - ao invés de apostar em modelos de intervenção - é privilegiar fórmulas dialógicas (até mesmo recorrendo à conciliação e mediação) e que impliquem menor resistência por parte dos atores envolvidos, ao mesmo tempo assegurando inclusive maior legitimidade aos órgãos judiciários quando ao modo de decidir.

Além disso, o manejo adequado das decisões judiciais do tipo estruturante poderá então colaborar efetivamente para inibir uma litigância errática e individualizada, ademais de contribuir para uma cultura de diálogo e - o que segue sendo uma das principais carências - de respeito institucional, ademais dos efeitos de racionalização, organização do processo e da sua efetividade.

# Agenda 2030 y Estado Social y Democrático: El Aporte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible a la Realización de los Derechos a la Educación y la Salud

Elena Alvites<sup>1</sup>

## Introducción

La Constitución peruana de 1993 incorpora la cláusula de Estado Social y Democrático, como mandato objetivo que vincula a todo el Estado y la sociedad<sup>2</sup>, con la finalidad de brindar no solo seguridad jurídica sino también material, es decir, de propiciar el bienestar. En ese marco adopta como deberes primordiales del Estado peruano<sup>3</sup> garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general basado en la justicia, así como el desarrollo integral y equilibrado. Asimismo, el Texto Constitucional peruano reconoce un amplio catálogo de derechos fundamentales, que incluye a los denominados derechos sociales, como son los derechos a la salud y a la educación.

Este marco constitucional coincide con el compromiso asumido por el Estado peruano con los Objetivos de Desarrollo Sostenible – ODS, también

---

1 Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora ordinaria principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP. Docente investigadora del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF), reconocido por el Vicerrectorado de Investigación de la PUCP, y de cuyos miembros he recibido valiosas recomendaciones.

2 **Constitución Peruana de 1993. Artículo 43.-** La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

3 **Constitución Peruana de 1993. Artículo 44.-** Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población frente a las amenazas contra la seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la nación.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu

denominados “Agenda 2030”, que expresan la imagen de un Perú para el año 2030 y que se orientan a garantizar, de forma progresiva, el acceso a bienes que inciden directamente en la satisfacción de derechos fundamentales como el derecho a la salud y el derecho a la educación.

Como veremos, tanto la construcción del Estado Social y Democrático en el Perú como el cumplimiento de la Agenda 2030, exigen atender obligaciones orientadas a la protección de las personas frente a todo tipo de inseguridad, particularmente la inseguridad material, que actualmente no es solo territorial sino que se manifiesta a escala planetaria. De esa forma, aunque las personas en situación de vulnerabilidad requieren especial atención, las acciones del Estado deben dirigirse a la generalidad de los seres humanos, pues a nivel planetario todos tenemos incapacidad para dominar por nosotros mismos todas las condiciones y prepuestos necesarios para una existencia digna (Arango, 2001, pág. 154). En esa línea también es posible vincular el viejo concepto de *procura existencial* –formulado para hacer alusión a la imposibilidad del ser humano de satisfacer por sí mismo todas sus necesidades vitales, en las sociedades modernas e industrializadas del siglo XXI– con la visión de la Agenda 2030, en tanto esta propone poner fin a la pobreza y promover el bienestar de las personas en un escenario planetario, vale decir, la procura existencial para todos los seres humanos. El concepto de *procura existencial* partía de la diferenciación entre aquellos espacios vitales que el ser humano puede dominar y aquellos que no alcanza a hacerlo (Forsthoff, 1967, pág. 14ss) (Diez Moreno, 2004, pág. 191ss), y en los que el Estado debe intervenir para garantizar a las personas el acceso a bienes y servicios. En el siglo XXI se evidencia aún más la falta de dominio de parte del ser humano, porque el modelo de desarrollo de producción y consumo ha ampliado las brechas sociales y económicas y ha propiciado el deterioro ambiental. La procura existencial, en esa medida, es un concepto que puede actualizarse y vincularse con el bienestar de los seres humanos y la realización de derechos fundamentales sociales, que fueron y son la razón de ser de los actuales Estados, tanto en el ámbito constitucional cuanto en el de los compromisos internacionales.

En ese marco, esta ponencia presenta la relación –o vínculo– entre los ODS y la eficacia de la Constitución y su fórmula política de Estado Social y Democrático, así como la realización de los derechos fundamentales sociales a la educación y a la salud. Ello supondrá responder las interrogantes sobre cómo se alinean y aportan los ODS – en particular el 3 y el 4, referidos a salud y bienestar, educación inclusiva, equitativa y de calidad– con

la realización de los mandatos constitucionales y cuáles son los avances reportados por el Estado peruano.

## **I. Los derechos fundamentales en el Estado Social y Democrático peruano**

El Estado Social y Democrático de Derecho alude a aquellas formas o modelos de Estado que surgieron en un momento histórico concreto: tras la segunda guerra mundial en los estados europeos. Su enunciación, como fórmula política, aspiró a superar el formalismo y la inequidad del Estado liberal así como los abusos de los regímenes autoritarios; supuso el cierre de un pacto entre las distintas tendencias ideológicas de la época, el liberalismo y el socialismo, para perseguir objetivos básicos de seguridad, libertad e igualdad (Carmona, 2000, pág. 80).

Desde la perspectiva político-económica, el Estado Social se entiende como el resultado de la relación dialéctica entre las necesidades de acumulación del capitalismo tardío y las reivindicaciones sociales de las clases trabajadoras, puesto que la contradicción entre capital y trabajo se resolvió en *un pacto objetivo entre ambos que es justamente lo definitorio del Estado social [...] Este pacto se manifiesta en un despliegue de la actuación del Estado para atender las exigencias de ambos frentes: el del capital y el del trabajo, o, lo que es lo mismo, a un doble tipo de intervencionismo: el intervencionismo en el ámbito económico y el intervencionismo en el ámbito social* (De Cabo, 1997, pág. 224).

Tal transformación del Estado quedó plasmada –en los textos constitucionales europeos de la segunda posguerra– en la fórmula política del Estado Social y Democrático de Derecho. Una fórmula estatal cuyos componentes no deben ser entendidos de forma disociada sino como una síntesis que alude a las facetas y funciones que ha de cumplir el Estado. La unidad e interdependencia de los elementos de la fórmula política también es una de las características de este tipo de Estado, porque *los principios de unidad (Einheit), coherencia o concordancia práctica (Praktischer Konkordanz) y fuerza integradora (Integrierender Wirkung) de la Constitución [...] se traducen en la necesidad de no contemplar las nociones de Estado de Derecho, Estado social y Estado democrático como tres categorías antinómicas, ni siquiera como tres fórmulas independientes susceptibles de interpretaciones o aplicaciones fragmentarias; sino como tres funciones, facetas o exigencias de una única definición constitucional*

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

(Pérez Luño, 2001, pág. 234). Desde entonces, esta fórmula política se afirma como una directriz de la actuación del Estado, así como de la interpretación y aplicación de las constituciones y los derechos fundamentales.

La adopción de la fórmula de Estado Social y Democrático persigue también la profundización de la democracia y busca extenderla a los ámbitos social y económico porque, luego de los luctuosos sucesos que precedieron a la segunda guerra mundial, se entendió que la democracia solo tenía sentido pleno si *se extiende a la sociedad y ofrece a todas las clases sociales las mismas oportunidades en el proceso económico* (Abendroth, 1986, pág. 30). De esa manera se buscó también superar la división entre Estado y sociedad, propuesta por la tendencia formalista del Estado de derecho, puesto que las funciones estatales debían incidir también en el orden económico y social (Pérez Luño, 2001, pág. 227)

En ese sentido, el Estado Social y Democrático no solo respeta ciertos límites y se abstiene de lesionar los derechos de las personas, sino que adquiere obligaciones que se orientan a brindar protección a los individuos frente a todo tipo de inseguridad, incluso la inseguridad material, haciendo posible la *procura existencial*, no exclusivamente la de los individuos que se hallan en situación de vulnerabilidad sino la de todos los seres humanos. Y esto porque en las sociedades contemporáneas todos tenemos –de alguna manera– incapacidad para dominar, por nosotros mismos, todas las condiciones y presupuestos necesarios para una existencia digna. De ahí que se afirme que la función esencial del *Estado social y democrático de derecho es la protección de las personas frente a los riesgos naturales y sociales* (Arango, 2001, pág. 154), vale decir, la función de brindar, también, seguridad material.

En consonancia con este nuevo modelo estatal, las constituciones incorporaron dispositivos que dan cuenta de un cuadro de valores y principios que configuran límites y también directrices de actuación; en particular, los derechos fundamentales de carácter social, que enriquecieron el catálogo de derechos fundamentales, para responder a las exigencias de la libertad, la igualdad de oportunidades y el propio concepto de dignidad humana (Sarlet, 2019, pág. 81). Así, en el marco del Estado Social y Democrático la reformulación de los derechos fundamentales supuso la superación de su carácter negativo para convertirse en *instrumentos jurídicos de control de la actividad positiva, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder. Lo que trae como consecuencia la necesidad de incluir en el sistema de los derechos fundamentales no sólo a las libertades clásicas sino también a los*

*derechos económicos, sociales y culturales como categorías accionables y no como meros postulados programáticos”* (Pérez Luño, 2001, pág. 228).

En sentido similar, la realización de los derechos fundamentales –en consonancia con el principio democrático, también presente en esta fórmula política estatal– exige la participación de la población en la definición de las políticas públicas tendientes al cumplimiento de las obligaciones del Estado (Abendroth, 1986, pág. 37), más aún si se tiene en cuenta que estas se orientan a la satisfacción de sus derechos sociales. En esa medida, el Estado Social y Democrático tiene una estructura mixta que responde al conjunto de obligaciones diversas que le corresponde cumplir, pues en ellas se conjuga *la prohibición y la obligación de la intervención de la esfera pública en el área social* (Olivas, 1991, pág. 13).

Así se explica también –lo señalo ahora– la necesidad de reconocer a los derechos fundamentales doble carácter o dimensión: se les considera derechos subjetivos –entendidos como posiciones jurídicas cuya titularidad pertenece a cada uno de los individuos, de las cuales se derivan obligaciones– y son también normas objetivas o institucionales que –como mandatos generales de protección– deben dar paso a complejos marcos normativos, de procedimiento y de funciones institucionales que legitiman la actividad estatal (Häberle, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, 2003, pág. 97). En esa medida, la dimensión objetiva o institucional hace de cada derecho fundamental un mandato de acción y protección que compromete la actuación del Estado para la realización de los mandatos normativos que se desprenden de los dispositivos constitucionales que reconocen los derechos (Böckenförde, 1993, págs. 114 - 115).

Estas dos dimensiones se condicionan mutuamente y deben permitir la realización de los derechos fundamentales. El ejercicio y protección de la dimensión subjetiva requiere de la satisfacción de la dimensión objetiva, en particular, de los marcos normativos y funcionales que se adoptan para dar entidad a los mandatos objetivos. Estos marcos normativos y de procedimiento, como presupuestos de realización que son propios de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático, son complejos y demandan la acción de diferentes órganos del Estado, así como de la ciudadanía, lo que afirma el *status activus procesualis* de las personas para la realización, particularmente, de los derechos sociales. Este *status* supone la participación de la ciudadanía en procedimientos que posibiliten el acceso a los bienes básicos que forman parte de los derechos fundamentales. Se trata, además, de procedimientos para la concreción de los derechos que no aluden a la reivindicación jurisdiccional sino que son una forma de protección participativa

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu

previa y adecuada al Estado Social y Democrático (Häberle, Los derechos fundamentales en el Estado prestacional, 2019, pág. 84).

En un Estado Social y Democrático, la consideración de las dimensiones –subjetiva y objetiva- y la adopción de marcos normativos y de procedimiento que afirmen el *status activus procesualis* de las personas, constituyen el mejor escenario para la realización de los derechos fundamentales de carácter social, como la educación o la salud.

Como se ha adelantado, el actual Texto Constitucional peruano adopta, en su artículo 43, la fórmula política de Estado Social y Democrático, y también reconoce –en sus artículos 2.2, 11, 14, 14 y 17– el derecho a la igualdad de oportunidades, el derecho a la salud y el derecho a la educación. Asimismo, como se ha indicado antes, el artículo 44 de la Constitución de 1993 establece que son deberes primordiales del Estado peruano garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general basado en la justicia, así como en el desarrollo integral y equilibrado. Todo ello en el marco del artículo 1, que dispone que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Sobre la base de este marco normativo es posible afirmar que el modelo constitucional peruano se adscribe al constitucionalismo social y democrático, lo que supone avanzar desde el plano formal de la democracia hacia la construcción de una democracia sustantiva basada en el respeto y la realización de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2001, pág. 23ss). Sin duda, esta meta pasa por construir los cimientos sociales que garanticen a las personas un mínimo de bienestar o seguridad, social o material (Landa, 1994, pág. 151ss), sobre la base de considerar que su participación es clave, como lo sostiene el profesor Häberle en torno a la afirmación del *status activus procesualis*.

Precisamente, en esta línea reivindicativa de la Constitución de 1993 y sus contenidos sociales, el Tribunal Constitucional (TC) peruano se ha ubicado en no pocas sentencias; así, sobre el Estado Social y Democrático ha sostenido que supone una reforma al Estado liberal y, en tanto tal, *asume los fundamentos de éste, pero además imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio [...] La seguridad e igualdad jurídicas requieren de una estructura económica adecuada que haga posible estos principios* (Sentencia constitucional, 2003). En esta sentencia también ha manifestado que la concreción efectiva de la fórmula de Estado Social y Democrático

pasa por dos condiciones básicas: la identificación del Estado con sus fines sociales y el aseguramiento de condiciones materiales mínimas para las persona y la determinación de las posibilidades reales del Estado para cumplir con sus fines sociales, con la participación de la ciudadanía, en una suerte de afirmación de su *status activus procesualis*. En este sentido ha afirmado el Estado tiene que verificar si cuenta con los recursos “*para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención* (Sentencia constitucional , 2003).

Para el TC, el aseguramiento de condiciones materiales mínimas –a lo que también denomina *mínimo vital*– está vinculado con la satisfacción de derechos fundamentales sociales, como el derecho a la salud y el derecho a la educación, puesto que ellos constituyen también los fines sociales del Estado, a través de los cuales se debe alcanzar la plena protección de las personas y su autonomía (Sentencia constitucional, 2004). En ese contexto, estos derechos son considerados derechos subjetivos, pero también constituyen un conjunto de valores o instituciones que dan contenido material al Estado constitucional; así, el TC acoge la doble dimensión –tanto subjetiva como objetiva– para el ordenamiento constitucional peruano (Sentencia Constitucional , 2003). También ha afirmado que su realización demanda del Estado obligaciones positivas que aseguren su mínima satisfacción y, progresivamente, su plena realización; para esto último pueden incluso adoptarse metas cuantificables (Setencia constitucional , 2004), en tanto estamos frente a *un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del Derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia* (Sentencia Constitucional , 2009).

La revisión de información observable, como metas cuantificables, para evaluar el estadio de realización de un derecho fundamental de carácter social también ha sido asumida por el TC peruano en dos importante sentencias; la primera, vinculada con las condiciones de accesibilidad y disponibilidad del derecho a la salud mental para el caso de las personas que debían recibir medidas de seguridad de internamiento (Sentencia Constitucional , 2010); y, la segunda, relativa a la situación de accesibilidad del derecho a la educación en el ámbito rural del país (Sentencia Constitucional , 2017). En ambas sentencias, el TC constató que el estado de los elementos de disponibilidad y accesibilidad de ambos derechos sociales fundamentales no era constitucional, sobre la base de haber valorado distintos indicadores

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu

de política pública, cuya progresión en el tiempo daba cuenta de la no adopción de acciones concretas y constantes en el marco de un plazo razonable. Eso motivó que en la primera sentencia haya declarado *“como un estado de cosas inconstitucional, la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental”* y haya ordenado, entre otras medidas, que el Ministerio de Economía y Finanzas adopte las medidas que sean necesarias para incrementar gradualmente el presupuesto destinado al Ministerio de Salud y, particularmente, a los hospitales que atienden la salud mental en el Perú (Sentencia Constitucional , 2010). En la segunda de las sentencias, de igual modo, declara *un estado de cosas inconstitucional en el caso de la disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas de extrema pobreza del ámbito rural* y, adicionalmente, ordena al Ministerio de Educación que proponga y ejecute un plan de acción que *en un plazo máximo de cuatro años que vencería el 28 de julio de 2021, año del bicentenario, pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad a la educación de niños, adolescentes y mayores de edad, de extrema pobreza del ámbito rural, empezando por los departamentos de Cajamarca, Amazonas, Ayacucho y Huancavelica* (Sentencia Constitucional , 2017).

Estas dos sentencias son ejemplo de cómo a través de datos mensurables es posible verificar cuánto se va avanzado en la realización de los derechos fundamentales sociales o si se está produciendo una lesión a los mismos debida a la insuficiente adopción de medidas destinadas a satisfacer su dimensión objetiva. Asimismo, evidencian como esa insuficiente protección de la dimensión objetiva, en casos concretos, conllevan a lesionar la dimensión subjetiva o individual del derecho a la salud y el derecho a la educación. Es precisamente en este marco —de desarrollo dogmático sobre los derechos fundamentales que el TC peruano también ha acogido— que corresponde buscar el aporte de los ODS, particularmente el ODS 3, destinado a garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades, y el ODS 4, cuyo objetivo es garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos.

## **II. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible y las acciones del Estado social peruano**

La Agenda 2030 y sus ODS constituyen metas adoptadas por los Estados que forman parte del sistema de Naciones Unidas, en el año 2015, para res-

ponder a los desafíos ambientales, políticos, sociales y económicos que enfrenta el mundo actualmente y que tendrían que haberse superado en el año 2030 (PNUD, 2015, pág. 3). En palabras del Secretario General de las Naciones Unidas se trata de *un plan mundial en favor de la dignidad, la paz y la prosperidad para las personas y el planeta, en la actualidad y en el futuro* (Naciones Unidas, 2018, pág. 3) cuya finalidad coincide con los principios y valores de la Constitución peruana de 1993. De ahí que se trate también de compromisos adoptados por el Estado peruano que se alinean con su modelo de Estado Social y Democrático, así como con sus fines y deberes constitucionales.

En atención a esto, en el año 2018 el Estado peruano hizo público su *Primer Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, elaborado en el 2017. La entidad pública encargada de esta elaboración fue el Centro de Nacional de Planteamiento Estratégico – CEPLAN que, como rector del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico – SINAPLAN, inició el proceso en el año 2016, a través del diálogo con otras entidades públicas (Poder Ejecutivo nacional, organismos constitucionales autónomos, gobiernos regionales y municipalidades) y privadas, como la Academia y organizaciones de la sociedad civil que participan de la Mesa de Concertación para la Lucha contra la Pobreza – MCLCP<sup>4</sup>. El principal objetivo de CEPLAN fue consensuar una visión del país al 2030 e incorporar los ODS al Plan Estratégico de Desarrollo Nacional (PEDN), denominado también Plan Bicentenario (CEPLAN, 2018, págs. 11-17). Este informe incluye: a) la metodología de trabajo empleada y la imagen consensuada del país al 2030 con indicadores ilustrativos; b) la definición de las fuentes de seguimiento y examen de implementación de la Agenda 2030; c) el estado de los indicadores de medición, a manera de línea base, para cada uno de los ODS hasta el año 2016; y, d) una sección de fundamentación o marco conceptual para la construcción de la visión concertada del país al 2030.

---

4 Se trata de un espacio de concertación entre el Estado peruano y distintas instituciones de la sociedad civil, que fue reconocido a través del Decreto Supremo N° 001-2001- PROMUDEH, en vigencia desde el 18 de enero de 2001, cuya misión es emprender acciones de alcance nacional, mejor aprovechamiento de los recursos del Estado, de la cooperación técnica y del sector privado, dirigidos a las diversas acciones que comprende la lucha contra la pobreza. En ese marco, persigue los siguientes objetivos: i) concertar las políticas sociales en una perspectiva de desarrollo humano con enfoque de equidad y de género; ii) lograr mayor eficiencia en la ejecución de los programas comprendidos en la lucha contra la pobreza; iii) institucionalizar la participación de la ciudadanía en el diseño, toma de decisiones y fiscalización de la política social del Estado; y, iv) lograr la transparencia e integridad en los programas de lucha contra la pobreza.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu

En relación con la metodología de trabajo empleada, este Primer Informe Nacional Voluntario (hasta este momento, agosto de 2019, el Perú no ha emitido el segundo informe) señala que el proceso realizado por CEPLAN fue técnico, de carácter prospectivo, para la construcción de la propuesta de imagen de futuro que tiene como referencia la Agenda 2030. Asimismo, en el marco de los criterios de planificación estratégica, se fomentó la participación y el diálogo social para identificar y recoger las aspiraciones de la población sobre el futuro deseado, de modo que las personas se apropiaran del resultado del proceso. Así, en estas acciones es posible ver un procedimiento que responde al concepto de *status activus procesualis*, porque estaríamos ante la construcción de un nuevo escenario o forma de acción democrática e instrumento de participación, estrechamente vinculado con el acceso a bienes y satisfacción de Derecho en el marco de un Estado definido constitucionalmente como social y democrático (Häberle, Los derechos fundamentales en el Estado prestacional, 2019, págs. 145-147); esto, sin embargo, demandará persistencia en la promoción y participación de la ciudadanía.

Dicha metodología dio como resultado la adopción de la imagen consensuada del futuro del Perú al 2030, que se ha incluido en el Plan Bicentenario, con indicadores ilustrativos, tal como se muestra en la imagen que se muestra (CEPLAN, 2018, pág. 13).

	Al 2030, todas las personas pueden alcanzar su potencial.
	Se han desarrollado esfuerzos concertados para la conservación y la gestión sostenible de los recursos naturales, tomando medidas urgentes para hacer frente al cambio climático.
	Todas las personas gozan de una vida próspera y plena, con empleo digno y en armonía con la naturaleza, considerando reservas de recursos para el bienestar futuro.
	La sociedad peruana es pacífica, justa e inclusiva; libre del temor y de la violencia; sin corrupción ni discriminación y con igualdad de oportunidades.
	Se han fortalecido las alianzas para alcanzar el desarrollo sostenible, en correspondencia con el respeto universal de los derechos humanos, sin dejar a nadie atrás.

Fuente: Elaborado por CEPLAN sobre la base de la Agenda 2030.

El informe y la imagen del país al 2030, además, han sido contruidos adoptando las tres dimensiones del desarrollo sostenible –económica, social y ambiental– conforme lo establece la Directiva para la Actualización del Plan Estratégico de Desarrollo Nacional. Esta labor ha sido realizada a partir del

conocimiento de la realidad peruana tomando como base la mejor evidencia empírica disponible (CEPLAN, Directiva N° 001-2017-CEPLAN/PCD, 2017).

En lo que atañe a la definición de las fuentes de seguimiento y examen de implementación de la Agenda 2030, el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática – INEI ha desarrollado el *Sistema de Monitoreo y Seguimiento a los indicadores de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)*, a partir del marco global de indicadores desarrollado por la Comisión de Estadística de las Naciones Unidas para cada ODS. Este planteamiento incorpora indicadores ilustrativos vinculados a la propuesta de visión de futuro del Perú al 2030 (CEPLAN, 2018, págs. 18-20). Asimismo, el informe da cuenta de la decisión de llevar a cabo el seguimiento concertado y conjunto entre el Estado y la sociedad civil, empleando la organización de la ya mencionada Mesa de Concertación para la Lucha contra la Pobreza. Esto nos sitúa frente a un novedoso instrumento de participación en la realización de acciones que inciden directamente en la satisfacción acerca de los derechos fundamentales sociales, como una manifestación del *status activus procesualis*.

Respecto de los indicadores por cada ODS, es importante mencionar que el informe expresamente indica que algunas de estas metas no cuentan con todos los indicadores que deben ser medidos; así, del total de 241 indicadores de la Agenda 2030 previsto para todos los países, el Perú solo incluye 110 indicadores con información disponible, y esto se observa al revisar la información correspondiente a los ODS 3 y 4. De igual modo, en relación con los indicadores específicos que permiten medir los avances sobre la imagen concertada del país al 2030, solo se ha enunciado indicadores ilustrativos o preliminares, por lo que como el propio informe señala queda pendiente *trabajar con equipos técnicos de las entidades de distintos sectores para definir o mejorar los indicadores, las fuentes de datos, los instrumentos de recojo y de registro de datos, así como los procedimientos para su procesamiento, así como mejorar los registros administrativos de nivel subnacional para contar, en breve, con información fidedigna para el seguimiento de las políticas que hagan posible dicha imagen de país* (CEPLAN, Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 2018, pág. 25).

Finalmente, en lo que corresponde al marco conceptual y de fundamentación que acoge el Informe Voluntario, si bien a lo largo del mismo se establece como elemento central “*el bienestar sostenible de las personas*”, no advierte el vínculo del concepto de desarrollo sostenible y los ODS con los contenidos y

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

desarrollos dogmáticos sobre la fórmula política del Estado Social y Democrático, los derechos fundamentales y los deberes primordiales del Estado. La única oportunidad en que se menciona la Constitución busca glosar la fórmula política, pero con la finalidad de iniciar la explicación sobre la estructura orgánica del Estado peruano (CEPLAN, Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 2018, pág. 55). Sus principales fuentes conceptuales y de fundamentación son el *Modelo de bienestar de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos – OCDE*, la propia *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, el *Marco de políticas para la inversión de la OCDE* y la *Metodología prospectiva para la construcción de una visión de futuro*. De esa forma, salvo por la presencia de la Agenda 2030, el marco conceptual está definido por documentos de cariz técnico y de política económica. Así, se ha perdido la oportunidad de afirmar que la Agenda 2030, los ODS y el concepto de desarrollo sostenible incorporan elementos que forman parte del ámbito protegido de derechos fundamentales y, por ende, aportan a la realización o concreción de la fórmula política del Estado Social y Democrático de la Constitución Peruana. Vale decir, son garantías expresadas en metas cuantificables que permiten medir los avances en la satisfacción de dichos derechos. Asimismo, hubiese sido una forma de reforzar la dimensión institucional de este instrumento señalar que, en el caso del Estado peruano, también se han incorporado escenarios de participación en la elaboración y seguimiento de políticas y planes, como exigencia que se deriva de mandatos constitucionales.

No puede negarse que el Primer Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 da cuenta de los primeros pasos realizados por el Estado peruano en el compromiso asumido con los ODS y el desarrollo sostenible; son positivas la concertación en la construcción de la visión de futuro de país, así como la promoción de la participación y la apropiación por parte de distintos actores de la sociedad peruana y del Estado. También es importante el desarrollo de las plataformas e indicadores que faciliten el seguimiento de los objetivos, para conocer los avances, como lo es INEI “*Sistema de Monitoreo y Seguimiento a los indicadores de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)*”. Sin embargo, esta propuesta se agota en el plano metodológico y los avances en cuanto al cumplimiento de los indicadores son limitados, como veremos respecto de los ODS 3 y 4.

### **III. El estado de los ODS 3 y ODS 4: salud y educación**

El ODS 3 es garantizar una vida sana y promover el bienestar de todas las personas en todas las edades, y su razón de ser es que todas ellas tengan disponibles y accedan a los servicios de salud, así como a medicamentos efectivos y vacunas, con la finalidad de que todas las personas del planeta gocen de buena salud. En esa línea, el artículo 7 la Constitución peruana de 1993 reconoce el derecho de todas las personas a la protección de la salud y, sobre esa base, el TC ha sostenido que este derecho *comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida*. También sostuvo que para lograr ese fin el Estado debe invertir en el fortalecimiento y modernización de las entidades que brindan este servicio, así como adoptar e implementar políticas públicas orientadas al logro de dicho objetivo (Sentencia constitucional, 2004).

El concepto de *derecho a la salud* adoptado por el TC coincide con el sostenido por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que ha afirmado que se trata de un derecho indispensable para el ejercicio de los otros derechos humanos, cuyo contenido no se agota en el derecho a la atención de la salud, sino que *abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano* (Comité de Derechos Económicos, 2000). Ambos coinciden también en sostener que el derecho a la salud comprende los elementos esenciales de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. La disponibilidad se refiere a la obligación del Estado de contar con un número suficiente de establecimientos, bienes, programas, servicios públicos con agua potable y condiciones sanitarias adecuadas, y personal médico y sanitario capacitado y correctamente remunerado (Sentencia Constitucional , 2012); la accesibilidad a los establecimiento, bienes, programas y servicios de salud significa que estos deben ubicarse a una distancia geográfica

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
 Prof. Dr. Humberto Nogueira  
 Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu

razonable, estar al alcance económico de todos y estar exentos de todo tipo de discriminación (Sentencia Constitucional , 2008); la aceptabilidad exige que todos los establecimientos, programas y servicios de salud deben respetar le ética médica, guardar la confidencialidad, ser adecuados culturalmente e incorporar las perspectivas de género y de ciclo de vida. Finalmente, la calidad alude a que los servicios deben ser apropiados, desde la perspectiva científica, contar con personal médico y sanitario capacitado, además de instrumental científicamente aprobado y acceso a condiciones sanitarias adecuadas.

Es posible evaluar estos elementos esenciales del derecho a la salud a partir de los indicadores previstos para el ODS 3 y que son incorporados, en el caso del Perú, en el *Primer Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Los datos que exhibe este informe para la evolución comprendida entre los años 2009-2016 no son alentadores de cara a la realización del derecho a la salud pues, como se podrá apreciar en los siguientes cuadros, la mayoría de los indicadores no presentan progresión significativa en la unidad de medida entre año y año; además, la data de más de una decena de indicadores de esta meta está incompleta. Aun así, en el contexto global cabe valorar los avance realizados en ciertos indicadores como proporción de partos con asistencia de personal sanitario especializado; proporción de mujeres en edad de procrear (de 15 a 49 años) que practican la planificación familiar con métodos modernos; proporción de partos con asistencia de personal sanitario especializado y proporción de la población con seguro de salud; todos ellos dan cuenta de avances en la satisfacción de los elementos de disponibilidad y accesibilidad del derecho a la salud.

**ODS 3: Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades**

Código Indicador	Descripción del indicador	Unidad de Medida	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
3.1.1	Tasa de mortalidad materna	Por cada 100 000 nacidos vivos	103	93						
3.1.2	Proporción de partos con asistencia de personal sanitario especializado	%	82,5	83,8	85,0	86,7	89,1	90,0	91,6	92,4

*Derechos Fundamentales na Perspectiva da Democracia Interamericana*

<b>Código Indicador</b>	<b>Descripción del indicador</b>	<b>Unidad de Medida</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>
3.2.1	Tasa de mortalidad de niños menores de 5 años de edad	Por cada 1 000 nacidos vivos	26	23	21	21	21	20	18	
3.2.2	Tasa de mortalidad neonatal	Por cada 1 000 nacidos vivos	11	9	8	10	11	10	10	
3.3.1	Incidencia del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) por cada 100 000 habitantes	Por cada 100 000 habitantes	4	4	4	4	4	4	3	
3.3.2	Incidencia de la tuberculosis por cada 100 000 habitantes	Por cada 100 000 habitantes	82	79	90	83	79	76	73	
3.3.3	Incidencia de la malaria por cada 100 000 habitantes	Por cada 100 000 habitantes	126	100	77	105	160	212	199	180
3.3.4	Incidencia de la hepatitis B por cada 100.000 habitantes	Por cada 100 000 habitantes	3	4	3	4	5	6	6	7
3.3.5	Número de personas que requieren intervenciones contra enfermedades tropicales desatendidas	Personas								
3.4.1	Tasa de mortalidad atribuida a las enfermedades cardiovasculares, el cáncer, la diabetes o las enfermedades respiratorias crónicas	Porcentaje del total de defunciones	55,3	55,2	55,7	56,6	56,4	58,7	58,7	
3.4.2	Tasa de mortalidad por suicidio	Tasa								

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Código Indicador	Descripción del indicador	Unidad de Medida	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
3.5.1	Cobertura de las intervenciones de tratamiento (farmacológico, psicosocial y servicios de rehabilitación y postratamiento) por trastornos de uso indebido de drogas	%								
3.5.2	Proporción de personas de 15 y más años de edad con trastorno por consumo de alcohol en los últimos 12 meses	%						5,4	4,6	4,6
3.6.1	Tasa de fallecidos por accidentes de tránsito	Por cada 100 000 habitantes			12,3	9,5	9,9	9,8	11,4	
3.7.1	Proporción de mujeres en edad de procrear (de 15 a 49 años) que practican la planificación familiar con métodos modernos	%	50,0	50,5	51,1	51,8	51,3	52,2	53,3	54,1
3.7.2	Tasa de fecundidad adolescente de 15 a 19 años de edad	Por cada 1 000 adolescentes de 15 a 19 años de edad	67	68	61	64	65	68	65	60

*Derechos Fundamentales na Perspectiva da Democracia Interamericana*

Código Indicador	Descripción del indicador	Unidad de Medida	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
3.8.1	Cobertura de servicios de salud esenciales (definida como la cobertura promedio de servicios esenciales basados en intervenciones con trazadores que incluyen la salud reproductiva, materna, neonatal e infantil, las enfermedades infecciosas, las enfermedades no transmisibles y la capacidad de los servicios y el acceso a ellos, entre la población general y los más desfavorecidos)	Promedio								
3.8.2	Proporción de la población con seguro de salud	%	60,5	63,5	64,5	61,9	65,5	69,0	73,0	75,8
3.9.1	Tasa de mortalidad atribuida a la contaminación de los hogares y del aire ambiente	Tasa								
3.9.2	Tasa de mortalidad atribuida al agua no apta para el consumo, el saneamiento en condiciones de riesgo y la falta de higiene (exposición a servicios de Agua, Saneamiento e Higiene para Todos (WASH) no seguros)	Tasa								

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Código Indicador	Descripción del indicador	Unidad de Medida	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
3.9.3	Tasa de mortalidad atribuida a la intoxicación accidental	Tasa								
3.a.1	Proporción de personas de 15 y más años de edad que fuman diariamente	%						2,0	1,6	1,6
3.b.1	Proporción de la población con acceso sostenible a medicamentos y vacunas esenciales a precios asequibles	%								
3.b.2	Total de la asistencia oficial para el desarrollo neta destinada a los sectores de la investigación médica y la salud básica	%								
3.c.1	Densidad y distribución de los trabajadores sanitarios	%								
3.d.1	Capacidad del Reglamento Sanitario Internacional (RSI) y preparación para emergencias de salud									

Fuente: Primer Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. Anexo estadístico págs. 30 -31.

El ODS 4 está vinculado a propiciar la mejora en la educación de niños, niñas y adolescentes, y su norte es alcanzar la universalización del derecho a la educación primaria y secundaria, para desarrollar niveles aceptables de competencia en comprensión lectora y matemática y reducir las brechas educativas de género, ruralidad y otros factores que condicionan negativamente los elementos esenciales de la educación. Asimismo se propone mejorar la calidad de la educación escolar de modo que se facilite el acceso a la educación superior.

En ese marco el Texto Constitucional, en sus artículos 13 y 14, reconoce que el derecho a la educación está vinculado directamente con las condiciones de existencia de las personas e incide en la construcción de su autonomía; en esa medida, su realización resulta trascendental para la construcción de la igualdad de oportunidades, particularmente de los colectivos en situación de vulnerabilidad. De ahí que el artículo 17° de la Constitución incorpore las tres garantías básicas de la educación: universalidad, obligatoriedad y gratuidad en instituciones del Estado (Martínez De Pisón, 2003, pág. 69). De la incorporación de estas tres garantías, ciertamente, se deriva una prohibición –no reclamar pago alguno en las instituciones educativas públicas– y se derivan, también, mandatos al Estado para que asegure cobertura y calidad del sistema educativo (Sentencia Constitucional, 2007); esto está orientado a que se cumplan los elementos de disponibilidad y accesibilidad de la educación puesto, que, lo mismo que el derecho a la salud, el derecho a la educación cuenta también con los cuatro elementos esenciales de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, que se encuentran interrelacionados (Sentencia Constitucional, 2005).

En esa línea, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que *La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.* A partir de esta disposición, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y, posteriormente, el Pacto de San Salvador, reconocen el derecho a la educación como un derecho humano de carácter universal, del que deben gozar, sin discriminación alguna, todas las personas, y cuya realización plena se encuentra sujeta al principio de progresividad.

En esa medida, la protección del derecho fundamental a la educación en el Perú está conformada tanto por normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos cuanto por las normas constitucionales que, en conjunto, permiten identificar el contenido y elementos que conforman el derecho a la educación; estas constituyen un bloque de protección que incorpora también las interpretaciones que, sobre el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, todavía de

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu

manera inicial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>5</sup>. Estas últimas, además, han constituido el principal referente del TC peruano para brindar protección al derecho a la educación.

Al igual que en el ODS anterior, es posible hacer el seguimiento de la evolución en cuanto a la satisfacción de los cuatro elementos esenciales de la educación a partir de los indicadores previstos para este ODS 4, que también se encuentran explicitados en el *Primer Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Sin embargo, en el ODS vinculado con el derecho a la educación sí existen progresivas mejoras, entre los años 2009-2016, en la mayoría de los indicadores, particularmente en los que se asocian a la accesibilidad: hay avances en cuanto a la cobertura en educación básica en los niveles inicial y primaria, y se evidencia el reto avanzar en el ámbito de la educación secundaria y en cuanto a los índices de paridad en matrícula en los tres niveles. Asimismo cabe mencionar que, aunque con limitaciones, también se avanza en el elemento de aceptabilidad, como se verifica en los indicadores sobre la proporción de escuelas con acceso a electricidad, con abastecimiento de agua mediante red pública o que cuentan con servicio higiénicos en condiciones. De igual modo, constituye una tarea pendiente realizar acciones para mejorar la calidad del servicio a través del acompañamiento docente, porque todavía es limitado el porcentaje de instituciones educativas públicas cuyo cuerpo docente en pleno ha recibido acompañamiento pedagógico.

Finalmente, sobre el ODS 4 también es importante mencionar que el Informe de Desarrollo Sostenible 2019, elaborado para Bertelsmann Stiftung y la Red de Soluciones de Desarrollo Sostenible, señala que el Perú podría alcanzarlo en el 2030 si se mantiene el actual ritmo de avance. Confiamos en que esta tendencia, probablemente originada en las políticas públicas educativas iniciadas en el 2011 y vigentes hoy, se mantenga y conlleve a la realización del derecho fundamental a la educación (Sachs, 2019).

---

5 En particular, cabe mencionar el Caso Gónzales Lluy y otros vs. Ecuador. CORDIH Sentencia de 1 de septiembre de 2015, que es el primer caso en que la Corte acoge la protección del Derecho a la educación e identifica la relevancia del mismo, para enfatizar en el elemento esencial de la adaptabilidad.

**ODS 4: Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos**

Código Indicador	Descripción del indicador	Unidad de Medida	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
4.1.1.a	Proporción de estudiantes de segundo grado de primaria con nivel satisfactorio de Comprensión de Lectura	%	23,1	28,7	29,8	30,9	33,0	43,5	49,8	
4.1.1.b	Proporción de estudiantes de segundo grado de primaria con nivel satisfactorio en Razonamiento Matemático	%	13,5	13,8	13,2	12,8	16,8	25,9	26,6	
4.1.1.c	Proporción de estudiantes de educación secundaria con nivel satisfactorio en Comprensión de Lectura	%							14,7	
4.1.1.d	Proporción de estudiantes de educación secundaria con nivel satisfactorio en Razonamiento Matemático	%							9,5	
4.2.1	Proporción de niños menores de 5 años cuyo desarrollo se encuentra bien encauzado en cuanto a la salud, el aprendizaje y el bienestar psicosocial, desglosado por sexo	%								

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

<b>Código Indicador</b>	<b>Descripción del indicador</b>	<b>Unidad de Medida</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>
4.2.2	Tasa de asistencia a educación inicial	%	66,3	68,0	69,7	70,8	74,6	77,2	78,8	79,2
4.3.1.a	Tasa de asistencia a educación superior universitaria de la población de 17 a 24 años de edad	%	14,9	15,6	16,3	17,2	17,9	18,1	18,1	19,4
4.3.1.b	Tasa de asistencia a educación superior no universitaria de la población de 17 a 24 años de edad	%	8,1	8,2	8,1	7,9	8,6	8,9	8,9	9,0
4.4.1	Proporción de jóvenes y adultos que usan Internet	%	37,5	38,3	39,5	42,3	43,6	45,2	46,1	51,8
4.5.1.a	Índice de paridad en la matrícula a educación inicial de la población 3 a 5 años de edad	Índice	0,982	0,993	0,967	1,005	0,995	1,044	1,023	1,008
4.5.1.b	Índice de paridad en la matrícula a educación primaria de la población de 6 a 11 años de edad	Índice	0,988	1,001	0,997	1,001	1,010	0,991	0,996	1,006
4.5.1.c	Índice de paridad en la matrícula a educación secundaria de la población de 12 a 16 años de edad	Índice	0,995	1,013	1,024	0,994	1,019	1,016	1,003	0,987
4.6.1	Tasa de alfabetización de la población de 15 y más años de edad (Con cartilla de lectura)	%	91,4	91,8	92,1	93,3	93,3	93,1	93,6	93,5

*Direitos Fundamentais na Perspectiva da Democracia Interamericana*

Código Indicador	Descripción del indicador	Unidad de Medida	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
4.7.1	Grado en que i) la educación cívica mundial y ii) la educación para el desarrollo sostenible, incluida la igualdad entre los géneros y los derechos humanos, se incorporan en todos los niveles en: a) las políticas nacionales de educación, b) los planes de estudio, c) la formación del profesorado y d) la evaluación de los estudiantes	%								
4.a.1.a	Proporción de escuelas con acceso a electricidad	%					70,9	75,3	76,4	76,3
4.a.1.b	Porcentaje de escuelas con acceso a abastecimiento de agua mediante red pública dentro del local escolar	%			50,5	46,5	50,2	50,7	57,1	56,5
4.a.1.c	Porcentaje de escuelas con acceso a inodoro conectado a red pública	%			30,7	31,3	29,5	34,7	37,7	31,0
4.a.1.d	Porcentaje de escuelas cuyos servicios higiénicos cuentan con lavaderos o lavatorios	%		94,2	89,2	92,1	74,6	89,4	89,2	88,1

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Código Indicador	Descripción del indicador	Unidad de Medida	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
4.b.1	Volumen de la asistencia oficial para el desarrollo destinada a becas por sector y por tipo de estudio	Soles								
4.c.1.a	Porcentaje de instituciones educativas públicas de inicial donde todos sus docentes han recibido acompañamiento pedagógico	%			21,0	18,5	12,1	11,3	17,3	
4.c.1.b	Porcentaje de instituciones educativas públicas de primaria donde todos sus docentes han recibido acompañamiento pedagógico	%			23,3	23,8	14,9	19,3	28,1	35,1

Fuente: Primer Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. Anexo estadístico págs. 32 -33.

## IV. Reflexiones finales

A lo largo de este texto hemos ido vinculando la Agenda 2030 con los mandatos de la Constitución peruana de 1993 y hemos demostrado que los ODS y el concepto de desarrollo sostenible “concretan” la fórmula política del Estado Social y Democrático de la Constitución peruana. Es posible afirmar que los ODS constituyen una garantía observable del alcance de su fuerza normativa, así como del cumplimiento de los fines primordiales que la Constitución asigna al Estado peruano de garantizar el bienestar general y la protección de los derechos humanos. Esto último se aprecia en la coincidencia que tienen los ODS 3 y 4 con el ámbito protegido de los derechos fundamentales a la salud y la educación.

Asimismo, la metodología de seguimiento de la Agenda 2030 planteada por el Estado peruano constituye una oportunidad para construir y consolidar mecanismos de participación de la ciudadanía organizada en la realización de los derechos fundamentales sociales, lo que afirma el *status activus processualis* de las personas en el Estado constitucional peruano.

No obstante, la aproximación que viene teniendo el Estado peruano en torno a la Agenda 2030 omite el vínculo con los mandatos constitucionales, restándole valor normativo y, de cierto modo, axiológico, al compromiso asumido. Creemos importante complementar el enfoque administrativo y de gestión pública que se evidencia en el *Primer Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* y superar el sesgo economicista presente en el marco conceptual. Asimismo, para contar con información de base que permita hacer seguimiento de los ODS, es necesario completar la data de los indicadores que conforman el Sistema de Monitoreo y Seguimiento de los Indicadores de los ODS.

Finalmente, en torno de los dos ODS presentados, ciertamente el ODS 4, vinculado con el derecho a la educación, es el que más avances exhibe, pero su cumplimiento requiere de la continuidad de las políticas públicas en esta materia; en el caso del ODS 3, relacionado con el derecho a la salud, las acciones para remontar los indicadores deben ser más intensas si el Estado peruano aspira a cumplir con la meta al 2030, puesto que el progresivo cumplimiento de la Agenda 2030 aporta también un avance en la consolidación del Estado Sociales y Democrático peruano.

## **Referências**

(s.f.).

Abendroth, W. (1986). El Estado de Derecho democrático y social. En VV.AA, *El Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Arango, R. (2001). Protección Nacional e internacional de los derechos humanos sociales. En VV.AA, *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Medellín: Instituto Sindical de Cooperación al Desarrollo - Junta de Andalucía.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Böckenförde, E.-W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden - Baden : Nomos Verlagsgesellschaft.

Carmona, E. (2000). *El Estado social de derecho en la constitución*. Madrid: Consejo Económico y social .

CEPLAN, C. N. (2 de Mayo de 2017). Directiva N° 001-2017-CEPLAN/PCD. *Directiva para la Actualización del Plan Estratégico de Desarrollo Nacional (2 de mayo de 2017)*. Lima, Lima, Perú: CEPLAN.

CEPLAN, C. N. (2018). *Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Lima: CEPLAN.

Comité de Derechos Económicos, s. y. (2000). *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*.

De Cabo, C. (1997). *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo social*. México: UNAM.

Diez Moreno, F. (2004). *El Estado social. Cuadernos y debates N° 157*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.

Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil. 2da Ed.* Madrid: Trotta.

ForsthoFF, E. (1967). *Sociedad industrial y administración pública*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública.

García Cotarelo, R. (1988). Crisis y reformulación del Estado de bienestar. En J. y. Corcuera Atienza, *Derecho y economía en el Estado social* . Madrid: Tecnos - Gobierno Vasco.

Häberle, P. (2002). *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos.

Häberle, P. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Dykinson.

Häberle, P. (2019). *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*. Lima: Palestra.

Landa, C. (1994). *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*. Lima: Fondo Editorial PUCP - Maestría en Derecho Constitucional .

Martínez De Pisón, J. (2003). *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*. Madrid: Dykinson - Universidad Carlos III.

Naciones Unidas, O. (2018). *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Nueva York: Naciones Unidas.

Olivas, E. (1991). Problemas de legitimación en el Estado social. En VV.AA, *Problemas de legitimación del Estado Social*. Madrid: Trotta.

Pérez Luño, A. (2001). *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos 7ª ed.

PNUD, P. d. (2015). *Objetivos de Desarrollo Sostenible* . Obtenido de <http://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/corporate/sustainable-development-goals-booklet.html>

Sachs, J. S.-T. (2019). *Informe de desarrollo sostenible 2019*. New York <https://dashboards.sdgindex.org/#/PER>: Bertelsmann Stiftung y Red de Soluciones de Desarrollo Sostenible (SDSN).

Sarlet, I. (2019). *La eficacia de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra.

Sentencia constitucional , Expediente N° 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 11 de noviembre de 2003).

Sentencia Constitucional , Expediente N° 976-2001 (Tribunal Constitucional del Perú 13 de marzo de 2003).

Sentencia Constitucional , Expediente N° 4646-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 17 de Octubre de 2007).

Sentencia Constitucional , Expediente N° 05842-2006-PHC/TC (Tribunal Constitucional Peruano 7 de Noviembre de 2008).

Sentencia Constitucional , Expediente N° 01412-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 11 de Febrero de 2009).

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Sentencia Constitucional , Expediente N° 03426-2008-PHC/TC (Tribunal Constitucional Peruano 26 de Agosto de 2010).

Sentencia Constitucional , Expediente N° 003-2010-PI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 10 de Abril de 2012).

Sentencia Constitucional , Expediente N° 00853-2015-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 14 de Marzo de 2017).

Sentencia constitucional, Expediente N° 2916-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 5 de Octubre de 2004).

Sentencia Constitucional, Expediente N° 0091 (Tribunal Constitucional Peruano 18 de Febrero de 2005).

Setencia constitucional , Expediente N° 2016-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 5 de octubre de 2004).

# El derecho a la consulta y el derecho al consentimiento libre, previo e informado en el contexto de la protección al medio ambiente

Gonzalo Aguilar Cavallo

Gonzalo Aguilar Cavallo<sup>6</sup> En este sentido, en el caso de los Pueblos Kaliña y Lokono, la Corte IDH ha reiterado que “el Estado debe garantizar la participación efectiva “en relación con todo plan de desarrollo, inversión, explotación o extracción”. En particular la Corte se refirió a planes de desarrollo e inversión como “cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales [...], en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras”.<sup>7</sup>

James Anaya también ha dicho que la importancia de lograr la finalidad del consentimiento, en esta gradualidad de participación, depende del derecho o interés que esté en juego para la comunidad afectada.<sup>8</sup>

La consulta puede ser definida como un derecho humano colectivo que apuntan a concretar tanto los derechos fundamentales de la libre determinación y de la participación en los asuntos públicos. Entre sus diversos ámbitos de acción posible, este derecho a la consulta adquiere particular relevancia en la esfera de la protección del hábitat, recursos naturales y biodiversidad que los pueblos indígenas tradicionalmente han ocupado o usado de otro modo. Por ello, en el contexto de los proyectos de inversión y desarrollo,

---

6 Asamblea General: *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya.* Doc. N.U. A/HRC/12/34, de fecha 15 de julio de 2009, par .42.

7 Corte IDH: **Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).** Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, par. 197.

8 Corte IDH: **Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, par. 196.**

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

especialmente extractivos, sus tierras y territorios, el derecho a la consulta es una garantía de que las restricciones que se le puedan imponer a sus territorios recursos naturales no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo indígena, esto es, “mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo [indígenas] tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo [indígena].”<sup>9</sup> Se ha reconocido que la consulta es un instrumento importante para asegurar, como razón de legitimidad democrática, un mayor apoyo de los pueblos a los planes de desarrollo o inversión y que estos se vean beneficiados por los procesos de desarrollo.

Así, tomar en consideración los deseos y voluntad de los pueblos indígenas es especialmente relevante cuando ellos pueden alterar el hábitat en el que tradicionalmente se han desenvuelto y que han ocupado o usado de otro modo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en “casos de proyectos que puedan afectar el territorio de comunidades indígenas, los estudios de impacto ambiental y social deben respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas. En este sentido, es necesario tomar en cuenta la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio. Es preciso proteger esta conexión, entre el territorio y los recursos naturales que tradicionalmente han usado y que son necesarios para su supervivencia física y cultural y para el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, a efecto de garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico costumbres, creencias y tradiciones distintivas sean respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.”<sup>10</sup> “De conformidad con el derecho a la libre determinación, los pueblos indígenas siempre han tenido la facultad inherente de concertar acuerdos obligatorios entre ellos y otras entidades.”<sup>11</sup>

---

9 **Corte IDH: Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, par. 133.**

10 Asamblea General: *Consentimiento libre, previo e informado. Un enfoque basado en los derechos humanos. Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Doc. N.U. A/HRC/39/62, de fecha 10 de agosto de 2018, par. 3.

11 Asamblea General: *Consentimiento libre, previo e informado. Un enfoque basado en los derechos humanos. Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Doc. N.U. A/HRC/39/62, de fecha 10 de agosto de 2018, par. 14.

¿Cuál es la posición de los órganos internacionales con competencia para pronunciarse sobre el derecho a la consulta, participación y consentimiento de los pueblos indígenas respecto de la evaluación ambiental?

A continuación examinaremos brevemente los criterios y estándares mínimos que han sido desarrollados por los órganos internacionales con competencia para pronunciarse sobre el derecho a la consulta, participación y consentimiento de los pueblos indígenas. En este sentido, mencionaremos brevemente conceptos tales como soberanía popular, democracia, fin de la exclusión, participación efectiva, etc.

En el contexto de los derechos de los pueblos indígenas, la relación entre la evaluación de impacto ambiental, la democracia, los derechos humanos y el derecho a la participación se traduce en el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la consulta, participación, consentimiento libre, previo e informado. Y, la fuente primera de estos, se encuentra en el derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y en los principios de soberanía popular y de gobierno por consentimiento y es una consecuencia de la eficacia y aplicación de múltiples derechos humanos.<sup>12</sup>

En cuanto a los derechos humanos que se vinculan con los principios elementales de democracia, autodeterminación de los pueblos, soberanía popular y gobierno por consentimiento que sirven de *sustratum* al derecho de los pueblos indígenas a la consulta, participación y consentimiento, se pueden mencionar, por ejemplo, el derecho a la participación (artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a “participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos [...] desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización.”<sup>13</sup> Además, el derecho a la igualdad; el derecho a la integridad cultural; el derecho al acceso a la justicia, etc.

---

12 ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, para. 41.

13 CIDH: Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, para. 275. Available at: <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm#IX>> [Last visited on 23/5/2013]; CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, paras. 142 y 155.

Interesa tomar en consideración la interpretación que los órganos de la Organización Internacional del Trabajo han dado a los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio núm. 169 de 1989 ya que precisamente este Convenio fue fraguado al interior de dicha organización internacional. Entonces, ¿cuáles son los estándares o criterios desarrollados por la Organización Internacional del Trabajo, particularmente, por la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones?

Antes de comenzar con una breve revisión de los criterios y estándares que ha ido fijando la Organización Internacional del Trabajo y otros órganos internacionales a propósito de los derechos participatorios indígenas, deberíamos retener en mente a lo largo de la lectura de estas líneas el criterio transversal elemental que cruza todo el Convenio núm. 169 de la OIT. Este último consiste en que “el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio núm. 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo”.<sup>14</sup> 7,<sup>15</sup> 16<sup>16</sup> del Convenio núm. 169 sobre los pueblos

---

14 Artículo 6: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

15 Artículo 15: «1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.»

16 Artículo 17: “1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos. 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus

indígenas y tribales de 1989 de la OIT. Además, son pertinentes los artículos 10,<sup>17</sup> 19,<sup>18</sup> 43<sup>19</sup> destaca que “los mecanismos de consulta y participación son la piedra angular del Convenio y que su finalidad no es formal sino que fueron previstos para que los pueblos indígenas puedan participar efectivamente en su propio desarrollo.”<sup>20</sup>

Así, la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha confirmado la obligación del Estado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 6, 7, 15 y 16 del Convenio núm. 169 de 1989, de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas cada vez que se desee adoptar alguna medida, de cualquier naturaleza, que los pueda afectar. Al mismo tiempo, esta Comisión, a través de sus pronunciamientos, ha delimitado los criterios y estándares mínimos que deben ser respetados y cumplidos por los Estados en estos procesos participativos. Así, por ejemplo, respecto de Brasil, “recordó al Gobierno la obligación de consultar a los pueblos cubiertos por el Convenio cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente” y, además, agregó que “pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para garantizar de manera adecuada la con-

---

tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.”

17 Artículo 18: “Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.” Resolución aprobada por la Asamblea General 61/295. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 13 de septiembre de 2007.

18 Artículo 32: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.” Resolución aprobada por la Asamblea General 61/295. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 13 de septiembre de 2007.

19 Vid. Doc. GB.304/14/7, para. 42-44.

20 Vid. Doc. GB.304/14/7, para. 43.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

sulta y participación de los pueblos indígenas en el diseño de este mecanismo de consulta.”<sup>21</sup> Y, además, la Comisión de Expertos, agrega, como una consideración esencial en el proceso de toma de decisiones, el hecho de los resultados derivados de la realización de los estudios de impacto ambiental, que per se deben ser participativo y además, incorporar la evaluación de la incidencia social, cultural, espiritual, medio ambiental del proyecto, sobre los pueblos afectados. En este sentido, la Comisión de Expertos “observa que tampoco hay evidencia de que se haya garantizado la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que llevaron al establecimiento del CLA y del CEA ni sobre los estudios de impacto realizados al respecto. La Comisión recuerda a este respecto que el Gobierno tiene la obligación, en virtud del *artículo 6, párrafos 1, a), y 2*, del Convenio, de consultar a los pueblos cubiertos por el Convenio, à través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. El Gobierno debe también, en virtud del *artículo 7, párrafo 3*, velar por que se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. La Comisión no puede dejar de subrayar que los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.”<sup>22</sup>

Más que resaltar el contenido de esta obligación, de por sí claro, la Comisión de Expertos ha destacado aquellas circunstancias en que no se satisface este estándar. En este contexto, la referida Comisión ha recalcado que “no se puede considerar que una simple reunión informativa cumpla con las disposiciones del Convenio” y además, ha concluido que “una reunión de mera información o reuniones o consultas llevadas a cabo después del otorgamiento de una licencia ambiental no satisfacen lo dispuesto en los *artículos 6 y 15, 2)* del Convenio.” Por esta razón, la Comisión de Expertos ha afirmado que

---

21 Organización Internacional del Trabajo: Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2012. Documento ILC.101/III/1A. Observación, CEACR 2011/82a reunión. Brasil. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) (ratificación: 2002), p. 1034.

22 Vid. Doc. GB.282/14/3, para. 36.

“aunque el artículo 6 no requiere que se alcance un consenso en el proceso de consultas previas, establece que los pueblos interesados deben poder participar libremente en todos los niveles de formulación, aplicación y evaluación de las medidas y programas que les afectan directamente.”<sup>23</sup>

Por otra parte, pero en esta misma línea, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones formuló una Observación General acerca de la consulta indígena en 2010 (informe 2011), la cual constituye una reformulación y revisión de otra Observación General anterior de 2008 (informe 2009) y allí reconoció el estándar del derecho a la participación incluso en el proceso de preparación de la evaluación de impacto ambiental. Así, señaló que “las consultas deberían realizarse antes de la realización y formulación del proyecto y desde luego antes de su aprobación o autorización, lo cual implica que las comunidades afectadas deberían participar lo antes posible en el proceso, incluso en la preparación de los estudios de impacto medioambiental.”<sup>24</sup> Esta falta de acceso a la toma de decisiones sobre su desarrollo, también en lo que respecta a sus tierras y recursos naturales, produjo un impacto severo en múltiples derechos humanos, tales como el derecho de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, el derecho a gozar de sus recursos naturales, el derecho de acceso al agua potable,<sup>25</sup> Además, en este sentido, se ha afirmado en cuanto a los procedimientos, “que no hay un único modelo de procedimiento apropiado y que estos procedimientos deberían tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas interesados, así como la naturaleza de las medidas que son objeto del proceso de consulta”.<sup>26</sup> Con esta

---

23 Organización Internacional del Trabajo: Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2012. Documento ILC.101/III/1A. Observación, CEACR 2011/82a reunión. Brasil. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) (ratificación: 2002), p. 1035.

24 Decision on Communication 276 / 2003 - Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya (Endorois Decision), adopted at the 46th Ordinary Session held from 11 – 25 November 2009 in Banjul, The Gambia, paras. 281, 282, 283.

25 Organización Internacional del Trabajo: Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2012. Documento ILC.101/III/1A. Observación, CEACR 2011/82a reunión. Brasil. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) (ratificación: 2002), p. 1035

26 CIDH: Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, para. 273. Available at: <<http://cidh.org/countryrep/>

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

declaración, la CIDH y también la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido las bases fundamentales de los estándares mínimos que los Estados, dentro del sistema interamericano de derechos humanos, deben cumplir, especialmente en el contexto del proceso de toma de decisiones respecto de proyectos de inversión o desarrollo con impacto medioambiental, y que afecten a las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas. A continuación analizaremos algunos de estos estándares mínimos.

### **a) La consulta y el consentimiento son exigencias transversales connaturales al goce de todos los derechos indígenas**

Tal como ha resaltado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “En el caso Saramaka, la Corte Interamericana dio ejemplos de la gama de medidas estatales que requieren consulta previa, cuando ordenó al Estado de Surinam que consultara con el pueblo Saramaka “al menos acerca de los siguientes seis asuntos”:

1. El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka;
2. El proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que ellos integran;
3. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar

---

TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm#IX> [Last visited on 23/5/2013]; CIDH: *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, para. 1058 y 1071; CIDH: *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, para. 158; El Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo obliga a los Estados a consultar con los pueblos indígenas, de buena fe y con el objetivo de llegar a un acuerdo u obtener su consentimiento, sobre asuntos que les afectan en distintos contextos; ver los arts. 6.1, 6.2, 15.2, 22.3, 27.3 y 28 del Convenio. Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas consagra, entre otros, el principio de la obtención del consentimiento previo, libre e informado; ver, entre otros, los artículos 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38 de la Declaración.

efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado;

4. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres;

5. En relación con los estudios previos de impacto ambiental y social; y

6. En relación con cualquier restricción propuesta a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión propuestos dentro de, o que afecten, el territorio Saramaka.”<sup>27</sup>

Del mismo modo, la CIDH y también la Corte IDH han hecho suyos los criterios y estándares mínimos fijados por otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Esto último no es sino una manifestación del denominado diálogo judicial o cuasi-judicial o bien sencillamente diálogo de derechos humanos multinivel. En este caso, el diálogo es horizontal porque se produce entre órganos que ocupan un mismo nivel normativo. Este diálogo se ve favorecido porque estos órganos abordan un mismo tipo de problemas con un mismo tipo de normativa aplicable. Así por ejemplo, los órganos interamericanos han hecho suyo el criterio del Comité de Derechos Humanos quien “ha reconocido que el goce de los derechos culturales de los pueblos indígenas, incluyendo los que se asocian al uso de la tierra y los recursos naturales, “puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”.”<sup>28</sup>

Por último, los órganos interamericanos han recordado la afirmación efectuada por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en el sentido de sostener que “[l]a consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que también son aplicables a otras acciones

---

27 CIDH: Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, para. 283. Available at: <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm#IX>> [Last visited on 23/5/2013];

28 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Recomendación General N° 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997), para. 5; CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, para. 130, nota 99.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas.”<sup>29</sup>

Un segundo criterio establecido es que “[l]os Estados, al otorgar concesiones de exploración y explotación de recursos naturales para utilizar bienes y recursos comprendidos dentro de los territorios ancestrales, deben adoptar medidas adecuadas para desarrollar consultas efectivas, previas al otorgamiento de la concesión, con las comunidades que puedan ser potencialmente afectadas por la decisión. El derecho de toda persona a participar en el gobierno (art. 23, CADH), aplicado a los pueblos indígenas en el marco de los proyectos de desarrollo que se realicen en las tierras, territorios y recursos naturales que usan u ocupan, se traduce en procedimientos previos, libres e informados de consulta, tal como dispone el Convenio 169 de la OIT.”<sup>30</sup>

Del mismo modo, la CIDH ha destacado la necesidad de un marco regulatorio adecuado. Si bien es cierto que la existencia de un marco regulatorio adecuado es relevante para encuadrar y precisar el ejercicio del derecho a la consulta, la falta de dicho marco no es impedimento para el ejercicio del respectivo derecho. Esto último es una demostración de la autoejecutabilidad del derecho humano colectivo a la consulta. En efecto, la CIDH ha sostenido que “[e]l cumplimiento del deber estatal de consulta debe regularse en el ordenamiento jurídico interno a través de medidas legislativas o administrativas (artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana), de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados. Sin embargo la ausencia de regulación no exime al Estado de dicho deber. Los Estados deben aprobar legislación “que desarrolle los derechos individuales de los indígenas, que garantice mecanismos de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones de índole política, económica y social que afecten sus derechos y que incremente su participación política en la adopción de decisiones a nivel nacional”; para estos efectos, los Estados deben prescribir reglas y requisitos claros para el proceso de las consultas, que incluyan por ejemplo “la información que debe ser compartida con las comu-

---

29 CIDH: *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, para. 157.

30 CIDH: Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, para. 144.

nidades afectadas o el alcance del apoyo comunitario necesario para permitir el otorgamiento de la licencia”.<sup>31</sup>

Por último, la CIDH ha señalado claramente que “[e]n la medida en que los planes o proyectos de desarrollo o inversión o las concesiones extractivas afecten de manera sustancial al derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos, el deber de consulta requiere, de todas las partes involucradas, flexibilidad para acomodar los distintos derechos e intereses en juego. El deber de los Estados es el de ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas, o, en defecto de tal acomodo, el de proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho.”<sup>32</sup> Creemos que respalda esta visión crítica de lo obrado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las propias reglas de interpretación que proporciona el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando señala que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido [...] de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados” ni “excluir o limitar el efecto que puedan producir [...] otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

De hecho, el criterio de los órganos de tratados de las Naciones Unidas e incluso el propio estándar de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no exigían, tal como se desprende del Convenio núm. 169 o de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, distinguir entre los tipos de proyectos, para evaluar si era necesario obtener el consentimiento o no de los pueblos indígenas afectados. Con esto, se disminuye el estándar mínimo de protección de los derechos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales.

---

31 CIDH: Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, para. 323. Available at: <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm#IX>> [Last visited on 23/5/2013]

32 Para una visión crítica, vid. Pasqualucci, Jo M.: “International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-american Court of Human Rights in light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, in *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 27, No. 1, 2009, pp. 51-98; Tramontana, Enzamaría: “The Contribution of the Inter-American Human Rights Bodies to Evolving International Law on Indigenous Rights over Lands and Natural Resources”, in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 17, Number 2, 2010, pp. 241-263; Pentassuglia, Gaetano: “Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights”, in *European Journal of International Law*, Vol. 22, No. 1, 2011, pp. 165-202.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

En este contexto, la CADHP aprovecha las enseñanzas del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el que ha afirmado que “[e]n cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación.”<sup>33</sup>

Con todo, cabe hacer presente que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha efectuado un matiz similar al que se revisará a continuación, respecto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, la CADHP afirma, a su vez, el criterio del consentimiento previo, libre e informado cuando se trata de proyectos de gran impacto. Este órgano señala que “respecto de cualquier proyecto de desarrollo o inversión que tuviera un impacto mayor en los territorios Endorois, el Estado tendría el deber no solo de consultar a los pueblos indígenas sino también obtener su libre, previa e informado consentimiento, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.”<sup>34</sup>

### **i) Deber de obtener el consentimiento: Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado “la diferencia entre ‘consulta’ y ‘consentimiento’”, planteando la obligación de obtener el consentimiento en los siguientes términos: “la Corte considera que, cuando

---

33 CIDH: Informe N° 75/02. Caso 11.140. Fondo. Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, para. 140.

34 Decision on Communication 276 / 2003 - Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya (Endorois Decision), adopted at the 46th Ordinary Session held from 11 – 25 November 2009 in Banjul, The Gambia, paras. 293.

se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”. Posteriormente, en la sentencia interpretativa del caso Saramaka, la Corte añadió: “el Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka. El Tribunal enfatizó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones”.<sup>35</sup>

La obligación de obtener el consentimiento previo se justifica por el deber de protección reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, sumado a la necesaria salvaguarda doblemente reforzada de los derechos de los pueblos indígenas en casos de planes o proyectos de desarrollo o inversión que afecten su sobrevivencia y subsistencia física, étnica y cultural. En esta línea, de acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “[e]l requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimien-

---

35 CIDH: Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, para. 331. Available at: <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm#IX>> [Last visited on 23/5/2013]; Corte IDH: *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, para. 136; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, “Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención, Observaciones Finales respecto del Ecuador”, 2003, ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, para. 16.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

to responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos.”<sup>36</sup>

2. Casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.<sup>37</sup>

## **ii) Deber de realizar una consulta adecuada: Cuando no se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales**

El mensaje que se desprende de la interpretación que ha proporcionado la Corte Interamericana de Derechos Humanos es que sólo existiría una obligación del Estado parte de efectuar todo lo necesario para alcanzar y obtener el consentimiento del pueblo indígena afectado en aquellos casos de proyectos a gran escala. Aun cuando no existiera el deber de obtener el consentimiento, sí existe la obligación de realizar consultas con los pueblos indígenas en los casos previstos tanto en el Convenio como en la Declaración. La práctica comparada así lo ha confirmado. En efecto, por ejemplo, “los tribunales del Canadá han establecido la obligación de consultar y tener en cuenta a los pueblos indígenas en relación con las actividades que puedan afectarles, incluido el desarrollo de zonas forestales. Además, durante el proceso de consulta, los pueblos indígenas deben recibir información completa, de forma que comprendan debidamente lo que se les está proponiendo. Cuando los derechos de los pueblos indígenas pueden verse seriamente afectados, debe obtenerse consenso.”<sup>38</sup>

---

36 Vid. artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas; artículo 16 del Convenio 169 de la OIT.

37 Vid. artículo 29 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.

38 Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Procurador Federal. E-mail: [eduardordias@hotmail.com](mailto:eduardordias@hotmail.com)

## **Introdução**

Examina-se neste estudo o direito fundamental à previdência social e a necessidade de garantir uma fonte de rendimentos suficiente para a pessoa, bem como os dados sobre pobreza e informalidade constantes da Síntese de Indicadores Sociais do IBGE, de 2018, para verificar se a proposta de adoção de um regime privado de previdência social pode levar a um aumento do risco de insegurança de renda e a uma diminuição da cobertura. Para esse fim, são analisadas experiências internacionais objeto de estudo da OIT, para se concluir que um sistema privado de previdência pode aumentar a desigualdade, a insegurança e a informalidade.

É possível a participação do setor privado na complementação do sistema público de previdência e a adoção de reformas paramétricas que assegurem sua sustentabilidade. O combate à informalidade e a ampliação da cobertura e da equidade do sistema devem ser as prioridades a ser buscadas por referidas reformas, além da garantia de uma renda adequada e suficiente na inatividade. Deve-se ainda ampliar o diálogo social e incluir a segurança de renda no debate sobre reforma da previdência.

A recente PEC 6, de 2019, encaminhada pelo Governo brasileiro ao Congresso Nacional com a finalidade de alterar normas referentes à previdência social, previu, originariamente, a adoção de um regime de capitalização, a ser instituído na forma de lei complementar.

Muito embora não tenha sido mantido na versão aprovada pela Câmara dos Deputados em agosto de 2019, em dois turnos de votação, e posteriormente encaminhada ao Senado Federal, o regime de capitalização poderá voltar a ser discutido em outra proposta de emenda à Constituição<sup>39</sup>, e também a partir de dados constantes da Síntese de Indicadores Sociais, do IBGE, de 2018<sup>40</sup>.

A partir de contribuições do modelo universalista Beveridgiano, a proteção previdenciária se amplia até a chamada seguridade ou segurança social,

---

39 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Reversing pension privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*. Geneva: ILO, 2018. Disponível em [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---soc\\_sec/documents/publication/wcms\\_648574.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_648574.pdf). Acesso em 08/06/2019

40 LOUREIRO, João Carlos. *Direito da segurança social: entre a necessidade e o risco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 47-48.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

incorporando dimensões que ultrapassam o seguro social e buscam uma proteção mais ampla.

A Convenção 102 da OIT, de 1952, a propósito, aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 269, de 2008, inclui a prestação de serviços médicos, auxílio-doença, seguro desemprego, benefício de velhice, benefícios por afastamento em razão de acidente de trabalho, benefício familiar, auxílio maternidade, benefício por invalidez e benefício por sobrevivência (pensão por morte) como prestações a serem oferecidas. A Convenção admite a utilização de seguro para atender a algumas prestações oferecidas, conforme consta em seu art. 6º, desde que controlados por autoridades públicas ou administrados de acordo com normas estabelecidas conjuntamente por empregadores e trabalhadores.

O direito à segurança social, como direito humano e fundamental, foi reafirmado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em seu art. 9º, que também autonomizou o direito à saúde em seu art. 12.

A Constituição Federal de 1988, adotando a expressão seguridade social, em seu art. 194, a define como um “conjunto integrado de ações dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

A previdência é tratada no art. 201 da Constituição, que prevê que será organizada sob a forma de um regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, observados critérios que preservem seu equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, determinadas contingências. São elas a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, idade avançada, a maternidade, o desemprego involuntário, encargos familiares por meio do salário-família (restrito aos segurados de baixa renda) e a reclusão, aos dependentes dos segurados de baixa renda. Também prevê, no § 10 do art. 201, a cobertura contra o risco de acidente de trabalho, “a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado”. A PEC 6/2019, a propósito, altera a redação do § 10 do art. 201 e estende a possibilidade de cobertura pelo setor privado aos benefícios não programados, inclusive decorrentes de acidente de trabalho, na forma de lei complementar.

Verifica-se, portanto, que o Brasil atende integralmente ao que prevê a Convenção 102 da OIT. A previdência é prevista também no art. 6º da Constituição Federal de 1988 como um direito social. Seu perfil, de garantia de ren-

da em substituição ou complementação à renda dos segurados e dependentes no caso de ocorrência de uma contingência social, permite enquadrá-la no conceito de direito fundamental social de Robert Alexy, como direito a uma prestação em sentido estrito. Trata-se de assegurar algo ao indivíduo, em face do Estado, que, “se dispusesse de meios financeiros suficientes e houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”<sup>41</sup>. Há também a previsão de regimes próprios de previdência para servidores titulares de cargos efetivos, no art. 40, da Constituição, além de inatividade remunerada para os militares, na forma do inciso X do § 3º do art. 42. Em 2017, o número total de servidores estatutários e militares alcançava 7.734.652.

O financiamento da seguridade social se dá na forma do art. 195 da Constituição, de forma direta por meio de contribuições sociais e de forma indireta através de recursos dos orçamentos fiscais dos entes federados. A receita de contribuições sociais integra o orçamento da seguridade social, previsto no § 5º do art. 165 da Constituição. O art. 167, XI, da Constituição, por sua vez, vincula à previdência social a arrecadação de algumas das contribuições sociais previstas, no caso as do art. 195, I, “a”, e II, da Constituição.

Sobre a necessidade de uma reforma do sistema previdenciário brasileiro, cumpre referir auditoria realizada pelo TCU em 2017, analisando as contas da seguridade social no período de 2007 a 2016. Foram objeto de exame tanto o regime geral de previdência social, quanto o regime próprio dos servidores federais e os encargos previdenciários da União (EPU), que inclui pensões militares e pensões especiais. A conclusão da referida auditoria aponta para a existência de um desequilíbrio financeiro no orçamento da seguridade social, provocado em especial pelas contas da previdência social. Nesse sentido, e conforme destacado por Strapazzon<sup>42</sup>. Segundo essa definição, em 2017, 37,3 milhões de pessoas estavam na informalidade, o que alcança 40,8% da população ocupada. Esse número supera o percentual de informalidade apurado em 2014, que alcançava 39,1% da força de trabalho ocupada.

---

41 BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Boletim Estatístico da Previdência Social*. Vol. 26, nº 3. Março de 2019, p. 6. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/05/beps19.03.pdf>. Acesso em 07/06/2019.

42 BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018, p. 41. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>. Acesso em 07/06/2019.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Considerando um recorte por regiões, o maior nível de informalidade se encontra no Norte e no Nordeste brasileiros. Em 2017, a proporção de trabalhadores em ocupações informais alcançou 59,5% na Região Norte e 56,2% na Região Nordeste. As Regiões Sudeste e Sul, de outra banda, tinham menor grau de informalidade na força de trabalho, de 33,8% e 29,1% respectivamente.

Na Região Norte, o Estado do Pará, e, na Região Nordeste, o Estado do Maranhão, são aqueles com maior informalidade da força de trabalho, de 64,2% e 66,2%, respectivamente, em 2017. Por outro lado, Santa Catarina e Rio Grande do Sul apresentaram as menores proporções, de 23,3% e 29,8%, respectivamente.

Há ainda um recorte por raça que revela que o Estado do Amazonas foi onde havia a maior desvantagem para pessoas pretas ou pardas em termos de ocupação em trabalhos informais, com 62,9%. Para comparação, a proporção de pessoas ocupadas de cor branca em trabalhos informais naquela unidade da Federação foi de 48,7%, em 2017.

Quanto ao gênero, a proporção de homens e mulheres em trabalhos formais e informais mostra-se parecida, embora registre pesos distintos quando se analisam as diferentes categorias de trabalho informal. Enquanto os homens apresentam maior participação como empregados sem carteira, não registrados, e como trabalhadores por conta própria, as mulheres são mais numerosas em atividades de auxílio familiar e como trabalhadores domésticos não registrados.

Considerando por tipo de atividade econômica, o estudo do IBGE aponta que as atividades que mais concentraram trabalhadores informais foram os serviços domésticos (70,1%) e a Agropecuária (68,5%), no ano de 2017. Nos serviços domésticos houve um aumento do número de trabalhadores, diferentemente da agropecuária, onde tem havido uma redução. Por outro lado, em decorrência da piora recente no mercado de trabalho, todas as outras atividades sofreram elevação na proporção de trabalhadores informais nos três últimos anos, com destaque para construção (4,7 pontos percentuais), indústria (4,4 pontos percentuais) e demais serviços (4,2 pontos percentuais), o que reverte uma tendência de queda que vinha sendo observada desde 2012.

Introduzindo uma consideração por sexo nas atividades econômicas, verifica-se que a participação das mulheres no trabalho informal é superior à dos homens para a maior parte das atividades examinadas. Já o recorte por cor ou raça indica que há maior participação da população

preta ou parda em trabalhos informais (46,9%) quando comparada com os trabalhadores brancos (33,7%).

A partir do critério de pobreza adotado, a Síntese de Indicadores Sociais do IBGE identificou 55 milhões de pessoas vivendo com menos de US\$ 5,50 PPC diários em 2017 (equivalente a por volta de R\$406,00 mensais). Ou seja, 26,5% da população, ou quase 55 milhões de pessoas. Em 2016 o percentual era de 25,7% da população. A maior parte dessas pessoas (mais de 25 milhões) concentrava-se na Região Nordeste. O Nordeste era também a região com maior percentual de sua população com renda inferior a esta linha, 44,8%, ao passo que esta proporção era de 12,8% no Sul. Na Região Sudeste, por sua vez, houve aumento de 1,3 pontos percentuais, passando de 16,1% para 17,4% da população<sup>43</sup>. Os idosos, portanto, se comparados ao restante da população, são menos vulneráveis.

### **3 A capitalização e seus limites a partir do exame da versão original da PEC 6/2019**

A versão original da PEC 6/2019 pretendia efetuar profunda reforma do sistema previdenciário, desconstitucionalizando muitas de suas regras, que passariam a ser definidas em lei complementar, prevendo um regime alternativo de financiamento por capitalização, além de mecanismos que ampliam o tempo de contribuição e a idade, dificultando o acesso a benefícios.

O regime de capitalização foi abandonado na versão do Relator aprovada depois pela Câmara dos Deputados em dois turnos de votação. Seria disciplinado por lei complementar, conforme redação proposta para o art. 201-A da Constituição, na modalidade de contribuição definida, de caráter obrigatório para quem aderir, com a previsão de conta vinculada para cada trabalhador.

A versão original da PEC 6/2019 introduzia ainda o art. 115 nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que previa que o novo regime de previdência social seria implementado alternativamente em relação ao regime geral de previdência social e aos regimes próprios de previdência dos servido-

---

43 BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018, p. 60. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>. Acesso em 07/06/2019.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

res públicos, adotando, dentre outras diretrizes, previsão de garantia de um piso básico, não inferior ao salário mínimo, por meio de um fundo solidário, e a possibilidade de contribuições patronais e do trabalhador, dos entes federativos e do servidor, vedada a transferência de recursos públicos. Não defnia, portanto, se seria obrigatória a contribuição do empregador – que constava como mera possibilidade. Previa, é certo, a garantia de um piso básico, não inferior ao salário mínimo, por meio de um fundo solidário, o que poderia minorar um dos problemas dos regimes de capitalização adotados em outros países, que é o baixo valor dos benefícios.

No entanto, a depender do número de anos de contribuição que viesse a ser exigido, poderia mostrar-se difícil preencher os requisitos de elegibilidade, o que levaria a que predominassem benefícios de valor mínimo ou que os trabalhadores tivessem de recorrer à assistência social. Pior, poderia levar a uma diminuição da cobertura e a maior informalidade.

Com efeito, estudos apontam que reformas privatizantes, que entreguem a entidades privadas a administração de recursos destinados ao pagamento de benefícios, não conseguem reverter, por si sós, o nível de informalidade<sup>44</sup>. A preocupação com a formalização consta também da agenda da Organização Internacional do Trabalho<sup>45</sup>, apontou que, entre 1981 e 2014, 30 países privatizaram total ou parcialmente seus sistemas obrigatórios de aposentadorias, sendo catorze na América Latina e catorze na Europa do Leste e na antiga União Soviética, além de Nigéria e Gana na África.

Na América Latina, em especial, merece referência a reforma chilena, pioneira, empreendida em 1981, e as alterações estruturais, promovidas com o incentivo de organismos financeiros internacionais<sup>46</sup>. Seu foco era obter o

---

44 DIAS, Eduardo Rocha e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. 3ª edição. São Paulo: GEN/Método, 2012, p. 130.

45 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Reversing pension privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*. Geneva: ILO, 2018, p. 3. Disponível em [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---soc\\_sec/documents/publication/wcms\\_648574.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_648574.pdf). Acesso em 08/06/2019.

46 Adotando um regime privado, baseado na capitalização individual, em substituição aos regimes públicos anteriormente existentes, têm-se as reformas feitas na Bolívia e no México, em 1997, em El Salvador, em 1998, e na Nicarágua, em 2001. Em tais países, houve uma transição gradual do regime público para o privado, extinguindo-se (ou prevendo-se a extinção) do primeiro. Outros países adotaram o regime privado de forma paralela e concorrencial com o público, como foi o caso do Peru, em 1993, e da Colômbia, em 1994. Os dois regimes, nesse caso, competem entre si. Por fim,

equilíbrio das contas públicas no financiamento dos sistemas previdenciários. Também pretendia gerar um ciclo virtuoso de investimentos, pelo qual o mercado financeiro aplicaria os recursos obtidos dos trabalhadores em atividades econômicas gerando crescimento.

A posição da OIT, por outro lado, foi sempre crítica a essas propostas de privatização, defendendo a necessidade de: a) um pilar “zero”, não contributivo, destinado a assegurar um piso de proteção a idosos, um mínimo de renda, como a assistência social no Brasil; b) um pilar de seguro social obrigatório, financiado com contribuições de trabalhadores e empregadores, destinado a garantir um nível de subsistência adequado após a aposentadoria, passível também de reformas paramétricas para garantir sua sustentabilidade; c) um pilar complementar, voluntário ou obrigatório, destinado a suplementar os pilares anteriores; d) um pilar também complementar de poupança individual voluntária, feita para aqueles com disponibilidade financeira, gerido por instituições privadas mas reguladas e fiscalizadas pelo Estado<sup>47</sup>. O estudo da OIT é contundente ao afirmar que o experimento de privatização fracassou. E entre os motivos, tem-se a insegurança de renda, decorrente dos riscos do mercado de capitais, onde os recursos das contribuições são normalmente aplicados, e a baixa cobertura dos trabalhadores<sup>48</sup>.

O estudo da OIT apontou seguintes falhas nos sistemas privados com relação às quais é necessária atenção: a) taxas de cobertura estagnadas ou em decréscimo, isto é, houve redução do número de contribuintes em relação à força de trabalho total e aumento da ineficiência da arrecadação, que deixou de ser centralizada e passou a ser pulverizada entre instituições privadas, levando a uma diminuição do número de pessoas protegidas e consequente aumento

---

há reformas que se podem denominar de mistas, em que se mantém o regime público, ao qual cabe conceder benefícios básicos, e um regime privado e complementar. É o caso das reformas ocorridas na Argentina, em 1994, no Uruguai, em 1996, na Costa Rica, em 2001, e no Brasil. Na Argentina, destaque-se, a partir de dezembro de 2008, em decorrência da Lei 26.425/2008, voltou-se a adotar um único regime previdenciário público, estatizando-se o sistema privado de contas individuais anteriormente existente.

47 ORTIZ, Pablo Arellano. *Reto actual de las pensiones de vejez. Fin da las AFP? Regreso a reparto?* Santiago: Librotecnia, 2015, p. 39-40.

48 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Reversing pension privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*. Geneva: ILO, 2018, pp. 11-12. Disponível em [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---soc\\_sec/documents/publication/wcms\\_648574.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_648574.pdf). Acesso em 08/06/2019.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

da informalidade<sup>49</sup>; c) ampliação da desigualdade de gênero e de renda; d) custos de transição elevados aumentando pressões fiscais; e) custos administrativos elevados; f) baixa governança com captura das funções de regulação e supervisão; g) concentração do setor de seguros privados; h) mais benefícios para o setor financeiro; i) efeitos limitados no mercado de capitais de países emergentes; j) riscos demográficos e de mercado financeiro transferidos aos indivíduos e k) deterioração do diálogo social.

## Conclusões

Verifica-se que o nível de informalidade e de desigualdade de renda no Brasil é elevado e que é preciso considerar os riscos que a adoção de um sistema exclusivamente privado de previdência pode ensejar. A falta de um debate adequado, que considere as experiências internacionais e que permita a participação dos sujeitos afetados é preocupante.

É preciso considerar a experiência de outros países que reverteram a privatização de seus sistemas de previdência e a possibilidade de aumento da informalidade, da desigualdade e da insegurança de renda que tais sistemas acarretam, afetando negativamente o direito fundamental à previdência social. É possível utilizar o setor de seguros e previdência privada na complementação dos benefícios, como pilar adicional a um sistema público de previdência, sem desconsiderar a necessidade de reformas paramétricas e que levem a maior sustentabilidade e equidade ao sistema atual.

O combate à informalidade e a inclusão dos trabalhadores que estão fora da previdência deve ser a prioridade de qualquer reforma da previdência de forma a estender a proteção social a todos, sem deixar ninguém para trás.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

---

49 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Reversing pension privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*. Geneva: ILO, 2018, pp. 14-15. Disponível em [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---soc\\_sec/documents/publication/wcms\\_648574.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_648574.pdf). Acesso em 08/06/2019.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>. Acesso em 07/06/2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Boletim Estatístico da Previdência Social*. Vol. 26, nº 3. Março de 2019. Disponível em <http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/05/beps19.03.pdf>. Acesso em 07/06/2019.

CLARAMUNT, Carlos Ochando. “Assessing pension system reforms in Latin America”, em *International Social Security Review*, v. 57, n. 2, pp. 25-46, abr-jun. 2004.

CONGRESSO EM FOCO. *Capitalização da Previdência irá ao Congresso em nova PEC, confirma Onyx*. Disponível em <https://congressoemfoco.uol.com.br/economia/capitalizacao-da-previdencia-ira-ao-congresso-em-nova-pec-confirma-onyx/>. Acesso em 21/08/2019.

DIAS, Eduardo Rocha e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. 3ª edição. São Paulo: GEN/Método, 2012.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *The informal economy: enabling transition to formalization*. Geneva: ILO, 2007. Disponível em [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms\\_110324.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_110324.pdf). Acesso em 08/06/2019.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Reversing pension privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*. Geneva: ILO, 2018. Disponível em [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---soc\\_sec/documents/publication/wcms\\_648574.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_648574.pdf). Acesso em 08/06/2019.

LOUREIRO, João Carlos. *Direito da segurança social: entre a necessidade e o risco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ORTIZ, Pablo Arellano. *Reto actual de las pensiones de vejez. Fin da las AFP? Regreso a reparto?* Santiago: Librotecnia, 2015.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

STRAPAZZON, Carlos Luiz. “A dança dos números – as contas da previdência e da seguridade social depois da auditoria do TCU de 2017”, em *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 18, n. 3, set./dez./2017, pp. 791-828.

# A Ordem Social e a Teoria do Desenvolvimento na Constituição do Brasil

Carlos Luiz Strapazon<sup>50</sup>

## Introdução

A sociedade brasileira é um espetáculo de realidades sobrepostas que formam um teatro de experiências sociais, políticas, econômicas e ambientais que reúne o que há de melhor no chamado *primeiro mundo*, junto com o que há de pior dessas experiências no chamado *terceiro mundo*. Juntas, como um par dialético, tais experiências produziram uma das paisagens mais emblemáticas do século XX: o *subdesenvolvimento*. Com o passar do tempo, o *subdesenvolvimento* deixou de ser pensado como uma etapa ou fase para, lenta, e cuidadosamente, amoldar-se em condição substantiva. O Brasil é um país subdesenvolvido.

No final dos anos 80 do século XX, a Assembleia Nacional Constituinte repelia esse destino. Aceitava o subdesenvolvimento como fase. Negava e recusava o *subdesenvolvimento* como condição substantiva. Por isso o *desenvolvimento nacional* foi consagrado como um dos dos grandes temas da nova república e sua Constituição democrática. Democracia, Desenvolvimento e Dignidade da pessoa humana passaram à condição de pilares fundamentais da doutrina política do direito constitucional que, em 2018, completou 30 anos.

O termo *desenvolvimento* é muito usado no texto da Carta. Aparece 53 vezes. Não há exagero em afirmar que o *desenvolvimento* tornou-se uma palavra-chave da gramática dos bens fundamentais dessa nova fase constitucional do Brasil. Mas qual *desenvolvimento*?

---

50 Doutor em Direito  
Prof. PPGD, Doutorado e Mestrado, Unoesc | SC  
Prof. PPGD, Mestrado em Direito, Universidade Positivo, Curitiba, PR

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

A Constituição brasileira foi escrita com muitos objetivos. Um deles, e certamente um dos mais importantes, é o objetivo de prover o Brasil de um marco normativo estruturante do que a Carta chama de *desenvolvimento nacional* no Art. 3º, inciso II. A decisão de constitucionalizar o *desenvolvimento nacional* como um objetivo fundamental da República veio como resposta política contra o cenário do *subdesenvolvimento*.

Neste trabalho cuidamos de explorar esse objetivo fundamental. O leitor perceberá que o trabalho corresponde ao resultado parcial de uma pesquisa em andamento, razão pela qual este trabalho ainda não oferece respostas categóricas. O propósito, aqui, é oferecer respostas parciais e explorar, de modo mais aprofundado, uma das dimensões do desenvolvimento, a dimensão social.

## 2 O desenvolvimento nacional: objetivo fundamental

O Art. 3º, inciso II da Constituição do Brasil estabelece o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República. É um princípio que apareceu no direito constitucional do Brasil apenas com a Carta de 1967. O *desenvolvimento nacional*, no entanto, antes de ser constitucionalizado, já era um tema central na história política e econômica do Brasil.

Desde que o tema do desenvolvimento nacional tornou-se importante para a teoria econômica e para as políticas públicas, mais precisamente a partir dos anos 40 do século XX, o Brasil começou a planificar o desenvolvimento econômico com vistas ao desenvolvimento nacional. Isso foi realizado, notadamente, por meio de Planos Nacionais de Desenvolvimento, conhecidos na literatura econômica pela sigla PND.

Com a Carta de 1988, o desenvolvimento nacional tornou-se um objetivo da República e os PNDs foram redefinidos, e convertidos pela própria carta, em Planos Plurianuais. Esse movimento provocou a rígida institucionalização, portanto, no plano constitucional, de temas que antes eram tratados apenas no âmbito das leis e, mais enfaticamente, por grupos de pressão política organizados pelo empresariado industrial. O tema passou a fazer parte da visão estratégia de governos, sobretudo a partir de 1930, e intensamente regulado por decretos presidenciais e por leis.

A teoria do desenvolvimento nacional é também conhecida, no Brasil, como teoria do *desenvolvimentismo*. Esse termo foi criado num contex-

to muito interessante, de forte envolvimento de empresários paulistas na construção de uma agenda política de modernização econômica e social do Brasil. O termo *desenvolvimentismo* deve ser empregado com certa cautela, pois é por meio dele que se pode compreender o modelo brasileiro de desenvolvimento socioeconômico nacional, marcado por uma concepção de capitalismo orientado e induzido pelas forças políticas e econômicas do Estado brasileiro. O *desenvolvimentismo* é um modelo de desenvolvimento nacional a uma só vez compatível com a indução da transformação do sistema econômico e social pelo setor público, com os princípios democráticos e com o protagonismo inovador do setor privado empreendedor. Por isso, não deve ser confundido com o “estatismo”, que é um modelo que tem o Estado como o principal protagonista da inovação empresarial e da competição econômica internacional.

No Brasil, o *desenvolvimentismo* tem sido pensado como modelo de desenvolvimento nacional orientado pela indução estatal que abre caminhos e protege juridicamente o mercado interno, e pelo protagonismo do setor privado, esse modelo tem suas origens nas ideias e nas decisões políticas de Roberto Simonsen, fundador da CNI – Confederação Nacional da Indústria. Sua defesa do planejamento econômico nesses moldes marcou, para sempre, o sentido e o alcance desse termo.

Simonsen dizia que

*[I]mpõem-se, assim, a planificação da economia brasileira em moldes capazes de proporcionar os meios adequados para satisfazer as necessidades essenciais de nossas populações e prover o país de uma estrutura econômica e social forte e estável, fornecendo à nação os recursos indispensáveis à sua segurança e à sua colocação em lugar condigno na esfera internacional.*

A seu ver, a planificação da atividade econômica e social não conflitava com a democracia. Desenvolvimentismo não é igual a socialismo ou comunismo. Dizia o empresário paulista e deputado Roberto Simonsen, que é possível planificar a economia de um país dentro de um regime democrático, garantindo a primazia da iniciativa particular<sup>51</sup>.

---

51 BRESSER PEREIRA, L.C. A construção política do Brasil: sociedade, economia e Estado desde a independência. SP. Ed. 34, 2014, p.135.

É interessante ressaltar que dois anos antes da promulgação da Constituição, em 1986, as Nações Unidas publicaram a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, que o reconheceu como o resultado da ação coordenada que integra múltiplos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, configurando, assim, um novo e legítimo direito humano ao desenvolvimento.

O Brasil não foi tão longe em termos conceituais, isto é, a Carta não apresenta uma concepção de desenvolvimento assim, explicitamente integradora dos múltiplos direitos. Contudo, a leitura sistêmica não deixa dúvidas: o Constituinte moldou o texto para que o desenvolvimento se afastasse de uma concepção simplista. O texto da Constituição vigente no Brasil aproxima integra três ordens temáticas: a econômica<sup>52</sup> e, com menos dispositivos, porém, de maneira contundente, também a dimensão ambiental<sup>53</sup>, todos articuladores de uma teia de princípios e regras jurídicas previstas no restante do documento.

No primeiro inciso, o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária; no segundo, o objetivo de garantir o desenvolvimento nacional; no terceiro, o objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais; por fim, no quarto inciso o objetivo de promover o bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação.

É notável que ao fixar objetivos fundamentais a Carta explicita também, indiretamente, seus males maiores: a falta de liberdade, de justiça, de solidariedade, o subdesenvolvimento, a injustiça social: pobreza, marginalização, desigualdade social e regional. Todas marcas e características do Brasil. Superá-las passou a ser objetivo fundamental da República.

Do modo como estão escritos tais incisos, e tendo em conta a experiência e os resultados do desenvolvimentismo das décadas anteriores, pode-se afirmar que, pelo contexto normativo, a *sociedade justa* e o *desenvolvimento nacional* são os resultados e, por isso, deveriam ser classificados como como fins cons-

---

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

53 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;  
II - garantir o desenvolvimento nacional;  
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;  
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

titucionais fundamentais. Justa e desenvolvida é o que a nação e a sociedade brasileira devem ser como ideal político de civilidade.

Para alcançar a justiça e o desenvolvimento, a Carta manda promover o bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação. Ali está a adoção do valor liberal da igualdade. Para além disso, deve-se também reunir esforços de todos para eliminar a pobreza e a marginalização e para reduzir as desigualdades (sociais e regionais). A justiça e o desenvolvimento nacional, portanto, requerem importantes ações transformadoras da desigualdade formal-jurídica e da desigualdade material e concreta.

Tal ação transformadora, no entanto, deve ser provida por meio de políticas públicas indutoras da transformação. A Carta é pródiga em delinear as linhas básicas da ação estatal transformadora, sempre coerente com a perspectiva *desenvolvimentista* de desenvolvimento nacional.

O desenvolvimento econômico e social, nacional e regional, podem ser vistos na Carta como elementos estreitamente conectados<sup>54</sup>. Além disso, a Constituição também vincula o desenvolvimento ao planejamento urbano<sup>55</sup> e de uma ordem social<sup>56</sup>, por isso a educação deve preparar para o desenvolvimento humano multidimensional<sup>57 58</sup>, e tudo isso sem nenhum tipo de discriminação<sup>59</sup> e **dispositivos afins**<sup>60</sup>. A leitura integrada e sistemática desses dispositivos

---

54 Outro exemplo vem do Art. 170, VII que estabelece que a ordem econômica deve orientar-se pela redução das desigualdades regionais e sociais.

55 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

56 Ver caput dos Art. 170 e Art. 7<sup>o</sup>, que estabelecem as diretrizes fundamentais do trabalho humano a ser *valorizado* pela ordem econômica e pela ordem social.

57 Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

58 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

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

60 No Título I, há 3 dispositivos particularmente importantes para a compreensão do Art. 193. Art. 1<sup>o</sup> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

constitucionais traduzem, em linguagem normativa, os valores supremos<sup>61</sup> de trabalhadores urbanos predominaram como temas centrais da *ordem social*. E foram institucionalizados para proteger, prioritariamente, *trabalhadores urbanos*. Os direitos sociais não foram concebidos como direitos constitucionais com alcance universal. Alcançavam trabalhadores formais e, por isso, os urbanos. O direito à saúde apareceu naquela ordem social, mas timidamente: apenas como diretriz para que a legislação regulasse a *higiene e a segurança* do ambiente de trabalho e para que houvesse *assistência sanitária, inclusive hospitalar*. Em linha com a ideia do seguro social para trabalhadores, as doenças de trabalhadores eram a prioridade da política pública de saúde instituída pela Carta. Mas deveriam ser cobertas pela *previdência social* mais do que por políticas públicas universais de saúde. Como se vê, a Carta de 1946 avançou na linguagem dos princípios da *ordem social*, mas manteve a matriz teórica do desenvolvimento, e das relações entre domínio econômico e social, prevista na Carta anterior. O regime constitucional da saúde e do seguro (social) da renda permaneceram como direitos exclusivos de trabalhadores formais e, portanto, urbanos. E o seguro administrado pelos Institutos de Previdência Social e pelas Caixas de Aposentadoria e Pensões, só para casos restritos de doença, velhice, invalidez e morte. A ordem social permaneceu atrelada, como instrumento, para realizar os fins da produção econômica.

A Carta de 1967 (na versão dada pela Emenda Constitucional n. 1/69) manteve a mesma concepção de *ordem social* da Carta anterior. Algumas mudanças muito pontuais foram feitas, como a criação do salário-família,

---

e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X – concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

61 No Brasil o seguro social de renda está associado ao vocábulo *Previdência Social*, que é, a rigor, a política pública de seguro social de renda dos que contribuem.

o fim da estabilidade no emprego e a criação do seguro-desemprego como mais uma modalidade de seguro (social e previdenciário) da renda para trabalhadores. A filosofia restritiva da proteção social foi mantida. Mudanças mais acentuadas vieram no contexto das reformas que precederam a Carta de 1967, mas já inseridas na agenda dos governos militares que tomaram a direção do Estado a partir de 1964.

As mudanças, importantes, vieram por via da legislação, particularmente três: entre 1960 e 1966, deu-se o início de um movimento de organização e sistematização da política de previdência social. Assim, a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, que organizou o regime jurídico dessa política pública para trabalhadores do setor privado. Essa é a Lei Orgânica da Previdência Social. O primeiro esforço político estrutural de organizar o caos normativo, político, contábil e fiscal do que era chamado de previdência e previdência social, desde que a previdência privada, em suas muitas formas, foi criada ainda no século XIX. Junto a essa Lei Orgânica, deve ser destacado o papel do Decreto-Lei 72, de 1966, que unificou todos os Institutos de Aposentadoria e Pensões, num só e novo instituto de Previdência Social: o INPS, ou seja, Instituto Nacional de Previdência Social.

A segunda inovação no regime jurídico da ordem social veio com a Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966, que eliminou a estabilidade no emprego do setor privado e criou uma nova forma de seguro social para trabalhadores, não contemplada na legislação, nem nas políticas de seguro social de renda precedentes: instituiu o seguro social de renda ao trabalhador desempregado, com a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Um fundo social em tudo semelhante ao fundo previdenciário, mas diferente na forma de gestão dos recursos, pois adotou um modelo de capitalização de juros e contas individuais para cada trabalhador formal. Assim como foi concebido, o FGTS tornou-se a primeira experiência brasileira de um regime de capitalização do seguro social de renda. Uma experiência muito bem sucedida de gestão de seguro de renda com a lógica da capitalização de juros e com contribuição de empregados e empregadores. Esse regime de capitalização de seguro social de renda é cabalmente negligenciado nos debates atuais sobre regimes de capitalização do sistema de previdência social. No entanto, sem necessidade de importar modelos chileno ou americano, o Brasil tem um importante e eficiente histórico de gestão de um seguro social de renda com múltiplas funcionalidades e que opera numa lógica de equilíbrio financeiro e atuarial.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

E a terceira inovação veio no ano de 1970, com a Lei Complementar n. 70. Essa lei tem um papel pouco explorado na dogmática jurídica. Mas tem um alto valor político e explicativo da visão dominante, à época, sobre como o Brasil deveria distribuir renda, e riqueza, num contexto de crescimento econômico muito acelerado, conhecido como fase do “milagre econômico”. Trata-se da lei que instituiu o Programa de Integração Social (PIS) que, segundo a própria lei, era destinado a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas. O programa era, e ainda é, executado mediante Fundo de Participação, constituído por depósitos efetuados pelas empresas na Caixa Econômica Federal. O Fundo de Participação então constituído era, e ainda é, constituído por recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento mensal. A criação desse fundo permitia que o Estado brasileiro promovesse a distribuição de renda aos trabalhadores, sempre ao final do ano, como espécie de partilha dos bons resultados colhidos por empresas, cujo crescimento era beneficiado pelas políticas públicas indutoras do crescimento econômico desse período. Mais tarde, esses pagamentos levarão o nome de abonos salariais, pagos a trabalhadores com baixos salários, até dois salários mínimos.

## **4 A seguridade social no plano do desenvolvimento nacional: a Carta de 1988**

A Carta de 1988 inovou completamente o tópico sobre ordem econômica e social. A mudança alcançou princípios expressos e finalidades amplas de todo o Estado e sociedade. Assim surgiu o Título VIII, específico para a *ordem social*. O primado do trabalho, o bem-estar e a justiça social foram eleitos como os novos pilares dessa *ordem*.

A primeira parte do dispositivo geral desse Título vincula-se ao Art. 1º, IV<sup>62</sup>. Devem ser lidos integralmente. As regras mínimas de decência nas relações de trabalho foram mantidas, porém ampliadas e ficaram mais importantes. Por isso tais regras saíram da *ordem social*, e até da ordem *econômica*,

---

62 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

para ocupar a solene posição de *direitos fundamentais*, no Título II<sup>63</sup>, o Art. 7º, *caput*<sup>64</sup>, o Art. 170<sup>65</sup>, o Art. 219, *caput*<sup>66</sup> e o Art. 231§1º<sup>67</sup>. Esse dispositivo é inédito no direito constitucional do Brasil. Estabelece a obrigação de implementação de políticas públicas integradas em três frentes: saúde, seguro social de renda e de assistência social.

O claro propósito deste Art. 194 foi introduzir no Brasil os padrões mínimos do direito a segurança social, tal como reconhecidos pelo direito internacional desde 1952 (OIT, Convenção 102). Tais padrões mínimos incluem cuidados médicos, segurança de renda<sup>68</sup>.

Durante os debates na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988) formou-se um consenso quanto à necessidade de o Brasil mudar o modelo anterior de direitos e políticas de seguro social de renda (política previdenciária) e de atenção médico-hospitalar. Aquele modelo vigente cobria, com recursos públicos, apenas trabalhadores formais urbanos, que não chegavam a constituir 50% da população trabalhadora. O novo modelo constitu-

---

63 Art. 5º. XXIV. Nesse inciso se podem ler diretrizes para desapropriação para fins de interesse social: A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

64 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

65 O Art. 182 reforça e repete a preocupação com uma nova ordem social. Agora, “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

66 O Art. 230 é particularmente importante pois envolve, explicitamente, a família, ao lado da sociedade e do Estado, como instituição constitucional com o dever de atuar no arranjo de bem-estar social. A família é, portanto, um dos atores centrais do modelo brasileiro de bem-estar social, o que indica que não serão apenas mecanismos de Estado, nem de mercado que atuam para esse fim. “A família” têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

67 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

68 STRAPAZZON, C. L. O Direito Humano à Segurança Social: o regime constitucional do Brasil comparado com 20 modelos estrangeiros. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO, v. 34, p. 68-100, 2016.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

cional ampliou as formas de segurança social. E o vocábulo *social*, atrelado à palavra *seguridade*, passou a assumir um novo sentido para designar uma modalidade de *segurança* da renda e de serviços (de saúde e de inclusão) que deve ser realizada com esforços de todos (modo de financiamento): dos segurados, de organizações produtivas e, se necessário, com recursos de impostos recolhidos de toda a sociedade, para o benefício de todos (no caso de saúde e de assistência social) e do maior número (no caso de previdência social, dado seu caráter contributivo).

De 1988 em diante, todos os trabalhadores rurais e urbanos, de algum modo, passaram a ser cobertos por esse novo sistema *social* de segurança de renda, de saúde e de assistência, isto é, de segurança *social*.

Muito embora a redação do artigo 194 não seja a ideal, nota-se na leitura da segunda parte do *caput* que o texto foi estabelecido com a finalidade de *assegurar* o direito à saúde, à renda (via mecanismo de seguro social, conhecido como “regime de previdência social”) e à assistência. Essa finalidade de *assegurar* é em tudo compatível com o disposto no Art. 6º que reconhece a *segurança* como um dos direitos sociais fundamentais. Além disso, harmoniza-se com a filosofia da *segurança* social inscrita nos documentos internacionais e nos fundamentos da estratégia desenvolvimentista que explica o objetivo fundamental do desenvolvimento nacional, e que inspiram este artigo.

Esse conjunto de razões recomendam ler o disposto no Art. 194 em duas partes complementares. Na primeira, há um mandamento para que as políticas de saúde, de previdência social e de assistência social sejam implementadas por um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos de todas as unidades da federação em colaboração com o setor privado e o terceiro setor. É, em primeiro lugar, o reconhecimento de que a segurança social é um tema nacional e não é um tema exclusivo de Estado ou exclusivo da União Federal. Na segunda parte há outro mandamento: o dever de que tais ações *asseguem* (isto é, que previnam e, se preciso for, que recuperem, mas que afastem os riscos por meio de medidas que possam garantir segurança) de realização dos direitos relativos à saúde, seguro (previdenciário) de renda e assistência social.

A segurança *social* da renda assumiu duas modalidades nesse novo arranjo: contributiva e não contributiva. O regime geral de previdência social (Art.201) foi o arranjo contributivo instituído para ampliar o alcance do *seguro* social de renda e cobrir — de algum modo — trabalhadores urbanos e

rurais. Sendo uma modalidade de *seguro*, protege (como já antes protegia) a renda de pessoas físicas que contribuem, muito embora o dever de contribuir para o funcionamento de todo o regime não tenha ficado restrito aos destinatários segurados. Pessoas jurídicas privadas e Estado também foram encarregadas de contribuir para sustentar os fundos previdenciários (Art.195<sup>69</sup>).

O direito a segurança social (*right to social security*), ainda que em sua versão minimalista, como adotada pelo Art. 194 da Carta, e tal como antes descrito, é reconhecido como direito humano pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (Art. 22 e Art. 25), pelo PIDESC-Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (Art. 9º e Decreto presidencial n. 591/1992) e pela Convenção 102 da OIT-Organização Internacional do Trabalho). Todos esses estatutos foram referendados pelo Congresso Nacional. O Brasil também os ratificou perante a OIT e ONU. Assim, são válidos na ordem jurídica interna, são direitos individuais e coletivos de natureza *supralegal*, e são também direitos e deveres internacionais do Brasil, nos termos dos documentos internacionais assinados.

A língua portuguesa não é uma língua oficial dos organismos que elaboraram tais estatutos internacionais. Contudo, no Brasil, o termo correspondente a *right to social security* (ou a *derecho de seguridad social*) é *direito a segurança social*. Essa é a tradução adotada por todas as constituições de Estados signatários do acordo ortográfico da língua portuguesa e que, como o Brasil, reconhecem esse direito: Portugal, Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe. Todos adotam a formulação *direito a segurança social* em seus textos constitucionais. Só o Brasil optou pelo termo hispânico *seguridade social*. Mas isso não pode ser visto como mera especulação terminológica. Questões decisivas de interpretação do texto constitucional estão implicadas nessas escolhas linguísticas. A opção pelo termo hispânico *seguridade social* no texto constitucional do Brasil obscurece a existência do direito a segurança social. Isso, porém, não exime o intérprete de ler o texto vigente em sintonia com os princípios fundamentais do regime constitucional do Brasil, com os princípios e regras do sistema internacional

---

69 Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

de direitos humanos, assim como com a filosofia de segurança social que foi recepcionada pelo Brasil.

Para entender o sentido e o alcance desse direito, a leitura deste Art. 194 deve ser feita de modo sistemático com o Art. 193, com os Art. 1º e 3º do Título I, e junto com o Art. 6º. Tal cuidado evidenciará que todos os elementos estruturais do referido direito humano a segurança social estão presentes no texto constitucional do Brasil, na forma de objetivos, com especial destaque para a cobertura universal.

O texto do inciso I indica que a *universalidade*, no campo da segurança social, deve se realizar em duas frentes: na *cobertura* e também no *atendimento*. Embora os dois termos sejam muito semelhantes, têm propósitos diferentes. A universalidade no *atendimento* corresponde ao dever de assegurar que os bens e serviços estejam efetivamente disponíveis a todos os que têm direito (todos devem ser atendidos). Já a *universalidade na cobertura* tem três sentidos. O primeiro diz respeito ao titular do direito. Por esse ângulo, o princípio manda *universalizar a titularidade do direito* (todos são titulares do direito a segurança social). O segundo diz respeito ao objeto do direito protegido, ou seja, o princípio manda universalizar os bens e serviços que devem estar à disposição dos titulares. A delimitação e especificação pormenorizada sobre quem são os titulares e quais são os bens protegidos em cada uma das áreas da segurança social (saúde, seguro de renda e assistência) deve ser elaborada pela legislação infraconstitucional. Na Constituição há uma delimitação mínima e *básica*, que é o ponto de partida dessa legislação posterior. A legislação infraconstitucional deve ampliar e fornecer mais qualificações (até mesmo restritivas, como no caso das definições temporais) para essa lista mínima, segundo a disponibilidade de recursos e segundo o propósito constitucional de proteger o maior número possível de pessoas, e de caminhar em direção à proteção efetiva de todos.

O segundo sentido da *cobertura universal* reporta-se aos titulares do dever de prestar e de financiar o sistema de segurança social. E daí a importância da regra geral de financiamento do artigo 195, comentado a seguir.

Um comentário especial também precisa ser feito aqui para o objetivo da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (inciso III). Entender esse princípio é decisivo para compreender o modelo brasileiro de Estado Social e, notadamente, a diferença específica em relação a modelos nórdicos de Estado de bem-estar social.

A decisão tomada pela Assembleia Nacional Constituinte foi a de adotar um modelo restrito de universalidade na prestação dos serviços e bens de segurança social. Isso quer dizer que embora o direito a segurança social deva alcançar todos os brasileiros, a atuação do Estado deve ser compartilhada com a atuação do setor privado. Assim, a universalização do acesso não significa a universalização gratuita, nem da prestação estatal direta para todos esses direitos. O princípio da seletividade estabelecido no Art. 194, III indica que o Estado brasileiro poderá prestar serviços públicos a grupos sociais (que entenda mais vulneráveis). Noutras palavras, nesse modelo brasileiro a atenção aos mais vulneráveis deve ser garantida diretamente pelo Estado. Todavia, segmentos menos vulneráveis devem ter acesso à segurança social, mas não necessariamente prestada por órgãos estatais. Pode ser prestada por entidades privadas e mediante pagamentos que, na medida do possível, podem ser subsidiados pelo Estado. O princípio da seletividade indica, portanto, que o Estado pode selecionar o tipo de serviços e o tipo de público a quem prestará serviços diretamente. Todavia, os objetivos deste artigo devem se converter numa rede de segurança social apta a alcançar todos os brasileiros, o Estado não pode falhar na atenção aos mais vulneráveis e os custos dos serviços privados devem ser razoáveis.

Esse modelo brasileiro, que incorpora o objetivo da seletividade e distributividade, é conhecido como *sistema dual*. Sistemas assim procuram conciliar a prestação estatal e a prestação privada para realizar a segurança social para todos. O princípio da seletividade não deve ser confundido com a *focalização* de políticas sociais. As duas guardam muitas semelhanças, é verdade. Contudo, enquanto a *seletividade* é um princípio que se justifica pela necessidade ou conveniência de limitar a prestação direta pelo Estado, a *focalização* se justifica por razões de eficiência. Políticas sociais *focalizadas* podem ser praticadas tanto em sistemas duais quanto em sistemas exclusivamente estatais ou exclusivamente privados de prestação social.

Sistemas duais de segurança social, no entanto, têm prós e contras bem conhecidos. Se, por um lado, o modelo seletivo e dual pode responder melhor a um cenário de poucos recursos, por outro, essa escolha gera notável estigmatização social dos usuários e segurados *selecionados*. A ideia de que algumas *pessoas dependem do Estado* e que outras não dependem costuma rotular negativamente os grupos mais vulneráveis. O custo social, neste modelo, é o de acirrar a percepção de desigualdade e de que um grupo social sustenta o

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

outro. A estigmatização do *pobre* e do *dependente de ajuda alheia* é um dos temas mais debatidos no contexto da humanização das políticas de segurança social. Contudo, não é um modelo censurado pelas diretrizes de direitos humanos. Afinal, todos os Estados devem garantir segurança social com uso do máximo de seus recursos disponíveis.

Seja como for, fica sempre aberta a discussão sobre se a sociedade brasileira tem o modelo de segurança social que realmente precisa, particularmente porque sempre pairam dúvidas razoáveis sobre se o Brasil controla devidamente os desperdícios e desvios e se tem os meios adequados para comprovar que aplica o máximo de seus recursos disponíveis no campo da segurança social. Há 30 anos atrás, quando o texto constitucional foi escrito, era justificável esse modelo dual. Agora o cenário é outro. O texto constitucional, no entanto, permanece o mesmo.

## **Referências**

AURELIANO, L.; DRAIBE, S.M. A especificidade do “Welfare State” brasileiro. In: MPAS/CEPAL. A política social em tempo de crise: articulação institucional e descentralização. Brasília: Cepal, 1989

ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Princeton: Polity Press, 2012.

IBGE. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2017 / IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, todos os anos.

KERSTENETZKY, *Célia Lessa*. *O estado de bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

IPEA. *Políticas Sociais: acompanhamento e análise: 20 anos da Constituição Federal*. Brasília, DF:

IPEA, 2008.

ISSA. *Social Security Coverage extension in the BRICS*. ISSA, 2013

KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão: A Reinvenção do Estado Social no Mundo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

OIT. *Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justiça social para una globalización equitativa*. Oficina Internacional del Trabajo, 100ª Reunión. Informe III. Ginebra: ILO, 2011

OIT. *Organização Internacional para o Trabalho. Piso de Proteção Social para uma Globalização Equitativa e Inclusiva. Relatório do Grupo Consultivo*.

OIT. *Seguridad social para todos: la estrategia de la Organización Internacional del Trabajo: establecimiento de pisos de protección social y de sistemas integrales de seguridad social / Oficina Internacional del Trabajo; Departamento de Seguridad Social*. – Ginebra: OIT, 2012

MONNERAT, G. L.; SENNA, M. C. *Seguridade Social no Brasil: dilemas e desafios*. In: MOROSINI, M. V.; REIS, J. R. F. *Sociedade, Estado e direito à saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

STRAPAZZON, C. L. *O Direito Humano à Segurança Social: o regime constitucional do brasil comparado com 20 modelos estrangeiros*. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO, v. 34, p. 68-100, 2016.



**DIREITOS FUNDAMENTAIS,  
CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE  
E DE CONVENCIONALIDADE**



# A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes?<sup>1</sup>

Mônia Clarissa Hennig Leal<sup>2</sup>

## 1 Introdução

O problema que se pretende enfrentar no presente trabalho consiste em analisar, criticamente, se e como o Supremo Tribunal Federal brasileiro exerce um diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, num primeiro momento, discorre-se brevemente sobre a conformação do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos; na sequência, busca-se compreender o conceito de diálogo jurisdicional e suas características, para, ao final, traçar-se uma análise acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal. Conclui-se, nesse sentido, que a mais alta Corte brasileira não exerce de forma efetiva esse diálogo, adotando uma postura ainda bastante centrada na perspectiva constitucional e interna.

---

1 Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com estágio pós-doutoral pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. moniah@unisc.br.

2 Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com estágio pós-doutoral pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. moniah@unisc.br.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

A conformação de uma ordem jurídica internacional de proteção aos direitos humanos à qual estão submetidos os Estados (ainda que por meio de uma adesão voluntária) acaba por trazer o desafio de existência de uma pluralidade normativa, caracterizada pela existência de um direito originado de múltiplas fontes. No Brasil, este fenômeno se apresenta em razão da vinculação ao Sistema Interamericano e ao reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, demandando uma atividade interpretativa capaz de harmonizar a ordem jurídica interna e a ordem jurídica externa, no sentido da máxima proteção desses direitos, situação em que a existência de um diálogo interjurisdicional se afigura como importante ferramenta para a consecução desse fim. Nesse contexto, o problema que se pretende enfrentar no trabalho consiste em analisar, criticamente, se e como o Supremo Tribunal Federal brasileiro exerce este diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, num primeiro momento, discorre-se brevemente sobre a conformação do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, enquanto ensejador dessa pluralidade normativa; na sequência, busca-se compreender o conceito de diálogo interjurisdicional e suas características, para, ao final, traçar-se uma análise acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal. Conclui-se, nesse sentido, que a mais alta Corte brasileira não exerce de forma efetiva esse diálogo, evidenciando, antes, uma postura centrada numa perspectiva constitucional e interna, pautada pela noção de hierarquia, mais do que pela ideia de harmonização e de pluralidade normativa.

## **2 A conformação da ordem jurídica internacional e do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos: pluralidade normativa**

Os direitos humanos, entendidos pelo prisma da historicidade, são “fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana” (PIOVESAN, 2010, p. 114), configurando o que Arendt (1979, p. 134) chamou de “uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução”.

Com efeito, a internacionalização dos direitos humanos é um fenômeno que, paralelamente à conformação da noção de Estado Democrático de Di-

reito, no âmbito interno, se recrudescer no contexto do segundo pós-Guerra, tendo como escopo assegurar que as gravíssimas violações a direitos perpetradas não tornassem a se repetir, bem como garantir a dignidade da pessoa humana, ainda que contra maiorias eventuais (LEAL, 2007, p. 53).

Nesse aspecto, não se pode olvidar que os próprios Estados, muitas vezes, se afiguram como violadores de direitos. Além disso, é preciso ter-se em conta que os Estados, sozinhos, ainda que bem-intencionados, podem falhar na sua proteção. Daí a necessidade de consolidar-se<sup>3</sup>. Nisso reside, justamente, o seu caráter de universalidade, visto que estabelece a condição de pessoa humana como requisito único e exclusivo para a dignidade e a titularidade de direitos (PIOVESAN, 2010, p. 142).

Assim, a DUDH evidencia uma alteração profunda no direito internacional público, pois, até então, ele limitava-se a regular relações entre Estados, não se preocupando, em princípio, em promover uma tutela dirigida às pessoas submetidas à soberania dos Estados envolvidos.

Sob esse aspecto, um elemento importante a ser considerado na mudança de conceito do Direito Internacional Público encontra-se justamente na noção de soberania. Em síntese, a soberania do Estado frente aos seus cidadãos (soberania interna) abrange os poderes de “legislar, aplicar a lei e de adjudicar as disputas com relação a determinadas pessoas dentro de um determinado território” (BRUGGER; LEAL, 2007); contudo, a soberania

---

3 Não obstante, Arendt (2011) traz uma reflexão que merece atenção. Ao analisar as diferenças na pretensão de alcance das declarações da Revolução Americana (Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia) e da Francesa (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), a autora observa que esta última, já em 1789, também pareceu ter por intento alcançar, além do cidadão francês, todas as pessoas indistintamente. Em vista disso, poder-se-ia, em tese, falar em uma ambição universalista dos revolucionários franceses no reconhecimento dos direitos humanos. Com relação à Declaração Americana isso não ocorreu. Ela foi engendrada mais sob o enfoque do *Governo*, condicionando suas atividades aos direitos reconhecidos na aludida Declaração. Assim, de fato, é possível observar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa prescreveu direitos independentes da estrutura política nacional, visando a reconhecer, destarte, direitos inerentes à natureza humana e, portanto, *universais*. Ainda assim, entende-se que a DUDH realmente se trata do primeiro instrumento a estender direitos humanos, de modo indistinto, a toda pessoa, uma vez que ela é resultado do consenso de diversos países, tendo sido engendrada no âmbito da Organização das Nações Unidas, a maior organização internacional existente, em um momento histórico que movimentou o mundo inteiro. De outra parte, no caso da Declaração Francesa, tratou-se de um documento elaborado exclusivamente pelos revolucionários franceses dentro de um contexto mais localizado, ainda que, posteriormente, tenha vindo a repercutir em todo o mundo ocidental.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

interna afigura-se como uma das manifestações da soberania estatal, sendo preciso ter-se presente que “a ideia de soberania como potestas absoluta superiorem non recognoscens corresponde a dois eventos paralelos e divergentes: um relativo à soberania interna e outro concernente à soberania externa” (LEAL, 2014, p. 132).

Com relação à soberania interna, o que a história demonstrou a partir da Revolução Francesa, foi a “sua progressiva limitação e dissolução paralelamente à formação dos Estados Constitucionais e Democráticos de Direito” (LEAL, 2014, p. 132), isto é, à medida que foram sendo reconhecidos, através da lei e da Constituição, direitos fundamentais aos cidadãos, a noção de soberania interna tendeu a limitar-se.

De outro lado, a manifestação da soberania externa tendeu a seguir em sentido contrário, numa linha de progressiva absolutização (LEAL, 2014, [www.ninc.com.br](http://www.ninc.com.br), p. 132). Isto porque a ideia que imperava no cenário internacional, até então, era a de que os demais países não poderiam intervir nos assuntos internos dos Estados.

Essa concepção de soberania externa ilimitada encontrava-se em marcha desde a consolidação do Estado Nacional, no Século XVII, momento em que ocorre uma absolutização da força interna estatal e, no âmbito externo, produz-se uma descentralização, baseada na horizontalidade das relações entre Estados igualmente soberanos (FARRAJOLI, 2002). O Direito Internacional baseava-se, portanto, em uma lógica estritamente contratual, com relações baseadas em acordos celebrados por Estados formalmente iguais e soberanos.

Consequentemente, o reconhecimento dos direitos humanos, enquanto questão internacional, encontrou resistência, sobretudo, em face da noção de soberania estatal. Nesse contexto, somente os Estados eram reconhecidos como sujeitos do direito internacional público<sup>4</sup> –, embora sua concretização tenha se dado de forma um tanto tardia em muitos Estados latino-americanos, fustigados por ditaduras militares que atrasaram a sua evolução em matéria de direitos humanos. E é justamente nas peculiaridades históricas e culturais de cada Continente que se situa a relevância da proteção aos direitos humanos pelos chamados sistemas regionais de proteção aos direitos humanos.

---

4 Inclusive no Brasil, conforme se infere do fato de a Constituição de 1988 ter positivado todos os preceitos da DUDH, dando a estes o relevo de direitos fundamentais (CITTADDINO, 2002).

Apesar de, inicialmente, a ONU ter se insurgido quanto à criação de ditos sistemas regionais – por temer um desvirtuamento da noção de universalidade dos direitos humanos –, atualmente observa-se sua ampla aceitação. Com efeito, já em 1977, consolidou-se o entendimento acerca da “importancia de fomentar la cooperación regional para la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales” (ONU, 1977, [www.un.org](http://www.un.org)).

Desse modo, observa-se não haver uma relação dicotômica entre os sistemas regionais e o sistema global, senão que uma relação de complementaridade (PIOVESAN, 2001). Isso significa que a proteção aos direitos humanos deve resultar de uma sinergia entre os Estados, os Sistemas Regionais e as Nações Unidas. Disso resulta uma pluralidade de ordens jurídicas e de fontes de aplicação do Direito, sendo que, em caso de eventual conflito entre normas nacionais, regionais e/ou internacionais, deverá prevalecer a norma mais favorável aos direitos humanos, corolário do princípio *pro homine*.

Criado por ocasião da Primeira Conferência Internacional Americana, realizada em Washington, entre outubro de 1889 a abril de 1890, a partir da qual criou-se a União Internacional das Repúblicas Americanas, começou a se tecer uma rede de disposições e instituições que dariam origem ao chamado “Sistema Interamericano” (OEA, [www.oas.org](http://www.oas.org)), que conta com uma Comissão e uma Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José, na Costa Rica.

A Corte IDH, que foi criada em 1969 e que teve sua competência reconhecida pelo Brasil em 10 de dezembro de 1998 (Decreto nº 4.463), tem como finalidade a interpretação e aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), bem como dos demais tratados internacionais sobre direitos humanos provenientes da OEA, os quais, juntamente com a jurisprudência da Corte Interamericana, formam o chamado *corpus iuris interamericano* sobre direitos humanos.

Nesse sentido, um papel relevante é cumprido pela previsão, constante no artigo 2º<sup>5</sup>

---

5 De acordo com o seu mais recente relatório anual, “o diálogo judicial é de vital importância e continuará sendo um dos principais aspectos nos quais a Corte Interamericana deve continuar trabalhando” (CORTE IDH, 2015, p. 6). O relatório ainda refere que “a Corte Interamericana assumiu o diálogo como um dos principais caminhos para cumprir seu trabalho de defender e promover os direitos humanos de todas as pessoas das Américas” (CORTE IDH, 2015, p. 7).

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

Sem embargo, insta mencionar que o referido diálogo não se realiza apenas entre tribunais nacionais e tribunais internacionais. Trata-se, isto sim, de uma conversação que envolve todos os âmbitos da jurisdição interna e internacional, nas mais diversas combinações dialogais:

constituye un debate, una conversación o intercambio de puntos de vista entre dos o más jueces o tribunales, sean estos nacionales, o producto de una vinculación del Estado a un ordenamiento jurídico y tribunal internacional o supranacional, un diálogo entre tribunales nacionales, como ocurre entre tribunales ordinarios y tribunal constitucional; entre tribunales nacionales e internacionales o supranacionales, como es el caso entre jueces y tribunales nacionales ordinarios o constitucionales con la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...] o en Europa con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...]; como asimismo, puede darse como un diálogo entre tribunales internacionales o supranacionales, por ejemplo entre cortes regionales de derechos humanos. (ALCALÁ, 2012, p. 58)

Quando o diálogo ocorre entre tribunais ou juízes cujas decisões não são vinculantes de um para o outro, tem-se um diálogo interjurisdicional horizontal. É o que ocorre, por exemplo, no fecundo diálogo entre a Corte IDH e a Corte Europeia de Direitos Humanos, responsável pela evolução de ambas as jurisdições. Em casos tais, o diálogo ocorre de modo aberto e espontâneo, livre de qualquer vinculação jurídica, sem necessariamente haver uma relação jurídica entre as cortes ou juízes dialogantes (ALCALÁ, 2012, p. 59).

Diferentemente, o diálogo vertical ocorre quando um dos tribunais ou juízes presentes no diálogo está vinculado às decisões proferidas pelo outro. É o que ocorre com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com relação aos demais órgãos judiciais que compõem a estrutura do Poder Judiciário nacional, sendo o que ocorre, também, na relação entre a Corte IDH e os tribunais nacionais dos países que, assim como o Brasil, tenham reconhecido a obrigatoriedade de sua jurisdição. Desse modo, o diálogo é vertical, uma vez que é levado a cabo “entre un juez interno y un juez internacional, siendo este último el cual tiene la última palabra en las materias en que el Estado parte se ha sometido a su jurisdicción vinculante, en el ámbito de su competencia” (ALCALÁ, 2012, p. 58).

É possível, ainda, neste contexto, falar-se de um diálogo vertical ascendente (quando ele se inicia no âmbito do órgão jurisdicional vinculado) e de

um diálogo vertical descendente (quando é provocado pelo órgão judicial que detém a última palavra, em direção aos juízes e tribunais que a ele se vinculam) (ALCALÁ, 2013).<sup>6</sup>

Entende-se que todas as modalidades de interpretação judicial realizadas no âmbito nacional até aqui citadas são bem-vindas no sistema interamericano, podendo ser consideradas como interpretações conformes ao sistema interamericano. Quanto a essas duas últimas, viu-se, inclusive, que se afiguram obrigatórias ante o duplo caráter vinculante das decisões da Corte IDH.

Já na hipótese da interpretação neutralizadora, tem-se uma estratégia do Poder Judiciário nacional em se eximir do cumprimento do direito convencional, mediante uma exegese forçada do corpus iuris regional. Ela tem por finalidade falsear a conformidade entre a normativa e atuação estatal em face dos compromissos regionais e internacionais assumidos pelo Estado-membro. Essa modalidade interpretativa “muestra una falta de sinceridad por una de las partes que participa del diálogo” (ALCALÁ, 2012, p. 95) e constitui o que Sudre (2004, p. 210) denomina de uma “estratégia de neutralização” do direito convencional, levada a cabo por uma releitura da lei nacional a fim de forjar uma adequação entre o direito interno e a norma regional<sup>7</sup>, é possível encontrar-se citação de jurisprudência da Corte IDH em 26 casos<sup>8</sup>

Verifica-se, ainda, que algumas das decisões obtidas dizem respeito a julgamentos ligados ao mesmo caso, como ocorre com as decisões relativas ao “Mensalão” (AP 470/MG), onde, além do acórdão principal (julgado em 17 de dezembro de 2012), as decisões nos seus 25º, 26º e 27º agravos regimentais também citam a mesma jurisprudência da Corte IDH.

---

6 Um exemplo em que este aspecto deveria ter sido observado é o caso julgado pelo STF em 24 de abril de 2010, referente à invalidade da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei de Anistia). Se o STF, naquela ocasião, houvesse adequado sua jurisprudência aos delineamentos claros e iterativos da Corte IDH (que, como visto, já em 2006, havia condenado o Chile no caso Almonacid Arellano) a respeito dessa matéria, teria, quem sabe, evitado ou, ao menos, amenizado a condenação do Brasil no sistema interamericano, ocorrida pouco tempo depois, em 24 de novembro do mesmo ano, no caso “Guerrilha do Araguaia” (caso Gomes Lund).

7 Para fins de análise no presente estudo, restringiu-se a pesquisa ao âmbito das ações do controle concentrado de constitucionalidade.

8 Esse é o caso, por exemplo, dos oito *Habeas Corpus* citados a seguir, que tratam da (in)competência da Justiça Militar para o julgamento de civis que praticam crimes militares: HC 105.348/RS, HC 106.171/AM, HC 109.544-MC/BA, HC 107.731 Extn/PE, HC 105.256/PR, HC 112.936/RJ, HC 110.237/PA, HC 105.256/PR, HC 110.185/SP.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Tem-se, ainda, que duas das ações que aparecem no resultado da busca foram julgadas em conjunto, tratando-se, em verdade, da mesma decisão. Esse é o caso da decisão do STF sobre a constitucionalidade da união homoafetiva, que resultou do julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF.

Complementando-se o levantamento realizado, relativo aos anos de 2017 e 2018, foram encontradas nove decisões com referência a julgamentos da Corte IDH, tanto no âmbito do controle concentrado quanto do controle difuso de constitucionalidade, bem como em sede de outras ações e *writs* constitucionais<sup>9</sup>, embora este padrão ainda esteja longe de ser aceitável em termos de diálogo e de proteção multinível de direitos.

Da leitura das sentenças analisadas (tomando-se por referência o fato de que, no Brasil, cada um dos Ministros profere seu próprio voto em separado, com fundamentação própria), pode-se depreender a ocorrência daquilo que, para os fins do presente trabalho, classificar-se-á como cinco espécies diferentes de decisão: a) decisões que desconsideram a jurisprudência da Corte IDH; b) decisões que invocam jurisprudência da Corte IDH, porém não de forma efetiva, utilizando-as como mero reforço argumentativo; c) decisões que seguem a jurisprudência da Corte IDH, realizando, ainda que não expressamente, um controle de convencionalidade; d) decisões que citam, porém vão em sentido contrário à jurisprudência da Corte IDH (diálogo neutralizador); e) decisões que deturpam a jurisprudência da Corte IDH.

a) *Decisões que desconsideram a jurisprudência da Corte IDH*: nessa modalidade, o Tribunal pátrio ignora a jurisprudência assentada pela Corte Interamericana, decidindo de forma isolada e sequer evidenciando conhecimento acerca de pronunciamentos sobre a matéria. Como exemplo, pode-se citar os votos dos Ministros Carlos Ayres Brito e Ricardo Lewandowski no julgamento da constitucionalidade da Lei de Anistia (2010).

A ação foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) a fim de obter interpretação conforme do referido dispositivo, a fim de excluir da anistia os crimes *comuns* cometidos contra opositores polí-

---

9 Como justificativa para tanto poder-se-iam referir algumas iniciativas – ainda que incipientes – no sentido de aproximação e conhecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como da jurisprudência da Corte IDH, tanto pelo próprio Supremo Tribunal Federal quanto por outros órgãos ligados ao Poder Judiciário, que têm buscado propiciar alguma formação e capacitação de seus agentes na matéria.

ticos no contexto da ditadura militar (ex.: crimes de homicídio, tortura, estupro, ocultação de cadáver, entre outros).

O Ministro Carlos Ayres Britto e o Ministro Lewandowski votaram pela parcial procedência da ADPF para dar interpretação conforme à Constituição e excluir da anistia os crimes não passíveis de anistia previstos no artigo 5º, inciso XLIII<sup>10</sup>, citando, ainda que de forma discreta, jurisprudência da Corte IDH.

Pode-se perceber que a jurisprudência da Corte IDH não foi determinante para o julgamento do caso em tela. Além disso, entende-se que o presente caso não constitui hipótese em que o STF efetivamente tenha promovido um controle de convencionalidade com base na jurisprudência da Corte IDH, ainda que a decisão aparentemente se afigure conforme o *corpus iuris* interamericano.

Já na ADPF 130/DF (Lei de Imprensa), dentre as afrontas constitucionais da Lei nº 5250/67 que levaram a maioria votante do STF a julgá-la incompatível com a Constituição, estão a possibilidade de censura prevista nos parágrafos do artigo 1º da lei<sup>11</sup>, sendo este o único momento no voto em que a Corte IDH foi mencionada.

Por fim, em duas ações de Habeas Corpus (HC 152685 AgR-SP + HC 152752-PR) sobre a (im)possibilidade de execução provisória da pena após decisão de segunda instância, a jurisprudência da Corte IDH é trazida de forma apenas indireta, a partir da citação de artigo científico sobre o tema, em que são colacionadas as sentenças do “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (2004), “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay” (2004), “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México” (2011) e “Caso Mohamed vs. Argentina” (2012) no sentido de reforçar que a prisão após condenação em segunda instância não é inconveniente:

identifica-se com clareza a validade convencional da decisão condenatória criminal, desde que atendidos os pressupostos do devido processo legal e disponibilizado ao condenado um recurso de natureza ordinária dirigido à instância que lhe seja superior. Entretanto, cumpre registrar que não se identificou na Convenção Americana sobre

---

10 Conforme referenciado pelo Ministro, trata-se da obra intitulada “Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT”.

11 O aludido texto foi referenciado pelo Ministro no corpo do texto da seguinte forma: “texto de Nilo Batista, na Nota introdutória a obra recentemente publicada<sup>15</sup>, de Antonio Martins, Dimitri Dimoulis, Lauro Joppert Swensson Junior e Ulfrid Neumann. E, em nota de rodapé, da seguinte forma: Justiça de transição no Brasil, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, págs. 8-9.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Direitos Humanos um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Do mesmo modo, não se logrou êxito em localizar precedente do Tribunal Interamericano a defender tal linha interpretativa. (VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. *Execução provisória da pena: causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?*)

As menções à Corte IDH possuem, portanto, função mais de reforço argumentativo do que de efetivo controle de convencionalidade, conforme já destacado.

c) *Decisões que seguem a jurisprudência da Corte IDH, realizando, ainda que não expressamente, um controle de convencionalidade*: como exemplos, podem-se citar a Lei de Anistia (2010), em que o Ministro Ricardo Lewandowski usa a jurisprudência da Corte IDH como fundamento de seu voto; as biografias não-autorizadas (2015), em que a Ministra Carmen Lúcia se vale da noção abrangente de liberdade de expressão desenvolvida pela Corte IDH para conformar sua posição, realizando um controle de convencionalidade; o *Impeachment* (2015), em que o Ministro Fachin estende a ele as garantias do devido processo penal; a superveniência de provas (2017), na qual o Ministro Gilmar Mendes fundamenta seu voto no direito das vítimas de participar dos procedimentos criminais e de conhecer a verdade; e os Quilombolas (2018), onde a jurisprudência da Corte IDH aparece no corpo da própria ementa, afigurando-se como determinante para a decisão.

d) *Decisões que citam, porém vão em sentido contrário à jurisprudência da Corte IDH (diálogo neutralizador)*: são as situações nas quais o Supremo Tribunal Federal rejeita a jurisprudência da Corte IDH. Nesta linha vão os votos do Ministro Celso de Mello e Eros Roberto Grau na Lei de Anistia (2010), quando afirmam, posicionando-se de forma contrária ao que foi assentado pela Corte de San José, que “o caso brasileiro é diferente”; também o voto do Ministro Luiz Roberto Barroso no julgamento do “foro privilegiado” (2018), quando afirma a “prevalência da CF/88 sobre os Tratados”.

No caso da Lei de Anistia, há citação de jurisprudência da Corte IDH no voto do Ministro Celso de Mello, que, inicialmente, reconhece que a Corte IDH,

em diversos julgamentos – como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru (“Barrios Altos”, em 2001, e “Loayza Tamayo”, em 1998) e contra o Chile (“Almonacid Arellano e outros”, em 2006) -, **proclamou**

**a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas “leis de auto-anistia”.**

Após demonstrar conhecer a jurisprudência da Corte IDH acerca de casos análogos, contudo, o Ministro argumenta que o caso brasileiro é “diferente”, em razão do caráter bilateral que marca a Lei nº 6. 683/1979. Para ele, a lei de anistia brasileira não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inaplicáveis, para o caso, os precedentes da Corte IDH.

A Corte IDH deixa claro, todavia, em seus julgados, ser indiferente se se trata de auto-anistia ou não, pois o que confirma o desrespeito ao *corpus iuris* interamericano não é o *modus* ou poder de onde a lei emana, mas sim a sua finalidade no sentido de anistiar crimes contra a humanidade. O Ministro adotou, portanto, uma interpretação neutralizadora da jurisprudência interamericana.

Já no caso do “Foro privilegiado” (Ação Penal 937/RJ), o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que o foro por prerrogativa de função conferido aos deputados federais e senadores se aplica apenas a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas.

Na fundamentação da decisão, cujos votos somam 429 páginas, foram feitas apenas duas menções à Corte IDH: uma delas pelo Ministro Alexandre de Moraes, referindo que, por ocasião do julgamento do “Mensalão” (AP 470), alguns acusados recorreram à Corte para questionar a violação do duplo grau de jurisdição, questionando a figura do foro privilegiado.

A outra foi feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que citou o “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela” (1998) para referir que a Corte IDH já proferiu condenações a Estados pela violação de observância do duplo grau de jurisdição, inclusive no que tange à figura do “foro privilegiado”. Há, ainda, o reconhecimento dessa proteção por tratados internacionais, mas, ao final, prevalece o entendimento de que “o duplo grau de jurisdição não ostenta caráter absoluto, já que a Constituição de 1988 prevalece sobre tais tratados internacionais”:

Coloca-se a questão da ausência de duplo grau de jurisdição nos casos de autoridades com prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Federal, que ficam sujeitas a julgamento por instância única. Esse modelo enfrenta objeções fundadas em tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é signatário. Tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos asseguram o “*direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*”. É certo que esta Corte tem entendido que a garantia do duplo grau de jurisdição não ostenta caráter absoluto, **já que a Constituição de 1988 prevalece sobre tais tratados internacionais, que ostentam status supralegal, mas infraconstitucional, na ordem jurídica brasileira** (AI 601832 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Nada obstante isso, deve-se levar em consideração a necessidade de harmonizar as disposições constitucionais com os compromissos internacionais firmados pelo Brasil, bem como de realizar, na maior extensão possível, o princípio do duplo grau de jurisdição em matéria penal. (p. 32)

Assim, uma vez mais, a posição de “diálogo” do Supremo Tribunal Federal com a Corte IDH foi no sentido de desconsiderar seus precedentes e marcos normativos, com fundamento na prevalência hierárquica da Constituição em relação aos Tratados Internacionais de direitos humanos e, em particular, do Pacto de San José da Costa Rica.

e) *Decisões que deturpam a jurisprudência da Corte IDH*: nestes casos, não apenas se opera um diálogo “neutralizador”, mas uma apropriação da jurisprudência da Corte IDH, que é invocada em sentido contrário ou incompatível com o contexto da questão *sub judice*.

Cita-se, nesse sentido, o voto do Ministro Luiz Edson Fachin no julgamento da execução provisória da pena (2018), que invocou as várias condenações do Brasil pela Corte IDH para afirmar que estas tiveram por base a ineficiência do país na punição dos delitos. A partir daí, apropria-se deste argumento para sustentar sua posição de que a possibilidade de execução provisória da pena vem ao encontro dessa perspectiva de fim da impunidade.

Na sequência, vale-se do “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras” para afirmar que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas:

A busca pela racionalidade do sistema penal passa pela compreensão dos direitos humanos também sob uma outra perspectiva, ou seja, pela perspectiva segundo a qual, como tem entendido esta Suprema

Corte, ao acatar o princípio da proibição de proteção deficiente, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o julgamento do caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas, evitando-se a reincidência. (p. 92)

Desconsidera o julgador, no entanto, o contexto e o cenário em que se insere esta manifestação da Corte IDH, mais identificado com a necessária responsabilização dos atos praticados (especialmente nos casos de graves violações a direitos humanos) do que para ensejar a possibilidade de relativização das garantias processuais penais em nome do fim da impunidade. Trata-se, portanto, de uma invocação de jurisprudência que desvirtua, em certa medida, a interpretação do *corpus iuris interamericano*, fazendo com que o “diálogo” entre Cortes, neste ponto, não seja produtivo. Poder-se-ia sustentar, inclusive, que a deturpação da jurisprudência da Corte IDH afigura-se ainda mais danosa do que a sua desconsideração, havendo a quantidade de citações a precedentes sido apenas ilusória.

## **Conclusão**

A internacionalização dos direitos humanos é um fenômeno que, paralelamente à conformação da noção de Estado Democrático de Direito, no âmbito interno, se recrudescer no contexto do segundo pós-Guerra, tendo como escopo evitar que se repetissem as gravíssimas violações a direitos perpetradas pelos regimes totalitários.

Assim, logo após o final da Segunda Guerra, foi instituída, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU), que proclamou, em 1948, através de decisão unânime de sua Assembleia Geral – a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que representa um marco na história da humanidade, haja vista que estabelece, pela primeira vez, uma tutela universal dos direitos humanos, cuja proteção e titularidade está associada à condição de pessoa humana como requisito único e exclusivo para a dignidade.

Assim, a referida Declaração evidenciou uma alteração profunda no direito internacional público, que, até então, se limitava a regular relações entre Estados, não se preocupando, em princípio, em promover uma tutela dirigida às pessoas. Consequentemente, esse reconhecimento, enquanto

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

questão internacional, encontrou resistência, sobretudo, em face da noção de soberania estatal.

Esse processo influencia, por sua vez, o surgimento dos chamados sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, dentre os quais se encontra o Sistema Interamericano.

Nesse sentido, um papel relevante é cumprido pela previsão, constante no artigo 2º da CADH, que determina aos Estados-partes a obrigação de adequar o seu direito interno às disposições da Convenção. Ou seja, diante do rol de direitos estabelecidos na CADH, o Estado-parte assume a obrigação de respeitar e de assegurar o livre exercício desses direitos, comprometendo-se, ainda, a adotar não só todas as medidas legislativas indispensáveis a esta finalidade, como também a adotar outras que se mostrem necessárias para garantir efetividade aos direitos e liberdades nela compreendidos.

Daí resulta, igualmente, o dever de os tribunais nacionais utilizarem o corpus iuris interamericano como fundamento para suas decisões, aspecto que conduz ao fato de que os magistrados estão vinculados a uma pluralidade de fontes, tanto de direito interno quanto de direito externo, cabendo-lhes a tarefa de compatibilização e de harmonização desses dispositivos. É neste contexto, por sua vez, que ganha relevo a figura do assim chamado “diálogo jurisdicional”, enquanto instrumento para a adequada proteção dos direitos humanos e fundamentais em uma ordem jurídica complexa, caracterizada pela pluralidade normativa.

O diálogo interjurisdicional deixa de lado o State approach, identificado com a ideia de soberania nacional, para assumir uma feição de human rights approach, centrado na primazia dos direitos humanos e pela permeabilidade do Direito mediante o diálogo entre jurisdições, que pressupõe uma sinergia entre os diversos juízes e tribunais, em busca da evolução do Direito, deslocando o seu foco da perspectiva de hierarquia entre os órgãos judiciais, que, em conjunto, devem alcançar soluções para os diferentes desafios jurídicos, notadamente na seara dos direitos humanos.

Quando esse diálogo ocorre entre tribunais ou juízes cujas decisões não são vinculantes de um para o outro, tem-se um diálogo interjurisdicional horizontal. É o que ocorre, por exemplo, no fecundo diálogo entre a Corte IDH e a Corte Europeia de Direitos Humanos, responsável pela evolução de ambas as jurisdições. Em casos tais, o diálogo ocorre de modo aberto e espontâneo, livre de qualquer vinculação jurídica. Já o diálogo vertical ocorre quando um

dos tribunais ou juízes presentes no diálogo está vinculado às decisões proferidas pelo outro, como ocorre na relação entre a Corte IDH e os tribunais nacionais dos países que, assim como o Brasil, tenham reconhecido a obrigatoriedade de sua jurisdição.

É possível, ainda, neste contexto, falar-se de um diálogo vertical ascendente (quando ele se inicia no âmbito do órgão jurisdicional vinculado) e de um diálogo vertical descendente (quando é provocado pelo órgão judicial que detém a última palavra, em direção aos juízes e tribunais que a ele se vinculam).

Tomando como referência a noção de diálogo interjurisdicional, o presente artigo pretendeu analisar como tem se dado esse diálogo, por parte do Supremo Tribunal Federal, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Observa-se que o diálogo judicial entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte IDH ainda é incipiente, sendo que o número de casos em que há menção expressa de sua jurisprudência ainda é deveras diminuto, embora se possa perceber, ao longo do tempo, uma certa tendência de avanço, ao se passar de uma lógica de uso de citações indiretas (por meio de obras doutrinárias) a citação direta de decisões da Corte IDH.

O uso das decisões da Corte IDH ainda se dá, contudo, na maioria dos casos, apenas em termos de reforço argumentativo, não se evidenciando, na maioria dos casos, a incorporação de uma prática de efetivo controle de convencionalidade (antes pelo contrário, a lógica de prevalência da Constituição é, ainda, frequentemente reiterada, desconsiderando-se o caráter vinculante dos conteúdos do *corpus iuris interamericano* e sua interpretação dada pela Corte IDH).

## **4 Referências**

Alcalá, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 10, n. 2, p.57-140, 2012. Disponível em <<https://drive.google.com/file/d/0B4415pHYhRzadm5OWEQ4UFZna2M/view>>. Acesso em: 13 out. 2015.

\_\_\_\_\_. *Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

en Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 511-553, issn 2346-0849. Disponível em: <[www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2016.

Arendt, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.  
ARRIGHI, Jean Michel. OEA: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS.

Tradução de Sérgio Bath. Barueri: Manole, 2004.

Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. *Begriff und Probleme des Verfassungsstaates*. In: Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1999.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Site oficial contendo informações sobre o órgão e sobre sua jurisprudência atualizada. In: <http://www.stf.gov.br>, acesso em 03 de maio de 2005.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815/DF*. Rel. Ministro Moreira Alves, julg. em 28 de março de 1996.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343/SP. Voto-vista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, julg. em 03 de dezembro de 2008.**

Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

Cittadino, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

Ferrajolli, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Hitters, Juan Carlos. Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos). *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 13, n. 1, p. 123-162, 2015. Dis-

ponível em <[www.cecoch.cl/docs/pdf/revista\\_13\\_1\\_2015/4\\_control.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_13_1_2015/4_control.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2015.

Leal, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional aberta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente “un” activismo o “el” activismo? *Estudios Constitucionales*, año 10n n. 2, 2012.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-150, 2014. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_; BRUGGER, Winfried. *Os direitos fundamentais nas modernas Constituições: análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira*. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 28, p. 7-27, 2007.

Leal, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

Madelaine, Colombine. *L'anticipation Manifestation d'un dialogue “vrai” entre juge national et juge européen?* In: *Le dialogue des juges*. Institut de Droit des Droits del L'Homme. Cahiers de L'IDEDH N° 11. Université de Montpellier I. Faculté de Droit. Montpellier. 2007. Disponível em: <<http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/IDEDH-p.-3631.pdf>>. Acesso em 27 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU): *Carta das Nações Unidas*. 1945. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 15 out. 2015.

Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e diálogo entre jurisdições*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo\\_Flavia\\_Piovesan\\_\(Direitos\\_Humanos\\_e\\_Dialogo\\_entre\\_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>. Acesso em: 11 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos*. Texto produzido para o I Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, 2001. Disponível em: <[www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a\\_pdf/piovesan\\_sip.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2015.

Proner, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

Ramonet, Ignacio. *Géopolitique du chaos*. Paris: Gallimar, 2001. RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Sarlet, Ingo Wolfgang. A reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da Constituição. In: *Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n. 4, Porto Alegre, 2006.

Sudre, Frédéric. *A propos du “dialogue des juges” et du control de conventionnalité, en Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*. Les dynamiques du droit européen en début du siècle. Paris: Ed. A. Pedone, 2004.

\_\_\_\_\_. *Avant-propos*. In: *Le dialogue des juges*. Institut de Droit des Droits del L'Homme. Cahiers de L'IDEDH N° 11. Université de Montpellier I. Faculté de Droit. Montpellier. 2007. Disponível em: <<http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/IDEDH-p.-3631.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2016.

Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Suxe, Hervé. *La dimension objective du “dialogue des juges”*. In: *Le dialogue des juges*. Institut de Droit des Droits del L'Homme. Cahiers de L'IDEDH N°

11. Université de Montpellier I. Faculté de Droit. Montpellier. 2007. Disponível em <<http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/IDEDH-p.-3631.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2016.

Trindade, Antônio Augusto Cançado. *Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI*. Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 40, no 1. Brasília, Jan/Jun, 1997.



# Constitución, control de convencionalidad y rol de la Corte Suprema chilena en el cumplimiento de los estándares de control de convencionalidad y de las sentencias de la Corte IDH

Humberto Nogueira Alcalá<sup>1</sup>

## 1 La dignidad humana como base jurídica y ontológica de la Carta Fundamental que irradia todo el ordenamiento jurídico nacional

El artículo 1º, inciso 1º, determina: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*; asimismo, el artículo 1º, inciso 4º, precisa: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*.

La Constitución se compromete con la dignidad de la persona humana y establece una premisa antropológica-cultural que incorpora como regla jurídica.

La *dignidad humana constituye así el mínimo invulnerable del ser humano* que el ordenamiento jurídico debe asegurar respecto de cada persona, como asimismo en cada uno y todos los derechos fundamentales, los cuales tienen

---

1 El autor es Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva. Actualmente se desempeña como profesor Titular de derecho constitucional, director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (CECOCH) y Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca.  
Correo electrónico: [nogueira@utalca.cl](mailto:nogueira@utalca.cl)

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

en ella su fundamento y base sustantiva, en la medida que todos ellos contribuyen a desarrollar ámbitos propios de la dignidad humana.

En la misma perspectiva, encontramos a Peter Häberle, quién señala que la dignidad de la persona humana consiste en el “*valor y pretensión de respeto intrínseco y simultáneamente social, al cual pertenece cada ser humano por su condición humana*”<sup>2</sup>.

*La dignidad de la persona* se constituye así en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional en virtud del artículo 1º, inciso 1º y 4º de la Constitución, como asimismo se encuentra en el derecho internacional convencional de los derechos humanos en los preámbulos de los tratados o convenciones de derechos humanos que el Estado ha hecho suyos, mediante la respectiva ratificación, los que determinan a la dignidad humana como la fuente sustantiva de todos los derechos fundamentales, irradiando con ello todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.

Tal perspectiva ha sido asumida por el Tribunal Constitucional chileno, en su jurisprudencia, un ejemplo de ello es su sentencia de 26 de junio de 2008, ha determinado:

*“Vigésimotercero. Que de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia; (...)*<sup>3</sup>.

La misma sentencia agrega:

*Trigésimoquinto: Que lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella”*<sup>4</sup>.

2 HÁBERLE. (2005), p. 104.

3 Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de junio de 2008, Rol N° 976, considerando vigésimotercero.

4 Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, 26 de junio de 2008, Rol N° 976, considerando 35º.

Esta perspectiva es asumida por todos los instrumentos fundamentales que asegurarán y garantizarán derechos humanos en el ámbito mundial y regional<sup>5</sup>.

El artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, determina que *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en su preámbulo afirma que *“el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana [...] constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres”*.

## **2 La limitación del ejercicio de la soberanía por los derechos fundamentales o humanos.**

A su vez, el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental, en su primera oración determina: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*.

Los derechos son inherentes a la dignidad de la persona humana, son atributos derivados de ella y *“no del hecho de ser nacionales de un determinado Estado”* como afirma con nitidez el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos que el Estado chileno ha hecho suyo al ratificar la Convención.

La segunda oración del inciso 2° del artículo quinto de la Constitución agrega: *“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”*.

El Tribunal Constitucional ha señalado que:

*“[...] el respeto y promoción de los derechos esenciales del hombre, que son superiores y anteriores al Estado y a la Constitución, que no los crea sino que reconoce y asegura”, (...) “estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y*

---

5 Ver MAURER. (1999). BURGORGUE-LARSEN. (2010), p. 55-78.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

*vitales que coadyuban a desentrañar el verdadero sentido y espíritu de las disposiciones de la Constitución”*<sup>6</sup>.

En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional afirma:

*“Que, como ya se ha señalado, el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1º, 4º y 5º, inciso segundo, de la misma, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado;*

*Que estos principios y valores, como ya se recordó -y lo hace manifiesto el inciso segundo del artículo 6º de la Constitución, que precisa que sus preceptos obligan no sólo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado sino a toda persona, institución o grupo-, no configuran meras declaraciones programáticas sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo presidir la labor del intérprete constitucional, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuban a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución;*

*Que, por lo recién expresado, debe desecharse toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Suprema.”*<sup>7</sup>

La Corte Suprema a través de su jurisprudencia ha precisado que:

*Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma fundamental contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, ‘valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos’ (S.C.S. 30.1.2006)”*<sup>8</sup>.

6 Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 943-07-INA, de 10 de junio de 2008, considerando 16°.

7 Sentencia del Tribunal Constitucional; Rol N° Rol 943-07, de fecha 10 de junio de 2008, considerando 30° al 32°.

8 Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 559-04, de fecha 13 de diciembre de 2006, considerando 22°.

En una perspectiva de filosofía jurídica, tal limitación constituye, al decir de Luigi Ferrajoli, la *esfera de lo indecible*<sup>9</sup>, o según expresiones de Garzón Valdés<sup>10</sup> y de Carlos Santiago Nino<sup>11</sup> el *coto vedado*, o de Norberto Bobbio y Michelangelo Bobero de *territorio inviolable*, estableciendo la obligación jurídica de los poderes instituidos de abstenerse de generar disposiciones y conductas que obstaculicen el goce efectivo de los atributos y garantías que integran tales derechos.

Tal perspectiva ha sido asumida como obligatoria para los estados partes del sistema interamericano al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos en el ámbito interamericano.

La sola existencia de un régimen democrático (procedimental o formal) no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido considerado por la propia *Carta Democrática Interamericana: La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada, está integrada también por los normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinado por sus características tanto formales como sustanciales*, por lo que, particularmente, en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, *la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias*

La misma obligación jurídica que precisa el artículo 5° inciso 2° de la Constitución se complementa con aquella que emana del corpus iuris interamericano vinculante para nuestros estados y todos sus órganos, en virtud de la CADH, para quienes somos estados partes de ella, especialmente las obligaciones generales emanadas de los artículos 1 y 2 de ella, de respeto, garantía y obligación jurídica de adecuación del ordenamiento jurídico nacional y las actuaciones de los órganos y agentes estatales a los estándares mínimos de derechos asegurados y garantizados por ella, ratificado ello por la jurisprudencia

9 Ver FERRAJOLI (2008), pp. 337-343

10 GARZÓN VALDÉS. (2006). Disponible en World Wide Web: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_12.pdf)

11 NINO. (1989). *Ética y Derechos Humanos*. (Barcelona, Ed. Ariel).

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

dencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto interpretación auténtica y finalidad del *corpus iuris* interamericano, dimensión que no puede ser desconocida por los estados partes como lo especifica con radicalidad la resolución de supervisión del fallo Gelman v/s Uruguay<sup>(12)</sup>.

Así lo reconoce, para señalar un ejemplo, el Tribunal Constitucional en su sentencia rol N° 2492-13 de 17 de junio de 2014, en sus considerandos 17° y 20°. El Tribunal Constitucional asume en el considerando 17° que se han establecido “*nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo a esta jurisdicción constitucional, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile*”.

En el considerando 20° de la sentencia, el Tribunal Constitucional asume los estándares fijados por la jurisprudencia de la CIDH: “*Derecho a ser juzgado por tribunales ordinarios como punto de partida, pudiendo existir una jurisdicción militar restrictiva y excepcional, encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, las cuales son válidas para militares, en el caso de conductas delictivas típicas del ámbito militar y que lesionen bienes jurídicos militares gravemente atacados*”.

Así se abre el derecho constitucional al derecho convencional internacional que asegura derechos, como asimismo a los estándares determinados por los órganos jurisdiccionales internacionales cuya jurisdicción es reconocida y asumida por el Estado chileno, lo que posibilita el fundamento para el control de convencionalidad que determina la Corte IDH<sup>(13)</sup>, que tiene su respaldo en el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, que el Estado ha asumido libre y voluntariamente como un acto propio (doctrina Stoppel), como también por la responsabilidad de las autoridades en no hacer incurrir al Estado en ilícitos que generan responsabilidad internacional con los costos que ello implica.

### 3 El bloque constitucional de derechos fundamentales

Consideramos que mediante el enunciado normativo del artículo 5°, inciso 2 de la Constitución se posibilita determinar la existencia de un *Bloque*

---

12 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

13 En el mismo sentido ver FUENZALIDA. (2015), p. 181.

*constitucional de derechos fundamentales o humanos, que contiene sólo atributos y garantías de los derechos fundamentales, aun cuando provengan de diversas fuentes, la Constitución y el derecho internacional, conforme a la fuente convencional, consuetudinaria y normas imperativas o de ius cogens, ya sea por incorporación formal a la Constitución de normas de principios generales del derecho internacional o tratados internacionales o por integrar la Constitución material en virtud de normas de reenvío que la propia Carta Fundamental determina y que llevan a los atributos y garantías de derechos humanos, como es el caso del artículo 5° inciso 2° de la Constitución chilena.*

En efecto, a modo ejemplar en sentencia de la Excm. Corte Suprema de marzo de 2007, se precisa:

*“Trigésimo Primero: Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o “ius cogens”. Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica el rechazo “in limine” por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad.*

*Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno.”* (14).

En la misma sentencia la Excm. Corte Suprema, recuerda que:

*“Trigésimo Sexto: Que al respecto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. En efecto, en el caso denominado Lauritzen con Fisco este tribunal sostuvo “que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 66).*

---

14 () Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125 – 04, de fecha 13 de marzo de 2007, considerando 31°.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

*Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, lo que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado. Afirmando que es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LII, segunda parte, sección primera, página 478; Revista Fallos del Mes, septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, páginas 223 a 224 y junio de mil novecientos setenta y cinco, página 90 y Alfredo Etcheberry O.: “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, tomo I, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, Santiago, Chile, año dos mil dos, páginas 38 y 39).” (15).*

Un segundo ejemplo de la jurisprudencia uniforme de la Excma. Corte Suprema en la materia es el fallo Rol N° 17.393-2015, considerando tercero, el cual determina:

*“(..) Al respecto, resulta útil consignar que el derecho internacional reconoce la existencia de un sistema normativo de orden superior o jus cogens (artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”), aplicable aún sin aceptación expresa en los ordenamientos nacionales y situado sobre ellos, que tiende a velar por los derechos humanos contemplados en prácticamente todas las cartas constitucionales del mundo.” (16)*

---

15 ( ) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125 – 04, de fecha 13 de marzo de 2007, considerando 37°.

16 ( ) Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 17.393-2015, de 18 de noviembre de 2015, considerando 3°.

La incorporación directa e inmediata de los *principios de ius cogens* los ha recepcionado con carácter imperativo también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° N° 2615-14-INA de octubre de 2014, donde conceptualiza el *ius cogens* como:

*“un precepto imperativo o perentorio inderogable de Derecho Internacional Público, que no admite exclusión ni alteración de su contenido por fuente alguna de Derecho Internacional, ni mucho menos por fuente de derecho interno o acto de autoridad nacional”* (17).

El Tribunal Constitucional chileno en la misma sentencia precedente, en el considerando décimo de ella, establece que:

*“(...) la prohibición de la esclavitud, en todas sus formas, llega a constituir una norma de **ius cogens**, es decir un precepto imperativo o perentorio inderogable de Derecho Internacional Público, que no admite ni exclusión ni alteración de su contenido por fuente alguna de Derecho Internacional, ni mucho menos por fuente de derecho interno o acto de autoridad nacional”*.

Dicho bloque constitucional se constituye en el núcleo sustantivo básico de la Constitución el que está determinado en su contenido por el conjunto de atributos y garantías aseguradas y garantizadas *que integran los derechos, cuya delimitación e interpretación se concreta en base al “principio favor persona”*.

Dicho principio favor persona o pro homine se deriva necesariamente del artículo 1°, inciso primero y cuarto, como asimismo, de la norma de reenvío del artículo 5° inciso 2° al derecho internacional convencional que contenga derechos esenciales, dentro de los cuales se encuentran las principales convenciones y tratados de derechos humanos, como es el caso del artículo 5° del PIDCP de Naciones Unidas y el artículo 29, literal b, de la CADH, para sólo señalar algunos de dichos tratados.

Es necesario explicitar que *forman parte de este bloque también las hipótesis de limitación, suspensión o de protección de derechos*, que están contenidas en el derecho internacional ratificado, las que sirven de pauta de control de los estándares mínimos que deben ser asegurados por el derecho interno conforme al *principio favor persona*.

Así el *bloque constitucional de derechos fundamentales* no solo implica un *refuerzo de los derechos subjetivos de las personas*, sino también *fortalece la función jurídico positiva objetiva de los derechos en el orden constitu-*

17 () Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2615-14-INA, 30 de octubre de 2014, considerando 10°.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

*cional*, en su calidad de *principios supremos del orden jurídico estatal*, los cuales condicionan a su respeto, aseguramiento, garantía y promoción, la actuación de todos los poderes públicos, e irradian todo el ordenamiento jurídico de una sociedad democrática que busca concretar la plena efectividad de los derechos fundamentales.

## **4 Especificidad del derecho internacional de los derechos humanos**

El *derecho internacional de los derechos humanos* constituye una rama específica del derecho internacional que tiene principios y reglas interpretativas propias diferentes del derecho internacional clásico. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la *Corte IDH*, precisa las características que identifican en esta perspectiva a los tratados de derechos humanos y las diferencias respecto de los tratados clásicos que se concretan tradicionalmente en mutuo beneficio de los intereses de las partes contratantes:

*“(...) los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”* <sup>(18)</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha destacado la especificidad de los tratados sobre Derechos Humanos en diversos casos contenciosos, entre ellos en el *Caso Masacre Mapiripán v/s Colombia (2005)*, cuya sentencia sobre Excepciones Preliminares, señala:

---

18 () Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, denominada *El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana* (artículos 74 y 75). En el mismo sentido, se expresa la Corte Interamericana en el caso del *Tribunal Constitucional Vs. Perú*, sentencia de 24 septiembre de 1999. (*Competencia*). Serie C No. 55, párrafo 42.

*“Dicha Convención (Americana), así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes”. (19).*

En tal sentido, la naturaleza jurídica de los Tratados sobre Derechos Humanos se distingue de los tratados clásicos o tradicionales en que se oponen derechos y obligaciones inter partes, en un marco de reciprocidad ya que los tratados de derechos humanos y entre ellos, la CADH, se supera la naturaleza contractual propia de la exteriorización de voluntad de los sujetos signatarios para convertirse en expresión de una *voluntad colectiva para la defensa de un interés superior a las partes* que es la *protección de los derechos humanos como parte del bien común regional o mundial*, en su caso, lo que constituyen obligaciones objetivas que se benefician de una garantía colectiva (20).

Algunos autores como Carrillo Salcedo, llegan a afirmar que tales tratados llegan a convertirse en parte del ordenamiento constitucional internacional basado en el respeto de los derechos humanos (21). Dichos tratados constituyen el “*consensus omnium gentium*”, inexistente antes del término de la Segunda Guerra Mundial. Así los derechos se desligan del carácter netamente internos que tenían hasta ese momento, para ser considerados prioridad y finalidad común de los sujetos internacionales, constituyendo y consolidando el derecho internacional de los derechos humanos, que asegura y garantiza tales derechos a toda persona por el solo hecho de serlo y como expresión de la dignidad humana.

A su vez, la interpretación en materia de derecho convencional de derechos humanos asume la *interpretación contextual* y de acuerdo al *objeto y fin del tratado*, como asimismo, la *interpretación dinámica o evolutiva*, la cual ha sido destacado por la Corte Interamericana en el *Caso Yakye Axa vs Paraguay*:

*“En otras oportunidades, tanto este Tribunal como la Corte Europea de Derechos Humanos, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de*

19 () Corte IDH. Caso “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia (2005), párrafo 104.

20 () López Guerra.(2015), p. 74.

21 () Carrillo Salcedo. (1991), p.15.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu

*los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados*". (22).

Recordemos en la materia lo que la Corte IDH ya había establecido en la Opinión Consultiva OC-16/99, en su párrafo 114:

*"114. Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989)79, como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos Tyrer versus Reino Unido (1978)80, Marckx versus Bélgica (1979)81, Loizidou versus Turquía (1995)82, entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales"*.

Hay así frente a la concepción de una *interpretación originalista*, una *interpretación dinámica* o *evolutiva* de los derechos producto del desarrollo de circunstancias cambiantes o imprevistas al momento de la aprobación del tratado o producto del cambio cultural, lo que es asumido tanto por el sistema interamericano como por el sistema europeo de derechos humanos (23)

Asimismo, la Corte IDH ha precisado que

*"la protección a los derechos humanos, en especial de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal"* (24).

---

22 ( ) Corte IDH. Caso Yakye Axa vs Paraguay. (2005), párrafos 66 y 67.

23 ( ). Ver CANOSA USERA, Raúl. (2009). LÓPEZ GUERRA. (2015), p. 75.

24 ( ) Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión "leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6, párrafo 21. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C N° 29.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye un tratado internacional cuyo objetivo y finalidad es la protección y garantía de los derechos humanos asegurados en el corpus iuris determinado por dicha convención.

Los estados que integran el sistema interamericano de protección de derechos humanos han acordado así el establecimiento de un sistema de control del cumplimiento del aseguramiento y garantía de los derechos convencionales por medio de dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); esta última constituye una jurisdicción vinculante para los Estados parte, cuyas sentencias constituyen obligaciones de resultado, conforme determina la Convención en su artículo 67 y 68, las cuales no son objeto de recurso alguno y tienen el valor de cosa juzgada formal y material, como asimismo, como ya hemos precisado, la *ratio decidendi* o *holding* de sus sentencias constituye “cosa interpretada” (25), en cuanto intérprete auténtica y final del corpus iuris interamericano de conformidad con el artículo 62 de la CADH (26).

Es obvio entonces que los estados partes deben cumplir con la obligación estipulada por el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados: *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*. El principio de buena fe está expresamente consagrado en el artículo 31.1 de la misma convención sobre derecho de los tratados, por lo tanto si un Estado suscribe y ratifica un tratado, especialmente si éste es de derechos humanos como es la CADH, tiene la obligación de hacer todos los esfuerzos posibles para cumplir las obligaciones contenidas en el mismo y ejecutar las sentencias emanadas de la Corte IDH, como también las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que tiene por función promover la observancia y defensa de los derechos humanos en el sistema interamericano.

El sistema interamericano, como lo establece la propia CADH en su Preámbulo, constituye una *protección internacional coadyuvante o complementaria* de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos, por lo

---

25 ( ) SANCHEZ AYALA. (2014); RODRÍGUEZ. (2015), p. 61; SAGUÉS. (2016), pp. 385 – 386; FERRER MAC-GREGOR y QUERALT JIMÉNEZ. (2017). QUERALT JIMÉNEZ. (2009a); ROBLEDOS, Miguel. (2017). pp. 309 – 355. NOGUEIRA ALCALÁ (2017). GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ (2017). AGUILAR CAVALLO. (2017). pp. 158- 191. ZUÑIGA. (2017), p. 554.

26 ( ) Ferrer Mac Gregor, Eduardo. (2013). pp. 641-693.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

cual los órganos estatales nacionales son los principales y primeros obligados a concretar el respeto y garantía de dichos derechos a todos las personas sometidas a su jurisdicción, sólo si dicha obligación jurídica no se ejecuta por los respectivos estados partes o tal actividad de los órganos estatales se desarrolló en forma deficiente o con desconocimiento de derechos humanos, en forma coadyuvante, subsidiaria o complementaria interviene la Corte IDH, previa actividad prejudicial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante petición formulada por las personas que hayan sido vulneradas en sus derechos por la actuación de cualquiera de sus autoridades o funcionarios.

Así lo ha explicitado con claridad la Corte IDH:

*“La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, ‘coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos’. De tal manera, el Estado ‘es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos’. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”. (27).*

El agotamiento de los recursos internos es un requisito que condiciona la implementación del acceso a la jurisdicción internacional, pero no el surgimiento, de la responsabilidad internacional del Estado, la cual se configura a partir de la ocurrencia de un acto u omisión internacionalmente ilícito, la cual puede tener su fuente en una disposición legal de derecho interno, o en un acto administrativo, o también en una decisión judicial.

---

27 ( ) Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259, párrafo 142

Esta perspectiva se encuentra entre otras sentencias de la Corte IDH, en el caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*:

“93. El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales. En este sentido, la jurisprudencia reciente ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

“94. De lo anterior se desprende que, en el sistema interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico; en otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados” (28).

Los jueces nacionales no deben tener una actitud pasiva o una actitud de autonomía frente a la Corte IDH, sino una actitud de cooperación y

---

28 ( ) Corte IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016, párrafos 93 y 94.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

de coordinación voluntaria donde el juez nacional no solamente buscará comprender el espíritu de las soluciones jurisprudenciales emitidas por la Corte IDH, sino que asume un rol activo de interpretación y aplicación de la Convención en derecho interno.

Si bien los jueces nacionales son los principales garantes de los derechos humanos en el ámbito del derecho interno, las obligaciones convencionales alcanzan igualmente al constituyente, al legislador y a la administración del Estado Parte, como a cualquier otro órgano, autoridad o funcionario del mismo.

En el caso específico de los tribunales nacionales tiene también un peso relevante el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el que determina el *derecho al recurso jurisdiccional* para todos los derechos establecidos por la Constitución y la CADH, que *concreta el derecho a la jurisdicción* asegurado por el artículo 8º de la misma CADH. En tal perspectiva, los tribunales y jueces nacionales tienen una función cada vez más importante como principal garante de los derechos humanos. (29)

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos constituye un marco jurídico internacional acordado por los Estados Parte con el objeto y fin de establecer un sistema colectivo que determina estándares mínimos comunes en materia de respeto y garantía de derechos humanos, como asimismo de adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales y de los actos de sus órganos, autoridades y funcionarios conforme a dicho estándar de derechos, determinados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) conforme determinan los artículos 1 y 2 de dicha Convención (30).

La primera obligación jurídica general vinculante para los Estados parte derivada del artículo 1º de la CADH es la de respetar los derechos contenidos en el corpus iuris interamericano, como obligación directa e inmediata desde el momento de la ratificación de la CADH, dicho artículo determina: El artículo 1º de la CADH determina para los estados parte la obligación jurídica de respetar y garantizar los derechos asegurados por ella:

---

29 ( ) AYALA CORAO. (2012); GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ. (2017), p. 91.

30 ( ) Ver sobre la materia: Corte IDH, Opinión Consultiva OC 14/94, “*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención. (artículos 1 y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”. de 5 de diciembre de 1994. Serie A N° 14. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2012b), pp. 1167-1220.

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

La primera tarea de esta primera obligación jurídica convencional general es la de *respetar los derechos*, vale decir, que los estados parte no pueden crear ninguna norma jurídica interna como asimismo no pueden concretar ningún acto o conducta contraria a los derechos asegurados por el *corpus iuris* interamericano, debiendo ser todas sus normas de derecho interno y todos los actos y conductas de sus autoridades y funcionarios conforme a los estándares interamericanos, siempre con la voluntad de cumplir las obligaciones de buena fe y sin oponer obstáculos de derecho interno, como exige la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados en sus artículos 26 y 27. Así lo ha determinado también la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*:

“125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”<sup>31</sup>. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”<sup>(32)</sup>.

La segunda tarea es la de *‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción*.

Esta obligación de *garantizar los derechos* implica el deber jurídico de los estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público,

31 ( ) Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (*Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos*), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párr. 35.

32 ( ) Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párrafo 125.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu

de manera tal que sean capaces de asegurar y garantizar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos <sup>(33)</sup>.

La CIDH en el caso “La última tentación de Cristo” ha precisado que:

*“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial”* <sup>(34)</sup>.

A su vez, la Corte IDH, desde el primer caso conocido jurisdiccionalmente, en la sentencia en el caso Velásquez Rodríguez, en forma uniforme y reiterada ha determinado que respecto del artículo 1° de la CADH:

*“La segunda obligación de los Estados partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”* <sup>(35)</sup>.

Las medidas generales impuestas en las sentencias de la Corte IDH como medidas de reparación integral <sup>(36)</sup>, determinadas por el artículo 63 de la CADH, conectan con esta obligación de garantía: Remover defectos estructurales, y prevenir las amenazas o factores de riesgo, en definitiva, adoptar medidas preventivas de las lesiones de derechos. Mediante ellas, la Corte IDH impone criterios e interpretaciones vinculantes a los Estados, que deben

---

33 ( ) FERRER MAC GREGOR, Eduardo y Pelayo Moller, Carlos María. (2012), 141-192.

34 ( ) Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73, párrafo 87.

35 ( ) Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 166. La Corte se había pronunciado previamente respecto de excepciones preliminares en Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 1.

36 ( ) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. (2005),1-86. ROUSSET SIRI, Andrés Javier. (2011), 59-79.

adaptarse al Convenio para garantizar efectivamente los derechos. La plena conexión de sentido entre interpretación vinculante y medidas generales de reparación es muy estrecha.

Finalmente, la Corte IDH ha precisado que la obligación de garantizar los derechos asegurados en la Convención:

*“(...) no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”* (37).

La segunda obligación jurídica general vinculante para los Estados Parte es la establecida en el artículo 2º de la CADH:

*“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*.

Dicha obligación jurídica implica para los Estados Partes el adecuar todo su ordenamiento jurídico estatal al cumplimiento de los estándares interamericanos de derechos humanos, como asimismo las conductas de todos los órganos, autoridades y funcionarios estatales, realizando las adecuaciones normativas y de las conductas y actos de sus órganos, autoridades y a los deberes jurídicos convencionales que posibiliten una actuación conforme con el corpus iuris interamericano (38).

Los Estados partes conocen, aceptan y se comprometen a cumplir (*pacta sunt servanda*) de buena fe esta obligación jurídica al aprobar y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Nadie puede desconocer que dicha obligación implica la posibilidad de que la Corte IDH, evaluando la convencionalidad del derecho interno y las prácticas de los órganos nacionales que son las causantes de la violación de derechos humanos, determine como medidas de reparación integral (art 63 de la CADH), modificar cualquier norma del ordenamiento jurídico interno, si ella es contraria al estándar mínimo

37 ( ) Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Nº 140, párrafo 142.

38 ( ) FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Pelayo Moller, Carlos María. (2012a). pp. 53-99.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

de derechos que implica el *corpus iuris* interamericano por decisión jurisdiccional vinculante de una sentencia de la Corte IDH, ya que dicha obligación emana del artículo 2 de la Convención, pudiendo la Corte IDH, cuando lo determine como necesario y justificable en casos determinados, ordenar medidas específicas para superar las causas de las violaciones especificadas e impedir que ellas vuelvan a repetirse, dotando así a la CADH de un mayor grado de efectividad. Ello deriva del reconocimiento de la competencia vinculante de la Corte IDH, cuyas sentencias constituyen cosa juzgada material y determina una obligación de resultado para los estados partes (arts. 67 y 68), como asimismo está facultada para ordenar las medidas de reparación integral que considere adecuadas (art. 63 CADH).

Como señala Ayala, “*Las sentencias de la Corte Interamericana como sentencias emanadas de un tribunal internacional o transnacional, son de obligatorio cumplimiento por los Estados parte y se deben ejecutar directamente por y en el Estado concernido, evidentemente sin que haga falta para ello ningún procedimiento de pase en el derecho interno o exequátur*” (39). A su vez, Hitters, precisa, las sentencias de la Corte IDH “*no se consideran extranjeras, y por ende, no necesitan ningún tipo de homologación ni exequátur*” (40).

Esta obligación jurídica convencional debe concretarse conforme al principio imperativo (*Ius Cogens*) de cumplir de buena fe la obligación jurídica pactada y de no oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de ella, conforme determinan los artículos 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y los documentos oficiales de Naciones Unidas sobre el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados (41). La profesora Ximena Fuentes ha sostenido que el artículo 27 señalado no obliga a los tribunales internos a preferir el derecho internacional (42), en el caso chileno el tema es secundario, ya que en el caso chileno, constituye una obligación jurídica constitucional expresamente asumida por el artículo 54

39 AYALA CORAO (2007), p. 130.

40 HITTERS. (2012a), p. 569.

41 ( ) Sobre el alcance del art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, ver *Official Records. First Session, 29TH Meeting; Documento A/Conf. 39/C 1/1, 181, Yearbook of the United Nations, 1968, p. 843 y ss.* La disposición tiene por objeto impedir que los Estados puedan invocar la respectiva Constitución, a fin de sustraerse al cumplimiento de los tratados por ellos libremente ratificados o asumidos. Ver capítulo “[ ] de este libro,

42 ( ) FUENTES, Ximena. (2007).

Nº 1, inciso 5º de la Constitución (43), luego de la reforma constitucional de 2005, ello tiene como consecuencia jurídica en el ámbito de los derechos humanos, el deber de cumplir las obligaciones asumidas respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 1 y 2, debiendo los órganos cumplirlos efectivamente (principio del *effet utile*). Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación y su derecho interno sustantivo y procesal a la normativa de protección de los derechos asegurados por el corpus iuris interamericano, como ha precisado la Corte IDH en su jurisprudencia (44) y como los estados se han obligado jurídicamente a cumplir conforme al artículo 2º de la CADH.

La adopción de “*medidas legislativas*” que la CADH establece como deber del Estado cuando no se encuentran debidamente asegurados y garantizados los derechos convencionales, implica el deber estatal de adoptar medidas normativas de derecho interno (constitucionales, legales, administrativas) que armonicen el derecho interno con el corpus iuris interamericano, asegurando y garantizando los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, en los estándares mínimos determinados por la CADH. Sobre dichos estándares el Estado tiene siempre la libertad de asegurar mayores atributos y garantías de los derechos que los establecidos convencionalmente. Asimismo, en la materia rige como reglas interpretativas básicas contenida en la misma Convención, en su artículo 29, los postulados o principios de “*progresividad*” y “*favor persona*” (45), este último derivado del art. 29, literal b) de la CADH, lo que posibilita aplicar los estándares de otros tratados

---

43 ( ). *La regla constitucional determina: “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional”.*

44 ( ) Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C Nº 73, párrafo 87.

45 ( ) El principio *pro homine* o *favor persona* la Corte IDH lo ha aplicado reiteradamente, a manera ejemplar se pueden citar en las Opiniones Consultivas 1/82, párrafo 24; OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo. 52; la Opinión Consultiva OC-7/86, de 29 agosto de 1986, especialmente Opinión separada Magistrado Rodolfo Piza Escalante; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03. (Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados), Serie A Nº 18. párrafo 156; como en los casos contenciosos, entre los cuales puede citarse el de *Caso Ricardo Canese*, párrafos. 180 y 181; el *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, párrafo 106; el caso “*Ivcher Bronstein con Perú*”, párrafos 42 y 54.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

en que el Estado forme parte que establecen estándares superiores de atributos y garantías de los derechos que los contenidos en la CADH.

Como lo señaló explícitamente la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile:

*“123.La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana” (46).*

Dicha obligación jurídica general de derecho internacional, en caso de incumplimiento, genera la respectiva responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos, sin perjuicio de que ello implica en el derecho interno chileno un acto inconstitucional conforme al artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución, el que precisa:

*“Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.*

Ni el Estado de Chile ni ninguno de los órganos estatales, autoridades o funcionarios tienen competencia para derogar, introducir modificaciones o suspender los mandatos jurídicos establecidos en los tratados internacionales unilateralmente, al margen de las reglas del tratado respectivo o en su caso, las reglas generales del derecho internacional. Los tratados sólo pueden ser denunciados si sus normas lo permiten de conformidad con el tratado o de conformidad con las normas generales del derecho internacional contenidas

---

46 ( ) Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párrafo 123.

en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Asimismo, debemos explicitar que en el derecho internacional de los derechos humanos rige el principio interpretativo pro homine o favor persona que será analizado en el próximo párrafo.

Finalmente, señalemos que ambas obligaciones generales de los Estados Partes, establecidas en el artículo 1° y 2° de la CADH determinan la adopción de medidas interrelacionadas, complementarias y que deben tener un carácter efectivo <sup>(47)</sup>.

Estas obligaciones jurídicas básicas de los Estados partes son las que determinan el *control de convencionalidad* que deben ejercer todos los órganos estatales y autoridades del Estado Parte, obligaciones que el Estado asume desde el momento en que ratifica la CADH junto a otras que derivan de la misma convención, entre ellas el artículo 25 y 29, como asimismo el artículo 26, 31 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados.

## **5 Control de convencionalidad interno**

Como determina la Corte IDH, el control de convencionalidad precisa que “la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos” como lo explicita en el *caso Andrade Salmon* <sup>(48)</sup>.

Dicho control busca que las autoridades nacionales sean las primeras en garantizar que el derecho nacional y las conductas de las autoridades nacionales no vulneren los derechos que, conforme a la CADH, se han comprometido a respetar y garantizar. Los órganos y autoridades estatales tienen el deber de cumplir de buena fe con la implementación del corpus iuris interamericano a nivel nacional.

El deber de los jueces internos de aplicar los tratados tiene su fundamento en la exigencia que se deduce de la obligación de ejecución de ellos que incumbe al Estado y sus órganos; a su vez, incorporado el tratado al derecho interno, al igual que la Constitución o las leyes, constituye parte del ordenamiento ju-

---

47 ( ) Ver Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C N° 29, párrafo 68 y 69.

48 ( ) Corte IDH. *Caso Andrade Salmon vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas sentencia de 1° de diciembre de 2016. Serie C N° 330, párrafo 95.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

rídico interno que el juez debe garantizar y aplicar, si no quiere hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional, lo que obviamente es más grave, cuando ello constituye violación de derechos humanos.

Como señala *Daillier*, el principio del deber de aplicación de los tratados por los jueces internos es universalmente reconocido y aplicado <sup>(49)</sup>. Ello constituye una obligación jurídica conforme al artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, el que se encuentra estrechamente vinculado al deber de no oponer el derecho interno como obstáculo al cumplimiento de la obligación internacional, como determina el artículo 27 de la misma Convención citada <sup>(50)</sup>.

En base a los fundamentos jurídicos señalados es que se desarrolló por parte de la Corte Interamericana el deber jurídico de los estados parte de la CADH de establecer un *control de convencionalidad interno* <sup>(51)</sup>, que no es otra cosa que recordar los deberes de los órganos y autoridades de los estados partes de respetar y garantizar los derechos asegurados convencionalmente y de adecuar el derecho interno estatal cuando este se encuentre por debajo de los estándares convencionales.

## 5.1 Origen del control de convencionalidad

La concepción del control de convencionalidad fue inicialmente planteada por el Magistrado de la Corte IDH, don Sergio García Ramírez, quién la desarrolló a través de votos particulares en algunas sentencias, ellas fueron en el caso “*Myrna Mack Chang v/s Guatemala*” del 25 de noviembre de 2003; luego en el caso “*Tibi v/s Ecuador*”, del 7 de julio de 2004; y posteriormente en el

---

49 ( ) DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias et PELLET, Alain. (2009), p. 311

50 ( ) DUPUY, Pierre-Marie et KERBRAT, Yann. (2016), p. 326.

51 Sobre la materia puede verse, ALBANESE, Susana (2008); REY CANTOR. (2008); HITTERS. (2009), pp. 109-128; SAGUÉS. (2009), pp. 117-135; LONDOÑO LÁZARO. (2010), pp. 761-814; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. (2011). MAZZOULI. (2011); PEREYRA ZABALA. (2011), pp. 155-176; FERRER MAC GREGOR, Eduardo (Coord.), (2012); NOGUEIRA ALCALÁ (2012b). pp. 1167-1220. MORA MÉNDEZ. (2012), pp. 217-237; NASH. (2012). pp. 359-385; SARAIVA RUSSOWSKY. (2012). pp. 61 – 96; AGUILAR CAVALLO. (2013); GARCÍA RAMÍREZ. (2013), pp. 557-589. BAZÁN. (2013a), pp. 590-616; BODNAR. (2013). pp. 223 y ss.; CASTILLA JUÁREZ. (2013). pp. 51-97; TORRES ZÚÑIGA. (2013); TORRES ZÚÑIGA. (2013). CARBONELL, (2013) y (2015). CASTAÑEDA OTSU. (2014); FERRER MAC-GREGOR.(2014); HENRÍQUEZ VIÑAS.(2014). pp. 113-14; JINESTA. (2015). pp. 47 – 67; BANDEIRA. (2015), pp. 231 y ss; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. (2015), pp. 13 – 45; RODRÍGUEZ. (2015), p. 59; TELLO MENDOZA. (2015); CANOSA USERA (2015); MENSA GONZÁLEZ. (2016), pp.183 – 212; NÚÑEZ DONALD (2016); OLANO GARCÍA (2016), pp. 61- 94; CILIA LÓPEZ (2016), pp. 89-92; MIDÓN. (2016); NOGUEIRA ALCALÁ. (2017a), pp. 11 – 49. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. (2017). pp. 25 – 34.

caso *Vargas Areco v/s Paraguay* del 26 de septiembre de 2006, este último en el mismo día, mes y año en que la Corte IDH asumió como tal dicha concepción en el caso *Almonacid Arellano v/s. Chile* <sup>(52)</sup>.

En el caso “*Myrna Mack Chang v/s Guatemala*”, en el párrafo 27 del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, este precisó:

*“No es posible seccionar internacionalmente al estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto – y sustraer a otros de ese régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”.*

*El mismo juez vuelve sobre la materia en la sentencia del caso “Tibi v/s Ecuador”, de 2004, en el párrafo tercero de su voto concurrente, donde sostiene que la tarea de la Corte IDH:*

*“(…) se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de estos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esta actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los estados partes en el ejercicio de su soberanía”.*

## **5.2 La adopción oficial por la Corte IDH del control de convencionalidad**

Esta perspectiva es asumida por la Corte Interamericana en la sentencia del caso *Almonacid Arellano v/s. Chile* de 26 de septiembre de 2006, en cuyo párrafo 124 de la sentencia, se determina:

---

52 GARCÍA RAMÍREZ. (2011), p. 576. GARCÍA RAMÍREZ. (2015), pp. 15 – 45.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

*“La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad, entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete último de la Convención Americana”.*

### **5.3 Conceptualización del control de convencionalidad**

En la supervisión del cumplimiento de la sentencia *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH ya había determinado que el control de convencionalidad es *“una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”* (53).

Se puede conceptualizarse el control de convencionalidad, en virtud de las obligaciones convencionales de los estados partes, como:

*“un control que emana de las obligaciones jurídicas internacionales de derechos humanos determinadas por el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 1 y 2, especialmente aquella determinada por el artículo 2º, de adoptar medidas “de otro carácter”, las que deben concretar todos los órganos, autoridades y funcionarios de los estados partes, de oficio, tanto en la emisión, como en la interpretación y aplicación del derecho interno, especialmente los órganos jurisdiccionales, lo que debe concretarse conforme al corpus iuris interamericano y la jurisprudencia de la Corte IDH en casos contenciosos o en opiniones consultivas, aplicando preferentemente las normas sobre dere-*

---

53 ( ) Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de marzo de 2013, párrafo 65.

*chos asegurados y garantizados convencionalmente sobre las normas internas incompatibles con ellos y/o creando normas jurídicas, conductas y prácticas internas conforme a dicho corpus iuris, dentro del marco de las competencias y conforme al procedimiento determinado por el ordenamiento jurídico nacional para cada órgano o autoridad, produciendo siempre un efecto útil y eficaz respecto del respeto y garantía de los derechos humanos asegurados por dicho corpus iuris, cumpliendo de buena fe el objeto y fin convencional”.* (54)

Esta conceptualización no hace otra cosa que recordar a los estados partes el deber jurídico asumido por ellos de cumplir las obligaciones generales determinadas por los artículos 1.1. y 2 de la CADH, *dándoles un efecto útil*, como asimismo dándoles un *cumplimiento de buena fe* y no oponiendo obstáculos de derecho interno al cumplimiento del respeto y garantía efectiva de cada uno de los derechos asegurado por el corpus iuris interamericano. Asimismo, puede señalarse que constituye también una expresión del artículo 25 de la CADH, que determina la obligación estatal de hacer efectivo el derecho a la garantía de los derechos fundamentales y el derecho a un recurso judicial efectivo, como explicita Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente en el caso *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname* (55). Asimismo la interpretación y aplicación debe concretarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la CADH.

#### **5.4 Elementos que integran el control de convencionalidad:**

- A. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, *todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mercados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.*
- B. Los órganos estatales están *obligados a velar porque el efecto útil* de la Convención.

---

54 ( ) En una perspectiva similar, ver FERRER MAC-GREGOR. (2014), p. 233. TELLO MENDOZA. (2015), pp. 201-202; NASH. (2017), p. 405.

55 ( ) Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de enero de 2014. Serie C N° 276, párrafo 71.*

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

- C. Los órganos jurisdiccionales *deben ejercer un control de convencionalidad ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana y corpus iuris interamericano.
- D. Los órganos jurisdiccionales *debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*
- E. Los Estados Partes de la Convención están obligados a *cumplir la ratio decidendi de las sentencias de la Corte IDH, ya sea en virtud del hecho de haber sido partes en el caso en que existe cosa juzgada internacional, en cuyo caso debe cumplir el fallo en forma integral y de buena fe. Respecto de los estados que no han sido partes del caso concreto, deben seguir la jurisprudencia de la Corte IDH (res interpretata), en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes.*
- F. Dicho control de convencionalidad realizado por los Estados Partes *debe tener en consideración lo que determina la Corte IDH en el ejercicio de su competencia contenciosa o consultiva.*
- G. En el control de convencionalidad *no se aplica sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino el corpus iuris vinculante para el Estado Parte, de conformidad con el artículo 29 literal d) de la CADH.*
- H. Las autoridades nacionales *deben definir el alcance de las obligaciones convencionales de conformidad con el principio favor persona determinado por las reglas de interpretación en el Art. 29 b) de la CADH.*
- I. La adecuación del derecho interno implica “la adopción de medidas de dos vertientes, a saber: 1) *La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y II) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.*

- J. La interpretación del derecho interno del Estado Parte debe ser coherente con los principios y reglas convencionales en *una perspectiva de interpretación conforme con la Convención*.
- K. El control de convencionalidad *debe ser ejercido por los órganos, autoridades y funcionarios del Estado Parte tanto en la emisión y aplicación de normas*.
- L. La Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad ni de convencionalidad, el que debe ser desarrollado por el Estado Parte.

## **6 Competencia de los tribunales ordinarios para ejercer control de convencionalidad interno en Chile.**

El juez nacional es el juez natural y primero de la CADH, es así un juez interamericano<sup>(56)</sup>, encargado de velar por el respeto y garantía del corpus iuris interamericano. Es él el que, en primer lugar, hace la aplicación y arriesga la interpretación del corpus iuris interamericano. Es en reacción, positiva o negativa, a sus resoluciones jurisdiccionales y tomas de posición de carácter preliminar que la Corte IDH construye el derecho interamericano. Se concreta así entre las jurisdicciones de los estados y la Corte IDH un diálogo y cooperación leal, donde la base de las discusiones ulteriores está constituida por las decisiones de los jueces nacionales. Esta es una línea jurisprudencial de la Corte IDH reiterada y uniforme a través del tiempo, ella se encuentra entre otros casos en los siguientes casos: *Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú*, párrafo 137, y *Caso Duque Vs. Colombia*, párrafo 128; *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*, párrafo 66; caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*, párrafos 93 y 94 entre otros.

Los jueces nacionales son “jueces interamericanos” en la medida que están vinculados por el bloque constitucional de derechos y por el corpus iuris interamericano, al ser los derechos asegurados por la CADH, derechos que tienen

---

56 ( ) Ver QUINCHE RAMÍREZ. (2014), p. 95; MIRANDA BONILLA. (2015), p. 49; TORRES ZÚÑIGA. (2013a), p. 353; DEL TORO HUERTA (2005), p. 335; MAZZOULI, (2011), p. 133 – 134; SARAIVA RUSSOWSKY. (2012), p. 89.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu

fuerza normativa constitucional y que los tribunales nacionales están vinculados por las obligaciones convencionales generales de los artículos 1 y 2 de la CADH, siendo para estos efectos Estado-juez, pudiendo sus actos generar responsabilidad internacional por violación de derechos humanos.

El Estado juez debe respetar y promover los derechos asegurados por la Constitución como por los tratados internacionales ratificados y vigentes, como obligación jurídica constitucional, como también debe prevenir violaciones de derechos humanos a través de las “medidas de otro carácter” que determina el artículo 2º de la CADH, como parte del deber constitucional de respetar y promover los derechos asegurados por tratados internacionales. No debe olvidarse que los órganos interamericanos (Comisión y Corte IDH) actuarán en forma complementaria y coadyuvante cuando todas las instancias judiciales pertinentes hayan fallado en su deber constitucional de respetar y promover los derechos humanos, determinando la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos.

El “*principio de complementariedad*” establecido en el preámbulo de la CADH, también llamado “*de subsidiariedad*”, significa que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional *después* de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios; ya que el Estado, como señala la Corte IDH “*es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos*”<sup>(57)</sup>.

Debe también tenerse presente el principio constitucional de inexcusabilidad de la administración de justicia por los tribunales que integran el Poder Judicial, en el ámbito de sus respectivas competencias, conforme determina el artículo 76 de la Constitución.

Además de los deberes jurídicos constitucionales imperativos para todos los órganos estatales, especialmente para los órganos jurisdiccionales, que deben administrar justicia respetando y garantizando los atributos y garantías

---

57 Corte IDH, Caso “Gelman”, nota 10, N° 70

de los derechos asegurados constitucionalmente y de aquellos asegurados y garantizados por los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes, los tribunales tienen también la atribución legal establecida de *ejercer sus facultades conservadoras en el ejercicio de su jurisdicción y en el ámbito de sus competencias*, determinadas por el Código Orgánico de Tribunales, en su artículo 3°.

Las facultades conservadoras son atribuciones inherentes de los tribunales de justicia, que las tienen por el simple hecho de ser tales y por las especiales funciones jurisdiccionales que ellos ejercen respetando los derechos fundamentales o humanos. Las facultades conservadoras son netamente jurisdiccionales, las que están contenidas en la función de administrar justicia que tienen los tribunales que se encuentran determinadas por la armonización del artículo 1° y 3° del Código Orgánico de Tribunales con los artículos 19 N° 3 inciso 5° y artículo 76 de la Constitución, las que deben concretarse dentro del debido proceso o de las garantías judiciales determinadas por el artículo 8 de la CADH y el artículo 14 del PIDCyP., como ha precisado el Tribunal Constitucional.

La idea de tutelar los derechos de las personas, queda comprendida dentro de los fines esenciales del proceso y de la jurisdicción, y no como algo complementario, lo que además se encuentra expresamente determinado en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, no solo para los derechos asegurados por la Constitución sino también para aquellos asegurados y garantizados por el derecho convencional internacional.

Los tribunales de justicia al resolver los casos que se les plantean, deben proteger los derechos de las personas que están involucrados en ellos debiendo respetar y promover en las resoluciones de los conflictos pertinentes que se respeten siempre los derechos fundamentales y/o humanos de todos los involucrados en el proceso. Así se deriva además del contexto, objeto y fin del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución y de la decisión estatal de ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y vincularse por ella.

Así todos los tribunales nacionales ordinarios y especiales deben desarrollar el control del ordenamiento jurídico nacional *de conformidad con los derechos asegurados y garantizados por la CADH y el corpus iuris interamericano*, la responsabilidad es mayor cuanto más alta jerarquía tenga el tribunal en el ordenamiento jurídico nacional, en cualquier otra perspectiva, ellos hacen incurrir al Estado chileno en un ilícito internacional que genera responsabilidad internacional por violación de derechos humanos; asimismo, en el ám-

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

*bito de sus competencias y normas procedimentales, los tribunales ordinarios y especiales podrán determinar la inconventionalidad de normas nacionales.*

Actualmente, el Tribunal Constitucional ha sostenido que corresponde a la jurisdicción ordinaria resolver las antinomias entre tratados internacionales y leyes, reconociendo mayor fuerza normativa a los tratados por sobre la ley, lo que en términos correctos es *aplicación preferente*, en caso de conflicto con normas internas, lo que ha sido asumido por los tribunales ordinarios.

### ***6.1 Jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema de Chile en la materia***

Por ser extremadamente pertinente a la materia tratada, señalaremos que la Corte Suprema en sentencia Rol N°1260-13 de 29 de julio de 2013, confirma la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua en el caso “Homicidio Almonacid”. Recurso de Apelación. Rol N° 103-2011 en cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH, Almonacid Arellano vs. Chile de 26 de septiembre de 2006.

Reproduciremos algunos fundamentos jurídicos de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, confirmados por la Corte Suprema:

“1. (...) *Toda la cuestión aquí, para estos efectos, se reduce a determinar cuál sea la fuerza obligatoria de la sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 26 de septiembre de 2006, en el caso denominado ‘Almonacid Arellano y otros contra Chile’, frente a la existencia de un sobreseimiento definitivo previamente dictado en la causa criminal que se instruyera precisamente por la muerte del Sr. Almonacid*”, o bien *la sentencia a que hacemos referencia no se cumple, por chocar con la cosa juzgada interna, o, de cumplirse, no puede atenderse a la alegación de la defensa, ni en cuanto a la amnistía, pues el fallo internacional prohíbe aplicarla a la especie, ni en cuanto a la prescripción, pues también de modo expreso la Corte Interamericana ha dicho que éste es un caso de delito de lesa humanidad, y que en tal calidad resulta imprescriptible, conforme a las reglas del derecho internacional de los derechos humanos, que deben primar sobre las del derecho interno*” (considerando 1°).

La Corte de Rancagua precisa que “*la cuestión sobre por qué podría dejar de cumplirse el fallo de la Corte Interamericana se refiere no a la prescripción o la amnistía, entonces, sino antes que ello a la cosa juzgada*” (Considerando 3°).

La Corte asume como obligatoria la competencia de la Corte IDH para interpretar autorizadamente los derechos y normas contenidos en CADH: *“el intérprete de esa Convención es, precisamente, la Corte Interamericana, y esto por haberlo aceptado así nuestro propio Estado al reconocerle esa competencia”* (considerando 5°). Además en dicho considerando determina:

*“[e]n suma, tenga o no la Convención Interamericana de Derechos Humanos un rango constitucional, lo cierto es que los derechos que garantiza no pueden conculcarse, ni mantenerse conculcados, en base a reglas del derecho interno, pues entonces no sólo se infringe la Convención misma, sino directamente el mandato del artículo 5° de nuestra propia Constitución”* ., (Considerando 5°).

La Corte de Apelaciones de Rancagua desarrolla cuatro argumentos para descartar la cosa juzgada de las sentencias chilenas. En primer lugar, precisa que el Estado chileno ha consentido en obligarse respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, además, ha habido un reconocimiento expreso de parte del propio Estado de la jurisdicción y competencia de la Corte IDH: *“ha sido el propio Estado quien se ha obligado a ello, al ratificar tanto la Convención Interamericana de Derechos Humanos como la competencia misma del tribunal.”*

En segundo lugar, afirma la supremacía del derecho internacional por sobre el derecho interno:

*“la supremacía del derecho internacional, aceptado por Chile y por ende también derecho nacional, por sobre las normas de orden estrictamente interno. Esa supremacía ha sido ya latamente asentada por la doctrina, y también por fallos de nuestra Corte Suprema, pero es además claro que, de no ser así, la firma y ratificación de tratados valdría de muy poco, pues cualquier país podría excusarse de las obligaciones que éstos le impongan, mediante el recurso de preferir normas de derecho interno, anteriores, coetáneas o posteriores, que los contradigan”*. ( Considerando 6°).

En tercer lugar, determinan que la conveniencia o no de someterse a la jurisdicción de la Corte IDH es una decisión política ajena a los jueces.

En cuarto lugar, el Estado de Chile no podía ignorar que la Corte IDH ya había desarrollado la doctrina de la *cosa juzgada aparente o fraudulenta* en su jurisprudencia:

*“[e]n suma, tenga o no la Convención Interamericana de Derechos Humanos un rango constitucional, lo cierto es que los derechos que garantiza no pueden conculcarse, ni mantenerse conculcados, en base a reglas del derecho interno,*

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu

*pues entonces no sólo se infringe la Convención misma, sino directamente el mandato del artículo 5° de nuestra propia Constitución”.*

En el considerando 7° de la sentencia se determina que

*“si el sobreseimiento definitivo que en la causa criminal mediaba podía removerse o no, es algo que no decide la justicia nacional, en este caso, sino que lo decidió ya la Corte Interamericana. Nuestro fallo no puede referirse a si el sobreseimiento subsiste o no, o si la cosa juzgada se puede o no aplicar aquí, sino que se refiere a si se cumple o no un fallo obligatorio, que ya desechó esa cosa juzgada y removió ese sobreseimiento”.*

La Corte de Apelaciones de Rancagua en su considerando 8° determina:

*“(…) la judicatura no puede cargar con la responsabilidad de desvincular de facto al país de un tratado vigente, negándose a cumplir un fallo que ni siquiera plantea un escenario nuevo o desconocido, en la trayectoria jurisprudencial de la Corte Interamericana. Que eso suponga constituir a la Corte Internacional en una suerte de tribunal de nulidad respecto de los fallos nacionales, es evidente. Pero que eso sea conveniente o no, es asunto que surge como debate desde mucho antes de la decisión internacional que ahora cumplimos; surge desde que la Corte Interamericana elabora la doctrina de la cosa juzgada aparente o fraudulenta. (...) El poder Judicial, ajeno a esas evaluaciones y decisiones, no puede, entretanto, más que cumplir aquello a lo que el Estado todo sigue obligado, por un tratado vigente”*

A través de la confirmación de dicho fallo la Corte Suprema asume la obligatoriedad del cumplimiento de los fallos de la Corte IDH, considerando cosa juzgada fraudulenta las decisiones jurisdiccionales internas que la Corte IDH determina como sentencias irritas y contrarias a derechos humanos, como la resolución de la sentencia de la propia Corte Suprema que otorgó competencia a la jurisdicción militar y las resoluciones de sobreseimiento del Juez militar y su confirmación por la Corte Marcial, al determinar el desarchivo con la jurisdicción militar del expediente y su remisión al juez natural competente y Ministro de la Corte de Apelaciones de Rancagua con el objeto de desarrollar la investigación, determinar los responsables de homicidio y dictar la sentencia respectiva. La sentencia de la Corte IDH es cosa juzgada material vinculante para el Estado de Chile, al cual no puede oponerse la cosa juzgada interna por sobre la cual se encuentra el deber de respetar y garantizar los derechos humanos.

La Excma. Corte Suprema asumirá plenamente *la concepción del control de convencionalidad interno en la sentencia Rol N° 9031-2013, de 9 de noviembre de 2013, en los considerandos 11° y 12°, en los cuales se hace clara alusión al control de convencionalidad y determina la función de los jueces en el cumplimiento de dicho control de convencionalidad interno haciendo efectivo el deber de respetar y garantizar los derechos humanos como estándar mínimo como Estado parte del sistema interamericano, determinando que el parámetro esta dado no sólo por las normas convencionales, sino también por los derechos asegurados por el derecho consuetudinario internacional y por las reglas imperativas o de ius cogens, dándoles aplicación directa, con una interpretación que atienda al objeto y fin de dichas disposiciones:*

*“11.(...) efectivamente todo juez está llamado a efectuar un control de respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales de los imputados que comparecen ante él, en todos los trámites previos de la actuación policial, como de la investigación, instrucción y juicio, además de prestarles reconocimiento y eficacia en sus determinaciones. Es el control de constitucionalidad y de convencionalidad.*

*“La función que le corresponde a los jueces nacionales en este control, en el ámbito interno de los países y en el juzgamiento de los conflictos particulares que conocen, deben velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos como estándar mínimo que deben concretar los estados por el hecho de ser partes del sistema internacional.*

*(...) Lo anterior constituye una obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción y en nuestro país es parte de la función conservadora de que están investidos todos los tribunales, especialmente, sus instancias superiores a sus disposiciones.*

*“12. “La función que le corresponde a los jueces nacionales en este control, en el ámbito interno de los países y en el juzgamiento de los conflictos particulares que conocen, deben velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos como estándar mínimo que deben concretar los estados por el hecho de ser partes del sistema internacional. Lo anterior constituye una obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción y en nuestro país es parte de la función conservadora de que están investidos todos los tribunales, especialmente, sus instancias superiores.(...)”*

*“(...) La consecuencia inmediata es la obligación de observar los derechos previstos en la Carta Política, en los tratados internacionales, en el derecho*

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu

*internacional consuetudinario y ius cogens, dándole aplicación directa a sus disposiciones, como profundizar su contenido mediante una interpretación que atiende a los motivos, objeto y fin de las disposiciones y principios que las inspiran, de manera sistemática conforme a las circunstancias de contexto y específicas del caso”*

La Corte Suprema en sentencia Rol N°1059-2015, 20 de enero de 2015, en materia de libertad personal y migración asume parámetros y estándares del derecho internacional de los derechos humanos vinculantes para el Estado de Chile:

*“En este sentido, el Derecho Internacional Humanitario ha fijado ciertos parámetros sobre los cuales los Estados parte deben ejercer la potestad de denegar el ingreso al país de un extranjero. Así, aunque en principio el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él, correspondiendo a cada Estado Parte decidir a quién ha de admitir en su territorio, la Observación General N° 27 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada en el 67° período de sesiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1999, indica en sus párrafos 13 y 14 que las reglas que limitan el derecho de ingreso de un extranjero a un país ‘no debe(n) comprometer la esencia del derecho (...) no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. (...) Que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse”<sup>58</sup>.*

La Corte Suprema en sentencia Rol N°11872-2014 de mayo de 2015, ha señalado respecto del concepto de plazo razonable en que debe evacuarse el fallo, considerando los estándares interamericanos emanados de las sentencias de la Corte IDH:

*“No obstante, no es posible soslayar la circunstancia cierta de que tal precepto encierra un concepto jurídico indeterminado, careciendo de baremos específicos dentro de los cuales se encuadre su aplicación, esto es, no contiene la deter-*

58 ( ) Corte Suprema. Rol N° 1059-2015, 20 de enero de 2015, considerandos 4 y 5.

*minación de lo que debe entenderse como un plazo razonable. En ese sentido, y ante la detección de esta carencia, la aplicación del principio queda entregada a la determinación del intérprete, quien ha de tener presente las circunstancias del caso puesto que debe ponderar los hechos objetivos de la sustanciación del proceso, a fin de adquirir convicción en torno a la existencia de elementos que permitan entender que ha tenido lugar una dilación inexcusable, actividad para la cual deben considerarse aspectos tales como la complejidad del asunto, diligencia de las autoridades judiciales, y actividad procesal del interesado, tal como ha señalado el propio Sistema Americano de Protección a los Derechos Humanos (Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Sentencia de 29 de enero de 1997; C.V.A.V.P., Sentencia de 26 de septiembre de 2006 y C.E.Z. Vs. Colombia, Sentencia de 4 de julio de 2007)".* (59)

La Corte Suprema vuelve sobre la misma materia, precisando en su sentencia Rol N° 27.543-16, de 3 de octubre de 2016, lo siguiente:

*“No debe olvidarse que, como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe, es decir, con la voluntad de hacerlos efectivos (este principio de derecho internacional emana de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 26) y que, además -o como consecuencia de lo anterior-, el incumplimiento del fallo trae consigo la responsabilidad internacional del Estado de Chile, conforme a los artículos 65 y 68 N° 1 de la Convención, por lo que todos sus órganos -incluyendo esta Corte, huelga señalar- en el ámbito de sus competencias deben tener en consideración dichas obligaciones, para no comprometer la responsabilidad del Estado (...).”*

Como puede observarse en esta sentencia, la Corte Suprema tiene en especial consideración la obligación jurídica de respetar el principio imperativo de derecho internacional codificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre los Tratados de 1969, de cumplir de buena fe lo pactado, lo que en la materia analizada obliga a cumplir las obligaciones generales de los artículos 1 y 2 de la CADH y asegurar y garantizar los atributos que forman parte de los derechos y sus garantías contenidos en el corpus iuris interamericano y las sentencias emanadas del órgano jurisdiccional vinculante, la Corte IDH, las que tienen efecto de cosa juzgada material. Recordemos en esta perspectiva, que esta obligación jurídica internacional, desde la reforma constitucional de

---

59 ( ) Corte Suprema. Rol N°1187-2014, 28 de mayo de 2015.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu

2005, constituye también una obligación constitucional conforme al artículo 54 N° 1, inciso 5°, de la Carta Fundamental.

En la misma sentencia en comento, la Corte Suprema agrega:

*“(...) Empero, conviene resaltar que, aun de no haberse dictado el pronunciamiento referido por la CIDH en el caso “Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros versus Chile”, igualmente esta Corte Suprema debe procurar adoptar una interpretación de las normas procesales nacionales que conduzca al resultado indicado en ese pronunciamiento, dado que lo resuelto por la CIDH no busca sino hacer realidad el derecho a un recurso efectivo y rápido que consagra la Convención Americana de Derechos Humanos que fue suscrita y ratificada por Chile y, por tanto, derecho vigente de nuestro ordenamiento de rango constitucional conforme al artículo 5, inciso 2°, de la Carta Fundamental.”*

La Corte Suprema a través de este considerando, explicita la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de realizar una interpretación del derecho interno chileno conforme con el corpus iuris interamericano el cual tiene fuerza normativa constitucional.

La Corte Suprema en sentencia Rol N° 27.543-16, 3 de octubre de 2016, asume la obligación jurídica determinada por el control de convencionalidad interno de cumplir de buena fe las obligaciones convencionales, con la voluntad de hacerlas efectivas, impidiendo incurrir en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos, concretando el derecho a un recurso efectivo precisado en la CADH, derecho con fuerza normativa constitucional conforme al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, asume como regla interpretativa de los derechos el principio favor persona, el deber de concretar *ex officio* el control de convencionalidad y aplica la cosa interpretada de la sentencia de la Corte IDH, a las demás personas afectadas por la nulidad de los consejos de guerra, que no habían recurrido al amparo interamericano y que se encontraban en la misma situación de los beneficiados por la sentencia de la Corte IDH. Citamos a continuación, los considerandos pertinentes de dicha sentencia:

*“No debe olvidarse que, como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe, es decir, con la voluntad de hacerlos efectivos (este principio de derecho internacional emana de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 26) y que, además -o como consecuencia de lo anterior-, el incumplimiento del fallo trae consigo la responsabilidad internacional del Estado de Chile, conforme a los artículos 65 y*

68 N° 1 de la Convención, por lo que todos sus órganos –incluyendo esta Corte, huelga señalar- en el ámbito de sus competencias deben tener en consideración dichas obligaciones, para no comprometer la responsabilidad del Estado (...)

“(...) Empero, conviene resaltar que, aun de no haberse dictado el pronunciamiento referido por la CIDH en el caso “Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros versus Chile”, igualmente esta Corte Suprema debe procurar adoptar una interpretación de las normas procesales nacionales que conduzca al resultado indicado en ese pronunciamiento, dado que lo resuelto por la CIDH no busca sino hacer realidad el derecho a un recurso efectivo y rápido que consagra la Convención Americana de Derechos Humanos que fue suscrita y ratificada por Chile y, por tanto, derecho vigente de nuestro ordenamiento de rango constitucional conforme al artículo 5, inciso 2°, de la Carta Fundamental”.

“(...) En ese orden, los tribunales tienen la obligación de intentar una interpretación de las normas nacionales que afecten derechos humanos que sea armónica con las obligaciones internacionales del Estado en este campo, aun cuando dichas normas internas en sí mismas no se ajusten a la Convención”

“(...) , a lo que cabe agregar que, atendidas las particularidades de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho Constitucional como el nuestro, dichos derechos deben interpretarse de acuerdo a ciertos criterios y, uno de éstos, es el principio pro persona, de acuerdo al cual debe preferirse aquella norma o interpretación que de mayor efectividad a la protección de los derechos humanos.

“Ratificando y respaldando todo lo antes razonado, la CIDH ha declarado que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. (...)”

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Caso Radilla Pacheco vs. México, párr. 339; Caso Boyce y otros vs. Barbados, párr. 78; Caso Almonacid Arellano, párr. 124).

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

*“Trigésimo quinto: Que en razón de todo lo anterior, es que se anularán las sentencias dictadas por el Consejo de Guerra en los autos Rol N° 1-73 respecto de todos los condenados en ellas, y no sólo en favor de aquellos que acudieron ante la CIDH, pues la acción del Fiscal Judicial para anular dichos fallos no se limita a éstos, como se lee en su petitorio y, además, de esa forma se cumple lo ordenado por el mencionado Tribunal internacional, el que no sólo mandata poner a disposición de las víctimas que comparecieron ante él un mecanismo que sea efectivo y rápido para revisar y anular las sentencias de condena que fueron dictadas en la referida causa en su perjuicio, sino que agrega (...) .*

*(...) que “Ese mecanismo debe ser puesto a disposición de las demás personas que fueron condenadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura militar chilena”, por lo que, dado que la acción de revisión deducida por el señor Fiscal Judicial de esta Corte, como esta misma autoridad reconoce en su libelo, se realiza a petición del Consejo de Defensa del Estado para de esa manera dar cumplimiento a los resuelto por el órgano de jurisdicción internacional, cabe dar a esa petición un sentido acorde a lo dispuesto por la CIDH. (60)*

Sentencia de la Corte Suprema de 1° de diciembre de 2016, Rol N° 92.795-16, que acoge el amparo por vulneración de derechos, discriminación de trato y a vivir una vida libre de violencia, de *Lorenza Cayuhán Llebul*, durante el parto de su hija Sayén Ignacia Nahuelán Cayuhán, de lo que dan cuenta, los considerandos 1°, 2°, 6°, 7°, 8° a 17° y parte resolutive, en que la Corte Suprema realiza una interpretación de las normas internas de conformidad con las convenciones de derechos humanos que utiliza como parámetro de control, a lo que agrega Declaraciones de derechos, Reglas acordadas por NU y Recomendaciones del Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, reproducimos a continuación los considerandos pertinentes:

“2°) Que, conforme fluye de la declaración contenida en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, la base principal de nuestra institucionalidad está dada por el reconocimiento de que las personas *nacen libres e iguales en dignidad y derechos*. La libertad es un derecho ampliamente protegido en nuestro ordenamiento jurídico. De las diversas manifestaciones de ese principio fundamental, tanto el artículo 19 N° 7 de la Constitución como los artículos 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y

---

60 Corte Suprema, sentencia Rol N° 27.543-16, de 3 de octubre de 2016.

Políticos de las Naciones Unidas, amparan específicamente el derecho a la libertad personal y seguridad individual;

(...)

6) *Que lo antes reseñado evidencia entonces que la amparada Cayuhán Llebúl fue mantenida con grilletes -que ataban uno de sus pies a la camilla o cama, de la ambulancia u hospital, según el caso- al menos desde las 18:00 hrs. hasta las 19:00 hrs. del día 13 de octubre, durante su traslado del Hospital de Arauco hasta el Hospital Regional de Concepción, y desde las 22:00 hrs. del día 13 de octubre hasta al menos las 15:00 hrs. del día siguiente, desde que se reponen esas medidas por Gendarmería luego de su observación en el Hospital Regional de Concepción, hasta que es tratada en el Hospital de la Mujer.*

*Todo lo anterior ocurre, no obstante que en el Hospital de Arauco ya se había diagnosticado que la amparada sufría “preclampsia” y, por ende, con riesgo para su vida como de la criatura que estaba por nacer, lo que permitía descartar que en esas condiciones pudiese intentar fugarse o evadir el cumplimiento de su condena, sea o no con ayuda de terceros. Por lo mismo, igualmente resultaba innecesaria la presencia de una funcionaria de Gendarmería al interior de las salas y pabellones en que la salud de la amparada fue evaluada y monitoreada, y finalmente intervenida, presencia que, junto con interrumpir o distraer del mejor desempeño a los facultativos y especialistas, ocasionan en la amparada una situación de presión y hostigamiento contrario a la protección que en esos momentos más demandaba de la institución de Gendarmería a cuyo cuidado se encontraba, circunstancia en que lo primordial residía en resguardar la salud y vida de la gestante como de la criatura que estaba por nacer, bastando para cumplir con su deber de evitar una eventual -y muy improbable- fuga de la amparada con mantener vigilancia en el exterior de la sala respectiva así como otras medidas de seguridad indispensables que, por otro lado, no afectaran de manera desproporcionada el normal desarrollo de las actividades en los respectivos centro de salud.*

7º) *Que tal obrar por parte de los agentes estatales, como se demostrará, contraviene la normativa nacional e internacional a la que Chile se ha obligado en el tratamiento de personas privadas de libertad y, en particular de mujeres en estado de gravidez.*

“8º) *Que la normativa interna antes enunciada es concordante con el Derecho Internacional. Así, el artículo 10 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “toda persona privada de libertad será tratada*

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

*humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, disposición que también contiene el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, normas que, al estar contenidas en un Tratado Internacional suscrito por el Estado de Chile y que se encuentra plenamente vigente, tienen primacía incluso por sobre las normas del derecho interno, según lo preceptuado en el artículo 5º de la Carta Fundamental, que señala en su inciso segundo que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos garantizados en la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Cabe recordar, en este punto, que el artículo 25 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios dispone que “El régimen de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y penados se sujetará a lo establecido en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, la ley procesal pertinente, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y otras leyes y reglamentos relacionados con materias penitenciarias, y las normas del presente reglamento”.*

*9º) Que lo antes expuesto configura el marco normativo que rige al Estado chileno en cuanto a la situación jurídica de los privados y privadas de libertad en orden a ser un mandato legal, supralegal y constitucional el respeto a la dignidad humana como principio básico rector de la relación entre Gendarmería de Chile y los y las internas, sujetos a su protección, cuidado y custodia, lo que deviene en un límite a cualquier acción de Gendarmería de Chile.*

*10º) Que, todavía más, el derecho internacional se ha preocupado por establecer reglas mínimas para el tratamiento de mujeres privadas de libertad y, en particular, para quienes de ellas se encuentren embarazadas, en período de lactancia o al cuidado de hijos menores.*

*En relación con las medidas de seguridad usadas contra la amparada en las circunstancias ya asentadas arriba, esto es, durante los traslados entre los recintos hospitalarios como durante su permanencia en los mismos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas de Mandela), en particular los artículos 47, 48 y 49, señalan:*

*“Regla 47*

*1. Se prohibirá el empleo de cadenas, grilletes y otros instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor.*

2. Otros instrumentos de coerción física sólo podrán ser utilizados cuando la ley los autorice y en los siguientes casos:

a) como medida de precaución contra la evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en el momento en que el recluso comparezca ante una autoridad judicial o administrativa;

b) por orden del director del establecimiento penitenciario, si han fracasado los demás métodos de control, a fin de impedir que el recluso se lesione a sí mismo o lesione a terceros, o que produzca daños materiales, en cuyos casos el director deberá alertar inmediatamente al médico u otros profesionales de la salud competentes e informar a la autoridad administrativa superior.

*Regla 48*

Cuando la utilización de instrumentos de coerción física esté autorizada de conformidad con el párrafo 2 de la regla 47 habrán de aplicarse los siguientes principios:

a) emplear instrumentos de coerción física únicamente cuando ninguna otra forma menor de control resulte eficaz frente a los riesgos que entrañaría la libre movilidad;

b) optar por el menos invasivo de los métodos de coerción física que sean necesarios para controlar la movilidad del recluso y que puedan aplicarse razonablemente, en función del nivel y la naturaleza de los riesgos en cuestión;

c) aplicar instrumentos de coerción física únicamente durante el tiempo necesario, y retirarlos lo antes posible una vez que desaparezcan los riesgos planteados por la libre movilidad.

2. No se utilizarán instrumentos de coerción física en el caso de las mujeres que estén por dar a luz, ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior.

*Regla 49*

La administración penitenciaria tratará de utilizar técnicas de control para evitar la necesidad de imponer instrumentos de coerción física o reducir el carácter invasivo de esos instrumentos, y ofrecerá capacitación en esas técnicas.”

IIº) Que resulta patente que conforme a la normativa internacional antes reproducida, en particular la sección 2) de la Regla 48, que se repite en la Regla 24 de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), no resultaba admisible en el caso de marras el uso de grilletes en contra de la amparada, atendido que su traslado de urgencia desde la unidad

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu

penal a los distintos recintos de salud a que fue conducida, obedeció a su estado de gravidez y a la inminencia de un parto complejo desde el punto de vista médico, constituyendo el uso de grilletes una forma de represión y sujeción y, por ende, de coerción, que resultaba improcedente por la específica norma citada. Aún más, por aplicación de las otras Reglas mencionadas, desde que el empleo de grilletes en las circunstancias ya referidas adquirieron un carácter “degradante”, contraviniendo la Regla 47 N° 1, desde que ante la absoluta innecesariedad de esa medida, su único objeto fue el de resaltar la situación procesal de condenada de la amparada frente al personal médico que la atendía, lo que en el contexto ya conocido, resultaba del todo inútil. También se quebranta la Regla 47 N° 2, por cuanto las circunstancias ya comentadas hacían innecesario el uso de grilletes como medida de precaución de la evasión de la amparada durante los traslados de que fue objeto. Asimismo se conculca la Regla 48 en sus letras a), b) y c) dado que el mero acompañamiento de una funcionaria de Gendarmería durante sus traslados en la ambulancia -siempre que ello no dificulte las labores de los profesionales de la salud, o la mera custodia en otro vehículo en su caso-, y la sola vigilancia al exterior de las salas en que fue atendida e intervenida la amparada resultaba ya suficiente para controlar un eventual -y, cabe insistir, casi inexistente- riesgo de evasión, o la intervención de terceros con ese objeto -si eso era lo que en verdad buscaba precaverse-. Por consiguiente, Gendarmería no empleó la forma de menor control y menos invasiva que resultaba suficiente para manejar la supuesta movilidad de la amparada en la situación particular que padecía.

12°) Que ahora bien, el Oficio N°202/2015 del 20 de mayo de 2015 de Gendarmería de Chile, que reitera Instrucciones de buen servicio sobre Servicios Hospitalarios y Salidas al Exterior, acompañado a estos autos, al cual se habrían ceñido los funcionarios que actuaron como custodios de la amparada, tampoco se adecúa a la normativa internacional precitada.

En efecto, señala dicho instructivo: “Se tendrá por regla general una estricta aplicación de medidas de seguridad, a todas las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y que se encuentren hospitalizadas en recintos externos a los institucionales./ De manera excepcional, el encargado de custodia considerará la posibilidad de no aplicar alguna de estas medidas de seguridad o retirarlas en su caso, cuando su uso se considere un riesgo a la integridad física y psíquica del interno hospitalizado lo cual procederá sólo cuando el médico tratante o de turno

*del recinto hospitalario lo solicite por escrito a los funcionarios de custodia, facultativo que deberá argumentar la solicitud en el informe emitido, en caso contrario, cuando no se indique y argumente los motivos de salud, el funcionario de custodia no deberá acceder a lo solicitado, comunicando de manera inmediata al oficial de guardia de la unidad, con el objeto que éste a su vez, lo informe a la jefatura de la unidad para mejor resolver./ En los casos de urgencia de salud de un interno, podrá el funcionario de custodia obviar la solicitud escrita de retiro de las medidas de seguridad, pudiendo hacerlo de inmediato, siempre y cuando el propio funcionario de custodia evalúe y determine que las condiciones del entorno sean apropiadas para dicho fin./ En caso de cirugías, partos u otros que obliguen el ingreso de interno a pabellón quirúrgico bastará con el requerimiento verbal del médico”.*

*Dicho instructivo, amén de imponer formalidades que no parecen razonables en circunstancias médicas de urgencia, como una solicitud escrita fundada del facultativo, en el caso de la mujer embarazada privada de libertad, deja a la discreción de los funcionarios de Gendarmería actuantes el uso de medidas de coerción en los momentos anteriores y posteriores a la intervención médica directa, como ocurrió en este caso -durante los traslados y con posterioridad a la evaluación e intervención-, en circunstancias que las reglas 48 de las Reglas de Mandela y 24 de las Reglas de Bangkok, prohíben su uso, sin necesidad de requerimiento del médico tratante en los momentos anteriores, durante y posteriores al parto.*

**13°)** *Que, por otra parte, las actuaciones de Gendarmería antes descritas constituyen un atentado contra el derecho de la amparada a vivir una vida libre de violencia, el que se encuentra garantizado por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –conocida como Convención de Belem Do Pará- suscrita por nuestro país. Dicha Convención trata la violencia contra las mujeres como una violación de sus derechos humanos, como una ofensa a su dignidad y como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres; y comprende la violencia que tenga lugar, no solo dentro de la unidad doméstica, sino aquella ejercida fuera del ámbito de la familia, en los lugares educativos, establecimientos de salud o cualquier otro lugar y también, y de especial interés en lo que interesa al presente recurso, a aquella derivada del uso del poder del Estado en forma arbitraria. En efecto, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 2° de la Convención, “Se entenderá que violencia contra la mujer in-*

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

*cluye violencia física, sexual y psicológica, que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual, que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar del trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y; que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra". En este caso, el Estado ha transgredido su obligación de proteger a la amparada de la violencia ejercida por funcionarios de Gendarmería, al permitir que aquella, que se encontraba en una especial condición de vulnerabilidad, dado su estado de embarazo y su privación de libertad, fuera sometida a tratos vejatorios e indignos, que debieron evitarse.*

*14º) Que, asimismo, no puede dejar de observarse que la vulneración de derechos en que Gendarmería de Chile ha incurrido en contra de la amparada, como ha sido demostrado, constituye también un acto de discriminación en su condición de mujer, pues el trato recibido por ésta de parte de los agentes estatales desconoció dicho estado de vulnerabilidad y, por ende, de necesidad de protección, en circunstancias que, desde una perspectiva de igualdad de género, se debió haber tomado en consideración la situación particular que experimentaba al acercarse el proceso del parto -más aún en las difíciles circunstancias de salud y de privación de libertad en que éste se desarrolló-, como, por otro lado, la especial significación vital para ella del mismo, sobre todo dentro de la comunidad mapuche a la que pertenece, y el impacto negativo que una aplicación no diferenciada de las normas y reglamentos penitenciarios podía ocasionar en aquella mujer.*

*Los funcionarios de Gendarmería, como revelan los hechos ya comentados, asimilaron este complejo y único proceso que vive la mujer, al de cualquier intervención quirúrgica al que podría ser sometido un interno privado de libertad, descuidando las especiales características del mismo, así como el atento cuidado que la mujer requiere en esas condiciones, haciendo primar por sobre cualquier otra consideración y, por ende, careciendo de toda proporción, el deber de evitar una eventual evasión o fuga por parte de la amparada, la que, conviene reiterar, en el contexto antedicho resultaba inviable.*

*De ese modo, lo referido contraviene los compromisos pactados en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer –conocida como CEDAW- suscrita por nuestro país, primer instrumento internacional que recoge el principio mundial para erradicar la discriminación contra la mujer y que confiere derechos a las mujeres frente al Estado, implicando obligaciones de éstos frente a las ciudadanas. Es importante hacer notar que la CEDAW establece que la discriminación puede presentarse por cualquier distinción o restricción y prohíbe no sólo los actos que tienen la intención de discriminar, sino también aquellos que, aunque no la tuvieren, el resultado de los mismos genera una discriminación. En tal sentido, es útil reseñar lo que ha establecido la Recomendación General N° 25 del Comité de la CEDAW: “un enfoque jurídico o pragmático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También debe tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre las mujeres y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias...”*

*En concordancia con lo anterior, el principio segundo de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección De las Personas Privadas de Libertad en las Américas establece “que no serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes” y en el mismo sentido el principio 5.2 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión establece que “Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias”. Y en cuanto a la situación de particular cuidado y que demanda especial atención del Estado respecto de los organismos que custodian a las mujeres privadas de libertad, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer en su artículo 12.2 prescribe que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apro-*

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

piados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 28 sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres, en su artículo 3 (15) refiere que “las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento, y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos. Los estados partes deben indicar qué servicios tienen para garantizar lo que antecede y qué formas de atención ofrecen a esas madres y a su hijos”.

15°) Que, es posible constatar indicios que permiten tener por acreditado que el maltrato recibido por la amparada también encuentra explicación en su pertenencia a una comunidad mapuche, lo que refuerza el origen discriminatorio de las actuaciones de Gendarmería. De otra forma no se explica el desmesurado y, por ende, desproporcionado operativo de seguridad que a su salida de la unidad penal para su atención médica en un recinto asistencial llevó a cabo Gendarmería. En efecto, la amparada está condenada por delitos comunes de receptación y robo con intimidación, además su clasificación es de bajo compromiso delictual según Ficha Única de condenada de fecha 17 de octubre acompañada por Gendarmería, a lo que cabe agregar que su estado de salud restaba toda posibilidad de que durante su traslado pudiera atentar contra terceros o intentar su huída. Tales circunstancias no resultan coherentes con el inusual despliegue de medidas de custodia y coerción en los traslados y durante su permanencia en los recintos hospitalarios, donde, como el Director Regional de Gendarmería reconoce en su informe, la salida de la unidad penal en la comuna de Arauco se realizó con escolta de otro carro institucional en el que se trasladaban cuatro funcionarios, además de su conductor. Sumado a ello una escolta de dos motoristas de carabineros, más la custodia directa ejercida por dos funcionarios en el mismo taxi en que iba la amparada. Estas importantes medidas de seguridad se reiteraron luego en su traslado a Concepción y durante su permanencia en los distintos recintos por los que debió transitar para obtener la adecuada asistencia médica.

Es así como tal despliegue de medidas únicamente se explica por el hecho de tratarse de una condenada de origen mapuche, lo que se confirma con la observación que se consigna en la orden de salida hacia el hospital de Arauco, también acompañada a este expediente por Gendarmería, donde se indica: in-

*terna que debe ser trasladada al servicio de urgencias del Hospital de Arauco, se adjunta salida al hospital, “ojo interna comunera mapuche, adoptar las medidas de seguridad correspondiente”. Su carácter de “comunera mapuche” se vuelve a destacar en los Parte N° 238 y 239 de 13 de octubre, Parte N° 239 de 14 de octubre, e Informes de Novedades de 13 de octubre -documentos todos también incorporados a este legajo-, en los que se consignan los egresos y hospitalizaciones de la amparada, destacando siempre el ser ésta “comunera mapuche”. Así se habla, respectivamente, de Salida de Urgencia del Hospital de Arauco “de comunera mapuche” que indica; Hospitalización de “comunera mapuche condenada” que indica; interna “comunera mapuche” da a luz en clínica de Concepción; Sale “comunera mapuche” al Servicio de Urgencia; y, Hospitalización de condenada “perteneciente a comunidad mapuche”.*

*En este caso se adoptaron medidas de seguridad para el traslado de una interna en razón de su pertenencia a una comunidad mapuche, y que si no concurría esta cualidad adscrita en la amparada, no se habrían implementado. Estos antecedentes constituyen prueba irrefragable de discriminación, pues no obedecen a la gravedad de los delitos por los que cumple condena, ni a su alto grado de compromiso delictual, ni a indicios o noticias que permitan siquiera sospechar un intento de fuga, sino en forma exclusiva a su etnia de origen.*

*16°) Que, así las cosas, se estima que en el caso sub judice hay una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, donde se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues ésta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hijo, todo ello, en contravención a la normativa nacional e internacional vigente en la materia. Estas reglas, han advertido que la convergencia de múltiples formas de discriminación aumenta el riesgo de que algunas mujeres sean víctimas de discriminación compuesta, por lo cual la entidad recurrida, Gendarmería de Chile, afectó la seguridad personal de la amparada durante la privación de libertad que sufría con motivo del cumplimiento de las penas impuestas y su dignidad como persona, en contravención a la Constitución Política y las leyes, debiendo en consecuencia ser acogida la acción de amparo interpuesta en su favor, adoptándose las medidas necesarias para restablecer el imperio del Derecho.*

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

17º) Que, resta expresar que no es obstáculo para hacer lugar a la acción constitucional la circunstancia de que, a la sazón, pudieran haber dejado de existir las medidas descritas precedentemente y que afectaron la seguridad personal de la amparada, porque una acción de este tipo busca restablecer el imperio del derecho, lo que comprende la precisión del sentido de los derechos fundamentales, su respeto, el de las garantías que los protegen y la eventual corrección funcionaria, como con tanta precisión lo señalaba el artículo 313 bis del Código de Procedimiento Penal;

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca** la sentencia apelada de nueve de noviembre de dos mil dieciséis, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción en el Ingreso Corte N° 330-2016 sólo en cuanto rechazó la acción de amparo deducida en favor de Lorenza Cayuhán Llebul y, en su lugar, se declara que **se acoge el recurso** de amparo interpuesto, a fin de dejar establecida la ilegalidad que fundamenta su acogida. Para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de la recurrente, se decretan las siguientes medidas:

1. La custodia de la amparada y las medidas de seguridad que se adopten por Gendarmería durante los traslados de aquella a algún recinto asistencial de salud se efectuarán dando estricto cumplimiento a lo previsto en las Reglas 47, 48 y 49 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.
2. Durante dichos traslados, así como durante su permanencia en dichos recintos, su custodia directa será ejercida exclusivamente por personal femenino de Gendarmería de Chile.
3. Gendarmería de Chile deberá revisar y adecuar sus protocolos de actuación en materia de traslado a hospitales externos, conforme a la normativa Internacional suscrita por Chile relativa a mujeres privadas de libertad, embarazadas o con hijos lactantes, así como a aquella relativa a la erradicación de todas las formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres.
4. Gendarmería de Chile deberá remitir copia de los resultados del sumario administrativo que lleva adelante con motivo de estos hechos a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, dentro de un plazo no superior a 30 días, además de informar a dicho

*tribunal sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de los tres puntos precedentes.*

*Comuníquese de inmediato por la vía más expedita, regístrese y devuélvase. Sin perjuicio, ofíciase.”*

La sentencia de la Corte Suprema considerada no cabe duda alguna que efectúa *control de convencionalidad*, utilizando como *parámetro para concretar dicho control*, los artículos 9 y 10 N°1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 5.2 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará), *la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer –conocida como CEDAW- en su artículo 12.2*, las que son consideradas como fundamento de la decisión jurisdiccional en distintos considerandos de la sentencia reproducida, normas que como sostiene el fallo en su considerando 8°, *“tienen primacía incluso por sobre las normas del derecho interno, según lo preceptuado en el artículo 5° de la Carta Fundamental”*, especificando que el artículo 25 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios dispone que *“El régimen de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y penados se sujetará a lo establecido en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, la ley procesal pertinente, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y otras leyes y reglamentos relacionados con materias penitenciarias, y las normas del presente reglamento”*.

La Corte Suprema en su considerando 9° determina que tales disposiciones constituyen el

*“marco normativo que rige al Estado chileno en cuanto a la situación jurídica de los privados y privadas de libertad en orden a ser un mandato legal, supralegal y constitucional el respeto a la dignidad humana como principio básico rector de la relación entre Gendarmería de Chile y los y las internas, sujetos a su protección, cuidado y custodia, lo que deviene en un límite a cualquier acción de Gendarmería de Chile”*.

Asimismo, la Corte Suprema integra a dicho parámetro de control, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas de Mandela), en particular los artículos 47, 48 y 49, que son parte de los estándares internacionales sobre el tratamiento de reclusos, en su conside-

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

rando 10°; y las Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), en el considerando 11°; *de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección De las Personas Privadas de Libertad en las Américas; la Recomendación General N° 25 del Comité de la CEDAW; y la Observación General N° 28 sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres, en su artículo 3 (15).*

Tales atributos de derechos asegurados y garantizados por los tratados de derechos humanos considerados y la normativa de soft law aludida, posibilitan el fundamento para la parte resolutive del fallo de la Corte Suprema, que ordena expresamente a Gendarmería en el traslado de reclusos dar:

*“estricto cumplimiento a lo previsto en las Reglas 47, 48 y 49 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos” y el deber de Gendarmería de Chile de “revisar y adecuar sus protocolos de actuación en materia de traslado a hospitales externos, conforme a la normativa Internacional suscrita por Chile relativa a mujeres privadas de libertad, embarazadas o con hijos lactantes, así como a aquella relativa a la erradicación de todas las formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres”,*

*“como asimismo dar cuenta a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción de las medidas adoptadas en cumplimiento de lo ordenado por la sentencia.”* (61)

La Corte Suprema también ha resuelto la falta de legitimidad de la ausencia de reglas que impiden el derecho de sufragio de personas privadas de libertad, tomando como parámetro el corpus iuris interamericano, precisando lo siguiente:

*“Que con el mérito de lo expuesto [artículo 25 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 23 de la CADH], se puede concluir que el actuar de las recurridas es ilegal, toda vez que conforme se ha expuesto precedentemente estas se encuentran obligadas tanto por la normativa interna como por los tratados internacionales suscritos por Chile a velar por el oportuno y adecuado ejercicio del derecho a sufragio de los recurrentes, quienes mantienen incólume su derecho a sufragio como los demás ciudadanos y sin embargo no*

---

61 ( ) Corte Suprema. Rol N° 92795-2016, , considerando 14, luego la Corte explicita en el mismo considerando los deberes para el Estado parte que emanan de la CEDAW.

*pueden ejercerlo vulnerándose la garantía de igualdad de trato, motivo por el cual el recurso de protección debe ser acogido” (62).*

A su vez, la Corte Suprema, en sentencia Rol N° 46451-2016, con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce como un derecho que forma parte del bloque constitucional de derechos, la presunción de inocencia:

*“(..) la presunción de inocencia, desde la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos al derecho interno, forma parte del bloque constitucional de derechos, dejando de ser un principio general del derecho que informa la actividad judicial in dubio pro reo, para convertirse en un auténtico derecho fundamental de la persona que, de acuerdo al artículo 6° de la Constitución, vincula a todos los poderes públicos y es de aplicación inmediata” (63).*

---

62 () Corte Suprema. Rol N° 87743-2016, 2 de febrero de 2017, considerando 9.

63 () Corte Suprema. Rol N° 46451-2016, 19 de diciembre de 2016.



# Protección de derechos fundamentales, debido proceso y control de convencionalidad

Víctor Bazán<sup>64</sup>

## I. El itinerario propuesto

La garantía de los derechos fundamentales legitima y justifica tanto al Estado Constitucional y Convencional cuanto al sistema protectorio transnacional, éste dinamizado por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (en adelante, respectivamente, Comisión IDH y Corte IDH).

Teniendo en consideración tan significativa premisa jurídica y axiológica, iniciaremos nuestro itinerario ofreciendo algunas sumarias consideraciones para contextualizar el problema y enfatizar la exigencia que pesa sobre los operadores jurisdiccionales (y demás autoridades competentes) de llevar adelante una *interpretación de la normativa interna conforme al derecho internacional de los derechos humanos*.

Seguidamente nos moveremos hacia el “universo” del *control de convencionalidad*, intentando dar respuesta a ciertos interrogantes a su respecto, tales como: en qué consiste esa modalidad de fiscalización convencional; cómo se ha desarrollado gradualmente en el marco jurisprudencial de la Corte IDH; sobre qué pilares se apoya y que propósitos persigue; de qué manera se vincula el control de convencionalidad con el principio de adecuación normativa consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH);

---

64 Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Posdoctorando en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Catedrático de las asignaturas: *i*) Derecho Constitucional y Derechos Humanos; *ii*) Derecho Procesal Constitucional, y *iii*) Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor Invitado de Posgrado UBA y en otras universidades argentinas y extranjeras. Autor de numerosos libros y artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Internacional publicados en Argentina y el exterior.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

cómo se garantiza en el ámbito interno el cumplimiento del principio de debido proceso jurisdiccional, qué es la “cláusula federal” y qué rol juegan las opiniones consultivas en el plano de la inspección de convencionalidad.

A continuación, exploraremos otro núcleo atrayente: la necesidad de fortalecer cualitativamente una *relación concertada y dialógica entre la Corte IDH y los órganos jurisdiccionales máximos en materia constitucional* de los Estados del sistema interamericano, a partir de la función de integración que ostentan los derechos humanos.

Finalmente, el cierre de este intento propositivo vendrá de la mano de ciertas consideraciones finales que se ligarán a otros acercamientos intercalados en el nudo del ensayo.

## II. Contextualización

Uno de los perfiles básicos de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto<sup>65</sup>.

En particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos, la paulatina trascendencia que han adquirido sus zonas de interacción con el derecho doméstico requiere una armonización de ese tándem de fuentes (internacional e interno) por medio de su retroalimentación y complementariedad en aras del robustecimiento real del sistema de derechos.

Dichas pautas corroboran que la capital problemática de los derechos humanos es una incumbencia –y debe ser una preocupación– concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales y la transnacional.

Ello, por cierto, sin olvidar que esta última ostenta –al menos en el plano jurisdiccional– una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de las de los ordenamientos nacionales (cfr. Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–, párr. 2º) y que la premisa de agotamiento de los recursos internos<sup>66</sup>, estrechamente vinculada al *carácter subsidiario de la dimensión interamericana*, ha sido concebida para brindar

65 Cfr. PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 165.

66 Sobre el punto, ver por ejemplo el art. 46.1.º de la CADH.

a los Estados la posibilidad de remediar internamente sus conflictos en la materia sin necesidad de verse enfrentados a un eventual litigio extramuros que pudiera provocarles responsabilidad internacional.

En la dinámica esbozada, se impone irrecusablemente a los magistrados constitucionales (entre otras autoridades) en el plano interno desarrollar sus tareas de interpretación de las fuentes infraconstitucionales *de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*, lo que incluye la exigencia de tomar en cuenta los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

Semejante mandato de *interpretación conforme* a aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de un relacionamiento jerárquico, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva a la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona*), en la línea de sentido del art. 29 de la CADH.

La Constitución de un Estado, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas *-inter alia-* en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto moldea la Corte IDH, dan vida a un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la defensa y la realización de los derechos fundamentales*.

En ese contexto, el desarrollo del *control de convencionalidad* plantea nuevos y demandantes desafíos a las jurisdicciones internas latinoamericanas. La estimulación de relaciones sinérgicas entre éstas y la Corte IDH y la paulatina construcción de diálogos críticos entre ambos órdenes jurisdiccionales, pueden facilitar el descubrimiento de caminos idóneos para optimizar la protección de tales derechos, que son *reflejo directo de la dignidad de la persona humana*.

### **III. Diversos aspectos relativos a la fiscalización convencional**

#### ***1 Acercamiento conceptual***

La vinculación de los tribunales nacionales y los internacionales en el área de los derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, produciendo un haz de puntos de contacto no siempre pacíficos ni lineales.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Justamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*, que para algunos autores no deja de ser una especie de diálogo interjurisdiccional.

Tomando los datos que brinda la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que éste transita por *dos vertientes*, según veremos a continuación.

### ***A) Ámbito internacional***

Una de las líneas se desenvuelve en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como “control de convencionalidad”.

Esa labor consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan o no compatibles con la CADH, disponiendo en este último supuesto –v. gr.– la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de aquella convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte IDH, por vía jurisdiccional, lo impele a tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad (tema que ampliaremos).

### ***B) Contexto interno***

La restante modalidad opera en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados jurisdiccionales (involucrando también a las demás autoridades públicas –según lo ha entendido la propia Corte IDH–) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los estándares interpretativos que ese Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos esenciales.

En síntesis, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus iuris*<sup>67</sup> capital en materia de derechos humanos acerca del cual aquél ejerce competencia por razón de la *materia*.

Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que – en principio y siempre que sea adecuadamente empleado– puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

Por cierto, dicho mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y en no pocas ocasiones origina inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio lleva ínsita la obligación de los operadores jurisdiccionales de *conocer* el citado bloque jurídico de derechos humanos y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH y paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, de *despojarse* de vacuos prejuicios *soberanistas* a la hora de concretarlo.

En relación con lo anterior, atinadamente se ha puntualizado que “queda fuera de toda duda que un presupuesto básico para el ejercicio del control de convencionalidad por parte de la jurisdicción nacional consiste en una mejor formación y perfeccionamiento jurídicos, no sólo de la Judicatura, sino igualmente de quienes ejercen la Abogacía u otra profesión con impacto en el desarrollo del proceso judicial y tienen el importante cometido de ofrecer un *input* normativo y jurisprudencial pertinente (en este caso, de base internacional) para la resolución del caso, es decir, para la obtención de un *output* coherente y sólido”<sup>68</sup>.

## ***2 Praxis de la Corte IDH***

Plasmadas las precedentes referencias descriptivas, recrearemos –por supuesto, no taxativamente– la secuencia que el uso *expressis verbis* de la locución “control de convencionalidad” tuvo en el seno de la Corte IDH

---

67 Se ha puntualizado que la expresión “*corpus juris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional (ver O’DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 57).

68 JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2013, p. 145.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

y la magnitud preceptiva que paulatinamente se ha ido asignando a tal modalidad fiscalizadora.

### **A) Aportes iniciales**

Además de algunas contribuciones del exjuez de la Corte IDH, Antonio A. Cançado Trindade, fue el expresidente del Tribunal, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”<sup>69</sup>, quien utilizó la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte. Aunque es preciso consignar que centralizaba el contenido semántico de aquella locución en el ámbito de despliegue funcional de la Corte IDH, a la que concebía –*mutatis mutandis*– como una suerte de tribunal constitucional (o convencional) supranacional.

Ya con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el “Caso Tibi vs. Ecuador”<sup>70</sup>, García Ramírez explicó que el Tribunal Interamericano *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos*, pretendiendo “conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía” (párr. 3).

Por su parte, en un voto razonado elaborado en el “Caso López Álvarez vs. Honduras”<sup>71</sup> y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”–, debe explorar las circunstancias *de iure* y *de facto* del caso (párr. 30).

---

69 Corte IDH, “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101, párr. 27.

70 Corte IDH, “Caso Tibi vs. Ecuador”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114.

71 Corte IDH, “Caso López Álvarez vs. Honduras”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, N° 141.

Del mismo modo, en el voto razonado pronunciado en el “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”<sup>72</sup> (decidido en la misma fecha que el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, que retomaremos), el exjuez que venimos citando precisó que la Corte IDH “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana” (párr. 6), pudiendo sólo “confrontar los hechos internos – leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo – con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párr. 7).

En síntesis, si bien García Ramírez fue el precursor principal de la utilización de la expresión “control de convencionalidad” en la Corte IDH, la centró en el radio de acción de ésta en el funcionamiento de su jurisdicción contenciosa.

### ***B) La paulatina construcción jurisprudencial por la Corte IDH de la cuestión del examen de convencionalidad en sede interna***

El Tribunal Interamericano comenzó a aplicar la expresión “control de convencionalidad” en el sentido que aquí nos interesa resaltar (examen de convencionalidad practicable en *sede interna*)<sup>73</sup>, en el “Caso Almonacid

---

72 Corte IDH, “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155.

73 Aunque sea sobreabundante, debe destacarse que la expresión *control de convencionalidad* no fue una creación original de la Corte IDH.

De hecho y con determinadas particularidades según el contexto jurídico correspondiente, tal *control convencional en el ámbito interno* ya se realizaba materialmente desde mucho tiempo atrás. Basta por ejemplo con repasar la praxis francesa, cuya Corte de Casación en un conocido pronunciamiento de 24 de mayo de 1975 declaró expresamente que el art. 55 de la Constitución de ese país (de 1958) *autoriza al juez a inaplicar una ley contraria a un tratado internacional, incluso cuando éste sea anterior a la norma*. Mucho influyeron para la conformación de tal jurisprudencia la propia Constitución de la V República Francesa, el desenvolvimiento del derecho comunitario europeo y la ratificación de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (operada en 1974). Más tardíamente, el Consejo de Estado se legó a esa lógica a partir del decisorio de 20 de octubre de 1989.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof. Dra. Gina Marcilio Pompeu

Arellano y otros vs. Chile”, pronunciándose del siguiente modo: “...*el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican [sic] en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*” (párr. 124)<sup>74</sup> –énfasis añadido–.

Posteriormente, el Tribunal ha determinado que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así se expidió en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, poniendo de presente que “*los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad ex*

---

De allí que haya sido usual que las jurisdicciones ordinarias francesas *inaplicasen una ley por ser incompatible con un derecho fundamental que tuviera base en el derecho comunitario o en la citada Convención Europea*, aunque paralelamente fueran refractarias a inaplicar una ley por violación a la Constitución.

Sobre el tema, ver FROMONT, Michel, “El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas”, publicado en francés en *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungenel [La Constitución del Estado frente a nuevos desafíos]. Festschrift für Yvo Hangartner*, St. Gallen, 1998, trad. por Claudia Del Pozo. Dicho trabajo puede verse en español en *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002, pp. 369-398.

Con todo, debe tenerse presente que en el escenario francés se ha modificado la Constitución de 1958, mediante la Ley Constitucional N° 2008-724, de 23 de julio de 2008, que incorporó el procedimiento de la *cuestión previa o prioritaria de constitucionalidad* (QPC) respecto de leyes que afecten a derechos y libertades. La QPC ha sido reglamentada por la Ley Orgánica N° 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, y rige desde el 1 de marzo de 2010, sin olvidar que en la década de los noventa del siglo pasado hubo algunas iniciativas en tal sentido, que en aquel entonces naufragaron. Ello ha supuesto infundir al sistema una *modalidad de control de constitucionalidad sucesiva o posterior* (artículo 61.1 constitucional).

Acerca de la reforma en examen, se ha sostenido: “Los jueces ordinarios pueden ahora promover cuestiones de inconstitucionalidad, si la ley aplicable al caso es contestada con el argumento de que viola alguno de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados (esas cuestiones deben pasar el filtro del Tribunal de Casación o del Consejo de Estado, según la jurisdicción de que se trate). El control abstracto se combina, pues, con el control concreto. Es probable que, en el futuro, un gran porcentaje de leyes sean enjuiciadas por el Consejo Constitucional francés en el marco de las cuestiones elevadas por los jueces ordinarios, como ha sucedido en otros países europeos” (cfr. FERRERES COMELLA, Víctor, “El surgimiento de los tribunales constitucionales”, en su libro *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 35).

74 Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154.  
También lo expresó, v. gr., en el “Caso La Cantuta vs. Perú”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párr. 173.

*officio*’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”<sup>75</sup> –*itálicas agregadas*–.

Ya en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México” y frente a algunas dudas acerca de si el control de convencionalidad involucraba también a órganos especializados como por ejemplo tribunales constitucionales, la Corte IDH zanjó la cuestión al puntualizar: “*Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ‘ex officio’ un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*” (párr. 225)<sup>76</sup> –*remarcado nuestro*–.

Hito importante, y para algunos problemático, es la sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el “Caso Gelman vs. Uruguay”, por la que la Corte IDH amplió intensamente las fronteras de operatividad del examen convencional y subrayó que la protección de los derechos fundamentales funciona como límite a las mayorías en el marco de desarrollo de la vida democrática. Mantuvo que “particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, *en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*” (párr. 239)<sup>77</sup> –*subrayado añadido*–.

Otros precedentes significativos en el camino desandado por la Corte IDH para la construcción teórica, también práctica, del control de convencionalidad,

---

75 Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, cit., párr. 128.

76 Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

77 Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, Sentencia de fondo y reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

son los casos “López Mendoza vs. Venezuela”<sup>78</sup> y “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”<sup>79</sup>. En ellos expuso que, *con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia.*

Por su parte, en dos casos contra Argentina el Tribunal Interamericano señaló expresamente que, conforme al derecho internacional, *cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la CADH, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo* (afirmación volcada ya en el citado “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”). Lo ha apuntado expresamente en los casos “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” (de 29 de noviembre de 2011) y “Mendoza y otros vs. Argentina” (de 14 de mayo de 2013)<sup>80</sup>.

Ya en los casos “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” y “Gelman vs. Uruguay”, resolución esta última de 20 de marzo de 2013 en el marco del proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia de fondo y reparaciones antes referenciada (“Gelman”), enfatizó que es *“obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”,* adquiriendo así *“sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, sólo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad”*<sup>81</sup> –remarcados agregados–.

---

78 Corte IDH, “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233, párr. 228.

79 Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239, párr. 284.

80 Corte IDH, Casos “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2011, Serie C, N° 238, párr. 93; y “Mendoza y otros vs. Argentina”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 14 de mayo de 2013, Serie C, N° 260, párr. 221.

81 Corte IDH, “Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 30 de noviembre de 2012, Serie C, N° 259, párr. 144; y “Caso

Por último, es útil añadir que desde 2013 en varios pronunciamientos de supervisión del cumplimiento de sentencias, la Corte IDH viene señalando a los Estados condenados que, para abastecer los decisorios, deben realizar *control de convencionalidad*. Ello demuestra cómo se ha expandido la exhortación a aquéllos en punto al despliegue de semejante fiscalización, que ya no queda encapsulada exclusivamente en las sentencias de fondo, reparaciones y costas proferidas por el Tribunal Interamericano.

### **C) Inventario**

Cerramos este segmento con un intento de compendio de la secuencia creciente de *destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno y el crecimiento del alcance material de tal test*.

Sin intención alguna de exhaustividad, podemos identificar hasta el momento los siguientes eslabones relevantes:

1. El *Poder Judicial* debe realizar una “*especie*” de *control de convencionalidad* (“Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”).
2. Los *órganos del Poder Judicial* deben desarrollar no sólo un *control de constitucionalidad* sino también de *convencionalidad, incluso de oficio* (“Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”).
3. El test de *convencionalidad* involucra *a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles* (“Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”).
4. *Cualquier autoridad pública, y no sólo el Poder Judicial*, debe llevar adelante la fiscalización convencional (“Caso Gelman vs. Uruguay”, Sentencia de fondo y reparaciones).
5. Se impone la *adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH* (casos “López Mendoza vs. Venezuela” y “Atala Riffó y Niñas vs. Chile”).

---

Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 72.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

6. Existelaobligacióndelasautoridadesinternas(yfundamentalmente de todos los jueces y órganos judiciales) de efectuar lo que sólo a los efectos de graficar la cuestión podríamos denominar un control de convencionalidad *preventivo* teniendo en consideración las interpretaciones de la Corte IDH y, en caso de que no se logre adecuada solución a la cuestión en el plano doméstico, será aquel Tribunal Interamericano el que lleve a cabo un control *complementario* de convencionalidad (casos “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” y “Gelman vs. Uruguay”, tratándose en este último asunto de una resolución de 20 de marzo de 2013, en el marco del procedimiento de supervisión del cumplimiento de la sentencia de fondo y reparaciones).

### 3 Fundamentos y otras cuestiones de interés

#### A) Fundamentos

La matriz fundante del control de convencionalidad debe buscarse, especial pero no exclusivamente, en los arts. 1, 2, 8, 25 y 29 de la CADH y 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>82</sup> (CVDT). Además, y aunque tal vez redundante, cumple resaltar el papel decisivo que al efecto juega el principio *pro persona*.

Cabe resaltar, en lo tocante al art. 26 de la CVDT, y su reflejo en el art. 31.1, *ibid.*, que al enunciado tradicional en punto a que “los pactos deben ser cumplidos”, la disposición añade “de buena fe”, que naturalmente es un principio general del derecho. Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, también jurídico, al haber quedado igualmente literalizadas en el Preámbulo de la misma, que en su párr. 3º reza: “Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”. A su tiempo, entre los principios de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el art. 2.2. de su Carta establece lo siguiente: “Los Miembros de la Organización, a fin

---

82 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*<sup>83</sup> –énfasis añadido–.

Entre muchos otros precedentes, en el citado “Caso Almonacid Arellano vs. Chile” –sentencia aperturista en relación con el deber de llevar adelante el control de convencionalidad en el plano interno– la Corte IDH ha recordado claramente que: “[s]egún el derecho internacional *las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno*. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” –cursivas agregadas– (párr. 125).

En esa línea, en la Opinión Consultiva (O.C.) 14/94 la Corte IDH había sostenido: “Según el derecho internacional *las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional*, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (...). Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”<sup>84</sup> –énfasis agregado–.

Siguiendo las pistas de tal O.C.-14/94, es posible entresacar algunas pautas útiles para abonar lo mencionado en cuanto a la plataforma de apoyo del examen convencional, aun cuando –obviamente– no se haya referido de modo expreso a esa modalidad fiscalizatoria tal como luego fuera delineada paulatinamente por la doctrina jurisdiccional del Tribunal Interamericano. Allí, éste mantuvo:

- los arts. 1 y 2 de la CADH establecen el compromiso de los Estados de *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción (párr. 32);

83 Sobre tales tópicos, ver para ampliar DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, pp. 94-95.

84 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, CADH)”, solicitada por la Comisión IDH, 9 de diciembre de 1994, Serie A, N° 14, párr. 35.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

- también, el de *adoptar*, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (id. párr.); y
- si se ha contraído la obligación de *adoptar* las medidas aludidas, con mayor razón lo ha sido la de *no adoptar* aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención (párr. 33); por lo que la *obligación de dictar las medidas* que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH, comprende la de *no dictarlas* cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades (párr. 36).

Es igualmente útil traer a colación el criterio que la Corte IDH transfundiera a su O.C.-13/93, en la que sostuvo, refiriéndose a la CADH: “*Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2.* También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos”<sup>85</sup> –remarcado añadido–.

Reiteramos que la correlación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH implica que sus Estados Partes se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si ese ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades*.

En ese contexto, la palabra “garantizar” supone el deber del Estado de tomar todas las medidas conducentes, incluso a través de decisiones jurisdiccionales que quedan subsumidas en la categoría de *medidas de “otro carácter”*, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

---

85 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-13/93, “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51, CADH)”, solicitada por Argentina y Uruguay, 16 de julio de 1993, Serie A, N° 13, párr. 26.

Es doctrina consolidada del citado Tribunal Interamericano que aquella *adecuación* implica la adopción de medidas en dos vertientes: “*i*) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y *ii*) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”<sup>86</sup>.

Por tanto, es innegable que la CADH impone a cada Estado Parte la obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones de tal compromiso convencional, para garantizar los derechos allí consagrados. Se trata de una norma consuetudinaria de reconocimiento universal, un “*principe allant de soi*” (un principio evidente), en palabras que hace varias décadas profiriera la hoy desaparecida Corte Permanente de Justicia Internacional (CPIJ)<sup>87</sup>.

Debe añadirse que el Estado Parte de la CADH no sólo tiene el aludido deber de adoptar las medidas de derecho interno, sino que además está obligado a asegurarse que éstas sean *efectivas*, es decir, cumplidas en el orden jurídico interno. Dicho de otro modo, la eficacia de ellas se mide en términos de acatamiento por parte de la comunidad, o sea, de adaptación de su conducta a la normativa de la Convención<sup>88</sup>. Semejante eficacia de las normas *es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica*<sup>89</sup>.

De esa manera las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales (y otras autoridades públicas) asegurar el cumplimiento de aquel deber de adecuación por medio del *control de convencionalidad*, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

---

86 Cfr. Corte IDH, *inter alia*, “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párr. 207; y “Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, Sentencia de excepción preliminar y fondo, 6 de mayo de 2008, Serie C, N° 179, párr. 122.

87 CPIJ, Avis consultatif, “Echange des populations grecques et turques”, 1925, Serie B, N° 10, p. 20.

88 Cfr. Corte IDH, entre otros, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencia de reparaciones y costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, N° 39, párr. 69.

89 *Ibid.*, párr. 70.

*Prof. Dr. Ingo Sarlet*  
*Prof. Dr. Humberto Nogueira*  
*Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu*

La propia Corte IDH se ha encargado de poner en claro que quien lleve adelante el control de convencionalidad en el marco local “debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”<sup>90</sup>.

## **B) Objetivos**

La inspección de convencionalidad se conecta con la fijación por parte de la Corte IDH de criterios hermenéuticos generales que deben ser respetados por los tribunales (y demás autoridades) internos para que sus normas y actos se adecuen a los compromisos internacionalmente contraídos por el Estado y evitar que éste incurra en responsabilidad internacional.

Fijado un determinado estándar por la Corte IDH, y como modo de cumplimentar las garantías del debido proceso, los magistrados judiciales –actuando como *jueces interamericanos* por mandato de aquel Tribunal– deben aplicar en el ámbito interno el criterio interpretativo establecido por la Corte Interamericana.

Elementales motivos de economía procesal y hasta de conservación de la sustentabilidad del propio esquema protectorio interamericano (que cuenta con muy escaso financiamiento y cuya Corte no tiene jueces permanentes) así lo imponen.

Sobre el punto, en su voto razonado en el mencionado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, García Ramírez ha proclamado (acertadamente a nuestro juicio) que dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH, “no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional –lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos–, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en

---

90 *Vid.* Corte IDH, v. gr., “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186, párr. 180. También, lo puntualizado al respecto en los casos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, cit., párr. 124, y “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, cit., párr. 128.

todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares”<sup>91</sup>.

Agregó que “[l]a única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida (...) merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”<sup>92</sup> –énfasis nuestro–.

### **C) Parámetro**

El material de cotejo para desarrollar el control de convencionalidad no se agota en la CADH, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos internacionales que integran el cuerpo jurídico básico en materia de protección de los derechos humanos y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH.

Expuesto de otra manera, comprende a los compromisos convencionales en torno a los cuales la *Corte IDH ejerce su competencia por razón de la materia*.

Por tanto, involucra por ejemplo a instrumentos internacionales tales como el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; el Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>93</sup>; la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer y la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas.

Para reforzar la posición que dejamos sentada aquí en cuanto a que el canon de control de convencionalidad no se agota en la CADH, sino que

---

91 Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, cit., voto razonado del juez García Ramírez, párr. 8.

92 Ídem.

93 Sobre el tema y entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, ver “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el libro de BAZÁN, Víctor y JIMENA QUESADA, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-167.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

debe tomarse en consideración el *corpus iuris* interamericano, vale colacionar brevemente dos opiniones consultivas de dicho Tribunal:

- la O.C.-16/99<sup>94</sup>, en cuyo párr. 115, puede leerse: “El *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su *evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional*, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones” –subrayado añadido–; y
- la O.C.-17/2002<sup>95</sup>, donde manifestó convergentemente: “los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, *tanto el ‘corpus iuris’ de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática*” (párr. 92)<sup>96</sup> –énfasis agregado–.

## D) Alcance

Iniciamos esta breve aproximación afirmando que las *constituciones nacionales* sí son susceptibles de control de convencionalidad, pese a que la cuestión no esté exenta de algunas dificultades.

---

94 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, Serie A, N° 16.

95 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-17/02, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, solicitada por la Comisión IDH, 28 de agosto de 2002, Serie A, N° 17.

96 Ciertamente, resultan muy significativas las apreciaciones vertidas por el exjuez Cançado Trindade en su voto concurrente a la citada Opinión Consultiva O.C.-17/2002, por ejemplo, en los párrs. 18, 31 y 50; además de los párrs. 37, 53 y 54, estos tres últimos específicamente sobre “el *corpus juris* de los derechos del niño”.

En primer lugar es preciso recurrir al art. 27 de la CVDT, que proscribiera al Estado alegar su *derecho interno* para dejar de cumplir una obligación de cuño internacional. Y, sin duda, tal expresión “derecho interno” involucra también a la Constitución del Estado de que se trate.

Nótese que en su O.C.-4/84 de 11 de enero de 1984<sup>97</sup>, la Corte IDH estimó que el término “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, “es para toda la legislación nacional y para todas las *normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales*” (párr. 14) –remarcado añadido–.

Desde ese punto de vista, fundamentalmente los jueces y/o el órgano máximo de justicia constitucional –siempre de acuerdo con lo estipulado por las específicas regulaciones competenciales– podrían *inaplicar* una disposición constitucional si resultara anticonvencional, sólo en la medida en que no fuera posible realizar una interpretación armónica de ambas fuentes jurídicas.

Un instrumento hermenéutico de gran utilidad para solventar los posibles conflictos entre normas constitucionales e internacionales es el principio *pro persona*, que adquiere una importancia sustancial en el derecho internacional de los derechos humanos.

Por lo demás, en el multicitado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, la Corte IDH parece aportar cierta dosis de claridad a la cuestión al subrayar en el párr. 128 de la sentencia que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre *las normas internas* y la Convención Americana” –énfasis agregado–.

Ello habilita a interpretar que el material de derecho doméstico que se somete a evaluación de compatibilidad convencional frente a la CADH, entre otros instrumentos, comprende a las *disposiciones constitucionales* que quedan englobadas en tal enunciado genérico.

Por último y ya desde otro perfil del control de convencionalidad (el que se desenvuelve en *sede internacional*), debe tomarse en cuenta que en los hechos el Tribunal Interamericano ha ejercido tal contralor sobre reglas

---

97 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-4/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, solicitada por Costa Rica, 19 de enero de 1984, Serie A, N° 4.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Prof.a. Dra. Gina Marcilio Pompeu

constitucionales que ha juzgado contrarias a la CADH. Así, v. gr., puede compulsarse la sentencia recaída en el “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ vs. Chile”<sup>98</sup>, donde decidió que el Estado debía “*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa*” – el énfasis no es del original – (pto. resolutivo 4). Concluyó que aquél había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el art. 19, núm. 12, de la Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párr. 72), violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la CADH (párr. 73).

#### **4 Debido proceso y “cláusula federal”**

En tiempos de protección multinivel de derechos humanos el *federalismo*, correctamente aplicado, supone un ensanchamiento de tal perspectiva tuitiva ya que brinda no solo las vías provistas por las unidades de la federación, sino también las herramientas surgentes del orden federal o nacional.

A ellas se añade el sistema *internacional*, que ofrece un escenario protectorio en el campo *regional* americano, a través de la CADH y sus órganos vitales: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos; o bien, la dimensión configurada en el plano *universal* por medio, v. gr., del sistema de Comités de la ONU.

Por su parte, en orden a una adecuada protección de los derechos humanos en los Estados de estructura compleja y al respeto del principio de debido proceso, es imprescindible interpretar conjuntamente los arts. 1.1, 2 y 28 de la CADH, ya que la cláusula federal a la que se refiere la disposición convencional citada en último término, pretende desarrollar la obligación de respetar y garantizar tales derechos básicos sin que se disuelva la responsabilidad internacional del Estado nacional.

Debe quedar claro que a los Estados con matriz federal les está vedado recurrir al argumento de su tipología de configuración política descentralizada, para intentar evadir el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas en torno a la protección real y concreta de los derechos fundamentales.

---

98 Corte IDH, “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 5 de febrero de 2001, Serie C, N° 73.

Como es innegable, no resulta convencionalmente lícito privar de efecto útil a la CADH en las unidades que integran la federación.

Es preciso recordar que la Corte IDH entiende que los Estados Parte de la CADH deben asegurar el respeto y la garantía de *todos* los derechos reconocidos en dicha Convención a *todas* las personas que estén bajo su jurisdicción, sin limitación ni excepción alguna con base en su organización interna, puesto que el sistema normativo y las prácticas de las entidades que forman un Estado federal que es Parte de aquella convención, deben conformarse a la misma.

Por lo demás, minimizada y/o criticada por algunos autores, la cláusula federal coadyuva a cumplimentar la exigencia de mantener una base isonómica de tutela y realización de los derechos fundamentales y el resguardo del debido proceso, uno de los postulados centrales y neurálgicos que el Estado Constitucional y Convencional debe garantizar de manera apropiada. No se trata, precisamente, de un tema menor ya que en todo momento debe tenerse presente que los *derechos fundamentales son expresión directa de la dignidad del ser humano*.

## **5 Opiniones consultivas e inspección convencional**

Como venimos sosteniendo desde hace tiempo, si bien las opiniones consultivas no son sentencias jurisdiccionales, sí producen efectos jurídicos con una respetable magnitud de vinculatoriedad<sup>99</sup>.

Además, son relevantes para el ejercicio del control de convencionalidad en la dimensión interna, o sea, en el desarrollo del test convencional *difuso*, como parte de la doctrina señala para diferenciarlo de la modalidad *concentrada* que monopoliza la Corte IDH.

Es que si el examen convencional implica que principal pero no exclusivamente los jueces deban cotejar la normativa interna aplicable a un caso concreto con la CADH y con la interpretación que de ésta realice la Corte IDH, justamente las opiniones consultivas son resultado de la labor hermenéutica de ésta en tanto intérprete final de tal instrumento internacional,

---

99 Ver de BAZÁN, Víctor, por ejemplo, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en BIDART CAMPOS, Germán J. *et al.*, *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, T° I, Mendoza (Argentina), 2000, pp. 91-165.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

con lo cual, al llevar adelante la fiscalización convencional aquéllos habrán de tener necesariamente en cuenta los *productos interpretativos plasmados en dichas opiniones consultivas*.

La cuestión, hasta hace poco discutida, ha sido zanjada recientemente. Ello, por medio de la O.C.-21/14, rendida el 19 de agosto de 2014<sup>100</sup>. Entre otras consideraciones, allí la Corte IDH sostuvo que:

- conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la CADH, dicho tratado *obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo* (párr. 31), lo que en realidad –agregamos por nuestra parte– es reiteración de una jurisprudencia constante sostenida desde hace algunos años;
- la violación por alguno de tales órganos *genera responsabilidad internacional* para el Estado (id. párr.);
- *es necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que la Corte IDH señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva*, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” (id. párr.);
- a partir de la *norma convencional interpretada* a través de una opinión consultiva todos los órganos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), incluyendo a los que no son Partes de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la *Carta de la OEA* (art. 3.1º) y la *Carta Democrática Interamericana* (arts. 3, 7, 8 y 9) cuentan con una fuente que, acorde con su propia naturaleza, *contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos*<sup>101</sup> (id. párr.); y

---

100 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, 19 de agosto de 2014, Serie A, N° 21.

101 Al respecto, la Corte IDH remite a lo que dijera en el aludido “Caso Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párrs. 65-90.

- dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte IDH, la opinión consultiva elaborada involucra a: *i)* los Estados Partes de la CADH; *ii)* todos los Estados Miembros de la OEA que han acordado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, independientemente de que hayan o no ratificado la CADH; y *iii)* los órganos de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta (párr. 32).

Para finalizar este tópico y abrir paso a la temática del diálogo jurisdiccional, también ligada al test de convencionalidad, vemos que lo mencionado aquí exime de mayores comentarios en torno a la apreciable cotización que ostentan las opiniones consultivas en la cabal realización de la inspección convencional, punto que deberá ser seriamente tomado en consideración por las autoridades internas obligadas a desplegar semejante actividad.

## **IV. Robustecimiento de diálogos jurisdiccionales constructivos<sup>102</sup>**

### ***1 Sobre la comunicación transjudicial***

Slaughter ha desarrollado una tipología de comunicación transjudicial (*transjudicial communication*), clasificándola por la forma, el grado de compromiso recíproco (*reciprocal engagement*) y la función. Los resultados de su estudio definen un espectro que va desde el diálogo conscientemente interactivo entre un tribunal nacional y otro supranacional, en un extremo, hasta el uso no reconocido por parte de un tribunal nacional de ideas o modos de razonamiento de un tribunal extranjero, en el otro. Una vez identificados diferentes fenómenos que se podrían clasificar como comunicación transjudicial, la autora se plantea si de hecho podría decirse que ellos forman parte de un fenómeno más amplio, cuestión a la que responde afirmativamente

---

102 Hemos anticipado algunas consideraciones sobre este tema, por ejemplo, en BAZÁN, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18, 2º Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63-104.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

porque considera que están unidos por un conjunto subyacente de elementos comunes, supuestos o precondiciones<sup>103</sup>.

En todas las formas que describe en el trabajo que citamos, la comunicación transjudicial presupone que los tribunales involucrados se conciban a sí mismos como actores gubernamentales autónomos, incluso más allá de las fronteras nacionales; que hablen un lenguaje común suficiente para interactuar en términos más de persuasión que de coacción; y que se entiendan a sí mismos como entidades similares comprometidas en una empresa común. Añade que estas precondiciones parecieran existir entre un número creciente de cortes nacionales y tribunales supranacionales en todo el mundo, lo que a su vez abre la puerta a una nueva visión de las relaciones jurídicas globales<sup>104</sup>.

Considera además que el refuerzo de los tribunales como actores internacionales y transnacionales autónomos es un paso hacia la desagregación de la soberanía del Estado en un componente ejecutivo, uno legislativo e instituciones judiciales que pueden interactuar de forma independiente a través de fronteras. Agrega que los frutos de esa interacción se podrían contemplar como redes de instituciones, o de relaciones institucionalizadas, que emularan la forma y el fondo de un gobierno mundial sin que de hecho trasciendan o desplacen a los Estados-nación. Por poner un ejemplo – continúa la aludida doctrinaria –, las redes de los tribunales nacionales y supranacionales hablando entre sí en un proceso de deliberación colectiva sobre la protección de los derechos humanos podrían generar, en efecto, un mecanismo multidimensional para crear y hacer cumplir las disposiciones de derechos humanos de una hipotética constitución global. Pero lo harían con un mínimo de maquinaria global. Incluso, los elementos supranacionales en esta red dependerían para su efectividad de la sensibilidad (capacidad de respuesta) de los tribunales nacionales<sup>105</sup>.

---

103 Slaughter, Anne-Marie, "Typology of transjudicial communication", *University of Richmond Law Review*, N° 29, 1994, pp. 135-136 (disponible en <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Typology.pdf>). El mismo trabajo puede consultarse en FRANCK, Thomas M. y FOX, Gregory H. (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers, Irvington, New York, 1996, pp. 37-69.

Las citas que se efectuarán en las dos notas subsiguientes corresponderán a la primera referencia, o sea, la relativa a *University of Richmond Law Review*.

104 *Ibid.*, p. 136.

105 Ídem.

Dicha “comunicación transjudicial” pareciera tener un alcance más general que el que rezuma la expresión “diálogo judicial”. En otras palabras, tal vez la cuestión pudiera condensarse sosteniendo que este último es una especie –importante– del género “comunicación transjudicial”.

Para BUSTOS GISBERT, el proceso de comunicación transjudicial sin duda ha generado una *fertilización mutua* (*cross-fertilization*) entre instancias jurisdiccionales y, por ende, entre ordenamientos jurídicos. O sea, se ha creado una progresiva y muy enriquecedora influencia mutua entre instancias jurisdiccionales<sup>106</sup>, desde casi todos los puntos de vista<sup>107</sup>.

Por su parte, en un interesante trabajo publicado hace más de una década, que enfocaba el *diálogo judicial y la fertilización mutua* (o –agregamos por nuestra parte– ‘cruzada’) de los sistemas jurídicos en el marco del Tribunal de la Unión Europea, JACOBS sostenía que dentro de esta estructura comunitaria había existido un *notable grado de diálogo judicial y fertilización cruzada*, lo que adquiriría mayor significación en vista de las grandes diferencias en los sistemas jurídicos de los Estados Miembros y en sus fundamentos históricos. Mencionaba además que aquel Tribunal de la Unión también se había mostrado receptivo a la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales, *particularmente del TEDH*. Por su parte, advertía que –hasta el momento de escribir su trabajo– había existido un impacto relativamente modesto de tribunales y cortes internacionales tales como la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), aunque tal impacto podía incrementarse en el futuro<sup>108</sup>.

---

106 BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 95, mayo-agosto de 2012, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 18-19.

107 Cuando el autor citado realiza una matización a lo que considera una progresiva y muy enriquecedora influencia mutua entre instancias jurisdiccionales, diciendo “desde casi todos los puntos de vista”, se refiere a que existe quien desde un “aislacionismo radical”, pretende “excluir cualquier referencia a la jurisprudencia extranjera como fórmula (¿mágica?) de garantizar la soberanía del propio ordenamiento jurídico (juez Scalia, voto particular a *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 [2003])” (*ibid.*, p. 19).

Sólo colateralmente nos permitimos recordar que el juez Antonin Scalia, considerado como uno de los pilares del ala conservadora de la *Supreme Court of Justice*, falleció el 13 de febrero de 2016.

108 JACOBS, Francis G., “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice”, en *Texas International Law Journal*, N° 38, 2003, p. 556 (puede consultarse en <http://www.tilj.org/content/journal/38/num3/Jacobs547.pdf>).

## 2 Aperturas dialógicas

A) Se ha señalado que “*el éxito del significativo ‘diálogo judicial’ se vincula a la intensificación de la interdependencia entre Estados y entidades internacionales* como uno de los rasgos característicos de ese vaporoso e indefinible fenómeno conocido como globalización. Proceso que ha cambiado buena parte de las bases sobre las que se asentaba la convivencia humana. Esos cambios, como no puede ser de otra forma, afectan a todos los aspectos de la vida personal y en comunidad. Por ello *no es de extrañar que tenga efectos también en el mundo jurídico y en el comportamiento de los órganos judiciales...*” –*itálicas añadidas*–. Justamente una de las manifestaciones más relevantes de tales cambios es la aparición de la *comunicación transjudicial*<sup>109</sup> a la que aludíeramos.

Una aproximación conceptual simple y directa al “diálogo judicial” lo presenta como *la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho*<sup>110</sup>.

B) No se requiere ser demasiado perspicaz ni avezado para concluir que las expresiones “diálogo jurisprudencial”, “diálogo judicial”, “diálogo interjurisdiccional” y equivalentes, no son unívocas sino que generan perspectivas conceptuales diversas y deparan numerosos intentos taxonómicos. Citaremos a continuación, sin ninguna intención de taxatividad, un par de visiones autorales al respecto.

a) En primer lugar, recrearemos algunos trazos de la posición de BURGORGUE-LARSEN. Ésta advierte que el diálogo induce tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como el acuerdo, la concordia o la aprobación; además de señalar que el diálogo puede ser *tri* o *multidireccional*, o sea, que no se manifiesta siempre en el marco de un dúo o tándem jurisdiccional, sino que se enriquece de las interacciones de varios actores jurisdiccionales<sup>111</sup>. Añade que, en Europa, el diálogo

109 BUSTOS GISBERT, Rafael, *op. cit.*, p. 18.

110 *Ibid.*, p. 21.

111 BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La formación de un diálogo constitucional europeo a través del diálogo judicial”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, Porrúa - UNAM, México, D.F., 2012, pp. 29-30.

no es siempre idéntico ni utiliza los mismos “canales”; por el contrario, se manifiesta de distintas maneras y en diferentes contextos. Pese a tal variedad, expresa que fundamentalmente existen dos tipos de diálogo: el *diálogo regulado, organizado, previsto*; frente al *diálogo espontáneo, libre*. Dentro de esas dos grandes categorías, visualiza las manifestaciones *vertical* y *horizontal* de diálogo<sup>112</sup>.

Entiende por *diálogo regulado*, al derivado de una serie de reglas procesales o de unas obligaciones internacionales que disminuyen la libertad del juez nacional incitándolo a dialogar con el juez supranacional (diálogo que sería siempre *vertical*); por ejemplo, en el espacio de la Unión Europea, un caso típico es el mecanismo del reenvío prejudicial, que supone un *diálogo integrado*, o sea, organizado de tal manera que lleve a la vigencia y la efectividad de la integración europea. Asimismo, existe el *diálogo convencional*, es decir, el que sin tomar un canal procesal equivalente al mecanismo prejudicial *se manifiesta entre el TEDH y los tribunales nacionales*, que tienen que actuar como “jueces convencionales de derecho común”<sup>113</sup>.

Ya el otro perfil de diálogo, *totalmente libre, desenfrenado, desbocado, espontáneo en tanto no deriva de una obligación internacional como tal*, es la manifestación de la existencia de una multitud muy variada de “obligaciones invisibles”. El juez está “aprisionado” por lazos múltiples que no puede ignorar al razonar su fallo y al momento de adoptarlo definitivamente. Esta modalidad de diálogo puede ser *horizontal* (entre los jueces europeos mismos o entre los propios jueces nacionales) o *vertical* (entre los jueces nacionales y los jueces europeos –exclusivamente el Tribunal con sede en Luxemburgo–)<sup>114</sup>.

**b)** Es también interesante la perspectiva que ofrece BUSTOS GISBERT cuando expone que la *estructura* de las interacciones expresadas en el diálogo pueden ser diferentes según la posición de los *sujetos dialogantes*, pudiéndose hablar desde el ámbito exclusivamente internacional de diálogos *verticales* (por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– y el Tribunal de Primera Instancia); *semiverticales* (el TJUE y el TEDH, el TJUE y el Órgano de Apelación de la OMC, el TJUE y la CIJ); *horizontales* (el TJUE y el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio –EFTA–); *competitivos*

112 *Ibid.*, p. 32.

113 *Ídem.*

114 *Ídem.*

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

o *superpuestos* (la CIJ y el Tribunal Internacional del Mar), o de *relaciones especiales* (el TJUE y los Tribunales Constitucionales estatales); “clasificación que probablemente deberíamos complicar aún más si incluimos en el análisis a las *relaciones con los tribunales nacionales y de éstos entre sí*” –énfasis agregado–. Del mismo modo, esta comunicación será diferente según el grado de “implicación recíproca” (expresión ya utilizada por Slaughter: *reciprocal engagement*), pudiéndose diferenciar entre diálogos *directos*, *monólogos* y *diálogos intermediados*<sup>115</sup>.

C) Las proposiciones clasificatorias sumariamente colacionadas son elocuentes acerca de la complejidad del tema y de la diversidad de enfoques doctrinarios que puede generar.

De cualquier modo, entre las numerosas variantes taxonómicas de “diálogo”, una versión simplificada consiste en identificar dos modalidades: la *vertical*, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema; y la *horizontal*, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de parificación ordinal<sup>116</sup>.

Si bien este segundo tipo dialógico es relevante porque habilita un intercambio de ideas y razonamientos en torno a temas comunes de tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas) entre sí; nos centraremos particularmente ahora en las posibilidades de interlocución entre estos órganos y la Corte IDH, sin perjuicio de plantear tangencialmente que esta clase de diálogo también debería involucrar a órganos cuasijurisdiccionales, como por ejemplo, específicamente en el ámbito universal (ONU), el Comité de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Aun cuando cierto sector doctrinario se muestra reluctante a aceptar este último enfoque como un verdadero “diálogo” (pues en su percepción no podría haberlo cuando existe una relación de disímil jerarquía entre los pretendidos *dialogantes*), juzgamos importante focalizar aquí aquella faceta vertical de interlocución, para lo cual entendemos que debe intensificarse un ‘*rapport*’ *jurisprudencial crítico tangible y efectivo*.

115 BUSTOS GIBBERT, Rafael, *op. cit.*, pp. 19-20.

116 Utilizamos *mutatis mutandis* la presentación de DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 10.

Ello, con la finalidad de que no sólo los órganos de cierre de la justicia constitucional (y demás autoridades involucradas) acaten los patrones exegéticos labrados por el Tribunal Interamericano, sino que éste a su vez tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de aquéllos, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

El diálogo jurisdiccional que proponemos constituye un desafío que – según lo plantea JIMENA QUESADA– “se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, [que] puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad”<sup>117</sup>.

A su tiempo, recurriendo a un ejercicio extremo de síntesis y convergentemente con lo anunciado, la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente por medio de un *prisma unidireccional* desde la Corte IDH hacia los órganos estatales máximos de justicia constitucional, sino que corresponde hacer foco en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional”<sup>118</sup>.

Por tanto, como anunciábamos y antes de dar al epílogo, resulta aconsejable propiciar una lógica de *crossfertilization* de ambas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio de argumentos y experiencias y el aprendizaje mutuo.

---

117 JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, cit., p. 158.

118 GÓNGORA MERA, Manuel E., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un 'Ius Constitutionale Commune' en América Latina?*, Tº II, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F., 2010, p. 429.

## V. Consideraciones finales

1. La creciente intensidad con que se desenvuelve la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes en aras de solidificar el sistema general de derechos, y de bregar para que el Estado cumpla cabalmente los compromisos internacionalmente asumidos en la materia.

Con ello éste sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión, se cumpliría con el debido proceso y se prevendrían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales.

2. La Constitución, con la fuerza normativa que le es ingénita, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas *-inter alia-* en la CADH y las pautas interpretativas que a su respecto traza la Corte IDH, dan forma a un bloque jurídico que direcciona su vigencia hacia una misma sustancia axiológica: *el resguardo y el desarrollo de los derechos fundamentales*.

3. Una de las vertientes de la dinámica interactiva entre tribunales locales y Corte IDH corresponde al *control de convencionalidad*. Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que éste transita por dos sendas:

- Una se desenvuelve en sede *internacional* y se deposita en el Tribunal Interamericano, que la ha venido desplegando desde hace bastante tiempo, aunque sólo en época reciente ha sido bautizada “control de convencionalidad”. Consiste básicamente en analizar en casos concretos si una práctica o una normativa de derecho interno resultan congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en caso de ser incompatibles su modificación o abrogación. Paralelamente, tal contralor convencional deviene procedente en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo al art. 2 de la Convención. En resumen, se concreta una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo de este instrumento internacional, o de otros respecto de los cuales la Corte IDH ejerce competencia material.

- La restante se mueve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales (vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en el deber de éstos de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial.

4. De la correlación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH emerge que los Estados Partes se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro tenor, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*.

En ese marco, el vocablo “garantizar” implica la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias, incluso por medio de decisiones jurisdiccionales, en aras de apartar los obstáculos que pudieran existir para que los seres humanos bajo su jurisdicción puedan usufructuar los derechos estipulados en la Convención.

5. La aludida pauta de adecuación normativa implica la obligación general de cada Estado Parte de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, en pro de garantizar los derechos en ella reconocidos. Ello significa que las medidas de derecho interno deben ser efectivas de conformidad con la pauta de *effet utile*, constituyendo un deber de los magistrados locales (y demás autoridades competentes) el asegurar el cumplimiento de aquella obligación mediante el *control de convencionalidad*, dispositivo pensado como herramienta para alcanzar una armónica aplicación de las reglas, principios y valores relativos a los derechos básicos.

6. Nunca debe perderse de vista que los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un *carácter especial*, cuyos objeto y fin convergen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*. No son tratados multilaterales del tipo tradicional, celebrados en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes.

Prof. Dr. Ingo Sarlet  
Prof. Dr. Humberto Nogueira  
Profª. Dra. Gina Marcilio Pompeu

7. No sería prudente soslayar que varias facetas de la problemática de los derechos humanos se mueven en el marco del *ius cogens*; que lo ideal es siempre pugnar por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos; y que es indispensable aprehender que el derecho internacional general no son sólo reglas, *sino un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes*<sup>119</sup>, y que los derechos esenciales constituyen un sistema integrado tendiente a *salvaguardar la dignidad del ser humano*.

8. En un entorno donde se incrementa la circulación de reglas iusinternacionales y se ahonda la interrelación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por la magistratura jurisdiccional (y otras autoridades públicas) del control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional *vis-à-vis* el compacto de reglas y principios que conforman la estructura literal de la CADH (y de los demás instrumentos integrantes del *corpus iuris* interamericano) y los patrones valorativos cincelados por la Corte IDH en su faena interpretativa, resguardando el debido proceso.

Aunque debe quedar claro que ello *no puede ni debe darse en el plano de una exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales*, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un *diálogo jurisprudencial crítico* (como una especie del género comunicación transjudicial) entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos, sobre la base de una dinámica de retroalimentación y respeto mutuo.

9. Ese ambicioso esquema de aperturas dialógicas e influencias recíprocas debería constituirse en el paradigma jurisdiccional que adquiera definitivo impulso en la presente centuria, para contribuir a despejar algunas de las dificultades sistémicas que atentan contra la cabal efectividad de los derechos fundamentales.

10. La deseable *sinergia* entre las instancias domésticas e interamericana se plantea desde la esperanzada idea de que resulta tan necesario como conveniente que ellas convivan en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la sintonía de una hermenéutica *pro persona*, en tanto ambas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: *fortalecer cualitativamente el amparo y la realización de los derechos básicos*.

---

119 Cfr., *mutatis mutandis*, HIGGINS, Rosalyn, *Problems & process. International Law and how we use it*, Oxford University Press, Oxford, 2003, *passim*.

11. En prospectiva, sería deseable que entre ambas jurisdicciones se acentuara un proceso de sinapsis y fertilización cruzada que fuera sustentable y equilibrado.

Ojalá brote entre aquéllas un diálogo crítico y tangible que convierta en realidad sus potencialidades evolutivas y las vuelque en la lucha por el perfeccionamiento tuitivo de los derechos básicos. Éstos, con su carácter *transversal*, son un elemento crucial para la consolidación de la democracia, el Estado Constitucional y Convencional y la custodia irrestricta de la dignidad humana.





