



O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO E O SEU REGIME JURÍDICO¹

THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO DEVELOPMENT AND ITS LEGAL STRUCTURE

Adriano Justi Martinelli²

Resumo

No presente estudo buscou-se pesquisar mais a fundo o direito humano e fundamental ao desenvolvimento, e para tanto partiu-se da diferenciação terminológica entre direitos do homem, direitos fundamentais e direitos humanos. Após, analisou-se o regime jurídico dos direitos humanos, buscando-se situar o direito ao desenvolvimento dentro deste. Ato contínuo, passou-se a investigar a forma como o direito ao desenvolvimento é tratado dentro da órbita interna do Estado Brasileiro.

Palavras-chave: Direito; desenvolvimento; regime jurídico.

Abstract

The present study sought to research more deeply the human and fundamental right to development, and with that objective, started with the main difference between rights of man, fundamental rights and human rights. After that, it analyzed the legal regime of human rights, seeking to situate the right of development therewithin. Immediately thereafter, it moved to investigate how the right of development is treated within the Brazilian State.

Keywords: Law; development; legal regime.

1 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE AS TERMINOLOGIAS: DIREITOS DO HOMEM, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS (E AS SUAS RESPECTIVAS CARACTERÍSTICAS)

Em breves palavras, por direitos do homem, se entende os direitos de conotação jus-naturalista, que não são positivados, mas cuja existência conhecia-se

¹ Artigo submetido em 15/10/2012, pareceres de aprovação em 08/07/2013 e 30/09/2013, aprovação comunicada em 07/10/2013.

² Advogado da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB), pós graduado em Direito e Processo Civil pela Universidade Católica Don Bosco (UCDB) e pós graduado em Direito Constitucional pela UNISUL/IDP. Agradecemos aos Professores Dra. Priscila da Mata Cavalcante e Dr. Robério Nunes dos Anjos Filho, pela gentileza e auxílio na elaboração desta pesquisa. E-mail: adrianojusti@gmail.com



independentemente de uma fonte escrita. Dentre eles podemos exemplificar o direito à vida e o direito à segurança.

Com o passar dos anos, à medida que o ser humano foi evoluindo e se desenvolvendo, houve a necessidade de corporificar tais direitos, de modo que, sua observância passasse a ser obrigatória dentre os demais integrantes de uma dada sociedade, momento em que surgiram os direitos fundamentais, precipuamente, como forma de controle às arbitrariedades do Estado. Os direitos subjetivos traduzem a ideia de direitos naturais constitucionalizados, ou seja, estabelecidos em um documento escrito.

Por fim, quando essas normas deixam a jurisdição doméstica e ascendem ao patamar internacional, ao ocorrer esse desligamento do plano interno para o plano internacional, elas passam a receber o nome de direitos humanos.

Assim, tem-se uma conotação de direitos esculpidos em tratados e convenções internacionais específicas, que podem integrar tanto o sistema global (este consiste no plano da Organização das Nações Unidas – ONU), quanto o regional (composto pelos sistemas americano, europeu e africano³).

Dentro da ótica da teoria geral dos direitos humanos a doutrina mais balizada já se deitou sobre o tema e identificou as seguintes características⁴ das liberdades públicas: a) historicidade; b) universalidade; c) essencialidade; d) irrenunciabilidade; e) inalterabilidade; f) inexauribilidade; g) vedação ao retrocesso; h) imprescritibilidade; i) interdependência; j) indivisibilidade; l) interrelacionalidade; m) inerência e n) transnacionalidade.

³ Flávia Piovesan nos informa que já há um incipiente sistema árabe, bem como, também já existe a proposta para criação de um sistema regional asiático. (PIOVESAN, 2010, p. 65-81).

⁴ Cite-se as características que são mais apresentadas pela doutrina. Neste sentido, Mazzuoli, 2007, p. 675. Ademais, algumas dessas características podem ser encontradas no artigo 5º da Declaração de Viena de 1948. Ressalte-se, também que as características da **inerência** e da **transnacionalidade**, foram abordadas por Carlos Weiss in WEIS, Carlos. *Os direitos humanos e os interesses transindividuais*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/congresso/Tese3.doc>>. Acesso em: 24 ago. 2011.



2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO E A SUA LOCALIZAÇÃO DENTRO DA TEORIA DAS GERAÇÕES (OU DIMENSÕES) DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Aspectos introdutórios e divergências doutrinárias quanto à aceitação da Teoria das Gerações (Dimensões) dos Direitos Fundamentais

É impossível falar-se na evolução dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões sem sequer tocar o nome de seu idealizador: *Karel Vasak*⁵.

*Vasak*⁶ pontuou esta teoria em 2 oportunidades: em 1977 e em 1979. Na primeira oportunidade o fez por meio do texto⁷ “*Human rights: A thirty-year struggle: the Sustained Efforts to give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*”. No entanto, dois anos depois expôs a tese em aula inaugural perante o Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo (França), onde *Vasak* relacionou os lemas da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) aos direitos humanos, de modo que, os direitos de 1º geração (ou dimensão), quais sejam, os direitos civis e políticos, estariam relacionados com a liberdade; os de 2ª geração (ou dimensão) seriam os direitos sociais, econômicos e culturais estando estes adstritos à igualdade e por fim, ocupando a 3ª geração (ou dimensão), ter-se-iam os direitos difusos que se vinculariam com a fraternidade.

Vale o registro de que Antônio Augusto Cançado Trindade (1993, p. 223) critica severamente essa tese defendida por *Vasak*. Para Cançado Trindade não há como fazer essa correlação entre os lemas da Revolução Francesa e o surgimento linear e cronológico dos direitos fundamentais.

Dentre os diversos argumentos utilizados por Cançado Trindade (1993) para criticar essa teoria pensada por *Karel Vasak*, o mencionado autor afirma que “(...)

⁵ Karel Vasak também escreveu um artigo analisando o direito ao desenvolvimento, tendo sido o mesmo publicado no “Correio da Unesco” (ESPIELL, Hector Gross. El Derecho al Desarrollo como un Derecho Humano. in *Revista de Estudios Internacionales*, n.1, janeiro-março de 1980, p. 41-60).

⁶ Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 14 ago. 2011.

⁷ MORALES, Patricia. UNESCO's Philosophy of “intellectual and moral solidarity” in attaining peace. Disponível em: <<http://www.onlineunesco.org/UNESCO%27s%20Philosophy.html>>. Acesso em: 14 ago. 2011.



essa tese das gerações de direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na realidade”. Ele afirma que o direito à vida, por exemplo, é um direito com respaldo em todas as gerações, já que é um direito civil, político, econômico-social e cultural. Cançado Trindade também leciona que no aspecto histórico essa divisão não possui correlação fática no que diz respeito ao direito internacional, uma vez que, “(...). No plano internacional, os direitos que apareceram primeiro foram os econômicos e os sociais. As primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) anteriores às Nações Unidas surgiram nos anos 20 e 30”.

E assim critica severamente Cançado Trindade (1993):

Somente uma visão atomizada ou fragmentada do universo dos direitos humanos pode conduzir à aceitação da teoria das “gerações de direitos”. Seu aparente poder de persuasão muito deve a comentários apressados e descuidados somados à indolência mental com que conta para propagar-se. Ainda que à primeira vista atraente para fins didáticos, tal teoria, do ponto de vista da ciência do direito, em nada é convincente, e não resiste a um exame mais cuidadoso da matéria. Os riscos desta visão atomizada, da fantasia das “gerações de direitos”, são manifestos. Quantos governos, a pretexto de buscarem a realização progressiva de certos direitos econômicos e sociais em futuro indeterminado, violaram sistematicamente os direitos civis e políticos (...).

No entanto, as críticas à teoria desenvolvida por *Vasak*, em que pese o respeitável posicionamento de Cançado Trindade, não prejudicam a importância propedêutica das gerações ou dimensões dos direitos humanos.

Sem prejuízo da existência da dupla terminologia (gerações e dimensões) adotar-se-á o termo “dimensões”, apenas a título pedagógico, mesmo entendendo, como Cançado Trindade, que a história é pendular, logo, não há razão para separar os direitos fundamentais em períodos históricos de forma estática, pois fazer isso significa afirmar que no período da 3ª dimensão não temos direitos de 1ª dimensão, fato que se revela completamente inadmissível.

2.2 A localização do Direito Fundamental ao desenvolvimento dentro da Teoria das Dimensões de Direitos Fundamentais

Superada essa divergência existente a respeito da teoria das dimensões de direitos, é certo que a doutrina situa o direito ao desenvolvimento dentro da 3ª dimensão.



Seguindo a linha doutrinária de *Karel Vasak*, como lecionam Paulo Bonavides (2009, p. 569)⁸ e outros autores, o direito fundamental ao desenvolvimento está inserido dentro da 3ª dimensão, junto com outros direitos, dentre os quais, destacam-se: direito ao meio ambiente, à propriedade, à conservação do patrimônio histórico e cultural etc.

3 O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO⁹ E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Foi Keba Mbaye, Chefe de Justiça (Ministro da Justiça, Ministro da Corte Suprema) do Senegal, quem cunhou pela primeira vez, em 1972, o conceito de direito ao desenvolvimento humano¹⁰.

O estudo do direito ao desenvolvimento exige a menção à dignidade da pessoa humana e esta foi extraída diretamente do pensamento de *Immanuel Kant*.

Ora, o direito ao desenvolvimento é um meio para que a dignidade seja assegurada e respeitada.

Dentro do contexto da dignidade da pessoa humana e do direito ao desenvolvimento tem-se, também, o mínimo existencial deve ser citado, já que possui relevância direta, e somente com o desenvolvimento é que alcança-se a concretização do mínimo existencial.

Feitas essas pontuações, passa-se a analisar a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento¹¹ de 1986, que logo em seu preâmbulo assim dispõe:

⁸ Neste sentido também: Sarlet, 1998, p. 51; Mendes, 2008, p. 234.

⁹ O dicionário Michaelis assim define o termo desenvolvimento: **1** Ato ou efeito de desenvolver. **2** Crescimento ou expansão gradual. **3** Passagem gradual de um estágio inferior a um estágio mais aperfeiçoado. **4** Adiantamento, progresso. **5** Extensão, prolongamento, amplitude. **6** *Mús* Elaboração de um tema, motivo ou idéia musicais por modificações rítmicas, melódicas ou harmônicas. **7** *Mús* Parte em que tal elaboração ocorre. **8** *Mat* Expressão de uma função qualquer na forma de uma série. **9** *Mat* Transformação de uma expressão em outra equivalente, mais extensa, porém mais acessível ao cálculo. *D. direito, Biol*: desenvolvimento sem metamorfose. *Sin*: *desenvolvimento*. Dicionário Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=desenvolvimento>>. Acesso em 15 ago. 2011.

¹⁰ PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2011. Ainda sobre o tema, consultar Espiell, 1980, p. 41-60.



(...) é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes;

O desenvolvimento pode ser social, humano, econômico, científico, ambiental etc enfim, todas as áreas do conhecimento humano admitem o desenvolvimento.

O glossário do relatório de desenvolvimento humano 2000, realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento¹² assim conceitua o desenvolvimento humano:

O desenvolvimento humano é o processo de alargamento das escolhas das pessoas, através da expansão das funções e capacidades humanas. Deste modo, o desenvolvimento humano também reflete os resultados nestas funções e capacidades. Representa um processo, bem como um fim.
(...) Em última análise, o desenvolvimento humano é o desenvolvimento das pessoas, para as pessoas e pelas pessoas.

Da doutrina estrangeira, pode-se destacar os ensinamentos de Hector Gros Spiell (1980, p. 41-60), que assim leciona sobre o tema:

Este derecho al desarrollo fue inicialmente pensado como un derecho en el ámbito internacional, en cuanto derecho de las comunidades políticas, de los Estados y de los pueblos sometidos a una dominación colonial y extranjera.

A respeito do desenvolvimento econômico é importante traz-se à baila as ilações de Orlando Gomes (1961, p. 19)¹³ “(...) o desenvolvimento econômico é condicionado por crenças substantivas e adjetivas de uma comunidade. É um

¹¹ Adotada pela Resolução nº 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 dez. 1986. (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993. p. 194).

¹² PNUD. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/hdr/hdr2000/docs/Glossario_de_DDHH.pdf>. Acesso em: 12 set. 2011.

¹³ A respeito do pensamento de Orlando Gomes remete-se ao seguinte texto: CAVALCANTE, Priscila da Mata. O sistema internacional de cooperação ao Desenvolvimento: uma reflexão acerca das políticas de ajuste estrutural e a transição da assistência técnico-financeira à cooperação humana. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/priscila_da_mata_cavalcante2.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2011.



processo que ocorre dentro de condições institucionais que conduzem à transformação estrutural da sociedade (...).”

Fernando Antonio Amaral Cardia (2005, p. 54) assim analisa o desenvolvimento sob o ponto de vista econômico: “constitui um crescimento da produção de bens e recursos endógeno (baseado em fatores internos) e sustentado (com vistas à preservação dos recursos).”

Ana Paula Ornellas Mauriel¹⁴ cita o conceito de desenvolvimento cunhado por Werneck Vianna e Bartholo Jr, que assim tratam o assunto:

(...) desenvolvimento é uma noção moderna, que passa a freqüentar o vocabulário dos pensadores após profundas mudanças operadas no Ocidente, com a expansão das atividades mercantis e, sobretudo, com o advento da indústria. Pois foi, então, que o próprio sentido de mudança pode ser mais fortemente percebido, na medida em que o ritmo da vida se acelerou, e o mundo deixou de ser apreendido como estático. A idéia de provisoriedade se tornou visível.

Arjun Sengupta¹⁵ analisa o direito fundamental ao desenvolvimento da seguinte maneira:

Em primeiro lugar, há um direito humano que é “inalienável”, o que quer dizer que não pode ser negociado. Depois, há um processo de “desenvolvimento econômico, social, cultural e político”, que é reconhecido como um processo no qual “todos os direitos humanos e liberdades fundamentais podem ser plenamente realizados”. O direito ao desenvolvimento é um direito humano, em virtude do qual “cada pessoa humana e todos os povos têm o direito de participar, contribuir e gozar” desse processo de desenvolvimento.

Ivanilda Figueiredo¹⁶ assim proclama o direito ao desenvolvimento:

¹⁴ Vianna, Werneck; Bartholo Jr. *Apud* Mauriel, Ana Paula Ornellas. Desenvolvimento humano e proteção social em um contexto de crescente interdependência. Coleção relações internacionais e globalização.

¹⁵ SENGUPTA, Arjun. O Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano. Disponível em: <http://ww1.psd.org.br/opartido/ltv/revista/revista_02/p7292_o_direito.pdf >. Acesso em: 26 ago. 2011.

¹⁶ FIGUEIREDO, Ivanilda. Algumas considerações sobre o direito fundamental ao desenvolvimento humano e o projeto de lei de responsabilidade fiscal e social. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Figueiredo_n32.pdf>. Acesso em: 01 set. 2011.



(...) o direito ao desenvolvimento traduz-se direito de todo indivíduo desenvolver, plenamente, sua capacidade de agente e que a capacidade de agente é a competência obtida por cada um para escolher de modo formal e materialmente livre o modo de vida que mais lhe agrada. A majoração dessa capacidade gera um aumento da liberdade por o indivíduo estar desfrutando de direitos essenciais e sendo chamado a tomar a sua parcela de responsabilidade por si e por sua comunidade. Portanto, ao desfrutar do direito ao desenvolvimento os cidadãos incrementam a democracia.

Importa neste mister diferenciar duas terminologias que podem induzir o leitor ao erro: o DIREITO DO DESENVOLVIMENTO e o DIREITO AO DESENVOLVIMENTO. Para tanto, nos valem das lições de Cançado Trindade (1993, p. 175):

Importa ter em mente a distinção entre “direito internacional do desenvolvimento (“international law of development”/“droit international du développement”), e o “direito ao desenvolvimento” (“right to development”/“droit au développement”), como um direito como proclamado na Declaração de 1986. O primeiro, com seus vários componentes (direito à autodeterminação econômica, soberania permanente sobre a riqueza e os recursos naturais, princípios do tratamento não-recíproco e preferencial para os países em desenvolvimento e da igualdade participatória dos países em desenvolvimento nas relações internacionais e nos benefícios da ciência e tecnologia), emerge um sistema normativo internacional objetivo a regular as relações entre Estados juridicamente iguais mas economicamente desiguais e visando a transformação destas relações com base na cooperação internacional (Carta das Nações Unidas, artigos 55-56) e em considerações de equidade, de modo a remediar os desequilíbrios econômicos entre os Estados e a proporcionar a todos os Estados – particularmente os países em desenvolvimento. O segundo, como sustentado pela Declaração de 1986, e inspirado em disposições de direitos humanos tais como o artigo 28 da Declaração Universal de 1948 e o artigo 1º de ambos os Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, afigura-se como um direito humano subjetivo, englobando exigências da pessoa humana e dos povos que devem ser respeitadas.

No dizer de Fernando Antonio Amaral Cardia (2005, p. 59), a doutrina divergiu a respeito da natureza do direito do desenvolvimento, questionando-se a sua inclusão dentro do Direito Internacional Econômico, no entanto, para este autor, a pertinência reside em saber que este tema busca a “separação das disparidades de desenvolvimento dos Estados”.

Em síntese, o direito do desenvolvimento está relacionado com o Direito Internacional Econômico. Já o direito ao desenvolvimento, este, como analisaremos de forma mais detida abaixo, é um direito humano e fundamental.



Flavia Piovesan (2010, p. 65-81) também identifica, com base na doutrina de Allan Rosas, 3 (três) dimensões centrais para o direito ao desenvolvimento: a) Justiça social; b) Participação e *accountability* e c) Programas e políticas nacionais e cooperação internacional.

O conceito de desenvolvimento passa por diversos ramos do conhecimento humano, possuindo aspectos sociológico, econômico e jurídico.

É pertinente aqui fazer um recorte e afirmar que o direito ao desenvolvimento está também diretamente ligado à ciência criminal. Certamente o leitor questionará essa nossa assertiva já que o presente estudo não se destina ao estudo do direito penal.

Entende-se importante, fazer essa ligação do direito ao desenvolvimento com a coculpabilidade e aqui nos arrisca-se, ainda que superficialmente, ao estudo deste tema.

O conceito de coculpabilidade foi cunhado por Eugenio Raúl Zaffaroni (2006, p. 525) que assim o ensina, *verbis*:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade - por melhor que organizada seja - nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas possibilidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com estas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma "coculpabilidade", com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de co-culpabilidade é uma idéia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (ver n. 118) e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo o Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66.

A coculpabilidade¹⁷ (ou vulnerabilidade como preferem alguns doutrinadores) nada mais é do que a codivisão da responsabilidade por parte do

¹⁷ Atualmente, a coculpabilidade já foi inclusive reconhecida pelo legislador infraconstitucional, como se verifica no artigo 19, inciso IV da Lei Federal nº 11.343/2006, bem como, pela jurisprudência, a qual a título de exemplo, cita-se: "(...)7- **Possibilidade de**, para o caso concreto, uma solução mais benéfica para o acusado, no reconhecimento da vulnerabilidade do mesmo, morador de rua, que não completou os estudos, vivendo à margem da sociedade, catando lixo para sobreviver,



agente que delinuiu e do Estado que não preparou o agente para integrar a sociedade.

Ora, se o Estado dá efetividade ao direito ao desenvolvimento por meio de políticas públicas de modo que a dignidade humana dos administrados seja respeitada, tem-se como consequência o engrandecimento do ser humano e a sua inclusão no meio social, conferindo-lhe então mais oportunidades e mais autodeterminação, de modo que, este mesmo administrado não poderá então alegar uma pretensa “hipossuficiência culpante” ou, vulnerabilidade, no momento de sua conduta delitativa, pois a sua autodeterminação terá sido preenchida pelo agir estatal.

Como citado acima, Zaffaroni ensina que é possível que alguns homens possuam menos oportunidades e isso é inerente em um sistema capitalista, mas o papel de um Estado do Bem Estar Social Democrático de Direito¹⁸ é justamente minorar as desigualdades e isso certamente pode ser alcançado à medida que o direito ao desenvolvimento é concretizado.

Analisando a conexão do pensamento econômico de Amartya Sen com o princípio da coculpabilidade, Eduardo Luiz Santos Cabette (2008, p. 9-10) faz um paralelo entre a ética e o direito penal, e assim assevera:

(...). E quem sabe, algum dia, em uma sociedade realmente desenvolvida, em que imperem a liberdade e a igualdade não somente formais, mas materiais, se possa atribuir a cada um a responsabilidade única e integral por suas escolhas e condutas.

Assim, temos que o direito ao desenvolvimento possui uma ampla gama de reflexos, repercutindo no aspecto social e sociológico, humano, ambiental, econômico e até mesmo, criminal.

acatando a sugestão, tanto do Ministério Público Federal local quanto da Procuradoria Regional, **no reconhecimento da coculpabilidade do Estado, no dizer da doutrina garantista para reduzir-lhe a pena. (...)**”. BRASIL, TRF5 - ACR - Apelação Criminal – 7868 – Relator Desembargador Federal Hélio Sílvio Ourem Campos - Primeira Turma - DJE - Data: 25/02/2011. (grifos nossos)

¹⁸ Em que pese as recentes alterações na CF/88, realizadas no governo de Fernando Henrique Cardoso e que visaram implementar nuances de um neoliberalismo, pensamos que a CF/88 ainda consegue manter essa característica de sermos um *Welfare State* – Estado do Bem Estar Social. Neste sentido NASCIMENTO, Samuel Pontes do. **Do Estado mínimo ao Estado regulador. Uma visão do Direito Econômico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1968, 20 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11990>>. Acesso em: 22 set. 2011



4 PREVISÕES NORMATIVAS DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NA ORDEM INTERNACIONAL

Em sede de proteção internacional aos direitos humanos, dentre os diplomas existentes, merecem destaque: a) Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; b) a Declaração sobre o direito ao desenvolvimento de 1986; c) Declaração de Viena de 1993; d) Declaração do Milênio de 2000; e) Declaração e Programa de Ação de Durban em 2002¹⁹ e f) Convenção Europeia de direitos humanos²⁰.

A primeira documentação internacional que conteve o direito ao desenvolvimento é a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, documento que foi originado da Assembleia da ONU, cuja importância, para os direitos humanos dispensa apresentação, *verbis*:

Artigo XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

(...)

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

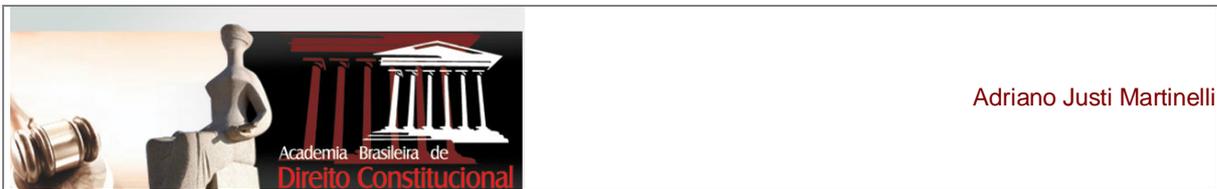
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

O direito ao desenvolvimento é reconhecido inclusive no *primeiro considerando* da Declaração específica sobre o direito ao desenvolvimento:

Reconhecendo que o **desenvolvimento** é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação

¹⁹ Estes dois últimos diplomas internacionais foram apontados por Barbosa; Pedro Henrique Batista. Comércio internacional, direitos humanos e direito ao desenvolvimento: o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Barbosa_n32.pdf> Acesso em: 08 ago. 2011.

²⁰ Disponível em: <<http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 01 set. 2011.



ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes;" (grifos nossos)

Além de o termo *desenvolvimento* ser mencionado em outras passagens do preâmbulo da Declaração sobre o direito ao desenvolvimento, o seu artigo 1º traz o conceito normativo de desenvolvimento:

Artigo 1

1. **O direito ao desenvolvimento** é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos de autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais. (grifos nossos).

Como dito acima, a Declaração de Viena de 1993 também regulamenta o direito humano ao desenvolvimento:

10. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma **o direito ao desenvolvimento**, conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte integrante dos direitos humanos fundamentais. (grifos nossos)

Portanto, abordou-se os principais diplomas internacionais que positivam expressamente o direito fundamental ao desenvolvimento.

5 A ESTRUTURA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO

O Prof. Hector Gros Espiell (1980, p. 53), em seu texto "El derecho al desarrollo", analisa a estrutura do direito ao desenvolvimento e identifica: a) os sujeitos ativos (seus titulares); b) seus sujeitos passivos (obrigados ao



cumprimento), mas o faz primeiro sob um prisma coletivo e depois sob um prisma individual²¹ e por fim, analisa o objeto.

Desta feita, segundo as lições do Prof. Espiell (1980, p. 52), seriam titulares coletivos do direito ao desenvolvimento “(...) todos los Estados, pero especial y particularmente a los países en vías de desarrollo y a los pueblos que luchan por su libre determinación contra una dominación colonial y extranjera (...)”.

Mas o Prof. Hector (ESPIELL, 1980, p. 52) também analisa este direito sob o viés individual, e nesta esfera ele identifica como titulares:

(...) los individuos, partiendo de la base de que, según la fórmula empleada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos (...). Esta afirmación implica la necesidad, evidente por lo demás, de reconocer el derecho al desarrollo, en principio, a todo ser humano sin discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, ideología o nacionalidad.

No que tange aos obrigados a assegurar este direito, em um âmbito coletivo, identifica o Prof. Hector (ESPIELL, 1980, p. 53) como sujeitos passivos “(...) el Estado y las entidades colectivas de las que dependen, a su vez, los otros entes colectivos titulares del derecho al desarrollo”.

E sob o ponto de vista individual, o autor (ESPIELL, 1980, p. 53) aponta como coobrigados “(...) de las personas colectivas o entes públicos competentes y de la Comunidad Internacional”.

O prof. Hector (ESPIELL, 1980, p. 55) ainda aborda 3 pontos **quanto objeto** do direito ao desenvolvimento. Em um primeiro momento ele o faz como um direito coletivo que condiciona o direito individual e vice-versa. Em um segundo lugar, ele afirma que se funda na premissa de que todo homem possui o direito da uma vida livre e digna dentro da Comunidade e isso gera o direito ao desenvolvimento aos indivíduos, como decorrência do direito da dignidade da pessoa humana. E por fim, em uma terceira ponderação Espiell afirma que o direito ao desenvolvimento não

²¹ Nesse mesmo sentido, Cançado Trindade (1993, p. 174) afirma que “(...) e, como contrapartida do direito ao desenvolvimento, as responsabilidades recaem também sobre os seres humanos, individual e coletivamente (comunidades, associações, grupos). Os sujeitos passivos do direito ao desenvolvimento são assim os que arcam com tais responsabilidades, com ênfase nas obrigações atribuídas pela Declaração aos Estados, individual e coletivamente (a coletividade dos Estados).”



pode ser identificado como sinônimo de crescimento econômico, mas sim, um conceito que “traz uma ideia múltipla e complexa a respeito do progresso econômico, social, cultural e político com um objetivo final de justiça, realizado de maneira harmônica e equilibrada entre os diferentes elementos”.

6 DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL

O histórico constitucionalista brasileiro passou por momentos de percalços, avanços e retrocessos, assim como a história em geral, uma vez que, é sabido que a história é cíclica e pendular e não retilínea.

Nos últimos trinta anos, o Brasil viu se encerrar um período ditatorial, para se inaugurar um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988, também chamada de constituição cidadã, assim o é, em virtude do extenso e não exauriente rol de direitos e garantias fundamentais asseguradas aos brasileiros (natos e naturalizados) assim como aos estrangeiros (que aqui residem ou que de passagem estejam, segundo entendimento do STF).

A presença dos direitos fundamentais já fica demarcada desde a leitura do preâmbulo da constituição:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a **assegurar** o exercício dos **direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifos nossos)

Como se pode constatar o próprio preâmbulo da Constituição já exalta que a Assembleia Nacional Constituinte pretendeu instituir um Estado Democrático destinado a assegurar direitos fundamentais de todas as dimensões. Ademais,



quando o constituinte se valeu do termo DESENVOLVIMENTO, o fez no sentido de DESENVOLVIMENTO HUMANO²².

O Supremo Tribunal Federal (STF) já firmou entendimento de que o preâmbulo não é norma passível de funcionar como parâmetro no controle de constitucionalidade, mas pode facilmente ser utilizado como fonte hermenêutica logo, o termo DESENVOLVIMENTO pode e deve ser interpretado em consonância com todos os demais dispositivos da Constituição, dentre os quais pode-se destacar: artigo 1º, incisos I, II, III, IV e V; artigo 3º incisos I, II, III e IV, artigo 5º e seus incisos; mais adiante, o regime do sistema tributário e financeiro, pois, somente com um sistema tributário equalizado e correto é que se permite que se faça uma justiça fiscal, de modo que se observe o princípio da capacidade contributiva. Também é importante citar o artigo 219, que estabelece que o mercado interno é patrimônio nacional, porque gera renda necessária para o desenvolvimento humano.

Ora, este direito subjetivo pode ser visto sob diversos aspectos, como já dito acima, dentre eles o ambiental, econômico, sociológico etc.

Dentro do aspecto do direito ambiental, vige o princípio do desenvolvimento sustentável. O artigo 225, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), possui relação direta com o desenvolvimento humano, uma vez que, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ser regido pela intergeracionalidade, deve ser preservado pelas presentes gerações, para os credores presentes e futuros, o que implica exigir que o desenvolvimento humano não seja buscado a qualquer custo.

Com relação ao direito ao desenvolvimento é possível encontrar os trabalhos realizados pela ONU, mais especificamente os relatórios de desenvolvimento humano que têm como parâmetros comparativos: a saúde (por meio da expectativa de vida); a educação (por meio da taxa de alfabetização), a renda (por meio da fixação da renda per capita).

Importante também relacionar o desenvolvimento econômico com a RENDA.

O desenvolvimento previsto no preâmbulo da constituição é o desenvolvimento nacional, assim, logo no início do texto da Magna Carta Federal²³

²² Esses pensamentos relativos ao direito fundamental ao desenvolvimento humano no ordenamento jurídico pátrio também foram mencionados pelo Dr. Robério Nunes dos Anjos Filho em aulas ministradas no curso Federal Concursos nos meses de maio, junho, julho e agosto de 2011.

²³ Expressão utilizada pelo Ministro Carlos Ayres Brito, em seu voto proferido nos autos da ADI 3510.



(artigo 3º) traçam-se os objetivos da República Federativa do Brasil, e dentre eles, pode-se encontrar o DESENVOLVIMENTO HUMANO.

No entanto, é certo que não se pode falar em desenvolvimento humano quando se tem concentração de renda, logo, é necessário que ocorra um processo de desconcentração de renda, para podermos alcançar este objetivo da república. O legislador constituinte cunhou o artigo 219 da CF/88²⁴, justamente visando esta finalidade.

Ora, se este comando estabelece que o mercado interno é patrimônio nacional, quando os fatores reais de poder²⁵ estabeleceram esta norma, certamente o fizeram sob o fundamento de que é o mercado interno que gera renda necessária para o desenvolvimento humano, pois somente com a produção de divisas e créditos é que se torna possível a implementação de políticas públicas, com vistas a se construir uma sociedade livre, justa etc.

Não basta ao Estado respeitar os direitos de primeira dimensão conferindo as chamadas “liberdades”, mas é necessário implementar efetivamente os direitos econômicos, sociais e culturais, e isso se conclui da característica da indivisibilidade dos direitos humanos, de modo que, não adianta ser conferida liberdade de ir e vir ao cidadão se este não tem o mínimo de condição financeira para prover suas necessidades diárias.

7 OS COMANDOS CONSTITUCIONAIS QUE FUNDAMENTAM O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO

Diante do até aqui exposto, não pairam dúvidas de que o direito ao desenvolvimento é um direito humano. Ocorre que, também é necessário pontuar-se que este também é um direito fundamental, haja vista a diferenciação que a doutrina faz entre estas terminologias (vide capítulo 1 deste trabalho).

²⁴ Art. 219, CF/88. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

²⁵ A expressão “fatores reais de poder” foi cunhada por Ferdinand Lassale em sua obra “ Que é uma Constituição”. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicaol.html>>. Acesso em: 26 out. 2011.



Neste sentido, conjugando diversos dispositivos da Constituição, dentre eles, o preâmbulo, também devemos nos ater à leitura de outros comandos tais quais: artigo 1º e incisos; artigo 3º e incisos; artigo 5º e incisos; artigo 21, incisos IX e XX; artigo 43 cabeça; artigo 48 inciso IV; artigo 151 e incisos; artigo 170 e incisos; artigo 174 cabeça; artigo 180 cabeça; artigo 182; artigo 192; artigo 218 e todo o capítulo do desenvolvimento nacional.

Após a leitura detida de todos estes comandos, pode-se concluir pela existência do direito fundamental ao desenvolvimento no ordenamento jurídico pátrio.

A doutrina elenca diversas variáveis no que tange às classificações das Constituições, e dentre estas classificações, mais especificamente, quanto ao conteúdo, a CF/88 é analítica, ou seja, longa e prolixa, mas que aborda diversos direitos e não poderia ser diferente no que tange ao direito ao desenvolvimento.

É importante pontuar que o desenvolvimento (visando assim atingir os objetivos da república) não pode ser buscado de forma predatória, já que, em sendo um direito fundamental, também deve respeitar os direitos da população que estejam nesse mesmo nível de importância.

8) Do regime jurídico aplicável ao direito humano e fundamental ao desenvolvimento

7.1 Da posição hierárquica ocupada pelos Tratados de Direitos Humanos frente aos ordenamentos jurídicos internos e internacionais

Como afirmado acima, o direito ao desenvolvimento possui um duplo espectro de proteção, eis que se trata de: a) direito humano com proteção em diversos tratados internacionais e; b) direito fundamental com ampla positivação constitucional.

Deve-se observar que o direito ao desenvolvimento possui 2 (dois) níveis de proteção, interno e internacional, no entanto, há um embate doutrinário quanto à posição ocupada pelos tratados de direitos humanos frente ao ordenamento jurídico como um todo.



Em sua obra Flávia Piovesan (2006)²⁶ afirma existirem quatro correntes a respeito da hierarquia dos tratados de proteção de direitos humanos: “a) hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) hierarquia constitucional; c) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) paridade hierárquica entre tratado e lei *federal*”.

Para Celso Albuquerque de Mello²⁷, os tratados internacionais são superiores à Constituição. Aqui entende-se, contudo, que os tratados internacionais estão em posição superior à Constituição, apenas se tratarem de direitos humanos.

Pensa-se dessa forma, já que, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio *pro homine*, não há dúvida de que os tratados que estabelecem direitos humanos estão eivados de alta densidade axiológica, e essa característica é diametralmente oposta a outros tipos de tratados. Logo, os demais tratados, certamente não podem ascender ao mesmo nível hierárquico que primeiros.

Portanto, aqui faz-se mister a citação dos ensinamentos de Celso Albuquerque de Mello (2003), que desenvolveu uma série de argumentos para defender sua tese. Ele parte do fundamento de “(...) a noção de soberania não é absoluta, mas sim um conceito jurídico indeterminado e que varia de acordo com a época histórica”.

No entanto, para se definir qual corrente doutrinária será adotada é relevante ter conhecimento das teorias que explicam as relações existentes entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

²⁶ E continua Piovesan ao afirmar que seguem o entendimento da supraconstitucionalidade Agustín Gordillo, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros. Marcelo Neves (2009) também aborda a questão das constituições supranacionais e analisa outras concepções e terminologias. Importante também trazer os ensinamentos de Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes, que **separam os tratados de direitos humanos em centrífugos** (aqueles que regem as relações jurídicas dos Estados ou dos indivíduos com a chamada jurisdição global. São centrífugos porque saem do seu centro) e **centrípetas** (aqueles que cuidam das relações dos indivíduos ou do Estado no plano doméstico), de modo que, para ambos, os tratados centrífugos possuem natureza supraconstitucional e os centrífugos possuem status constitucional. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? Disponível em: <<http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/viewPDFInterstitial/895/625>>. Acesso em: 01 set. 2011.

²⁷ O autor afirma categoricamente que “(...) a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional”. (MELLO, 2003, p. 25)



Assim, passa-se a citá-las: a) teoria dualista e b) teoria monista, sendo que, segundo Valério de Oliveira Mazzuoli (2007, p. 60-66), o monismo pode ser b.1) monista internacionalista ou b.2) monista nacionalista. E mais, o autor afirma existir uma terceira corrente mista denominada de *corrente coordenadora* ou *conciliatória*, segundo a qual se defende “(...) a coordenação de ambos os sistemas a partir de normas superiores a ambos, a exemplo das regras do Direito Natural. Esta posição conciliatória não encontrou guarida nem nas normas e tampouco na jurisprudência (...)”.

E neste ponto Mello (2003) analisando criticamente a corrente dualista (que pregava o prevaecimento da norma posterior, ou seja, aplicava-se o que se chama de critério cronológico, de modo que, a norma posterior revogaria a anterior, independentemente desta ser um tratado ou uma norma interna), afirma que “(...) Jean Bodin ao formular a teoria da soberania afirmou que ela tinha o direito natural e o direito das gentes acima delas”.

E continua (MELLO, 2003, p. 22) ao defender que:

Dualismo não significa mais hoje que o DI incorporado fique igualado ao direito interno. Na verdade, quer dizer que o DIP precisa ser incorporado ao direito interno, mas não que o direito interno posterior possa revogar uma norma do DIP internalizada.

Em síntese, pode-se sistematizar os argumentos de Mello da seguinte forma:

- a) Não existe soberania absoluta, de modo que o direito natural e o direito das gentes estão acima do direito interno;
- b) A Corte de Justiça da Comunidade Europeia tem afirmado que o direito comunitário é uma nova ordem jurídica em que ocorre a limitação da soberania dos Estados;
- c) Kelsen já determinava que a norma fundamental era do DIP;
- d) Não é possível que uma norma de direito internacional internalizada possa ser substituída por uma norma de direito interno que seja somente posterior (adoção do critério cronológico);
- e) Em uma época de globalização, isso acarreta uma importância muito grande ao DIP;
- f) O Estado não existe sem que esteja inserido em um contexto internacional, eis que, a noção de Estado depende da existência de uma sociedade internacional, no entanto, para que haja Estado é necessário que haja uma Constituição, mas a recíproca é verdadeira e a Constituição também depende da sociedade internacional, logo, o DIP está acima do DI.



Inicialmente, o STF entendeu que os tratados de direitos humanos celebrados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 e que não tenham sido recebidos pelo Brasil seguindo o regime do artigo 5º, § 2º, CF/88 possuíam natureza jurídica supralegal.

O STF, em um primeiro momento pensou desta forma, no entanto, em seu voto proferido no HC nº 87855 (com julgamento já concluído) o Ministro Celso de Mello (revendo sua posição), parece ter ido além da posição de supralegalidade defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, e deixou consignado que para ele os tratados de direitos humanos possuem natureza CONSTITUCIONAL, mesmo aqueles assinados antes da EC 45/2004.

Assim, alguns ministros passaram a defender a tese que, mesmo antes da EC nº 45/2004 os tratados de direitos humanos já poderiam ter natureza constitucional, embora a posição vencedora tenha sido a da SUPRALEGALIDADE. Mas não termina aí.

O Ministro Joaquim Barbosa (vide ADI 3937) também reconheceu no mínimo um status supralegal a estes tratados. Portanto, se eles possuem no mínimo este status, nada impediria sua hierarquia constitucional.

O reforço a essa tese veio com a Súmula Vinculante (SV) nº 25, contendo o seguinte teor: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

O artigo 7º, § 7º, do Pacto de San José estabelece o princípio de que ninguém deve ser detido por dívidas. A norma estabelecida neste tratado não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar, de forma que, pelo texto do pacto somente seria possível a prisão para inadimplemento alimentar. O Pacto, porém, é de 1969.

Posterior, e confrontando com o tratado, tem-se a CF/88 (artigo 5º, LXVII) que estabelece a prisão civil por dívida para dois casos: depositário infiel e devedor de alimentos.



A leitura mais detida da SV nº 25 nos remete à conclusão de que houve o prevailecimento de um tratado à norma do texto constitucional²⁸ e aí pode-se constatar a SUPRACONSTITUCIONALIDADE dos tratados de direitos humanos²⁹ frente à Constituição, conforme defendido acima.

7.2 Do regime jurídico quanto à eficácia e à aplicabilidade do direito ao desenvolvimento e a sua forma de tutela

Neste tópico pretendemos analisar o regime jurídico quanto à eficácia e à aplicabilidade do direito ao desenvolvimento nas searas internacional e interna. Para tanto, visando instigar o leitor, fizemos um fluxograma inicial que segue abaixo, de modo que procuraremos desenvolver estas ideias a seguir.

²⁸ Quem fez toda essa digressão desenvolvida nos últimos 8 parágrafos incluindo o que citou o julgado de nº 87855 foi o professor e procurador regional da república Dr. Robério Nunes dos Anjos Filho em aulas ministradas no curso Federal Concursos nos meses de maio, junho, julho e agosto de 2011.

²⁹ Elival da Silva Ramos defende posição diversa no sentido de que “(...) não é possível haver dois regimes jurídicos distintos aplicáveis aos tratados internacionais, sob o prisma do procedimento e efeitos de sua incorporação ao ordenamento interno, emprestando-se tratamento privilegiado aos tratados sobre direitos humanos. Por mais intencionados que sejam, esquecem-se os festejados defensores dessa dicotomia que o primado dos direitos fundamentais da pessoa humana não prescinde dos instrumentos básicos do Estado de Direito e do funcionamento democrático das instituições estatais (...)”. (RAMOS, 2009. p. 188).



Na seara internacional, a principal indagação que se coloca é a seguinte: havendo omissão ou desrespeito de um Estado a um direito humano (e nesse caso especificamente ao direito ao desenvolvimento) como seria possível assegurar-se a aplicação deste direito?

Já afirmou-se anteriormente, que o direito ao desenvolvimento é um direito coletivo de 3ª dimensão, que representa assim a fraternidade.

Em sede do sistema global especificamente para a proteção dos direitos humanos, tem-se como principais diplomas a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que é composta dos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos (1966) e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dos seus respectivos protocolos facultativos, e de outras Convenções, dentre os quais, citam-se as Convenções Internacionais Sobre Todas as Formas de Discriminação Racial; Sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher; Contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes etc.

Para a tutela dos direitos humanos, o sistema global dispõe da Corte Internacional de Justiça. Esta Corte possui previsão no artigo 66 da Convenção de Viena e foi regulamentada pelo Estatuto desta mesma Corte, que no artigo 38 estabelece sua competência material, e esta pode ser contenciosa ou consultiva.

Já no sistema regional, deve-se destacar a existência de três sistemáticas: americana, africana e europeia. Somente a sistemática americana será objeto estudo.

a) Sistemática Americana de proteção dos direitos humanos

É sabido que, recentemente, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (também chamada de Pacto de San José da Costa Rica) foi internalizada no direito interno pelo decreto nº 678/1992.

A Convenção Interamericana trouxe dentro da sua sistemática de tutela os seguintes órgãos de proteção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (estabelecida nos artigos 33, 1º; 34 e seguintes) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (estabelecida nos artigos 33, 2º; 52 e seguintes).



O sistema de peticionamento perante a Corte Interamericana foi regulamentado pelo Pacto de San Salvador, e este dispõe que será objeto de análise perante aquela instituição, somente as violações ao direito sindical e à educação, nos termos dos seguintes comandos:

Artigo 19, 6. Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no **artigo 13**, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Artigo 8 - Direitos sindicais

1. Os Estados Partes garantirão:

a. O direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses. Como projeção desse direito, os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar-se às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associar-se à de sua escolha. Os Estados Partes também permitirão que os sindicatos, federações e confederações funcionem livremente;

Artigo 13

Direito à educação

1. Toda pessoa tem direito à educação.

2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.

3. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação:

a. O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;

b. O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;

c. O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;

d. Deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau;



e. Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental.

4. De acordo com a legislação interna dos Estados Partes, os pais terão direito a escolher o tipo de educação a ser dada aos seus filhos, desde que esteja de acordo com os princípios enunciados acima.

5. Nada do disposto neste Protocolo poderá ser interpretado como restrição da liberdade dos particulares e entidades de estabelecer e dirigir instituições de ensino, de acordo com a legislação interna dos Estados Partes.

Assim, seguindo esta regra, o direito ao desenvolvimento não poderia ser questionado perante a Corte Interamericana.

No entanto, já existe jurisprudência deste mesmo órgão do sistema interamericano, dando interpretação ampliativa, de modo em que efetuou-se a análise de direitos sociais³⁰.

Portanto, partindo da premissa da interrelacionalidade e indivisibilidade³¹ dos direitos humanos, a Corte Interamericana vem reconhecendo os direitos sociais

³⁰ Aqui é importante citar-se dois precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Primeiro cita-se o caso Albán Cornejo e outros contra o Estado-parte do Equador**, trata-se de suposta negligência médica em hospital particular, em que a vítima deu entrada no hospital com suposto quadro de meningite bacteriana, vindo assim a ser medicada, inobstante a isso, culminou em óbito no dia seguinte, provavelmente em decorrência do medicamento prescrito. Ocorre que, segundo relata o julgado, o Poder Judiciário do Equador reconheceu a prescrição da ação penal em de um dos responsáveis, sendo que quanto ao outro médico, a ação penal estava, à época, ainda em trâmite. Neste julgado a Corte julgou ser parcial a responsabilidade do Estado e decidiu o caso com fundamento na **proteção à integridade física** (em virtude da omissão estatal, mas em detrimento do direito à vida, por entender que a responsabilidade por essa violação deveria ser movida em outra via responsabilizatória), à **liberdade de pensamento e de expressão** (para assegurar à família o direito de saber o conteúdo do laudo médico), à **proteção da família e à obrigação de respeito aos direitos contidos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos**. (Corte Interamericana de Direitos humanos. Denúncia nº 12.406. Laura Albán Cornejo e Equador. 22. set. 2007). Em **segundo lugar**, insta mencionar o caso **Villagran Morales contra o Estado-parte da Guatemala** (*Street Children case*, 1999), em que este Estado foi condenado pela Corte, em virtude da impunidade relativa à morte de 5 (cinco) crianças, brutalmente torturadas e assassinadas por policiais nacionais da Guatemala, tendo sido reconhecida a lesão aos artigos 4º da Convenção (**direito à vida**); 5º, incisos 1 e 2 (**direito à integridade física**); 19 (**direitos da criança**) e 8º combinado com o artigo 25 (**garantias judiciais**), além de violações ao Tratado de Proibir e Punir a Tortura. (Corte Interamericana de Direitos humanos. Denúncia nº 11.383. Anstrum Villagrán Morales e outros e República da Guatemala. 19. nov. 1999). Nestes dois julgados **reconheceu-se a existência de lesão a direitos sociais diversos daqueles que a Corte Interamericana, em tese, teria competência para apreciar**, quais sejam, o direito sindical e direito à educação. Disponíveis em: <<http://www.corteidh.or.cr/expedientes.cfm>>. Acesso em: 6 out. 2011.

³¹ Vide tópico 1 do presente trabalho.



como possíveis objetos de análise, embora o Protocolo de San Salvador tenha sido mais restritivo.

Entende-se aqui um ponto fulcral de questionamento: diante das características dos direitos humanos da interrelacionalidade e indivisibilidade, seria possível que a Corte Interamericana de Direitos Humanos também possa analisar questionamentos relativos ao descumprimento por parte dos Estados-parte de direitos coletivos (dentre eles o próprio direito humano ao desenvolvimento)?

Ousa-se responder afirmativamente.

Tomando por base as jurisprudenciais mencionadas anteriormente (julgado de nº 87855; comentado pelo Dr. Robério Nunes dos Anjos Filho em aulas ministradas no curso Federal Concursos nos meses de maio, junho, julho e agosto de 2011), pode-se argumentar que, o direito ao desenvolvimento possui total relação com os direitos estabelecidos no Protocolo de San Salvador, uma vez que, a implementação de políticas públicas educacionais certamente são um fim para que se alcance o desenvolvimento humano e por consequência seja assim atingida a dignidade da pessoa.

Como exemplo, pode-se mencionar a implementação de políticas públicas de criação de quadras poliesportivas, já que, dentro de um contexto educacional, é possível se possibilitar o desenvolvimento humano daqueles que buscam esse tipo de inclusão, fazendo assim com que a sua dignidade seja preenchida.

O presente caso, encontra-se diante do que a professora Flávia Piovesan³² chamou de “*aplicação do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis*”.

Ora, as classes menos favorecidas são grupos socialmente vulneráveis, assim, é certo que a análise da omissão do poder público quanto ao respeito do direito ao desenvolvimento como corolário para que se alcance a potencialidade dessas pessoas e por consequência, seja completada a dignidade humana de cada

³² PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/arquivos/00000122-reid-5-05-flavia.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2011.



uma dessas pessoas, nos parece que seria possível essa técnica da “*aplicação do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis*” no entanto, para que seja feita a aplicação progressiva de DIREITOS COLETIVOS. A própria Defensoria Pública pode provocar a Corte para que esta seja instada a se manifestar sobre o tema. Neste sentido, a Lei Complementar nº 80/94 estabelece expressamente:

Art. 4º, LC 80/1994. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;

O art. 4º, inciso VI, da LC 80/94 alterado pela LC 132/2009 é expresso em assegurar tal legitimidade.

Desta feita, o espectro de proteção aos direitos humanos no cenário internacional tem como sustentação tanto a Corte Internacional de Justiça quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e quanto a isso, é importante destacar a legitimidade da defensoria pública para perante a segunda.

7.2.2 A eficácia e forma de proteção dos direitos fundamentais em seara interna

Em sede de proteção interna, o direito ao desenvolvimento possui natureza de direito fundamental, e se ampara em diversos comandos da CF/88.

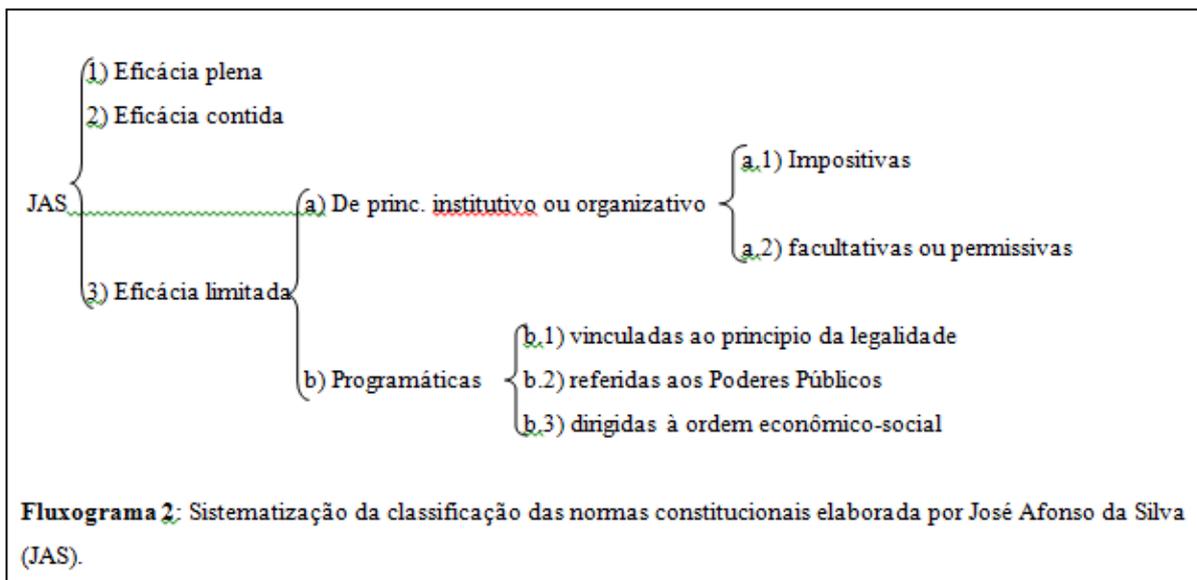
Assim, resta investigar, seguindo a clássica orientação de José Afonso da Silva, se este direito fundamental seria uma norma constitucional de eficácia plena, contida ou limitada.

Entende-se que o direito ao desenvolvimento é uma norma de eficácia limitada, e segundo José Afonso da Silva (2003, p. 147)³³, estas se dividem em normas de princípio institutivo e ou normas programáticas.

³³ Adotamos a classificação feita por José Afonso da Silva, mas aproveitamos o ensejo para ressaltar que existem outras formas classificatórias elaboradas pela doutrina, dentre elas, a formulada por Luis Roberto Barroso que também reconhece a existência de normas

Descendo a fundo nos ensinamentos de José Afonso da Silva, pode-se ver que ele ainda identifica uma nova subdivisão para as normas programáticas: a) normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade; b) normas programáticas referidas aos Poderes Públicos e c) normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social.

Visando facilitar a compreensão quanto à classificação construída por José Afonso da Silva, elaborou-se o fluxograma abaixo:



Por ser o direito ao uma norma constitucional limitada programática, ele se classifica como uma norma programática destinada aos poderes públicos, já que, dentro delas, José Afonso da Silva insere, os já citados, artigos 21, inciso X e 218, da CF.

constitucionais programáticas (mas com características diversas das pensadas por José Afonso), dentre aquelas que integram a classificação criada por ele, e prossegue distinguindo quanto à existência de normas constitucionais de organização e das normas constitucionais definidoras de direitos (BARROSO, 2009, p. 196). Já Maria Helena Diniz as classifica da seguinte forma: eficácia absoluta ou supereficazes; eficácia plena; eficácia relativa restringível e com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa (*apud* LENZA, p. 141). Também é importante citarmos a doutrina tradicional que classifica as normas em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis.



Feita a distinção, é certo que a CF/88 é dirigente, e, por isso, elenca um rico rol de direitos e garantias fundamentais.

Identificado esse primeiro ponto, ou seja, o fato do direito ao desenvolvimento se caracterizar como norma limitada programática referida ao poder público, e com olho nas lições de José Afonso da Silva (2003, p. 164), passa-se a analisar, as características das normas programáticas, seguindo a doutrina deste jurista, que de forma sintética assim as caracteriza:

- a) Normas que estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- b) Normas que condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;
- c) Informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- d) Possuem sentido teleológico para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- e) Condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;
- f) Criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.

Primeiramente, é importante ressaltar que, o artigo 5º, § 1º, CF/88, estabelece o seguinte regime jurídico para as normas constitucionais fundamentais: elas possuem uma presunção relativa de aplicabilidade imediata e plena eficácia.

Neste ponto se faz necessário se distinguir eficácia de aplicabilidade, e para tanto, nos valeremos das preciosas lições de Carlos Maximiliano (*apud* SILVA, 2006, p. 51):

(...). Aplicabilidade exprime uma possibilidade de aplicação. Esta consiste na atuação concreta da norma, 'no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano'.

Mais à frente em sua obra, José Afonso (SILVA, 2003, p. 60) afirma que “uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz” e conclui que “eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos”, mas as distingue da seguinte forma: “a eficácia se relaciona com a potencialidade e a aplicabilidade está relacionada à realizabilidade”.



Ocorre que José Afonso (SILVA, 2003, p. 65) vai além e nos ensina que a eficácia pode ser: a) social e b) jurídica.

Porém, por mais referendada que seja a doutrina de José Afonso da Silva, não é possível investigar este tema com base em somente uma obra e ao consultar-se os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 208), descobre-se que o autor aponta o dissenso doutrinário a respeito dos seguintes termos: vigência, validade, existência e eficácia, mas no que tange à noção de existência e de validade da norma o autor (SARLET, 1998, p. 209) “opta por identificar a noção de existência com a de vigência da norma (se aproximando do entendimento de Meirelles Teixeira e de José Afonso da Silva)”, apontando a ressalva de que “a vigência não se confunde com a validade” e neste ponto ele se curva aos ensinamentos de Luis Roberto Barroso”, eis que, Barroso (SARLET, 1998, p. 208) entende que a validade é a “conformação do ato normativo aos requisitos estabelecidos no ordenamento quanto à competência, forma, licitude e a possibilidade de seu objeto”.

Assim prossegue Sarlet (1998, p. 210)³⁴:

Do que até agora foi exposto, deduz-se que as noções de aplicabilidade e eficácia jurídica podem ser consideradas na verdade, as duas faces da mesma moeda, na medida em que uma norma somente será eficaz (no sentido jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade. Assim, sempre que dizemos referencia ao termo ‘eficácia jurídica’, fá-lo-emos abrangendo a noção de aplicabilidade que lhe é inerente e dele não pode ser dissociada.

Ingo Sarlet (1998, p. 265) ao tratar a respeito das normas programáticas afirma que no seu entender “(...) as normas constitucionais de cunho programático” podem ser “(...) normas programa, normas-tarefa, normas-fim, imposições legiferantes (...)”.

Sarlet (1998, p. 265) entende que as normas programáticas “também são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político (...)”.

³⁴ Sobre o tema, Sarlet ainda pontua a doutrina divergente de Eros Roberto Grau, e para tanto, direcionamos o leitor à consulta da pagina 211 da já citada obra.



Em sua obra Ingo afirmando fundamentação em doutrina majoritária, lista as eficácias que as normas programáticas definidoras de direitos fundamentais possuem:

- a) Acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental e, por via de consequência, sua desaplicação, independentemente de sua declaração de inconstitucionalidade (...).
- b) Contém imposições que vinculam o legislador, no sentido que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não pode afastar-se dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações (...).
- c) (...) impõe a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais, isto é, caso contrários ao sentido dos princípios e regras contidos nas normas que os consagram.
- d) Os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais), já que contém princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica, resultando, ainda neste contexto, no condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário (...).
- e) Os direitos fundamentais a prestações – mesmo os que reclamam uma *interpositio legislatoris* – geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva, tomando-se esta, consoante assinado alhures, em um sentido amplo, e não restrita à concepção de direito subjetivo individual a determinada prestação estatal (...).

É importante também trazer-se à baila as lições de Maria Helena Diniz, cuja classificação quanto às normas constitucionais já fora citadas na nota de rodapé nº 52, e esta já foi, inclusive, objeto de citação em julgado do STF³⁵, ao analisar as normas não auto-aplicáveis (classificação adotada pela doutrina clássica e qual já fora mencionada acima, vide nota 41), citou a doutrina do efeito paralisante das normas constitucionais, de modo que, transcreve-se abaixo este ensinamento:

2.4 Aliás, no tocante ao caráter da norma constitucional em exame, cumpre consignar que o fato de não ser auto-aplicável, ou seja, de não poder produzir efeitos positivos, enquanto não regulamentada, não significa que produza efeitos negativos até a complementação legislativa. A Administração Pública, ao exonerar a servidora por tal fundamento, acabou conferindo efeitos negativos ao texto constitucional. As normas não-auto-aplicáveis outorgam direitos ao indivíduo, porém postergam sua eficácia

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **211301**. Estado do Rio Grande do Sul e Vania Maria Dias de Freitas.



plena a regramento infraconstitucional posterior. Tal característica da norma, contudo, não lhe retira a eficácia relativa, isto é, a Lei Maior garante relativamente o direito. É bem verdade que tal circunstância implica ausência de efeitos positivos. Porém, confere efeitos concretos que inibem a aplicação de normas contrárias ao direito relativamente conferido. É o que a doutrina denomina de **eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis com o texto constitucional**. Nesse sentido, vale transcrever os comentários inseridos na obra de Alexandre de Moraes (Direito Constitucional, 6. ed., pág. 40), ao narrar a nova classificação das normas constitucionais, proposta por Maria Helena Diniz:

Novamente vale-se dos ensinamentos de Ingo Sarlet (1998, p. 235-248) que assevera o fato do artigo 5º, §1º, CF/88, trazer em si uma “PRESUNÇÃO RELATIVA de que são normas de eficácia plena ou no máximo contidas e não de que são normas de eficácia limitada”. Ocorre que, em sendo uma presunção relativa, deve-se reconhecer que existem exceções, e diante das hipóteses excepcionais, desde que fundamentadamente, o Estado pode não atribuir-lhe eficácia imediata.

Inobstante a isso, o constituinte trouxe no texto da CF/88 dois instrumentos destinados a sanar as omissões inconstitucionais: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) e b) Mandado de Injunção (MI).

Por conseguinte, apesar do art. 5º, §1º, CF/88, falar que a eficácia é imediata, em casos extremos, a eficácia não é imediata, o que demanda um agir do legislador. No entanto, essas são situações extremas, de modo que, sempre que possível deve-se dar aplicação imediata a tais normas.

Assim, transcrevemos suas lições a respeito do tema:

(...) Para além disso (e justamente por este motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de **gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata** das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada 88, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais, que, como visto, nem por isso deixarão de ser imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, na medida em que não reclamarem uma *interpositio legislatoris*, além de gerarem - em qualquer hipótese - uma eficácia em grau mínimo. Isto significa, em última análise, que no concernente aos direitos fundamentais a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de princípio geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto. (grifos inseridos pelo autor)

E continua o professor:



(...) aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, **outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade,** um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição (...) (grifos nossos)

Por fim, Ingo Sarlet menciona inclusive posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito:

(...) Em que pese a argumentação vitoriosa, conduzida pelo culto voto do Relator, Ministro Celso de Mello, entendemos ser questionável, o ponto de vista adotado, já que, inexistindo, no caso, qualquer obstáculo (como a inexistência de recursos, a necessidade de implementar programas sociais ou econômicos, etc.), a não ser a remissão expressa ao legislador, não haveria justificativa idônea a afastar a presunção da aplicabilidade imediata e plenitude eficaz consagrada no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição. E justamente neste particular - do que dá conta o exemplo referido - que a posição ora sustentada se afasta (no sentido de ir além) das concepções mais tímidas a respeito da aplicabilidade imediata das normas que versam sobre direitos fundamentais, sem recair no extremo oposto, isto é, na desconsideração da existência – ainda que em caráter excepcional – de hipóteses em que não há como dispensar uma concretização pelo legislador.

Outrossim, o direito ao desenvolvimento é uma norma programática que possui ao menos uma eficácia mínima, reside justamente no efeito paralisante, qual seja, de declarar a inconstitucionalidade de qualquer que com ela venha a conflitar, em qualquer espécie de controle de constitucionalidade.

O regime jurídico no âmbito constitucional dos direitos fundamentais não se resume somente ao artigo 5º, §1º, CF/88, assim, é importante também asseverar que em sendo o direito ao desenvolvimento um direito fundamental, esta norma constitucional **TAMBÉM SERVE COMO PRECEITO FUNDAMENTAL**³⁶.

³⁶ Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal pode ser constatado na ementa da ADPF-MC 33: (...). Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais. (...) 9. Cautelar confirmada. (ADPF 33 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2003, DJ 06-08-2004 PP-00020 EMENT VOL-02158-01 PP-00001).



Além do controle concentrado de constitucionalidade, há que se ponderar que no ordenamento jurídico pátrio, os direitos fundamentais (e isso também se aplica ao direito ao desenvolvimento), podem ser tutelados de duas outras formas: a) por meio das ações coletivas (em sentido amplo), tendo em vista a existência de um microsistema de tutela coletiva³⁷, ou b) por meio das ações individuais.

Em síntese, o direito ao desenvolvimento, por **se tratar de direito humano**, possui status SUPRACONSTITUCIONAL, e **em sede de direito interno**, em decorrência do seu status constitucional, é NORMA FUNDAMENTAL que goza de presunção relativa de aplicabilidade imediata e de plena eficácia.

8 DA RECENTE ALTERAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93: APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO?

Recentemente, ocorreu a alteração da Lei Federal nº 8.666/93, diploma normativo federal que trata das licitações públicas, de modo que o seu artigo 3º foi alterado pela Lei Federal nº 12.349/2010, passando a dispor da seguinte redação:

Art. 3º, Lei 8666/93. A licitação destina-se a garantir a **observância do princípio constitucional** da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração **e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (grifos nossos)

O artigo 3º, em sua redação original trazia como finalidades da licitação, segundo a doutrina: a) selecionar a melhor proposta para o poder público e b) dar atendimento ao princípio da impessoalidade, para que qualquer um que preencha os requisitos possa contratar com o poder público.

³⁷ O microsistema processual e material de tutela coletiva existente no ordenamento brasileiro é composto de diversos diplomas normativos, dentre os quais pode-se destacar: Lei da Ação popular (Lei Federal nº 4.717/65); Lei Federal nº 6938/81; Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/85); Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90); Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90); Estatuto do Idoso (Lei Federal nº 10.741/2003); dentre outros comandos normativos.



No entanto, a mencionada alteração realizada em 2010 teve o condão de incluir também dentre as finalidades a de “promover o desenvolvimento nacional sustentável”.

Esse desenvolvimento nacional sustentável é aferível nos parágrafos 5º e seguinte do art. 3º alterado pela lei 12.349/2010.

Denis Borges Barbosa³⁸, em artigo analisando a nova lei afirma, com base no item 6 da exposição de motivos do executivo, que:

Embora a Lei 12.349/2010 não defina normativamente qual “desenvolvimento” seria o objeto do estímulo do poder de compra do estado, parece claro que o desenvolvimento econômico e, em particular, tecnológico seria um de suas vertentes principais.

Desta forma, o ordenamento jurídico pátrio, em que pese as críticas que já se formam ou que venham a ser construídas, é certo que, partindo-se da presunção de constitucionalidade das normas, tem-se mais um diploma (a exemplo de outros, tal qual, o Estatuto da Cidade, plasmado na Lei Federal nº 10.257/2001), que certamente será de grande valia (desde que, aplicado corretamente) para impulsionar o desenvolvimento brasileiro,

CONCLUSÃO

O direito humano e fundamental ao desenvolvimento possui múltiplas frentes de irradiação podendo abranger os aspectos sociais, econômicos e humanos.

Como analisado, o direito ao desenvolvimento pode ser objeto de tutela tanto em seara internacional quanto interna, e isso reforça a sua importância.

Demonstrou-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem permitindo a análise de direitos sociais, e em decorrência da intergeracionalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, concluiu-se pela possibilidade do direito ao desenvolvimento também poder ser submetido a esta Corte.

³⁸ BARBOSA, Denis Borges. Licitação como instrumento de incentivo à Inovação: o impacto da Lei 12.349/2010. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/poder_compra_licitacao_instrumento_incentivo_inovacao.pdf>. Acesso em: 01 de set. 2011.



Ademais, com lastro em amplo conteúdo doutrinário, pode-se concluir que em âmbito interno, o direito ao desenvolvimento, por se tratar de direito fundamental é uma norma que possibilita o efeito paralisante perante outras normas e dentre outros efeitos, possibilita inclusive a sua adoção como preceito fundamental em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Identificou-se no ordenamento pátrio recente comando normativo que é apontado pela doutrina como positivação do direito ao desenvolvimento.

Por fim, citou-se entendimento doutrinário que indica os principais desafios para o direito ao desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AMARAL JUNIOR, Alberto (Org.). **Direito internacional e desenvolvimento**. São Paulo: Manole, 2005.

BARBOSA, Denis Borges. **Licitação como instrumento de incentivo à Inovação: o impacto da Lei 12.349/2010**. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/poder_compra/licitacao_instrumento_incentivo_inovacao.pdf>. Acesso em: 01 de set. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Sociedade, desenvolvimento e liberdade: conectando o pensamento econômico de Amartya Sen com o princípio jurídico-penal da co-culpabilidade. **IBCCRIM**, ano 15, n 184, p. 9-10, mar. 2008.

CAVALCANTE, Priscila. **O sistema internacional de cooperação ao Desenvolvimento: uma reflexão acerca das políticas de ajuste estrutural e a transição da assistência técnico-financeira à cooperação humana**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/priscila_da_mata_cavalcante2.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2011.

ESPIELL, Hector Gross. El Derecho al Desarrollo como un Derecho Humano. **Revista de Estudios Internacionales**, Número 1, janeiro-Março de 1980.

FIGUEIREDO, Ivanilda. **Algumas considerações sobre o direito fundamental ao desenvolvimento humano e o projeto de lei de responsabilidade fiscal e social**. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Figueiredo_n32.pdf>. Acesso em: 01 set. 2011.



GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais:** valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? Disponível em: <<http://sare.unianhanguera.edu.br/index.php/rdire/article/viewPDFInterstitial/895/625>>. Acesso em: 01 set. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Método.

MAURIEL, Ana Paula Ornellas. **Desenvolvimento humano e proteção social em um contexto de crescente interdependência**. Coleção relações internacionais e globalização.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MELLO, Celso Albuquerque. O § 2º do art. 5º da constituição federal. *In: Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORALES, Patricia. UNESCO's Philosophy of "intellectual and moral solidarity" in attaining peace. Disponível em: <<http://www.onlineunesco.org/UNESCO%27s%20Philosophy.html>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Do Estado mínimo ao Estado regulador. Uma visão do Direito Econômico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1968, 20 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11990>>. Acesso em: 22 set. 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. **Direito ao desenvolvimento como direito fundamental**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, Vol.14, n.16 (2010).

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. **Revista Internacional Direito e Cidadania**. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/arquivos/00000122-reid-5-05-flavia.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **II Colóquio Internacional de direitos humanos**, São Paulo, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SENGUPTA, Arjun. **O Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano**. Disponível em: <http://ww1.psd.org.br/opartido/ltv/revista/revista_02/p7292_o_direito.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2011



SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos e os interesses transindividuais**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/congresso/Tese3.doc>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.