

Coordenação:
FERNANDO FACURY SCAFF

Universidade de São Paulo – Brasil
Universidade Federal do Pará (licenciado) – Brasil

ROBERTO ROMBOLI

Università degli studi di Pisa – Italia

MIGUEL REVENGA

Universidad de Cádiz – Espanha

A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

I JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL
BRASIL/ESPANHA/ITÁLIA

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, verão de 2010
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo

Contato: editora@quartierlatin.art.br

www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Miro Issamu Sawada

Revisão gramatical: Lucas de Souza Cartaxo Vieira

Capa: Miro Issamu Sawada

SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; MIGUEL, Revenga (coord.). A Eficácia dos Direitos Sociais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ISBN 85-7674-437-6

1. Direitos Sociais. I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direitos Sociais

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Autores constantes dessa obra	11
Apresentação	13
Presentación	15
Presentazione	17

INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS, 19

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE FINANCIAMENTO E JUDICIALIZAÇÃO

Fernando Facury Scaff, 21

1. Os Direitos Sociais na Constituição Brasileira	22
2. A <i>garantia financeira</i> para efetivação dos Direitos Sociais	24
3. A Efetivação <i>Judicial</i> dos Direitos Sociais no Brasil	29
4. A disputa por verbas públicas e a captura do orçamento social pela judicialização das demandas individuais	35
5. Um exemplo de Judicialização “Social” e não “Individual”	40
Conclusões	42

LOS DERECHOS SOCIALES (INSTRUMENTOS DE GARANTÍA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA)

Miguel Revenga Sánchez, 43

I DIRITTI SOCIALI NELLA COSTITUZIONE ITALIANA E GLI STRUMENTI DI GARANZIA

Paolo Caretti, 53

1. I diritti sociali nel dibattito in Assembleia costituente	54
2. Il catalogo costituzionale dei diritti sociali	55
3. A chi spetta l'implementazione dei diritti sociali	56
4. La natura dei diritti sociali	56
5. Le garanzie dei diritti sociali	57
Considerazioni conclusive	67

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO ÂMBITO SUPRANACIONAL, 69

EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS *DERECHOS SOCIALES* EN EL MARCO DEL CONSEJO DE EUROPA Itziar Gómez Fernández, 71

1. La discusión de la premisa: ¿por qué hablar de un sistema de protección de los <i>derechos sociales</i> en el Consejo de Europa?	72
2. El sistema creado para la garantía de los <i>derechos sociales</i> en el COE: la Carta de Turín y el Comité Europeo de <i>derechos sociales</i>	74
3. La prueba de la indivisibilidad de los derechos: la garantía de los <i>derechos sociales</i> por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	81
4. Un ejercicio de real-utopía	91

IL SISTEMA DI PROTEZIONE DEI DIRITTI SOCIALI NELL'AMBITO DELL'UNIONE EUROPEA Pasquale Costanzo, 93

1. Premessa	94
2. Estraneità del tema dei diritti sociali ai trattati fondativi	95
3. L'ingresso della coesione economica e sociale nel Trattati e la posizione regressiva dei diritti sociali	97
4. "La faticosa marcia dei diritti sociali" da Maastricht a Colonia	99
5. La protezione dei diritti sociali nella Carta di Nizza (in particolare, i diritti del lavoro)	100
6. <i>Segue</i> : (in particolare, i diritti extralavorativi)	103
7. I diritti sociali nel Trattato costituzionale e nel Trattato di Lisbona ...	105
Brevi considerazioni conclusive	108
Nota bibliografica	110

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA AMERICANO Luiz Alberto David Araujo, 113

"ONU inspecionará reserva em Roraima"	114
Introdução	114
1. O sistema de proteção dos direitos humanos na OEA	115

2. Dos casos julgados pela Comissão em 2007	123
3. Das sentenças da Corte	124
4. Da falta de menção do Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais – Protocolo de São Salvador	124
5. Voltando para o texto de abertura	125
Conclusões	125
Referências bibliográficas	126
Sites consultados	126

RECONHECIMENTO E EFICÁCIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO, 127

IL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE (TEMI E PROBLEMI)

Antonio Ruggeri, 129

1. Il problema definitorio: le due nozioni di “istruzione” e le due prospettive da cui possono essere indagate	130
2. I soggetti titolari del diritto e le implicazioni che si danno tra quest'ultimo ed altri diritti o interessi <i>costituzionalmente</i> protetti	133
3. Il riparto delle competenze in ordine alla disciplina dell'istruzione e le istituzioni preposte a svolgere i relativi servizi	135
4. <i>Pubblico e privato</i> nell'organizzazione dei servizi scolastici	136

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Emilio Pajares Montolío, 139

1. La diversidad de contenidos en el reconocimiento constitucional del derecho a la educación	140
2. Desarrollo legislativo y jurisprudencia constitucional en la configuración de los derechos educativos	142
3. Algunas características generales del derecho a la educación	145
4. La programación de la enseñanza: planificación y derechos	146
5. El régimen de la enseñanza básica	149
6. Los fines de la educación	152
7. El derecho a elegir formación religiosa y moral	153
8. La libertad de enseñanza: características generales	156

9. La libertad de creación de centros docentes	156
10. La autonomía universitaria	163
Orientación bibliográfica	165

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN MULTICULTURAL EN EL ESTADO BRASILEÑO **Ana Maria D'Ávila Lopes, 167**

Introducción	168
1. El Multiculturalismo y la Diversidad Cultural	168
2. La Protección de la Diversidad Cultural en la Constitución Federal Brasileña de 1988	172
3. El Derecho a la Educación Multicultural en el Estado Brasileño	177
Conclusión	186
Referencias Bibliográficas	186

RICONOSCIMENTO ED EFFICACIA DEL DIRITTO ALLA EDUCAZIONE IN ITALIA **Michele Carducci, 189**

1. Premessa linguistica e normativa	190
2. Natura delle norme costituzionali sulla educazione	192
3. Rifiuto del "compromesso scolastico"	195
4. Libertà di educazione e libertà della scuola	197
5. L'educazione come "servizio pubblico obbligatorio e gratuito"	199
6. I rapporti tra Stato e Regioni	204
7. Rete scolastica e parità tra scuole	207
8. Parità tra scuole e principio di uguaglianza	208
9. Università e principio di uguaglianza	209

RECONHECIMENTO E EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE, 211

IL DIRITTO ALLA SALUTE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO **Roberto Romboli** **Maria Pia Larnè, 213**

Parte I	214
Parte II	231
Bibliografia Essenziale	254

PROBLEMAS DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL **Antonio Moreira Maués, 257**

1. Boas e Más Notícias	258
------------------------------	-----

2. O resgate do indivíduo e o seqüestro da sociedade	262
3. Princípios Constitucionais do Direito Sanitário	266
4. Repensando a judicialização do direito à saúde	270
Referências Bibliográficas	272

COMUNICAÇÕES, 275

ORÇAMENTO PÚBLICO E O IMPLEMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS – DISCUSSÃO ACERCA DA VINCULATIVIDADE E CONTROLE Francisco Sérgio Silva Rocha, 277

A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL ENTRE O ORÇAMENTO, O FINANCIAMENTO E AS DECISÕES INDIVIDUAIS Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff, 289

Considerações Iniciais	290
1. O Direito Fundamental à Saúde na Constituição de 1988	291
2. Constituição Federal e o Orçamento	295
3. Direito à Saúde: O Supremo Tribunal Federal	296
4. Direito à Saúde. Orçamento. Verbas Públicas. Decisões Judiciais Individuais	299
Conclusão	301
Referências bibliográficas	302

DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS – UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA Rosemary Pereira de Oliveira, 305

Introdução	306
1. Direito Sexual e Direito Reprodutivo – Conceitos	306
2. O Direito Reprodutivo e o Planejamento Familiar no Brasil	309
3. A Constituição Federal Brasileira de 1988 e os Direitos Reprodutivos	311
4. Envelhecimentos x Diminuição da Natalidade – O Contexto Brasileiro Atual	313
5. A Garantia dos Direitos Reprodutivos através do Acesso as Técnicas de Reprodução Medicamente Assistidas, na realidade brasileira	318
Referências bibliográficas	323

**A INCLUSÃO DA DISCIPLINA PATRIMÔNIO CULTURAL NA FORMAÇÃO
DO INDIVÍDUO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO
DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO
Francisco Luciano Lima Rodrigues, 325**

**O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E A SUA
RELAÇÃO COM OS DIREITOS SOCIAIS
Joyceane Bezerra de Menezes, 333**

Introdução	334
1. O direito ao desenvolvimento da personalidade – interface do princípio da dignidade da pessoa humana	334
2. A referência necessária aos direitos sociais como instrumentos essenciais ao desenvolvimento da personalidade	340
Conclusão	349
Referências bibliográficas	350

**A ORDEM ECONÔMICA E O ACESSO À EDUCAÇÃO. CONDIÇÃO ESSENCIAL
PARA O EFETIVO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
Gina Marcílio Pompeu, 351**

Introdução	352
1. Personalidade, Dignidade Humana e Efetivação dos Direitos Sociais	354
2. O Acesso à Educação como Fator Essencial à Formação da Personalidade	357
3. Controle Social para a Efetivação do Direito à Educação	358
4. Democratização Econômica e Dignidade Humana	359
Conclusão	361
Referências bibliográficas	366

AUTORES CONSTANTES DESSA OBRA

(por ordem de apresentação dos trabalhos)

Fernando Facury Scaff

Universidade de São Paulo – Brasil

Universidade Federal do Pará (licenciado) – Brasil

Miguel Revenga Sánchez

Universidad de Cádiz – Espanha

Paolo Caretti

Università di Firenze – Italia

Itziar Gómez Fernández

Universidad Carlos III, de Madrid – Espanha

Pasquale Constanzo

Università di Genova – Italia

Luiz Alberto David Araujo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Brasil

Instituição Toledo de Ensino – Bauru, São Paulo – Brasil

Antonio Ruggeri

Università di Messina – Italia

Emilio Pajares Montolío

Universidad Carlos III, de Madrid – Espanha

Ana Maria D'Ávila Lopes

Universidade de Fortaleza (Unifor) – Brasil

Michele Carducci

Università del Salento – Lecce – Italia

Roberto Romboli

Università degli studi di Pisa – Italia

Maria Pia Larnè

Doutora pela Universidade dos estudos de Pisa – Italia

Antonio Moreira Maués

Universidade Federal do Pará – Brasil

Francisco Sérgio Silva Rocha

Professor da Faculdade Ideal – Belém, Pará – Brasil

Luma Cavaleiro de Macedo Scaff

Mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Brasil

Rosemary Pereira de Oliveira

Doutoranda pela Università del Salento – Lecce – Italia

Francisco Luciano Lima Rodrigues

Universidade de Fortaleza (Unifor) – Brasil

Joyceane Bezerra de Menezes

Universidade de Fortaleza (Unifor) – Brasil

Gina Marcílio Pompeu

Universidade de Fortaleza (Unifor) – Brasil

APRESENTAÇÃO

Dentre os aspectos positivos da globalização está a aproximação de diferentes países, culturas, visões de mundo e também o melhor conhecimento sobre seus sistemas jurídicos. Conhecer o Direito não é apenas ler os textos das leis ou dos livros acadêmicos. É também trocar experiências pessoais e idéias dentro de um espírito desarmado de preconceitos e permeável ao diferente e ao debate. Esta é a idéia central de encontros realizados entre professores espanhóis e italianos, para discutir *Justiça Constitucional*, em anos alternados na Espanha e na Itália, com a publicação de suas conclusões. Em 2007, foram convidados professores brasileiros para compor este seletor grupo de trabalho.

O Encontro de 2008, realizado em agosto, no Brasil, em Belém do Pará, fez com que as discussões atravessassem o Oceano Atlântico, tivessem seu foco ampliado para debates sobre *Direito Constitucional* e não apenas sobre *Justiça Constitucional* e passassem a ser denominados de *Jornadas de Direito Constitucional – Brasil/Espanha/Itália*.

A *I Jornada* versou sobre *A Eficácia dos Direitos Sociais* e foi composta pelos trabalhos e comunicações reunidas neste livro.

O evento, tal como o livro, foi composto por quatro painéis:

- *Instrumentos Constitucionais de Garantia dos Direitos Sociais*
- *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais no Âmbito Supranacional*
- *Reconhecimento e Eficácia do Direito à Educação*
- *Reconhecimento e Eficácia do Direito à Saúde*

Havendo pelo menos um docente de cada nacionalidade por painel, este deveria relatar sobre o sistema jurídico adotado em seu país na análise do tema proposto. No que tange ao âmbito *supranacional*, foram apresentados trabalhos sobre o *Conselho da Europa*, a *União Européia* e a *Organização dos Estados Americanos*. As comunicações apresentadas sobre os temas encontram-se aqui também reunidas.

Tratar *A Eficácia dos Direitos Sociais* a partir de visões de distintos países foi uma experiência enriquecedora, como pode ser visto pelos trabalhos ora apresentados ao grande público. É bastante diverso o que se entende por *direitos sociais*, bem como o papel do Poder Judiciário e das Cortes Internacionais em sua proteção e efetivação.

A *I Jornada* foi um êxito, seguindo o roteiro de sucesso das que lhe antecederam. Os trabalhos aqui reunidos bem demonstram a amplitude dos debates e permitem ao leitor analisar as diferentes percepções do tema em face

do diferente nível de desenvolvimento sócio-econômico dos países de origem dos expositores.

O pluralismo das concepções foi assegurado também pelas diversas Universidades envolvidas nessa I Jornada. Da Itália: *Universidade de Pisa, Universidade de Florença, Universidade de Messina, Universidade de Lecce e Universidade de Gênova*. Da Espanha: *Universidade Carlos III, de Madrid e Universidade de Cádis*. Do Brasil: *Universidade Federal do Pará, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Instituto Toledo de Ensino e Universidade de Fortaleza*.

Esperamos que este livro, que inaugura uma nova fase nos debates constitucionais entre Brasil, Espanha e Itália, traga aos leitores o mesmo entusiasmo que os participantes tiveram nos dias de sua realização e a possibilidade de compreensão do tema a partir de uma perspectiva internacional e plural.

Os Coordenadores:

Fernando Facury Scaff
Roberto Romboli
Miguel Revenga Sánchez

PRESENTACIÓN

Uno de los aspectos positivos de la globalización es la aproximación entre los países, sus culturas y visiones del mundo, pero también un mejor conocimiento de sus respectivos sistemas jurídicos. Aprender Derecho no es sólo cuestión de leer textos legales y libros académicos. Es también intercambiar experiencias personales e ideas, en un contexto libre de prejuicios y abierto a la diferencia y al debate. Tal es el objetivo central de los Encuentros entre profesores españoles e italianos, celebrados anualmente, bien en España, bien en Italia, con el fin de debatir problemas relacionados con la *Justicia Constitucional* y publicar las Conclusiones. En el año 2007 algunos profesores brasileños fueron invitados a unirse a este selecto grupo.

El Encuentro de 2008, celebrado en el mes de agosto en Belém do Pará (Brasil), trasladó el debate hasta el otro lado del Océano Atlántico, e hizo que el argumento de las discusiones ampliara su punto de mira, para recaer no ya estrictamente sobre la *Justicia Constitucional*, sino sobre el *Derecho Constitucional*, recibiendo, por tanto, el Encuentro el nombre de *Jornadas de Derecho Constitucional Brasil/España/Italia*.

Esta *I Jornada* llevo como rótulo *La eficacia de los derechos sociales*, y constaron de las ponencias y comunicaciones que se reúnen en este libro.

El evento se dividió, al igual que lo hace el libro, en cuatro paneles:

- *Instrumentos constitucionales de garantía de los derechos sociales*
- *La "justiciabilidad" de los derechos sociales en el ámbito supranacional*
- *Reconocimiento y eficacia del derecho a la educación*
- *Reconocimiento y eficacia del derecho a la salud*

Dado que al menos un docente de cada país intervino en todos los paneles, éstos dan cuenta del régimen jurídico adoptado en cada uno de los tres países para enfrentarse a los temas propuestos. Y por lo que se refiere al ámbito supranacional, se presentaron ponencias sobre el Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización de Estados Americanos. Como hemos dicho, las comunicaciones defendidas en cada uno de los paneles también se recogen en el libro.

Tratar de *La eficacia de los derechos sociales* desde la diversidad de ópticas de los tres países resultó una experiencia enriquecedora, como podrá comprobarlo quien vea los resultados del trabajo que ahora presentamos al público. Se constatan distintas concepciones acerca de lo que deba entenderse por derechos sociales, así como acerca de la función que, en su protección y efectividad, corresponde al Poder Judicial y a los Tribunales Internacionales.

Esta *I Jornada* fue, sin duda, un éxito que aparece en línea de continuidad con el que también alcanzaron las Jornadas precedentes de la misma serie. Los trabajos que aquí se reúnen acreditan la amplitud de miras del debate, y permiten al lector percatarse de las diferentes aproximaciones a los temas propuestos según el diverso nivel de desarrollo socioeconómico de los países de origen de los ponentes y comunicantes.

A la pluralidad de visiones y perspectivas contribuyó también la amplitud del espectro de las Universidades representadas en el Encuentro: por parte de Italia, las Universidades de Pisa, Florencia, Messina, Lecce y Génova; por parte de España, la Universidad Carlos III de Madrid, y la Universidad de Cádiz. Y por parte de Brasil, la Universidad Federal de Pará, la Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, el *Instituto Toledo de Ensino*, y la Universidad de Fortaleza.

Esperamos que este libro, que inaugura una nueva fase en los debates constitucionales entre Brasil, España e Italia, lleve hasta los lectores el mismo entusiasmo que mostraron los participantes durante los días del Encuentro, y confiamos también en que les abra la posibilidad de una mejor comprensión del tema elegido, desde una perspectiva internacional y plural.

Los coordinadores,

Fernando Facury Scaff

Roberto Romboli

Miguel Revenga Sánchez

PRESENTAZIONE

Tra gli aspetti positivi della globalizzazione sta quello dell'avvicinamento di diversi paesi, culture, visioni del mondo ed anche della migliore conoscenza dei loro sistemi giuridici.

Conoscere il diritto non è soltanto leggere il testo delle leggi o i libri scientifici, ma è anche lo scambio di esperienze personali e scientifiche in uno spirito scevro da preconcetti ed aperto alle diversità ed al dibattito.

Questa è l'idea portante degli incontri realizzati tra colleghi spagnoli ed italiani per discutere su temi della *Giustizia costituzionale*, ad anni alterni in Italia o in Spagna, con la pubblicazione dei relativi atti, sia in Italia che in Spagna.

Nel 2007 fu esteso a colleghi brasiliani l'invito a far parte del gruppo di lavoro.

Il Seminario del 2008, realizzato in agosto in Brasile a Belém do Pará, ha fatto sì che il tema degli incontri, attraversato l'Oceano atlantico, venisse ampliato a temi e aspetti del *Diritto costituzionale*, e non solo limitato alla *Giustizia costituzionale* e che gli incontri stessi assumessero la denominazione di "Giornate di Diritto costituzionale – Brasile /Spagna/Italia".

Le prime Giornate hanno avuto ad oggetto "*L'efficacia dei diritti sociali*" ed il presente volume contiene le relazioni e le comunicazioni presentate e discusse in quella occasione.

L'incontro, così come il volume, si è articolato su quattro tematiche:

- *Gli strumenti di garanzia dei diritti sociali a livello nazionale*
- *La giustiziabilità dei diritti sociali in ambito sopranazionale*
- *Il riconoscimento e l'efficacia del diritto all'istruzione*
- *Il riconoscimento e l'efficacia del diritto alla salute*

Ogni relatore ha svolto la sua relazione sul tema assegnato, con riferimento alla esperienza giuridico-costituzionale del proprio paese. Per quanto riguarda l'ambito sopranazionale sono stati presentati lavori sul *Consiglio d'Europa*, *l'Unione europea* e *l'Organizzazione degli Stati americani*. Le comunicazioni presentate su questi temi sono contenute nel presente volume.

Trattare della *Efficacia dei diritti sociali* sulla base delle differenti ricostruzioni proprie dei differenti paesi, è risultata un'esperienza assai interessante e proficua, come può risultare dagli scritti contenuti in questo volume. E' assai diversa la nozione di diritti sociali, come pure il ruolo del potere giudiziario o delle Corti internazionali nella protezione dei medesimi.

La prima giornata ha avuto un esito molto positivo, così come pure era accaduto per gli incontri precedenti. Gli scritti adesso pubblicati mostrano con chiarezza l'ampiezza del dibattito e consentono al lettore di prendere conoscenza delle diverse prospettive che può assumere la stessa tematica in conseguenza della situazione socio-economica dei differenti paesi.

La pluralità di vedute è stata altresì determinata dalle differenti Università impegnate in queste Prime Giornate: Università di Firenze, di Genova, di Lecce, di Messina e di Pisa, per l'Italia; Università di Cadice e Carlos III di Madrid, per la Spagna; Università Federale do Pará, Pontificia Cattolica di San Paolo, di Fortaleza e Istituto Toledo de Ensino, per il Brasile.

Il nostro auspicio è che questo volume, che inaugura una nuova esperienza di dibattiti di diritto costituzionale tra Brasile, Italia e Spagna, possa trasmettere ai lettori lo stesso entusiasmo che ha animato i partecipanti nei giorni del Seminario ed offrire la possibilità di riflettere sul tema dei diritti sociali, partendo da una prospettiva internazionale e quindi maggiormente articolata.

I coordinatori:

Fernando Facury Scaff

Roberto Romboli

Miguel Revenga Sánchez