



Antônio Augusto Cançado Trindade e César Barros Leal
Coordenadores

**O DESAFIO DOS DIREITOS
ECONÔMICOS, SOCIAIS
E CULTURAIS**

**Fortaleza-CE
FB Editora
2019**

COMISSÃO EDITORIAL

Antônio Augusto Cançado Trindade

César Barros Leal

Bleine Queiroz Caúla

Catherine Maria

Juana María Ibañez Rivas

Julieta Morales Sánchez

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Sílvia Maria da Silva Loureiro

Valter Moura do Carmo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

O desafio dos direitos econômicos, sociais e culturais / Coordenadores

Antônio Augusto Cançado Trindade e César Barros Leal. – Fortaleza:
FB Editora, 2019.

447 p. il.

ISBN 978-85-8420-140-2

1. Direitos econômicos. 2. Direitos sociais. 3. Direitos culturais.
I. Trindade, Antônio Augusto Cançado. II. Leal, César Barros. III. Título.

CDD 323.46

SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: DA PROGRAMATICIDADE À JURIDICIDADE	
Alan Dias Barros e Gleydson Kleber Lopes de Oliveira	11
AS PESSOAS DE MEIA-IDADE COMO GRUPO ETÁRIO EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE NO MERCADO DE TRABALHO E A CONSTRUÇÃO DE SISTEMA JURÍDICO DE PROTEÇÃO DIFERENCIADA CONTRA PRÁTICAS DE DISCRIMINAÇÃO: EXAME CRÍTICO DE DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	
André Luiz Sienkiewicz Machado	27
A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: EVOLUÇÃO, ESTADO ATUAL E PERSPECTIVAS	
Antônio Augusto Cançado Trindade.....	79
O PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS	
Carlos Weis	127
OS DIREITOS SOCIAIS INTRAMUROS. SUA PRECARIZAÇÃO. A MENSAGEM DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	
César Barros Leal	151

**DIREITO À SAÚDE E INTEGRALIDADE: UMA DISCUSSÃO
SOBRE OS DESAFIOS E CAMINHOS PARA SUA EFETIVAÇÃO**

Keila Brito-Silva; Oswaldo Yoshimi Tanaka e Adriana Falangola
Benjamin Bezerra 167

**A EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE DA MULHER FRENTE
AO PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**

Laís Locatelli 183

**JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS,
SOCIAIS E CULTURAIS NO ÂMBITO NACIONAL:
UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA**

Malcolm Langford 207

**DIMENSÃO SÓCIO-CULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS
E A *LEIKULTUR* CONTEMPORÂNEA NA EFETIVIDADE
DOS DIREITOS SOCIAIS**

Marcus Pinto Aguiar 253

**DA SATISFAÇÃO PELO TRABALHO À SOCIEDADE
DE CONSUMO E O CONSUMISMO: IMPLICAÇÕES
JURÍDICAS E NOVOS DESAFIOS**

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza e Josemar Sidinei
Soares 265

**O DIREITO À EDUCAÇÃO NA NORMATIVA INTERNACIONAL
DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA
REGULAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL:
ANÁLISE PRELIMINAR A PARTIR DA DECLARAÇÃO
UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DO PACTO
INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E
CULTURAIS**

Maria Creusa de Araújo Borges 291

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS SOCIAIS
E ECONÔMICOS E A ASSEMBLEIA NACIONAL
CONSTITUINTE DE 1987-1988**

Natalia Brigagão F. A. Carvalho..... 311

**DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA DA EDUCAÇÃO
AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE**

Renato Alves Vieira de Melo e Racquel Valério Martins..... 353

**A CARTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS:
UM OLHAR ESPECIAL SOBRE O PACTO INTERNACIONAL
DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**

Renato Zerbini Ribeiro Leão..... 379

ANEXOS

**PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS,
SOCIAIS E CULTURAIS** 403

**OS PRINCÍPIOS DE LIMBURG SOBRE A APLICAÇÃO
DO PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS,
SOCIAIS E CULTURAIS** 417

**PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA
SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS
ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, “PROTOCOLO
DE SAN SALVADOR”** 435



PREFÁCIO

A cada edição do Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos, organizado em Fortaleza, Ceará, Brasil, pelo Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH), Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), Centro de Estudos e Treinamento da Procuradoria Geral do Estado do Ceará e Centro Universitário Farias Brito, um desafio ingente temos pela frente: o de compor os diversos livros que integram a coleção de textos, distribuídos aos professores, alunos e observadores, de diversos países, os quais versam, em quatro línguas diferentes (português, espanhol, inglês e francês) sobre a temática do evento.

Não é uma tarefa fácil, que decidimos assumir desde o primeiro Curso e se justifica pelo enorme interesse despertado por esta atividade acadêmica no Brasil e no exterior. Contando com uma rede de amigos, espalhados por numerosos países, buscamos, agora de dois em dois anos, reunir textos de excelência que tratam de assuntos vinculados ao eixo central, que, neste ano de 2019, vem a ser O desafio dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A escolha da temática é uma homenagem à professora Soledad García Muñoz, hispano-argentina, que esteve à frente, no período de 2009 a 2017, do Escritório Regional para a América do Sul do IIDH, em Montevidéu, e, nesta condição, participou durante cinco anos da organização do Curso, tendo, em 2017, assumido a Relatoria Especial de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA), da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por um mandato de três anos, renovável apenas uma vez.

O tema foi objeto, anteriormente, de uma publicação, em dois volumes, em comemoração ao Cinquentenário dos Dois Pactos de Direitos Humanos da ONU (o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), sob a coordenação de Antônio Augusto Cançado Trindade, César Barros Leal e Renato Zerbini Ribeiro Leão. Foram quinze os artigos, em português, espanhol, francês e inglês, que discorreram sobre os antecedentes históricos dos Pactos, seu conteúdo, sua importância e seu alcance transcendental, na construção de uma cultura de respeito aos direitos humanos, vistos em sua universalidade e interdependência.

Contendo em anexo o texto dos dois Pactos, em quatro línguas, a coleção foi um marco histórico nos festejos do Cinquentenário. Na dicção de Virginia Brás Gomes, Membro do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, em artigo presente no segundo volume, “Celebrar o 50º aniversário do PIDESC significa reconhecer a sua validade e relevância em tempos de constrangimentos econômicos e sociais em que a realização das *core obligations* é uma garantia essencial para os que mais precisam da proteção do Estado. Significa também reconhecer que a realização progressiva de todos os direitos oferece oportunidades para a melhoria das condições de vida, tornando-se, assim, um antídoto eficaz contra a violência e o extremismo que se alimentam da pobreza, da miséria e do desespero de homens e mulheres que não encontram razões para acreditarem num mundo melhor para si e para os seus filhos. Significa, ainda, reconhecer que aquilo que verdadeiramente conta é a igualdade de direitos, condições e oportunidades, para que todos sem exceção possam participar plenamente da vida econômica, social e cultural das sociedades em que vivem. Finalmente, significa não baixar os braços em condições adversas, para que aspirações legítimas possam transformar-se em realidade vivida.”¹

Os livros desta nova coletânea se somam a outras publicações oferecidas pelo citado curso, a saber: o Manual de Orientação aos Participantes, o sétimo volume da *Serie Estudios de Ciencias Penales y Derechos Humanos* (em tributo a Antonio Sánchez Galindo, organizado por César Barros Leal e Julieta Morales Sánchez), o livro de autoria de Antônio Augusto Cançado Trindade sob o título *Direito à Reparação – Origem e Evolução no Direito Internacional* e o número 19 da Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Com a ressalva de que esse precioso acervo pode ser encontrado nos sites do IBDH e no portal Revista, podendo-se fazer *download* de qualquer texto editado.

Estamos seguros de que, com a realização dos Cursos Interdisciplinares (indubiosamente um dos mais importantes eventos em sede de direitos humanos, na América do Sul), estamos

1. GOMES, Virgínia Brás, “Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: 50º Aniversário entre Aspirações e Realidade, em TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, BARROS LEAL, César e LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro, *O Cinquentenário dos dois Pactos de Direitos da ONU*, vol. 2, V Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2016, pp. 125-126.

contribuindo para a sedimentação de uma cultura vigorosa de direitos humanos em nosso continente, seja na esfera dos direitos civis e políticos, seja na esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais, estes últimos objeto de nossa atenção prioritária no VII Curso, no qual buscamos enfatizar a necessidade de ações positivas do Estado (com o emprego de recursos, de investimentos, em graus diversos), no contexto de políticas públicas, o que torna por vezes complexa (ou inviável) sua implementação, mas jamais deve estimular ideias negativas que se oponham à sua exigibilidade, à sua justiciabilidade.

Nesse sentido, convém recordar o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), reproduzido nos anexos (Artigo I: Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos se comprometem a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo), como também os Princípios de Limburgo (redigido por um grupo de especialistas no campo do direito internacional, convocados pela Comissão Internacional de Juristas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Limburg (Maastricht, Países Baixos) e pelo Instituto de Direitos Humanos Urban Morgan, Universidade de Cincinnati (Ohio, EUA), e reunidos em Maastricht no período de 2 a 6 de junho de 1986 “com o propósito de considerar a natureza e o alcance das obrigações dos Estados Partes conforme o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, onde se lê: (8) Embora a plena efetividade dos direitos reconhecidos no Pacto se logre progressivamente, a aplicação de alguns desses direitos pode fazer-se justiciável de imediato, enquanto outros direitos podem fazer-se justiciáveis no curso do tempo”. E mais: (21) A obrigação de lograr progressivamente ...a plena efetividade dos direitos” requer que os Estados Partes atuem com toda a rapidez possível para lograr a efetividade dos direitos. Sob nenhuma circunstância isto será interpretado de maneira que implique que os Estados têm o direito de adiar indefinidamente esforços destinados a assegurar a plena efetividade.

Toca-nos assinalar, em conclusão, que os direitos econômicos, sociais e culturais se exigem também como instrumentos indispensáveis à plena vigência do princípio de dignidade (objeto de estudo do IV Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos, no ano de 2015), indissociável da percepção de qualidade de vida, de bem-estar (físico e mental) e de acesso à justiça, inclusive a social.

Antônio Augusto Cançado Trindade

César Barros Leal

OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: DA PROGRAMATICIDADE À JURIDICIDADE

Alan Dias Barros

Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte; Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN.

Gleydson Kleber Lopes de Oliveira

Professor Orientador.

1. INTRODUÇÃO

Desde a universalização dos direitos humanos, com a Declaração Universal, de 1948, fundou-se um novo sistema ético de referência para o ordenamento jurídico, a proteção integral da pessoa humana com base na sua dignidade.

Contudo, no plano normativo internacional, prevaleceu a tese dos países do bloco ocidental, liderado pelos Estados Unidos, de cingir os direitos humanos em dois pactos distintos (PIDCP e PIDESC) em razão do modo diferenciado de implementar direitos “civis e políticos” (auto-executáveis), daqueles considerados “econômicos, sociais e culturais” (normas programáticas).

Muito embora a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos tenham sido reafirmadas em posteriores tratados internacionais (Convenção de Teerã e Conferência de Viena), com reforço de abalizada doutrina, a sustentação dogmático-teórica das normas constitucionais programáticas, aliada a uma mal transportada tese da “reserva do possível” do contexto socioeconômico alemão para o brasileiro, perduram como principais obstáculos à concretização de direitos fundamentais que envolvam prestações materiais com um maior comprometimento de ordem financeira, como se dá no caso dos direitos sociais.

Diante desse quadro, quais alternativas apontariam a teoria constitucional contemporânea para a correção de eventuais violações de direitos fundamentais sociais, decorrentes de ineficácia ou

omissão do Administrador Público, superando-se a tese da mera programaticidade daquelas normas e da justificativa genérica da escassez de recursos para a não concretização de direitos sociais prestacionais, sem que isso signifique uma violação do princípio da separação de poderes?

O presente trabalho objetiva abordar a eficácia plena dos direitos fundamentais sociais, à luz da universalização dos direitos humanos, de modo a afastar a tese da mera programaticidade daquelas normas, e defender a possibilidade de sua concretização através do Judiciário, sem que isso resulte em ofensa ao princípio da separação dos poderes em sua acepção tradicional.

2. A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 E SUA POSTERIOR CISÃO NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE 1966 (PIDCP E PIDESC): DO PÓS-2ª GUERRA À GUERRA FRIA

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, constatadas as monstruosas violações perpetradas contra a pessoa humana pelo nazismo, os direitos humanos se consolidaram no cenário internacional contemporâneo sob um novo paradigma ético de aproximação do Direito e da Moral, pela qual estaria a pessoa humana protegida integralmente em nome de sua dignidade (PIOVESAN, 2009).

A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, consagra a indivisibilidade dos direitos de primeira dimensão, de cunho liberal (civis e políticos), com aqueles erigidos mais recentemente aos textos constitucionais, através das Revoluções Socialistas, dos movimentos operários e das organizações sindicais, os de cunho social (econômicos, sociais e culturais), em paridade de importância, interrelação, indivisibilidade e interdependência (PIOVESAN, 2009).

No entanto, o grande problema da Declaração Universal de 1948, como observa Carlos Weis (2003), é que prevaleceu na doutrina majoritária o entendimento de que dela não decorreram direitos subjetivos aos cidadãos nem obrigações internacionais para os Estados, mas que suas disposições teriam natureza jurídica de recomendações, embora de caráter especial.

Diante dessa suposta ausência de força vinculante e obrigatória da Declaração Universal de 1948, a ideia inicial durante os trabalhos da ONU para garantir a observância universal dos direitos nela

previstos, numa sistemática de monitoramento e controle, segundo Flávia Piovesan (2009), seria a criação de um tratado internacional como o objetivo de incorporar os dispositivos contidos na Declaração de 1948, sob forma de preceitos jurídicos obrigatórios e vinculantes, nele contemplando, tanto os direitos de cunho liberal quanto os de cunho social; ou, como afirma Carlos Weis (2003), a construção de uma “Carta Internacional de Direitos Humanos”.

Contudo, como os próprios Weis (2003) e Piovesan (2009) apontam, apesar da ideia inicial da criação de um tratado único de direitos humanos, a tônica foi a da divergência entre os países do bloco ocidental e os do bloco socialista.

Informam aqueles autores que os países do bloco ocidental, liderados pelos Estados Unidos e potências europeias, defendiam a tese de que, como os processos de implementação seriam distintos para as duas categorias de direitos (civis e políticos e econômicos, sociais e culturais), exigindo diferentes procedimentos de implementação, justificar-se-ia a formulação de dois pactos diversos, um para cada espécie de direitos. Em síntese, entendiam que, enquanto os direitos civis seriam “autoaplicáveis” e passíveis de cobrança imediata e submissão pelo sistema de denúncias, os sociais seriam considerados “programáticos” e demandariam realização progressiva, sem que se pudesse exigir do Estado sua concretização nem de denunciá-lo.

Na ótica de Comparato (2008), as potências ocidentais insistiam no reconhecimento das liberdades individuais clássicas contra interferências estatais na vida privada, o que, para Weis (2003) significou tão-somente a tentativa de conservação de uma noção individualista dos direitos humanos, diminuindo a importância das prescrições relativas ao estabelecimento de condições mínimas e de um padrão digno de existência social através da cooperação técnica e financeira dos países envolvidos, o que garantiria a permanência dos países subdesenvolvidos como fornecedores de produtos primários e de mão-de-obra barata.

Insurgindo-se contra esse intento das potências ocidental e europeias, os países do bloco comunista e jovens países africanos (COMPARATO, 2008) preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos que têm por objeto políticas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidos, deixando na sombra as liberdades individuais. Defendiam os países daquele bloco a elaboração de um único pacto e sustentavam a tese de que nem em todos os países

os direitos civis e políticos eram autoaplicáveis e os direitos sociais não, mas, a depender do regime, os civis poderiam ser programáticos e os sociais autoaplicáveis; além disso, afirmaram que a feitura de dois instrumentos distintos poderia significar uma diminuição da importância dos direitos sociais (PIOVESAN, 2009).

Por fim, prevaleceu a tese defendida pelos países ocidentais, sendo elaborados dois tratados de direitos humanos, de 1966, sob diferentes espécies de direitos: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – PIDCP, que cria a obrigação estatal de tomar providências necessárias para garantir a todos os indivíduos que se encontram em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos ali previstos; e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, que, diferentemente, determina a adoção de medidas que visam a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos ali reconhecidos (WEIS, 2003).

Como bem destaca Piovesan (2009), enquanto o PIDCP estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o PIDESC cria obrigações para os Estados de realização progressiva, cuja pauta estaria condicionada aos recursos disponíveis.

A razão da divisão dos direitos humanos em dois pactos distintos adveio da polarização política das relações internacionais e da leitura ideológica que se fazia dos direitos humanos, indicativos do período de guerra fria que se delineava (FIGUEIREDO, 2007). Comparato (2008) afirma tratar-se apenas de uma medida artificial, na medida em que o conjunto é um sistema indivisível, pois o preâmbulo de ambos os Pactos (PIDCP e PIDESC) é idêntico.

Corroborando essa afirmação Carlos Weis (2003), ao referir que a tentativa de se partir os direitos humanos em duas categorias de importância distinta foi posta por terra menos de dois anos depois da adoção dos Pactos Internacionais, na Conferência de Teerã (1968), na qual se afirmou peremptoriamente a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Para o autor, as diferenças fundadas em razões processuais, quanto ao regime de aplicação diferenciado, não implicariam negar a sua unidade conceitual, sua interdependência e recíproco condicionamento.

De fato, como afirma Piovesan (2009), a interdependência dos direitos humanos se afirma na medida em que, sem os direitos sociais, os direitos civis só poderiam existir no plano nominal; já

sem os direitos civis, os sociais existiriam apenas no plano formal. Nessa mesma linha de ideias, Figueiredo (2007) afirma que, se os direitos humanos formam um todo uno e indivisível, é lícito concluir que as medidas de concretização de uns inevitavelmente repercutem na fruição plena do restante.

Visto o contexto de universalização dos direitos humanos no Pós 2ª Guerra Mundial e de criação dos subsequentes tratados internacionais de proteção, passemos à análise das consequências da importação dessa ideologia para a ordem constitucional brasileira: a teoria das normas constitucionais meramente programáticas.

3. A PROGRAMATICIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NAS CONSTITUIÇÕES E A SONEGAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar da universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, marcada pela Declaração Universal de 1948 e posteriores tratados internacionais (Convenção de Teerã), de 1968, e Conferência de Viena, de 1993 (Cf. FIGUEIREDO, 2007, pp. 30/31); ao momento de sua positivação constitucional parece ter prevalecido o entendimento resultante do embate ideológico entre os países Capitalistas e Comunistas, que cingiu os direitos humanos em categorias diferenciadas de implementação, sendo disseminada a doutrina da programaticidade das normas de direitos econômicos, sociais e culturais, como se isso confirmasse, no dizer de Piovesan (2009), a equivocada noção de que uma dessas categorias merece inteiro reconhecimento e respeito, e a outra não.

Essa “equivocada noção” de inteiro desprezo por uma categoria de direitos, demonstrada durante a elaboração dos dois Pactos Internacionais de 1966, parece ser bastante clara no caso dos Estados, na medida em que o PIDCP foi o último tratado de direitos humanos ratificado por aquele país, negando-se, doravante, a ratificar todos os tratados internacionais de proteção de direitos de segunda e de terceira geração, tendo, inclusive, o seu Congresso Nacional deixado de ratificar o PIDESC (MARMESLSTEIN, 2003; COMPARATO, 2008).

Para o constitucionalismo brasileiro, a herança dessa concepção cingida de direitos humanos resulta na introdução da classificação das normas constitucionais pelo critério de sua eficácia ou aplicabilidade, em 1968, por José Afonso da Silva (Aplicabilidade das normas constitucionais, cf. GUERRA FILHO, 2009, p. 132), que

as classificou em autoaplicáveis ou auto-executáveis (*self executing provisions*), quando nos fornecem uma regra mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado ou executar o dever imposto; e não auto-executáveis ou não auto-executáveis (*not self executing provisions*), quando meramente indica princípio, sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei (BONAVIDES, 2011).

Em termos sintéticos, as normas programáticas seriam instituidoras de princípios a serem cumpridos pelos órgãos estatais, em vez de regular interesses, visando à realização dos fins sociais do Estado, cuja realização carece de ações governamentais e demanda políticas públicas (GUERRA FILHO, 2009).

Carlos Weis (2003) se posiciona com atenção sobre a origem da teorização das normas programáticas advinda da redação dos dois Pactos Internacionais em razão do modo como essas duas espécies de direitos poderão ser exercidas: enquanto o PIDCP põe como regra o exercício imediato, sendo exceção aqueles que precisem de mediação legislativa, o PIDESC indica que os direitos ali previstos são de mero exercício progressivo, a depender do esforço interno e da assistência e cooperação internacionais, a fim de se adotar o Estado os meios que possibilitem o cumprimento das disposições ali contidas, o que aparentemente desobriga os Estados a darem cumprimento aos direitos sociais, econômicos e culturais.

No entanto, continua o autor, tal pensamento apenas revela a confusão existente entre a característica da implantação progressiva de direitos econômicos, sociais e culturais, com o que se convencionou chamar de normas programáticas, pois o fato de tais direitos possuírem uma forma própria de eficácia não significa que sejam meros sinalizadores de ação estatal.

Assim, registra ainda Weis (2003) que a doutrina vem reexaminando tal dogma, entendendo que a Constituição deve ser entendida como um documento jurídico, dotado de exigibilidade e obrigatoriedade, como os demais preceitos jurídicos, pois todas as normas geram direitos subjetivos para seus cidadãos, mormente as concernentes à justiça social, inclusive as programáticas.

Sensível à questão das diferentes formas de absorção dos tratados internacionais de direitos humanos pelas Constituições e a nociva propagação dogmática de uma ordem de direitos como merecedora de menor consideração jurídica, Paulo Bonavides (2011)

registra que os constitucionalistas do Estado Liberal não depararam com a necessidade de uma classificação das normas constitucionais porque também não depararam com o problema de sua juridicidade; contudo, o drama das Constituições contemporâneas assenta justamente na dificuldade de passar de enunciação de princípios à ordem concreta das normas.

Refere ainda aquele autor que os direitos sociais representaram uma estupenda novidade para o Direito Constitucional, mas as Declarações que os inseriam dificilmente obtinham uma redução jurídica fácil, de modo a dotá-los de aplicabilidade direta e imediata; por essa razão, as antigas Constituições viram criar em torno de si o clima da programaticidade jurídica (ausência de positividade), o que representou uma queda do grau de juridicidade (normatividade mínima e programaticidade máxima), deixando a Constituição de ser jurídica para se tornar política.

Diante disso, ele aponta como sendo um dos principais problemas do Constitucionalismo Contemporâneo justamente a determinação do grau de juridicidade das normas programáticas, o seu grau de eficácia e aplicabilidade, haja vista a “fragilidade” da norma programática suscitar dúvidas quanto à sua eficácia e juridicidade, servindo de pretexto à cômoda inobservância da Constituição, recomendando que o Estado de Direito do Constitucionalismo Social absorva a programaticidade das normas constitucionais e atribua a elas eficácia vinculante.

De fato, o embate Capitalismo-Comunismo, que ficou marcado na ONU durante a elaboração de um tratado internacional de direitos humanos, revelou o interesse das nações de modelo econômico liberal em não se vincular a direitos individuais que demandem um maior comprometimento de recursos orçamentários e um maior envolvimento de competências técnicas e fiscalizadoras para com o bem público, privando-os de exigibilidade e preferindo incluí-los dentre aqueles de realização gradual, a cargo dos interesses políticos e das circunstâncias econômicas, mantendo-se, assim, um grau mínimo de intervenção estatal nas questões sociais.

No caso dos direitos sociais, o enquadramento das suas normas como tendo eficácia meramente programática, longe de significar um verdadeiro compromisso de planejamento, dotação, fiscalização, atuação e, sobretudo, implementação eficaz de direitos pelo Estado, transformou-os paulatinamente em promessas vagas e longínquas,

cujo descumprimento pelos agentes públicos vem se justificando genericamente pela escassez de recursos.

A concretização de direitos sociais, colocada a mercê apenas da vontade política (poder de conformação legislativa), transformou-se em moeda de barganha eleitoral junto às camadas mais carentes da população – *principais destinatários dos direitos sociais* –, expressando não uma “obrigação do Estado”, mas, sim, se transmudando num “favor dos governantes eleitos”.

Esse messianismo constitucional, pelo qual os representantes eleitos (Legislativo e Executivo) insistem em se apresentar à sociedade na condição de únicos responsáveis pela realização de direitos fundamentais condutores da igualdade substancial, relegando o Poder Judiciário a um papel secundário no esquema de poderes e funções estatais, à moda do ultrapassado modelo de Estado pós-Revolução Francesa (Constitucionalismo Clássico, do Estado Liberal), vem perdendo espaço na atualidade por variadas razões, muitas delas ligadas à crise da concepção da democracia representativa como única via de acesso à cidadania.

Mas, além disso, a revitalização do papel normativo e eficaz das normas constitucionais, além do compromisso de cada um dos poderes estatais voltado à ampla concretização da Constituição, permite um questionamento acerca do princípio da separação de poderes em sua teorização original, abrindo espaço para a judicialização de políticas públicas, prática que vem se tornando cada vez mais frequente em nosso país.

4. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: A EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A tese da mera programaticidade das normas constitucionais definidoras de direitos econômicos, sociais e culturais, de fato merece superação doutrinária, uma vez que representa um obstáculo à força normativa da Constituição e à máxima efetividade das normas constitucionais.

Elival da Silva Ramos (2010, p. 192) se posiciona no sentido de que, de acordo com o princípio da força normativa da Constituição, a solução de problemas jurídico-constitucionais deve basear-se em pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição

normativa, contribuam para otimizar a eficácia da lei fundamental, buscando-se o sentido que maior eficácia lhes dê.

Amparando-se nas teses de Marcelo Neves (A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994), Anabelle Macedo Silva (2005, p. 39) chama a atenção para os perigos da inefetividade constitucional através de uma “constitucionalização simbólica”, verificada quando da “prevalência do significado político-ideológico latente das disposições constitucionais em detrimento de seu sentido normativo aparente”; como exemplo, no caso do respeito ao direito fundamental à moradia, quando, na prática, “não se reconhecem efeitos jurídicos concretos à norma constitucional (a qual seria meramente programática)”.

George Marmelstein (2010) recomenda que, em nome da indivisibilidade dos direitos fundamentais, seja superada a ideia de que os direitos sociais são direitos de segunda categoria, como se houvesse uma hierarquia entre as diversas gerações de direitos e que a violação de um direito dessa espécie não fosse tão grave quanto a violação de um direito civil ou político.

Eros Roberto Grau (A Constituição brasileira e as normas programáticas. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. nº 1. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 42), citado por Willis Santiago Guerra Filho (2009), menciona o “caráter reacionário de construções que deslocam a consagração de direitos fundamentais para normas programáticas”, o que confronta o art. 5º, § 2º, da Constituição.

Na mesma linha de ideias, Rui Barbosa, citado por Bonavides (2011, p. 236), remete-nos ao fato de que não há numa Constituição proposições ociosas, sem força cogente, cláusulas cujo valor se possa atribuir como meros conselhos, avisos ou lições, tendo todas elas força imperativa de regras.

Analisando inicialmente a estrutura dos direitos sociais, como primeiro passo de estudo de meios de viabilizar sua proteção judicial, Sarmiento (2010, p. 404) parte da premissa de que deve ser afastada a visão brasileira das normas de caráter programático como fossem meros conselhos sem efeitos jurídicos significativos. Para ele, essa concepção despoja os direitos sociais de proteção contra as omissões estatais, o que não se compatibiliza nem com a Constituição, quando consagra a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, nem com a importância destes direitos para a vida das pessoas.

No plano normativo, sem dúvida que a plena eficácia das normas constitucionais e a superação de sua programaticidade representam sensível avanço em prol da concretização dos direitos fundamentais. Todavia, no plano prático ou concreto, outro obstáculo vem se apresentando à efetivação de direitos sociais, reforçando ainda mais a sensação de frustração quanto às promessas constitucionais. Trata-se da escassez de recursos financeiros como justificativa genérica a toda e qualquer omissão e ineficiência da Administração Pública em realizar direitos fundamentais sociais, sobretudo os de cunho prestacional que envolvam um maior comprometimento dos recursos públicos.

5. A “RESERVA” COM RESERVAS E A JUDICIALIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Num contexto onde as necessidades sociais são infinitas, mas os recursos para satisfazê-las são finitos, na concretização de direitos fundamentais, cabe ao Administrador Público realizar “escolhas trágicas” (CALABRESI, Guido; e BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. New York: Norton, 1978; cf. SARMENTO, 2010, p. 392).

Como propõem Holmes e Susteain (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 94; cf. KELBERT, 2011, p. 67), levar os direitos fundamentais a sério significa levar a escassez a sério. Ou seja, já que a realização de todos os direitos fundamentais (tanto os “civis e políticos” quanto os “econômicos, sociais e culturais”) tem custos e está submetida à reserva do possível (SARMENTO, 2010, p. 407), deve ser observada a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação dos recursos públicos para toda e qualquer espécie de direitos fundamentais, de modo a que, ao atender uma necessidade pública, o Administrador não prejudique a realização de outras.

Porém, se todas as espécies de direitos fundamentais têm custos e, havendo custos, haverá alguma sorte de limites ao seu atendimento diante das necessidades ilimitadas, é lícito aderir à proposição de Marcelo Figueiredo (2009), no sentido de enxergarmos a Reserva do Possível com “reservas”, ao afirmar que “é no mínimo discutível a tese de que, em nome da reserva do possível, pode-se obstaculizar o direito ao reconhecimento de prestações estatais”.

Ademais, como ensina Fabiana Kelbert (2011), a reserva do possível envolve uma “dimensão fática”, resultante da verdadeira ausência de

recursos, sejam eles humanos, materiais ou financeiros, que impedem a realização de determinado direito ou, numa “dimensão jurídica”, a mera indisponibilidade de recursos por falta de dotação orçamentária, de destinação de verbas públicas na lei orçamentária para o atendimento de determinado direito.

É possível então concluirmos que a concretização de direitos fundamentais não pode ficar à inteira mercê da vontade política, sob o manto da programaticidade de algumas de suas normas e/ou da justificativa genérica da escassez de recursos públicos, mormente quando está em jogo a satisfação das necessidades mais prementes de uma existência humana digna.

Pela posição de Marmelstein (2009, pp. 295/296), diante da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, prevista no art. 5º, §1º, da Constituição de 1988, se o direito fundamental somente pudesse ser efetivado quando o legislador infraconstitucional regulamentasse seu exercício, ocorreria uma verdadeira inversão de autoridade, na qual o poder constituído teria maior poder que o próprio poder constituinte. Em reforço dessas ideias, ele cita Krüger, ao lecionar que “não são os direitos fundamentais que devem girar em torno das leis, mas as leis que devem girar em torno dos direitos fundamentais”. Daí porque, conclui: se determinado direito fundamental não está sendo efetivado por ausência de regulamentação infraconstitucional, cabe ao Judiciário efetiva-lo, pois para isso “não é preciso pedir autorização a ninguém, muito menos ao legislador”.

Tais linhas de ideias de há muito sedimentam a compreensão de que as decisões do Poder Público que ocorrem para a construção dos seus programas de ação já não fazem parte de uma instância impenetrável para o jurídico, sendo possível, no âmbito do Estado Democrático de Direito, controlar as políticas públicas relativamente à sua procedimentalização e ao próprio conteúdo da decisão prolatada. Nesta perspectiva, o planejamento das ações governamentais, para a superação das desigualdades sociais e o desenvolvimento econômico do país, exige a superação da vetusta concepção de estrutura administrativa liberal, fundada na separação metafísica entre Estado e Sociedade, na centralização do poder e na construção de uma relação hierárquica com os cidadãos (OHLWEILER, 2010).

Não obstante as posições doutrinárias em prol da judicialização de direitos fundamentais, tal possibilidade não está isenta de reflexões sobre seus limites e a fixação de parâmetros de segurança jurídica.

Marrara e Nunes (2010) chamam a atenção para uma “evolução ondular” do papel do Judiciário que, inicialmente, apresentava uma postura tímida e conservadora em relação às políticas públicas, tratando as respectivas normas como programáticas, de concretização gradual pelo Estado; e, num segundo momento, alguns segmentos do Judiciário alteraram radicalmente suas posições para entender ser possível ao Estado impor maneiras de como este poderia concretizar o direito à saúde, passando “de uma posição de distanciamento e neutralidade ao extremo ativismo”. Observam os autores, finalmente, que hoje o papel do Judiciário tem sido objeto de reflexão, situando-o num status intermediário entre não ignorar a unicidade da Constituição e garantir um mínimo de bem-estar aos cidadãos, respeitando a esfera de elaboração das políticas públicas pelo Executivo e Legislativo.

Sarmiento (2010, p. 299) não nega ao Judiciário um papel relevante na proteção dos direitos sociais, mas, por outro lado, ressalta que isso não o transforma em protagonista nesse campo em razão dos riscos representados por um ativismo judicial excessivo em matéria de direitos sociais.

Consciente da necessidade de se fixarem parâmetros racionais e razoáveis de atuação do Judiciário nesse setor, Ana Paula de Barcellos (2002, p. 248) aponta diferentes modalidades de eficácia e de faixas de extensão da dignidade da pessoa humana. Para a autora, naquelas faixas que compõem uma relação mais estreita com as condições materiais de existência humana (mínimo existencial), correspondente à fração nuclear da dignidade da pessoa humana, é possível a exigibilidade da prestação perante o Judiciário (eficácia positiva ou assimétrica)¹. Já para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrente da necessidade de se manter o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias (margem de liberdade do administrador).

Das breves noções acima expostas, é possível vislumbrar que o tema da fixação de parâmetros de atuação judicial em matéria de concretização de direitos fundamentais fomenta amplos debates, dada a complexidade da questão e do processo corrente de formação de seus princípios, não sendo de nossa pretensão esgotar no presente trabalho todos os aspectos envolvidos.

1. Simplificação com a qual Sarmiento, 2010, p. 419, discorda.

Contudo, o atual estágio de desenvolvimento da dogmática jurídico-constitucional nos permite afirmar que não restam dúvidas quanto à superação da programaticidade das normas definidoras de direitos fundamentais, cujo transporte teórico para o Direito Constitucional brasileiro remonta ao embate capitalista-comunista dos anos 60, durante os trabalhos da ONU, quando se frustrou a elaboração de um tratado internacional único de direitos humanos, em razão da percepção das diferentes formas de realização de uma ou outra espécie desses direitos.

No Constitucionalismo Contemporâneo, uma vez superada a programaticidade das normas constitucionais definidoras de direitos econômicos, sociais e culturais pela sua juridicidade, além da redução do espaço de conformação política da Administração Pública na escolha e concretização de direitos fundamentais, observando-se de forma criteriosa as rotineiras alegações de escassez de recursos como justificativas para a não realização de determinados direitos, sobretudo aqueles que requerem um maior comprometimento financeiro, é possível concluir pela possibilidade de intervenção judicial como forma de preservar direitos individuais, sobretudo quando envolvem as condições mínimas de existência digna, sem que se possa entender por violado o princípio da separação de poderes.

6. CONCLUSÃO

No contexto do pós-2ª Guerra Mundial, a busca pela mais ampla e irrestrita tutela da pessoa humana, como nova tábua axiológica dos ordenamentos jurídicos, produziu a consagração de sua dignidade nos tratados internacionais e nos documentos constitucionais da maioria das nações ocidentais.

No entanto, essa busca de proteção irrestrita à pessoa humana esbarrou em dificuldades ideológicas e políticas que interferiram na elaboração de um tratado internacional único de direitos humanos, sendo eles cingidos em diferentes instrumentos de proteção (PICDP e PIDESC), de acordo com a forma de realização de cada um deles.

A existência desses dois tratados diferentes de direitos humanos (civis e políticos e econômicos, sociais e culturais) pode ser considerada como germen da teoria da programaticidade das normas constitucionais acerca de direitos sociais, que prevaleceu por muito tempo na doutrina constitucional contemporânea, mas que

atualmente vem sendo revista em nome da eficácia imediata e da juridicidade das normas constitucionais.

Além da tese da programaticidade das normas definidoras de direitos sociais, decorrente do dissenso ideológico presente no período de Guerra Fria, o forte peso do componente econômico-financeiro, traduzido na falta de recursos materiais para a concretização de direitos fundamentais num ambiente de escassez, embora mais presente naqueles de cunho social prestacional que nas demais espécies, tem sido alegação recorrente pelo administrador público para justificar a sonegação de direitos sob o pálio da reserva do possível.

Contudo, tanto a programaticidade – *vencida pela eficácia ampla e irrestrita das normas constitucionais*; quanto a reserva do possível – *vencida pela demonstração de que todos os direitos, e não apenas os sociais, têm custos, não mais se sustentam a impedir a judicialização de direitos fundamentais como remédio às omissões e ineficácias dos demais poderes constituídos, sobretudo quanto mais estejam eles ligados ao mínimo existencial, faixa nuclear da dignidade da pessoa humana.*

Assim, tratados os direitos humanos de forma universal, indivisível e interdependente, compreendem-se os seus diferentes modos de realização, agora não mais como fator impeditivo à sua concretização, como ocorrera há bem pouco tempo, reduzindo alguns deles a meras categorias ilustrativas do cenário constitucional, mas, sim, como baliza para um tratamento diferenciado de concretização que não os prive de concretização por todos os poderes estatais nem os transforme, de programas em promessas vazias, agravando o sentimento de frustração constitucional.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil. In QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 711-746.

FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FILHO, Willis Santiago. A norma constitucional e sua eficácia (diante do Neoconstitucionalismo e de uma Teoria Fundamental do Direito). In QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 129-142.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARMELSTEIN, George. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 07 maio 2010.

_____. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas públicas de saúde e de medicamentos. In BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). *Direito à vida e à saúde – impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 79-96.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 289-309.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras*

complementares de Direito Constitucional (direitos humanos e direitos fundamentais). 4. ed. Salvador: Juspodium, 2010. pp. 389-427.

SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

WEIS, Carlos. *O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em <www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado06.htm>. Acesso em 13 ago. 2003.

AS PESSOAS DE MEIA-IDADE COMO GRUPO ETÁRIO EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE NO MERCADO DE TRABALHO E A CONSTRUÇÃO DE SISTEMA JURÍDICO DE PROTEÇÃO DIFERENCIADA CONTRA PRÁTICAS DE DISCRIMINAÇÃO: EXAME CRÍTICO DE DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

André Luiz Sienkiewicz Machado

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2006); Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Christus (2017); Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza; Membro do Núcleo de Estudos sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social – NEDTS –, afiliado à Labour Law Research Network; Procurador do Estado do Ceará.

J. J. Ribeiro, em entrevista de 26.11.1980: – Que conselho dar aos jovens?
Nelson Rodrigues [1912–1980]: – Jovens: envelheçam rapidamente!

1. INTRODUÇÃO

A vida: ciclo biológico inexorável de curta duração, marcado pela finitude e contingência. Nascer, crescer, envelhecer e morrer. Fases de um processo. Etapas em sequência. Processo que não muda: ciclos que começam; ciclos que se findam. O desenvolvimento das etapas intermediárias passa por modificações: constroem-se culturalmente, em interação com o progresso científico, tecnológico e social. Nesse contexto, a atual fase da experiência humana se destaca pelo crescente envelhecimento da população mundial. Progressivamente, eleva-se a expectativa de vida ao nascer. Do mesmo modo, aumenta-se a expectativa de sobrevida.

O envelhecimento da população lança desafios para o indivíduo e para a sociedade. Para a pessoa, acarreta, progressivamente, problemas diversos, como a redução de movimentos e o aparecimento de enfermidades. Também produz dificuldades para adaptação a novos tempos, com costumes e valores próprios, resultantes do encontro

conflituoso de gerações. Os novos processos tecnológicos podem gerar segregação. Mais: preconceito, discriminação e representações estereotipadas também comparecem como problemas frequentes. Nesse cenário, a expressão “melhor idade”, moldada para a satisfação de idiossincráticos interesses do denominado politicamente correto, pode atuar como ironia perversa. Para a sociedade, os desafios também não são poucos. Passam pelo acesso a numerosos direitos, como saúde, mobilidade urbana e assistência social, por exemplo.

Em razão da centralidade do trabalho para vida em sociedade, o conjunto de desafios e problemas relacionados à pessoa idosa, no plano individual e coletivo, produzem reflexos nesse ambiente. O processo de envelhecimento da população brasileira parece evoluir em marcha mais acelerada do que o desenvolvimento econômico e social, com direta repercussão no mercado de trabalho: a precariedade das condições gerais de vida determina o prolongamento indefinido da atividade produtiva da pessoa idosa.

Por consequência, o enfrentamento desses problemas também passa pela ordem jurídica trabalhista. O sistema de regulação das relações de trabalho deve desenvolver a aptidão para fornecer respostas adequadas para tutela dos direitos humanos da pessoa idosa e de outros trabalhadores que, em razão da idade, encontram dificuldades de acesso ou de permanência no mercado de trabalho.

Nesse sentido, o presente empreendimento de pesquisa dedica-se, inicialmente, a descrever o sistema normativo de proteção da pessoa da pessoa idosa no mercado de trabalho e a avaliar a possibilidade de identificação de outros grupos de trabalhadores em situação de vulnerabilidade que, nesse ambiente, sofrem discriminação em razão da idade. Para isso, de saída, no capítulo inicial, descreve-se o panorama da proteção jurídica da pessoa idosa na experiência nacional, com a análise da evolução histórica da ordem jurídica constitucional brasileira. No plano da legislação ordinária, examina-se o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 2003), com ênfase nas questões mais intimamente relacionadas com o mundo do trabalho. Ainda no capítulo inaugural, incursiona-se pelo sistema de proteção jurídica da pessoa idosa contra práticas de discriminação no trabalho, com o exame de atos da Organização Internacional do Trabalho e a análise da ordem jurídica interna.

No capítulo subsequente, discute-se a necessidade de revisitar o conceito normativo de pessoa idosa no específico contexto do

mercado de trabalho. Nele também se avalia a possibilidade de construção teórica de outro grupo etário de trabalhadores em situação de vulnerabilidade, a preencher-se por pessoas que não se qualificam, formalmente, como idosos, mas que, em razão da idade, sofrem preconceito e discriminação em matéria de trabalho e emprego. Na sequência, ainda nesse capítulo, discutem-se: a) a necessidade de instituição de sistema jurídico diferenciado para a proteção dos direitos humanos desse conjunto de trabalhadores e b) o conteúdo normativo desse sistema específico.

No capítulo seguinte, com o aporte dos subsídios teóricos desenvolvidos ao longo dos capítulos progressos, ingressa-se no exame da política empresarial de renovação do quadro de empregados do Banco do Estado do Espírito Santo, mediante a análise crítica de decisão proferida pela Primeira Subseção de Direitos Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Para isso, de largada, descrevem-se os elementos de estruturação da política empresarial, sobretudo em relação aos aspectos concernentes à finalidade, aos critérios de aplicação e às consequências jurídicas. Em seguida, delimita-se a controvérsia jurídica submetida ao exame do órgão julgador, com a descrição dos elementos específicos do processo. Na sequência, para arrematar o capítulo, tecem-se considerações críticas acerca da decisão judicial analisada. Por fim, em seção própria, descrevem-se as conclusões obtidas no curso da pesquisa.

2. O PANORAMA DA PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA IDOSA

“El diablo sabe por diablo, pero más sabe por viejo” (ditado espanhol).

O Estado Democrático de Direito do Século XXI resulta da tentativa de superação histórica de dois modelos anteriores, de feição liberal clássica e social. Nesse modelo de organização, promove-se a superação da noção fria e livresca de igualdade em prol da construção de modelo centrado no paradigma filosófico da vida concreta de cada sujeito. Nesse ambiente, o fenômeno jurídico passa por amplos processos de transformação e filtragem: descontrói-se para redefinir-se, em renovada perspectiva.

O Direito, assim, passa da descrição dogmática para a solução concreta de problemas da vida, com as atenções voltadas para o desenvolvimento em acepção ampliada, não confinada a elementos puramente econômicos. Desloca-se a centralidade da figura do

sujeito de direito para a pessoa. Os influxos interativos do Estado do Democrático de Direito com o sistema de direitos fundamentais construídos em torno desse modelo de organização política da sociedade induzem também o processo de infestação de valores democráticos na ambiência das relações privadas, que passam por movimentos de ruptura de hierarquias. Tornam-se, portanto, mais horizontais.

Tradicionalmente, o Estado atua como o centro de potencial violação de direitos humanos. Esse, aliás, consiste no fundamento-matriz do desenvolvimento histórico dos sistemas de proteção de direitos fundamentais. No Século XXI, com a ampliação e a consolidação do processo de globalização da economia, acentua-se o papel da empresa nos espaços públicos: com isso, elas também passam a ser grande agente de violação de direitos. Em razão disso, exigem-se respostas juridicamente adequadas para esse tipo de desafio.

Nesse plano, a ordem jurídica abandona a miragem de igualdade ontológica entre os sujeitos e passa a identificar as diferenças precisamente para poder compreender os problemas que atingem determinados segmentos da sociedade com exclusividade ou com consequências mais profundas para, em seguida, construir soluções sob medida no sentido da promoção de direitos humanos, com o desenvolvimento de políticas públicas específicas. Resumidamente, cuida-se de reconhecer a diferença para promover a dimensão substancial do direito à igualdade.

Nota-se, assim, aparente paradoxo da democracia: ampliam-se os problemas e conflitos que nela e por meio dela se resolvem. Contudo, não há, propriamente, paradoxo. Com efeito, em regimes de conformação autocrática, os conflitos existem, mas permanecem recalcados, sem encontrar pontos de extravasamento público. Na essência, a democracia opera como mecanismo de institucionalização da solução de conflitos.

Nesse sentido, a porosidade democrática permite que os problemas e conflitos passem a integrar a agenda de debates públicos. Dessa maneira, segmentos minoritários e grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade conseguem abandonar a condição de invisibilidade social e passam crescentemente a ocupar o protagonismo no processo de construção e afirmação de identidades. E esse movimento repercute no Direito e dele passa a exigir respostas.

2.1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

No processo de evolução histórica da ordem jurídica brasileira, a primeira aparição do tema da proteção da pessoa idosa no plano constitucional relacionava-se com o campo das relações de trabalho, mediante a previsão de sistema contributivo de previdência destinado a amparar o trabalhador na velhice (artigo 121, “h”, da Constituição Federal de 1934). Na Constituição Federal de 1937, atribuiu-se ao marco normativo das relações do trabalho a tarefa de instituir “seguros de velhice” (artigo 137, “m”). Quando da declaração do “estado de guerra em todo o território nacional”, por força do Decreto nº 10.358, de 1942, suspendeu-se a eficácia desse artigo, dentre outros.

Com a abertura democrática, a Constituição Federal de 1946 retomou a previsão de sistema contributivo de previdência, “contra as consequências da velhice” (artigo 157, XVI). No período de estado de exceção, manteve-se semelhante previsão tanto na Constituição Federal de 1967 (artigo 158, XVI) quanto na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (artigo 158, XVI).

2.2. A NOVA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

A Constituição Federal de 1988 instituiu Estado Democrático de Direito, na forma expressamente enunciada no artigo inaugural do documento. O sistema normativo constitucional, porém, vai além dessa enunciação aparentemente simples. Em rigor, a simplicidade da construção reside apenas na camada sintática da expressão, formada por enxuto conjunto de palavras. No plano menos epidérmico, o enunciado assume adensada carga semântica, que se projeta como verdadeiro vetor de orientação normativa.

Em consonância com a pujança significativa da expressão, o sistema constitucional alcança o estabelecimento de amplo projeto de construção de sociedade livre, justa e solidária, sem nenhum tipo de preconceito ou discriminação, a ponto de minudenciar numerosos mandamentos e providências a cargo do poder público e da própria sociedade. Cuida-se de projeto traçado para conduzir a expressão Estado Democrático de Direito dos campos da sintaxe e da semântica para o plano da pragmática, no particular sentido da efetivação prática do projeto constitucional sobre a vida das pessoas.

Em relação aos idosos, a Constituição Federal assegurou proteção específica no artigo 230. O espectro normativo alcança o direito de a pessoa idosa receber amparo, mediante (*quid*): a) a participação na comunidade, b) a defesa da dignidade, b) a defesa do bem-estar e d) a proteção do direito à vida. No plano da sujeição passiva (*quis*), o mandamento tem tríplice endereçamento: a família, a sociedade e o Estado.

No ambiente da família, o artigo 229 atribui aos filhos maiores o dever jurídico de “amparar os pais na velhice”. No campo normativo referente à sociedade, incluem-se as empresas. Por conseguinte, todos aqueles elementos integrantes do âmbito objetivo de proteção do direito da pessoa idosa permeiam, ao seu modo e com as suas peculiaridades, as relações de trabalho por ela protagonizadas.

O conteúdo e a alocação topográfica do artigo 230 fornecem indícios seguros de que a Constituição Federal de 1988 reconhece, ainda que de forma implícita, a condição de vulnerabilidade do grupo etário formado pelas pessoas idosas. Com efeito, no Título VIII (“Da Ordem Social”), na descrição do conteúdo do Capítulo VII, registra-se a expressão “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”¹. O capítulo em referência contém normas específicas para ampliar a proteção jurídica de determinados segmentos da sociedade, como, por exemplo, a criança, a pessoa com deficiência e o idoso, embora a isso não se resuma.

A previsão de artigo específico para a proteção da pessoa idosa (artigo 230), encartado em capítulo dedicado a segmentos assinalados pela vulnerabilidade (artigos 227 a 230, em particular), atesta a condição desse grupo etário como merecedor de atenção diferenciada. O artigo 203, I, reforça esse entendimento ao incluir a proteção à velhice como objetivo do sistema de assistência social, independentemente de contribuição, a quem dela venha a necessitar.

Consequentemente, pode afirmar-se que as pessoas idosas integram grupo em situação de vulnerabilidade e, em razão disso, contam com proteção jurídica adicional. Se assim não fosse, para o efeito de tutela jurídica, bastaria a aplicação do acervo geral de direitos e garantias fundamentais. Por conseguinte, o artigo 230 funciona como norma de extensão do catálogo comum de direitos e garantias fundamentais, em duplo sentido: a) integra a ordem jurídica

1. Redação atribuída pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010, com acréscimo “para cuidar dos interesses da juventude”.

constitucional como um direito em si, com autonomia normativa, e b) reforça e aprofunda a normatividade daquela coleção geral de direitos.

Além disso, o posicionamento do artigo 230 na topografia normativa da Constituição Federal, na condição de parte integrante da ordem social (Título VI), fortalece a proteção da pessoa idosa no sistema produtivo. Como disposição geral desse título, o artigo 193 coloca o primado do trabalho como base de ordem social brasileira.

Ainda no campo da ordem jurídica constitucional, asseguram-se à pessoa idosa os seguintes direitos: a) para as pessoas com pelo menos 65 anos de idade, o acesso gratuito ao serviço de transporte coletivo urbano, (artigo 230, § 2º), com aplicação plena e imediata, independentemente de intermediação legislativa; b) em favor daqueles “que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”, a percepção de benefício assistencial de prestação continuada no valor mensal correspondente a um salário mínimo (artigo 203, V), na forma prevista em lei²; e c) em prol das pessoas com pelo menos sessenta anos de idade, na execução de decisão judicial contra a Fazenda Pública, o pagamento preferencial de crédito de natureza alimentar inscrito em precatório, no limite equivalente até o triplo do valor da obrigação de pequeno valor definida em lei da entidade federativa devedora (artigo 100, § 2º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 94, de 2016).

No mais, a Constituição Federal de 1988 manteve o sistema contributivo de proteção previdenciária desenhado ao longo do processo histórico de evolução da ordem constitucional brasileira, matéria que guarda estreito grau de intimidade com o mundo do trabalho. Não se limitou a manter a estrutura elementar do sistema, porém: alçou-o à condição de direito social (artigo 6º). No campo da previdência, o documento atual adotou a expressão idade avançada (artigo 201, I), em detrimento do termo velhice, que, no entanto, permaneceu registrado nos artigos 203, I, e 229, acima examinados.

2.3. O ESTATUTO DO IDOSO – LEI Nº 10.741, DE 2003

Para dar concretude ao fenômeno da viragem paradigmática do sujeito à pessoa, com lastro no modelo filosófico da vida concreta, a ordem jurídica brasileira passa a adotar de maneira mais intensa e

2. Regulamentou-se o direito de acesso ao benefício pela Lei nº 8.742, de 1993 (artigos 20 e 21, especificamente), e ulteriores modificações.

corriqueira a técnica legislativa de construção de estatutos específicos, destinados à proteção e à promoção dos direitos de determinados segmentos da sociedade, sobretudo em relação a grupos em situação de vulnerabilidade. Nesse sentido, os estatutos comparecem como – mais um – instrumento para efetivar o projeto constitucional democrático de construção de sociedade livre, justa e solidária, nacionalmente desenvolvida, sem pobreza nem marginalização, menos desigual, com a promoção do bem de todas as pessoas, sem preconceito ou discriminação de nenhum tipo.

Além disso, os estatutos inserem-se no contexto dos microssistemas jurídicos, colocados em processo de permanente interação dialógica de fontes normativas e resultam do processo de descodificação do Direito em geral e do Direito Civil em particular. Em processo bifronte, acentua-se, de um lado, a proteção da autonomia privada existencial da pessoa e, de outro, reorienta-se a tutela da autonomia privada patrimonial, que se torna atrelada ao cumprimento da função social da propriedade, do contrato e da empresa.

Nesse amplo contexto social e jurídico, encarta-se a Lei nº 10.741, de 2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, com a previsão de extenso sistema de proteção de direitos perante a família, a comunidade, a sociedade e o Estado, inclusive com a determinação de desenvolvimento de políticas públicas específicas para as pessoas integrantes desse grupo (artigo 3º, § 1º, II). À pessoa idosa garante-se proteção integral (artigo 2º) e prioridade absoluta em relação a determinados direitos, como o trabalho (artigo 3º)³.

3. Em rigor, em análise centrada na dogmática, a inserção da expressão prioridade absoluta tem mais força simbólica do que propriamente normativa. Prioridade, como se pode intuir, é o que vem primeiro. Por isso, costuma-se afirmar que a palavra prioridade não admite plural: quem tem duas ou mais prioridades não tem nenhuma. Em semelhante sentido, o sintagma prioridade absoluta chegaria a incorrer em redundância. Assim, como norma, quanto aos idosos, a expressão padeceria de inconstitucionalidade material por contrariar o artigo 227 da Constituição Federal, que assegura à criança, ao adolescente e ao jovem absoluta prioridade em relação a amplo catálogo de direitos. Nesse acervo, há zona de interseção quanto aos seguintes direitos: vida, saúde, alimentação, educação, lazer, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária. No entanto, para além da dogmática, os conflitos de interesses sobre esses direitos devem examinar-se em concreto, à vista dos problemas práticos a resolver, mediante a aplicação dos instrumentos hermenêuticos adequados para a solução de casos de colisão.

Na Constituição Federal de 1988, não existe registro expresso e unívoco para a categorização da pessoa idosa. A Lei nº 10.741, de 2003, tratou de fazê-lo já no artigo inaugural, para incluir no círculo de sua abrangência “os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. O direito positivo ordinário adota, portanto, critério etário fixo e objetivo, o que, por um lado, reforça o valor jurídico da segurança, mas, por outro, pode deixar em condição de proteção deficiente outro valor fundamental: a justiça.

2.3.1 A PESSOA IDOSA E O DIREITO AO TRABALHO

Como se consignou, na Constituição Federal, a ordem social funda-se no primado do trabalho (artigo 193). De modo consentâneo com esse fundamento constitucional, o Estatuto inscreve o trabalho dentre os numerosos campos de tutela dos direitos da pessoa idosa, com prioridade (artigo 3º). Ao tema se dedica especificamente o Capítulo VI do Título II (artigos 26 a 28). No artigo 26, assegura ao idoso o direito de exercer atividade profissional, “respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas”.

Nesse ponto, abre-se margem para o surgimento de questões jurídicas delicadas, relacionadas ao resultado do trabalho da pessoa idosa no processo produtivo em termos de eficiência, sobretudo no amplo contexto das trocas econômicas progressivamente mais globalizadas e assinaladas pelo acirramento da competição entre os agentes da economia. Assim, coloca-se a indagação: como desenhar fronteiras juridicamente seguras para acomodar a convivência de interesses potencialmente antagônicos? Ou seja, para a finalidade de promover o direito de acesso ao trabalho em favor do idoso, como separar as exigências próprias do processo produtivo no sistema capitalista, orientado para a maximização de lucros, com o dever jurídico de respeitar as condições concretas da pessoa idosa, sobretudo físicas, que, pelo natural processo de envelhecimento biológico, se traduzem em progressiva limitação de movimentos, redução de reflexos e falta de agilidade? A construção da resposta juridicamente adequada para o problema passa, antes, pela avaliação da presença ou da ausência de prática discriminatória.

Nesse ponto, o artigo 27 do estatuto estabelece a proibição de estabelecimento de limite de idade máximo para admissão “em qualquer trabalho ou emprego”. Prevê-se a seguinte exceção: aceita-se a restrição etária se a natureza do cargo assim o exigir. O preceito

normativo, por um lado, auxilia na formulação da resposta ao problema colocado no parágrafo anterior, mas, por outro, ele, em si, promove o surgimento de novos desafios hermenêuticos. Assim, de um lado, o equacionamento daquele problema, como se afirmou, passa pela análise da presença de ato de discriminação (proibida pelo artigo 27), mas, de outro, coloca outro problema: de que maneira examinar, juridicamente, a ressalva resultante das exigências do cargo? Além disso, o artigo 27 conta com espectro acanhado, com abrangência expressa apenas sobre o acesso ao mercado de trabalho (fase pré-contratual). Em razão disso, em segmento próprio, retomase o exame do problema, com o apoio de outros subsídios normativos.

Na sequência, o artigo 28 comete ao Poder Público o dever de desenvolver políticas públicas relacionadas ao campo da capacitação do idoso para o mercado de trabalho e fora dele. Cabe-lhe também fomentar os agentes privados a desenvolverem programas de idêntico conteúdo. Nessa área, o Poder Público pode somar forças com a iniciativa privada, mediante convênios, por exemplo, na forma da legislação de regência desse tipo de concerto. Esses programas destinam-se, especificamente, a) à “profissionalização especializada” das pessoas idosas (artigo 28, inciso I); b) à preparação do trabalhador idoso para a saída do mercado de trabalho, medida relevante para inserção social da pessoa em novas atividades coletivas (inciso II), de sorte a amenizar os efeitos da repentina interrupção da rotina levada por anos a fio, fator que frequentemente está na base do adoecimento mental da pessoa idosa, com o desencadeamento de quadros clínicos de depressão e a produção de consequências graves, como o suicídio, e, por fim, c) ao incentivo para que as empresas privadas incorporem pessoas idosas aos seus quadros funcionais (inciso III). Parece evidente que a eficiência de cada uma dessas ações depende, em grande medida, do sucesso das demais. Nesse sentido, o desenvolvimento de políticas públicas nessa área deve compor arranjo coordenado e sistemático.

O Estatuto do Idoso, no Título VI, cuida de matéria criminal (artigos 93 a 108)⁴. Para proteger a pessoa idosa, tipificam-se

4. O sistema de proteção da pessoa idosa por meio da ordem jurídica penal não se confina ao Estatuto do Idoso. Está presente no Código Penal e em outros documentos normativos, mediante: a) a instituição de formas qualificadas de delitos, como, por exemplo, o estelionato, na forma do artigo 171, § 4º, do Código Penal; b) a previsão de causas de aumento de pena em determinados crimes, como, por exemplo, o tráfico de pessoas, a frustração de direito assegurado por lei trabalhista e o aliciamento de

como delitos várias condutas atentatórias contra os direitos desse segmento da população. Em matéria relativa ao trabalho, o artigo 99 criminaliza a conduta de exposição da integridade e da saúde física ou psíquica de pessoa idosa a perigo em razão de submetê-la a “trabalho excessivo ou inadequado”, com pena base de detenção de dois meses a um ano, além de multa. O exame do enquadramento típico reveste-se de dificuldades e pode suscitar conflitos normativos de intrincada solução, sobretudo em relação ao desempenho de atividades intrinsecamente perigosas ou insalubres. Impasses podem surgir.

Em princípio, determinada indústria pesada pode colocar-se diante do seguinte trilema: a) promover a extinção do contrato de trabalho do empregado idoso qualificado para o desempenho de função insalubre ou perigosa e correr o risco de receber sanções pelo reconhecimento de adoção de prática discriminatória, b) manter o empregado idoso no exercício da função perigosa ou insalubre e submeter-se ao risco de sofrer punição pela prática do delito descrito no artigo 99 do estatuto do idoso ou c) arcar com os custos decorrentes da adoção de medidas de acomodação, como a capacitação do empregado idoso para o exercício de outra função na própria empresa⁵, no âmbito de programa desenvolvido com base no artigo 28, II, do próprio Estatuto, ou a redução da jornada de trabalho, com a assunção de novos riscos oriundos de possível pedido de reconhecimento de equiparação remuneratória. No entanto, a princípio, no caso de regular cumprimento do conjunto de normas de higiene, saúde e segurança do trabalho⁶, com o adequado

trabalhadores de um local para outro do território nacional, de acordo com os artigos 149-A, § 1º, II, 203, § 2º, e 207, § 2º, do Código Penal, respectivamente; e c) o afastamento de causa de exclusão da punibilidade (“escusa absolutória”), na forma do artigo 183, III, do Código Penal.

5. O artigo 301 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao tratar do trabalho em minas de subsolo, contém previsão nesse sentido: “O trabalho no subsolo somente será permitido a homens, com idade compreendida entre 21 (vinte e um) e 50 (cinquenta) anos, assegurada a transferência para a superfície nos termos previstos no artigo anterior”.

6. A esse propósito, o artigo 200, VI, da Consolidação das Leis do Trabalho, prevê o seguinte: “Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este Capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre: (...); VI – proteção do trabalhador exposto a substâncias químicas nocivas, radiações ionizantes e não ionizantes, ruídos, vibrações e trepidações ou pressões anormais ao ambiente de trabalho, com especificação das medidas cabíveis para eliminação ou atenuação desses efeitos

fornecimento de equipamentos de proteção individual e coletiva e o respeito aos limites de jornada de trabalho, impedem a configuração do delito.

Ainda no campo penal, o artigo 100, II, prevê crime com punição mais severa, com reclusão pelo período de seis meses a um ano, além de multa, configurado pela negação de acesso de pessoa idosa, por esse motivo, a posto de trabalho. Na base dessa figura típica, achase a violação ao direito fundamental à igualdade ou, de modo mais específico, ao direito de receber tratamento não discriminatório, com a igualdade de oportunidade de ingressar no mercado de trabalho. Nesse ponto, a ordem jurídica criminal revela, a princípio, certa incongruência. A Lei nº 7.716, de 1989, com o propósito de punir os delitos “resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (artigo 1º) contém figura típica com elementos descritivos essencialmente idênticos àquela: “negar ou obstar emprego em empresa privada” (artigo 4º). Pune-se o delito com reclusão de dois a cinco anos, sanção bem mais gravosa do que aquela prevista para crime de idêntico conteúdo contra a pessoa idosa.

De certo modo, o direito positivo estabelece um tipo de discriminação dentro do sistema de combate à discriminação. No entanto, a princípio, o racismo estrutural presente no processo histórico de formação da sociedade brasileira consegue explicar o maior grau de reprovabilidade social da conduta discriminatória com lastro em preconceito racial ou étnico, sobretudo contra a população negra (embora a Lei nº 7.716, de 1989, tenha abrangência mais ampla, não se limitando a esse segmento da sociedade).

Nesse sentido, a sanção criminal mais enérgica para práticas discriminatórias contra certo conjunto de vítimas encontraria justificção razoável no sistema de adequação da proteção dos direitos fundamentais de determinado grupo em situação de vulnerabilidade. No entanto, o exame da legitimidade constitucional e democrática dessa diferenciação demanda incursão mais aprofundada, incompatível com o recorte proposto para a presente pesquisa.

limites máximos quanto ao tempo de exposição, à intensidade da ação ou de seus efeitos sobre o organismo do trabalhador, exames médicos obrigatórios, **limites de idade**[,] controle permanente dos locais de trabalho e das demais exigências que se façam necessárias; (...)” [sem destaque na versão original].

Embora se ache fora do Estatuto do Idoso, convém fazer breve menção a outra norma para a proteção da pessoa idosa em matéria vinculada ao mundo do trabalho. No âmbito da relação de emprego doméstico, prevê-se como justa causa para a extinção do contrato de trabalho do empregado que incorre na conduta de submeter a maus tratos pessoa idosa que se encontra sob seu cuidado direto ou indireto (artigo 27, I, da Lei Complementar nº 150, de 2015).

2.4. O SISTEMA DE PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA IDOSA CONTRA PRÁTICAS DE DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

Como emanção da centralidade do trabalhado para a vida em sociedade, a relação contratual de trabalho manifesta dupla dimensão estrutural. Insere-se, primordialmente, no campo da autonomia privada negocial, ambiência em que se encarta com proeminência a correlação de direitos e deveres de natureza econômica entre o empregado e empregador, como o pagamento de remuneração pelo trabalho prestado. Nessa dimensão econômica, concretiza-se o direito de igualdade de remuneração pelo sistema de equiparação salarial. Além disso, a relação contratual de trabalho encaixa-se no âmbito da autonomia privada existencial da pessoa do trabalhador. Nesse campo, para promover a tutela de direitos não propriamente econômicos, como a igualdade de tratamento e o respeito aos direitos da personalidade, a ordem jurídica impõe severas interdições à autonomia privada do empregador.

Evidentemente, na microfísica da execução do contrato, nem sempre se pode separar com precisão uma dimensão da outra. O direito de acesso ao mercado de trabalho com igualdade de oportunidades, por exemplo, ocupa tanto a dimensão econômica quanto a dimensão existencial da relação de trabalho. Com efeito, de forma resumida, para a pessoa do trabalhador, o trabalho desempenha dupla função, em movimento de contínua e recíproca influência: com o salário, promove o custeio de despesas necessárias a seu sustento (função econômica); por meio do trabalho, a pessoa afirma sua identidade mediante a construção de múltiplos vínculos de sociabilidade (função existencial).

Fixada essa premissa a respeito do perfil estrutural da relação contratual de trabalho, o presente capítulo dedica-se a descrever o marco normativo de combate a práticas de discriminação contra a pessoa idosa na ambiência do trabalho. De antemão, porém, no

plano taxinômico e terminológico, mostra-se conveniente deixar esclarecido que a discriminação contra o idoso não se confunde, necessariamente, com a discriminação em razão da idade ou etária, expressão que apresenta alcance semântico mais abrangente, para incluir todo tipo de distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na idade da pessoa que apresente o objetivo ou produza o resultado de afastar ou limitar o reconhecimento e o exercício de direitos em igualdade de condições.

Nesse sentido, a discriminação em razão da idade pode referir-se a qualquer ser humano: crianças, adolescentes, jovens, idosos e também as pessoas que se encontram em faixas etárias intermediárias. No capítulo subsequente, retoma-se a discussão desse ponto em outra perspectiva, orientada para o exame da possibilidade de enquadrar as pessoas com idade intermediária em grupo em situação de vulnerabilidade.

No ambiente de trabalho, a pessoa idosa pode comparecer como vítima de discriminação múltipla: além do elemento etário, a situação de vulnerabilidade pode acentuar-se em razão da associação com outros fatores de distinção, como gênero, etnia, procedência, religião, preferência política ou até mesmo em razão do excesso de competências, habilidades e aptidões acumulado pela experiência da vida profissional do idoso, na denominada discriminação por sobrequalificação (BOUCINHAS FILHO, 2008, p. 187). No direito positivo brasileiro, prevê-se, de forma expressa, a qualificação jurídica do idoso com deficiência como pertencente a grupo de pessoas “especialmente vulneráveis” (parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 13.146, de 2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência).

2.4.1. OS ATOS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A proteção da pessoa idosa contra práticas de discriminação no mercado de trabalho decorre de sistema normativo complexo, presente em documentos diversificados. No plano internacional, pontua-se, de saída, que a igualdade em matéria de trabalho e emprego consiste em um dos quatro pilares fundamentais de estruturação da ordem jurídica trabalhista internacional, ao lado do combate ao trabalho forçado, da erradicação do trabalho de crianças e da liberdade de associação sindical. Cada um desses quatro temas integra o objeto de duas convenções básicas da Organização Internacional do Trabalho. Reunidas, as oito convenções formam o conjunto

normativo fundamental e prioritário. A tutela da igualdade, nesse campo, consta da Convenção nº 100, de 1951, sobre remuneração (objeto mais restrito), e 100, de 1960, com alcance mais amplo. Incorporaram-se ambos os documentos à ordem jurídica interna brasileira, na forma dos Decretos nº 41.721, de 1957, e nº 62.150, de 1968, respectivamente.

A Convenção nº 100, de 1951, assumia o propósito inicial de remover a desigualdade de gênero em matéria de remuneração, mas conta com potencial normativo mais abrangente. Em primeiro lugar, porque a convenção formalizou o reconhecimento do princípio da igualdade de remuneração. Deonticamente, esse princípio pode enunciar-se por meio do seguinte esquema de hipótese e consequência: a) a descrição da hipótese: trabalho de igual valor; b) prescrição da consequência jurídica (conduta devida): dever imposto ao tomador do serviço de pagar ao trabalhador remuneração igual, com o correlato direito do trabalhador de exigir do tomador do serviço o pagamento de remuneração igual. Em segundo lugar, por força da interação sistêmica com outros elementos normativos, o reconhecimento do direito à igualdade em termos mais expandidos, para além das questões de gênero, determina a prevalência do direito de igualdade de remuneração em favor de outros segmentos de pessoas em situação de vulnerabilidade.

O reconhecimento do direito à igualdade em termos mais amplos decorre da Convenção nº 111, de 1960, “sobre discriminação em matéria de emprego e profissão”. No artigo 1º, 1, “a”, o documento caracteriza discriminação como as práticas que redundem na destruição ou na alteração da “igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão” em razão do estabelecimento de “distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social”. Pode observar-se que o preceito **não** inclui nenhuma forma de discriminação etária.

No item seguinte, porém, o documento ressalva a possibilidade de cada Estado-membro prever “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência” que interfira negativamente na igualdade de oportunidades ou de tratamento no campo das relações de trabalho (artigo 1º, 1, “b”).

Também no plano internacional, a Convenção nº 168, de 1988, da Organização Internacional do Trabalho⁷, sobre promoção do emprego e proteção contra o desemprego, determina a garantia da “igualdade de tratamento para todas as pessoas protegidas, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional, nacionalidade, origem étnica ou social, invalidez ou idade”, a cargo das políticas desenvolvidas pelo Estado-membro (artigo 6º, item um). Em seguida, determina-se a adoção de medidas de proteção e promoção do emprego produtivo para “determinadas categorias de pessoas desfavorecidas que tenham ou possam ter dificuldades para encontrar emprego duradouro”. Nesse grupo, encartam-se os seguintes conjuntos de trabalhadores: “as mulheres, os trabalhos jovens, os deficientes físicos, os trabalhadores de idade avançada, os desempregados durante um período longo, os trabalhadores migrantes em situação regular e os trabalhadores afetados por reestruturações” (artigo 8º, item um). Observa-se que o ato internacional menciona “os trabalhadores de idade avançada”, sem a fixação de parâmetro etário objetivo.

Ainda no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, tem-se a Recomendação nº 162, de 1980, sobre os trabalhadores idosos. Sem força normativa, o documento exorta os Estados-membros a adotarem medidas voltadas para assegurar a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão (artigos 3º a 10, em particular).

Fora do sistema da Organização Internacional do Trabalho, em âmbito regional, a Organização dos Estados Americanos aprovou, em 15.6.2015, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, em vigor desde 11.1.2017. O documento contém farto arsenal normativo para combater práticas de discriminação contra a pessoa idosa, inclusive no campo das relações de trabalho (artigo 18, em particular⁸). Entretanto, o Brasil

7. Incorporada à ordem jurídica interna por meio do Decreto nº 2.682, de 1998. Disponível em: <[https:// bit.ly/2HB6Be4](https://bit.ly/2HB6Be4)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

8. “O idoso tem direito ao trabalho digno e decente e à igualdade de oportunidades e de tratamento em relação aos outros trabalhadores, seja qual for a sua idade. Os Estados Partes adotarão medidas para impedir a discriminação profissional do idoso. Fica proibida qualquer distinção que não se baseie nas exigências próprias da natureza do cargo, em conformidade com a legislação nacional e de forma apropriada às condições locais. O emprego ou a ocupação devem contar com as mesmas garantias, benefícios, direitos trabalhistas e sindicais, e ser remunerados

ainda não levou a efeito as providências necessárias para incorporar a convenção à ordem jurídica interna. Por enquanto, apenas seis países fizeram-no: Argentina, Bolívia, Chile, Costa Rica, El Salvador e Uruguai.

2.4.2. A ORDEM JURÍDICA INTERNA

No processo histórico de evolução da ordem jurídica brasileira, ressalta-se a inovação promovida pela Constituição Federal de 1934, promulgada no ambiente do desenvolvimento do modelo de Estado de bem-estar social, que determinou a igualdade para a remuneração de trabalho igual, com a proibição expressa de diferenciação com fundamento em “idade, sexo, nacionalidade ou estado civil” (artigo 121, § 1º, “a”). Os dois documentos constitucionais anteriores não continham previsão semelhante, a não ser a igualdade fixada em termos genéricos, de ordem formal e com baixo grau de eficácia social. Os documentos de 1937, 1967 e 1969, em contextos autocráticos, deixaram de assegurar expressamente o princípio da igualdade de remuneração. Por outro lado, a norma da Constituição Federal de 1934 voltou a aparecer na de 1946 (artigo 157, II), em ambiência democrática. Com ligeira alteração de conteúdo, previu-se também na Constituição Federal de 1988, com a inserção do fator “cor” no lugar do elemento nacionalidade: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (artigo 7º, XXX). Além disso, de forma expressa, estendeu o alcance subjetivo de aplicação do princípio ao trabalhador com deficiência (artigo 7º, XXXI).

Na legislação ordinária, a Consolidação das Leis do Trabalho, desde a versão original, assegurou o princípio da igualdade de remuneração, mas com alcance inicialmente voltado para evitar a discriminação de gênero: “a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo” (redação original do artigo 5º, ainda vigente) e “sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá, igual salário, sem distinção de sexo” (redação original do artigo 461, com vigência de 10.11.1943 a 11.11.1952). Na forma da Lei nº 1.723, de 1952, a parte final do artigo 461 da CLT passou

pelo mesmo salário aplicável a todos os trabalhadores frente a iguais tarefas e responsabilidades. (...)”.

por modificação: “sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade” (com vigência de 12.11.1952 a 10.11. 2017).

De 11.11.2017 em diante, por força da Lei nº 13.467, de 2017, a estrutura do sistema normativo de equiparação de remuneração sofreu modificações em relação a diversos elementos. Em seu conjunto, as alterações reduziram o âmbito de proteção do direito fundamental de igualdade em matéria de remuneração. No entanto, o mesmo documento formalizou a inclusão do fator etnia como fundamento expressamente proibido para esse tipo de discriminação. Diante disso, pode extrair-se a conclusão de que, em matéria de remuneração, o direito positivo brasileiro, sem solução de continuidade, proíbe, expressamente, a discriminação etária desde a promulgação da Constituição Federal de 1946 de forma abrangente, a alcançar as pessoas idosas e também aquelas que se encontram em faixa intermediária de idade.

Para além do reconhecimento da proibição de discriminação em matéria de remuneração, acima examinada, e da igualdade meramente formal, a ordem jurídica assegurada, em matéria de trabalho e emprego, proteção mais ampla em relação a práticas discriminatórias contra a pessoa idosa, para promoção do direito fundamental à igualdade material.

Na ordem constitucional vigente, de modo mais genérico, desenha-se o projeto de construção de sociedade destinada a “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, IV). Na sequência, a Constituição Federal instituiu garantia fundamental para a proteção do direito à igualdade, mediante a determinação de que a legislação ordinária puna “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (artigo 5º, XLI).

Ademais, o acima mencionado artigo 7º, XXX, não se restringe a determinar a igualdade em matéria de remuneração, aspecto eminentemente econômico da relação contratual de trabalho: elastece a proteção contra discriminação por motivo de idade para o exercício de funções e também para os critérios de admissão, elementos que extrapolam o campo simplesmente econômico.

Na legislação ordinária, o sistema de proteção da pessoa idosa complementa-se pela Lei nº 9.029, de 1995, que funciona como conjunto normativo geral contra práticas de discriminação em matéria de trabalho e emprego. Na forma do artigo 1º, proíbe-se “a adoção

de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção” com fundamento em “sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros”. O entrelaçamento dos elementos descritivos do preceito resulta em enorme potencial normativo para combater a discriminação na ambiência do trabalho.

Em primeiro lugar, na parte final do preceito, com o registro da expressão “entre outros”, edifica-se cláusula de abertura que permite o enquadramento de numerosas formas de práticas de discriminação, como a religião, a aparência, o estado de saúde e a orientação sexual. Em segundo lugar, com a inclusão da expressão “para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção”, a norma abrange todo o ciclo contratual de emprego, desde a fase de tratativas, passando pela execução da relação do contratual, até a extinção do vínculo jurídico entre o trabalhador e a empresa. Nesse ponto, a aplicação da Lei nº 9.029, de 1995 supre a lacuna de proteção presente no Estatuto do Idoso, que, em rigor, como se quis demonstrar em tópico específico, aplica-se, de forma expressa, somente ao campo da admissão (artigos 27 e 100, II), sem abrangência explícita sobre as práticas de discriminação no curso da execução da relação contratual de trabalho.

Para reforçar o sistema de proteção contra práticas discriminatórias, a Lei nº 9.799, de 1999, promoveu o enxerto do artigo 373-A na Consolidação das Leis do Trabalho. Alojou-se o preceito no capítulo alusivo às normas para a proteção do trabalho da mulher (artigos 372 a 401). A própria Lei nº 9.799, de 1999, tratou de alterar a descrição da seção I do referido capítulo de “da duração e condições de trabalho” para “da duração, condições do trabalho e da discriminação contra a mulher”. No entanto, o conteúdo das modificações ultrapassa as questões propriamente de gênero e incluem elementos relativos à idade, cor e situação familiar, com abrangência, portanto, sobre a condição da pessoa idosa.

Nesse sentido, deve interpretar-se o artigo 373-A conforme a Constituição Federal, no sentido de ampliar o sistema de proteção do direito fundamental à igualdade material, e não o contrário. Não se pode aceitar interpretação do preceito que resulte na redução do seu campo de incidência, restringindo-o para as mulheres. Caso contrário, haveria evidente contrassenso sistêmico: com o pretexto de promover a igualdade de gênero, produzir-se-ia violação ainda mais

severa à igualdade entre homens e mulheres em idêntica situação de fato. No caso do critério idade, por exemplo, interpretação desse tipo conduziria ao seguinte resultado: reprimir-se-ia a discriminação contra a mulher idosa, mas se admitiria a discriminação contra o homem idoso, o que não se sustenta diante do sistema constitucional de proteção de direitos fundamentais, sobretudo o da igualdade material.

Além disso, em matéria de políticas públicas para a promoção da igualdade de gênero, aceitam-se distinções que conduzam ao reforço do sistema de proteção da mulher no mercado de trabalho, com o nivelamento para cima, para compensar a desigualdade ontológica, e não contrário, como, aliás, em certo sentido, decorre do parágrafo único do próprio artigo em exame⁹. Assim, desproteger o homem não resolve adequadamente o histórico problema de desigualdade. De todo modo, de forma geral, o conteúdo do artigo 373-A da CLT consiste em detalhamento de proibições que, em rigor, decorrem do artigo 1º da Lei nº 9.029, de 1995.

As regras do referido artigo da CLT perpassam o ciclo da relação de trabalho. Em relação ao fator idade, na fase pré-contratual, proibem-se as seguintes condutas: a) a veiculação de anúncios de emprego com referência a esse elemento de distinção, “salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir” (inciso I), b) a restrição de acesso a processos seletivos por meio da adoção de critérios subjetivos em relação ao elemento etário (inciso V), inclusive em entrevistas de emprego ou na documentação correspondente, como formulários e currículos, e, por fim, c) a negação de acesso a emprego, “salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível” (inciso II).

No curso da execução da relação contratual de trabalho, como base no elemento etário, vedam-se as seguintes práticas: a) a recusa de promoção e a extinção do contrato de trabalho, exceto no caso de concreta incompatibilidade da idade do trabalhador com o exercício da nova função ou com o prolongamento da execução do contrato (inciso II) e b) a consideração da idade “como variável determinante

9. “O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher”.

para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional” (inciso III).

3. O CONCEITO JURÍDICO DE PESSOA IDOSA PARA O MERCADO DE TRABALHO: HÁ NECESSIDADE DE REVISITÁ-LO?

“I’m not young enough to know everything”.

Frase da personagem ERNEST WOOLLEY, na peça *The Admirable Crichton*, de 1902, de JAMES MATTHEW BARRIE [1860-1937], recolhida de aforismo de OSCAR WILDE [1854-1900])¹⁰

Para o direito positivo brasileiro, como se quis demonstrar, a definição jurídica de pessoa idosa orienta-se por critério etário objetivo: considera-se idosa a pessoa com sessenta anos de idade, na forma do artigo 1º da Lei nº 10.741, de 2003 (Estatuto do Idoso). Mais do que isso: a técnica de redação empregada na construção do referido artigo coloca o parâmetro etário na própria base do sistema de proteção de direitos regulados pelo Estatuto: “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

Assim, a pessoa com menos de sessenta anos de idade não se enquadra na definição legislativa de idoso e, por conseguinte, não se inscreve no campo de abrangência subjetiva do sistema de proteção jurídica para a pessoa idosa. De forma mais precisa: para a ordem jurídica brasileira, a pessoa com idade inferior a sessenta anos não pertencente a grupo social em situação de vulnerabilidade e, justamente em razão disso, não merece tutela jurídica diferenciada.

No entanto, pergunta-se: tem de ser assim, necessariamente? Não, não tem. A fixação do parâmetro etário decorre da interação complexa de fatores. De início, por óbvio, o estabelecimento do critério segue a determinados dados inexoráveis da realidade, relativos ao próprio ciclo vital do ser humano (elemento biológico). Ademais, a caracterização decorre, em grande medida, de construção social (elemento cultural). Exemplo dessa interação pode colher-se na Literatura: a imagem socialmente construída de alguém como JULIE

10. Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/files/3490/3490-h/3490-h.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2018. Originalmente, registrou-se o aforismo em *Phrases and Philosophies for the Use of the Young*, de 1894, com o seguinte conteúdo: “*The old believe everything: the middle-aged suspect everything: the young know everything*”.

D'AIGLEMONT, a personagem descrita por HONORÉ DE BALZAC (1799-1850) no Século XIX não mais corresponde à construção social de alguém de igual faixa etária no Século XXI.

Ou seja, ambos os elementos são dotados de historicidade: prevalecem em determinado recorte espaço-temporal. Por consequência, sofrem modificações. No plano biológico, o progressivo avanço científico e tecnológico nos campos da medicina, da genética e da bioquímica, por exemplo, aliados ao desenvolvimento econômico e social, propiciam notável incremento na longevidade humana, que, por sua vez, exerce influência na própria construção social da classificação dos seres humanos segundo as etapas do ciclo de vida. Nesse sentido, a conjugação de elementos biológicos e culturais repercute na formação da ordem jurídica, pois servem de orientação para a fixação legislativa de parâmetros etários. No entanto, nessa atividade, remanesce determinada margem política de apreciação discricionária.

Nesse sentido, no plano internacional, por exemplo, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos estabelece padrão etário objetivo para a definição de pessoa idosa, mas sem fechar por completo o campo de modulação legislativa para mais ou para menos, de acordo com a realidade local. Para o documento, define-se como idosa a pessoa com pelo menos sessenta anos de idade, “exceto se a lei interna determinar uma idade base menor ou maior, desde que esta não seja superior a 65 anos”. Note-se bem: idade base *menor ou maior*.

Contudo, o critério etário objetivo, com a frieza própria dos números, pode deixar a descoberto situações de concreta vulnerabilidade e, no limite, colocar-se a serviço do aprofundamento da desigualdade, em vez de atenuá-la. Desse modo, o conjunto normativo de políticas públicas pode tutelar pessoa com 61 anos de idade que, na prática, não necessite de proteção jurídica diferenciada e, ao mesmo tempo, deixar em situação de desemparo pessoa com 59 anos de idade que de fato se encontra em situação de vulnerabilidade, para quem, diante das agruras da vida, “os anos chegaram mais depressa” (exemplo corriqueiro na experiência brasileira: haver sido submetido a trabalho na infância, não raro em condições insalubres e degradantes).

No sentido oposto, outro problema pode surgir. O progressivo aumento da longevidade do ser humano, com o consequente

fenômeno demográfico do envelhecimento da população brasileira, acaba por ampliar sobremaneira a base subjetiva do sistema especial de proteção normativa. O atual estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira consegue dar abrigo a sistema de proteção diferenciada para um universo progressivamente mais numeroso de pessoas? Os recursos atualmente disponíveis dão conta de propiciar tutela adequada e efetiva para os direitos de todas as pessoas que integram a base normativa do sistema? E no futuro próximo? Diante da manutenção da tendência de envelhecimento da população, quais seriam os prognósticos acerca da viabilidade de manutenção do sistema protetivo?

Em certo sentido, quem pretende proteger todo mundo de forma diferenciada acaba por não proteger ninguém: o crescimento do número de pessoas idosas na sociedade brasileira pode gerar situações de concorrência pelo acesso a recursos escassos e, com isso, redundar na exclusão de pessoas que se acham em situação de vulnerabilidade mais acentuada. Ou seja, nesse específico recorte, o sistema de proteção poderia gerar efeitos contrários aos programados e acentuar a exclusão social. Evidentemente, a existência desse conjunto de desafios não deve levar à conclusão de que seria melhor deixar de lado o sistema especial de proteção. Ao contrário: os desafios devem servir para aprimorá-lo, para que possa atuar como instrumento adequado e eficaz de promoção de direitos fundamentais das pessoas em situação de vulnerabilidade.

Exemplo concreto de sintonização do marco normativo diante da evolução da realidade social encontra-se na Lei nº 13.466, de 2017, que alterou o Estatuto do Idoso para estabelecer proteção ainda mais diferenciada para o subgrupo das pessoas idosas com pelo menos oitenta anos de idade: “Dentre os idosos, é assegurada prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos” (artigo 3º, § 2º), inclusive no acesso a serviços de saúde (artigo 15, § 7º) e na tramitação judicial ou administrativa de processos e procedimentos (artigo 71, § 5º).

A Recomendação nº 162, de 1980, da Organização Internacional do Trabalho, sobre os trabalhadores idosos, não estabelece parâmetro etário fixo. De forma mais aberta, destina-se “a todos os trabalhadores que, pelo avanço da sua idade, estão expostos a encontrar dificuldades em matéria de emprego e ocupação” (artigo 1º, 1). No mesmo artigo,

porém, o documento reconhece a possibilidade de definição mais precisa do alcance etário das normas de proteção no âmbito da ordem jurídica local (item 2¹¹).

De semelhante maneira, a Convenção nº 168, de 1988, também da OIT, sobre promoção do emprego e proteção contra o desemprego, menciona, dentre as “categorias de pessoas desfavorecidas que tenham ou possam ter dificuldades para encontrar emprego duradouro”, sem a definição de padrão etário fixo e objetivo, “os trabalhadores de idade avançada” (artigo 8º, item um).

De todo modo, o padrão legislativo de definição de pessoa idosa deve passar por periódica reavaliação, como resultado do monitoramento da eficácia do conjunto de políticas públicas desenvolvidas para a promoção dos direitos desse segmento da sociedade. Nesse sentido, o marco etário pode – e, se for o caso, deve – sofrer alteração, na forma dos acima enumerados critérios avaliativos. Para mais ou para menos. Isso porque a condição estática do direito positivo costuma não acompanhar adequadamente a evolução da realidade social que o cerca. Nesse ponto, vale a pena rememorar a antiga advertência de GEORGES RIPERT (1880-1958): se o Direito ignora a realidade, ela se vingará e passa a ignorar o Direito.

Na ambiência das relações de trabalho, contudo, a questão assume contornos diferenciados. Para o denominado mercado, a percepção social de pessoa idosa não correspondente, necessariamente, àquela delineada pelo direito positivo. Em grande medida, os agentes econômicos podem revelar a tendência de considerar o trabalhador apenas como elemento integrante de planilha de custos de produção, em modelo de reificação da pessoa. O avanço do processo de envelhecimento, pelo transcurso do tempo, promove numerosas alterações biológicas, psicológicas e sociais na pessoa do trabalhador.

Essas modificações podem produzir consequências no desenvolvimento da relação contratual e gerar custos, como, por exemplo, a) a redução do rendimento da pessoa do trabalhador (perda de produtividade) e b) o aumento progressivo do número de ausências e de afastamentos, para a realização de visitas a médicos e a submissão a tratamento de enfermidades relacionadas com o

11. *“In giving effect to this Recommendation, a more precise definition of the workers to whom it applies, with reference to specific age categories, may be adopted in each country, in a manner consistent with national laws, regulations and practice and appropriate under local conditions”*. Disponível em: <[https:// bit.ly/2M6GKhB](https://bit.ly/2M6GKhB)>. Acesso em: 7 jun. 2018.

processo de envelhecimento. Em outro número expressivo de casos, o mercado cultiva e reforça o preconceito presente na sociedade, como reflexo de certo culto a valores socialmente vinculados à juventude, como beleza física, descontração, dinamismo, inquietude e apreço pelas novidades.

Para o caso específico de trabalhadores com longa permanência na mesma empresa, a passagem do tempo acarreta outra consequência com repercussão econômica evidente: em regra, esse tipo de trabalhador costuma receber remuneração superior àquela que a empresa paga para trabalhadores com menor tempo de casa para o desempenho de idêntica função, sobretudo no caso de existência de plano de carreira com previsão de promoção por antiguidade.

Como se mencionou, o envelhecimento consiste em processo, que se desenrola contínua e progressivamente. Por conseguinte, no plano biológico e social, tornar-se idoso não decorre, simplesmente, do cumprimento do sexagésimo aniversário: a pessoa vai envelhecendo. Para o segmento empresarial, portanto, como regra, a percepção desse processo não se orienta apenas por aquele parâmetro etário fixado pela ordem jurídica posta e costuma variar conforme a área de atuação específica da empresa.

Em numerosas situações, o trabalhador na faixa de quarenta ou quarenta e poucos anos de idade, independentemente da qualificação acadêmica e profissional, passa a enfrentar dificuldades para encontrar nova posição no mercado de trabalho. Em linha geral, além do preconceito puro e simples, as empresas seguem linha de atuação orientada, exclusivamente, em bases de racionalidade econômica e, nessa visão, procuram evitar os custos de produção diretos e indiretos potencialmente derivados do processo de envelhecimento da pessoa do trabalhador. Em razão disso, portanto, dão preferência à contratação de trabalhadores com idade menor. Por motivos semelhantes, o preconceito e a discriminação também atingem os trabalhadores vinculados a contrato. Para esse tipo de caso, especificamente, muitas empresas adotam a política de substituição contínua de empregados que se encontram na mencionada faixa etária por trabalhadores mais jovens.

De modo mais amplo, cuida-se de questão inserida em notável elemento de ambivalência do modo de produção capitalista. Assentado na livre iniciativa e na propriedade privada, o capitalismo alça a empresa à condição de protagonista das relações sociais. Ela,

de um lado, comparece elemento essencial para o desenvolvimento econômico e social, mas, por outro, e de forma cada vez mais acentuada, atua como grande centro de violação de direitos humanos (BÖHM, 2017, p. 127), como resultado da busca pela maximização de lucros a qualquer preço.

A ordem jurídica decorrente do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 não dá guarida a práticas dessa natureza. A busca por lucros e a procura por eficiência econômica consistem em propósitos juridicamente legítimos e socialmente desejáveis: comparecem como elementos postos a serviço do desenvolvimento. No entanto, existem limites (jurídicos!). Em nome da eficiência, não se pode admitir que a pessoa do trabalhador se desnature da condição humana, com dignidade inerente, e passe a assumir posição coisificada, computada como mero custo do processo produtivo. Não pode a empresa valer-se do trabalho humano, lucrar com isso e, depois, simplesmente repor peças que, dentro de lógica perversa, vão-se-tornando inservíveis e, por isso, devem passar por simples descarte. Em determinados casos, as exigências decorrentes da atividade desenvolvida pela empresa contribuem para a aceleração do processo do envelhecimento biológico do trabalhador ou para a antecipação ou o agravamento de condições próprias da idade. Nesse sentido, a empresa torna-se responsável por aquilo que cativa.

Na forma do artigo 170 da Constituição Federal, a ordem econômica brasileira apresenta como fundamento a correlação indissociável entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, com a finalidade de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Desse modo, a lógica econômica deve harmonizar-se com os imperativos jurídicos decorrentes da função social da empresa.

No entanto, de modo mais restrito, a realidade do mercado de trabalho demonstra que existe, em certo sentido, um “ponto cego” regulatório. Expressivo contingente de trabalhadores acha-se em posição jurídica que pode traduzir-se em proteção deficiente de direitos fundamentais: a) de um lado, não atingiram sessenta anos de idade, não se encaixando, assim na definição normativa de idoso, critério etário objetivo que os deixa de fora do sistema de proteção jurídica diferenciada para a pessoa idosa; b) por outro, contam com idade suficiente para sofrer, em razão da idade, preconceito e discriminação que redundam no estabelecimento de restrições de acesso e de

permanência no mercado de trabalho, sem a correspondente previsão de aparato jurídico específico e diferenciado de proteção.

Em rigor, esse conjunto de trabalhadores não se acha em estado de completo desemparo jurídico. Eles contam com a tutela decorrente do sistema geral de combate à violação ao direito fundamental da igualdade, sob o rótulo mais genérico de discriminação etária, que, porém, pode revelar-se pouco adequado para a proteção concreta dos direitos desse segmento da classe trabalhadora, sobretudo diante de práticas encartadas no conceito de discriminação indireta, de difícil rastreamento, por revestir-se, normalmente de aparente neutralidade e licitude.

Diante desse cenário complexo, pode assentar-se que o fato de pessoas com menos de sessenta anos de idade sofrerem preconceito e discriminação no mercado de trabalho em razão da idade *não* autoriza, por meio de atividade hermenêutica: a) a ampliação do conceito jurídico de pessoa idosa, estabelecido no direito positivo brasileiro por critério etário objetivo, nem b) a extensão do regime jurídico de proteção do idoso (Estatuto do Idoso, sobretudo). De resto, a eventual construção interpretativa de ampliação conceitual ou extensão normativa poderia gerar consequências jurídicas delicadas em diversos setores. No mais, a tentativa de reformar o marco normativo de proteção de direitos poderia, na prática, representar a introdução de elemento entrópico no sistema, com a produção de efeitos adversos: o propósito de proteção poderia gerar disseminada desproteção.

Por outro lado, as condições concretas de trabalho e de vida em sociedade permitem o desenvolvimento de compreensão voltada para a construção de conceito de grupo de trabalhadores em situação de vulnerabilidade em razão de idade insuficiente para caracterizá-los como pessoas idosas. Ou seja, determinado segmento etário de trabalhadores não se enquadra no conceito normativo de idoso, mas se encontra em autêntica e efetiva condição de vulnerabilidade no mercado de trabalho, com o enfretamento de problemas semelhantes em relação ao exercício de direitos, a ponto de justificar a elaboração de sistema normativo de proteção diferenciado para o grupo. No entanto, no plano teórico, emergem algumas dificuldades. Em primeiro lugar, a fixação de parâmetro etário inicial para o enquadramento no grupo em condição vulnerável no mercado de trabalho. Em segundo lugar,

a definição dos direitos diferenciados para amparar o grupo em situação de vulnerabilidade em razão da idade.

Acerca do primeiro ponto, a definição do critério jurídico requer o desenvolvimento de estudos específicos e mais aprofundados, orientados por parâmetros concretos baseado na conjugação da atividade econômica da empresa e da profissão do conjunto de trabalhadores. O limite etário para configurar o pertencimento a grupo específico (ou, de forma mais precisa, para o ingresso nesse grupo), portanto, pode sofrer variação, não se podendo, a princípio, estabelecer padrão numérico único e estático.

Quanto ao segundo ponto, o primeiro passo para resolver o problema consiste em conhecê-lo em grau de detalhe: primeiro o diagnóstico; depois, a terapêutica. Nesse sentido, o próprio reconhecimento formal de grupo etário de trabalhadores de meia-idade pela ordem jurídica trabalhista, na forma acima enunciada, pode contribuir: a) num primeiro momento, para a identificação mais precisa e eficaz de práticas discriminatórias perpetradas contra ele e de outros problemas especificamente enfrentados pelo grupo (etapa diagnóstica); em seguida, para a previsão de medidas jurídicas de: b) inibição desse tipo de ato ilícito (fase profilática) e c) reparação dos danos decorrentes desses atos (estágio terapêutico).

Nesse sentido, ao tornar-se juridicamente visível, com o reconhecimento da condição de vulnerabilidade, o grupo etário formado por trabalhadores de meia-idade pode contar com a proteção jurídica diferenciada decorrente do desenvolvimento de políticas públicas específicas, como a previsão de programas de requalificação profissional e o estabelecimento de medidas de incentivo para o recrutamento desses trabalhadores, com o especial cuidado quanto ao impacto de determinadas medidas sobre outros segmentos merecedores de proteção jurídica diferenciada. Nesse ponto, as medidas de proteção especial devem recair, preferencialmente, sobre bens jurídicos não rivais. Outro ponto pode consistir no recrudescimento das exigências relativas à prova da ausência de prática de discriminação no caso da iniciativa de extinguir a relação contratual de pessoa enquadrada no grupo etário, mediante, por exemplo, o estabelecimento de presunções relativas de prática de discriminação.

Fora do sistema de proteção do direito à igualdade material, ache-se exemplo de previsão normativa de medida de proteção específica

para segmento de trabalhadores com idade inferior a sessenta anos, o que reforça o argumento quanto à possibilidade do estabelecimento de grupo em situação de vulnerabilidade. Com efeito, o artigo 301 da Consolidação das Leis do Trabalho limita o trabalho executado em minas de subsolo para os trabalhadores com idade entre 21 e cinquenta anos. Atingido o limite etário, assegura-se, como medida de acomodação, o direito de transferência para posto de trabalho na superfície.

Na área mais geral da higiene, da saúde e da segurança do trabalho, na forma do artigo 200, VI, da Consolidação das Leis do Trabalho, para a “proteção do trabalhador exposto a substâncias químicas nocivas, radiações ionizantes e não ionizantes, ruídos, vibrações e trepidações ou pressões anormais ao ambiente de trabalho”, existe campo para o Ministério do Trabalho, em ato normativo secundário (norma regulamentar), estabelecer limites de idade como medida especial, de acordo com “as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho”. A aplicação dessa modalidade de medida especial de proteção pode acompanhar-se da previsão de deveres de acomodação razoável a cargo do empregador, na linha da concretização da função social da empresa e como contrapartida pelos serviços prestados em condição adversa pelo trabalhador.

4. O EXAME CRÍTICO DE DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO SOBRE POLÍTICA DE RENOVAÇÃO DO QUADRO DE EMPREGADOS DO BANCO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Estabelecidas as premissas teóricas do sistema de proteção jurídica da pessoa idosa e de outros grupos etários em condição de vulnerabilidade no mercado de trabalho, passa-se ao exame crítico de decisão do Tribunal Superior do Trabalho. Antes disso, porém, como de rigor, descreve-se o enredo fático e jurídico do caso.

4.1. A POLÍTICA EMPRESARIAL DE RENOVAÇÃO DO QUADRO DE PESSOAL

Em 2008, o Banco do Estado do Espírito Santo S. A. – deste ponto em diante, identificado, simplesmente, como Banco ou Instituição Financeira ou, ainda, Banestes, seu acrônimo –, promoveu a edição de dois atos normativos internos: a Resolução nº 696 e a Resolução 697. Por meio desses atos, o Banco instituiu política empresarial

de renovação do quadro de pessoal. Formalmente, receberam a seguinte denominação: Programa de Desligamento de Empregados, permanente e mais geral, e Plano Antecipado de Afastamento Voluntário, transitório e mais específico, designados, doravante, de Programa e Plano, respectivamente.

O Banestes conta com figurino jurídico de sociedade de economia mista: a maior parcela de seu capital social pertence ao Estado do Espírito Santo. Trata-se de uma das poucas instituições financeiras que permaneceu sob o controle estatal estadual após a onda de processos de privatização da década de 1990 (nessa condição, remanescem cerca de uma dezena de bancos). Por desenvolver atividade econômica em sentido estrito, em concorrência com agentes econômicos privados, o Banco se sujeita a regime jurídico predominantemente de Direito Privado, inclusive no tocante às relações contratuais de trabalho, em cumprimento à regra descrita no artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal. Aplicam-se, porém, determinados temperamentos próprios do regime jurídico de Direito Público, como a exigência de contratação de pessoal precedida de concurso público, na forma do artigo 37, II, da Constituição Federal.

O Programa e o Plano desenvolvidos em 2008 pelo Banco assumiam o explícito propósito de *renovar* os quadros de pessoal¹². Na essência, portanto, a motivação dos atos normativos do Banestes consistia em *substituir* empregados: trocar determinado conjunto de trabalhadores por outro. Ou seja, pela própria motivação do ato, não existia aparente necessidade econômica, financeira ou técnica.

Em programas de demissão involuntária, instaura-se dilema inserido na teoria dos jogos. Para o trabalhador, a instituição de política empresarial dessa natureza atua como sinal indicativo da iminência de demissões: com o programa, evidencia-se, em regra, a necessidade de enxugamento do quadro de pessoal ou, ao menos, a intenção da empresa em fazê-lo em horizonte de tempo relativamente curto. Também como regra, programas dessa natureza acompanham-se de mecanismos de estímulo para a adesão dos trabalhadores. Os incentivos inserem-se, sobretudo, no campo financeiro, mas podem associar-se a outros benefícios de conteúdo econômico indireto, como a manutenção de plano de saúde por determinado período de

12. Consta da parte introdutória das Resoluções nº 696, de 2008, e nº 697, de 2008 (*consideranda*): “A necessidade permanente de **renovação** do quadro de Empregados do BANESTES” (sem destaque na versão original).

tempo. Comumente, oferecem-se pagamentos de quantias atrativas, superiores àquelas que o trabalhador receberia nos casos típicos de extinção do contrato de trabalho.

Por conseguinte, no processo de tomada de decisão, o trabalhador coloca-se no seguinte dilema: ou a) mantém o emprego e passa a correr risco de sofrer demissão sem o direito de acesso ao sistema de estímulos do programa ou b) adere ao programa, com o acesso ao respectivo conjunto de contrapartidas, mas perde o emprego. Trata-se, para qualquer trabalhador, de decisão complexa e até mesmo angustiante, com a produção de consequências incertas: conseguirá o trabalhador nova colocação no mercado de trabalho? Em quanto tempo? E se as contrapartidas financeiras decorrentes da adesão ao plano acabarem antes da obtenção de novo posto de trabalho? Esses questionamentos ganham contornos ainda mais dramáticos no caso dos trabalhadores considerados mais velhos para o mercado de trabalho.

No caso específico do Banestes, porém, o caso cerca-se de interessantes circunstâncias. Em primeiro lugar, de modo consentâneo com o propósito de renovar o quadro de pessoal, o Programa e o Plano previram público-alvo específico e restrito. Como regra, o *Programa* dirigia-se apenas para o conjunto de empregados com pelo menos trinta anos de serviços prestados ao banco, atendida, adicionalmente, a seguinte condição: “desde que o Empregado tenha também assegurada a condição de aposentado ou de elegibilidade à aposentadoria proporcional ou integral pela Previdência Social”. Preenchidos os requisitos objetivamente descritos no Programa, a extinção do contrato de emprego seria processada por iniciativa do Banestes, independentemente de adesão pelo empregado, com o pagamento das parcelas próprias dos casos de resilição do contrato por iniciativa do empregador, sem o oferecimento de benefícios adicionais.

Nota-se, portanto, o seguinte: o critério norteador da política empresarial não levava em conta a idade do empregado, mas o *tempo* de serviços prestados especificamente ao Banco. Em tese, para o Programa, o elemento etário não assumia nenhuma relevância. Nesse sentido, a princípio, no mais rigoroso cenário, uma empregada nascida em 1964 poderia ingressar no quadro de pessoal do banco aos catorze anos de idade¹³ (em 1978, portanto) e, em 2008, aos

13. A redação original do artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal proibia “qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz”.

44 anos de idade, completar trinta anos de serviço ao Banestes, antes, portanto, de qualificar-se juridicamente como idosa, mas com possibilidade de enquadrar-se, em razão da idade, em grupo em condição de vulnerabilidade. No entanto, esse tipo de caso habita a campo da exceção. O ramo de atividade econômica da empresa não costuma arremeter empregados com menos de dezoito anos de idade¹⁴.

Além disso, o mercado de trabalho da modernidade líquida assinala-se pela fragmentação, precariedade e alta rotatividade do quadro de empregados. Torna-se mais rara a figura do empregado que desenvolve toda a carreira em uma única empresa. Em 2014, no Brasil, a duração média da relação formal de trabalho chegava a apenas cinco anos (DIEESE, 2016, p. 29). Evidentemente, os postos de trabalho na área pública dotam-se de maior grau de segurança, ainda que, no caso do Banestes (sociedade de economia mista dedicada ao exercício de atividade econômica em sentido estrito, em regime de concorrência com agentes privados), não exista, propriamente, estabilidade em sentido jurídico denotativo. Nesse tipo de caso, portanto, a duração média da relação contratual tende a ser maior. De todo modo, ainda que, excepcionalmente, possa apanhar empregados com menos de sessenta anos de idade, o impacto do Programa do Banestes recaía com maior força sobre o conjunto de trabalhadores idosos.

Como segunda peculiaridade do Programa do Banestes, mencione-se a conjugação de dois elementos: a) a extinção da relação contratual de emprego por iniciativa do próprio Banco, como consequência quase que automática do preenchimento dos critérios objetivos nele previstos, e b) a ausência de contrapartidas diferenciadas. Programas dessa natureza, em regra, operam no sistema de adesão voluntária propulsionado pela previsão de medidas de estímulo. Em rigor, portanto, o Programa do Banestes, em certo sentido, assumia o propósito de contornar a proibição de extinção

Por força da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, elevou-se a idade mínima para dezesseis anos.

14. Na forma do Edital nº 1, de 2018, referente à abertura de “concurso público destinado à formação de cadastro de reserva de candidatos para cargos de nível médio e de nível superior”, previu-se, por exemplo, o seguinte requisito etário: “3.3 O candidato deverá atender, cumulativamente, para eventual admissão para o cargo, aos seguintes requisitos: (...); c) ter idade mínima de 18 anos completos; (...)”. Disponível em: <<https://bit.ly/2kZZbs5>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

automática do contrato de emprego em razão da obtenção, pelo empregado, do benefício previdenciário de aposentaria.

Em 1997, a Lei nº 9.528 acrescentou o § 2º no artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho para dispor que “o ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado trinta e cinco anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício”. Em 11.10.2006, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721, declarou a incompatibilidade da inovação legislativa com a Constituição Federal e estabeleceu a dissociação entre a relação jurídica de trabalho e a relação jurídica previdenciária para o efeito de reconhecer que a aposentadoria espontânea não promove a extinção do contrato de trabalho.

Na essência, para o Supremo Tribunal Federal, admitir a aposentadoria espontânea como causa de automática extinção da relação contratual de emprego configuraria caso de “despedida arbitrária ou sem justa causa” estabelecida por figura legislativa inadequada (lei ordinária, em vez de lei complementar) e sem a previsão de “indenização compensatória, dentre outros direitos”, na forma determinada pelo artigo 7º, I, da Constituição Federal. No mais, aceitar semelhante medida redundaria na punição do empregado em razão do regular exercício de um direito: ao obter o benefício de aposentadoria, perderia o emprego.

De semelhante maneira, o *Plano* do Banestes, com finalidade de atender a questões transitórias imediatas, seguia similares diretrizes. O público-alvo preenchia-se pelos seguintes conjuntos de trabalhadores: a) “que já estejam aposentados ou que tenham adquirido o direito à aposentadoria integral pela Previdência Social e que venham a completar trinta anos de serviços prestados ao Banestes até 31.3.2009”; b) “que já tenham trinta anos de serviços prestados ao Banestes e venham a adquirir o direito à aposentadoria integral pela Previdência Social até 31.3.2010” e, por fim, c) “que venham a completar trinta anos de serviços prestados ao Banestes até 31.3.2009 e venham a adquirir o direito à aposentadoria integral pela Previdência Social até 31.3.2010”. Observa-se que, no Plano, também não há nenhuma referência à idade do trabalhador, mas apenas ao *tempo* de serviço prestado ao Banco.

Ao contrário do Programa (permanente), o Plano (transitório) reunia aqueles traços distintivos comumente encontrados em

políticas desse tipo: a) dependia da adesão voluntária do trabalhador (concedeu-se prazo de trinta dias para manifestação da vontade de aderir ao Plano, de 1º a 30.4.2008) e b) previa contrapartidas diferenciadas, sob a forma de pagamento de “indenização a título de incentivo” e/ou “indenização adicional”, além de outros benefícios sem conteúdo pecuniário imediato, conforme o enquadramento do empregado nas três classes descritas no Plano. Resumidamente, era esse o contexto geral da política de renovação de recursos humanos do Banestes.

4.2. A CONTROVÉRSIA JURÍDICA

Diante do contexto geral da política de renovação de recursos humanos do Banestes, criaram-se, duas categorias de empregados por ela atingidos com a extinção do contrato de emprego: a) trabalhadores enquadrados no Programa, independentemente de adesão, b) trabalhadores que aderiram ao Plano. Em ambos os conjuntos de casos, houve questionamentos perante a Justiça do Trabalho. Como traço comum, a controvérsia instalou-se em razão da alegação prática de discriminação: a política da empresa contava com endereço certo, os trabalhadores com pelo menos trinta anos de casa, o que, na prática, redundava em discriminação dos empregados com idade maior, sobretudo os idosos.

Quanto ao Programa, o questionamento específico orbitava em torno da ausência de campo para manifestação da vontade do trabalhador: nele, a extinção do contrato de emprego operava-se automaticamente, por iniciativa do empregador. Acerca do Plano, punham-se em questão a ausência de prazo suficiente para a tomada de tão relevante decisão (afinal, para o trabalhador, a decisão envolvia, em certo sentido, trinta anos em trinta em dias) e também o exercício de pressão da empresa sobre os empregados para manifestarem adesão (coação, que viciaria a manifestação da vontade, ou até mesmo assédio moral, com idêntica consequência).

O constrangimento ficaria evidenciado de modo mais enfático pelo seguinte raciocínio: a ausência de adesão ao Plano (Resolução nº 697, de 2008) sujeitaria o trabalhador à extinção do contrato de emprego na forma do Programa (Resolução nº 696, de 2008), pouco tempo depois. A equação, portanto, encartar-se-ia em conhecido ditado popular: “sair do espeto para cair na brasa”.

Inicialmente, levaram-se as demandas à apreciação da Justiça do Trabalho do Espírito Santo. Na sequência, muitas delas desembocaram no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, com abrangência sobre o território daquela unidade federativa. Quando da sua criação, compunha-se por oito juízes (Lei nº 7.872, de 1989). Mais tarde, elevou-se o número de integrantes para doze juízes, divididos em três Turmas com quatro componentes cada (Lei nº 11.986, de 2009). No TRT, houve divergência de entendimentos quanto ao caráter discriminatório da política da Instituição Financeira, com ligeira predominância da interpretação no sentido de negar a presença de propósito de discriminação, precisamente em razão de que o critério adotado pela empresa se centrava, com exclusividade, no tempo de serviço, sem referência à idade dos empregados. Não se tem notícia de demanda ajuizada em outras regiões, por empregados lotados em agências situadas fora do Espírito Santo (atualmente, o banco mantém agência em São Paulo).

Em seguida, certo número de processos chegou ao Tribunal Superior do Trabalho, primeiramente em sede de recurso de revista ou em agravo de instrumento em recurso de revista. O julgamento desses recursos inscreve-se na competência funcional das Turmas. No Tribunal, são oito delas, integradas, cada uma, por três ministros. De início, no ambiente das Turmas do TST, verificou-se divergência menos acentuada. Ao contrário do que ocorrera no TRT da 17ª Região, logo se revelou a tendência de reconhecimento da existência de prática discriminatória na política do Banestes.

4.3. OS ELEMENTOS ESPECÍFICOS DO CASO EXAMINADO

O caso examinado, autuado sob o número 0041700-02.2010.5.17.0003, iniciou-se na Terceira Vara do Trabalho de Vitória. De acordo com os dados levantados no curso da pesquisa, apurou-se que a trabalhadora ingressou no quadro de pessoal da Instituição Financeira em 2.10.1978. A extinção do contrato de emprego, por iniciativa do Banestes após a adesão da trabalhadora ao Plano, ocorreu em 18.5.2008, pouco antes de completar trinta anos de trabalho ao Banco, portanto. Os dados do processo permitem inferir que a trabalhadora nasceu em 1959. Por conseguinte, ao tempo da extinção do contrato, contava com 49 anos de idade, não se enquadrando, portanto, no conceito normativo de pessoa idosa.

O ajuizamento da demanda ocorreu em 16.4.2010. Na tarde de 11.5.2010, realizou-se a audiência, sob a condução do Juiz do Trabalho ALVINO MARCHIORI JÚNIOR. Sob a regência do mesmo magistrado, nova audiência teve lugar na tarde de 22.6.2010. Nela, o Banestes apresentou defesa, na qual alegou que a trabalhadora aderira voluntariamente ao Plano instituído pela Resolução nº 697, de 2008. Houve a apresentação de prova emprestada (depoimentos de testemunhas colhidos em outros processos sobre o tema em exame). Em 12.7.2010, o mesmo juiz proferiu sentença. Da parte dispositiva do documento, composto por sete laudas, consta o seguinte: “decido julgar improcedentes os pedidos”.

Na fundamentação, o juízo menciona que já havia julgado três demandas com semelhante conteúdo. Ao avaliar a presença de prática discriminatória, afirmou que “a discriminação por idade implica em rejeitar determinada classe de empregados (ou um empregado em particular) apenas por ela ser constituída de indivíduos – com o perdão da palavra – ‘velhos’”. Para o julgador, “o Banco adotou um critério de enxugamento de custos, não há dúvida. Quis renovar o quadro de pessoal – isso está explícito nos fundamentos da Resolução nº 696”.

Para ele, não existiu “nas resoluções e na conduta do Banco uma tentativa de expurgar dos quadros funcionais os empregados de idade avançada”. Na avaliação do magistrado, o Banestes, “dentre os critérios possíveis, escolheu um, qual seja, dispensar aquelas pessoas que, aposentadas ou em condições de aposentar, tivessem condição de manter ao menos parte da renda após deixar o emprego”. Mencionou, ainda, que existiriam dois tipos de empregados: a) aqueles que encontram no trabalho fonte de prazer e satisfação, para quem a extinção do contrato de emprego, pela aposentadoria, seria negativa, e b) “há outros empregados que contam os dias para a aposentadoria, ansiosos para se livrar dos compromissos diários do trabalho”.

Na ação, além do pedido de reconhecimento de prática de discriminação, a trabalhadora alegou que havia sido coagida a aderir ao Plano previsto pela Resolução nº 697, de 2008. Sobre essa questão, o magistrado entendeu que a prova emprestada demonstrou que não existiu coação, pois segundo um depoimento de testemunha, havia “vários colegas (...) que preferiram não aderir ao plano da Resolução 697 e continuaram trabalhando até completar 30 anos de banco”.

Contra a sentença de improcedência dos pedidos, a reclamante interpôs recurso ordinário. Distribuiu-se o recurso ao Juiz do Trabalho LINO FARIA PETELINKAR, da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho Capixaba. De maneira unânime, na sessão de julgamento realizada em 18.4.2013, o órgão colegiado formado pelo juiz relator e pelas Juízas WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI e CLÁUDIA CARDOSO DE SOUZA negou provimento ao recurso. O acórdão recebeu a seguinte ementa: “não se considera a existência de vício na adesão ao plano de afastamento voluntário quando, embora o empregador pudesse dispensar os empregados pagando-lhes apenas as verbas rescisórias, oferece-lhe um incentivo”.

Na fundamentação, assentou-se que o Programa do Banco não consistiu “em atitude abusiva ou discriminatória”, pois o ato normativo “não estabeleceu como critério para o desligamento o fator idade, e sim que o empregado contasse com trinta anos de serviço efetivamente prestado ao Banestes”. Aliás, para a Turma julgadora, “a política de desligamento de empregados do Banestes contém uma preocupação social”, em razão de condicionar a extinção do contrato de emprego ao preenchimento dos requisitos de acesso ao benefício previdenciário de aposentadoria. No mais, o órgão jurisdicional entendeu que não houve prova da existência de vício da manifestação de vontade da trabalhadora quanto à adesão ao Plano do Banestes nem da ocorrência de assédio moral direcionamento à obtenção de consentimento. Registrou-se, ainda, que a adesão ao Plano rendeu à ex-empregada “indenização extra no importe de R\$ 19.941,13”.

Por fim, mediante a transcrição de fundamentos lançados no acórdão proferido em 17.5.2012 pela própria Segunda Turma do TRT Capixaba no julgamento da Ação Civil Pública nº 0050200-51.2010.5.17.0005, proposta pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários no Estado do Espírito Santo, asseverou-se que “o simples fato de se incentivar pessoas nestas condições à aposentadoria não quer necessariamente dizer que a empresa as considere ‘velhas’, ‘ultrapassadas’ ou qualquer coisa do tipo” e afastou, expressamente, a incidência da Lei nº 9.029, de 1995, no caso.

Em seguida, em 30.4.2013, houve a interposição de embargos de declaração pela trabalhadora, para quem o primitivo acórdão incorria em estado de omissão. Além disso, ela afirmou a necessidade de obter o prequestionamento de determinadas matérias, para poder levá-las à apreciação do Tribunal Superior do Trabalho. No entanto,

a Segunda Turma, composta pelos mesmos três juízes, rejeitou o recurso integrativo. A despeito do resultado do julgamento do recurso, o acórdão proferido em 6.6.2013, com cinco laudas, acrescentou fundamentos à decisão anterior. Dentre eles, por exemplo, o seguinte: o Programa do Banestes “não promove uma faxina etária, mas um programa de renovação trabalhista e previdenciária, com o nobre propósito de abrir vagas para novos empregados que necessitam ingressar no mercado de trabalho”.

Na sequência, em 14.6.2013, a trabalhadora interpôs recurso de revista. No sistema normativo de regência do processo do trabalho, a revista desempenha a função de recurso excepcional, com fundamentação vinculada a direito estrito, sem possibilidade de revolvimento do acervo de fatos e de provas. No caso, alegou-se a existência divergência jurisprudencial e também a ocorrência de violação literal e direta aos seguintes preceitos normativos: a) artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, cabeça, e incisos I, V e X, 7º, I e XXX, 93, IX, e 170, cabeça, e incisos VII e VIII, da Constituição Federal; b) artigos 129, 186, 187, 927, 944 e 950, parágrafo único, do Código Civil; c) artigos 9º, 373-A e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho e d) artigos 1º e 4º, II, da Lei 9.029, de 1995.

Na realização de juízo de admissão da revista, o Presidente do TRT da 17ª Região, MARCELLO MACIEL MANCILHA, em decisão com oito laudas, em 10.7.2013, negou seguimento ao recurso. Contra essa decisão, a trabalhadora interpôs agravo de instrumento. No Tribunal Superior do Trabalho, o Ministro Relator, WALMIR OLIVEIRA DA COSTA, monocraticamente, negou seguimento ao agravo de instrumento em recurso de revista, por duplo fundamento: a) “a reclamante não consegue infirmar as razões da decisão agravada” e, por conseguinte, b) “deve, pois, ser confirmada a decisão agravada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, não desconstituídos pela parte agravante” (decisão de 28.11.2014, com sete laudas).

Não se dando por vencida, contra essa decisão, a trabalhadora interpôs agravo regimental para conduzir o caso ao exame da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Na sessão de julgamento realizada em 25.2.2015, a ex-empregada, finalmente, obteve o reconhecimento da adoção de prática discriminatória pelo Banestes, em decisão unânime. No acórdão, com dezessete laudas, a fundamentação incluiu a análise do caso pelo ângulo da Constituição Federal (aplicação dos artigos 3º, III, 5º, XLI, e 7º, XXX). Também

houve menção ao sistema internacional de promoção da igualdade em matéria de trabalho e emprego (Convenção nº 111, de 1960, da Organização Internacional do Trabalho).

Registrou-se, ainda, o seguinte fundamento: “embora se reporte formalmente apenas ao critério relativo ao tempo de serviço” fica evidente “que, ao condicionar a dispensa à possibilidade de aposentadoria integral ou elegibilidade para a proporcional, o reclamado reflexamente adotou um critério etário”, pois, na ordem jurídica brasileira, o benefício de aposentadoria consiste em “direito que, em regra, encontra-se condicionado ao preenchimento de dois requisitos cumulativos, quais sejam, a idade e o tempo de serviço” (página dez do acórdão). Para reforçar o argumento, invocou-se o artigo 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, referente ao entrelaçamento de requisitos para a obtenção do benefício previdenciário de aposentadoria.

Na sequência, o acórdão invoca o Estatuto do Idoso, com menção ao crime de negação de acesso ao mercado de trabalho por motivo de idade, previsto no artigo 100, II, do Estatuto, que, para a Turma, embora reconheça não exercer jurisdição criminal, pode configurar-se “tanto pela não contratação quanto pela dispensa motivada pelo fator ‘idade’” (página onze).

Em seguida, registra o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a separação entre relação de trabalho e relação previdenciária, “para efeito de reconhecer que a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho” de sorte que “não se afigura razoável admitir que a aposentadoria ou elegibilidade para tanto venha a ser estabelecida como critério para a dispensa automática de trabalhadores”. Pontua que o direito potestativo do empregador para tomar a iniciativa de extinguir o contrato de trabalho “não é absoluto, pois não lhe permite romper as relações de emprego a partir da adoção de critério discriminatório” (página doze). Cita lição doutrinária de AMAURI MASCARO NASCIMENTO (1932–2014), que se reporta a caso de discriminação contra pessoa com pelo menos sessenta anos de idade (páginas 12/13), situação estranha aos elementos do caso concreto julgado pelo órgão.

Passa, em seguida, aos “precedentes” de casos do próprio Banestes, com a transcrição de ementas de decisões do TST: a) da Segunda Turma, Relator Ministro JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA, com publicação em 4.4.2014, b) da Sexta Turma, Relator

Ministro ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA, com publicação em 6.12.2013, e c) da Oitava Turma, Relatora Ministra DORA MARIA DA COSTA, com publicação em 14.6.2013.

Assim, a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho reconheceu “a ocorrência de dispensa discriminatória por idade” e, por conseguinte, a violação literal e direta ao artigo 1º da Lei nº 9.029, de 1995, pela decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Por consequência, deu provimento do recurso de revista, determinação do “retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem” para ingressar “no exame dos pedidos constantes na petição inicial, inclusive no tocante aos honorários advocatícios, fixando os valores das indenizações postuladas” (página dezesseis).

Contra o acórdão proferido pela Primeira Turma, o Banestes interpôs o recurso de embargos. No sistema do processo do trabalho, em dissídio individual, os embargos prestam-se para a harmonização de decisões divergentes (artigo 894, II, da Consolidação das Leis do Trabalho). Na estrutura orgânica do Tribunal Superior do Trabalho, a competência funcional para julgar os embargos toca à Primeira Subseção de Dissídios Individuais, composta por catorze ministros. De modo mais específico, o órgão cumpre as seguintes tarefas: a) procede à uniformização da jurisprudência do Tribunal e b) mantém a integridade dessa jurisprudência. Em suma, a ele cabe dar a última palavra da Justiça do Trabalho sobre a aplicação da ordem jurídica trabalhista brasileira.

No caso em exame, ao interpor os embargos, o Banestes apresentou, como paradigma de divergência, decisão proferida pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Distribuiu-se o recurso ao Ministro MÁRCIO EURICO VITRAL AMARO, relator. Realizou-se a sessão de julgamento em 17.3.2016. Por meio de advogados, ambas as partes realizaram sustentação oral de razões e contrarrazões. Negou-se provimento aos embargos interpostos pela Instituição Financeira, mantendo-se integralmente, portanto, a decisão da Primeira Turma. Na contagem de votos, apuraram-se três votos vencidos: Ministros ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA, RENATO DE LACERDA PAIVA e GUILHERME AUGUSTO CAPUTO BASTOS. Na sessão de julgamento, o Ministro IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO noticiou que promoveria a juntada, aos autos, de voto convergente. De semelhante maneira, o Ministro ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA informou que apresentaria,

por escrito, voto vencido. Como não houve registro de ausências, o placar final registrou maioria de onze votos a três. O acórdão consta de 28 laudas, boa parte delas preenchidas com a transcrição: a) dos atos normativos internos do Banestes (Resoluções nº 696, de 2008, e nº 697, de 2008) e b) de trechos de anteriores decisões proferidas no curso do processamento da demanda, acima enunciadas.

Na fundamentação (página doze em diante), o órgão julgador começa por invocar o preâmbulo da Constituição Federal, sobre a instituição de Estado Democrático com ênfase nos valores de sociedade fraterna e sem preconceitos. Segue com a “a relevância dos fundamentos da dignidade da pessoa humana” com o objetivo de construção de sociedade livre de discriminação (artigos 1º, III, e 3º, IV, da Constituição Federal). Na sequência, passa para o exame da Lei nº 9.029, de 1995, com menção ao alcance do preceito normativo sobre práticas de ato de discriminação fundado no critério etário no curso da execução da relação contratual de trabalho (página doze).

Depois, parte para a ordem jurídica internacional. Invoca, inicialmente, a Convenção nº 168, de 1988, da Organização Internacional do Trabalho, sobre promoção do emprego e proteção contra o desemprego, com realce sobre a proteção das pessoas com idade avançada (artigos 6º e 8º, em particular). Em seguida, menciona a Recomendação nº 162, de 1980, também da OIT, sobre os trabalhadores idosos (páginas 13/14).

Na sequência, descreve as regras de promoção da igualdade no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho, com menção aos artigos 461 (princípio do igual trabalho, igual remuneração) e 373-A, I e II (vedação de práticas de discriminação no acesso ao mercado de trabalho). De passagem, invoca a Súmula 683 do Supremo Tribunal Federal, pela qual, em concurso público, admite-se a limitação etária somente se o exercício das atribuições do cargo assim o exigir. Com apoio no artigo científico de autoria LUIZ CARLOS AMORIM ROBORTELLA¹⁵, o acórdão registra que a Lei nº 9.029, de 1995, endossa a validade de extinção do contrato de trabalho por motivo de

15. Publicação em coautoria com JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO, dado não registrado na decisão. Disponível em: <<https://bit.ly/2kZcXer>>. Acesso em: 10 jun. 2018. Segue a referência completa do artigo: ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Previdência complementar e dispensa por atingimento de idade: inexistência de discriminação. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 40, v. 157, p. 219-229, maio/jun. 2014. Bimestral. ISSN 0102-8774.

idade se não houver pessoalidade no ato, de modo a atingir “todos os empregados em situação idêntica” (página catorze).

Com lastro em todos esses elementos, preparou-se o terreno para delimitar a controvérsia posta em julgamento da seguinte maneira: “cumpra examinar se, no caso concreto se deu, em primeiro plano, a despedida em razão da idade e, em caso positivo, se existem circunstâncias que eventualmente afastem a discriminação” (página catorze). Em seguida, o acórdão contém a transcrição das Resoluções nº 696, de 2008, e nº 697, de 2008, referentes ao Programa e Plano do Banestes, respectivamente (páginas 15/22).

O acórdão reconhece que os atos do Banco “não mencionaram expressamente a idade do empregado”, de modo que, a princípio, “sob esse enfoque mais literal e restrito, não haveria qualquer odiosa discriminação” nos atos de extinção de contrato de trabalho neles fundados. No entanto, assentou-se que não se pode negar “a relação diretamente proporcional existente entre idade e tempo de serviço”, pois conforme “passam os anos de vida, transcorrem, em idêntica proporção, os anos dedicados ao trabalho, em especial, à mesma empregadora” (página 23).

Esclarece que “a eventual existência de empregado de sessenta anos de idade que não conte com trinta anos de serviço na mesma empresa” configura situação excepcional, sem a aptidão para “afastar a inerente relação entre tempo de serviço e idade”, que fica ainda mais evidente ao examinar os requisitos normativos para a aquisição do direito à obtenção do benefício previdenciário de aposentadoria, na forma do artigo 201, § 7º, I e II, da Constituição Federal (página 23).

Com isso, concluiu-se que o ato de extinção do contrato de emprego operou-se, “ao fim e ao cabo, essencialmente por idade do empregado”, pois atingiu “justamente aqueles empregados que dedicaram a vida profissional à empresa”, circunstância que “robustece ainda mais a discriminação” (página 23).

Em seguida, agrega excerto da dissertação “Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa arbitrária”, de CRISTINA PARANHOS OLMOS, de 2008 (páginas 23/24)¹⁶. Depois disso, com amparo em publicação da Organização das Nações Unidas,

16. Os dados básicos sobre a pesquisa desenvolvida pela autora na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo acham-se em: <<https://bit.ly/2LFYpvv>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

reflete-se sobre o crescente processo demográfico de envelhecimento da população mundial. Na sequência, pontuou que a política do Banco redundou “em imposição de aposentadoria aos empregados de maior idade” (página 24).

Além disso, entendeu-se que o poder diretivo do empregador se manteve incólume: o conteúdo jurídico do poder-função do empregador não inclui a autorização para a prática de atos de discriminação. Com efeito, o direito potestativo de tomar a iniciativa de extinguir a relação contratual de emprego existe e subsiste, mas se condiciona ao exame da validade e da legitimidade do ato, que não se pode colocar a serviço do cometimento de atos discriminatórios (página 24).

O acórdão ingressa em breve exame de caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal sobre fatos ocorridos antes do início da vigência da Lei nº 9.029, de 1995. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 179.193-4, julgado em 18.12.1996. Nele, afastou-se expressamente a aplicação retroativa do referido ato normativo no caso em julgamento. No entanto, no acórdão proferido pela SDI-I, à maneira de reforço de argumentação, transcrevem-se trechos de votos vencidos no julgamento do mencionado recurso extraordinário (página 25).

De passagem, deixou-se consignado que os valores recebidos pela trabalhadora a título de incentivo para aderir ao Plano do Banestes não tinham a finalidade específica de “compensar o empregado pela despedida precoce em razão da idade”, pois, na verdade, consistiam em parcelas referentes ao período faltante para a empregada preencher os requisitos de tempo previstos na política de renovação dos quadros de pessoal (páginas 25/26).

O órgão julgador também cuidou de acentuar os elementos de distinção entre a política de renovação do quadro de empregados do Banestes e o Plano de Demissão Voluntária do Banco do Estado de Santa Catarina, considerado válido e legítimo pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 590.415, com repercussão geral reconhecida. Com efeito, no caso do Banestes, não houve prévia negociação coletiva: o Banco colocou em prática a política de renovação de forma unilateral e impositiva (página 26).

Além disso, no caso capixaba, “ao contrário do que se deveria esperar”, a fixação dos critérios para o pagamento de indenização adicional ocorreu de maneira desproporcional: “quem já detinha

mais tempo de serviço na empresa e mais idade recebeu menos ou, pior, caso já tivesse implementado os trinta anos de serviço e adquirido o direito à aposentadoria, nada recebeu além das verbas rescisórias” (página 26).

Quanto a esse ponto, para reforçar ainda mais a distinção, o acórdão menciona outro caso examinado pelo Supremo Tribunal Federal. Cuida-se do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 661.720, relativo ao Programa de Desligamento Incentivado da Telecomunicações do Paraná S. A., em que o sistema de pagamento de indenização escalonava-se progressivamente conforme o tempo de serviço de cada empregado, respeitando, portanto, a isonomia.

Nesse sentido, para a SDI-I, para poder afastar o reconhecimento do caráter discriminatório da extinção do contrato de emprego, a política do Banco deveria reconhecer a “dificuldade em reinserção no mercado de trabalho proporcional à antiguidade” e, por conseguinte, conceber-se no sentido de “compensar a dispensa dos empregados de maior idade”, mediante a previsão de pagamento de indenização modulada de forma compatível com “o maior tempo de serviço na empresa” (páginas 26/27).

Por fim, com base nessa ampla coleção de fundamentos, a decisão da Primeira Subseção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a ocorrência de divergência jurisprudencial e negou provimento aos embargos interpostos pelo Banestes, com o reconhecimento da ilicitude da política de renovação do quadro de pessoal do Banco em razão da prática de discriminação em razão da idade e a consequente anulação do ato de extinção do contrato de emprego da trabalhadora efetuado com base nessa política (páginas 27/28).

4. A APRECIÇÃO CRÍTICA DO CASO EXAMINADO

A decisão da Primeira Subseção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho apresenta fundamentação múltipla, com recurso a elementos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mediante o estabelecimento de distinção quanto a casos marcados por semelhantes características, e da doutrina, por meio da citação de artigo científico e de obra resultante de pesquisa em realizada em curso de Mestrado em Direito. No acórdão, teve-se o cuidado de analisar a questão pelo ângulo da ordem jurídica internacional (atos da Organização Internacional do Trabalho). No

mais, desenvolveu-se argumentação sobre a aplicação, no caso, de normas da Constituição Federal e da ordem jurídica trabalhista ordinária, sobretudo sobre o sistema normativo de proteção contra práticas de discriminação no mercado de trabalho, com destaque para a Lei nº 9.029, de 1995.

Esse conjunto de normas invocado ao longo da fundamentação converge, de forma harmônica, para a conclusão a que chegou o órgão julgador. Mais do que isso: a conclusão decorre, como consequência lógica, desse sistema normativo. Na decisão, não existe contradição interna: os fundamentos colocam-se em ordenada interação. Cuida-se, portanto, de decisão assinalada pela coerência e pela integridade sistêmica, passível de replicação em casos com idênticas premissas de fato e de direito.

Na fundamentação da decisão, desenvolveu-se linha de raciocínio orientada pela existência de prática de discriminação em razão da idade na política de renovação do quadro de pessoal do Banestes, a despeito de, formalmente, a descrição objetiva dos critérios de enquadramento no Programa e no Plano dela decorrentes fazer-se não em razão da idade dos empregados, mas pelo tempo de serviço prestado ao Banco (no caso, trinta anos de trabalho para a Instituição Financeira).

Com acerto, o órgão julgador entendeu que, no caso, o elemento de tempo de serviço não se pode dissociar da idade da pessoa do trabalhador, pois ambos avançam juntos, passo a passo, ano a ano, em contínua escala progressiva. Nesse sentido, na prática, a política do banco impacta, desproporcionalmente, segmento específico e bem definido de trabalhadores: os idosos e as pessoas que contam com, no mínimo, 44 anos de idade.

Também de forma acertada, o órgão julgador entendeu que a eventual existência de pessoas idosas com menos de trinta anos de serviços prestados ao Banestes, não enquadradas no Programa e no Plano, não serve como fundamento idôneo para afastar o caráter discriminatório da política de renovação do quadro de empregados do Banco.

Nesse sentido, o fato de determinado conjunto de trabalhadores idosos não terem sofrido as consequências da política da Instituição Financeira não significa que outros tantos não as tenham suportado. Nesse caso, a simples existência de idosos colocados a salvo da extinção do contrato de trabalho não pode servir de desculpa para

endossar a prática de atos que efetivamente atingiram de forma desproporcional determinado grupo de empregados.

No limite, a prevalência de argumento dessa natureza dificultaria sobremaneira a caracterização de qualquer prática de discriminação: para isso, bastaria a indicação de critério aparentemente neutro e objetivo que recaísse somente sobre parcela dos integrantes de determinado grupo vulnerável no mercado de trabalho, como as mulheres, as pessoas com deficiência e os negros, por exemplo. Nesse cenário, a existência de certo número de pessoas não atingidas pelo critério aparentemente neutro e objetivo cancelaria a discriminação contra os demais componentes do grupo em condição vulnerável, o que, evidentemente, não se pode aceitar diante do conjunto de normas de proteção e promoção do direito fundamental à igualdade material.

No entanto, a decisão comporta ligeiros reparos e algumas observações, que, porém, não chegam a invalidá-la nem a comprometer-lhe a coerência e a integridade. Em primeiro lugar, o acórdão não enfrentou a questão da idade da ex-empregada, que, ao tempo da extinção do contrato de emprego, contava com 49 anos de idade (não se enquadrava, portanto, no conceito normativo de pessoa idosa). Nesse sentido, a solução do impasse seguiu, primordialmente, o fio condutor da discriminação etária, suficiente para sustentar a decisão. Em determinada passagem, porém, mencionou-se o processo de envelhecimento da população mundial, com a consequente necessidade de proteção da pessoa idosa (página 24, em particular).

Em rigor, a ordem jurídica brasileira não admite a adoção do critério etário para o efeito de acesso ou permanência no mercado de trabalho, exceto nos casos de concreta e razoável exigência relacionada ao exercício de determinada função e do sistema de proteção da criança e do adolescente. Ou seja, a proteção contra discriminação não se dirige apenas a determinado segmento etário.

No mais, o órgão julgador nem sequer poderia examinar a questão da idade da ex-empregada, pois o acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região não conta com o registro preciso dessa premissa de fato: nessa linha, em recurso de revista e em embargos, o Tribunal Superior do Trabalho não poderia revolver o acervo de premissas de fato subjacentes à demanda.

Em segundo lugar, o órgão julgador deu pouca atenção ao seguinte elemento: ao fundamentar o ato, o Banco deixou claro que

estava a instituir política relacionada à “necessidade permanente de renovação do quadro de empregados do Banestes” (premissa incontroversa). Cuida-se, por um lado, em rigor, de motivo em si mesmo potencialmente discriminatório e contrário ao princípio da continuação da relação contratual de emprego. Por outro lado, em certo sentido, pela negativa, o motivo indicado dá conta da inexistência de necessidade econômica, financeira ou técnica, circunstância que reforça a ilicitude da política orientada para determinados segmentos etários. Caso houvesse a indicação – e, mais do que isso, a prova – da existência razão econômica, financeira ou técnica, a questão poderia, a princípio, percorrer outros rumos, por meio de construção hermenêutica levada a efeito a partir do artigo 165 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse ponto, poderia aplicar-se a denominada teoria dos motivos determinantes. Em regra, na ordem jurídica trabalhista brasileira não se obriga o empregador a motivar os atos de extinção do contrato de emprego: cuida-se de direito potestativo inserido no âmbito do poder diretivo do empregador. No entanto, ao optar pela indicação de motivo, como ocorreu no caso, a empresa vincula-se a ele. A vinculação opera-se tanto no plano da existência fática quanto no campo da legitimidade e licitude. No caso em exame, como se quis demonstrar, a motivação da política do Banco, em si mesma, flerta com a ilicitude, por incorrer em discriminação etária.

Em terceiro lugar, de forma consistente, o acórdão tratou dos efeitos da política do Banestes sobre o segmento de trabalhadores formado por pessoas com mais idade, não necessariamente idosas. Para o órgão julgador, a política do Banco, fundada, no plano formal, em critério aparentemente neutro (tempo de serviço), acaba por atingir de modo mais impactante justamente aquele conjunto etário de trabalhadores. Por conseguinte, de forma mais explícita, a decisão poderia valer-se da teoria do impacto desproporcional, empregada, com êxito, para identificação de atos de discriminação, sobretudo no caso da adoção de critérios que, na camada epidérmica, assumem a aparência de neutralidade e licitude, mas, na realidade, encobrem práticas que resultam em exclusão, ainda que não exista a intenção de discriminar (discriminação indireta). No presente caso, a aplicação do mencionado corpo teórico contribuiria para a infirmação dos argumentos referentes à inexistência de propósito discriminatório na política da instituição financeira: para caracterizar a discriminação,

revela-se suficiente a produção de efeitos ou resultados que impliquem exclusão.

Por fim, em quarto lugar, sente-se falta, no acórdão, de descrição mais aprofundada de elementos relacionados à função social do trabalho no processo de afirmação da identidade da pessoa e da construção de múltiplos vínculos, como meio de desenvolvimento dos direitos da personalidade do trabalhador. Nesse mesmo ponto, pode criticar-se a decisão por ter dado exagerada ênfase ao exame da questão da ausência ou da presença de prejuízo econômico para a trabalhadora em razão da adesão ao Plano do Banco: sofrer alijamento do emprego consubstancia-se em prejuízo em si mesmo, que exorbita da simples dimensão econômica para atingir a dimensão existencial da relação contratual de trabalho, ainda mais quando a extinção do contrato se opera por força de prática discriminatória. Para a pessoa, o trabalho alimenta o sentimento de pertencimento ao processo produtivo e assume relevância para a ampliação da cidadania e a consolidação de sociedade mais plural e democrática, aspectos que ganham ainda maior relevo no campo da inclusão das pessoas pertencentes a grupos em situação de vulnerabilidade.

À maneira de arremate, a decisão da Primeira Subseção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho fornece elementos alvissareiros para a construção mais sólida do reconhecimento da existência de grupo etário em situação de vulnerabilidade no mercado de trabalho, ainda que fora do espectro normativo da pessoa propriamente idosa.

5. A CONCLUSÃO

O processo demográfico de envelhecimento da população brasileira repercute no campo das relações de trabalho. Além disso, a incessante e exponencial evolução tecnológica, levada a efeito na esteira do processo de globalização da economia promove mudanças mais frequentes e profundas no desenho estrutural do mercado de trabalho. Do trabalhador, o mercado espera resiliência: passa a exigir capacidade adaptativa a novos modelos produtivos.

Em horizonte mais ou menos curto de tempo, muitas profissões e funções tendem a desaparecer ou a passar por significativa reformulação diante de novas exigências e necessidades da sociedade de informação marcada pelo crescente desenvolvimento de fenômenos como a inteligência artificial, a economia de plataforma, a indústria quatro

ponto zero e a denominada Internet das coisas, com forte impacto sobre a classe trabalhadora em geral e, de modo mais específico, sobre os trabalhadores com idade mais avançada.

O conjunto de contínuas transformações da economia e da sociedade coloca-se em interação reflexiva com o Direito: nele interfere e dele deve sofrer interferência. O Direito enfrenta o desafio de regular de forma adequada e eficiente as múltiplas e complexas relações decorrentes desse processo. Nesse ambiente social de inquietude e de incertezas, os desafios impostos à ordem jurídica trabalhista para desempenhar a primordial tarefa de propiciar a convivência harmônica de interesses potencialmente antagônicos entre trabalho e capital são igualmente múltiplos e complexos.

No cumprimento dessa missão, a ordem jurídica trabalhista ordinária deve estreitar os laços de interação com o Direito Constitucional do Trabalho decorrente do Estado Democrático do Direito fundado pela Constituição Federal de 1988 e orientar-se pela proteção e promoção dos direitos humanos da classe trabalhadora. Na ordenação desse sistema, deve propiciar-se proteção diferenciada dos direitos das pessoas pertencentes a grupos em situação de vulnerabilidade, como as pessoas idosas.

Para prover proteção adequada, a ordem jurídica deve atentar-se para a realidade dinâmica do mercado do trabalho. No curso da presente investigação, identificou-se que o conceito normativo de pessoa idosa, definido com base em parâmetro etário objetivo, com abrangência somente sobre as pessoas com, pelo menos, sessenta anos de idade, coloca de fora do sistema de proteção jurídica diferenciada o grupo de trabalhadores que, a despeito de não se enquadrarem juridicamente como idosos, sofrem preconceito e discriminação em razão de contarem com idade considerada avançada pelo mercado de trabalho.

Para a tutela jurídica do direito à igualdade material desse grupo de trabalhadores, aplica-se, de forma genérica, o sistema normativo de proibição de discriminação pelo critério etário. A inespecificidade do regime jurídico pode redundar em proteção deficiente do acervo de direitos desse conjunto de trabalhadores, sobretudo no campo do desenvolvimento de políticas públicas de promoção do emprego desse segmento da população brasileira.

No curso da pesquisa, evidenciou-se o seguinte: a) existe a necessidade de prover esse grupo etário de trabalhadores com regime

diferenciado de proteção jurídica perante o mercado de trabalho, pois, nesse campo, eles integram grupo em situação de vulnerabilidade, mas, b) esse sistema proteção jurídica diferenciada não pode decorrer de simples ampliação do conceito normativo de pessoa idosa por meio de construção hermenêutica, nem c) da mera extensão do regime jurídico especificamente desenvolvido para as pessoas idosas (Estatuto do Idoso, sobretudo).

Por conseguinte, como primeiro passo, a construção de sistema de proteção jurídica diferenciada depende da formulação mais consistente sobre os critérios jurídicos determinantes para o enquadramento no grupo em condição de vulnerabilidade. Na pesquisa, não se cuidou de definir, com precisão, limite etário específico. De modo mais geral, porém, sinalizou-se o seguinte critério de avaliação: a definição do parâmetro etário deve realizar-se em concreto, mediante a análise conjugada da função desempenhada do trabalhador e da atividade econômica desenvolvida pela empresa.

Nesse campo, o exame da política de renovação do quadro de pessoal do Banestes revela cenário promissor, com o aporte de subsídios valiosos para a construção desse sistema de proteção diferenciada. Com o devido aperfeiçoamento, o sistema em elaboração pode contribuir para a transformação do ambiente de trabalho em espaço de afirmação e promoção de direitos humanos, com reflexos na consolidação de sociedade mais aberta, plural e democrática, auxiliando, por consequência, no processo de desenvolvimento econômico e social.

REFERÊNCIAS

BANCO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO [sítio]. Disponível em: <<http://www.banestes.com.br/>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. Tradução Mirta Rosenberg e Jaime Arrambide Squirru. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Discriminação por sobrequalificação*. 2008. 237 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://bit.ly/2sOkNuX>>. Acesso em: 7 jun. 2018.

BÖHM, María Laura. Empresas transnacionais, violações de direitos humanos e violência estrutural na América Latina: um enfoque

criminológico. *InSURgência*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 125/162, 2017. Semestral. ISSN Eletrônico: 2447-6684. Disponível em: <<https://bit.ly/2l1MFrL>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

BRASIL, República Federativa do. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Recurso de Revista nº 0041700-02.2010.5.17.0003*. Recorrente: [nome adrede omitido pelo pesquisador para preservar a intimidade da trabalhadora]. Recorrido: Banestes S. A. – Banco do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro. Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Brasília, 17 de março de 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yclq2rvc>>. Acessos entre: 3 e 9 jun. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Secretaria de Comunicação Social. Antecipação de aposentadoria de empregados antigos do Banestes é considerada discriminatória. Brasília, 7 abr. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2sO6AOs>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

CAMARANO, Amélia Camarano. *Estatuto do Idoso: avanços com contradições*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2013 (Texto para discussão nº 1.840). Disponível em: <<https://bit.ly/2kV3uVv>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Derechos de las personas mayores: retos para la interdependencia y autonomía*. Santiago: Cepal, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2zp0mKa>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

DEBERT, Guita Grin. OLIVEIRA, Amanda Marques de. Proteção às minorias etárias: idosos. In: *Direito à diferença*. v. 2: aspectos de proteção específicas às minorias e aos grupos vulneráveis. Coordenação Liliana Lyra Jubilut, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e José Luiz Quadros de Magalhães. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. 12, p. 288-307.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. *Rotatividade no mercado de trabalho brasileiro: 2002 a 2014*. São Paulo, SP: DIEESE, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2sR3I3u>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION [sítio]. Labour standards. Disponível em: <<https://bit.ly/2r6h4eh>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

_____. *Older Workers Recommendation, 1980 (nº 162): recommendation concerning older workers*. Disponível em: <<https://bit.ly/2M6GKhB>>. Acesso em: 7 jun. 2018.

MAKKONEN, Timo. *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*. Turku: Åbo Akademi University, 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2Lc1vIg>>. Acesso em: 7 jun. 2018.

OBSERVATÓRIO DA LONGEVIDADE HUMANA E ENVELHECIMENTO [sítio]. Disponível em: <<http://olhe.org.br/>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS [sítio]. *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, 2015*. Disponível em: <<https://bit.ly/2ghNBYh>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

PORTAL DO ENVELHECIMENTO [sítio]. Disponível em: <<https://www.portaldoenvelhecimento.com.br>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

RIPERT, George. *Les forces créatrices du droit*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1955.

RODOTÁ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Tradução de José Manuel Revuelta. Madri: Trotta, 2014.

SHEPPARD, Coleen. *Multiple discrimination in the world of work*. Genebra: International Labour Office, 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/2GtIRcu>>. Acesso em: 7 jun. 2018.

YOUTUBE [sítio]. *SDI 1: assista ao julgamento do dia 17/03/2016 (recurso audiovisual)*. Duração: 2:14'27". Subido por Tribunal Superior do Trabalho em 22 mar. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2JzYZxr>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: EVOLUÇÃO, ESTADO ATUAL E PERSPECTIVAS

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juiz da Corte Internacional de Justiça; Ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília, Brasil; Doutor *honoris causa* of diversas Universidades na América Latina, Europa e Ásia; Membro do *Institut de Droit International*, e do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional de Haia, Holanda

I. DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: DA COMPARTIMENTALIZAÇÃO À INDIVISIBILIDADE

A proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais figura com destaque na atual agenda internacional dos direitos humanos, no sentido de assegurar-lhes uma proteção mais eficaz, por ter sido sua implementação internacional negligenciada no passado. Em diversos capítulos de meu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*¹ tive ocasião de examinar a jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos voltada, sobretudo, à proteção dos direitos fundamentais e das liberdades clássicas, ou seja, dos direitos civis e políticos. Em um determinado capítulo (vol. I, cap. IX), procedi ao exame dos direitos econômicos, sociais e culturais, face à persistente deterioração das condições de vida de vastos segmentos da população em numerosos países. Assinalei, de início, que assim procedi deixando registro da importância renovada e perene de que se revestem os direitos civis e políticos, a formarem, com os direitos econômicos, sociais e culturais, um todo harmônico e indivisível.

As raízes da questão estudada naquele capítulo IX - o tratamento distinto das duas “categorias” de direitos, quais sejam, de um lado,

1. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vols. I, II e III, 2ª. ed., Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003. - A 3ª. e nova edição (atualizada) de meu *Tratado* encontra-se atualmente em curso, a ser proximamente publicada pela Editora Del Rey de Belo Horizonte.

os direitos civis e políticos, e de outro, os direitos econômicos, sociais e culturais - remontam à fase legislativa de elaboração dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, mormente a decisão tomada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1951 de elaborar, ao invés de um Pacto, dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos (adotados em 1966), voltados, respectivamente, às duas categorias de direitos, dotados de medidas de implementação distintas, e completando, assim, juntamente com a Declaração Universal de 1948, a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Pressupunha-se, na época, que, enquanto os direitos civis e políticos eram suscetíveis de aplicação “imediate”, requerendo obrigações de *abstenção* por parte do Estado, os direitos econômicos, sociais e culturais eram passíveis de aplicação apenas *progressiva*, requerendo obrigações positivas (atuação) do Estado². Mas já naquela época se podia constatar que tal dicotomia não se revestia de caráter absoluto, porquanto o Pacto de Direitos Civis e Políticos também prevê a “possibilidade de uma realização progressiva” de certos direitos, e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contém dispositivos suscetíveis de aplicação a curto prazo; assim, os confins entre as duas categorias de direitos nem sempre são claros, e talvez a distinção seja antes uma questão de gradação ou de ênfase, voltada às obrigações gerais que vinculam os Estados Partes³.

Apesar de, talvez *nesse sentido*, ter a distinção sido consagrada nos dois Pactos das Nações Unidas⁴, afigurou-se, antes, como um reflexo da profunda divisão ideológica do mundo no início dos anos cinquenta, a repercutir inexoravelmente nos trabalhos das Nações

2. Para esta tese, cf. M. Bossuyt, “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, 8 *Revue des droits de l’homme/Human Rights Journal* (1975) pp. 785-820.

3. Th. C. van Boven, “Les critères de distinction des droits de l’homme”, in *Les dimensions internationales des droits de l’homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, pp. 55-58.

4. Tanto o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 2), no plano global, como a Carta Social Europeia (artigo 2), no plano regional, aceitaram a ideia de que aqueles direitos só poderiam realizar-se “progressivamente”. Para um dos primeiros estudos a respeito, encomendado pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, assinalando a variedade dos meios de implementação e o papel do Poder Legislativo nacional, cf. M. Ganji (*rapporteur*), *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Problems, Policies, Progress*, N.Y., U.N. (Commission on Human Rights), 1975, pp. 252, 275, 286-287 e 306-307.

Unidas. No presente domínio, por exemplo, o então “grupo ocidental” enfatizava os direitos civis e políticos, ao passo que o então “bloco socialista” privilegiava os direitos econômicos, sociais e culturais.

Não há que passar despercebido, no entanto, que tal compartimentalização não havia sido antecipada ou propugnada pelos redatores da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Com efeito, apesar da clara ênfase desta última nos direitos do indivíduo, as duas “categorias” de direitos já constavam da mesma Declaração Universal (artigos 3-21 e 22-27, respectivamente). Também na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, que se antecipou em alguns meses à Declaração Universal, apareciam em forma combinada as duas “categorias” de direitos.

Cabe recordar o testemunho de alguns protagonistas da época. René Cassin, por exemplo, um dos redatores da Declaração Universal, nela vislumbrava o potencial de “un élan continu de l’individuel vers le social”⁵. O reconhecimento do fato de que, sem os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos teriam “pouco sentido” para a maioria das pessoas, constituía - na expressão de John Humphrey, outro importante protagonista da época - a “principal característica” da abordagem prevalecente no século XX da implementação internacional dos direitos humanos⁶.

5. R. Cassin, “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme”, 79 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 279 e 183; e, no mesmo sentido, ressaltando a “importância fundamental” de todos os direitos humanos, e do claro reconhecimento do princípio básico, a eles subjacente, da dignidade da pessoa humana, cf. *Los Derechos del Hombre, Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la UNESCO*, Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, Apêndice II, pp. 233-246, esp. p. 245; J. van Aggelen, “The Preamble of the United Nations Declaration of Human Rights”, 28 *Denver Journal of International Law and Policy* (2000) pp. 129-144. Cf. também: A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, cit. supra n. (1), vol. I, capítulo I.

6.. J. Humphrey, “The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century”, in: *The Present State of International Law and Other Essays* (Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973), Deventer, Kluwer, 1973, p. 101. Na mesma linha de pensamento, C.W. Jenks, ex-Diretor da OIT, em 1960 chamou atenção para o fato de que certos direitos econômicos e sociais (e.g., alguns direitos sindicais) encontram-se “most closely related to civil liberties and partake in substantial measure of their essential character”, e, ademais, são eles “more closely akin to civil liberties than to other economic and social rights”, tendo todos “a close bearing on personal freedom”. C.W. Jenks, *Human Rights and International Labour Standards*, London/N.Y., Stevens/Praeger, 1960, pp. 8-9, e cf. pp. 139-140. É o caso, por exemplo, da liberdade de associação para fins sindicais, da não-discriminação em

Não obstante, a distinção, de fundo ideológico, acima assinalada, persistiu por alguns anos no plano global, e, não surpreendentemente, fez-se sentir ademais também nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. No continente europeu, paralelamente à Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, acrescida de seus onze Protocolos até o presente, foi adotada em 1961 a Carta Social Europeia, incorporando os direitos econômicos e sociais. Deduz-se dos trabalhos preparatórios desta última, aos quais se associou a OIT, que apesar da vinculação e do caráter complementar dos dois tratados, a celebração de ambos, consagrando mecanismos de implementação distintos para as duas “categorias” de direitos, alimentou a convicção de que seria difícil assegurar a aplicação dos direitos econômicos e sociais mediante um controle judicial ou quase-judicial comparável ao previsto pela Convenção Europeia de 1950⁷.

O continente americano conheceu um debate similar durante os trabalhos preparatórios da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. A despeito das propostas de inserção dos direitos econômicos, sociais e culturais no Projeto da Convenção, apresentadas em 1959 pelo Conselho Interamericano de Jurisconsultos e em 1965 pelo Chile e Uruguai, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos seguiu a solução prevalecente na época, nas Nações Unidas e no sistema europeu (*supra*), com a diferença de que a Convenção Americana limitou-se a remeter, em seu artigo 26, às normas econômicas, sociais e culturais contidas nos artigos 29-50 da Carta emendada da OEA⁸.

matéria de emprego e ocupação, do direito a não ser submetido a trabalho forçado. Para um estudo recente, cf. J.-P. Lavie, “La protection des droits économiques et sociaux de l’homme par l’Organisation Internationale du Travail”, 3 *Revue universelle des droits de l’homme* (1991) pp. 61-69.

7. Cf. H. Wiebringhaus, “La Convention Européenne des Droits de l’Homme et la Charte Sociale Européenne”, 8 *Revue des droits de l’homme/Human Rights Journal* (1975) pp. 538-539; [K. Vasak,] “La protection internationale des droits de l’homme dans le cadre des organisations régionales”, 3.05/3.06 *Documentation française - Documents d’études - Droit international public* (1973) pp. 34-35.

8. Cf., para um exame deste ponto, e.g., H. Gros Espiell, “Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l’homme”, 145 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1975) pp. 40-41 e 19; D. Uribe Vargas, *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1972, pp. 295 e 303-305; E. Vargas Carreño, “Algunos Problemas que Presentan la Aplicación y la Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, in *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1980, p. 156; C.A. Dunshee de Abranches

Voltando ao plano global, cabe lembrar que a atuação das Nações Unidas em prol de ambas “categorias” de direitos estava naturalmente longe de se exaurir nas disposições dos dois Pactos de Direitos Humanos, como indicam as numerosas Convenções “setoriais” voltadas à salvaguarda de determinados direitos humanos ou do ser humano em determinadas condições ou circunstâncias⁹. É certo que os direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no Pacto correspondente recaem em grande parte na competência das agências especializadas do sistema das Nações Unidas (tais como a OIT, a UNESCO, a OMS, a FAO), mas os âmbitos de ação destas últimas encontram-se direcionados a setores específicos da atividade humana, sendo, pois, nesse sentido, mais circunscritos¹⁰. Não há como negar que a expansão e generalização da proteção internacional dos direitos humanos testemunhou, nas últimas décadas, tentativas ou propostas de categorizações de direitos (e.g., direitos individuais, sociais e de solidariedade ou dos povos), dentre as quais a mais próxima da operação dos meios de implementação tem sido precisamente a da suposta distinção entre direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais (*supra*).

Tais expansão e generalização também possibilitaram que se voltasse atenção aos direitos atinentes a distintas categorias de *peçoas protegidas*, tidas como necessitadas de proteção especial, o que levou ao enunciado de, e.g., direitos dos trabalhadores, direitos dos refugiados e dos apátridas, direitos humanos da mulher, direitos da criança, direitos dos idosos, direitos dos inválidos, direitos dos povos indígenas. Tem-se também tentado distinguir entre a proteção de certos direitos *vis-à-vis* o Estado (liberdades fundamentais) e

(*rapporteur*), *Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y los Proyectos de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*, OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.19-dc.18, de 04.04.1968, pp. 24-25.

9. Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 1-742.

10. Cf., *inter alia*, F. Wolf, “Aspects judiciaires de la protection internationale des droits de l’homme par l’OIT”, 4 *Revue des droits de l’homme/Human Rights Journal* (1971) pp. 773-838; H. Saba, “L’UNESCO et les droits de l’homme”, in: *Les dimensions internationales des droits de l’homme* (ed. K. Vasak), Paris, UNESCO, 1978, pp. 479-504; Ph. Alston, “The United Nations’ Specialized Agencies and Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, 18 *Columbia Journal of Transnational Law* (1979) pp. 79-118.

a garantia de outros direitos *pelo próprio* Estado¹¹. Em todo caso, a implementação dos instrumentos voltados à salvaguarda dos direitos de determinadas categorias de pessoas protegidas há de ser apropriadamente abordada no entendimento de que são eles *complementares* aos tratados *gerais* de proteção dos direitos humanos (e.g., os Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, as três Convenções regionais - a Européia, a Americana e a Africana - de direitos humanos).

Não tardou muito para que se se apercebesse do fato de que, se dentre os direitos econômicos, sociais e culturais havia os que se aproximavam de “normas organizacionais”, também havia os que requeriam implementação semelhante à dos direitos civis e políticos (os direitos clássicos de liberdade), o que veio a ressaltar a unidade fundamental de concepção dos direitos humanos. Assim como há direitos civis e políticos que requerem “ação positiva” do Estado (e.g., direito civil à assistência judiciária como integrante das garantias do devido processo legal, direitos políticos atinentes aos sistemas eleitorais), também há os direitos econômicos, sociais e culturais ligados à garantia do exercício de medida de liberdade (e.g., direito à greve e liberdade sindical), - ao que há que acrescentar a vinculação dos chamados direitos *fundamentais* à garantia efetiva da liberdade da pessoa humana¹².

Ao recordar, a esse respeito, que o núcleo de direitos fundamentais possui um caráter inderrogável (e.g., os direitos à vida, a não ser submetido a tortura ou escravidão, a não ser condenado por aplicação retroativa das penas)¹³, encontrando-se inelutavelmente ligado à salvaguarda da própria existência, dignidade e liberdade da pessoa humana, produto de uma corrente doutrinária mas também conquista definitiva da civilização, respaldada pelos tratados gerais de proteção, compreende-se que, no transcurso das cinco últimas décadas, tivesse

11. Sobre este ponto, cf. P.M. Bisch, “Différents sens de l’indivisibilité des droits de l’homme”, in: *Indivisibilité des droits de l’homme*, Fribourg, Éd. Univ. Fribourg, 1985, pp. 15-24.

12. G. Peces-Barba, “Reflections on Economic, Social and Cultural Rights”, 1 *Human Rights Law Journal* (1981) pp. 284, 289-290 e 294.

13. Cf. A.A. Cançado Trindade, “A Evolução Doutrinária e Jurisprudencial da Proteção Internacional dos Direitos Humanos nos Planos Global e Regional: As Primeiras Quatro Décadas”, 23 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* - Brasília (1986) n. 90, pp. 259-262.

estado a porta aberta a uma reconsideração geral da dicotomia entre os direitos econômicos, sociais e culturais, e os direitos civis e políticos.

O divisor de águas, nesse sentido, foi a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Teerã em 1968, dois anos após a adoção dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas. A Conferência proclamou a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmando que a realização plena dos direitos civis e políticos seria impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais¹⁴. Poucos anos após, os Estados socialistas, concebendo os direitos humanos não como categoria abstrata e inalterável mas antes como fenômeno histórico, concordaram com a inserção, no Ato Final de Helsinki de 1975, de referência expressa (Princípio 7) ao respeito aos direitos humanos consoante os princípios e propósitos da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Com esta “concessão” os Estados socialistas, estava o campo aberto para a adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas da celebrada resolução 32/130, de 1977¹⁵, endossando a perspectiva globalizante da Proclamação de Teerã de 1968. Subjacente à nova visão das Nações Unidas estavam a preocupação em promover o desenvolvimento econômico-social e o reconhecimento de que urgia proceder a uma análise global dos problemas existentes no campo dos direitos humanos tendo em mente as transformações fundamentais por que passara a chamada sociedade internacional desde a adoção da Declaração Universal de 1948 (descolonização, capacidade de destruição em massa, explosão demográfica, deterioração das condições ambientais, aumento do consumo de energia, dentre outras)¹⁶. Em suma, entre as duas “categorias” de direitos - individuais

14. Cf. U.N., *Final Act of the International Conference on Human Rights*, ONU doc. A/CONF.32/41, de 1968, pp. 4-5. Resoluções adotadas pela Conferência de Teerã continham referências no mesmo sentido; cf. *ibid.*, pp. 12 e 17. Cf. também: Egon Schwelb, “Some Aspects of the Measures of Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, 1 *Revue des droits de l’homme/ Human Rights Journal* (1968) pp. 363-377; H. Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, vol. II, San José/Madrid, IIDH/Civitas, 1988, pp. 345-346.

15. A esta seguiram outras resoluções, do mesmo teor, da Assembleia Geral das Nações Unidas, tais como as resoluções 39/145, de 1984, 41/117, de 1986, e 43/113, de 1988. No mesmo sentido, as resoluções da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, 1987/19, de 1987, e 1988/22, de 1988.

16. Cf. H. Golsong, “Évolution de la conception des droits collectifs dans la politique internationale”, in: *Les droits de l’homme - droits collectifs ou droits individuels* (Actes du Colloque de Strasbourg, 1979), Paris, LGDJ/Pichon et Durand-Auzias, 1980, pp. 141-145; D.M. Trubeck, “Economic, Social and Cultural Rights in the Third World:

e sociais ou coletivos - não pode haver senão complementaridade e interação, e não compartimentalização e antinomia.

II. DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: DESENVOLVIMENTOS RECENTES NA BUSCA DE PROTEÇÃO MAIS EFICAZ NO PLANO REGIONAL

As pressões internacionais em favor da busca de uma proteção mais eficaz para os direitos econômicos, sociais e culturais, negligenciados no passado no tocante a sua implementação, se fizeram acompanhar da gradual cristalização, no plano nacional, da concepção dos chamados “*welfare rights*”, em meio a uma proliferação, sobretudo nos países europeus, de tribunais nacionais lidando com “reclamações industriais e previdenciárias”¹⁷. Ademais, a nova visão avançada no âmbito das Nações Unidas (*supra*) teria prontas e muitas repercussões nos distintos sistemas regionais.

Assim, no continente americano, tal visão se refletiu no *Relatório* de 1979-1980 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ainda que tivesse esta prudentemente ressaltado que era difícil estabelecer “critérios que permitam medir a execução pelos Estados de suas obrigações”¹⁸. No continente europeu, a Corte Europeia de Direitos Humanos ponderou no caso *Airey* (1979) que, embora a Convenção Europeia consagrasse essencialmente direitos civis e políticos, “muitos deles têm implicações de natureza social ou econômica”, não havendo divisão clara (“*no watertight division*”) entre as duas “categorias” de direitos¹⁹.

Human Rights Law and Human Needs Programs”, in: *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (ed. Th. Meron), vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 205-263, esp. p. 212; Th. C. van Boven, “United Nations Policies and Strategies: Global Perspectives?”, in: *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B.G. Ramcharan), The Hague, Nijhoff, 1979, pp. 90-91; A.A. Cançado Trindade, “Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights: Recent Developments”, in *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law* (eds. N. Al-Nauimi e R. Meese), Deventer, Kluwer, 1995, pp. 1051-1077.

17. Cf. F.G. Jacobs, “The Extension of the European Convention on Human Rights to Include Economic, Social and Cultural Rights”, 3 *Human Rights Review* (1978) p. 167.

18. OAS, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights - 1979-1980*, p. 152.

19. Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Airey*, sentença de 09.10.1979, Série A, vol. 32, p. 125, par. 26.

No continente africano procedeu-se de modo distinto: os redatores da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981 optaram pela inclusão naquela única convenção de um catálogo tanto de direitos civis e políticos (artigos 3-14) quanto de direitos econômicos, sociais e culturais (artigos 15-18), acrescidos dos direitos das coletividades, os chamados “direitos dos povos” (artigos 19-24), prevendo na Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos um mecanismo de aplicação comum a todos os direitos consagrados (artigos 46-59 e 62). Ainda que a ênfase da Carta Africana recaísse nos direitos econômicos, sociais e culturais²⁰, entendem os próprios jusinternacionalistas africanos que é compreensível que a Comissão Africana tenha se ocupado, ao menos em seus primeiros anos de operação, mais diretamente dos direitos civis e políticos²¹. Com efeito, até meados de 1992, tinha a Comissão Africana lidado com 29 casos; devido a algumas lacunas da Carta Africana no campo dos direitos civis e políticos (principalmente em relação ao processo penal), em sua 11a. sessão a Comissão Africana passou a dedicar especial atenção ao direito a um processo justo (*fair trial*)²².

Nas três últimas décadas, - antes do estabelecimento da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, em operação a partir de 2006, - tem sido particularmente nos continentes europeu e americano que, a partir da consagração da tese da indivisibilidade dos direitos humanos, se têm dado passos concretos em prol de

20. Cf. B. Obinna Okere, “The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples’ Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems”, 6 *Human Rights Quarterly* (1984) pp. 145-147 e 156; Kéba M’Baye, “Rapport introductif sur la Charte Africaine des Droits de l’Homme et des Peuples”, in *Droits de l’homme et des peuples en Afrique et la Charte Africaine* (Conférence de Nairobi, 1985), Genève, Commission Internationale de Juristes, 1986, pp. 29-31; e cf. K.J. Partsch, “The Enforcement of Human Rights and Peoples’ Rights: Observations on Their Reciprocal Relations”, in: *International Enforcement of Human Rights* (eds. R. Bernhardt e J.A. Jolowicz) (Heidelberg Colloquy, Max-Planck-Institut, 1985), Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 1987, pp. 25-29.

21. U.O. Umzurike, “The African Charter on Human and Peoples’ Rights”, 77 *American Journal of International Law* (1983) p. 911; S.C. Neff, “Human Rights in Africa: Thoughts on the African Charter on Human and Peoples’ Rights in the Light of Case-Law from Botswana, Lesotho and Swaziland”, 33 *International and Comparative Law Quarterly* (1984) p. 332.

22. W. Benedek, “Regional Systems of Human Rights Protection in Africa, America and Europe (Conference Report)”, in *Regional Systems of Human Rights Protection in Africa, America and Europe* (eds. W. Benedek e W. Heinz) (Proceedings of the Strasbourg Conference, June 1992), Brussels Office, Friedrich Naumann Foundation, 1992, pp. 10 e 12-13.

implementação mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais. No continente europeu, mesmo antes do *dictum* da Corte Européia de Direitos Humanos no caso *Airey (supra)*, a possibilidade de incorporar à Convenção Européia de Direitos Humanos alguns direitos econômicos, sociais e culturais fora evocada em uma declaração dos Ministros das Relações Exteriores dos Estados membros do Conselho da Europa em 27 de abril de 1978.

Posteriormente, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa adotou duas recomendações: a primeira sugeria o exame da possibilidade da incorporação de alguns direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais na Convenção Européia de 1950, com a ressalva de não debilitar seu mecanismo de proteção (recomendação 838 de 27.09.1978); a segunda previa um fortalecimento do sistema de supervisão da Carta Social Européia de 1961 de modo a incluir o sistema do direito de petição junto ao dos relatórios (recomendação 839 de 28.09.1978). Paralelamente estabeleceu-se um Comitê de Peritos *ad hoc*, por instrução do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, para formular as propostas sobre o tema²³.

Os direitos consagrados na Convenção Européia eram tidos como inseparáveis do mecanismo jurisdicional nela contido, o que levava seus redatores a dela excluir os direitos econômicos, sociais e culturais. Os debates passaram a girar em torno dos *critérios* que permitissem determinar quais direitos econômicos, sociais e culturais eram verdadeiramente fundamentais para responder às exigências da *justiciabilidade* da Convenção, e quais deles eram ademais passíveis de formulações de modo a criar verdadeiras obrigações para os Estados²⁴. Desses debates resultou o entendimento de que os direitos

23. Cf. A. Berenstein, "Economic and Social Rights: Their Inclusion in the European Convention on Human Rights - Problems of Formulation and Interpretation", 2 *Human Rights Law Journal* (1981) pp. 259-260; P. van Dijk e G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, Kluwer, 1984, pp. 474-477.

24. Sugeriu-se, por exemplo, que se haveriam de selecionar os direitos que pudessem ser estendidos a todas as pessoas ("Everyone has the right to (...)"), devendo ser claramente "implementáveis" ("enforceable"), como, e.g., certos direitos em matéria trabalhista e previdenciária. F.G. Jacobs, *op. cit. supra* n. (17), pp. 166-178; A. Berenstein, *op. cit. supra* n. (23), pp. 257-280. - Uma questão capital era a de submeter à justiciabilidade, por exemplo, uma decisão governamental que, sob o pretexto de resolver problemas "econômicos", viesse a gerar ou aumentar o desemprego e a afetar os direitos econômicos e sociais; F. Matscher (ed.), *Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte - Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme*, Kehl/Strasbourg, N.P. Engel Verlag, 1991, p. 395 (intervenção de W.H. Balekjian). - A Convenção sobre

econômicos e sociais pareciam, em última análise, uma emanção do direito ao trabalho e da previdência ou segurança social, ao passo que, em matéria de direitos culturais, convinha dar particular ênfase ao direito à educação²⁵.

Com a crescente atenção dispensada ao tema ao longo dos anos, algumas iniciativas se tomaram no âmbito do Conselho da Europa. Alguns direitos “adicionais” se incorporaram ao elenco original da Convenção Européia, como os consagrados pelo Protocolo I (à Convenção Européia) de 1952, dentre os quais figura o direito à propriedade privada (artigo 1) e o direito à educação (artigo 2). Os países europeus têm, no entanto, procedido com cautela: o Primeiro Protocolo (de 1987) à Carta Social Européia, ao ampliar a lista dos direitos protegidos por esta última e realizar nesse sentido um verdadeiro avanço, paralelamente ao mecanismo de proteção da própria Convenção Européia de Direitos Humanos.

Em 1991 tiveram início os *travaux préparatoires* do Projeto de Segundo Protocolo à Carta Social Européia, que significativamente previa um procedimento de reclamações coletivas, visando fortalecer a participação de atores sociais e organizações não-governamentais²⁶. A iniciativa culminou na adoção, em 1995, deste novo Protocolo à Carta Social Européia, mediante o qual podem submeter reclamações (coletivas), para exame pelo Comitê de Peritos Independentes, organizações internacionais e nacionais de empregadores e sindicatos, e outras ONGs internacionais e nacionais²⁷. Deste modo, o sistema de reclamações coletivas vem complementar o sistema de relatórios,

Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias (1990) demonstra ser possível formular disposições convencionais sobre direitos econômicos e sociais (e.g., *inter alia*, artigo 28, sobre assistência médica de urgência) de modo a “satisfazer todos os requisitos de `justiciabilidade””; M. Scheinin, *op. cit. infra* n. (73), p. 43.

25. K. Vasak, “Les problèmes spécifiques de la mise en oeuvre internationale des droits économiques et sociaux de l’homme”, in: *Vers une protection efficace des droits économiques et sociaux?* (Colloque de Louvain, 1972), Bruxelles, Bruylant/Vandeur, 1973, pp. 23-24; Y. Dinstein, “Cultural Rights”, in: *Les droits de l’homme - droits collectifs ou droits individuels* (Actes du Colloque de Strasbourg, 1979), Paris, LGDJ/Pichon et Durand-Auzias, 1980, pp. 148-167.

26. Conseil de l’Europe, *Demande d’avis du Comité des Ministres à l’Assemblée sur le Projet de Deuxième Protocole Additionnel à la Charte Sociale du Conseil de l’Europe prévoyant un système de réclamations collectives*, Strasbourg, C.D., doc. 6730, de 13.01.1993, pp. 1-13.

27. No caso de ONGs nacionais, requer-se uma declaração pelo Estado em questão reconhecendo tal direito. O relatório do Comitê de Peritos Independentes é enviado ao

que permanece o mecanismo básico de supervisão da aplicação da Carta, visando dar-lhe maior eficácia, inspirando-se, para tal, na linha dos mecanismos existentes da Organização Internacional do Trabalho (OIT)²⁸.

No plano jurisprudencial, tornou-se ponto pacífico que os direitos civis e políticos consagrados na Convenção Européia abarcam não só a obrigação de abstenção estatal, mas também as *medidas positivas* por parte dos Estados, tidas como perfeitamente compatíveis com o regime de supervisão da Convenção. De acordo com tal jurisprudência (da Corte e Comissão Europeias de Direitos Humanos), requerem-se tais medidas para assegurar o direito de acesso à justiça (artigo 6 da Convenção, caso *Airey*, supracitado), o direito ao respeito à vida familiar (artigo 8, casos *X e Y versus Holanda*, 1985, e *Powell e Rayner versus Reino Unido*, 1990), o direito a reunião pacífica (artigo 11, caso *Plattform 'Ärzte für das Leben'*, 1988).

Têm-se interpretado as garantias do devido processo legal (artigo 6) de modo a cobrir não só questões de ordem privada, mas também as que recaem no âmbito do direito público ou social (e.g., direito ao exercício de uma profissão, reivindicações de benefícios da seguridade social); e a obrigação de tomar "providências" para assegurar o respeito do direito à vida abarcaria não só a criação de um sistema eficaz de prevenção do crime (sistema penal) como também de um sistema de saúde hospitalar pública, ou seja, de serviços médicos e sociais mínimos (caso *Tavares versus França*, 1991)²⁹.

No continente americano, a despeito da adoção em 1948 da Carta Internacional Americana de Garantias Sociais (como declaração dos "direitos sociais do trabalhador), persistiu, até a adoção em 1988 do chamado Protocolo de San Salvador (*infra*), a lacuna no sistema

Comitê de Ministros, que adota uma resolução e, quando apropriado, encaminha uma recomendação ao Estado em questão.

28. Council of Europe, *Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints and Explanatory Report*, Strasbourg, C.E., 1995, pp. 3-20. E, para uma avaliação recente, cf. D. Harris e J. Darcy, *The European Social Charter*, 2a. ed., Ardsley/N.Y., Transnational Publs., 2001, pp. 33-407. - E, para uma avaliação geral da operação dos mecanismos existentes da OIT nesta área, cf., e.g., [Vários Autores], *Visions of the Future of Social Justice - Essays on the Occasion of the ILO's 75th Anniversary*, Geneva, ILO, 1994, pp. 1-328.

29. M. Pellonpää, "Economic, Social and Cultural Rights", in *The European System for the Protection of Human Rights* (eds. R.St.J. Macdonald, F. Matscher e H. Petzold), Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 860-866.

interamericano de proteção no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais, porquanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos se limitou a dispor (artigo 26) sobre o “desenvolvimento progressivo” destes últimos, ao passo que, paralelamente, as normas econômicas, sociais e culturais da Carta emendada da OEA não visavam propriamente proteger ou garantir direitos humanos, mas antes determinar objetivos ou linhas de conduta para os Estados membros neste domínio³⁰. Somente em 1980-1981 a Assembleia Geral da OEA, por recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, destacou a importância da observância dos direitos econômicos, sociais e culturais no continente americano³¹.

O artigo 77 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos deixou a possibilidade aberta aos Estados Partes e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos de submeter à Assembleia Geral da OEA projetos de protocolos adicionais à Convenção, de modo a incluir progressivamente outros direitos em seu sistema de proteção. Por solicitação da Assembleia Geral, com base em proposta da Costa Rica em 1982, o Secretariado Geral da OEA preparou e submeteu, em 1983, um Anteprojeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, contendo 25 artigos.

No mesmo ano, a Assembleia Geral solicitou comentários da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos assim como dos Estados membros; a exemplo do Secretariado Geral da OEA, também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos preparou um Anteprojeto de Protocolo Adicional sobre a matéria. Ademais dos esforços de ambos, a etapa final dos trabalhos preparatórios (a partir de 1986) coube a um Grupo de Trabalho da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP) do Conselho Permanente da OEA, encarregado de estudar o tema³².

30. H. Gros Espiell, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*, San José, Libro Libre, 1986, pp. 111-116.

31. Resoluções AG/RES. 510 (X-O/80) e AG/RES. 543 (XI-O/81) da Assembleia Geral da OEA.

32. Para um estudo detalhado dos *travaux préparatoires* do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cf. A.A. Cançado Trindade, “A Questão da Implementação Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Evolução e Tendências Atuais”, 71 *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (1990) pp. 7-55, esp. pp. 32-48; A.A. Cançado Trindade, “La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: Évolution et tendances actuelles”, 75/76 *Boletim da Sociedade*

A adoção em 1988 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (o chamado Protocolo de San Salvador) finalmente supriu a lacuna histórica do sistema interamericano relativa à proteção de tais direitos. Observe-se, porém, que, mesmo antes dele, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base nas disposições pertinentes da Declaração Americana de 1948, em seu *Relatório sobre El Salvador* de 1978, levou em conta a situação de alguns direitos econômicos, sociais e culturais; no ano seguinte, em seu *Relatório sobre o Haiti*, igualmente levou em consideração os direitos à educação, à saúde e ao trabalho³³.

Significativamente, em seu *Relatório Anual* de 1979-1980, a Comissão Interamericana constatou a “relação orgânica” entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais³⁴. No *Relatório Anual* de 1985-1986, a Comissão externou seu entendimento no sentido de que o futuro Protocolo à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais deveria tomar como ponto de partida “o núcleo fundamental constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação”, aos quais se deveriam agregar “outros direitos conexos” ou a eles vinculados, tendo em vista sua “concretização prática”³⁵.

Havia, pois, estes antecedentes. Mas foi o Protocolo de San Salvador de 1988 que veio dotar a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais no sistema interamericano de base convencional.

Brasileira de Direito Internacional (1991) pp. 13-41, e in 94 *Revue générale de Droit international public* - Paris (1990) pp. 913-946.

33. Cf. A.A. Cançado Trindade, “La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. 1, San José de Costa Rica, IIDH, 1994, p. 48; A.A. Cançado Trindade, “La Relación entre el Desarrollo Sustentable y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. 2, San José de Costa Rica, IIDH, 1995, pp. 15-49.

34. OAS, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights - 1979-1980*, pp. 151-152.

35. OEA/CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*, p. 211. Para o argumento de que, assim como nos direitos civis e políticos ocupa posição central a liberdade, nos direitos econômicos, sociais e culturais tal posição central é ocupada pelo direito a um nível de vida adequado, concretizado mediante o exercício dos direitos ao trabalho, à educação, à saúde, a uma alimentação adequada, à previdência social, - cf. R. Mayorga Lorca, *Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 2a. ed., Santiago, Ed. Jur. de Chile, 1990, pp. 21-83.

O Projeto final, que se transformou no referido Protocolo, invocou, em seu preâmbulo, *inter alia*, a “estreita relação” existente entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos formando um “todo indissolúvel” (par. 3).

A obrigação de não-discriminação, consagrada no artigo 3, inspirou-se na disposição equivalente (artigo 2(2)) do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. O mesmo ocorreu com outros dispositivos: o artigo 4, consagrando o princípio da não-admissão ou proibição de restrições dos direitos, buscou inspiração no dispositivo correspondente (artigo 5(2)) daquele Pacto das Nações Unidas, e o artigo 5, determinando o alcance restritivo das restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos consagrados, baseou-se principalmente em disposições equivalentes do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 4) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 30).

O Protocolo de San Salvador de 1988 representou o ponto culminante de um movimento de conscientização no continente americano, paralelamente a evolução similar no âmbito das Nações Unidas (*infra*) e no sistema europeu, em prol de proteção internacional mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais. O Protocolo estipulou inicialmente (artigo 1) a obrigação dos Estados Partes de adotar medidas (de ordem interna e por meio da cooperação internacional) “até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento”, a fim de conseguir, “progressivamente e de acordo com a legislação interna”, a “plena efetividade” dos direitos nele consagrados. Os conceitos refletidos nas expressões “máximo dos recursos disponíveis” e “progressivamente” foram extraídos do artigo 2 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. Subjacente ao disposto no artigo 1 do Protocolo de 1988 encontrava-se, como esclareceu o próprio Grupo de Trabalho da CAJP em seu *Relatório* de atividades referente a 1987, uma nova dicotomia, no âmbito dos direitos reconhecidos no Protocolo, entre os de “exigibilidade imediata” e os de “realização progressiva”, sendo que, ademais, a “obrigação de adotar medidas” consagrada no artigo 1 voltava-se a esses últimos³⁶.

36. Para o histórico legislativo dessas disposições e dessa nova dicotomia, cf. A.A. Cançado Trindade, *ops. cit. supra* n. (32), pp. 32-48, 13-41 e 913-946, respectivamente; e cf. A.A. Cançado Trindade, “Do Direito Econômico aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, in *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem*

Desse modo, a dicotomia da doutrina clássica (cf. *supra*), superada pela evolução da matéria, ressurgiu desta feita, ainda que matizada, no interior do domínio dos direitos econômicos, sociais e culturais propriamente dito. O mecanismo consagrado pelo Protocolo de 1988 representou o *mínimo aceitável*, no continente americano, ao final dos anos oitenta, para a proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, - o que não descartava a esperança de se lograr no futuro a adoção de um mecanismo menos tímido e mais fortalecido e aperfeiçoado para a salvaguarda internacional daqueles direitos.

O mecanismo então consagrado resultou da busca de consenso no decorrer dos trabalhos preparatórios do Protocolo. Compreendeu, ademais do sistema de relatórios, - com papel reservado a órgãos outros que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (como o Conselho Interamericano Econômico e Social - CIES - e o Conselho Interamericano para a Educação, Ciência e Cultura - CIECC), - um sistema de petições ou comunicações individuais (regulamentado pelos artigos 44-51 e 61-69 da Convenção Americana). Este último foi reservado tão só aos direitos consagrados nos artigos 8(1)(a) e 13 (direito de associação e liberdade sindical, e direito à educação) do Protocolo (artigo 19(6) deste último), como um denominador comum mínimo para alcançar um consenso entre as Delegações participantes.

Outra via de ação prevista residiu na formulação pela Comissão Interamericana de observações e recomendações que considerasse pertinentes sobre a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais (consagrados no Protocolo) nos Estados Partes (artigo 19(7)). Estas medidas abriram novas perspectivas para uma proteção mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais em nosso continente, mas ainda resta um longo caminho a percorrer.

No plano substantivo, o Protocolo de San Salvador incorporou ao sistema interamericano de proteção o direito ao trabalho (artigo 6), a condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho (artigo 7), os direitos sindicais (artigo 8), o direito à seguridade social (artigo 9), o direito à saúde (artigo 10), o direito a um meio-ambiente sadio (artigo 11), o direito à alimentação (artigo 12), o direito à educação (artigo 13), o direito aos benefícios da cultura (artigo 14), o direito à constituição e proteção da família (artigo 15), os direitos da criança

Constitucional - Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza (coord. R.A.L. Camargo), Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1995, pp. 9-38.

(art. 16), e a proteção dos idosos (artigo 17) e dos deficientes ou inválidos (artigo 18). Além disso, abriu a possibilidade de incorporar outros direitos ou de ampliar os direitos já reconhecidos (artigo 22, com antecedentes nos artigos 31 e 76 da Convenção Americana), objetivando assim propiciar um aperfeiçoamento gradual desse instrumento.

O Protocolo de San Salvador entrou em vigor em 16 de novembro de 1999 (uma vez que obteve o mínimo de 11 ratificações para este fim), com a esperança no fortalecimento da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos. Não há que passar despercebido que, paralelamente ao Protocolo de San Salvador, agora vigente, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos abre uma outra possibilidade de ação, em seu artigo 42. Com efeito, dispõe o artigo 42 da Convenção que os Estados Partes devem remeter à Comissão Interamericana cópias dos relatórios e estudos que em seus respectivos campos submetem anualmente às Comissões Executivas do CIES e do CIECC, a fim de que aquela vele pela promoção dos direitos derivados das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta emendada da OEA.

Surgiram indicações de que a Comissão Interamericana estava mais disposta a considerar mais detidamente a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais nos Estados Partes na Convenção Americana: em seu *Relatório Anual* de 1991, por exemplo, dedicou ela particular atenção à matéria, baseando-se nos relatórios apresentados por alguns Estados membros de OEA a organismos internacionais³⁷ e em um estudo realizado pela Organização Pan-americana da Saúde (OPS). Destacou a Comissão Interamericana que a década dos oitenta era tida como uma “década perdida” no plano econômico-social para os países latino-americanos, por confrontarem, em sua maioria, o agravamento da crise econômica, do endividamento externo, do empobrecimento, a afetar consideravelmente os direitos econômicos, sociais e culturais na região³⁸.

37. Chile, México, Argentina, Colômbia, Jamaica, República Dominicana e Costa Rica.

38. Segundo o referido estudo, os problemas de maior incidência na região são a gradual deterioração do nível de vida da população, a falta de recursos para a assistência médica e a salubridade pública, o alto índice de mortalidade infantil, as altas taxas de desemprego e subemprego e de analfabetismo, os altos índices de desnutrição, a escassez de moradias adequadas, a grave deterioração do meio ambiente, a instabilidade

E o *Relatório Anual* de 1992-1993 voltou a incluir uma seção dedicada ao estado dos direitos econômicos, sociais e culturais na região, em que a Comissão, após examinar as informações enviadas por alguns dos Estados membros da OEA, concluiu que a situação econômico-financeira por que vem passando o hemisfério torna “muito difícil” que os Estados cumpram cabalmente o estabelecido pelos instrumentos internacionais de proteção³⁹. A par destas vias de ação, subsiste ademais a real possibilidade, através da hermenêutica, de situar os direitos consagrados na Convenção Americana no contexto econômico-social e cultural em que se exercem.

Exemplo marcante precisamente neste sentido veio a ser fornecido pela sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (de 31.08.2001) no caso histórico, e sem precedentes perante tribunais internacionais, da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*. A decisão da Corte Interamericana (quanto ao mérito), então sob minha Presidência, protegeu efetivamente a referida comunidade indígena (como parte demandante) como um todo, e seu direito de propriedade comunal de suas terras (sob o artigo 21 da Convenção Americana. As audiências públicas do caso perante a Corte foram particularmente elucidativas no tocante ao direito consuetudinário da comunidade indígena *Mayagna Awas Tingni*.

À luz do artigo 21 da Convenção Americana, a Corte Interamericana determinou que a delimitação, demarcação e emissão do título às terras da comunidade indígena *Mayagna Awas Tingni* deveriam efetuar-se em conformidade com seu direito consuetudinário, seus usos e costumes. Ao tomar esta decisão significativa, a Corte ponderou que existia entre os indígenas em apreço

“uma tradição comunitária acerca de uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se concentra em um indivíduo, mas sim no grupo e sua

dos sistemas econômicos e, em alguns países, os altos índices inflacionários, dentre outros. Desde 1979-1980 vem a Comissão Interamericana insistindo na necessidade de erradicação da pobreza e no atendimento das necessidades básicas de saúde, nutrição e educação, alertando que um aumento da renda nacional não se traduz necessária e correlativamente em uma melhora dos indicadores sociais, a não ser que se dê atenção prioritária às “mayorías desposeídas”. Cf. A.A. Cançado Trindade, “La Protección Internacional...”, *op. cit. supra* n. (33), pp. 53-55.

39. OEA, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993*, p. 252, e cf. pp. 233-252.

comunidade. (...) Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual de que devem desfrutar plenamente, de modo a preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras” (parágrafo 141 da sentença).

III. DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: DESENVOLVIMENTOS RECENTES NA BUSCA DE PROTEÇÃO MAIS EFICAZ NO PLANO GLOBAL

Não só no plano regional, mas também no global, têm-se envidado esforços em prol de uma proteção mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais. No âmbito das Nações Unidas, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, especialmente encarregado da supervisão do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, nas sete sessões de trabalho realizadas no período de 1987-1992, tem tomado algumas decisões significativas. Na primeira delas, logrou adotar suas decisões por consenso: considerou os meios de garantir o aperfeiçoamento do sistema de relatórios sob o Pacto (recorrendo a fontes alternativas de informações, outras que as emanadas dos Estados, incluindo as agências especializadas do sistema das Nações Unidas assim como as organizações não-governamentais⁴⁰), e cuidou de garantir sua própria independência⁴¹. Na prática, o Comitê, ao concluir o exame de cada relatório, adota as chamadas “concluding observations”, estruturadas de modo a conter cinco seções, a saber: introdução, aspectos positivos, fatores e dificuldades impedindo a implementação do Pacto, preocupações principais, e sugestões e recomendações⁴².

Na segunda sessão (1988), dedicou-se o Comitê a definir com maior precisão a substância dos direitos econômicos, sociais e culturais, a fim de dar-lhes um conteúdo normativo semelhante ao dos direitos civis e políticos. Adotaram-se duas decisões nesse sentido: a primeira inscreveu-se em um contexto mais amplo, dizendo

40. Para uma ilustração de informações enviadas por ONGs ao Comitê, cf., *inter alia*, Fundación Servicio Paz y Justicia (Argentina), *Informe al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (5o. período de sesiones, 26.11-14.12.1990), pp. 1-14 (mimeografado).

41. U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the First Session* (1987), pp. 1-62.

42. U.N. Centre for Human Rights, *The Committee on Economic, Social and Cultural Rights...*, *op. cit. infra* n. (56), p. 27.

respeito à elaboração pelo Comitê de “comentários gerais” sobre os artigos do Pacto, seguindo assim o exemplo do que já vinha fazendo seu “homólogo” sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos (o Comitê de Direitos Humanos); a segunda programou para cada ano um debate aprofundado acerca de um determinado direito ou um artigo específico do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ainda nesta segunda sessão buscou o Comitê racionalizar e simplificar o sistema de relatórios. Cabia evitar o pesado fardo que recaía nos Estados Partes e nele próprio do número considerável de relatórios sobre grupos de artigos do Pacto. Em seu entender, isto implicava uma compartimentalização excessiva dos direitos, e dava uma visão parcial ou fragmentada da situação dos direitos econômicos, sociais e culturais, nas diferentes esferas de preocupações, interesse e atenção das agências especializadas do sistema das Nações Unidas. Para mitigar esses inconvenientes, decidiu o Comitê solicitar aos Estados a apresentação de um único relatório quinquenal, que tratasse do conjunto do Pacto⁴³.

Guiado pela mesma preocupação, o Comitê programou para sua terceira sessão (1989) a revisão e simplificação, e por conseguinte o aperfeiçoamento, das diretrizes sobre os relatórios dos Estados Partes⁴⁴. Até o final de sua sétima sessão (1992), havia o Comitê examinado 144 relatórios iniciais, 61 (segundos) relatórios periódicos e seis relatórios globais⁴⁵. Em suma, tomando em conta sua natureza “híbrida” de órgão de supervisão único (único no sentido de que é ele responsável perante os Estados Partes no Pacto e perante o ECOSOC, um dos principais órgãos políticos das Nações Unidas), e tomando como exemplo a prática de outros órgãos de supervisão

43. U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Second Session* (1988), pp. 1-81.

44. U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Third Session* (1989), pp. 1-116. Para comentários sobre as primeiras sessões do Comitê, cf. Ph. Alston e B. Simma, “First Session of the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, 81 *American Journal of International Law* (1987) pp. 751-756; Ph. Alston e B. Simma, “Second Session of the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, 82 *American Journal of International Law* (1988) pp. 603-615; D. Turp, “Le contrôle du respect du Pacte International relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels”, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement - Mélanges M. Virally*, Paris, Pédone, 1991, pp. 465-481.

45. U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Seventh Session* (1992), p. 18.

(sobretudo a de seu “homólogo” para o outro Pacto, o Comitê de Direitos Humanos), tem o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais se esforçado por atribuir aos direitos consagrados no Pacto correspondente a mesma importância, tanto histórica como prática, que a reconhecida aos direitos civis e políticos.

Nos debates de início de 1990 do Comitê (quarta sessão) insistiu-se no “conteúdo mínimo” desses direitos, afetados pelos problemas da dívida, dos ajustes estruturais e do empobrecimento⁴⁶. Os debates de 1991 do Comitê (sexta sessão) concentraram-se nos problemas da utilização de indicadores econômicos e sociais (em razão de sua insuficiência para assistir ao trabalho do Comitê), havendo concluído que tais indicadores, para ser mais suficientes e confiáveis, deveriam buscar um equilíbrio entre os conceitos de quantidade e sobretudo qualidade, de modo a melhor refletir a realidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, não só em relação à sociedade como um todo mas também em relação a determinados grupos vulneráveis ou marginalizados. Nesse sentido, invocou-se a experiência de agências especializadas como a OIT e a OMS, e organismos como o UNICEF, no uso de indicadores econômicos e sociais⁴⁷.

O *Relatório* do Comitê sobre sua quinta sessão (fins de 1990) indicou ter-se procedido na ocasião à elaboração de diretrizes revistas sobre os relatórios governamentais, de modo a que contivessem, *inter alia*, informações sobre indicadores econômicos e sociais e indicações sobre o padrão de vida não só da sociedade como um todo mas também de determinados grupos, particularmente os vulneráveis (e.g., direito à moradia, direito à saúde física e mental, direito à educação)⁴⁸.

Na mesma sessão, e na seguinte, do Comitê, avançou-se a proposta de elaboração de um Projeto de Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tendo por objetivo o estabelecimento de um sistema de petições ou comunicações em

46. U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Fourth Session* (1990), pp. 1-102, esp. pp. 65-72.

47. U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Sixth Session* (1991), pp. 81-86.

48. U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Fifth Session* (1990), pp. 88-110. Para uma avaliação dos trabalhos desta sessão do Comitê, cf. Scott Leckie, “An Overview and Appraisal of the Fifth Session of the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, *13 Human Rights Quarterly* (1991) pp. 545-572.

matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (em relação a alguns destes, a ser gradualmente ampliados). Assinalou-se na ocasião a necessidade de um estudo comparado da justiciabilidade desses direitos nos Estados Partes no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e observou-se que a base de tal projeto de Protocolo deveria ser a doutrina da interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos⁴⁹.

O exame da matéria prosseguiu na sétima sessão (1992) do Comitê, na qual seus membros aprovaram a proposta de sua redação. Nos debates de 1992 sobre a matéria argumentou-se, em favor deste projeto de Protocolo Facultativo, que tal instrumento possibilitaria a exigência de medidas concretas pelos Estados Partes, fortaleceria a responsabilidade internacional dos Estados, daria precisão concreta à tese da indivisibilidade dos direitos humanos, propiciaria a formação de uma jurisprudência internacional a respeito, e fortaleceria o sistema de investigação neste domínio. Cabia reduzir as disparidades de procedimentos em relação a distintos direitos, devendo sua indivisibilidade refletir-se também na adoção de um sistema de petições, ainda mais considerando que muitos direitos econômicos e sociais são perfeitamente justiciáveis; talvez, ao invés de se exigir dos reclamantes a condição de “vítima”, poder-se-ia deles requerer a indicação da existência de um “detrimento” ou “prejuízo” sofrido⁵⁰.

No período de 1989-1995 o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais elaborou e divulgou seis “comentários gerais”. O primeiro (de 1989) se dedicou precisamente ao aperfeiçoamento do sistema de relatórios pelos Estados Partes sob o Pacto, de modo a permitir uma melhor avaliação do progresso logrado em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, a capacitar ao próprio Estado Parte desenvolver uma melhor compreensão dos problemas encontrados na realização de tais direitos e intercambiar experiências nesta área com os demais Estados, a assegurar uma melhor

49. U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Sixth Session* (1991), pp. 87-90.

50. U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Seventh Session* (1992), pp. 87-108. E cf., anteriormente, no mesmo sentido, Ph. Alston, “No Right to Complain about Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the Economic Rights Covenant”, in *The Future of Human Rights Protection in a Changing World - Essays in Honour of T. Opsahl* (eds. A. Eide e J. Helgesen), Oslo, Norwegian University Press, 1991, pp. 79-100.

supervisão de tais direitos, e a facilitar o exame público das políticas governamentais em relação aos mesmos⁵¹.

No comentário geral n. 2 (de 1990), sugeriu o Comitê medidas de assistência técnica internacional (artigo 22 do Pacto) concernentes a tais direitos, recomendou a incorporação da proteção destes últimos, na medida do possível, aos programas e políticas destinados a promover os ajustes estruturais⁵², e referiu-se à proposta de 1979 do Secretário-Geral das Nações Unidas de que as agências das Nações Unidas viessem a exigir um “*human rights impact assessment*” em relação às atividades de cooperação para o desenvolvimento⁵³.

No comentário seguinte (n. 3, de 1990), de real importância, insistiu o Comitê nas “obrigações mínimas” de todos os Estados Partes de assegurar, ao menos, a satisfação de níveis essenciais mínimos de cada um dos direitos consagrados no Pacto⁵⁴. Em seu comentário geral n. 4 (de 1991), sobre o direito a uma moradia adequada (artigo 11(1) do Pacto), advertiu o Comitê que cabia dar prioridade aos grupos sociais em condições desfavoráveis, dado que as obrigações sob o Pacto continuavam a aplicar-se, com maior pertinência ainda, em tempos de recessão econômica⁵⁵.

Enfim, os dois últimos comentários (n. 5, de 1994, e n. 6, de 1995) versaram sobre as pessoas portadoras de deficiências, e sobre os direitos econômicos, sociais e culturais dos idosos, respectivamente. Atualmente o Comitê considera, para a adoção de novos comentários gerais, outros temas, tais como a aplicação do Pacto no direito interno dos Estados, as cláusulas de não-discriminação do Pacto (mormente o artigo 2(2)), o direito à saúde, o direito à alimentação, os despejos forçados (*forced evictions*) e o Pacto, dentre outros⁵⁶.

51. U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Third Session* (1989), pp. 87-89.

52. Sobre este ponto, cf. U.N./Commission on Human Rights, *Question of the Realization in All Countries of the Economic, Social and Cultural Rights (...)* - *Comprehensive Report of the Secretary-General (...)*, U.N. doc. E/CN.4/1994/17, de 20.12.1993, pp. 24-29 e 37-38.

53. U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Fourth Session* (1990), pp. 86-88.

54. U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Fifth Session* (1990), pp. 83-87.

55. U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Sixth Session* (1991), pp. 114-120.

56. U.N. Centre for Human Rights, *The Committee on Economic, Social and Cultural Rights* (Fact Sheet n. 16/Rev. 1), Geneva, U.N., 1996, p. 29. - Para “comentários gerais”

Ao examinar a natureza das obrigações sob o Pacto (artigo 2(1)), o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais significativamente assinalou que, se, por um lado, o Pacto dispõe sobre a realização progressiva dos direitos consagrados, por outro lado impõe várias obrigações de *efeito imediato*, a saber: a) obrigação de “adotar medidas” (“*to take steps*”) pouco após a entrada em vigor do Pacto (artigo 2(1)); b) compromisso de garantir o exercício dos direitos protegidos “sem discriminação”; c) aplicabilidade “imediata” de determinadas disposições por órgãos judiciais e outros nos ordenamentos jurídicos internos (artigos 3; 7(a)(1); 8; 10(3); 13(2)(a), (3) e (4); e 15(3)); d) obrigação geral de buscar constantemente a realização dos direitos consagrados sem retrocessos; e) “obrigações mínimas” (“*minimum core obligations*”) em relação a todos os direitos consagrados, e, em caso de não-cumprimento, obrigação de provar que “o máximo dos recursos disponíveis” (tanto no plano nacional como mediante a cooperação e assistência internacionais) foi utilizado, ou se tentou utilizá-lo, para a realização dos direitos consagrados (artigos 11, 15, 22 e 23 do Pacto); f) em épocas de crises econômicas graves, de processos de ajuste, de recessão econômica, obrigação de proteger os setores e membros mais vulneráveis da sociedade por meio de programas específicos de relativamente baixo custo⁵⁷.

Em meados de 1992, também no seio da [então] Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias das Nações Unidas (redenominada em 1999 Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas), avançaram-se recomendações concretas no propósito de assegurar uma proteção internacional mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais. Primeiramente, propôs-se a nomeação, pela [então] Comissão de

mais recentes do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cf. United Nations, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, Geneva, U.N., documento U.N. doc. HRI/GEN/1/Rev.3, de 15.08.1997, pp. 72-99. E, para um estudo geral, cf. M.C.R. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - A Perspective on Its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 106-358.

57. Comentário geral n. 3, in U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Fifth Session* (1990), pp. 83-87. E cf., sobre a matéria, anteriormente, Philip Alston e Gerard Quinn, “The Nature and Scope of States Parties’ Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, 9 *Human Rights Quarterly* (1987) pp. 156-229; cf. também: “The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, 9 *Human Rights Quarterly* (1987) pp. 122-135.

Direitos Humanos das Nações Unidas (a exemplo do que já fazia a própria Subcomissão), de relatores especiais para examinar ou investigar determinados aspectos dos direitos econômicos, sociais e culturais (e.g., pobreza extrema⁵⁸, e realização do direito a uma moradia adequada), com mandatos semelhantes aos dos atuais *rapporteurs* temáticos.

Propuseram-se igualmente, em segundo lugar, recomendações pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aos Estados Partes no Pacto correspondente, acerca de alterações legislativas e de políticas públicas que fossem necessárias para harmonizar plenamente a prática dos Estados com as disposições do referido Pacto; paralelamente, sugeriu-se que os Estados deveriam estabelecer mecanismos apropriados (judiciais ou administrativos) de supervisão, em nível nacional, dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Em terceiro lugar, recomendaram-se maiores avanços na proposta do estabelecimento de um Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dotando-o de um sistema de petições ou comunicações (cf. *infra*), assim como na sistematização e consolidação do uso de indicadores no processo de monitoramento de tais direitos. Enfim, em quarto lugar, insistiu-se na promoção e utilização do princípio emergente de “obrigações mínimas” relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais⁵⁹.

Tais recomendações foram propostas com ênfase na necessidade da implementação, exigibilidade e justiciabilidade dos direitos

58. Cf., a respeito, e.g., Naciones Unidas/Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Los Derechos Humanos y la Pobreza Extrema - Informe del Secretario General*, doc. E/CN.4/Sub.2/1991/38, de 27.05.1991, pp. 1-26; Naciones Unidas/CEPAL, *Magnitud de la Pobreza en América Latina en los Años Ochenta*, Santiago de Chile, N.U./CEPAL, 1991, pp. 7-177.

59. A.A. Cançado Trindade, “La Protección Internacional...”, *op. cit. supra* n. (33), p. 59. A Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, mediante sua resolução 1992/29, além disso conclamou os organismos financeiros internacionais - particularmente o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial - a levarem mais em conta as consequências adversas dos programas de ajuste estrutural na realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, e solicitou ao Secretário-Geral das Nações Unidas estabelecer diretrizes acerca da relação entre os referidos programas de ajuste estrutural e estes direitos, as quais poderiam ajudar a “desencadear um diálogo” entre os órgãos de supervisão de direitos humanos das Nações Unidas e os organismos financeiros internacionais; F. Coomans, “Economic, Social and Cultural Rights”, in *Economic, Social and Cultural Rights - Collective Rights* (eds. F. Coomans e M. Galenkamp), Utrecht, SIM, 1995, p. 39.

econômicos, sociais e culturais. Com efeito, a denegação ou violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, materializada, e.g., na pobreza extrema, afeta os seres humanos em todas as esferas de suas vidas (inclusive a civil e política), revelando assim de modo marcante a interrelação ou indivisibilidade de seus direitos.

A pobreza extrema constitui, em última análise, a negação de todos os direitos humanos. Como falar de direito de livre expressão sem o direito à educação? Como conceber o direito de ir e vir (liberdade de movimento) sem o direito à moradia? Como contemplar o direito de participação na vida pública sem o direito à alimentação? Como referir-se ao direito à assistência judiciária sem ao mesmo tempo ter presente o direito à saúde? E os exemplos se multiplicam. Em definitivo, todos experimentamos a indivisibilidade dos direitos humanos no cotidiano de nossas vidas: é esta uma realidade inescapável. Já não há lugar para compartimentalizações, impõe-se uma visão integrada de todos os direitos humanos.

No processo preparatório da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, junho de 1993), o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais insistiu em que é precisamente nos períodos de crises econômicas que se impõe a plena vigência de tais direitos, particularmente em relação aos membros mais vulneráveis da sociedade. Agregou que já há muito se condenavam práticas discriminatórias em relação aos direitos políticos, as quais persistiam e eram toleradas como lamentáveis “realidades” em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais. Acrescentou que era necessário que todos os Estados ratificassem o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (e não só o de Direitos Civis e Políticos), para lograr a indivisibilidade dos direitos humanos⁶⁰.

Em seu relatório final (de 1992) à [então] Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias das Nações Unidas, o relator especial do tema “A Realização dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” conclamou à elaboração de “*anti-poverty policies*”, mediante inicialmente a elaboração de linhas ou

60. Para um relato da Conferência de Viena, cf. A.A. Cançado Trindade, “Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)”, 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993) pp. 9-57; e, sobre a participação do Comitê naquela Conferência, cf. U.N., *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Seventh Session* (1992), pp. 82-86 e 62. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, cit. supra n. (1), vol. I, capítulos III a VII.

perfis de pobreza para diferentes países; alertou que a pobreza extrema conduzia à exclusão social e à conseqüente incapacidade dos afetados de exercer plenamente seus direitos humanos. E recomendou, como outro ponto de partida, o exame da matéria do ângulo do princípio da não-discriminação, o que requeria uma atenção crescente a “áreas de comportamento discriminatório geralmente ignoradas no plano internacional” (e.g., status social, renda média, acesso aos cuidados médicos, idade, propriedade, orientação sexual)⁶¹.

A UNESCO, a seu turno, em estudo de 1988, atentou para a dificuldade de se medir com cifras as dimensões da pobreza crítica, porquanto esta última “também possui uma dimensão cultural que não se pode medir”: há fatores recorrentes imensuráveis, como “a perda do sentimento de dignidade, a diluição do sistema de valores, a quebra da confiança em si mesmo, o desaparecimento da consciência de pertencer a uma sociedade global”, tudo isto gerando a resignação e a violência, além da conformação dos sistemas educacionais - nos países mais atingidos pela pobreza - com as relações prevalecentes de poder, a justificar “a desconfiança que despertam nas populações pobres”⁶². Com estes elementos em mente, detenhamo-nos, a seguir, na questão da exigibilidade e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional, tal como se afigura na atualidade.

61. D. Türk (special rapporteur), *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights - Final Report*, U.N. doc. E/CN.4/Sub.2/1992/16, de 03.07.1992, pp. 39, 48, 59 e 55. Recordou o relator especial que enquanto as décadas de cinquenta e sessenta se deixaram marcar, em meio à descolonização, pelo otimismo quanto ao “desenvolvimento econômico internacional”, e os anos setenta pela ênfase na “satisfação das necessidades básicas e redistribuição através do crescimento econômico”, a década de oitenta marcou uma mudança brusca rumo aos ajustes estruturais com o fim de assegurar as condições econômicas necessárias à satisfação das necessidades sociais, e a década de noventa passa a priorizar - mediante um consenso já formado - os grandes temas da redução da pobreza e do desenvolvimento humano; *ibid.*, p. 36. - Sobre as diferenças entre o relator especial da Subcomissão e o Fundo Monetário Internacional (FMI) acerca do impacto dos programas de ajuste estrutural do FMI nos direitos humanos, cf. F. Coomans, *op. cit. supra* n. (59), pp. 48-49; K. Tomasevski, “International Development Finance Agencies”, in *Economic, Social and Cultural Rights - A Textbook* (eds. A. Eide, C. Krause e A. Rosas), Dordrecht, Nijhoff, 1995, pp. 404-405.

62. UNESCO, *La Erradicación de la Pobreza Crítica en América Latina y el Caribe*, Paris, UNESCO, 1988, pp. 4-7, esp. p. 6.

IV. A EXIGIBILIDADE E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NO PLANO INTERNACIONAL

Todos os esforços na busca de proteção mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional nos últimos anos têm almejado, em última análise, assegurar sua exigibilidade e justiciabilidade (âmbitos regional e global). Este grande desafio tem requerido criatividade e renovada determinação por parte da doutrina contemporânea sobre a matéria. A par da tese já mencionada das *obrigações mínimas* dos Estados no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais, exposta nos chamados Princípios de Limburgo⁶³ e também esposada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas⁶⁴ (*supra*), alguns outros esforços doutrinários vêm se desenvolvendo no propósito de garantir a exigibilidade e justiciabilidade daqueles direitos.

Já me referi, igualmente, neste sentido, à identificação, dentro do elenco dos direitos econômicos, sociais e culturais, dos *direitos de aplicabilidade imediata* (a exemplo, dentre outros, de certos direitos sindicais, da igualdade de remuneração por trabalho igual, do direito a educação primária obrigatória gratuita, da liberdade de pesquisa científica e trabalho criativo⁶⁵ - *supra*). A tal identificação podemos agregar outra formulação doutrinária, a saber, a das *obrigações distintas* (de respeitar, de proteger, de assegurar, e de promover) atinentes aos direitos econômicos, sociais e culturais⁶⁶. Na mesma linha de pensamento, outra iniciativa tem residido na identificação

63. Cf. "The Limburg Principles on the Implementation...", *op. cit. supra* n. (57), pp. 122-135.

64. Cf., e.g., o "comentário geral" n. 3 (de 1990) do Comitê, sobre a natureza das obrigações sob o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, reproduzido no Relatório da 5a. Sessão (1990) do Comitê, *cit. supra* n. (57), pp. 83-87.

65. Em seu "comentário geral" n. 3 (de 1990), o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais dá como exemplos de direitos de aplicabilidade imediata os constantes dos artigos 3; 7(a)(1); 8; 10(3); 13(2)(a), (3) e (4); e 15(3) do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas.

66. Para o argumento dos distintos graus de obrigações (de respeitar, proteger, assegurar e promover) em relação aos direitos em exame, cf. G.J.H. van Hoof, "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views", in *The Right to Food* (eds. Ph. Alston e K. Tomasevski), Dordrecht/Utrecht, Nijhoff/SIM, [1984], pp. 97-110, esp. pp. 106-108; para um debate anterior centrado na questão da justiciabilidade dos direitos em estudo, cf. E.W. Vierdag, "The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and

dos *componentes justiciáveis* dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Assim, tem-se identificado como elementos justiciáveis, por exemplo, do direito à educação, a própria liberdade em matéria educacional, o direito de acesso - sem qualquer discriminação - às instituições educacionais públicas, e o direito à educação primária (obrigatória) gratuita, - elementos estes que não só formam objeto da jurisprudência internacional sob os tratados de direitos humanos mas também já têm sido aplicados no ordenamento jurídico interno de muitos países⁶⁷. Outra ilustração é fornecida pelo direito à saúde, - sobretudo em seus aspectos atinentes à não-discriminação e ao devido processo legal, - tido como justiciável por já ter sido aplicado por tribunais e órgãos de supervisão nos planos tanto internacional como nacional⁶⁸.

E o direito à moradia adequada tem se mostrado passível de tratamento judicial em áreas distintas (geralmente ligadas às chamadas "*forced evictions*", ou à discriminação no acesso à moradia, ou a condições inadequadas de moradia ou a falta desta última), tal como demonstrado em casos concretos da jurisprudência tanto nacional como internacional⁶⁹. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais o reconheceu expressamente em seu "comentário geral" n. 4 (de 1991), dedicado precisamente a este direito; e a Corte Européia de Direitos Humanos, em um caso decidido em 1986, houve por bem advertir que a moradia constituía nas sociedades modernas uma premente necessidade social cuja regulamentação "não pode ser deixada inteiramente ao jogo das forças do mercado"⁷⁰.

Outros órgãos de direitos humanos têm se pronunciado a respeito (e.g., a [então] Comissão Européia de Direitos Humanos, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial (CERD) das Nações Unidas, o Comitê de Peritos Independentes da Carta Social

Cultural Rights", 9 *Netherlands Yearbook of International Law* (1978) pp. 69-105, esp. pp. 76-105.

67. F. Coomans, "Clarifying the Core Elements of the Right to Education", in *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights* (eds. F. Coomans e F. van Hoof), Utrecht, SIM, 1995, pp. 19-21 e 24-25.

68. V.A. Leary, "The Right to Complain: The Right to Health", in *The Right to Complain...*, *op. cit. supra* n. (67), pp. 96-101.

69. S. Leckie, "The Justiciability of Housing Rights", in *The Right to Complain...*, *op. cit. supra* n. (67), pp. 36-37 e 56-65.

70. *Cit. in ibid.*, p. 58, e cf. pp. 35-36; trata-se do caso de *James e Outros versus Reino Unido* (Julgamento de 21.02.1986).

Européia); o *rapporteur* especial das Nações Unidas sobre a Promoção da Realização do Direito à Moradia Adequada sistematizou em 1993 as obrigações legais dos Estados de respeitar, proteger e assegurar o direito em questão⁷¹.

Estes são apenas alguns exemplos, aos quais se podem agregar vários outros direitos ao relacioná-los com a proibição da discriminação. Na verdade, o princípio básico da igualdade ou não-discriminação é um *Leitmotiv* que permeia todo o *corpus juris* da proteção internacional dos direitos humanos⁷². Assim sendo, aplica-se em relação a todas as categorias de direitos. No passado, a doutrina e a jurisprudência muito desenvolveram as consequências jurídicas das violações do princípio da não-discriminação em relação aos direitos civis e políticos, às liberdades clássicas, mas curiosamente omitiram-se de fazê-lo também em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Somente nos últimos anos tem-se voltado maior atenção a estes. Trata-se de uma mudança de postura alentadora, porquanto já não faria sentido levar às últimas consequências as violações do princípio da não-discriminação no tocante tão-somente aos direitos civis e políticos, e continuar tratando as mesmas violações em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais complacentemente como meras consequências adversas das políticas econômicas ou públicas dos Estados, se não como uma simples e lamentável fatalidade...

Esta visão desequilibrada e distorcida já não tem lugar em nossos dias. A aplicação equânime do *princípio da não-discriminação*, com todo o seu potencial, em relação a todos os direitos humanos, desvenda um caminho amplo e fértil, na atual busca de uma proteção mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais, tão negligenciados no passado. Com efeito, o enfoque integral dos direitos humanos tem sido invocado precisamente para lograr uma proteção mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais, sempre que também se invoque uma violação da *cláusula de não-discriminação* consagrada nos tratados de direitos humanos (a exemplo do artigo 26 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas).

71. Cf. *ibid.*, pp. 53 e 56-67. - Sobre a matéria, cf. também Naciones Unidas/Centro de Derechos Humanos, *El Derecho a una Vivienda Adeuada* (Folleto Informativo n. 21), Ginebra, ONU, 1994, pp. 1-52.

72. V.A. Leary, "The Right to Complain...", *op. cit. supra* n. (68), p. 90.

Assim, em dois dos três *casos holandeses* relativos à previdência social, concluiu o Comitê de Direitos Humanos que havia ocorrido uma violação da cláusula de não-discriminação no artigo 26 do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos: nos casos *Zwaan de Vries versus Holanda* e *Broeks versus Holanda* (ambos de 1987), as queixas voltavam-se à legislação holandesa que negava às mulheres casadas certos benefícios de desemprego, que eram concedidos às mulheres solteiras e a todos os homens (casados ou não). O Comitê ponderou que o artigo 26 do Pacto não exigia dos Estados a adoção de legislação sobre previdência social, mas quando tomava o Estado a iniciativa de adotá-la, devia esta cumprir com o artigo 26 do Pacto. Desse modo, entendeu o Comitê que a cláusula de não-discriminação no artigo 26 do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos também se aplicava em relação ao gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais⁷³.

Outra ilustração, desta feita no plano regional (europeu), reside nas garantias do devido processo legal (a exemplo do artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos), que também podem estender proteção aos direitos econômicos e sociais em alguns de seus aspectos. Assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu, no caso *Airey versus Irlanda* (1979), no direito à assistência judiciária gratuita uma dimensão “social” do direito a um processo justo (*fair trial*)⁷⁴.

Nos casos *Feldbrugge versus Holanda* e *Deumeland versus Alemanha* (ambos de 1986), a Corte Europeia pela primeira vez buscou estender o direito de acesso aos tribunais e a uma audiência pública (artigo 6(1) da Convenção Europeia) a benefícios da previdência social. Posteriormente, no caso *Salesi versus Itália* (1993), a Corte Europeia confirmou que a aplicação do artigo 6(1) no campo da previdência social havia se tornado “regra geral”; no caso *Schuler-Zraggen versus Suíça* (1993), a Corte Europeia voltou a aventar novas possibilidades de proteção dos direitos econômicos e sociais sob o artigo 6 da Convenção Europeia, por vezes aplicado conjuntamente com a cláusula de não-discriminação do artigo 14 da Convenção⁷⁵.

73. M. Scheinin, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, in *Economic, Social and Cultural Rights - A Textbook* (eds. A. Eide, C. Krause e A. Rosas), Dordrecht, Nijhoff, 1995, p. 44.

74. *Ibid.*, pp. 45-46.

75. *Ibid.*, pp. 46-49. - A cláusula de não-discriminação consignada nos tratados de direitos humanos tem, em suma, possibilitado a “realização imediata” de determinados

Outros direitos consagrados nos tratados de direitos humanos, tais como o direito à privacidade e à vida familiar, e o próprio direito fundamental à vida, podem igualmente abrir caminho para uma proteção estendida aos direitos econômicos e sociais⁷⁶, a par dos culturais, mediante uma visão integral dos direitos humanos. Há outras disposições, e.g., do Pacto de Direitos Civis e Políticos, de relevância para o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, como as atinentes à igualdade perante a lei (artigo 26) e ao direito de acesso indiscriminado aos serviços públicos⁷⁷.

Considerando devidamente o próprio direito à vida em sua acepção ampla, como abarcando não só o direito a não ser privado arbitrariamente da própria vida como também o direito a condições dignas de vida⁷⁸, resulta claro que este direito fundamental não se limita, e.g., à proibição de execuções sumárias ou arbitrárias; também abarca, e.g., a proibição de omissões por parte de Estados que, dotados de recursos, nada ou pouco fazem para reduzir a mortalidade infantil, ou combater ou impedir as epidemias⁷⁹. O reconhecimento da dimensão social dos direitos humanos, a partir do próprio direito fundamental à vida, abre amplas possibilidades no combate à pobreza extrema mediante a afirmação e vigência dos direitos humanos.

O então projeto de dotar o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas de um sistema de petições ou comunicações individuais, mediante a conclusão neste propósito do primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto (cf. *infra*), veio a basear-se na premissa da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais

direitos, seja pela mudança de legislação em caso de anterior discriminação *de jure*, seja pela adoção de legislação para pôr fim a discriminação *de facto*; B.-A. Andreassen, A.G. Smith e H. Stokke, "Compliance with Economic and Social Human Rights: Realistic Evaluations and Monitoring in the Light of Immediate Obligations", in *Human Rights in Perspective - A Global Assessment* (eds. A. Eide e B. Hagtvet), Oxford, Blackwell, 1992, p. 257.

76. Cf. M. Scheinin, *op. cit. supra* n. (73), p. 51.

77. F. Matscher (ed.), *Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte - Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme*, Kehl/Strasbourg, N.P. Engel Verlag, 1991, p. 432 (intervenção de K. Samson).

78. Cf., nesse sentido, e.g., A.A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio-Ambiente - Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1993, cap. III, pp. 71-81.

79. Naciones Unidas/Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Seminario sobre la Miseria y la Denegación de los Derechos Humanos* (ONU, octubre de 1994) - *Nota de la Secretaría*, ONU doc. E/CN.4/1995/101, de 15.12.1994, pp. 10-11.

e culturais. Nesta mesma linha de pensamento, foi adotado, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 15 de outubro de 1999, o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (que entrou em vigor em 22 de dezembro de 2000), fundamentado do mesmo modo na premissa da justiciabilidade dos direitos consagrados naquela Convenção, entre os quais figuram certos direitos econômicos, sociais e culturais.

No tocante ao referido projeto de Protocolo ao Pacto, nos debates que se passaram a travar se veio argumentar que talvez o termo “denegações”, ou mesmo “não-observância”, seria preferível a “violações”, por presumivelmente melhor se ajustar aos direitos econômicos, sociais e culturais⁸⁰. Como corolário, ao invés da noção de “vítima” (intimamente ligada ao termo “violações”), sugeriu-se uma formulação concentrada tão só na ocorrência de um “detrimento”⁸¹.

A esta visão se opôs o sólido argumento de que, sendo todos os direitos humanos indivisíveis, dever-se-ia preferir o termo “violações” à simples “não-observância”, de modo a dispensar o mesmo tratamento a todos os direitos humanos⁸². Ademais, seria difícil lograr uma harmonia entre o termo “detrimento” (substituindo “vítima”) e as obrigações de respeitar, proteger e assegurar os direitos econômicos, sociais e culturais⁸³. Até mesmo a identificação de elementos ou componentes justiciáveis destes direitos, apesar do avanço doutrinário que representa, não deixava de apresentar uma certa dose de risco, pela possibilidade que abria de que um órgão internacional de supervisão de direitos humanos viesse a decidir, no curso do exame de uma petição ou reclamação, que esta dizia respeito a um elemento que lhe parece não-justiciável⁸⁴. Não surpreende que, ante tais incertezas ou dificuldades, se tivesse buscado uma formulação de consenso do Projeto de Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*infra*).

80. Cf. F. van Hoof, “Explanatory Note on the Utrecht Draft Optional Protocol”, in *The Right to Complain...*, *op. cit. supra* n. (67), pp. 150, 152 e 154.

81. *Ibid.*, pp. 161-162.

82. C. Flinterman, “Comments on the Utrecht and Committee Draft Optional Protocols”, in *The Right to Complain...*, *op. cit. supra* n. (67), p. 206.

83. B. Vierdag, “Comments on the Utrecht and Committee Draft Optional Protocols”, in *ibid.*, p. 202.

84. *Ibid.*, p. 200.

V. O MECANISMO DO PROTOCOLO FACULTATIVO AO PACTO DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Cabe-me concentrar doravante no mecanismo contemplado no referido Projeto de Protocolo ao Pacto. Há, de início, que recordar que, anteriormente à II Conferência Mundial de Direitos Humanos, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais havia sido criado por uma resolução do ECOSOC de 28.05.1985, e se reuniu pela primeira vez em 1987. Com isto, buscava-se, já então, dotar também o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto DESC) de um órgão de supervisão, a exemplo do que já ocorria por duas décadas com o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos. O próximo passo importante foi dado pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), buscando fortalecer o mecanismo de implementação do Pacto DESC.

O referido Projeto de Protocolo ao Pacto DESC, dotando o referido Pacto de um sistema de petições, veio a prever, inicialmente, tão só petições de indivíduos e grupos, mas não petições interestatais, para a inclusão das quais não houve suficiente apoio. Como condições de admissibilidade, dispôs o Projeto de Protocolo que as petições ou comunicações não podem ser anônimas; devem conter alegações que - se provadas - constituam uma violação dos direitos consagrados no Pacto; não podem constituir um abuso do direito de petição; não podem se referir a atos ou omissões ocorridos antes da entrada em vigor do Protocolo para o Estado em questão (excetuados os efeitos ou situações continuados). Ademais, o Projeto de Protocolo proscreveu a litispendência.

Sobre o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos, nele previsto, agregou que não se aplicará quando o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais considerar que sua aplicação não seria razoável⁸⁵. O Projeto de Protocolo atribui ao Comitê a faculdade

85. A esse respeito, a mesma formulação se encontra no texto de Utrecht (*infra*), e tem paralelo no supracitado Projeto de Protocolo Adicional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, dotando também esta última de um sistema de petições. A esse respeito, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, cit. *supra* n. (1), vol. II, capítulo XIX. Tal posição, de maior flexibilidade e mais sensível aos imperativos de proteção, está mais em conformidade com o *rationale* da regra do esgotamento dos recursos internos no contexto específico do Direito Internacional dos Direitos Humanos; cf. A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-445; A.A.

de ordenar medidas provisórias de proteção, para, na consideração dos casos, evitar um dano irreparável. Prevê, ademais, a possibilidade de solução amistosa. No exame das petições ou comunicações, faculta ao Comitê tomar em conta informações obtidas de fontes distintas. Se o Comitê concluir que o Estado Parte deixou de cumprir suas obrigações sob o Pacto, pode formular recomendações ao Estado em questão para remediar qualquer violação e impedir que venha de novo a ocorrer. O Estado deverá implementar tais recomendações, e reparar os danos. O Projeto de Protocolo prevê, enfim, o seguimento (*follow-up*) da supervisão, por parte do Comitê, das medidas tomadas pelo Estado em questão⁸⁶.

Além desta versão preliminar do projeto de Protocolo, elaborada pelo próprio Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, uma outra versão vem de ser preparada em uma reunião de peritos, realizada em Utrecht, Holanda, de 25 a 28 de janeiro de 1995⁸⁷. Nesta reunião aflorou o dilema entre o uso do termo “violações” e a constatação de situações em que não chegavam a se configurar violações dos direitos humanos. Embora a maioria dos participantes preferisse uma terminologia mais branda, - por exemplo, “falha em cumprir as obrigações”, ao invés de “violações”, - ao final chegou-se a uma fórmula consensual na seguinte linha: manter a linguagem de “violações” no preâmbulo e nas primeiras disposições sobre o direito de petição, e empregar a expressão mais branda “falha em cumprir as obrigações” nas disposições subsequentes, particularmente as atinentes ao exame quanto ao mérito das petições ou comunicações⁸⁸. Tais debates relativos ao

Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2ª. ed. rev., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327.

86. U.N./Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Draft Optional Protocol Providing for the Consideration of Communications* (report by Ph. Alston), doc. E/C.12/1994/12, de 09.11.1994, pp. 1-13; para o texto do Protocolo, cf. *ibid.*, Anexo, pp. 14-18, e cf. pp. 4-5.

87. Cf. texto in *The Right to Complain...*, *op. cit. supra* n. (67), pp. 233-239; o preâmbulo do texto de Utrecht se refere, *inter alia*, à “importância particular” atribuída pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos a procedimentos facultativos de petições ou comunicações.

88. Tudo isto sem prejuízo do uso do termo “não-observância” em relação tanto às “violações” quanto às “falhas” dos Estados em cumprir suas obrigações. F. van Hoof, “Discussion on the Draft Optional Protocols - Introduction to the Utrecht Draft Protocol”, in *The Right to Complain...*, *op. cit. supra* n. (67), p. 214.

Projeto de Protocolo ao Pacto têm, naturalmente, repercutido na construção doutrinária contemporânea sobre a matéria.

Assim, se veio a advertir que, para contrabalançar as dificuldades de supervisão internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais geradas pela visão da “realização progressiva” destes últimos, caberia endossar o enfoque das “violações” desses direitos, de modo a estabelecer padrões de cumprimento das obrigações nesta área e fomentar a formação de uma jurisprudência internacional que venha a favorecer o próprio monitoramento desses direitos⁸⁹.

Para aplicar este enfoque, tem-se sugerido categorizar as possíveis violações, que poderiam ser de três tipos, a saber: atos ou atividades dos Estados violatórios das normas do Pacto DESC, ou leis ou práticas que criem condições antagônicas à realização dos direitos nele consagrados; violações relativas a padrões de discriminação em violação do Pacto; e violações resultantes de falhas em cumprir as obrigações convencionais mínimas⁹⁰. O enfoque das “violações” vem, ademais, - cumprir ressaltar, - estabelecer critérios de tratamento equiparáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim como dos direitos civis e políticos.

Como se depreende do anteriormente exposto, foram consideráveis os esforços que se envidaram, nos primórdios do século XXI, no sentido de assegurar uma proteção mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais. Assim como ocorreu anteriormente com os direitos civis e políticos em muitos países, também os direitos econômicos e sociais, seguidos dos culturais, gradualmente evoluíram a partir de reivindicações em direitos (e.g., a previdência social, a partir dos anos trinta). Pouco a pouco se articularam como verdadeiros direitos, a partir da formação de uma consciência social neste sentido, para o que contribuiu o fato de se atribuir a eles um valor fundamental (mais além de considerações de ordem meramente pragmática)⁹¹.

89. A.R. Chapman, “A New Approach to Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, 55 *Review of the International Commission of Jurists* (1995) pp. 23, 26-27 e 30-31.

90. *Ibid.*, pp. 33-37.

91. Cf. *Economic and Social Rights and the Right to Health* (Interdisciplinary Discussion held at Harvard Law School in 1993), Cambridge/Mass., Harvard Law School, 1995, pp. 16, 28-29, 40 e 42. Assinalou-se na ocasião que os avanços nesta área haveriam de prosseguir na medida em que os direitos econômicos, sociais e culturais continuassem a contar com o concurso de todos - instituições públicas e sociedade civil, - e de modo especial - a par do Poder Executivo - dos Poderes

Transcorrida quase uma década, a [então] Comissão de Direitos Humanos estabeleceu, em 22.04.2003, um Grupo de Trabalho, que se reuniu três vezes (em 2004, 2005 e 2006), para elaborar um Protocolo Facultativo ao Pacto DESC. A proposta contou com o pronto apoio dos grupos regionais da América Latina e da África. Naquele momento, o recém-criado Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas deu, em junho de 2006, um novo e decisivo ímpeto ao projeto de Protocolo Facultativo ao Pacto DESC, enfim disponibilizado às Delegações dos Estados em 24.12.2007.

A iniciativa do novo Conselho de Direitos Humanos, levando adiante o projeto do Protocolo Facultativo ao Pacto DESC, contribuiu à configuração de “um marco na história dos direitos humanos universais”, atestando de forma inequívoca “o valor e importância iguais de todos os direitos humanos⁹²”. O projeto de Protocolo tornou-se objeto de especial atenção⁹³, dada sua importância histórica.

Em abril de 2008, estava concluído o trabalho da negociação e elaboração do Projeto de Protocolo Facultativo ao Pacto DESC estava concluído, e a Assembleia Geral da ONU adotou o referido Protocolo Facultativo aos 10.12.2008; foi ele aberto a assinaturas em 24.09.2009. Assim, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais passou, enfim, a contar com um órgão paralelo ao estabelecido pelo primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos

Legislativo e Judiciário, tratando-os como verdadeiros direitos que são. Cabia - sobretudo aos jusinternacionalistas - prosseguir resolutamente na exploração de vias que propiciem assegurar a esses direitos a mesma proteção de que desfrutam os direitos civis e políticos, condizente com a tese da indivisibilidade de todos os direitos humanos.

92. Catarina de Albuquerque, “A Origem do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, in: *Portugal e os Direitos Humanos nas Nações Unidas* (eds. A.H. Marques, C. Silvestre, e M. Lagos), Lisboa, Instituto Diplomático (ID), 2017, p. 127, e cf. pp. 115, 118-119, 121-123 e 126.

93. Cf. C. Mahon, “Progress at the Front: The Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, 8 *Human Rights Law Review* (2008) pp. 617-646; Ph. Texier, “L’enjeu de la justiciabilité et le projet de Protocole Additionnel au Pacte relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels”, in: *Les Nations Unies et les droits de l’homme - enjeux et défis d’une réforme* (ed. E. Decaux), Paris, Pédone, 2006, pp. 277-281; E. Riedel, G. Giacca, e C. Golay, “The Development of Economic, Social and Cultural Rights”, in: *Economic, Social and Cultural Rights in International Law - Contemporary Issues and Challenges* (eds. E. Riedel, G. Giacca, e C. Golay), Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 28-35 and 48.

Civis e Políticos, dotado também de um mecanismo de petições individuais.

Muito significativamente, o Protocolo dotou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de competência para receber e examinar petições ou comunicações de indivíduos, e, em determinadas circunstâncias (em caso de violações graves de tais direitos), também interestatais⁹⁴. A partir de 2013, o Comitê passou a receber, examinar e adotar suas decisões em relação a petições ou comunicações individuais a ele apresentadas (cf. *infra*).

VI. OBSERVAÇÕES FINAIS SOBRE A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (ATÉ 2019)

A visão compartimentalizada dos direitos humanos pertence ao passado, e, como reflexo dos confrontos ideológicos de outrora, já se encontra há muito superada. O agravamento das disparidades socioeconômicas entre os países, e entre as camadas sociais dentro de cada país, provocou uma profunda reavaliação das premissas das categorizações de direitos. A fantasia nefasta das chamadas “gerações de direitos”, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada⁹⁵. O fenômeno que hoje testemunhamos não é o de uma *sucessão*, mas antes de uma *expansão, cumulação e fortalecimento* dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos.

As razões histórico-ideológicas da compartimentalização já há muito desapareceram: hoje podemos ver com clareza que os avanços nas liberdades públicas em tantos países nos últimos anos devem necessariamente se fazer acompanhar não de retrocessos - como

94. Cf. R. Zerbini Ribeiro Leão, “The Non-Discrimination and Equality in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, in: *Equality and Non-Discrimination* (eds. A.A. Cançado Trindade e C. Barros Leal), Fortaleza, IBDH, 2014, pp. 307-312; M. Odello e F. Seatzu, *The U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights - The Law, Process and Practice*, London/N.Y., Routledge, 2013, cap. 3 (“Individual Complaints and Other Procedures under the 2008 Optional Protocol”), pp. 79-107.

95. A.A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio-Ambiente - Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1993, pp. 191-192; A.A. Cançado Trindade, “Derechos de Solidaridad”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. I, San José de Costa Rica, IIDH, 1994, pp. 63-73.

vem ocorrendo em numerosos países - mas de avanços paralelos no domínio econômico-social. O *empobrecimento* a que vêm sendo submetidos amplos e crescentes segmentos das populações dos países endividados constitui um grave atentado aos direitos humanos.

Devem estes últimos ser tomados em seu conjunto. Quantos governos, a pretexto de buscar a “realização progressiva” de determinados direitos econômicos e sociais em um futuro indeterminado, violaram sistematicamente os direitos civis e políticos (e.g., a América Latina das ditaduras, particularmente da década dos setenta)! Quantos governos vêm se escudando nas conquistas dos direitos civis e políticos para negar vigência aos direitos econômicos, sociais e culturais (e.g., a América Latina de hoje)!

Quantos governos se arrogam em “promotores” de alguns direitos econômicos e sociais para continuar minimizando os direitos civis e políticos (e.g., os países fundamentalistas nos trabalhos da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, além de vários países asiáticos hoje)! Quantos governos, em diferentes partes do mundo, insistem em “escolher” os direitos a “dar prioridade” e promover, postergando a realização dos demais a um futuro indefinido! Tais posturas falam por si próprias, revelando as incongruências de visões atomizadas ou fragmentadas dos direitos humanos. À integridade do ser humano corresponde em definitivo a integralidade de seus direitos.

Se nos voltarmos às décadas passadas, não há, porém, como negar os avanços tanto no plano doutrinário como na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais (particularmente os dois primeiros desta tríade). Os continentes europeu e americano têm optado por soluções distintas na busca de uma implementação mais eficaz daqueles direitos: no continente europeu, preferiu-se expandir o elenco dos direitos consagrados e protegidos na Carta Social Européia mediante a adoção em 1987 do Primeiro Protocolo a esta última, e dotar a Carta de um sistema de reclamações coletivas mediante a adoção em 1995 do Segundo Protocolo à mesma, enquanto no continente americano optou-se, em 1988, pela adoção de um Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Conselho da Europa preferiu situar determinados direitos econômicos e sociais adicionais sob o sistema (aprimorado) de proteção da Carta Social Européia e não da Convenção Européia de Direitos Humanos (também aperfeiçoado por seus 16 Protocolos até

o presente); os redatores do Protocolo de San Salvador, distintamente, preferiram preencher a lacuna histórica até então existente no sistema interamericano de proteção (e em particular no *corpus* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Se, por um lado, o enfoque por parte dos Estados membros do Conselho da Europa da questão dos meios de se lograr maior eficácia na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais parece ter-se pautado pela prudência ao não se disporem a assumir compromissos adicionais ou mais amplos sobre os quais não tinham certeza absoluta de sua real capacidade de cumpri-los, - nem por isso, por outro lado, se justificaria semelhante atitude por parte dos Estados do continente americano no processo de elaboração do Protocolo Adicional de 1988 à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Os Estados europeus, distintamente dos Estados latino-americanos, já dispunham de mecanismos que asseguram um certo grau de proteção internacional aos direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, paralelamente à Convenção Européia de Direitos Humanos, a já mencionada Carta Social Européia de 1961 destinase à proteção dos direitos econômicos e sociais do indivíduo (direitos ao trabalho, à liberdade sindical, à previdência ou seguridade social, dentre outros), mediante sistema de controle que mais se assemelha ao da OIT⁹⁶: sistema de relatórios, bienais em relação a disposições aceitas da Carta, e não-regulares para disposições não aceitas pelo Estado em questão.

A Carta prevê a possibilidade de aceitação “parcial” facultativa, *ratione materiae*⁹⁷; não obstante, apesar de toda esta flexibilidade, tem-se desenvolvido “jurisprudência” dos distintos órgãos de supervisão, e a Carta tem acarretado consequências práticas mesmo para a legislação e a prática nacionais, no âmbito do direito interno dos Estados Partes, - o que por sua vez tem estimulado pressões

96. Já se observou, porém, que os mecanismos da OIT têm sido mais eficazes que os procedimentos de supervisão da Carta Social Européia e, até recentemente, que os do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; L. Betten, “The International Implementation of Economic and Social Rights by ILO”, 6 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1988) pp. 29-42.

97. Artigo 20, e cf. artigo 33.

recentes no sentido de fortalecimento de seu sistema de controle⁹⁸ (inclusive mediante o recente Segundo Protocolo à Carta, adotado em 1995). Ao mesmo tempo, gradualmente se vem formando, como vimos, jurisprudência sob a própria Convenção Européia de Direitos Humanos tendente a considerar não só questões “privadas” mas também as que se situam no âmbito do direito público ou social.

Não há, além do mais, qualquer impossibilidade lógica ou jurídica de que se amplie o elenco dos direitos protegidos pela Convenção Européia ainda mais, por meio de novos Protocolos à mesma em aditamento aos treze já existentes⁹⁹. Trata-se de um sistema regional de proteção aberto às transformações econômico-sociais por que passa a sociedade europeia¹⁰⁰. Ademais, nos tratados que estabeleceram as instituições comunitárias europeias há dispositivos voltados ao campo de ação próprio dos direitos trabalhistas e sociais no âmbito da União Européia (e.g., disposições sobre a livre circulação dos trabalhadores, seguridade social dos trabalhadores e seus familiares, Fundo Social Europeu, e harmonização de legislações e políticas sociais)¹⁰¹, - aos quais se agregam hoje as disposições pertinentes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000)¹⁰².

Em contrapartida, no continente americano (como um todo desprovido, como se sabe, de um quadro institucional integracionista como o da União Européia, apesar dos esforços sub-regionais do Grupo

98. H. Wiebringhaus, “La Charte Sociale Européenne: vingt ans après la conclusion du traité”, *Annuaire Français de Droit International* (1982) pp. 934-947; L. Betten, “The European Social Charter”, 6 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1988) p. 82.

99. Sobre os desenvolvimentos no sistema europeu de direitos humanos, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, cit. supra n. (1), vol. III, capítulo XVI.

100. Assim o admite, e.g., Castberg, para quem há um “relativistic approach” e um “elemento dinâmico” naquele sistema regional de proteção: assim, os instrumentos internacionais que o compõem não representam um catálogo completo dos direitos humanos “whose form and substance have been determined once and for all”; F. Castberg, *The European Convention on Human Rights*, Leiden/Dobbs Ferry N.Y., Sijthoff/Oceana, 1974, pp. 186-187.

101. Cf. e.g., artigos 2-3, 48-51 e 117-128 do Tratado de Roma CEE; para um estudo, cf. J.-C. Séché, *Salariés et droit social*, Bruxelas, CEE, pp. lss. (mimeografado, circulação interna).

102. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, cit. supra n. (1), vol. III, capítulo XVI; e, cf., para comentários sobre a referida Carta, e.g., G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Paris, Éd. Seuil, 2001, pp. 13-271.

Andino e, em seguida, do Mercosul), subsistia uma lacuna histórica - que cumpria preencher - no sistema regional de proteção, porquanto se optara inicialmente pela inserção na Convenção Americana sobre Direitos Humanos tão somente de direitos civis e políticos, e de um único dispositivo sobre o “desenvolvimento progressivo” dos direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 26).

Além disso, a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais de 1948 revestia-se de caráter essencialmente declaratório. Urgia, pois, estabelecer normas para a *proteção efetiva* daqueles direitos, que ademais expandissem o elenco dos direitos garantidos e fortalecessem a medida e o grau de proteção dos indivíduos e grupos de indivíduos no domínio econômico, social e cultural. Nesse propósito, optou-se pela adoção do Protocolo Adicional (de 1988) à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁰³, que entrou em vigor em 16 de novembro de 1999.

Os desenvolvimentos recentes na busca de uma proteção mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais, nos planos tanto regional como global (Nações Unidas), e sobretudo neste último, são testemunho da aceitação virtualmente universal em nossos dias da tese da interrelação e indivisibilidade dos direitos humanos. Há um consenso geral em torno desse conceito, avançado na I Conferência Mundial de Direitos Humanos em Teerã em 1968, e reiterado na II Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena em 1993, o que atende a uma visão integrada dos direitos humanos.

Esta consagração, no plano doutrinário, não deve fazer abstração dos esforços de identificação, no plano normativo, de um núcleo comum universal de direitos fundamentais inderrogáveis. Este logro alentador, como conquista definitiva da civilização, não se tem feito acompanhar até o presente de desenvolvimentos equivalentes *pari passu* no campo processual, onde continua a prevalecer uma ausência de “hierarquia” entre os diferentes mecanismos de proteção (nos planos global e regional), em grande parte devido à própria evolução histórica desses mecanismos como *respostas* a distintas violações de direitos humanos¹⁰⁴.

103. Para um estudo a respeito, cf. [Vários Autores], *Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (Cadernos Agende n. 1), Brasília, Agende, 2001, pp. 27-290.

104. A.A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 1-435.

Apesar desta diversidade de meios de proteção, não há qualquer impossibilidade lógica ou jurídica de continuar avançando rumo à consagração, no plano substantivo, de um núcleo universal mais enriquecido de direitos inderrogáveis, e rumo a uma proteção, no plano processual, cada vez mais eficaz e aperfeiçoada de todos os direitos humanos, inclusive os direitos econômicos, sociais e culturais, negligenciados no passado. É significativo que já se comece hoje a considerar o que constituiria um “núcleo fundamental” de direitos econômicos, sociais e culturais.

Há os que, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, passaram a argumentar que tal núcleo seria constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação. Em reuniões internacionais de peritos também se veio a referir, como possíveis componentes daquele núcleo, aos chamados “direitos de subsistência” (e.g., direito à alimentação, direito à moradia, direito aos cuidados médicos, e direito à educação). Os debates se prolongariam ao longo dos anos.

Não deixa de ser alentador ter-se dado início à consideração da formação de um núcleo fundamental de direitos econômicos, sociais e culturais, em exercício semelhante ao que anteriormente levou à formação e consagração do núcleo fundamental dos direitos civis e políticos, hoje universalmente reconhecido, no próprio Direito Internacional convencional dos Direitos Humanos (núcleo de direitos inderrogáveis), conformado pelos direitos à vida, a não ser submetido a tortura ou escravidão, e a não ser condenado por aplicação retroativa das penas. Jurídica e epistemologicamente nada impede, em razão e decorrência da própria indivisibilidade de todos os direitos humanos, que determinados direitos econômicos, sociais e culturais básicos possam no futuro vir a compor um núcleo mais enriquecido de direitos fundamentais e inderrogáveis.

O próprio direito à vida, tido como o mais fundamental de todos os direitos, tomado em sua ampla dimensão, a abarcar também as *condições de vida* (direito de viver, com dignidade), por exemplo, pertence a um tempo tanto ao domínio dos direitos civis e políticos, como ao dos direitos econômicos, sociais e culturais¹⁰⁵. Não podemos, naturalmente, nos limitar somente aos chamados “direitos de subsistência”: há que ir muito mais além.

105. A.A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio-Ambiente...*, op. cit. supra n. (93), pp. 71-81.

A experiência na promoção e proteção dos direitos humanos não se tem confinado à satisfação das necessidades humanas básicas, que constitui tão somente o mínimo, o passo inicial; tem ela vislumbrado um horizonte bem mais amplo, através da *capacitação* em matéria de direitos humanos, do exercício pleno do direito de participação em todos os domínios da atividade humana.

Os mecanismos internacionais de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais requerem modificações profundas concomitantes no seio das sociedades nacionais, ditadas pelos imperativos da justiça social. Cabe situar a pessoa humana no centro de todo processo de desenvolvimento, o que requer um espírito de maior solidariedade em cada sociedade nacional, e a consciência de que a sorte de cada um está inexoravelmente ligada à sorte de todos.

Os avanços nos planos nacional e internacional se complementam, e a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais contribui ao processo histórico de *humanização* do direito internacional contemporâneo¹⁰⁶. Há que reconhecer os consideráveis esforços doutrinários que passaram a se envidar em prol da exigibilidade e justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional.

Nesse sentido têm se orientado a identificação, no elenco destes últimos, dos direitos de aplicabilidade imediata, assim como dos elementos ou componentes justiciáveis de tais direitos; a identificação das distintas obrigações - de respeitar, proteger, assegurar e promover - atinentes aos direitos econômicos, sociais e culturais, e das obrigações mínimas relativas aos mesmos; o entendimento da proibição da discriminação como aplicando-se a todos os direitos humanos, não só aos direitos civis e políticos

106. Cf., sobre este processo histórico, A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2ª. ed. rev., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, pp. 1-726; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª. ed. rev., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2015, pp. 3-789; A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185; A.A. Cançado Trindade, *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*, México, Edit. Porrúa/IMDPC, 2014, pp. 1-324; A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, 3ª. ed. rev., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2019, pp. 1-507; A.A. Cançado Trindade, "Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice: développements, état actuel et perspectives", 391 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2017) pp. 19-101.

como também aos direitos econômicos, sociais e culturais. Todos estes esforços doutrinários¹⁰⁷ têm se desenvolvido à luz de uma visão necessariamente integral de todos os direitos humanos¹⁰⁸.

Em conformidade com esta visão se concluiu o Projeto do Protocolo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado aos 10.12.2008 (por ocasião do 60º aniversário da adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 - cf. *supra*), e em vigor a partir de 05.05.2013, - a exemplo do ocorrido com o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (cf. *supra*). Observe-se que, em fins de 2002, com a ratificação do Timor-Leste, a Convenção das Nações Unidas sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Seus Familiares (de 1990) alcançou enfim o mínimo requerido (artigo 87) de 20 ratificações para entrar em vigor, - o que certamente favorecerá a proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Com a adoção e entrada em vigor do supracitado Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, se estabeleceu, finalmente, no âmbito dos tratados gerais de direitos humanos das Nações Unidas, um sistema de petições ou reclamações ou denúncias atinentes aos direitos econômicos, sociais e culturais. Somente assim se veio a dar um passo efetivamente decisivo para

107. Os escritos sobre a matéria logo se inclinaram, clara e determinadamente, rumo à exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais; cf., e.g., [Vários Autores], *Economic, Social and Cultural Rights* (eds. A. Eide, C. Krause e A. Rosas), Dordrecht, Nijhoff, 1995, pp. 15-419; A.A. Caçado Trindade, "A Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Internacional", in: *Presente y Futuro de los Derechos Humanos - Ensayos en Honor a F. Volio Jiménez* (ed. L. González Volio), San José de Costa Rica, IIDH, 1998, pp. 171-221; J.A. Lindgren Alves, *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo, Ed. FTD, 1997, pp. 317-326; R. Zerbini Ribeiro Leão, *Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2001, pp. 17-157; J. Benvenuto Lima Jr., *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2001, pp. 1-158; V. Abramovich e Ch. Courtis, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, pp. 19-254; P.-H. Imbert, "Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s)? - Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels", 45-46 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1992-1993) n. 84/86, pp. 229-240.

108. Cf., e.g., A.A. Caçado Trindade, "O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Sua Relevância para o Brasil", in: *Relatório da IV Conferência Nacional de Direitos Humanos* (1999), Brasília, Câmara dos Deputados/Comissão de Direitos Humanos, 2000, pp. 24-60.

reduzir e superar em definitivo as disparidades que ainda existiam entre os procedimentos de implementação internacional desses direitos e dos direitos civis e políticos.

O supracitado Protocolo ao Pacto DESC entrou em vigor, ainda em 2013: dos 169 Estados Partes ao Pacto DESC, 24 deles ratificaram, até fins de 2018, o Protocolo Facultativo. A primeira reclamação foi apresentada, e examinada e decidida pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no ano seguinte de 2014. Nesta última meia década (2014-2019), o Comitê tem registrado, até o presente, 64 petições ou comunicações. Adotou decisões em cinco delas, em quatro das quais estabeleceu violações do Pacto DESC.

Quanto às demais, 14 foram declaradas inadmissíveis, 6 foram descontinuadas ou retiradas, e 39 continuam pendentes no Comitê. Os casos (atinentes, e.g., ao direito à moradia, direito à saúde, direito à segurança social, e direito ao trabalho), em sua grande maioria até o presente dizem respeito à Espanha; a estes se agregam muito poucos casos atinentes a outros Estados Partes, a saber, Equador (dois deles), Itália, Bélgica, e Luxemburgo.

Ademais deste desenvolvimento, são igualmente significativas, e merecedoras de toda a atenção, as iniciativas ou propostas, então avançadas do mesmo modo no plano global (Nações Unidas), no sentido do aperfeiçoamento do sistema de relatórios sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, e da designação de *rapporteurs* especiais para examinar ou investigar aspectos destes direitos. A plena concretização de tais medidas propiciará conjuntamente um maior equilíbrio na implementação internacional dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais. Isto significa, em última análise, dar enfim uma expressão real e concreta, não só na doutrina, mas também na prática, à tese da interrelação e indivisibilidade de todos os direitos humanos. Com os avanços recentes neste sentido, vêm sendo finalmente cumpridas, depois de tanto tempo, as recomendações formuladas pela I Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968), e 25 anos depois, pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) (cf. *supra*).

Desta última Conferência Mundial, - da qual participei ativamente (inclusive em seu Comitê de Redação), - guardo as

mais gratas recordações¹⁰⁹. Desde então, venho acompanhando as providências tomadas a respeito da mesma, no cenário internacional, ao longo de mais de duas décadas e meia¹¹⁰. Efetivamente, da II Conferência Mundial (1993) até o presente (2019), já se passaram 26 anos, com uma diferença: desta vez, não houve, lamentavelmente, qualquer iniciativa de convocação de uma III Conferência Mundial de Direitos Humanos, tão necessária, na minha percepção, no mundo tumultuado e perigoso em que vivemos, ou sobrevivemos. Há que preservar o legado do Direito Internacional dos Direitos Humanos: a par dos avanços logrados, ainda resta um longo caminho a percorrer.

109. A.A. Caçado Trindade, "Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)", in 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994) pp. 9-57; A.A. Caçado Trindade, "A Conferência Mundial de Direitos Humanos: Lições de Viena", 10 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (1994) pp. 232-237; A.A. Caçado Trindade, "O Processo Preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993", 17 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1993-1994) pp. 47-85; A.A. Caçado Trindade, "Balance de los Resultados de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993)", in *Analisis Internacional - Revista del Centro Peruano de Estudios Internacionales*, Lima, vol. 4, 1993, pp. 89-107 (1a. ed.); e in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. 3, San José de Costa Rica, IIDH, 1995, pp. 17-45 (2a. ed.); A.A. Caçado Trindade, "Balanço dos Resultados da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993", 18 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1993-1994) pp. 11-28.

110. A.A. Caçado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*, Fortaleza, IBDH/IIDH/SLADI, 2014, pp. 13-356; A.A. Caçado Trindade, "The International Law of Human Rights Two Decades After the Second World Conference on Human Rights in Vienna in 1993", in *The Realisation of Human Rights: When Theory Meets Practice - Studies in Honour of Leo Zwaak* (eds. Y. Haeck et alii), Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2013, pp. 15-39; A.A. Caçado Trindade, "The Contribution of Recent World Conferences of the United Nations to the Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights", in *Les hommes et l'environnement: Quels droits pour le vingt-et-unième siècle? - Études en hommage à Alexandre Kiss* (eds. M. Prieur e C. Lambrechts), Paris, Éd. Frison-Roche, 1998, pp. 119-146.



O PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Carlos Weis

Defensor Público do Estado de São Paulo e Mestre em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

O tema dos direitos humanos é central para a compreensão do fenômeno do Estado democrático, e seu surgimento e evolução sempre estiveram relacionados com o limite da intervenção na esfera individual, bem como, após os movimentos socialistas e o constitucionalismo social, à satisfação das demandas coletivas, como agente encarregado de realizar o valor da solidariedade social.

O recente surgimento dos sistemas universal e regionais de normas e organismos destinados à promoção de tais direitos, aliado à atualidade do tema em tempos de globalização econômica e jurídica, revela sua particular relevância no momento atual, dada a ratificação pelo Brasil dos principais tratados internacionais relacionados aos direitos humanos, decorrência do movimento de redemocratização nacional, marcando um novo momento para o direito público brasileiro.

Como superação de um longo período de violação das liberdades fundamentais e de acirramento das desigualdades sociais, filiou-se o país a um sistema jurídico que consagra universalmente os valores fundamentais da dignidade humana e da justiça social, cujas normas se destinam não a cristalizar a exclusão e o privilégio, mas a obrigar os Estados a voltarem suas ações aos esquecidos, aos marginalizados.

A Constituição Federal de 1988, inspirada pelo ideal de mudança da realidade brasileira, previu a integração das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos à legislação interna (art. 5º, § 2º), tendo como consequência não só a reiteração dos direitos constitucionalmente assegurados, mas a geração de novos direitos civis e políticos e, sobretudo, econômicos, sociais e culturais.

Assim, da vinculação do Direito brasileiro a novos objetivos e valores, aliada ao acesso a um conjunto de normas jurídicas pouco conhecido, decorre a premente necessidade do(a) estudioso(a) do Direito de se debruçar sobre a nova realidade, aprofundando seus conhecimentos sobre a natureza, a estrutura e o conteúdo que informam o sistema internacional de direitos humanos, tudo a permitir sua efetiva aplicação às relações de direito interno, conjugando-o com as regras constitucionais e legais, abrindo novas possibilidades de intervenção do Direito sobre a realidade social.

Neste contexto, o conhecimento do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais torna-se fundamental, eis que suas prescrições em boa parte ampliam as disposições contidas no Título II da Constituição Federal de 1988, ou em artigos do Título VIII, versando sobre a saúde, a educação, a cultura etc. Mais além, o tratado tem a considerável qualidade de sistematizar a matéria, não apenas por abrigar sob um mesmo teto todos os direitos sociais, mas por permitir que se enxerguem suas características comuns, bem como sua relação com os direitos humanos de outra espécie. De fato, como resultado do mesmo esforço que gerou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o tratado ora em estudo forma, com aquele, unidade indivisível, enfatizando o caráter interdependente e complementar dos direitos humanos.

2. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E O NASCIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Para compreender o contexto do surgimento do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), é necessário retornar ao momento de nascimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, marcado pelo advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que completou meio século de existência.

A motivação de se elaborar um documento universal sobre direitos humanos acompanha aquela que inspirou a criação da própria Organização das Nações Unidas, bem sintetizado no preâmbulo da Declaração Universal de 1948, tendo em vista que “o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de

crença e liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum.”¹

Aliado a isso, havia a necessidade de dar concreção aos direitos humanos e liberdades fundamentais referidos na Carta da ONU, uma vez que constitui propósito das Nações Unidas (art. 1º, 3) Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

Assim, a Carta da ONU já previa no artigo 68 que o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) deveria estabelecer comissões para a promoção dos direitos humanos, daí decorrendo a decisão de criação da Comissão de Direitos Humanos (CDH)², aprovada pela Resolução n. 5 (I) de 16 de fevereiro de 1946 e efetivada pela Resolução E/RES/9 (II) do ECOSOC, de 21 de junho de 1946, esta última já atribuindo-lhe a função de apresentar “sugestões concernentes às vias e meios para a efetiva implementação dos direitos humanos e liberdades fundamentais”.³

No início dos trabalhos, ainda não se tinha clara a forma definitiva do documento. No final de 1947, a Comissão decidiu utilizar a expressão *International Bill of Human Rights* (Carta Internacional de Direitos Humanos) para designar um conjunto de documentos consistentes em uma declaração, uma convenção (a ser denominada “Pacto de Direitos Humanos”) e em medidas de implementação.

1. Os textos das declarações e tratados internacionais transcritos em português foram extraídos da coletânea *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos* editada pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em 1996.

2. Sobre a gênese e o desenvolvimento da CDH/ONU, vide: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. pp. 35-40; e LINDGREN ALVES, José Augusto. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva/Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1994. pp. 73-75.

3. Diz o artigo 7º da Resolução: “Considering that the purpose of the United Nations with regard to the promotion and observance of human rights, as defined in the Charter of the United Nations, can only be fulfilled if provisions are made for the implementation of human rights and of an international bill of rights, the Council requests the Commission on Human Rights to submit at an early date suggestions regarding the ways and means for the effective implementation of human rights and fundamental freedoms, with a view to assisting the Economic and Social Council in working out arrangements for such implementation with other appropriate organs of the United Nations.”

Esta fórmula levou, então, à promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos como o primeiro desses documentos.⁴

Assim, o significado da Declaração decorre dos próprios objetivos da criação das Nações Unidas, relacionados com a reconstrução da ordem mundial fundada em novos conceitos de Direito Internacional, que se contrapusessem à doutrina da soberania nacional absoluta e à exacerbação do positivismo jurídico, que possibilitaram o desenvolvimento de regimes políticos baseados na hipertrofia estatal e conseqüente repúdio ao fundamento jusnaturalista dos direitos humanos.

O que se pretendia era formular um rol atualizado dos direitos humanos que criasse obrigações para os Estados em decorrência da normativa internacional, o que se obteve inicialmente com a Declaração Universal e, posteriormente, com o Pacto de 1966 e demais tratados internacionais, sob os quais Estados soberanos consentiram em se ver compelidos a respeitar e assegurar os direitos humanos em seu território, em relação a todas as pessoas sob sua jurisdição.⁵

Da proclamação e subscrição da Declaração pelos membros das Nações Unidas, contudo, não decorreu o surgimento de direitos subjetivos aos respectivos cidadãos, nem obrigações internacionais dos Estados, como entende a Doutrina predominante, uma vez que possui natureza jurídica de Recomendação da Assembleia Geral, com caráter especial, diante de sua solenidade e universalidade.

3. OS PACTOS INTERNACIONAIS DE 1966: A APARENTE CISÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Como assinalado, a ideia inicial existente nas Nações Unidas era a da construção de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, composta pela Declaração Universal e um pacto internacional, este

4. (4) Cf. UNITED NATIONS. *The United Nations and human rights*, New York: United Nations Department of Public Information, 1984. p. 24.

5. Este conceito remete ao *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade." Esta concepção aparentemente restritiva da proteção dos direitos fundamentais pelo Estado brasileiro, amplamente criticada pela Doutrina, colide com as obrigações contraídas pelo Brasil ao ratificar, entre outros, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (ONU, 1966), conforme o teor de seus artigos 2º (2) e 2º (1), respectivamente.

com natureza obrigacional para os Estados signatários. Contudo, divergências entre os blocos mundiais soviético e “ocidental” levaram à adoção de dois tratados distintos.

Segundo relata Lindgren Alves,⁶ a proposta da formulação de um só pacto abrangente, defendida pelos países alinhados à União Soviética, foi derrotada pelo entendimento de que os direitos civis e políticos possuem diferente natureza que os econômicos, sociais e culturais, especialmente porque os primeiros seriam de aplicação imediata e, portanto, passíveis de cobrança, enquanto os demais seriam realizáveis progressivamente, sem que se pudesse exigir do Estado sua concretização. Outro argumento prevaLENcente foi a diferença entre os mecanismos de supervisão: como os direitos civis e políticos deveriam ser implementados imediatamente, dizendo respeito fundamentalmente às liberdades individuais, sua violação poderia ser denunciada a um órgão fiscalizador (posteriormente denominado Comitê de Direitos Humanos). Já os econômicos, sociais e culturais se realizariam apenas diante da cooperação internacional e dos esforços de cada Estado, não sendo possível, assim, a aplicação do sistema de denúncias.

Na realidade, tais argumentos serviram ao propósito dos países do bloco liderado pelos Estados Unidos e potências europeias de conservar a noção individualista liberal dos direitos humanos, diminuindo a importância das prescrições relativas ao estabelecimento de um padrão digno de existência social, através da cooperação técnica e financeira dos países desenvolvidos, o que, de certa forma, garantia a permanência dos países subdesenvolvidos como fornecedores de produtos primários e mão-de-obra barata.

Seja como for, a tentativa de se partir os direitos humanos em duas categorias com importância desigual foi posta por terra menos de dois anos após a adoção dos Pactos Internacionais, na Conferência Mundial realizada em Teerã em 1968, na qual se afirmou peremptoriamente a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos: “Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais torna-se impossível.”⁷

6. Ob. cit., pp. 48-50.

7. Proclamação de Teerã, parágrafo 13 (cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 123).

A respeito, salienta Gros Espiell que tal divisão teve fundamento em razões processuais, quanto ao regime de aplicação diferenciado que, salvo poucas exceções, é requerido para cada tipo de direitos humanos.⁸ Este dado, porém, não implica negar a unidade conceitual destes, sua interdependência e seu recíproco condicionamento. Ao contrário, trata-se de matéria da mais alta relevância, a respeito da qual vale a pena se deter por um momento.

Assim é que as expressões “interdependência” e “indivisibilidade” têm sido empregadas reiteradamente por documentos internacionais e escritos sobre direitos humanos, tais como se fossem sinônimos, o que se explica pelo desejo de limitar a possibilidade de os Estados construírem interpretações restritivas dos direitos enunciados, alegando o cumprimento parcial das normas internacionais sobre a matéria.

Daí que a ONU, mesmo tendo editado dois Pactos internacionais de direitos humanos, aparentemente separando os direitos humanos em duas classes, fez questão de afirmar a concepção unitária já em 1968, como visto. Nos anos setenta, resoluções das Nações Unidas reiteraram esta ideia, consolidada no item quinto, parte primeira, da Declaração e Programa de Ação adotada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 1993), ao afirmar que: “Todos direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.”

A indivisibilidade, então, está ligada ao objetivo maior do sistema internacional de direitos humanos, a promoção e garantia da dignidade do ser humano. Ao se afirmar que os direitos humanos são indivisíveis, se está a dizer que não existe meio-termo: só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos previstos no Direito Internacional dos Direitos Humanos estiverem sendo respeitados, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais. Trata-se de uma característica do conjunto das normas e não de cada direito individualmente considerado. Como diz Dalmo de Abreu Dallari, “Não existe respeito à pessoa humana e ao direito de ser pessoa se não for respeitada, em todos os momentos, em todos os lugares e em todas as situações a integridade física, psíquica e moral da pessoa.

8. GROS ESPIELL, Hector. La adopción por las Naciones Unidas, en 1966, de los dos pactos internacionales de derechos humanos y el protocolo facultativo al derechos civiles y políticos: recuerdos y reflexiones. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 98/100, p. 93, jul./dez. 1995.

E não há qualquer justificativa para que umas pessoas sejam mais respeitadas do que outras.”⁹

A interdependência diz respeito aos direitos humanos considerados em espécie, ao se entender que um certo direito não alcança a eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros direitos humanos. E essa característica não distingue direitos civis e políticos ou econômicos, sociais e culturais, pois a realização de um direito específico pode depender (como geralmente ocorre) do respeito e promoção de diversos outros, independentemente de sua classificação.

Neste sentido, é exemplar a menção contida no preâmbulo dos Pactos Internacionais de 1966, a dizer que “em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria não pode ser realizado, a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais.”

A respeito, observa J.J. Gomes Canotilho que mesmo as liberdades negativas, surgidas quando da formulação dos direitos humanos de matriz liberal, carecem da concorrência de direitos econômicos, sociais e culturais para a sua realização máxima. Criticando a “desesperada tentativa” de se fazer sobreviver os arquétipos liberais em face do processo de objetivação e socialização dos direitos fundamentais, o constitucionalista português promove uma adequação temporal daquela noção, ressaltando os seguintes elementos: “(i) a efetivação real da liberdade constitucionalmente garantida não é hoje apenas tarefa de iniciativa individual, sendo suficiente notar que, mesmo no campo das liberdades clássicas (para já não falar dos direitos sociais, econômicos e culturais) não é possível a garantia da liberdade sem intervenção dos poderes públicos.(...); (ii) ‘o homem situado’ não abdica de prestações existenciais estritamente necessárias à realização de sua própria liberdade, revelando, neste aspecto, a teoria liberal uma completa ‘cegueira’ em relação à indispensabilidade dos pressupostos sociais e econômicos da realização da liberdade.”¹⁰

Tome-se como exemplo a liberdade de locomoção. Para sua concretização no mundo moderno já não basta a abstenção estatal

9. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Viver em sociedade*. São Paulo: Moderna, 1995. p. 13.

10. Direito constitucional. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 517.

ou mesmo sua atividade repressora da eventual turbacão de terceiro, eis que as necessidades objetivas dos seres humanos implicam o deslocamento rápido em grandes distâncias, não só no interesse próprio, mas como parte do funcionamento de toda a sociedade, decorrendo o dever estatal de criar as condições para que o direito se materialize. Além disso, faz-se necessário que as pessoas disponham de meios materiais que as permitam exercer seus direitos, novamente a demandar ações estatais voltadas à realização dos direitos sociais. Em ambos os casos, as liberdades negativas não mais se afiguram isoladas, demandando sua eficácia uma série de providências estatais que, de certo modo, anulam a clássica distinção entre as 'famílias de direitos humanos'.¹¹

José Afonso da Silva avança sobre tal conceito, relacionando-o ao modelo democrático instituído pela Constituição Federal de 1988. Assim, os direitos e garantias previstos no artigo 5º da Carta Política – de natureza preponderantemente civil e política – “estão contaminados de dimensão social”, o que opera a transição “de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal, para a democracia de conteúdo social, se não de tendência socializante. Quanto mais precisos e eficazes se tornem os direitos econômicos, sociais e culturais, mais se inclina do liberalismo para o socialismo.” E acrescenta: “O certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como categoria contingente.”¹²

Novamente fica evidente que os direitos sociais, voltados à criação de condições mais igualitárias de vida, são a condição de verdadeira eficácia das liberdades clássicas e vice-versa.¹³ Daí porque

11. A expressão é de Genaro R. Carrió e substitui, com vantagens, a já criticada ideia de “gerações de direitos humanos.” (*Los derechos humanos y su protección: distintos tipos de problemas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 26).

12. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 182.

13. Sobre o tema, diz Máximo Pacheco G.: “En el proceso de progresiva internacionalización de la promoción, garantía y protección de los derechos humanos, el Derecho Internacional no se ha limitado a encarar la promoción de los llamados derechos civiles y políticos y a procurar su garantía y protección, sino que ha dirigido su atención y su consiguiente normatividad a los derechos económicos, sociales y culturales. Solo el reconocimiento integral de éstos puede asegurar la existencia real de aquellos ya que, sin la efectividad del goce de los derechos

Paulo Bonavides associa tais direitos ao que chama de globalização dos direitos fundamentais, que se contrapõe à globalização política neoliberal. Diz o autor: "A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência."¹⁴

Por isso, destaca Alejandro Artúcio que o caráter interdependente dos direitos humanos implica que se deve conceder aos direitos civis e políticos e aos econômicos, sociais e culturais a mesma atenção.¹⁵ Novamente, esta característica aponta para a atualidade dos direitos humanos, afastando qualquer tentativa de priorização de uma ou outra classe de direitos, o que, tanto quanto indesejável, violaria a lógica do sistema, eis que não há mais dúvida de que as exigências das sociedades atuais implicam a criação de condições mesmo para o exercício das liberdades negativas, caso ainda se entendam estas como hierarquicamente prevaletentes sobre os direitos sociais.

Mais recentemente, a noção de interdependência foi enriquecida com o advento dos direitos humanos voltados à proteção de bens de interesse de toda a humanidade como, por exemplo, ao desenvolvimento sustentado, ao meio-ambiente sadio, ao patrimônio genético, à paz etc., os quais visam a criar as condições de vida necessárias ao respeito dos demais direitos humanos.

No âmbito internacional, o sinal definitivo nesta direção foi a adoção simultânea dos dois tratados das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, através da Resolução n. 2.200-A da

económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales; y, a la inversa, sin la realidad de los derechos civiles y políticos, sin la efectividad de la libertad, entendida en su más amplio sentido, los derechos económicos, sociales y culturales carecen, a su vez, de verdadera significación." (Los derechos fundamentales de la persona humana. Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José, CR, v. 2, p. 93, 1995).

14. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 524.

15. Universalidad, indivisibilidad, e interdependencia de los derechos Económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos. Breves nociones de los mecanismos de supervisión a nivel universal y regional. In: SEMINÁRIO SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Genebra, CIJ, 1996, p. 19.

Assembleia Geral. Curiosamente, os Pactos entraram em vigor quase ao mesmo tempo, isto é, três meses após o depósito do trigésimo quinto instrumento de adesão ou ratificação junto ao Secretário Geral da ONU, o que ocorreu em 3 de janeiro de 1976 para o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e 23 de março do mesmo ano para o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.¹⁶

Da análise comparada dos Pactos, percebe-se a semelhança do preâmbulo – enfatizando a inerência dos direitos humanos aos seres humanos e a inalienabilidade da liberdade e da igualdade humanas – e a perfeita identidade do artigo 1º, este introduzindo o direito à autodeterminação dos povos¹⁷, ausente no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas decorrente do propósito da ONU de desenvolver relações amistosas entre as nações, com base no princípio da igualdade de direitos e na autodeterminação dos povos, constante do artigo 1º da Carta das Nações Unidas. Ademais, quando da elaboração dos Pactos, o anticolonialismo já se houvera feito sentir na Assembleia Geral da ONU, que já em fevereiro de 1952 decidira por sua inclusão, como um direito, no tratado em elaboração.¹⁸

Também se observa similitude entre os artigos 3º de ambos os tratados, para enfatizar a obrigação dos Estados signatários de garantir a igualdade entre homens e mulheres, no gozo dos direitos de que cuidam.

16. Segundo dados de 1995, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi ratificado por 127 Estados, enquanto o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais por 129 (THE UNITED NATIONS BLUE BOOKS SERIES. *The United Nations and human rights. 1945-1995*. New York: United Nations, 1995. v.7).

17. “Art. 1º - 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. 2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do Direito Internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência. 3. Os Estados-partes no presente Pacto, inclusive aqueles que tenham responsabilidade de administrar territórios não autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.”

18. Cf. *The United Nations and human rights*. New York: United Nations, 1984. p. 31.

Possui particular relevância o artigo 5º, comum aos dois Pactos¹⁹, pois cria uma regra de inteligência própria dos direitos humanos, completamente distinta dos critérios usualmente utilizados pela hermenêutica em outros ramos do Direito. Diz, então, que a interpretação dos direitos expressos nos Pactos deve ser a mais ampliativa possível, voltada à eficácia máxima de suas previsões. Ao vedar aos Estados ou a particulares a tomada de atitudes que objetivem limitar ou destruir os direitos assegurados, indica, a *contrario sensu*, que a regra geral é a da maximização dos direitos humanos, somente sendo aceitas as limitações autorizadas pelo tratado.

Com isso, reforça-se ainda a ideia de que no campo dos direitos humanos resta superada a disputa entre as correntes monista e dualista, para se determinar qual a norma aplicável, como ressalta Cançado Trindade: “Não mais há pretensão de primazia de um ou de outro, como na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente domínio de proteção, a primazia é a da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele interagem aqui em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas.”²⁰

Como se vê, o critério indicado sobrevoa tal parlenda, fundado na noção de que, diferentemente de outros tratados internacionais, os que versam sobre direitos humanos não cuidam das prerrogativas dos Estados em suas relações internacionais, mas objetivam a salvaguarda do ser humano, acima e além dos interesses estatais.

Em comparação com as previsões da Declaração Universal dos Direitos Humanos, destaca M. Franchini-Netto a existência de questões implícitas na Declaração Universal, desdobradas nos Pactos, “como, por exemplo a que diz respeito ao direito de fundar sindicatos e ao de se sindicalizar, inscrito na Declaração, e que, no

19. “Art. 5º - 1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.”

20. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996. p. 43.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 8º, § 1º, inciso d, aparece mais detalhado, (...).”²¹

De outro lado, a diferença fundamental entre os Pactos é justamente aquela que originou a edição de dois documentos distintos, estampada nos respectivos artigos 2º: Enquanto o do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos cria a obrigação estatal de “tomar as providências necessárias”, inclusive de natureza legislativa, para “garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto”, o tratado referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, também no artigo 2º, prevê a adoção de medidas, tanto por esforço próprio como pela cooperação e assistência internacionais, “que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto.”

Porém, ainda que se entenda que tais direitos não possam ser inaugurados imediatamente, por demandarem uma série de medidas estatais relacionadas com uma política pública, não se pode daí inferir que não surja para os cidadãos de um Estado-parte no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais o direito subjetivo de exigir a sua implementação, especialmente tendo em vista a melhoria de uma situação específica que viole a dignidade fundamental dos seres humanos, ao se mostrar contrária aos patamares mínimos estatuídos pelo Pacto ou por outros tratados de natureza semelhante.

4. O PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

O Pacto se divide em cinco partes, concernentes, respectivamente, (I) à autodeterminação dos povos e à livre disposição de seus recursos naturais e riquezas; (II) ao compromisso dos Estados de implementar os direitos previstos; (III) aos direitos propriamente ditos; (IV) ao mecanismo de supervisão por meio da apresentação de relatórios ao ECOSOC e; (V) às normas referentes à sua ratificação e entrada em vigor.

21. *Os direitos humanos na ONU*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, s.d.

4.1. Os direitos previstos

Menos extenso que seu germano, este Pacto visa a estabelecer, sob a forma de direitos, as condições sociais, econômicas e culturais para a vida digna.

São direitos econômicos aqueles relacionados à produção, distribuição e consumo da riqueza, visando especialmente a disciplinar as relações trabalhistas, como os que preveem a liberdade de escolha de trabalho (art. 6º), condições justas e favoráveis, com especial atenção para uma remuneração que atenda às necessidades básicas do trabalhador e sua família, sem distinção entre homens e mulheres quanto às condições e remuneração do trabalho, higiene e segurança, lazer e descanso e promoção por critério de tempo, trabalho e capacidade (art. 7º), fundar ou se associar a sindicato (que é, na verdade, um direito civil) e fazer greve (art. 8º), segurança social (art. 9º), proteção da família, das mães e das gestantes, vedação da mão-de-obra infantil e restrição do trabalho de crianças e adolescentes (art. 10).

Já os direitos sociais e culturais dizem respeito ao estabelecimento de um padrão de vida adequado, incluindo a instrução e a participação na vida cultural da comunidade, como preveem os artigos 11 a 15, destacando-se a proteção contra a fome, o direito à alimentação, vestimenta, moradia, educação, participação na vida cultural e desfrute do progresso científico etc.

Questão talvez mais interessante que comentar as normas substantivas do Pacto é debater que tipo de direito subjetivo elas encerram e qual a maneira de se extrair sua validade e eficácia.

3.2. A questão das “normas programáticas” e a eficácia dos direitos sociais

Uma distinção frequentemente apontada entre as duas dimensões dos direitos humanos parece resultar da própria redação dos Pactos Internacionais sobre o modo pelo qual os respectivos direitos podem ser exercidos, a que se dedica a Parte II de ambos os documentos. Assim é que, no caso dos direitos civis e políticos, o Pacto põe como regra seu exercício imediato, aparecendo como exceção aqueles que dependem de medida legislativa para tanto (art. 2º - 2). Ademais, surge a obrigação para o Estado-parte de colocar à disposição das pessoas um “recurso efetivo”, por meio do qual possa

fazer valer os direitos substantivos previstos na Parte III, mesmo que contra o próprio Estado (art. 2º - 3).

Em sentido diverso, o artigo 2º - 1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²² indica que os direitos ali previstos são de exercício progressivo, a depender do esforço interno e mesmo da “assistência e cooperação internacionais”, a fim de dotar o Estado dos meios que possibilitem o cumprimento das disposições contidas nos artigos 6º a 15. Na mesma direção, indica a norma que é facultada aos países em desenvolvimento de não garantir aos estrangeiros os mesmos direitos econômicos, sociais e culturais que pretendem assegurar a seus nacionais.²³

Diante da caracterização legal, que aparentemente desobriga os Estados a darem cumprimento aos direitos econômicos, sociais e culturais, parte da doutrina sustenta não serem estes verdadeiros direitos positivos, figurando apenas no campo dos direitos naturais, como normas morais. Assim é que Maurice Cranston²⁴, filiando-se ao pensamento liberal clássico, somente admite como direitos humanos os direitos civis e políticos. Aos econômicos, sociais e culturais, argumenta, faltam-lhes alguns requisitos tais como a praticabilidade, a universalidade e a clareza quanto às obrigações decorrentes das prescrições, quanto ao seu conteúdo e quem seja o sujeito passivo.²⁵

22. “Art. 2º - 1. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio quanto pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos campos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

23. No sistema regional americano observa-se fenômeno semelhante, pois a Convenção Americana de Direitos Humanos contém um único dispositivo referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, o artigo 26, que sozinho compõe o Capítulo III do Tratado. Emblematicamente, o artigo refere-se aos direitos de “desenvolvimento progressivo”, reportando-se à Carta da OEA para que se lhes extraia o conteúdo. A mencionar, ainda, a aprovação em novembro de 1988 do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mais conhecido como “Protocolo de São Salvador”. Sua entrada em vigor deve ocorrer tão logo seja ele ratificado pelo mínimo de onze países pertencentes à Organização dos Estados Americanos.

24. *O que são direitos humanos*. São Paulo: Difel, 1979. p. 65.

25. Sobre a universalidade distinta dos direitos econômicos, sociais e culturais em relação àquela consagrada aos direitos civis e políticos, vide o tópico próprio, no Capítulo 4.

Quanto à praticabilidade, agrega-se à crítica Bidart Campos, ao mencionar o que denomina de “direitos impossíveis”, categoria que, segundo o autor, mostra a impossibilidade do desfrute de muitos direitos humanos para muitas pessoas, quando as condições do regime político bloqueiam ou dificultam o acesso ao gozo daqueles direitos, entre os quais se encontram fundamentalmente vários de tipo econômico, social e cultural, ainda que sejam somente direitos por analogia.²⁶

Este posicionamento parece conduzir a uma confusão entre a característica da implantação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais com o que se convencionou chamar de “normas programáticas”, eis que o fato de tais direitos possuírem uma forma própria de revelarem sua eficácia não significa que sejam meros sinalizadores da ação estatal.²⁷

Muitos estudos já foram produzidos sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais,²⁸ gerando diversas teorias a respeito, frequentemente desvirtuadas pelos aplicadores do direito que, diante de uma norma que não lhes parece dotada de imediata concretude, preferem esconder-se sob o manto das “normas programáticas”. E com os direitos sociais esse fenômeno se repete com intensidade.

Sintetizando a doutrina existente a respeito, é possível vislumbrar a existência de uma divisão que classifica as normas conforme sua eficácia, decorrendo as que podem ser aplicadas de imediato, as que dependem de integração legislativa ordinária para serem aplicadas, ou que preveem a existência de legislação infraconstitucional apenas para restringir e delimitar o alcance da norma que já é de todo

26. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 334.

27. Uma crítica a esta teoria é formulada por Flavia Piovesan (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1997, pp. 195 e ss.). Há, ainda, quem ligue a questão à possibilidade do direito ser deduzido por via judicial em caso de descumprimento, como no dizer de Enrique Pedro Haba (*Tratado básico de derechos humanos*. San José, C.R., Juricentro, 1986. v. 2, p.904). Esta colocação atribui aos direitos econômicos, sociais e culturais características que somente são próprias dos direitos civis e políticos, não podendo servir como argumento para afastar a validade formal e fática daquelas normas jurídicas. É o que se verá a seguir.

28. Ver a esse respeito os estudos de Maria Helena Diniz, *Norma constitucional e seus efeitos* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992; de Celso Bastos e Carlos Ayres Britto, *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982; de Celso Antonio Bandeira de Mello, Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 57-58, pp. 232-256, jan./jun. 1981.

aplicável e, por fim, normas que são “programas de ações futuras” (normas programáticas).

As normas que comportam os direitos sociais, econômicos e culturais (constitucionais ou derivadas do Direito Internacional) são frequentemente tidas pelos diversos aplicadores do Direito como programáticas, a depender das condições futuras da sociedade e do Estado – como um ideal constitucionalizado – ou, no máximo, como normas que só poderão ser aplicadas se houver integração legislativa infraconstitucional.

O primeiro aspecto que merece ser realçado nesta discussão diz respeito à própria categoria de normas com as quais se está trabalhando: normas que consubstanciam direitos. O que caracteriza a existência de um direito é justamente a possibilidade de exercê-lo e de exigi-lo judicialmente, se necessário for. Trata-se da distinção usual entre direito e moral. Norma instituidora de direito que não pode ser aplicada estaria desprovida de valor jurídico, torna-se preceito moral.

A doutrina, porém, vem reexaminando tal dogma, chegando já a entender que a Constituição deve ser entendida como um documento jurídico e, neste aspecto, dotado de exigibilidade e obrigatoriedade como os demais preceitos jurídicos. Celso Antonio Bandeira de Mello, em suas conclusões, ressalta que: “Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, não obstante tenham teores eficácia distintos”. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da palavra.²⁹

Contribuição importante para o estudo da eficácia e aplicabilidade, que procura ressaltar a importância de se atribuir efetividade à Constituição, é o trabalho desenvolvido pelo professor José Afonso da Silva³⁰. Nele, o professor tece considerações extremamente oportunas, a começar pela afirmação de que toda norma constitucional é dotada de eficácia: “Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução”. O professor dividiu as normas quanto à eficácia e aplicabilidade em três categorias: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

29. Ob. cit., p. 255.

30. *Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 66.

A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes parâmetros para que se possa compreender melhor o tema da eficácia de suas normas. A primeira regra, reforçando a ideia da aplicabilidade imediata, como regra geral, está disposta no § 1º do artigo 5º, igualmente aplicável em se tratando de tratados internacionais:

§ 1º - “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

Ainda que topograficamente esta norma seja um parágrafo do artigo 5º, por sua própria redação a ele unicamente não se aplica. Diferentemente do que ocorre com a redação do inciso IV do § 4º do artigo 60 (Direitos e Garantias Individuais), nesse artigo é utilizada a mesma terminologia do Título II da Constituição: “Direitos Fundamentais”, aqui compreendidos os direitos individuais, coletivos e difusos³¹. Assim, também por força do que dispõe o § 1º do artigo 5º, as normas que definem os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser interpretadas no sentido de lhes garantir aplicação imediata, gerando direitos para seus titulares. Interpretando esta disposição, José Afonso da Silva, o entende como uma “norma-síntese” da concepção constitucional de que os direitos humanos (compreendidos os “direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos”) só cumprem sua finalidade se as normas que os expressem tiverem efetividade.³²

Visto, pois, que as normas definidoras de direitos humanos – constitucionais ou de Direito Internacional, qualquer que seja seu conteúdo – têm plena efetividade constitucional, passa o debate a girar em torno da validade formal (vigência) e da validade fática (eficácia) da norma. Assim, para que esta adquira vigência e passe a se relacionar com as demais normas do sistema jurídico, é necessária a concorrência de alguns requisitos, tais como sua elaboração por um órgão competente formal e materialmente, e que tenham sido seguidas as prescrições legais concernentes ao processo de sua produção.³³ No caso do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não resta dúvida de que as normas constantes de tratados internacionais ratificados pela

31. Ainda que assim não fosse, os direitos econômicos, sociais e culturais são geradores de direitos individuais, como sustenta, v.g., Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

32. *Aplicabilidade e eficácia...*, ob. cit., p. 444.

33. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 353.

Brasil cumpriram os requisitos formais que possibilitam sua vigência como norma jurídica de direito interno, conforme dispõe o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988. Ademais, neste aspecto não há qualquer diferença entre os direitos civis e políticos e os econômicos, sociais e culturais, pois formalmente ambos emanam de tratados internacionais elaborados pelos órgãos competentes, tendo seguido os trâmites legais na sua edição e ratificação.

A diferença reside, então, no campo da validade fática (eficácia). Há uma conhecida celeuma entre os que separam radicalmente os aspectos formais e materiais de existência da norma e os que reputam à eficácia uma condição de vigência daquela. No segundo caso – mais problemático, tendo em vista a atribuição de significado jurídico aos direitos econômicos, sociais e culturais – diz Maria Helena Diniz, seguindo Hans Kelsen, que toda norma deve possuir um “mínimo de eficácia”, ou seja, a possibilidade da norma poder ser obedecida e não aplicada pelos tribunais, ou, se desobedecida pelos indivíduos a ela subordinados, ser aplicada pelos órgãos jurídicos.³⁴ Duas possibilidades se colocam: a norma ser obedecida espontaneamente (e os obrigados devem ter capacidade de fazê-lo) e não necessitar da coerção; a norma não ser respeitada e ter possibilidade de ser deduzida em juízo, com execução forçada, se caso.

Verificando o campo das obrigações geradas pelos direitos econômicos, sociais e culturais, observa Louis Henkin que a redação dos Pactos Internacionais não deve induzir o leitor a somente ver direitos no de direitos civis e políticos, eis que o de direitos econômicos, sociais e culturais, ao invés de falar dos direitos que a pessoa possui, fala em obrigações estatais. Em ambos os casos – e especialmente no segundo – não se trata de uma mera aspiração, pois o tratado cria uma *clear and firm obligation*, devendo o Estado prosseguir na implantação dos direitos econômicos, sociais e culturais progressivamente – isto é, sem interrupção ou retrocesso – até o limite de sua capacidade técnica e financeira.³⁵ Desta forma, as normas citadas possuem plena eficácia, pois os Estados têm a capacidade de cumpri-las – e muitas vezes o fazem – sem necessidade de coerção judicial ou, no caso preciso dos direitos humanos, de recurso aos organismos internacionais destinados ao seu monitoramento e aplicação.

34. Ob. cit. supra, p. 361.

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

Neste sentido, a dicotomia verificada na comparação dos respectivos artigos 2º dos dois Pactos – normas auto-executáveis e de implantação progressiva – não deve ser entendida como de tipo dualista (mutuamente excludente), mas pluralista, que procura classificar e combinar realidades complexas e distintas. Trata-se de uma diferença de perspectiva, pois as premissas e as finalidades dos direitos civis e políticos e dos econômicos, sociais e culturais são totalmente diversas (mas não necessariamente opostas). Em consequência, a eficácia de uma ou outra dimensão dos direitos humanos é alcançada por meios distintos, possuindo um significado próprio.

Essa mudança de perspectiva se inicia na própria concepção do ser humano, que passa de ente abstrato para sujeito de direito socialmente situado, surgindo novas personagens com demandas específicas, tais como as crianças, as mulheres, os idosos etc. Com a mudança do papel que a sociedade atribui ao Estado, o aparecimento dos direitos sociais opera a transição entre o *Etat gendarme* e o *welfare state*: enquanto o primeiro modelo requer a redução de seu poder ao mínimo indispensável, o segundo tem como pressuposto a ampliação de suas possibilidades de ação, a fim de reduzir a desigualdade material entre as pessoas e os grupos sociais. Ressalta Norberto Bobbio que este novo contexto é propício à multiplicação dos direitos humanos, uma vez que o “homem natural” tem, em suma, apenas o direito à liberdade. Já o homem situado, fruto das tensões da história e de suas condições materiais de existência, possui outras demandas, cujo atendimento passa por soluções muito mais complexas, não bastando para sua sobrevivência o simples catálogo dos direitos fundamentais clássicos.³⁶

Em face disso, Celso Lafer destaca que, do ponto de vista dos que estão submetidos ao poder *ex parte populi*, a transição dos direitos civis e políticos para os econômicos, sociais e culturais requer a adoção de técnicas jurídicas distintas a ensejar a fruição daqueles novos direitos, adequadas à promoção dos indivíduos na sociedade, através da ampliação dos serviços públicos.³⁷ Em vista disso, é possível afirmar que os direitos civis e políticos extraem sua validade fática pelo simples ato de serem positivados, sendo eficazes diante da simples omissão estatal. A eficácia das normas de direitos sociais, de outra forma, depende da ação estatal, geralmente complexa e que

36. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. pp. 68 e ss.

37. *Ob. cit.*, p. 129.

requer ações coordenadas, dando-se de forma progressiva e limitada pelas possibilidades materiais. Essa diferença quanto ao modo de concretização dos direitos humanos sociais não lhes retira o dado de vincular juridicamente a atividade estatal, em dois sentidos precisos: o primeiro, como decorre da redação do artigo 2º - 1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de criar uma efetiva obrigação de “adotar medidas (...) até o máximo de seus recursos disponíveis”, a significar o dever de executar avanços concretos em um prazo determinado; o segundo, de criar um empecilho ao retrocesso da política social do Estado que, tendo alcançado um certo nível de proteção dos respectivos direitos, não pode retroceder e com isso baixar o padrão de vida da comunidade.³⁸

Neste sentido, a própria estruturação do Estado brasileiro para o fim de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”³⁹ decorre da obrigatoriedade das normas de direitos econômicos, sociais e culturais (constitucionais ou de Direito Internacional), que vinculam as políticas públicas, não se podendo pensar atualmente que tal se dá como simples liberalidade do governo. O modo e a intensidade pelos quais os entes federados cumprem as obrigações decorrentes das normas definidoras de direitos econômicos, sociais e culturais não podem ser confundidos com a eventual opção do administrador público em buscar a elevação das condições de vida dos grupos sociais marginalizados ou excluídos. E a existência de diversos serviços públicos destinados a atender a essa finalidade nos campos da saúde, educação, moradia etc., demonstra o quanto as normas de direitos econômicos, sociais e culturais produzem efeitos no mundo fático, certamente possuindo aquele “mínimo de eficácia” mencionado.

Portanto, sendo os direitos civis e políticos distintos dos econômicos, sociais e culturais quanto aos objetivos que cada conjunto se propõe a alcançar, não se pode comparar a qualidade da eficácia que as normas de um ou de outro tipo apresentam, valendo frisar que a dos sociais se aufere na medida em que os Estados adotam as medidas de que fala o artigo 2º - 1 do Pacto Internacional respectivo. E a realização parcial dos direitos econômicos, sociais e culturais não pode ser diminuída diante da eventual plenitude

38. Cf. TEXIER, Phillipe. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: SEMINÁRIO SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Genebra, Comissão Internacional de Juristas, 1996. p. 32.

39. Constituição Federal, artigo 3º, III.

dos civis e políticos numa tentativa de estabelecer uma dualidade de exclusão, em que apenas um dos grupos apresenta normas “verdadeiramente” jurídicas.⁴⁰

Traz mais um ingrediente a essa discussão a interessante observação de Norberto Bobbio quanto ao constante surgimento de novos direitos sociais, em decorrência de seu próprio atendimento e diante do aprimoramento tecnológico das sociedades, no sentido de que “as exigências que se concretizam na demanda de uma intervenção pública e de uma prestação de serviços sociais por parte do Estado só podem ser satisfeitas num determinado nível de desenvolvimento econômico e tecnológico; e que, com relação à própria teoria, são precisamente certas transformações sociais e certas inovações técnicas que fazem surgir novas exigências, imprevisíveis e inexequíveis antes que essas transformações e inovações tivessem ocorrido. Isso nos traz uma ulterior conformação da socialidade, ou da não-naturalidade, desses direitos.”⁴¹

Daí porque certos direitos somente surgiram recentemente. A preocupação com o meio-ambiente decorre, assim, da progressiva deterioração das condições de vida, do avanço técnico na capacidade de verificar e estimar esse processo e de um avanço do pensamento humano, hoje capaz de perceber a importância da manutenção dos ecossistemas para a própria preservação da espécie humana, tendo como consequência o surgimento de novos valores a serem tutelados. O mesmo pode ser dito quanto aos direitos mais recentemente positivados, como os da criança, da mulher, da pessoa portadora de deficiência etc.

É bem verdade que, se os direitos econômicos, sociais e culturais – em regra geral – forem submetidos ao único critério da exigibilidade forçada, para se verificar se têm ou não eficácia, pode-se perceber com clareza que os direitos civis e políticos se encontram mais protegidos. Tal se explica pela distinta atitude que se espera do Estado na relação jurídica decorrente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo infinitamente mais simples ordenar a sustação de

40. Se a validade fática dependesse da concretude plena dos direitos, nem mesmo os civis e políticos poderiam ser considerados vigentes, pois é notória sua violação diária pelos órgãos estatais destinados a garantir a segurança pública, noticiada pelos meios de comunicação. Vê-se então que, mesmo neste campo, a eficácia é relativa, próxima do “mínimo indispensável”, o que, afinal, não pode ser utilizado para diferenciar as duas dimensões dos direitos humanos.

41. *A era dos direitos*, ob. cit., p. 76.

uma atividade que lidar com os problemas envolvidos na consecução de uma obrigação de fazer.

Não se pode ainda esquecer os dados sociológicos em questão a revelar que os direitos sociais rompem o padrão jurídico liberal, cujas garantias têm em vista a proteção de direitos individuais. Os novos direitos, de outro lado, carregam consigo demandas daqueles que não têm seus direitos reconhecidos ou viabilizados, em face da inexistência de condições materiais que assegurem sua fruição, geralmente identificados em interesses que transcendem a esfera individual. Esta novidade só recentemente tem sido acompanhada pelo surgimento de estruturas processuais que possibilitam a defesa judicial de pretensões originadas dos referidos direitos econômicos, sociais e culturais.

No sistema internacional igualmente se caminha para a superação da noção de que esta classe de direitos tem característica de implementação gradual, enquanto os direitos civis e políticos seriam de cumprimento imediato. Assim, segundo relata Cançado Trindade⁴², nas Nações Unidas, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem elaborado sucessivos estudos e pareceres, no sentido de dar maior concreção às obrigações internacionais assumidas pelos Estados, tais como o aprimoramento do sistema de relatórios (para permitir uma avaliação sobre os avanços de cada país nesta área), criação de uma “assistência técnica” internacional, para auxiliar países subdesenvolvidos, fixação de obrigações mínimas de cumprimento imediato e prioridade no atendimento às necessidades de grupos sociais em condições desfavoráveis.

Da mesma forma, ao interpretar as obrigações geradas pelo mencionado artigo 2º - 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Subcomissão sobre Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias das Nações Unidas propôs a criação de *rapporteurs* para investigar situações especiais (como pobreza extrema e direito à habitação adequada), enquanto o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais vem insistindo na fixação de padrões mínimos de cumprimento do Pacto e de cooperação internacional, bem como na criação de garantias no âmbito do direito interno, a fim de que tais direitos possam ser submetidos à apreciação judicial.

42. La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, C.R., v. 1, p. 57, 1994.

O esforço em garantir a justiciabilidade dos direitos sociais também tem se dirigido a dar maior precisão e clareza aos textos internacionais dos quais se originam, a fim de que se possa deles extrair direitos subjetivos individuais, coletivos ou difusos, dedutíveis judicial ou internacionalmente⁴³ Disso resulta uma tentativa de se encontrar alguns parâmetros que possibilitem avaliar se um Estado está cumprindo as obrigações decorrentes dos tratados internacionais sobre a matéria, o que passa pela identificação de quais normas de direitos sociais são exequíveis imediatamente, como assinalado pelo “Princípio n. 8”, extraído da reunião realizada em Maastricht em junho de 1986, organizada pela Universidade de Limburg, pela Comissão Internacional de Juristas e pelo Instituto Urban Morgan da Universidade de Cincinnati (Ohio).⁴⁴ Nesta direção, a verificação atenta da legislação internacional revela que há casos em que direitos econômicos, sociais e culturais são fruíveis imediatamente, enquanto alguns direitos civis e políticos não o são.

No primeiro caso, é notável o direito à livre escolha profissional e o direito a fundar sindicato ou a filiar-se ao de sua escolha (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigos 6º - 1º e 8º - 1, a). Nesses casos, a vedação ao exercício do direito constitui uma violação à concepção abstrata do ser humano, que neste sentido é livre e igual aos demais, não podendo merecer tratamento discriminatório, sem que para tanto se espere senão a omissão estatal.⁴⁵

Em sentido oposto, veja-se o caso de direitos civis que necessitam de medida legislativa do Estado signatário de tratado internacional, sem a qual o direito nele previsto carece de validade. O exemplo evidente é o do sancionamento da tortura, previsto já no Pacto Internacional dos

43. A propósito, Roberto Garretón M. destaca que a falta de precisão da tipificação das obrigações decorrentes dos tratados que versam sobre direitos econômicos, sociais e culturais tem levado a Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos a convocar seminários de especialistas para aclarar o conteúdo particular desses direitos. (La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. San José, C.R., v. 5, 1996, pp. 51-83).

44. Cf. ARTÚCIO, Alejandro, ob. cit., p. 26.

45. Norberto Bobbio comenta o sentido da relação igualdade-liberdade na formulação liberal, para extrair seu duplo significado (presente no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como comentado no capítulo 4). Assim, os seres humanos têm igual direito à liberdade e têm direito a uma igual liberdade. (*A era dos direitos*, ob. cit., p. 70).

Direitos Civis e Políticos (art. 7º) e na Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que somente ganhou *status* jurídico com a edição da Lei Federal n. 9.455/97.⁴⁶ Mais além, há ainda direitos humanos liberais, que requerem medidas do Poder Executivo para que se realizem, como o “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.” (Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º - 2, e). Trazendo a norma ao caso brasileiro, se um Estado-membro não der cumprimento ao que prevê o artigo 134 da Constituição Federal, restará completamente inviabilizado o direito previsto, afetando inclusive o consagrado direito à ampla defesa.

5. CONCLUSÃO

O que se acabou de examinar conduz à aproximação crescente entre as duas dimensões de direitos humanos, em face de sua complementariedade recíproca e de suas características específicas, longe das quais não há como compreender todos os seus desdobramentos e o sentido da existência de um sistema internacional de normas e organismos no mundo contemporâneo.

Assim, os direitos econômicos, sociais e culturais possuem um duplo grau de eficácia, na medida em que são condição de verificação efetiva dos direitos civis e políticos, ao mesmo tempo em que revelam um compromisso jurídico dos Estados em transformar a realidade na direção indicada pelos direitos assegurados pelo tratado. Mais além, a doutrina processual vem caminhando no sentido de reconhecer interesses jurídicos transindividuais, criando mecanismos de dedução das lides correspondentes, o que contribui para tornar os direitos aqui tratados exigíveis judicialmente, como o são os civis e políticos.

46. É evidente que não se pode dizer que a tortura era permitida no Brasil até o advento da citada lei, pois o Direito Penal a sancionava como modalidade de lesão corporal. Ocorre que a tortura agride bens jurídicos que vão além da violência física, podendo se dar diante da agressão moral ou psicológica. Ademais a tortura afeta não só a dignidade da vítima, mas viola a própria noção de Estado de Direito, sempre que praticada por agente público, a seu mando ou com sua aquiescência, como na maioria dos casos. Daí porque pode-se afirmar que a proibição da tortura, prevista internacionalmente, somente ganhou a eficácia plena no país recentemente.

OS DIREITOS SOCIAIS INTRAMUROS. SUA PRECARIZAÇÃO. A MENSAGEM DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

César Barros Leal

Doutor em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México; Pós-doutor em Estudos Latino-americanos (Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da UNAM); Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC); Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

1. INTRODUÇÃO

Confidencio a você que cheguei a pensar, enquanto mentalmente redigia estas notas, em proceder a uma revisão dos direitos humanos, de seus primeiros passos até a época atual, assinalando, inclusive, a diferença entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. Seria a chance de reafirmar minha postura quanto à necessidade de mostrar ao respeito uma visão universal, pluralista e integral desses direitos humanos que são inerentes à nossa condição e que antecedem ao próprio Estado, sendo-lhe, inclusive, superiores. Só após esta introdução projetaria uma imagem sem retoques do cosmo prisional, visto no âmbito normativo e fático, estabelecendo em seguida a relação entre superpovoamento e direitos humanos, centrando-me nos sociais. Não é este, porém, o caminho que trilharei.

Consabidamente, muitas são as violações de direitos humanos nesses espaços ultrajantes onde se resgatam as masmorras medievais, isto porque, sob o olhar indiferente e cúmplice da sociedade, o Estado fomenta um desrespeito sistemático de direitos, máxime dos que não são atingidos pela lei ou pela sentença, como o da segurança, privacidade e autoestima, além do direito ao trabalho, à educação e uma assistência médica adequada (é comum a incidência de infecções respiratórias, dermatológicas, venéreas, gástricas, urológicas, entre

tantas outras de igual monta), numa prática de aviltamento que se tem agigantado com a desenvoltura progressiva do crime organizado.

2. OS DIREITOS DOS PRESOS

Numa conquista histórica gradual foram os presos adquirindo direitos (correlatamente a seus deveres), que conformaram seu *status* jurídico. O percurso não lhes tem sido fácil, dado que esses direitos continuam sendo ignorados, com maior ou menor graduação, na cotidianidade carcerária, não obstante sua construção legal.

Na grande maioria das prisões, os presos vivenciam situações que negam os ideais de humanidade dos que se dispuseram a criar mecanismos de salvaguarda, reproduzidos em dezenas de documentos.

De certa forma, eles, os presos, vivem à margem das normativas, como se buscassem legitimar o ilegítimo, intentando desenhar um projeto que para muitos se corporificaria tão-somente no mundo onírico de seus defensores.

Não poucos indagam sobre a utilidade desses instrumentos, tidos como meras declarações programáticas pela distância que os separa da realidade factual de cárceres geralmente atulhados. A resposta lhes dou a seguir: eles são imperiosos, essenciais, pois apontam, em primeiro plano, para a decência de quem, por múltiplas razões, está a cumprir uma pena ou aguarda ser julgado e, por este motivo, não se pode negar-lhe a condição de humano e o respeito à sua integridade física, psíquica e moral. Como deixar de perseguir esses fins? São guias e como tais nos cabe preservá-los.

Andrew Coyle, Professor do Centro de Estudos sobre Prisões, da Universidade de Londres e ex-Diretor da Brixton Prison no período de 1991 a 1997, adverte: “O tema dos direitos humanos e os presos tem uma carga emotiva. Por que alguém que foi acusado ou sentenciado por um delito é merecedor de seus direitos fundamentais? A explicação é que vem a ser relativamente fácil para os seres humanos mostrar respeito e humanidade para com aqueles que merecem esse respeito ou que o mostram aos demais. Porém, o que nos diferencia como seres humanos é nossa habilidade para distinguir entre quem é uma pessoa e o que ela faz; em consequência, a capacidade para reconhecer

que é necessário mostrar respeito e humanidade até mesmo para com aquelas pessoas que estimamos que não o merecem.”¹

A Constituição Espanhola estatui que o condenado à pena privativa de liberdade gozará de seus direitos fundamentais, salvo os que estejam expressamente limitados pelo conteúdo da sentença condenatória, pelo sentido da pena e pela lei penitenciária, afirmando-se, por outra parte, na Exposição de Motivos da Lei Orgânica Geral Penitenciária, que o apenado conserva todos os direitos reconhecidos aos cidadãos pelas normas vigentes, exceto aqueles cuja privação ou limitação corresponda precisamente ao conteúdo da pena que se impôs.

Por sua vez, a Sala Constitucional da Costa Rica proclama que os privados de liberdade: gozam de todos os direitos e garantias contidos na Constituição Política, com exceção daqueles que sejam incompatíveis com seu estado. Em outras palavras, a pesar de que a perda da liberdade ambulatoria constitui a consequência principal da sentença imposta, ainda conservam os direitos inerentes à sua condição de seres humanos; por essa razão, a Administração Penitenciária tem o dever de respeitar e garantir esses direitos, finalidade que somente pode plasmar-se de maneira efetiva caso se estabeleçam as condições necessárias a fim de que seu desfrute se adeque ao estado de reclusão em que se encontram estas pessoas.²

3. OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DOS PRESOS

A ideia de que os direitos econômicos, sociais e culturais não seriam direitos exigíveis/acionáveis/justiciáveis foi afastada, na passagem dos anos, por inúmeros autores, os quais referem com a ênfase necessária que esses devem ser observados e cobrados como direitos fundamentais que são, aplicáveis e obrigatórios. E isso alcança a todos, não importa sua condição de encarcerados ou não.

Na introdução ao (programa do) XXI Congresso Internacional de História dos Direitos Humanos da Universidade de Salamanca

1. COYLE, Andrew, “La Sobrepopulación en las Prisiones. La Prisión y la Comunidad”, em CARRANZA, Elías (coordenador), *Justicia Penal y Sobrepopulación Penitenciaria: Respuestas Posibles*. San José, Costa Rica: Naciones Unidas/Ilanud e Siglo Veintiuno, 2001, p. 119.

2. MORA, Luis Paulino Mora, “Sobrepopulación Penitenciaria y Derechos Humanos: La Experiencia Constitucional”, em CARRANZA, Elías (coordenador), *Idem*, p. 70.

– A Segunda Geração de Direitos Humanos, de 12 a 14 de julho de 2018, na Faculdade de Direito e no Colégio Maior Arcebispo Fonseca (em que ministrei uma palestra sobre o tema deste artigo), seus organizadores afirmaram textualmente:

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (DUDH) incluiu ampla lista de direitos individuais de primeira geração (civis e políticos), aos quais agregou, após não poucos debates e negociações, direitos também individuais, convencionalmente qualificados de *segunda geração* (econômicos, sociais e culturais), amiúde chamados, por redução, de *direitos sociais*, que são, sobretudo, os compreendidos no bloco dos artigos 22 a 27 da DUDH, entre os quais se assinalava o direito de toda pessoa à educação, ao trabalho e ao descanso, a um salário equitativo e não discriminatório, a sindicalizar-se, a um nível de vida adequado que lhe assegurasse, assim como à sua família, a saúde, o bem-estar, e em especial a alimentação, a vestimenta, a vivenda, a assistência médica, os serviços sociais necessários, a segurança social e, dentro dela, de seguros de desemprego, enfermidade, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de “perda de seus meios de subsistência por circunstâncias independentes de sua vontade”. A eles se acrescentam os direitos de toda pessoa (seja mãe ou criança) à proteção especial da maternidade e da infância, (antecipando-se, ademais, no artigo 16 o direito da família à proteção), assim como o direito a gozar da cultura e das artes e à propriedade intelectual e moral de sua produção científica literária ou artística. A distinção entre os direitos *de segunda geração*, que acabamos de referir sucintamente, e os denominados *de primeira geração*, tem dado lugar a numerosos debates. Hoje se põe em dúvida, ou se pontualiza muito, o pressuposto, facilitador de seu deslinde, de que os primeiros seriam por natureza *negativos*, no sentido de que não requereriam mais do que a inibição ou respeito do Estado aos mesmos, enquanto que os *Direitos de Segunda Geração*, ou, segundo a nomenclatura de opção, *Direitos Sociais*, seriam *positivos*, isto é, requereriam a ação *positiva* do Estado, ou da sociedade internacional organizada, na forma de *políticas públicas* nacionais ou internacionais, com o potencial concurso, em seu caso, da sociedade civil.

Em 1948, os *direitos civis e políticos* e os *direitos econômicos sociais e culturais* apareciam unidos num único texto e a todos eles se aplicava a pretensão de que se assegurasse sua

implementação, “por medidas progressivas de caráter nacional e internacional”, o que indicava o caráter não vinculante e ensejador de todo o conglomerado, porém mantinha sua coesão. Tratou logo a ONU de dar aos direitos meramente *declarados* força jurídica e, inicialmente, igual valor. Para tal fim encarregou a Comissão de Direitos Humanos de elaborar um Convênio Internacional com o qual tais princípios pudessem obter reconhecimento jurídico dos Estados-parte das Nações Unidas, encomendando-lhe, para esse fim, mediante Resolução da Assembleia da ONU de 4 de dezembro de 1950 (A/RES 421 E), a formulação de um único Projeto de Pacto Internacional de Direitos Humanos e a especificação das medidas precisas para sua aplicação, enfatizando a indivisibilidade e interdependência dos direitos que nele fossem recolhidos; indivisibilidade que se vem mantendo teoricamente até hoje, e se reiterou em 1968, na Proclamação de Teerã e, em 1993, na Declaração e Programa de Ação de Viena: Apesar de tão boas intenções, o pragmatismo estratégico propiciou de fato finalmente a divisão dos Direitos Humanos em dois Pactos, aprovados em 1966, um vinculante de imediato, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e outro, menos exigente, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao qual seguiram diversos Convênios setoriais sobre direitos pontuais.

Verdade é que os direitos humanos, civis e políticos, bem como econômicos, sociais e culturais, são universais, indivisíveis, interdependentes e relacionados entre si. Não importam as condições daquele que os detém (afinal, todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos), devem ser protegidos, respeitados e garantidos, sem qualquer discriminação.

Entre estes últimos direitos me deterei, *exempli gratia*, apenas naqueles relativos à saúde (física e mental), ao trabalho (remunerado) e ao ensino (educação), quer pela precariedade de seu acesso nas prisões em geral, quer pela importância, unanimemente reconhecida, que lhes corresponde na clausura.

Sobre eles, buscando fazer uma análise comparada, recorro a quatro instrumentos internacionais (são dezenas, com textos idênticos ou muito semelhantes; não faria sentido reportar-me a todos): o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Protocolo de San Salvador, o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, com suas normas gerais, aplicáveis, sempre

que seja possível, aos presos; os Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Presos, as Regras de Mandela, com suas normas específicas para os que estão sob as grades, em diferentes condições.

Para Antônio Augusto Cançado Trindade, Juiz da Corte Internacional de Justiça, a adoção, em 1988, do Protocolo de San Salvador “finalmente preencheu a lacuna histórica que persistia no sistema interamericano quanto à proteção de tais direitos. Observe-se, entretanto, que, mesmo antes, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu *Relatório sobre El Salvador* de 1978, levou em conta a situação de alguns direitos econômicos, sociais e culturais, baseando-se nas disposições pertinentes da Declaração Americana de 1948. No mesmo sentido, no ano seguinte, em seu *Relatório sobre o Haiti*, tomou em consideração os direitos à educação, à saúde e ao trabalho. Significativamente, em seu *Relatório Anual* de 1979-1980, a Comissão Interamericana constatou a ‘relação orgânica’ entre os direitos civis e políticos, e os direitos econômicos, sociais e culturais. No *Relatório Anual* de 1985-1986, a Comissão assinalou que o futuro Protocolo à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais deveria tomar como ponto de partida ‘o núcleo fundamental constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação’, aos quais se deveriam agregar ‘outros direitos conexos’ ou a eles vinculados, tendo em conta sua ‘concretização prática’.”³

4. A ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Entre as atividades básicas na prisão, uma das mais importantes e igualmente a mais desservida, sobretudo nas prisões superlotadas (onde todos os males se exacerbam, convém repisar), é a atenção sanitária (vista como um desdobramento do direito à vida, uma garantia individual essencial que pode ser considerada “a condição de possibilidade de todos os demais direitos humanos, os quais só têm sentido e razão de ser na medida em que se prediquem e se pratiquem a partir da existência autônoma e digna da pessoa), objeto de testemunho contundente narrado por Eduardo Galeano, o excepcional escritor e jornalista uruguaio, autor de *As Veias Abertas*

3. TRINDADE, Antônio A. Cançado. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 107-108.

da América Latina, preso pela ditadura militar nos anos 70 e exilado na Espanha até 1985, tendo falecido em abril de 2015:

Em 1984, enviado por alguma organização de Direitos Humanos, Luis Niño atravessou as galerias do cárcere de Lurigancho, em Lima. Luis abriu passagem a duras penas e se fundiu na modorra, na dor, no espanto. Naquela solidão cheia de gente, todos os homens estavam condenados à tristeza perpétua. Os presos desnudos, amontoados uns sobre outros, balbuciavam delírios e exalavam febres e nada esperavam.

Depois, Luis quis falar com o diretor do cárcere. O diretor não estava.

Recebeu-o o chefe dos médicos e Luis disse que havia visto muitos presos em agonia, vomitando sangue ou comidos pelas chagas, e nenhum médico. O chefe explicou:

J – Os médicos só entramos em ação quando nos chama o enfermeiro.

L – E onde está o enfermeiro?

J – Não temos orçamento para pagar um enfermeiro.

Este diálogo reprisa o que tenho visto em minhas andanças pelas prisões latino-americanas, em cujo interior a atenção médica é geralmente deficitária, quer pela falta de higiene e pela escassez de profissionais, quer pela precariedade das instalações e pela insuficiência de insumos, com repercussões drásticas na incidência de doenças infectocontagiosas, comuns nesses *aglomerados humanos de exclusão*.

Se considerarmos que essa assistência abarca não apenas a médica, mas também a psicológica, farmacêutica e odontológica, com caráter preventivo e curativo, o problema toma dimensões ainda mais angustiantes, distanciando-se por completo das prisões do primeiro mundo, onde esses serviços, visualizados no âmbito de políticas públicas, são providos no mesmo nível daqueles oferecidos ao público em geral; ali se promove a saúde, diferentemente de nossa realidade, onde é um bem comprometido pela inoperância e pelo abandono.

No Manual de Boa Prática Penitenciária: Implementação das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Presos, publicado pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, lê-

se que muitos presos: sofrem de AIDS, tuberculose, hepatite ou outras enfermidades contagiosas e amiúde se consideram um risco para os presos e para o pessoal. Particularmente, a infecção da AIDS se considera como uma ameaça, e a que em ocasiões está ligada ao consumo de drogas. Por tanto, o exame médico e as provas de sangue obrigatórias, às vezes se consideram a solução. Também se praticam a segregação nas unidades separadas e o isolamento social, embora possam ser discriminatórios. As medidas que se tomam são muito diferentes nos diversos países. As decisões acerca destes assuntos não se podem basear em opiniões irracionais dos presos, o pessoal ou o público em geral. Os pontos de partida básicos devem respeitar a integridade e dignidade de uma pessoa, e a confiança no julgamento médico e sua obrigação de confidencialidade. A primeira solução recomendável é, portanto, informar sobre essas enfermidades aos presos, e ao pessoal, os riscos reais de infecção e como evitá-los. Ademais, devem ser tomadas medidas para reduzir os riscos, como proporcionar preservativos e seringas para os drogaditos. Lamentável como possa ser, o contato sexual entre os presos (homens) e o uso de drogas são, em maior ou menor medida, parte da vida na prisão; inclusive são, até certo ponto, efeitos do encarceramento. Tais práticas são indesejáveis; certamente o contato sexual forçado se deve evitar e castigar, quer seja através de medidas disciplinares ou criminais por meio de procedimentos judiciais. Contra o uso de drogas se deveria lutar de forma inteligente e razoável; entretanto, é inútil ignorar a realidade.

Certas doenças em presídio são como uma dupla penalização. Os prisioneiros são encarcerados como punição e não para punição, num sistema onde a prioridade é a segurança, em detrimento de outros serviços, como a saúde, para a qual tudo deveria dar passagem, na visão de Schopenhauer.

O que dizer dos deficientes físicos, a exemplo de paralíticos, semiparalíticos, surdos e cegos? Do que dispõe a prisão para esse grupo vulnerável, com necessidades especiais, em termos de tratamento e acessibilidade?

O que dizer da assistência às pessoas adictas, que usam abusivamente todo tipo de drogas, as quais, de uma forma ou de outra, penetram na prisão? Visitei estabelecimentos onde não apenas se consomem e se traficam drogas, mas também se produzem para

comercializá-las dentro e fora de seus muros. Em poucos lugares há clínicas de desintoxicação.

O que dizer da saúde mental? Os manicômios judiciais, depósito de enfermos mentais, praticamente não têm psiquiatras e oferecem um simulacro de tratamento que tem sido criticado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em cujas decisões se realça também o fato de que as prisões, não sendo estanques, representam um problema (um risco, uma ameaça) de saúde pública para toda a população, em virtude do fluxo contínuo de pessoas (internos, funcionários, visitantes) que entram e saem desses espaços onde proliferam doenças.

Pior ainda é quando os internos sofrem o que se chama patologia dual, *id est*, quando, além de doentes mentais, são adictos ou, na melhor das hipóteses, estão sob tratamento da dependência de drogas.

Ao versar sobre o direito à saúde, o Protocolo de San Salvador afirma que toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bemestar físico, mental e social. Com o objetivo de materializar o direito à saúde, os Estados Partes se comprometem a reconhecer a saúde como bem público e, em especial, a adotar medidas que garantam este direito, a saber: atendimento primário de saúde (assistência médica essencial posta ao alcance dos indivíduos e dos familiares da comunidade); extensão dos benefícios dos serviços de saúde às pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; imunização cabal contra as principais doenças infecciosas; prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Os Princípios e Boas Práticas das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas reiteram os termos do Protocolo de San Salvador, e agregam, como substanciais para o bem-estar, o atendimento médico e também psiquiátrico e odontológico adequado; a disponibilidade permanente de pessoal médico idôneo e imparcial; o acesso a tratamento e medicamentos apropriados e sem custo; a implantação de programas educacionais e promocionais em saúde, imunização, prevenção e tratamento de doenças infecciosas, endêmicas e de outra natureza; e as medidas especiais para atender às necessidades especiais de saúde das pessoas privadas de liberdade

que façam parte de grupos vulneráveis ou de alto risco, devendo o tratamento ancorar-se em princípios científicos e aplicar aquelas que são tidas como as melhores práticas.

A prestação médica é da responsabilidade do Estado e os reclusos devem poder usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade e ter acesso gratuito aos serviços de saúde necessários, sem nenhuma discriminação em virtude da sua situação jurídica. As Regras de Mandela, referidas na reunião preparatória, em Santiago do Chile, do 14^o Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal (Tóquio, 2020), também pontuam que os serviços médicos hão de ser organizados em vínculo estreito com a administração geral de saúde pública com vistas a garantir a continuidade do tratamento e da assistência a doenças infecciosas e à toxicod dependência. Os centros prisionais devem ter um serviço de saúde incumbido de avaliar, promover, proteger e melhorar a saúde física e mental dos reclusos, máxime dos que tenham necessidades especiais ou problemas de saúde que obstaculizem sua reabilitação. Os serviços de saúde devem ser compostos por uma equipe interdisciplinar, com pessoal qualificado e suficiente, que exerça a sua atividade com total independência clínica, devendo ter conhecimentos especializados de psicologia e psiquiatria.

Por sua índole fundamental, o direito à saúde compõe o que se denomina mínimo existencial, resguardada a reserva do possível (*Der Volberhalt Des Möglichen*), uma questão complexa, sempre atual, que envolve argumentos orçamentários e a razoabilidade das demandas apresentadas.

5. O TRABALHO PRISIONAL

O trabalho sempre foi considerado a atividade medular, aquela que, segundo Charles Baudelaire, é o melhor remédio contra todos os males – de modo particular no interior das prisões. Seu caráter no decurso do tempo (antes aflitivo, agora educativo) se confunde com a história do penitenciarismo e dos sistemas e regimes prisionais.

Direito e dever do preso, o trabalho tem sido oferecido parcamente em centenas de unidades penais (sua ausência é notória nas cadeias públicas e delegacias policiais), em que a opção maior permanece sendo, além dos serviços de manutenção e conservação predial, o artesanato, que deveria ser limitado às regiões de turismo, sem que

se leve em conta, contrariamente às leis que dispõem sobre o tema, a condição pessoal (habilitação e capacidade de cada qual, o que ocorre excepcionalmente) e as necessidades futuras do preso, assim como as oportunidades que o mercado oferece. Uma afirmação que não vale para muitos centros onde as atividades laborais são múltiplas, a elas se somando oficinas/fábricas (entre elas, as de móveis, joias e reciclagem), em convênios com a iniciativa privada, explorando sua mão-de-obra nos moldes tayloristas e/ou dando ênfase em sua qualificação.

Como direito humano social, o trabalho pretende ser um instrumento básico de participação e empoderamento. Com finalidade produtiva e educativa e fundamental para a saúde física e psíquica do preso e para a proposta de reintegração social (requisito para que o encarcerado possa fazer melhores escolhas no futuro), é condição de sua dignidade humana e, remunerado em termos razoáveis (de regra o valor é pífio, meramente simbólico), ajuda o preso a pagar suas despesas pessoais e assistir sua família.

. As legislações penitenciárias propendem a atribuir outros fins ao produto da remuneração pelo labor prisional, a saber: ressarcimento ao Estado de despesas realizadas com sua manutenção, o que, sabidamente, nunca se fez; indenização dos danos causados pelo delito, só se verificando, naturalmente, caso exista uma determinação judicial e não tenha ocorrido reparação por outros meios; e constituição de um pecúlio, a ser entregue ao interno quando for colocado em liberdade.

É uma falácia dizer que o preso não quer trabalhar. A grande maioria se dispõe a fazê-lo, ainda que o seja apenas para ocupar suas horas e acessar a remição, reduzindo, assim, o tempo de cumprimento da sentença (1 dia de pena para cada 3 de trabalho). E ao Estado deveria interessar sua oferta, pois garante à instituição manter a disciplina e a ordem. No dia-a-dia prisional, inclusive, o trabalho é mais valorizado pela Administração do que a atividade educacional, pois a escola é vista com reserva por ser um *locus* onde se planejavam fugas e motins.

Extraio do Protocolo de San Salvador que toda pessoa tem direito ao trabalho, o qual inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa através do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita. Medidas serão adotadas para garantir a plena efetividade do direito ao trabalho, nomeadamente as

concernentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, em particular aqueles destinados aos deficientes. De igual modo, programas se executarão e se fortalecerão para que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

Nos termos do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, é reconhecido o direito ao trabalho, ou seja, o direito de ganhar a vida mediante um trabalho que se escolhe ou aceita livremente. É reconhecido também o direito ao gozo de condições de trabalho favoráveis, assecuratórias de um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; assim também as condições de existência decente; segurança e higiene no trabalho; idêntica oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de serviço e capacidade.

Os presos condenados – recomendam, por sua vez, as Regras de Mandela – terão a oportunidade de trabalhar e/ou participar ativamente de sua reabilitação, sendo esta atividade sujeita à determinação, por um médico ou outro profissional qualificado, de sua aptidão física e mental. Trabalho suficiente de natureza útil deve ser-lhes oferecido para mantê-los ocupados durante um dia normal de trabalho. O trabalho prisional não deve ser de natureza estressante e os presos não devem ser mantidos em regime de escravidão ou servidão, nenhum preso sendo solicitado a trabalhar para benefício pessoal de algum membro da equipe prisional. De mais a mais, quando possível, o trabalho contribuirá, por sua natureza, para manter ou aumentar a capacidade de viver de maneira digna após a liberação, devendo oferecer-se-lhes treinamento em profissões úteis, das quais possam tirar proveito, de modo particular os jovens.

6. A ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL

Milhares de presos, geralmente jovens, entre dezoito e vinte e cinco anos, muitos dos quais egressos de segmentos pobres da sociedade, analfabetos ou com escolaridade baixa/mínima (a maioria sem ter concluído o ensino médio), não têm acesso a atividades educativas, seja de instrução, seja de formação profissional. Isso se dá contrariamente aos fins de uma política criminal integrada na política social, que busque transformar o estabelecimento penal em

escola de alfabetização e profissionalização, levando-se em conta que a assistência educacional deve ser “uma das prestações básicas mais importantes não só para o homem livre, mas também para aquele que está preso, constituindo-se, neste caso, em um elemento do tratamento penitenciário como meio para a reinserção social.”

O que se pretende, no discurso oficial, é que o privado de liberdade aprenda a ler ou a escrever, avance/conclua seus estudos, desenvolva o senso de autovalorização, adquira habilidades, se transforme e possa (re)construir sua vida, na medida em que a educação, *a arte das artes, o passaporte para o futuro*, concorra para seu retorno a uma sociedade que, ademais, esteja disposta recebe-lo.

É evidente que a ausência ou insuficiência da assistência educacional afeta a ordem nas prisões, pois a ociosidade (que multiplica os vícios do preso, segundo Michel Foucault, autor de obras seminais como *A História da Loucura* e *Vigiar e Punir*⁴) contribui para causar ou ampliar as tensões que se observam em seu interior, desembocando por vezes em motins e fugas.

Como o trabalho, o estudo pode ensejar a remição da pena. Isso ocorre em muitos lugares, conforme vimos, com a leitura, o que estimula a criação de bibliotecas, disponibilizando ao preso um acervo imprescindível para a garantia desse benefício. No Simpósio Internacional de Combate à Corrupção, mencionado na Introdução, prestei uma homenagem ao Grupo Cristão Mãos de Luz, organização sem fins lucrativos, fundada em Fortaleza no ano de 2016, por ter coletado em diferentes ocasiões milhares de livros para a comunidade carcerária.

O mandato constitucional de orientar as penas privativas de liberdade à reeducação e reinserção social “impede que ditas penas fiquem reduzidas à mera custódia e retenção”, devendo a Administração gerar as condições necessárias para preparar o internos a viver em liberdade e, portanto, velar pelo cumprimento do direito à educação por dizer respeito à dimensão social do ser humano.⁵

Chamo a atenção para certas particularidades que devem ser tomadas em conta neste âmbito. Uma ponderação relevante é a de que “...coexistem as especificidades de cada unidade prisional, sua

4 FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*. México: Siglo Veintiuno, 1976, p. 118.

5 ALAMEDA, Cristina Ventura, “El Derecho a la Educación en el Medio Penitenciario”, em GARCÍA, Julio Fernández (Dir.). *La Cárcel: Una Institución a Debate*. Salamanca: Colección Estudios Ciencias de la Seguridad, 2014, p. 113.

gestão e o senso comum em torno da desconsideração da educação como um direito a ser implementado na realidade prisional. A esse respeito, ressaltam-se as conclusões da pesquisa em processo permanente realizada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO): 'A situação legal dos internos influencia a organização de turmas. As pessoas acusadas de um crime, mas ainda não sentenciadas têm maior dificuldade (ou menor motivação) de entrar em turmas fixas. ...Em alguns países, a frequência às aulas é obrigatória, organizada pelo estado com professores qualificados, que foram treinados para adaptar seus métodos educacionais ao especial contexto da prisão. Na maior parte dos países, entretanto, a educação é uma opção e compete com a possibilidade de trabalhar...''⁶

Ao tratar do direito à educação, afiança o Protocolo de San Salvador que toda pessoa tem direito à educação primária, secundária e superior. O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente; o ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional, deve ser generalizado e estender-se a todas as pessoas, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito; o ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos os indivíduos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, em particular, pela implantação progressiva do ensino gratuito; deverão, por último, ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar uma instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficientes mentais.

Os Estados Partes reconhecem, a teor do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais o direito de toda pessoa à educação esclarecendo que esta deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de seu decoro e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. O ensino, nos diversos níveis, deve ser acessível a todos os indivíduos, com a observância da capacidade de cada qual.

Conforme as Regras de Mandela, a educação é, à semelhança do trabalho, uma ferramenta que assegura, na medida do possível, a

6. OLIVEIRA, Carolina Bessa Ferreira de. *A Educação Escolar nas Prisões: Uma Análise a Partir das Representações dos Presos da Penitenciária de Uberlândia (MG)*. São Paulo: Educ. Pesqui., v. 39, nº 4, out./dez., 2013, pp. 955-967.

reintegração dos presos à sociedade, para que possam levar uma vida autossuficiente e respeitosa das leis; para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes oferecerão educação, em consonância com as necessidades individuais de tratamento dos presos, sendo criados meios para promover a educação de todos, incluindo instrução religiosa, nos países onde isso é possível. A educação de analfabetos e jovens presos será compulsória.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais aqui tratados versam sobre a dignidade da pessoa humana e a esta se vinculam “umbilicalmente, os direitos fundamentais, numa relação instrumental em que estes são ferramentas para a consecução daquela. Com efeito, os direitos fundamentais à vida, à saúde, ao trabalho e outros prestam-se a um fim maior que é o próprio fomento da felicidade do homem.”⁷

Ditos direitos, no âmbito prisional, estão obviamente sujeitos às condições e às disponibilidades das instituições (específicas) que lhes correspondem. Na oferta da saúde, do trabalho e da educação, é relevante o papel dos profissionais que atuam nessas áreas; de seu interesse, de sua motivação, de sua capacidade, assim como do apoio recebido, depende a qualidade dos serviços prestados.

Cárceres que assegurem todos os direitos antevistos nas normas pertinentes (ordinárias, constitucionais e internacionais) não existem, em especial porque costumam padecer do flagelo da saturação, de efeitos devastadores.

Exatamente porque esses direitos não se alcançam em sua literalidade e plenitude, porque são continuamente desvalorizados, fala-se de cidadãos de segunda, terceira ou nula categoria, uma expressão que se ajusta às condições de abandono e degradação a que geralmente são relegados, permitindo que algumas pessoas perguntem: Até que ponto é possível garantir aos presidiários o reconhecimento e o exercício de seus direitos humanos? Como garantir os direitos sociais em patamares adequados, conforme as normas pertinentes, se as prisões não dispõem dos recursos necessários nem o mínimo de pessoal para isso?

As indagações que fiz no parágrafo anterior, a par de outras de igual jaez, tratam de problemas que, ao parecer, se inclinam a se perpetuar

7. MARTINS FILHO, Antônio Colaço. *Direitos Sociais: Uma Década de Justiciabilidade na Jurisprudência do STF*. Fortaleza: Imprece, 2010, p. 23.

numa área complexa, em que pouco ou nada funciona (*nothing works*). O discurso oficial intenta respondê-las afirmativamente, num esforço baldado de legitimação do cárcere; elas, porém, se agigantam nos decibéis de sua provocadora ressonância, alertando para o distanciamento entre a realidade penitenciária e o ideário em que se sustentam suas propostas centenárias.

DIREITO À SAÚDE E INTEGRALIDADE: UMA DISCUSSÃO SOBRE OS DESAFIOS E CAMINHOS PARA SUA EFETIVAÇÃO

Keila Brito-Silva; Oswaldo Yoshimi Tanaka

Departamento de Prática de Saúde Pública, Faculdade de Saúde Pública,
Universidade de São Paulo

Adriana Falangola Benjamin Bezerra

Departamento de Medicina Social, Universidade Federal de Pernambuco.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo faz uma discussão acerca do direito à saúde e da integralidade e os entraves para sua garantia, bem como as possibilidades para superação dos desafios. Não existe, entretanto, a pretensão de esgotar todas as possibilidades que envolvem os tópicos abordados, mas desenvolver uma discussão acerca de aspectos fundamentais para efetivação do SUS.

O direito à saúde passa a ser assegurado constitucionalmente no Brasil em 1988, contemplando, além da universalidade do acesso, a equidade e a integralidade. Apesar de declarada como um direito constitucional, a população brasileira enfrenta desafios diversos para ter a saúde assegurada pelo Estado na amplitude do seu conteúdo.

O princípio da integralidade representa o reconhecimento da complexidade e das necessidades de cada indivíduo, demonstrando que o direito à saúde no Brasil não está restrito a uma “cesta-básica” de serviços, mas deve contemplar o essencial para um cuidado à saúde com dignidade.

Ao se consultar a literatura científica sobre este princípio, observa-se que a sua concepção é polissêmica, não havendo consenso entre os estudiosos. Encontram-se desde definições relacionadas à viabilização do acesso aos diferentes níveis de atenção, até a articulação dos diferentes serviços de saúde pautada no acolhimento e vínculo entre usuários e equipes.

Para qualquer dos sentidos atribuídos à integralidade, muitos são os fatores que interferem na sua efetivação. Apesar das dificuldades enfrentadas, diferentes estratégias têm sido utilizadas na perspectiva de se alcançar o direito à saúde em sua plenitude, superando os obstáculos que interferem nesta efetivação.

2. SAÚDE, DIREITO E CIDADANIA

Em 1988, a correlação de forças políticas e sociais resultou em uma conjugação favorável para que a saúde e outros direitos sociais adquirissem o estatuto constitucional no país (L'Abbate, 2010).

A Constituição corresponde a um conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado, objetivando declarar e garantir os direitos fundamentais (Slaibi, 2010). Além da importância da Constituição como lei fundamental de todo o ordenamento jurídico, Ximenes (2007) ressalta seu papel essencial na consolidação do Estado Democrático de Direito (EDD).

A República Federativa do Brasil, enquanto EDD, fundamenta-se em aspectos como: cidadania, dignidade e soberania popular. A saúde passa, então, a ser declarada como um direito fundamental de cidadania, cabendo ao Estado a obrigação de provê-la a todos os cidadãos (Brasil, 1988).

Historicamente, a responsabilidade do Estado pela vida de seus cidadãos é resultado do reconhecimento de problemas sociais e de saúde no âmbito da produção e reprodução da força de trabalho durante a Revolução Industrial (Ibanhes, 2010). O quadro de injustiça social resulta em manifestações de ordem política que influenciaram no olhar e no comportamento diante de direitos sociais (Dallari, Fortes, 1997).

O Estado de Direito passa do modelo tradicional de Estado Liberal de Direito para o EDD, resultando em um aprofundamento dos direitos humanos e fundamentais, que ganham novos valores, e a atuação do Estado é reivindicada (Luiz, Kayano, 2010). O direito à saúde, antes entendido como obrigação moral, passa a ser transformado em obrigação legal (Dallari, Fortes, 1997).

Anterior à Constituição de 1988, o acesso aos serviços de saúde no Brasil estava restrito ao trabalhador formal e àqueles que pudessem pagar pela assistência. Aos demais restava a saúde pública, cuja atuação se restringia a ações preventivas segmentadas (Escorel, Nascimento, Edler, 2005).

A insatisfação com o descaso acumulado do Estado, frente às precárias condições de vida e saúde da população, resulta no movimento da reforma sanitária na década de 1970, criado em um contexto de resistência social e política ao regime autoritário (Escorel, Nascimento, Edler, 2005).

Após o fim da ditadura militar, em 1985, o esforço de construção da democracia ganhou ímpeto, levando à denominação da Constituição de 1988 de Constituição Cidadã (Carvalho, 2005). Esta tinha a pretensão de alargar o conceito de cidadania, qualificando o povo brasileiro como cidadão e, assim, possibilitar sua participação no processo político de decisão. Entretanto, diante de tantas reformas e emendas propostas que visam a reduzir garantias que possibilitariam uma maior participação do povo, fica difícil perceber este almejado incremento da cidadania no país (Costa, 2003).

O exercício limitado da cidadania é também influenciado pela percepção restrita da população acerca de seus direitos instituídos. É estabelecida uma relação ambígua entre os cidadãos e o governo: direitos são vistos como um favor em troca do qual se deve gratidão e lealdade, resultando em uma cidadania passiva e receptora, e não ativa e reivindicadora (Carvalho, 2005).

Com a ampliação do conceito de saúde, “a nova arena exige que se criem formas que materializem social e politicamente uma ação cuidadora integral, como direito de cidadania” (Puccini, Cecílio, 2004, p.1350). Indiscutivelmente, a promulgação da Carta Constitucional foi uma grande conquista para os brasileiros, entretanto, não assegura a efetividade dos direitos e deveres constituídos (L’Abbate, 2010).

Segundo Houaiss, Villar e Franco (2001), o direito corresponde àquilo que é facultado a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos por força de leis ou dos costumes; autorização legal para determinadas ações ou atividades. Dallari e Fortes (1997, p.188) definem o direito como “um sistema de normas que regulam o comportamento dos homens em sociedade”, pautado no princípio de justiça, em que as normas jurídicas visam limitar as condutas nocivas para a vida em sociedade.

Neste sentido, a saúde como direito contempla tanto aspectos individuais, privilegiando a liberdade, quanto sociais, privilegiando a coletividade. Portanto, as determinações jurídicas a respeito de fechamento de estabelecimentos que ofereçam risco ao consumidor,

criação de ambientes livres do fumo, fiscalização da ingestão de álcool ao volante, são limitações ao direito individual em favor do coletivo.

De acordo com Bobbio (1992), a concorrência entre os direitos é um dos entraves na sua garantia; o reconhecimento do direito de alguns é o conseqüente suprimento do direito de outros. Para o autor, o direito à saúde, classificado entre os direitos sociais, faz parte do conjunto de direitos mais difíceis de serem protegidos, se comparado aos direitos civis e políticos. O reconhecimento da saúde como um direito universal e integral esbarra no estágio de desenvolvimento insuficiente do Estado para sua garantia.

A cultura organizacional, os diversos interesses financeiros e comerciais incompatíveis com o interesse público, e uma prática médica fragmentada e descontextualizada da realidade", foram heranças recebidas pelo SUS que interferem no funcionamento adequado do atual sistema, resultando em um direito compartimentado (Campos, 2003, p.571).

Nogueira e Pires (2004) consideram fundamental o debate acerca do alcance e conteúdo do direito à saúde:

Os interesses presentes e a capacidade organizativa dos diferentes grupos que compõem o setor darão o tom do debate e, [...], viabilizarão a inclusão e efetivação do direito à saúde com um perfil onde a democracia e a universalidade encontrarão abrigo amplo ou serão extremamente reduzidas. (Nogueira, Pires, 2004, p. 758)

Carvalho (1999) define a existência de duas correntes polares no campo da saúde: uma adota o princípio da equidade e a outra é pautada na lógica do mercado, propondo a focalização de ações concentradas em grupos mais vulneráveis e a oferta de cesta básica de ações e serviços.

Mendes e Marques (2009) apresentam a trajetória do financiamento da saúde no período pós-constitucional, demonstrando que os problemas enfrentados pelo setor no campo do financiamento, notadamente a insuficiência de recursos, inviabilizam a realização de uma política mais efetiva. Segundo os autores, foi a partir dos anos 1990 que se intensificaram os conflitos por recursos financeiros para a implementação de uma política de saúde universal. Um aspecto que caracteriza este conflito é a existência de dois movimentos

contraditórios no caminho do financiamento da saúde: a “construção da universalidade” e a “contenção de gastos”.

Na lógica da “contenção de gastos”, os direitos introduzidos pela Constituição estão entre os principais motivos para os desequilíbrios nas contas do governo. Defensores deste movimento propõem a redução do gasto em saúde e questionam a extensão da cobertura dos serviços (Mendes, Marques, 2009). A população se depara com uma conquista fracionada do direito à saúde, o risco da universalidade isenta de integralidade.

Puccini e Cecílio (2004, p.1350) criticam as concepções restritivas que propõem o provimento mínimo do direito à saúde: “a ética do direito à saúde abrangente e radical é, no seu âmago, antagônica à lógica social de funcionamento do sistema capitalista”. Por sua vez, para Mattos (2001), apesar dos avanços conquistados com o SUS, o estrangulamento de recursos públicos e a difusão de determinadas ideias tornam o sistema vulnerável ao risco de distanciar-se de sua concepção original.

A participação dos indivíduos no processo de reivindicação dos direitos é fundamental para a concretização do SUS, entretanto, a desigualdade social e econômica existente diferencia as formas de organização para a conquista de direitos. É o que ocorre, por exemplo, no sistema segmentado de saúde dos Estados Unidos, onde o setor público está organizado em dois sistemas: *Medicaid*, exclusivo para os mais pobres, e *Medicare*, destinado para idosos de diferentes estratos sociais (Mendes, 2001).

As diferenças qualitativas entre eles são bastante significativas. O primeiro apresenta pior qualidade em relação ao segundo, visto que este é mais suscetível a pressões de grupos sociais mais organizados, especialmente segmentos de classe média. Esta abrangência favorece o fortalecimento das reivindicações por melhoria na qualidade dos serviços (Mendes, 2001).

Dallari (1988, p.60) destaca a importância dos profissionais de saúde no “debate sobre as formas possíveis de organização social e estatal que possibilitem a garantia do direito à saúde”. Entretanto, para que se tenham profissionais atuantes neste campo, faz-se necessário repensar a sua formação e dinâmica de trabalho imposta pelo sistema capitalista.

As universidades, ainda pautadas em currículos de base flexneriana, dificultam a formação de profissionais capazes de

compreender o seu papel político na sociedade. Associada a este aspecto, a dinâmica de trabalho pautada na lógica de mercado contribui significativamente para uma atuação profissional cada vez mais biologicista e fragmentada.

Para Gonçalves (2008), a incorporação da sociedade civil no centro do processo de construção social é essencial para que a saúde seja transformada, tal qual foi idealizada na concepção do SUS.

Especificamente na dimensão da organização dos serviços e das práticas, Puccini e Cecílio (2004, p.1350) afirmam que os princípios do SUS, especialmente a integralidade, são qualificadores do direito social; “é sobre a integralidade do cuidado que se trava a disputa entre o mínimo e o básico”.

3. A INTEGRALIDADE E SEUS SENTIDOS

Na primeira metade do século XX, com a expansão das políticas sociais e dos sistemas de saúde, surge a diretriz política da integralidade. O exemplo mais expressivo desse ideal regulatório, nas políticas de saúde no âmbito das democracias ocidentais, é a criação do National Health Service (NHS), no Reino Unido. Em 1946, o NHS estabeleceu o princípio da responsabilidade coletiva por serviços completos e gratuitos para toda a população (Conill, 2004).

No Brasil, a integralidade passa a fazer parte das propostas de reforma no início da década de 1980, com a criação de programas abrangentes para grupos específicos, como o Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher (Conill, 2004). Apesar de ser um termo utilizado no campo da saúde desde a primeira metade do século passado, não existe um consenso quanto a sua definição.

Segundo Pinho et al. (2007), a integralidade compreende aspectos que envolvem desde a regulação das políticas públicas do setor ao olhar para o sujeito-usuário dentro de uma lógica de atendimento que considere o cuidado nas mais diversas dimensões do ser humano. Além destes aspectos, é possível identificar sentidos relacionados à integração da equipe multiprofissional e à oferta e articulação dos serviços em níveis crescentes de complexidade tecnológica (Silva Júnior et al., 2006).

A Constituição Federal de 1988 apresenta a integralidade pensada na lógica do acesso e articulação de todas as ações e níveis de atenção à saúde (Brasil, 1988).

Internacionalmente, este princípio parece estar relacionado, sobretudo, à oferta, organização e articulação dos serviços de saúde, numa perspectiva de uma integralidade do cuidado (Tanaka, Oliveira, 2007; Conill, 2004; Lorenzo, Keenoy, Gaspar, 2002; Leatt, Pink, Guerriere, 2000).

Mattos (2001) define a integralidade a partir de três conjuntos de sentidos: relacionado às práticas dos profissionais de saúde; à organização dos serviços e das práticas de saúde; e à abrangência das políticas de saúde.

O primeiro sentido está relacionado ao movimento da medicina integral que criticava os currículos de base flexneriana formadores de médicos com atitudes fragmentárias e reducionistas, centrado na doença, tendo como campo privilegiado de atuação o hospital, desconsiderando o social, o coletivo, o público e a comunidade (Flexner, 1910). O movimento da medicina integral tinha como proposta realizar reformas curriculares nos cursos médicos. A integralidade estaria relacionada à postura desejável dos profissionais de saúde: olhar atento sobre as necessidades do sujeito-usuário que ultrapassam o sofrimento por ora apresentado.

O segundo sentido discute a tentativa de superar a dissociação entre as práticas de saúde pública e assistencial consolidada no país nos anos 1970. Os serviços devem estar organizados para atender de forma abrangente as necessidades da população de sua responsabilidade. Nesta concepção, a integralidade não seria apenas uma atitude, mas um modo de organizar o processo de trabalho.

Por fim, o terceiro sentido corresponde às respostas governamentais dadas a problemas específicos de saúde. Neste contexto, a integralidade está relacionada às configurações de políticas específicas e/ou especiais. Defende-se a ampliação do olhar sobre os sujeitos a serem tratados e do elenco de ações contempladas nestas políticas, tanto preventivas quanto assistenciais.

Mattos (2001, p.61) conclui afirmando que, para qualquer dos sentidos por ele apresentado, “a integralidade implica uma recusa ao reducionismo, à objetivação dos sujeitos e talvez uma afirmação da abertura para o diálogo”. Por seu turno, Hartz e Contandriopoulos (2004, p. S331) relacionam a integralidade com a integração de serviços por meio de redes assistenciais, reconhecendo que nenhum ator/organização dispõe da totalidade de recursos e competências necessárias para a solução dos problemas de saúde.

Cecílio (2001) define a integralidade da atenção em duas dimensões: focalizada e ampliada. A primeira seria o compromisso e a preocupação da equipe de saúde de um determinado serviço – por isso focalizada – em realizar a melhor *escuta* possível das *necessidades de saúde* trazidas por aqueles que buscam atendimento. Estas englobam: boas condições de vida; capacidade de acesso e consumo de toda tecnologia de saúde capaz de melhorar e prolongar a vida; vínculos (a) efetivos entre usuário e equipe/profissional que estabeleçam relação de confiança.

Considerando a abrangência desta concepção, a integralidade não pode ser plena no espaço singular dos serviços, por mais competente e comprometida que seja a equipe. Neste sentido, Cecílio (2001) aponta para a segunda dimensão: a integralidade pensada em rede, por isso ampliada. Esta corresponde à articulação entre os serviços de saúde e outras instituições, visto que as várias tecnologias estão distribuídas em diferentes serviços e a melhoria das condições de vida depende de uma atuação intersetorial.

A intersetorialidade corresponde à articulação de saberes e experiências no enfrentamento de situações complexas. A atuação simultânea de vários setores permite a compreensão abrangente dos problemas e o esforço coletivo pela sua resolução (Junqueira, Inojosa, 1997). Superar a fragmentação de saberes pela especialização excessiva e desenvolver ações intersetoriais pode ser um caminho na busca de soluções para a integralidade das ações em saúde (Pauli, 2007).

A abrangência e amplitude de concepções atribuídas à integralidade caracterizam a sua relevância na operacionalização do SUS. Observa-se, no entanto, que a sua efetivação, em qualquer dos sentidos atribuídos, constitui um verdadeiro desafio para o Sistema.

Dentre os diversos fatores que interferem na efetivação deste princípio, podem-se citar: as heranças recebidas pelo SUS, fruto do modelo hegemônico de atenção à saúde de enfoque curativista; a formação dos profissionais com currículos de base flexneriana; a consequente prática fragmentada dos profissionais, e os interesses de mercado contraditórios ao SUS (Oliveira, Casanova, 2009; Magalhães Júnior, Oliveira, 2006; Campos, 2003).

4. DESAFIOS E CAMINHOS PARA EFETIVAÇÃO DA INTEGRALIDADE

Em entrevista sobre os vinte anos do SUS, Jairnilson Paim aponta a integralidade como o princípio mais negligenciado no âmbito do SUS, estando mais recentemente entre as principais preocupações no meio acadêmico e nas instâncias do SUS (Vaitsman, 2009).

A partir do momento em que o acesso universal se tornou constitucional, muitas barreiras formais foram vencidas, entretanto barreiras informais ainda permanecem. As práticas dos serviços continuam com uma percepção segregada do usuário e negam as complexidades, particularidades e necessidades de cada indivíduo (Mattos, 2004). Para exemplificar esta realidade, pode-se citar a expansão significativa da Atenção Básica (AB), por meio da Estratégia de Saúde da Família. Esta surge com o objetivo de reorientar o modelo de atenção, tendo, entre seus princípios fundamentais, a integralidade. Observa-se, entretanto, o comprometimento desta premissa na atuação das unidades básicas em virtude da reprodução de atendimentos especializados, típicos do modelo hospitalocêntrico, caracterizando a fragmentação do trabalho desenvolvido (Campos, 2003).

A prática fragmentada, que vem caracterizando o SUS, reflete a influência dos modelos de atenção, considerados insuficientes para responder à complexidade e diversidade dos problemas de saúde da população (Oliveira, Casanova, 2009; Campos, 2003).

Analisando a crise da medicina, Luz (2007) aponta para vários aspectos críticos: a relação médico paciente, pautada na mercantilização e fragmentação do usuário; a grave competição intracategorias [especialidades médicas] e intercategorias [médicos e outros profissionais]; a fragilidade das instituições de ensino na formação de profissionais de saúde aptos a resolverem/equacionarem problemas de saúde-doença de uma parcela significativa da população.

Discutindo as dificuldades enfrentadas na construção da atenção integral à saúde, Magalhães Júnior e Oliveira (2006, p.55) também criticam

o padrão da formação dos profissionais médicos subordinada às exigências do mercado de trabalho de recorte liberal, que valoriza o especialista e tende a formá-lo hegemonicamente com uma visão estanque do usuário/paciente e desvinculada do funcionamento real do sistema.

Os autores apontam ainda a fragilidade do processo de referência e contrarreferência e a dificuldade de se estabelecerem vínculos entre médicos e usuários, fundamental na adesão ao tratamento. Outra dificuldade apresentada é a política de financiamento da atenção secundária pautada no pagamento individual de procedimentos, que leva a graves estrangulamentos na oferta de consultas especializadas e exames de média complexidade.

O resultado desse panorama para os usuários do SUS é enfrentar longos períodos de espera para acessar determinados serviços, o que impede o prosseguimento na condução do seu quadro clínico e descredibiliza todo o sistema de atenção. (Magalhães Júnior, Oliveira, 2006, p. 55)

Tal realidade não é exclusividade do Brasil ou de outros países em desenvolvimento. Segundo Lorenzo, Keenoy e Gaspar (2002), a Espanha enfrenta desafios semelhantes para alcançar um atendimento integral na perspectiva do acesso aos diferentes níveis de atenção:

La capacidad de respuesta al proceso integral de atención es a menudo lenta. El tiempo total desde que un paciente acude por primera vez a su médico de familia hasta que recibe el diagnóstico y tratamiento correspondiente es muy largo. (Lorenzo, Keenoy, Gaspar, 2002, p. 409)

Leatt, Pink e Guerriere (2000) descrevem o sistema de saúde canadense como uma miscelânea de partes desconectadas: prestação de cuidados descoordenada, muito foco no tratamento da doença, tempos de espera inaceitáveis para os serviços, dentre outros.

A conquista do direito ao acesso universal, mas não integral, é um risco destacado por Barata, Tanaka e Mendes (2004). Eles identificam que, apesar do avanço no processo de descentralização, as condições de regionalização e hierarquização continuam insuficientes para contemplar os princípios da integralidade e da equidade na assistência à saúde. A expansão desordenada dos serviços de saúde no Brasil reflete uma desintegração da assistência, demonstrando a fragilidade do princípio da integralidade e quanto o país pode estar distante da “verdadeira rede de saúde” referida pelos autores.

Como afirma Conill (2004, p.1420), “não interessa ter acesso a cuidados parcelares e descontínuos [...], o que vale a pena verificar é se está ocorrendo acesso a um sistema com cuidados integrais”.

Apesar das dificuldades, podem ser citados exemplos de avanços no campo da integralidade em seus diferentes sentidos.

O sistema de saúde britânico, assim como o brasileiro, provê cobertura universal baseado nos princípios de equidade e integralidade. A organização dos sistemas por intermédio da compra de serviços pela AB garante a atenção integral aos usuários do NHS (Tanaka, Oliveira, 2007).

Em Québec, no Canadá, o fornecimento de cuidados integrais foi a inovação de maior expressão encontrada na reforma desta Província, sendo observada duas tendências nas práticas:

De um lado, um entendimento ampliado significando a incorporação de ações preventivas, sociais e comunitárias, com introdução de ações da esfera da saúde coletiva nos serviços tradicionalmente dominados pelo cuidado médico. Por outro, representava a garantia de maior continuidade de uma atenção médica de primeira linha, agora mais completa. (Conill, 2004, p. 1419)

Oliveira e Casanova (2009) destacam a Vigilância à Saúde (VS) como uma das principais propostas de mudança na organização das práticas de saúde na busca da integralidade. Segundo Paim (2003), a VS é um modelo assistencial alternativo que amplia a concepção de saúde tendo como pressuposto uma visão mais integral do processo saúde-doença. As atuações das equipes de saúde, sob o enfoque da VS, devem ser pautadas na relação dialógica estabelecida entre estas e a comunidade, priorizando a escuta do outro na identificação das necessidades (Oliveira, Casanova, 2009; Cecílio, 2001).

Para estabelecer este tipo de relação, a questão da humanização precisa estar presente. Esta engloba concepções que se relacionam tanto aos direitos dos usuários quanto à postura ética de respeito ao outro, incluindo, obviamente, o profissional de saúde que também necessita de condições dignas de trabalho para exercer seu papel de cuidador (Fortes, 2004).

Puccini e Cecílio (2004, p.1344) reforçam esta ideia afirmando que

com as propostas de humanização, cresce uma valorização das inter-relações humanas, como uma trincheira de resistência contra o avassalador convencimento da superioridade moral do mercado, e eleva-se a um valor superlativo a busca da dignidade humana.

A transformação no campo destas inter-relações dificilmente será concreta em um sistema regido pelos modelos de atenção tradicionais. Neste sentido, Campos (2003) também aponta a VS como uma estratégia para alcançar a integralidade. Para ele, este modelo pode ser considerado um eixo reestruturante da maneira de agir em saúde que possibilita que os problemas sejam analisados e enfrentados de forma integrada.

Especificamente no campo da formação profissional, nos últimos anos, diversos esforços têm sido desprendidos pelo Ministério da Saúde e da Educação na perspectiva de reverter a lógica flexneriana da formação. Tem sido observado investimento tanto na modernização curricular [Pró-Saúde], quanto no incentivo aos alunos no Pet-Saúde. Além de cursos presenciais e à distância ofertados e financiados para profissionais que já atuam nos serviços públicos. De acordo com Rocha e Caccia-Bava (2009, p.1342), tais políticas “valorizam os saberes existentes na rede assistencial e permitem incorporar à formação acadêmica a lógica do SUS”.

Com relação às dificuldades no âmbito da referência e contrarreferência, Magalhães Júnior e Oliveira (2006) apontam como saída a formulação de estratégias que possibilitem uma melhor comunicação entre os profissionais e serviços dos diferentes níveis de atenção. Os caminhos para superar os desafios da integralidade são diversos e complementares. Várias localidades têm experimentado diferentes estratégias de superação. Para que se possa conhecer as fragilidades e potencialidades das estratégias adotadas, é importante impulsionar o desenvolvimento de estudos que permitam esse desbravamento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como observado no instituído pelo arcabouço legal do SUS, o direito à saúde, no Brasil, é pensado numa perspectiva da integralidade. A trajetória e o tempo vivido, por sua vez, são permeados de desafios que se contrapõem ao estatuto constitucional. Entretanto, apesar de todos os obstáculos encontrados no caminho, as conquistas obtidas pelo SUS demonstram a força e potencial existente no atual sistema de saúde brasileiro.

O conhecimento de experiências exitosas no campo da integralidade possibilita um novo despertar na crença de mudanças possíveis em direção ao avanço na conquista do direito à saúde

pleno e não mais compartimentado. Tal despertar pode contribuir, inclusive, para impulsionar o exercício da cidadania com pressão e mobilização política na luta pelo direito à saúde integral.

REFERÊNCIAS

BARATA, L.R.B.; TANAKA, O.Y.; MENDES, J.D.V. Por um processo de descentralização que consolide os princípios do Sistema Único de Saúde. *Epidemiol. Serv. Saúde*, v.13, n.1, p.15-24, 2004

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: Senado Federal; Centro Gráfico, 1988.

CAMPOS, C.E.A. O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família. *Cienc. Saúde Colet.*, v.8, n.2, p.569-84, 2003.

CARVALHEIRO, J.R. Os desafios para a saúde. *Estud. Av.*, v.13, n.35, p.7-10, 1999.

CARVALHO, J.M. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CECÍLIO, L.C.O. As necessidades de saúde como conceito estruturante na luta pela integralidade e equidade na atenção em saúde. In: PINHEIRO, R., MATTOS, R.A. (Eds.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde*. Rio de Janeiro: UERJIMS-Abrasco, 2001. pp.113-26.

CONILL, E.M. Avaliação da integralidade: conferindo sentido para os pactos na programação de metas dos sistemas municipais de saúde. *Cad. Saúde Pública*, v.20, n.5, p.1417-23, 2004.

COSTA, E.D.P. Povo e cidadania no Estado Democrático de Direito. *Rev. Fac. Direito UFPR*, v.38, n.0, p.101-21, 2003.

DALLARI, S.G. O direito à saúde. *Rev. Saúde Pública*, v.22, n.1, p.57-63, 1988.

DALLARI, S.G.; FORTES, P.A.C. Direito sanitário: inovação teórica e novo campo de trabalho. In: FLEURY, S. (Org.). *Saúde e democracia: a luta do CEBES*. São Paulo: Lemos, 1997. p.187-202.

SCOREL, S.; NASCIMENTO, D.R.; EDLER, F.C. As origens da reforma sanitária e do SUS. In: LIMA, N.T. et al. (Orgs.). *Saúde e*

democracia: histórias e perspectivas do SUS. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. pp.59-81.

FLEXNER, A. *Medical education in the United States and Canada*. New York: Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching, 1910.

FORTES, P.A.C. Ética, direitos dos usuários e políticas de humanização da atenção à saúde. *Saúde Soc.*, v.13, n. 3, p.30-5, 2004.

GONÇALVES, R.F. *Confiabilidade dos dados declarados ao Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde pelos municípios de Pernambuco*. 2008. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco. 2008.

HARTZ, Z.M.A.; CONTANDRIOPOULOS, A.P. Integralidade da atenção e integração de serviços de saúde: desafios para avaliar a implantação de um "sistema sem muros". *Cad Saúde Publica*, v.20, supl.2, p.331-6, 2004.

HOUAISS, A.; VILLAR, M.; FRANCO, F. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IBANHES, L.C. A constitucionalização dos direitos sociais no Brasil: difusos e coletivos ou confusos e seletivos? *BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)*, v.12, n.3, p.213-9, 2010.

JUNQUEIRA, L.A.P.; INOJOSA, R.M. *Desenvolvimento social e intersetorialidade: a cidade solidária*. São Paulo: FUNDAP, 1997.

L'ABBATE, S. *Direito à saúde: discursos e práticas na construção do SUS*. São Paulo: Hucitec, 2010.

LEATT, P.; PINK, G.; GUERRIERE, M. Towards a Canadian model of integrated healthcare. *Healthc. Pap.*, v.1, n.2, p.13-55, 2000.

LORENZO, S.M.; KEENOY, E.M.; GASPAS, O.S. Situación actual y futuro de la atención primaria. *Informes SEESPAS 2002: invertir para la salud*. Prioridades en salud pública, 2002. Valencia: Generalitat Valenciana, 2002, p.395-438.

LUIZ, O.C.; KAYANO, J. Saúde e direitos: princípios para ação. *BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)*, v.12, n.2, p.115-21, 2010.

LUZ, M.T. *Novos saberes e práticas em saúde coletiva: estudo sobre racionalidades médicas e atividades corporais*. São Paulo: Hucitec, 2007.

MAGALHÃES JÚNIOR, H.M.; OLIVEIRA, R.C. Concretizando a integralidade nos serviços de saúde: a aposta do SUS em BH. In: PINHEIRO, R.; FERLA, A.A.; MATTOS, R.A. (Orgs.). *Gestão em redes: tecendo os fios da integralidade em saúde*. Rio Grande do Sul: Edusc, UFRS: IMS/UERJ;

MATTOS, R.A. A integralidade na prática (ou sobre a prática da integralidade). *Cad. Saúde Pública*, v.20, n.5, p.1411-6, 2004.

_____. Os sentidos da integralidade: algumas reflexões acerca de valores que merecem ser definidos. In: PINHEIRO, R.; MATTOS, R.A. (Eds.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde*. Rio de Janeiro: UERJ-IMS-Abrasco, 2001. p.39-64.

MENDES, A.; MARQUES, R.M. Crônica de uma crise anunciada: o financiamento do SUS sob a dominância do capital financeiro. In: Encontro Nacional de Economia Política, 14., 2009, São Paulo. **Anais**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.apufpr.org.br/artigos/trabalho_cronica_de_uma_crise_anunciada_financiamento_sus_aquillas_mendes_e.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2010.

MENDES, E.V. *Os grandes dilemas do SUS*. Salvador: Casa da Qualidade, 2001.

NOGUEIRA, V.M.R.; PIRES, D.E.P. Direito a saúde: um convite à reflexão. *Cad. Saúde Pública*, v.20, n.3, p.753-60, 2004.

OLIVEIRA, C.M.; CASANOVA, A.O. Vigilância à saúde no espaço de práticas da atenção básica. *Cienc. Saude Colet.*, v.14, n.3, p.929-36, 2009.

PAIM, J.S. Modelos de atenção e vigilância da saúde. In: ROUQUAYROL, M.Z.; ALMEIDA FILHO, N. (Orgs.). *Epidemiologia e saúde*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003. pp. 567-86.

PAULI, L.T.S. *A integralidade das ações em saúde e a intersectorialidade municipal*. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2007.

PINHO, L.B. et al. A integralidade no cuidado em saúde: um resgate de parte da produção científica da área. *Rev. Eletrônica Enferm.*, v.9, n.3, p.835-46, 2007.

PUCCINI, P.T.; CECÍLIO L.C.O. A humanização dos serviços e o direito à saúde. *Cad. Saúde Pública*, v.20, n.5, p.1342-53, 2004.

ROCHA, J.S.Y.; CACCIA-BAVA, M.C.G.G. A atenção básica na construção da saúde. *Cienc. Saúde Colet.*, v.14, supl.1, p.1336-45, 2009.

SILVA JÚNIOR, A.G. et al. Avaliação de redes de atenção à saúde: contribuições da integralidade. In: PINHEIRO, R.; MATTOS, R.A. (Orgs.). *Gestão em redes: práticas de avaliação, formação e participação na saúde*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2006. p.61-89.

SLAIBI, M.C.B.G. O direito fundamental à saúde. *BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)*, v.12, n.3, p.227-33, 2010.

TANAKA, O.Y.; OLIVEIRA, V.E. Reforma(s) e estruturação do sistema de saúde britânico: lições para o SUS. *Saúde Soc.*, v.16, n.1, p.7-17, 2007.

VAITSMAN, J. Entrevista com Jairnilson da Silva Paim: “Um balanço dos 20 anos do Sistema Único de Saúde (SUS)”, por Jeni Vaitsman, Marcelo Rasga Moreira e Nilson do Rosário Costa. *Cienc. Saúde Colet.*, v.14, n.3, p.899-901, 2009.

XIMENES, J.M. Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito. *Rev. Cient. Eletrônica ATENA*, v.2, p.14, 2007. Disponível em: <http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Julia%20Maurmann%20Ximenes.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2011.

Colaboradores: Keila Brito-Silva e Oswaldo Yoshimi Tanaka responsabilizaram-se pela concepção e produção do manuscrito. Adriana Falangola Benjamin Bezerra foi responsável pela produção do manuscrito e colaborou na revisão.

A EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE DA MULHER FRENTE AO PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Laís Locatelli

Advogada; Professora do Programa de Pós-doutorado “Políticas Públicas e Segurança” da Universidade Portucalense, UPT - Porto/Portugal; Pós-doutora e Doutora em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca/Espanha; Pós-doutoranda em Direitos Sociais pela Universidad de Salamanca/Espanha; Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Autónoma de Lisboa/Portugal; Investigadora no Instituto Jurídico Portucalense - Grupo “Dimensions of Human Rights”, Portugal.

(...) Pero las mujeres vamos pasito a pasito por el camino de la esperanza, por la calle sin asfaltar en la que a diario tropezamos en baches de desaliento, dando traspies e incluso zancadas a veces.

Te encontrarás una larga fila de mujeres contigo, irán a tu lado, calladas, desconocidas, sonrientes y con dientes. Algunas no las verás, son invisibles.(...)”

Puri Pérez Rojo

1. INTRODUÇÃO

O conceito dos Direitos Humanos nasce do reconhecimento de valores básicos como a igualdade, a dignidade e a liberdade¹. Nasce das histórias de guerra, de morte, de preconceito, de poder e de vulgarização da vida e da dignidade humana. Tais valores até os dias atuais não lograram ser plenamente consagrados pelos Estados, considerando as peculiaridades políticas e culturais locais.

1. “Es decir, no acabo de ver la “dignidad”, la “libertad” e la “igualdad” sean valores menos susceptibles de interpretaciones diversas, ni menos controvertidas, que “el perfeccionamiento de la persona humana”, “el progreso social” o “desarrollo de la civilización”, si bien (...) los creo bastante más fundamentales que estos últimos desde un punto de vista ético”. MUGUERZA, Javier et al. *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate, 1989, p. 21.

O que, nesse momento histórico em específico, se busca, pela diplomacia entre os Estados e pelos instrumentos internacionais, é tornar todos os seres humanos detentores de Direitos Humanos, sem diferenciação por condições de gênero, consolidando a igualdade.

Para tanto, as Organizações Internacionais trabalham incessantemente, contando com a pressão política, para que os Estados se comprometam através da assinatura de diferentes acordos. Destaca-se, para esse artigo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, que veio confirmar e salientar, uma vez mais, através do artigo 3º em especial, o compromisso dos Estados de assegurarem a homens e mulheres a igualdade no gozo daqueles direitos².

A atualidade do tema se arrasta por décadas e é traduzida em obras literárias, acadêmicas, luta por direitos, incessante construção para efetivar os direitos consagrados nas legislações internacionais e nacionais, como expressa Simone de Beauvoir na obra “O segundo sexo”:

As mulheres de hoje estão destronando o mito da feminilidade; começam a afirmar concretamente sua independência; mas não é sem dificuldade que conseguem viver integralmente sua condição de ser humano. Educadas por mulheres, no seio de um mundo feminino, seu destino normal é o casamento que ainda as subordina praticamente ao homem; o prestígio viril está longe de se ter apagado: assenta ainda em sólidas bases econômicas e sociais. É, pois, necessário estudar com cuidado o destino tradicional da mulher. Como a mulher faz o aprendizado de sua condição, como a sente, em que universo se acha encerrada, que evasões lhe são permitidas, eis o que procurarei descrever. Só então poderemos compreender que problemas se apresentam às mulheres que, herdeiras de um pesado passado, se esforçam por forjar um futuro novo. Quando emprego as palavras “mulher” ou “feminino” não me refiro evidentemente a nenhum arquétipo, a nenhuma essência imutável; após a maior parte de minhas afirmações cabe subentender: “no estado atual da educação e dos

2. FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. P. 02. Disponível: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2019.

costumes". Não se trata aqui de enunciar verdades eternas, mas de descrever o fundo comum sobre o qual se desenvolve toda a existência feminina singular³.

A autora já destacava, outrora, que é através do trabalho que a mulher diminui a distância que a separa do homem, sendo essa a via que a levará a uma independência concreta⁴.

2. A TRANSNACIONALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NA CONSOLIDAÇÃO DA IGUALDADE: CAMINHOS E DESCAMINHOS

E cada instante é diferente,
e cada homem é diferente,
e somos todos iguais.
No mesmo ventre o escuro inicial,
na mesma terra o silêncio global,
mas não seja logo.
Carlos Drummond de Andrade

O caminho que vem sendo construído através dos Direitos Humanos – garantias jurídicas universais que visam a proteger as pessoas e os grupos tanto contra ações como contra omissões que ferem as liberdades, os direitos humanos fundamentais e a dignidade humana – especialmente através do seu reconhecimento no Direito Internacional Público dos Direitos Humanos, elaborado pela Organização das Nações Unidas, não estão livres de serem negados, desvirtualizados ou mesmo desnaturalizados⁵.

Importa destacar que os direitos humanos fundamentais⁶ são o “conjunto de valores éticos, positivados ou não, que visam a proteger e realizar a dimensão básica da dignidade humana, impedindo que os indivíduos sofram qualquer tipo de coisificação ou de redução legal

3. BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo. A Experiência Vivida*. Vol 2. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967, p. 14.

4. *Ibidem*.

5. FLORES, Joaquín Herrera. *A (Re)invenção dos Direitos Humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 29.

6. Direitos Humanos Fundamentais diferem de Direitos Fundamentais, sendo esses os Direitos Humanos que foram inseridos na legislação interna dos Estados. PÉREZ LUÑO, António E. *Los derechos fundamentales*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1993, p. 46.

ou moral ao seu *status* como sujeitos de direitos”⁷. Essa denominação faz referência aos direitos básicos, essenciais e fundamentais dos seres humanos em igualdade de condições, sem objeção de qualquer natureza⁸.

Quanto à dignidade humana, pode-se afirmar que é um bem inalienável, não podendo ser objeto de transação ou de renúncia “sobrepondo-se, inclusive, à autonomia da vontade, quando o seu exercício acarretar qualquer forma de subjugação ou de degradação da pessoa”⁹. Xavier Baez cita Croce¹⁰ e Pérez Luño¹¹ que qualificam a dignidade humana “como atributo intrínseco ao indivíduo, para acrescentar-lhe um sentido cultural, crescente e variável, dentro de cada momento histórico”. Nesse contexto histórico-cultural, seria uma construção em conformidade com as necessidades e anseios da sociedade que criam, para tanto, uma demanda de proteção.

O autor ainda apresenta a ideia de que a dignidade é resultado de *certo consenso social*, “que serve de parâmetro para o exercício do poder de controle da sociedade e das autoridades, as quais se incumbem de protegê-la contra quaisquer formas de violação (...) o que vai importar em um conjunto de direitos variável no tempo e no espaço, dependendo do contexto cultural”¹².

Importa recordar que os Direitos Humanos trazem consigo ideias de como deveria ser o mundo. Nesse sentido escreve Amorós¹³ que, em

7. XAVIER BAEZ, Narciso Leandro. *Teoria da dupla dimensão dos direitos humanos e sua utilidade prática para a solução de hard case envolvendo a violação de direitos fundamentais*. P. 24. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=123b7f02433572a0>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

8. FLORES, Joaquín Herrera. *A (Re)invenção dos Direitos Humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo García, Antônio Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 29.

9. XAVIER BAEZ, Narciso Leandro. Artigo 3º. In BALERA, Wagner; OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir. (Coord.) *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. São Paulo: Editora Clássica, 2013, p. 69. Disponível em: <<http://www.editoraclassica.com.br/novo/ebooksconteudo/MIOLO-Comentarios-ao-Pacto.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

10. CROCE, Benedetto; CARR, Raymond Aron. *Declarações de Direitos*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 17-19.

11. PÉREZ-LUÑO, António E. *Derechos humanos en la sociedad democratica*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 48.

12. XAVIER BAEZ, Narciso Leandro. Artigo 3º... Op. Cit., p. 69.

13. AMORÓS, Celia. *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. 2 ed. Barcelona: Anthropos, 1991, p. 23.

um meio com uma forte estrutura das representações ideológicas da sociedade, complexo e elaborado, aparece um discurso que “no surge del vacío, sino que se nutre de las ideologías socialmente vigentes, las reorganiza en función de sus propias orientaciones y exigencias, las incorpora selectivamente y las reacuña conceptualmente al traducirlas al lenguaje en el que expresa sus propias preocupaciones”.

Herrera Flores¹⁴ vai mais além e afirma que os Direitos Humanos se converteram no desafio teórico e prático do século XXI:

Basta citar textos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre direitos sociais e o Pacto Internacional sobre direitos civis, para que tenhamos uma boa prova do que dizemos. Desde 1948 até nossos dias, assistimos cotidianamente a esse trabalho levado a cabo pela comunidade internacional para que os seres humanos possam controlar seus destinos.

Nesse sentido, buscando realizar a tarefa de consolidar os Direitos Humanos em âmbito interno, os Estados se comprometem, através da assinatura de Tratados, e se dispõem a estarem sob observação e sob pressão internacional para efetivarem os direitos estipulados nos instrumentos normativos. Caso não tomem todas as medidas necessárias para consolidar tais direitos em seu território, podem vir a ser, através do “poder legal positivo em un nivel supraestatal”¹⁵ denunciados aos tribunais internacionais de Direitos Humanos.

Meyer-Pflug e Senise¹⁶ destacam que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem a finalidade precípua de, “na essência, conferir proteção aos direitos humanos, que surgem e se desenvolvem em obediência a um núcleo existencial, a saber: a dignidade da pessoa humana”.

Segundo os autores, os direitos econômicos se referem à produção e à distribuição de riqueza e a seu consumo, estando relacionados com as relações de trabalho, enquanto que os direitos sociais e culturais se referem a um padrão de vida digno, incluída a garantia de educação e de participação na vida cultural. “Em virtude

14. FLORES, Joaquín Herrera. *A (Re)invenção dos...* Op. Cit., p. 29.

15. MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. *Filosofía de los Derechos Humanos*. Tradução de Remei Capdevila Werning. Barcelona: Herder, 2010, p. 30.

16. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; SENISE LISBOA, Roberto. Artigo 1º. In BALERA, Wagner; OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir. (Coord.) *Comentários...* Op. Cit., 28-29.

de sua natureza esses direitos devem ser aplicados de maneira progressiva, na medida em que necessitam de recursos públicos para serem implementados”¹⁷ e, também, o trabalho de elaboração de políticas públicas específicas. O comprometimento estatal com a assinatura do Pacto leva a obrigação desse de cumprir uma série de metas, exigindo uma “posição ativa do ente estatal no sentido de assegurá-los, ou melhor, de criar condições efetivas para sua fruição pela sociedade (...) são preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes que, no caso de serem violados pelos Estados Partes, dão azo a uma responsabilização internacional”¹⁸.

2.1. “Ser mulher” e a transnacionalidade dos Direitos Humanos

La dama en la calle, grave y honesta;
en la Iglesia, devota y compuesta;
en la casa, escoba, discreta y hacendosa;
en el estrado, señora; en el campo, corza;
en la cama, graciosa, y será hermosa.

Maldonado

O grandioso trabalho que é consagrar os Direitos Humanos tem a intenção de estabelecer um mínimo denominador comum no cenário internacional – considerando que desde o Congresso de Viena, de 1993, os Direitos Humanos são considerados, globalmente, indivisíveis e interdependentes, apesar de a Organização das Nações Unidas permitir que os Estados se comprometam com alguns direitos em separado e com outros não. Nesse quadro, o sistema normativo de proteção dos Direitos Humanos das Mulheres – fundado no valor da primazia da pessoa humana – concomitantemente com os sistemas nacionais, busca proporcionar a maior efetividade possível na proteção da mulher e na consolidação da igualdade.

A normatização e a efetivação dos direitos das mulheres pelos Estados, tendo como ponto de partida – e de chegada – a igualdade, engatinham em muitos países, se consolidam em alguns e se aprimoram em outros. Se o inconsciente coletivo e o mundo fático aceitassem que o ser humano é humano antes do fundamentalismo religioso discriminatório, da política discriminatória, dos preconceitos

17. Idem.

18. Idem.

discriminatórios¹⁹, as mulheres que se cobrem, que têm o dever moral de se esconderem e as que são vestidas no dia a dia por estereótipos femininos (que são levadas a aceitar como verdade o conceito de ter diante delas um sexo mais forte, mais inteligente, mais poderoso pelo simples fato de ser diferente do seu) seriam consideradas, simples e dignamente, igualmente humanas.

Agacinski²⁰ diz que “pensar a mixidez é pensar na diferenciação cultural da diferença natural – mesmo que seja incognoscível. As chamadas diferenças de gênero constituem versões possíveis da diferença natural entre os sexos, e não das formas em contradição com elas” (ao afirmar a maneira falocêntrica de identificar a humanidade (“o Homem dividido”). Conclui a autora que às mulheres foi negada sua igual e diferente humanidade. Como diz Amorós²¹ no seu discurso sobre igualdade: “não queremos ser idênticas, queremos ser iguais”. O problema não é a diferença, é a indiferença. A diferença é natural, a indiferença, a invisibilidade, é a não natureza, é o ser cultural deformado por uma cultura distorcida da noção do humano²².

A própria história demonstra – não sem empregar o uso da força e da violência, nos diferentes espaços e de diferentes formas – que foram idealizadas estruturas hierárquicas apresentando os homens

19. “Sin entrar en profundidades, el concepto de discriminación que ahora se mantiene se inscribe en una concepción conflictualista de la sociedad a tenor de la cual, el conflicto y el cambio social se erigen en fenómenos esenciales de la realidad social. Ambos fenómenos, a su vez, implicarían que las sociedades se rigen por relaciones de poder estructuradas sobre diversos factores (el sexo-género sería uno de ellos) que interactúan entre sí y que producen relaciones de dominio y subordinación (es decir, conflicto). De todo ello, el Derecho sería un instrumento más de (súper) estructuración, pero también de posible intervención.” BARRÈRE UNZUETA, M^a Ángele. “Derecho Fundamental a la igualdad de trato, discriminación Estructural y empoderamiento de las mujeres”. *Encuentro Internacional sobre “Crisis económica, género y retribución”*. XXVIII Cursos de verano de la UPV/EHU en San Sebastián – XXI Cursos Europeos. Palacio de Miramar, 2, 3 y 4 set. 2009, p. 3. Disponível em: <<http://www.ficj-ifwlc.net/documentos/Derecho%20Fundamental%20Igualdad%20-%20M.A.%20Barr%C3%A8re.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

20. AGACINSKI, Sylviane. *A Política dos Sexos*. Tradução de Márcia Neves Teixeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 27-30.

21. AMORÓS, Célia. *Espacio de los iguales, espacios de los idénticos. Notas sobre poder y principio de individualismo*. Madrid: Arbor, 1987, p. 127.

22. “[...] esse mundo desumanizado e inumano (...) está oculto aos homens, e as entranhas do ser não falam ao homem, a não ser como homem”. NIETZSCHE, Friedrich. *Assim Falava Zaratustra*. Tradução de José Mendes de Souza. P. 44. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/zara.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 201.

com ares de deuses, criando gerações que aceitaram seus preceitos sem questionamentos²³.

Se o homem é a criatura criada a imagem e semelhança de Deus – ou dos deuses – seriam eles sexistas e intolerantes e se utilizariam da distorção de funções sociais? Nietzsche diria que “Deus está morto. Porque nós o matamos”. Além da religião pode-se compreender que os seres humanos mataram o conceito do humano. O fato de reconhecer a morte dos velhos conceitos para que novos conceitos, adequados ao fato de o ser humano ser um ser em sua totalidade com a plenitude de direitos iguais, nas leis e na realidade social, pelo simples fato de sê-lo, é um nascimento.

Os direitos pertencem a todos os humanos pelo simples fato de sê-lo: Canotilho aponta que “os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal”²⁴. Seria, assim, algo que se tem pelo simples fato de se ser um ser humano sem depender de qualquer condição. Conforme o Artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, “*todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo²⁵, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação*”²⁶.

Reforçando o Artigo 2º, a Declaração estabelece no seu Artigo 7º que todos são iguais perante a lei “e dela devem receber equânime proteção, sendo amparados isonomicamente contra qualquer tipo de discriminação ou incitamento à discriminação que importe na violação dos direitos consagrados”²⁷. Nesse mesmo sentido, o Artigo 21º trata do “direito de igualdade ao garantir o acesso isonômico

23. Aristóteles parte da premissa de uma desigualdade natural entre homens e mulheres, elaborando a teoria da desigualdade natural. Afirmava que a ordem social era desigual porque naturalmente fora predisposto a ser assim. Não se questionava a conclusão aristotélica, limitando-se a aceitar e a suportar este “estado da coisa”. ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

24. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 393.

25. Grifo nosso.

26. ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 27 jan. 2019.

27. XAVIER BAEZ, Narciso Leandro. Artigo 3º...Op. Cit., p. 56.

aos cargos públicos eletivos ou não, bem como equidade de voto na escolha dos representantes públicos”²⁸.

Dentro desse contexto, é de fundamental importância saber distinguir o que “é” e o que “significa” – o “porquê” e o “para que” – as razões²⁹ a que se destinam e os fins pretendidos.

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 revela que os Direitos Humanos devem ser entendidos como (é) “*um ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que³⁰ todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-o constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição*”³¹.

Sobre a supracitada intenção ou ideal, bem aponta Eberhard³²:

Los “derechos humanos” intentan representar la paz, la dignidad humana, el respeto mutuo, y así apuntan a aquello que debería considerarse vital en nuestra cultura global. Una reflexión sobre el “derechos de los derechos humanos” debería permitir llevar a cabo este ideal, estructurando nuestra condición global, permitiendo su producción y reproducción de un modo en que este ideal se pueda realizar.

Pérez Luño define os Direitos Humanos como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”³³. Murgueza

28. Ibidem.

29. “Como nos ensinara Kant, la misión de la filosofía no es, en efecto otra que “dar razón” de aquellos “hechos” que tenemos por incontrovertibles. (...) dar razón no es otra cosa que un intento de responder a la interrogación de un porqué”. MUGUERZA, Javier et al. Op. Cit., p. 20.

30. Grifo nosso.

31. ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Op. Cit.

32. EBERHARD, Christoph. “Derechos Humanos y diálogo intercultural”. In Garcia, Manuel Calvo. *Identidades culturales y Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson, 2002, p. 258.

33. PÉREZ LUÑO, António E. *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1984.

complementa que esta “definición en que se sobreentiende que las citadas “exigencias” son previas al proceso de positivación de los derechos humanos y que la razón por la que “deben ser” reconocidas jurídicamente vendría a suministrar el fundamento de los derechos en cuestión”. Esta definición “se centra admirablemente en el meollo del asunto”³⁴.

Indo na mesma direção de Pérez Luño, faz-se indispensável um olhar transnacional para poder compreender a dinâmica política, que “centra la atención sobre fenómenos que sobrepasan los marcos estatales y nacionales o que no encajan fácilmente en ellos.”³⁵ Pode-se dizer que os Direitos Humanos devem ser compreendidos por meio da transnacionalidade, especialmente porque a própria ideia do que são os Direitos Humanos, direitos de todos os seres humanos “em si”, transpassa fronteiras. Nesse sentido pontualiza Acha: “el agotamiento del Estado-nación como molde privilegiado del pensamiento histórico (...) no supone eliminar el Estado-nación como un actor decisivo de los procesos históricos modernos, sino resituar su aparente naturalidad conceptual como horizonte de la investigación”³⁶.

Dentro dos limites de fronteiras de cada Estado são delimitados diferentes níveis de proteção, reconhecimento e respeito aos seres que vivem em seus territórios. Os direitos dentro dos Estados, alguns mais que outros, nem sempre alcançam um mínimo do que se poderia entender como digno, surgindo a necessidade, sempre urgente, de pautar direitos que sejam supranacionais. Isso porque são violados sistemática e repetidamente, ontem e hoje, em pequenos atos ou grandes guerras, demandando um olhar que ultrapassa qualquer limite de fronteiras e de sistema legal interno: um olhar transnacional que permite entender todos os aspectos que envolvem o tema de fora e de dentro dos Estados.

O direito internacional trata justamente de positivar e fazer valer, legalmente, os Direitos Humanos tão necessários e urgentes de forma supranacional, ou seja, independente da legislação interna dos Estados “a pesar del Estado-nación y que, con sus actividades

34. MUGUERZA, Javier, et al. Op. Cit., p. 15-17.

35. “La historia Transnacional”. *Ayer - Revista de Historia Contemporánea*, n° 94 (2). Madrid: Marcial Pons, 2014, capa.

36. ACHA, Omar. “Transnacional y global: la crítica del concepto de historia ante la emergencia de la historiografía posnacional”. *Ayer - Revista de Historia...* Op. Cit., p. 121-144, p. 123.

transnacionales, desafían la soberanía del Estado y la hegemonía de las fronteras e ideologías nacionales”³⁷. Como bem questiona Miller³⁸, “si las fronteras nacionales pocas veces restringieron el movimiento de productos y personas de forma definitiva, ¿cómo, entonces, sería posible afirmar que lo han hecho con las ideas, que supuestamente flotan libremente?”

Segundo Peyrou e Martkánová³⁹, na atualidade a terminologia “transnacional” faz referência aos diversos tipos de relações que vinculam tanto as pessoas como as instituições além das fronteiras dos Estados⁴⁰. As autoras apontam que “se trata, sobre todo, de una manera de mirar que se puede aplicar tanto a la historia política como a la cultural, la económica o la social; útil, por tanto, para tratar de dar respuesta a cuestiones de diversa índole”.

Nessa direção, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê a adoção de medidas do Estado com suas próprias ferramentas assim como através da cooperação e assistência internacional, com o objetivo de progressivamente assegurar, por todos os meios apropriados, o pleno exercício daqueles direitos. Maillart e Couto⁴¹ pontualizam que “a cooperação internacional é mencionada tendo em vista a preocupação de que o Estado não adote de maneira isolada ou uma ideologia autossuficiente, quando não estiver apto a atender suas obrigações em relação aos direitos aqui expostos. Ele deve pedir e aceitar assistência externa”.

Outro ponto que deve ser levado em conta é a movimentação de pessoas entre os Estados, cada vez maior e de mais frequente fluxo migratório, e com elas o fluxo da cultura, de valores e de comportamentos, o direito estatal, focado normalmente nos mais

37. PEYROU, Florencia; MARTYKÁNOVÁ, Darina. “Presentación”. *Ayer - Revista de Historia...* Op. Cit., p. 13-22, p. 13.

38. MILLER, Nicholas. “Espacios de pensamiento: historia transnacional, historia intelectual y la Ilustración”. *Ayer - Revista de Historia...* Op. Cit., p. 97-120, p. 110.

39. PEYROU, Florencia; MARTYKÁNOVÁ, Darina. Op. Cit., p. 13 e 19.

40. Acerca da denominação Acha escreve o seguinte: “En las últimas décadas se ha generado un denso nudo de aproximaciones historiográficas compuesto por denominaciones alternativas en torno a un vasto abanico comprendido por la historia *posnacional*: transnacional, global, conectada, entrecruzada, mundial, entre otras. La flotación semántica, los solapamientos teóricos y las confusiones entre tales denominaciones denotan la condición conceptualmente vacilante de nuestra actualidad historiográfica.” ACHA, Omar. Op Cit., p. 122.

41. MAILLART, Adriana Silva; COUTO, Mônica Bonetti. *Artigo 2º*. In BALERA, Wagner; OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir. (Coord.) Op. Cit., p. 41.

recorrentes padrões de conduta, nem sempre acompanha a dinâmica desse fluxo. Deve ser adaptativo – porque o próprio comportamento cultural muda com o intercâmbio. Ou seja, todo esse processo tem “importantes repercusiones en la formación de su cultura nacional”⁴². Aqui, mais uma vez, tem-se presente a necessidade de pensar, analisar e responder transnacionalmente.

Simal faz uma importante colocação: “es conveniente tener en cuenta que sólo será útil mientras no pierda de vista el ámbito nacional (...) la perspectiva transnacional no debe limitarse a hacer un ‘obituario de la historia nacional’ sino ofrecer ‘una comprensión más rica de la nación’, contextualizándola”⁴³.

Nesse sentido um olhar transnacional faz com que a percepção seja mais ampla, dentro de um contexto maior que não pode ser ignorado. De fato, a consolidação da igualdade entre os homens e as mulheres tem como uma das suas raízes os Direitos Humanos. E é em decorrência deles que surge o comprometimento estatal em buscar soluções eficazes e multidisciplinares para esse grande e multifacetado objetivo.

Além das normas, nacionais e internacionais, das políticas e seus interesses, não se pode perder de vista que, ao falar de desigualdade, fala-se de vidas com nomes e sentimentos; de pessoas reais, de seres humanos que são os agentes que escrevem a história, as leis, as políticas, as notícias, as sentenças; que dão significado às relações, que determinam comportamentos culturais, que impulsionam a construção e a desconstrução de estereótipos.

Esse olhar diferenciado é necessário para a compreensão do problema da desigualdade, como pontualiza Díaz Freire⁴⁴: “porque las emociones son, como decía Gordon Bower, una manera de dar significado a la vida. (...) La importancia de la significación encarnada del mundo para construir la experiencia de los seres humanos”.

Nesse sentido, e sob esse olhar, importa salientar que o grave e agudo problema da desigualdade de gênero e, a partir dele, da violência contra a mulher, demanda a compaginação do direito

42. SIMAL, Juan Luis. “El exilio en la génesis de la nación y del liberalismo (1776-1848): el enfoque transnacional”. *Ayer - Revista de Historia...* Op. Cit., p. 23-48, p. 33.

43. *Ibidem*, p. 24.

44. DÍAZ FREIRE, José Javier. “Presentación”. *Ayer - Revista de Historia Contemporánea*, “Emociones e historia”, nº 98 (2). Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 13.

internacional e do direito interno, consolidado com normas e políticas públicas. O objetivo de estabelecer uma igualdade real deve estar presente em todas as políticas públicas possíveis, ou seja, que sejam elaboradas com base nos Direitos Humanos das Mulheres e nos direitos internos específicos dos Estados, o que demanda ainda maior comprometimento e complexidade das suas ações.

Nesse mesmo sentido se posiciona Puri⁴⁵ quando escreve sobre a agenda da Organização das Nações Unidas:

Toda a nova agenda de desenvolvimento deve ser baseada em acordos de direitos humanos já assinados pelos governos. Isso inclui a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, a Plataforma de Ação de Pequim de 1995 e as resoluções das Nações Unidas, entre as quais está o recente acordo da Comissão sobre o *Status* da Mulher na eliminação e prevenção de todas as formas de violência contra mulheres e meninas.

Em que pese todo o esforço externo e interno, bem como a normatização que estabelece a proibição da discriminação, culturalmente é uma prática de difícil dissolução e eliminação, como bem destacou o Comitê na Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Viena:

La comunidad internacional condena enérgicamente, y con acierto, la denegación del derecho a votar o del derecho a la libertad de expresión, únicamente por motivos de raza o sexo. En cambio, las formas muy enraizadas de discriminación por lo que hace al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales contra la mujer, (...) con excesiva frecuencia se toleran como una realidad lamentable. Así, por ejemplo, muchos defensores de los derechos humanos tienen poco que decir ante el hecho de que en muchos países las mujeres “como recompensa [por la carga de trabajo más que proporcional que soportan] suelen recibir menos alimentos, menor atención de salud, menos educación, menos formación, menos tiempo libre, ingresos más bajos, menos derechos y menos protección”. Se han citado con tanta frecuencia indicadores estadísticos para demostrar hasta qué punto se deniegan los derechos

45. PURI, Lakshmi. *Um objetivo mundial em matéria de igualdade de gênero, direitos e empoderamento das mulheres*. Disponível em: <<http://naoesunidas.org/um-objetivo-mundial-em-materia-de-igualdade-de-genero-direitos-e-empoderamento-das-mulheres/>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

económicos, sociales y culturales que ya casi no impresionan. La magnitud, la gravedad y la constancia con que se deniegan esos derechos han provocado actitudes de resignación, sentimientos de impotencia y pérdida de sensibilidad⁴⁶.

2.2. Percurso normativo do reconhecimento dos Direitos das Mulheres no Direito Internacional

Elas não têm gosto ou vontade
Nem defeito, nem qualidade
Têm medo apenas.
Mulheres de Atenas, Ney Matogrosso

A luta das mulheres para terem seus direitos reconhecidos começa a surtir real efeito em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esse reconhecimento muito se deve à “especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades (...). Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial”⁴⁷.

Como consequência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, começam a ser trabalhadas com mais foco as questões que naquele momento histórico exigem atenção, ou seja, as questões mais sensíveis e menos tocadas até então. Em especial, no que se refere ao reconhecimento dos direitos das mulheres, a elaboração da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, é considerada um marco histórico, contando com a assinatura de 185 Estados. Com a assinatura, os Estados se comprometeram a elaborar uma proteção efetiva dos direitos nela consagrados além da complementação destes direitos através de medidas especiais, ou seja, a adoção de medidas de discriminação positiva. Contudo, como bem aponta Piovesan⁴⁸, “enfrenta o paradoxo de ser o instrumento que recebeu o maior

46. ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Folleto informativo n. 33 de Derechos Humanos. Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. P. 07-08. Disponível em: <www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_sp.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.

47. PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 206.

48. PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6 ed. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 186.

número de reservas formuladas pelos Estados, dentre os tratados internacionais de direitos humanos”.

Conforme Ibañez Martínez⁴⁹, “en 1980, durante la Conferencia de Copenhague se puso de manifiesto la discordancia que existía entre los derechos jurídicamente garantizados y la capacidad real de las mujeres para ejercerlos”. Ibañez también sinaliza que foi nesse ano que a Organização das Nações Unidas reconheceu que a violência contra as mulheres, em âmbito doméstico, é o crime mais encoberto do mundo, refletindo o grave problema da desigualdade de gênero.

Osborne⁵⁰ escreve que, “poco a poco, los aspectos relativos a la violencia contra las mujeres fueron tomados en serio por los estados y los organismos internacionales”. Também sinaliza a autora que a primeira denúncia neste âmbito foi na II Conferência das Nações Unidas sobre as Mulheres, celebrada em Nairobi, em 1985, na qual se identificou que a “Igualdad, Desarrollo y Paz, los tres objetivos del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer, se ven obstaculizados a causa de la violencia contra las mujeres, tal como se recoge en el documento aprobado, Estrategias para el adelanto de la mujer hasta el año 2000”.

Neste sentido também coloca Ibañez Martínez⁵¹ que foi nesta Conferência “cuando se reconoció por primera vez el maltrato contra las mujeres entre las formas de discriminación”.

Em 1993, na Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, ocorreu o importante reconhecimento dos Direitos Humanos das Mulheres como parte “inalienable, integrante e indivisible de los Derechos Humanos Universales y por tanto incompatibles con la violencia que se ejerce contra éstas”⁵². Neste mesmo ano foi aprovada a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas onde, conforme Osborne⁵³:

49. IBÁÑEZ MARTÍNEZ, María Luisa. “Panorámica general sobre el reconocimiento institucional de la desigualdad entre mujeres y hombres como causa de la violencia de Género”. In FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad y Violencia de Género*. Granada: Comares, 2008, p. 193-219, p. 193.

50. OSBORNE, Raquel. *Apuntes sobre violencia de género*. Barcelona: Bellaterra, 2009, p. 23.

51. IBÁÑEZ MARTÍNEZ, María Luisa. Op. Cit., p. 193.

52. Ibidem, p. 194.

53. OSBORNE, Raquel. Op. Cit., p. 23.

Sólo a partir de entonces se empieza a reconocer que también los estados son responsables de las violaciones de derechos humanos “de puertas adentro”. Hasta este momento se habían desentendido por completo de todo lo que fueran violaciones, abusos sexuales, malos tratos o mutilación genital femenina.

Matés⁵⁴ afirma que a referida Declaração foi o primeiro instrumento jurídico internacional de Direitos Humanos que tratou exclusivamente da violência contra a mulher. Segundo ela, assim como Osborne, até então “la mayoría de los Gobiernos consideraban la violencia contra la mujer como un asunto privado entre particulares, y no un problema generalizado que requiere la intervención del Estado”.

Especialmente importante, Matés⁵⁵ destaca que, apesar do avanço desta Declaração “el más importante instrumento jurídico internacional relativo a los derechos de la mujer no recogía expresamente la violencia por motivos de sexo dentro de sus disposiciones”. Explica, ainda, que a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi redigida entre 1973 e 1979 e, pode ser que, devido ao lapso temporal entre a elaboração e sua aprovação, não tenha abordado diretamente a questão.

Entretanto, conforme a autora, “con la finalidad de solventar la cuestión de la ausencia de la violencia por motivos de género”, a Recomendação n° 19 de 1992, emitida pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher “tomó la importante decisión de ampliar oficialmente la prohibición general de la discriminación por motivos de sexo, de manera que incluyese la violencia basada en el sexo”⁵⁶.

Ainda na Recomendação n° 19 outra mudança importante restou realizada: foi reforçado o mecanismo de controle internacional da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação

54. DOMÍNGUEZ MATÉS, Rosario. “La presentación de comunicaciones individuales ante el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer como medio de tutela de la violencia de género a nivel internacional.” *Portularia: Revista de trabajo social*, n° 4, 2004, p. 67-78, p. 68. Disponível em: <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/226/b15130617.pdf?sequence=1>>. 15 maio 2019.

55. *Ibidem*, p. 70.

56. DOMÍNGUEZ MATÉS, Rosario. *Op. Cit.*, p. 70.

contra a Mulher com a criação do Protocolo Facultativo⁵⁷ – que descreve a possibilidade de comunicações individuais ou de grupos – e apresentando como possíveis sujeitos ativos os funcionários públicos, os particulares, as organizações ou as empresas. “De esta forma, se subraya que los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”⁵⁸.

Dois anos depois, na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pekin, foi aprovada uma Plataforma de Ação com a finalidade de potencializar o papel exercido pelas mulheres “a la vez que reconoce que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, viola y menoscaba el disfrute de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales”⁵⁹.

No mesmo ano que foi publicada a Recomendação n° 19, de 1992, o Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de dezembro de 1966 que, além de um artigo específico visando ao comprometimento dos Estados em assegurar a

57. Domínguez Matés afirma que o protocolo facultativo tem uma importância transcendental. “En primer lugar, porque permite tutelar internacionalmente los derechos presuntamente violados en la persona de la víctima que se queja; y, en segundo lugar, puesto que la adopción de decisiones sobre la admisibilidad y opiniones en cuanto al fondo emitidas por el Comité[] permite a este analizar e interpretar en profundidad el alcance de las disposiciones de la Convención y, entre ellas, aquellas relacionadas implícita o explícitamente con la violencia de género”. São características do protocolo: “*es un procedimiento facultativo; es subsidiario a los propios de los ordenamientos internos. (...) No obstante, se establece un límite al mismo al eximirse cuando ‘la tramitación del recurso se prolongue injustificadamente’*, o cuando, alternativamente a éste, ‘no sea probable que mejore realmente la situación de la persona que sea víctima de la violación’ (‘no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo’); *es confidencial*. No obstante, (...) una vez finalizado el procedimiento, se facilitará el acceso a la información acerca de las opiniones y recomendaciones del Comité[], así[] como que un resumen de sus actividades; *es contradictorio y de apariencia contenciosa o judicial*, pero sin gozar de esta naturaleza en sentido estricto. De ahí[] que se califiquen estos mecanismos como ‘cuasicontenciosos’. No se trata, pues, de una sentencia judicial en sentido estricto que sea vinculante y oponible al Estado, pero la práctica revela que los Estados acatan los dictámenes de estos Comités y, por lo general, tratan de cumplir las medidas de reparación indicadas; *es ex post facto*, es decir, que entra en funcionamiento una vez producida una violación concreta de las disposiciones de los tratados internacionales que admiten este sistema de control.” Idem.

58. Idem.

59. IBÁÑEZ MARTÍNEZ, María Luisa. Op. Cit., p. 195.

igualdade no gozo daqueles direitos aos homens e mulheres, assim dispõe nas intenções:

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos,

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana.⁶⁰

Nesse sentido, destaca-se o Artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que reconhece o direito de condições de trabalho justas e favoráveis, com remuneração que proporcione a todos os trabalhadores “um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles, por trabalho igual” e o Artigo 10º do mesmo documento que discorre sobre a proteção e assistência às famílias, a liberdade de matrimônio e a proteção às mães antes e depois do parto, com “licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados”.

Especialmente importante nesse documento internacional é o Artigo 3º, que prevê o comprometimento dos Estados em assegurar a homens e mulheres a igualdade no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais enumerados. Tais compromissos “são o corolário do direito de igualdade reconhecido em diversas declarações sobre direitos humanos, bem como nas Constituições nacionais da maior parte dos países ocidentais e orientais”⁶¹.

60. FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Op. Cit., p. 01.

61. XAVIER BAEZ, Narciso Leandro. Artigo 3º...Op. Cit., p. 69.

De acordo com o autor, tanto o direito de igualdade como a proteção contra a discriminação de qualquer natureza “são formas de preservação da dignidade humana, em sua dimensão básica, pois a ausência de qualquer um desses dois direitos importaria na redução do status do indivíduo no meio em que vive ao de uma mera coisa, instrumento de vontades alheias”. Em virtude disso, tais direitos não estão sujeitos “a qualquer forma de relativização ou ajustes decorrentes de especificidades culturais”⁶².

Salientando que, em muitas ocasiões e situações, incluindo a própria função social do que se reconhece como sendo o “feminino”, a mulher está em uma posição de maior vulnerabilidade, agravando a desigualdade econômica e social.

Em publicação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos resta clara a preocupação com tal vulnerabilidade:

Cuando la discriminación contra las mujeres y las niñas está profundamente enraizada, el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales también se ve afectado. En muchos países, la preferencia por los niños respecto de las niñas en la familia da lugar a que las niñas reciban menos alimentos o educación. En la mayoría de los países, se tiende a pagar sueldos más bajos a las mujeres por un trabajo de igual valor. La desigualdad en el matrimonio, la herencia o el reconocimiento con arreglo a la ley priva a muchas mujeres de recursos, como el crédito, la tenencia de la tierra y la vivienda, y, por ello, menoscaba su capacidad de disfrutar los derechos económicos, sociales y culturales de manera independiente. La falta de una participación plena de las mujeres en los procesos de decisión de carácter económico, social y cultural, incluidos el desarrollo rural y la recuperación después de las crisis, da lugar no sólo a que no se tengan en cuenta las opiniones y la experiencia de las mujeres cuando se realizan actividades encaminadas a dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales, sino también a la formulación de planes y políticas que no responden plenamente a sus necesidades⁶³.

Por fim, sobre a importância do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ressalta Louise Arbour, Secretária

62. *Ibidem*, p. 74.

63. ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Folheto informativo...* Op. Cit., p. 29.

Geral do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos:

Nunca podrá recalcarse lo suficiente la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales. La pobreza y la exclusión se esconden detrás de muchas de las amenazas de seguridad a las que seguimos enfrentándonos tanto en el plano nacional como internacional y, por tanto, ponen en peligro la promoción y la protección de todos los derechos humanos. Incluso en las economías más prósperas persisten la pobreza y grandes desigualdades, y muchos grupos e individuos viven en condiciones que les impiden disfrutar de los derechos humanos económicos, sociales, civiles, políticos y culturales. Las desigualdades sociales y económicas repercuten en el acceso a la vida pública y la justicia. La globalización ha propiciado mayores tasas de crecimiento económico, pero no en todas las sociedades, ni en el seno de todas ellas, se disfruta de sus beneficios por igual. Ante esos desafíos tan importantes para la seguridad humana, es necesario no sólo actuar en el plano nacional sino también cooperar en el plano internacional⁶⁴.

3. CONCLUSÕES

La cultura no hace la gente: la gente hace la cultura.

Si es cierto que la plena humanidad
de las mujeres no es nuestra cultura,
entonces podemos y debemos hacerla nuestra cultura.

Chimamanda Ngozi Adichie

A partir do percurso das elaborações do direito internacional percebe-se o grande esforço para a consolidação dos Direitos Humanos com o comprometimento dos Estados em diferentes vias. Nessa jornada, a busca pela igualdade de gênero desafia os organismos internacionais frente às realidades locais com culturas patriarcais enraizadas.

Ainda hoje é necessário falar sobre as diferenças salariais entre os homens e as mulheres, função social da mulher e a posição que ela ocupa na sociedade, entre tantos outros pontos de desencontro com a direção que os Direitos Humanos buscam tomar no sentido da igualdade de gênero. Isso significa dizer que ainda há muito caminho

64. Ibidem, p. 07.

por percorrer até se alcançar uma igualdade de fato, restando claro que a igualdade como direito, tanto nos ordenamentos internos como nos tratados, resta estabelecida. É fundamental destacar que tal preceito é o condutor principal para o reconhecimento pleno da dignidade da pessoa humana.

A transnacionalidade é fator indispensável para que os Estados assumam compromissos políticos e jurídicos frente à comunidade internacional e efetivem, através de leis e de políticas públicas, os direitos com os quais se comprometem. Nesse sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reforça, em seu preâmbulo, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do sistema de proteção dos Direitos Humanos, fazendo clara referência tanto à Carta das Nações Unidas de 1945 como à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Ademais, o preâmbulo apresenta a humanidade como uma “família”, sendo que todos que a compõem são detentores de direitos iguais e inalienáveis.

Para tanto são fundamentais dois elementos: o reconhecimento de todos como detentores dos mesmos direitos e oportunidades e, por outro lado, a obrigação dos estados de prestações positivas com a promoção das condições materiais que viabilizem o seu gozo.

Certo é que essa jornada está sendo consolidada pouco a pouco, apesar da pressa que o tema demanda ou, nas palavras de Simone Weil: “Hay que realizar lo posible para alcanzar lo imposible”.

REFERÊNCIAS

ACHA, Omar. “Transnacional y global: la crítica del concepto de historia ante la emergencia de la historiografía posnacional”. *Ayer - Revista de Historia Contemporánea*, nº 94 (2). Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 121-144.

AGACINSKI, Sylviane. *A Política dos Sexos*. Tradução de Márcia Neves Teixeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Folleto informativo n. 33 de Derechos Humanos. Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* Disponível em: <www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_sp.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.

AMORÓS, Célia. *Espacio de los iguales, espacios de los idénticos. Notas sobre poder y principio de individualismo*. Madrid: Arbor, 1987.

_____. *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. 2 ed. Barcelona: Anthropos, 1991.

BARRÈRE UNZUETA, M^a Ángeles. "Derecho Fundamental a la igualdad de trato, discriminación Estructural y empoderamiento de las mujeres". *Encuentro Internacional sobre "Crisis económica, género y retribución"*. XXVIII Cursos de verano de la UPV/EHU en San Sebastián – XXI Cursos Europeos. Palacio de Miramar, 2, 3 y 4 set. 2009, p. 3. Disponível em: <<http://www.fifcj-ifwlc.net/documentos/Derecho%20Fundamental%20Igualdad%20-%20M.A.%20Barr%C3%A8re.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

BEAUVOIR, Simone. *O Segundo Sexo. A Experiência Vivida*. Vol 2. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.

CROCE, Benedetto; CARR, Raymond Aron. *Declarações de Direitos*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.

IBAÑEZ MARTÍNEZ, María Luisa. "Panorámica general sobre el reconocimiento institucional de la desigualdad entre mujeres y hombres como causa de la violencia de Género". In FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad y Violencia de Género*. Granada: Comares, 2008, p. 193-219.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

DÍAZ FREIRE, José Javier. "Presentación". *Ayer - Revista de Historia Contemporánea*, "Emociones e historia", n° 98 (2). Madrid: Marcial Pons, 2015.

DOMÍNGUEZ MATÉS, Rosario. "La presentación de comunicaciones individuales ante el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer como medio de tutela de la violencia de género a nivel internacional." *Portularia: Revista de trabajo social*, n° 4, 2004, p. 67-78. Disponível em: <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/226/b15130617.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 maio 2019.

EBERHARD, Christoph. "Derechos Humanos y diálogo intercultural". In Garcia, Manuel Calvo. *Identidades culturales y Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson, 2002.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (Re)invenção dos Direitos Humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2019.

"La historia Transnacional". *Ayer - Revista de Historia Contemporánea*, n° 94 (2). Madrid: Marcial Pons, 2014, capa.

MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. *Filosofia de los Derechos Humanos*. Tradução de Remei Capdevila Werning. Barcelona: Herder, 2010.

MILLER, Nicholas. "Espacios de pensamiento: historia transnacional, historia intelectual y la Ilustración". *Ayer - Revista de Historia Contemporánea*, n° 94 (2). Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 97-120.

MUGUERZA, Javier et al. *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate, 1989.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim Falava Zaratustra*. Tradução de José Mendes de Souza. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/zara.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 27 jan. 2019.

OSBORNE, Raquel. *Apuntes sobre violencia de género*. Barcelona: Bellaterra, 2009.

PÉREZ LUÑO, António E. *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitucion*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1984.

_____, António E. *Derechos humanos en la sociedade democratica*. Madrid: Tecnos, 1984.

_____, António E. *Los derechos fundamentales*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1993.

PEYROU, Florencia; MARTYKÁNOVÁ, Darina. "Presentación". *Ayer - Revista de Historia Contemporánea*, nº 94 (2). Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 13-22.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6 ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PURI, Lakshmi. *Um objetivo mundial em matéria de igualdade de gênero, direitos e empoderamento das mulheres*. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/um-objetivo-mundial-em-materia-de-igualdade-de-genero-direitos-e-empoderamento-das-mulheres/>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

SIMAL, Juan Luis. "El exilio en la génesis de la nación y del liberalismo (1776-1848): el enfoque transnacional". *Ayer - Revista de Historia Contemporánea*, nº 94 (2). Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 23-48.

XAVIER BAEZ, Narciso Leandro. Artigo 3º. In BALERA, Wagner; OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir. (Coord.) *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. São Paulo: Editora Clássica, 2013, p. 56. Disponível em: <<http://www.editoraclassica.com.br/novo/ebooksconteudo/MIOLO-Comentarios-ao-Pacto.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. *Teoria da dupla dimensão dos direitos humanos e sua utilidade prática para a solução de hard case envolvendo a violação de direitos fundamentais*. P. 24. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=123b7f02433572a0>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NO ÂMBITO NACIONAL: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA

Malcolm Langford

Pesquisador do Norwegian Centre for Human Rights; Diretor do Escritório Internacional,
Hakijami (Economic and Social' Rights Centre).

1. INTRODUÇÃO: A ASCENSÃO DA JUSTICIABILIDADE DOS DESC PERANTE CORTES NACIONAIS

Do ponto de vista histórico, pode-se considerar notável a importância recentemente adquirida pelos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) na jurisprudência comparada e nas estratégias de litígio. É difícil encontrar julgamentos e decisões sobre o tema na maior parte do século 20, embora a legislação e o direito administrativo já previssem toda uma série de direitos sociais exigíveis (ANNAN, 1988; KING, 2008). Poucos órgãos internacionais poderiam ser citados como importantes neste período como o Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho - OIT (FENWICK, 2008) ou algumas decisões isoladas em jurisdições nacionais como Alemanha, Estados Unidos e Argentina (ALBISA; SCHULTZ, 2008; ACKERMAN, 2004; COURTIS, 2008). Por exemplo, o Tribunal Constitucional alemão estabeleceu que existe um direito a um nível básico de vida (*Existenzminimum*) e que as universidades deveriam utilizar o máximo de recursos disponível ao oferecer vagas de medicina (Alemanha, *Numerus Clausus I Case*, 1972). XXX

Nas últimas duas décadas, temos testemunhado uma mudança radical. Os DESC parecem haver sido, em parte, resgatados das controvérsias em que estavam imersos, em especial em relação à sua legitimidade, legalidade e justiciabilidade, além de terem recebido, em muitas jurisdições, um lugar de maior destaque no que se refere às atividades de *advocacy*, no discurso de direitos e na jurisprudência (LANGFORD, 2008). Se fôssemos estimar quantas decisões invocaram DESC estabelecidos em normas constitucionais

ou internacionais, chegaríamos a um número entre 100 e 200 mil decisões. Hoffman e Bentes (2008) estimam mais de 10.000 casos somente no Brasil. Padrões semelhantes a este podem ser verificados na Colômbia e Costa Rica (SEPÚLVEDA, 2008; WILSON, 2009). É provável que a tendência continue com a adoção em 2008 de um procedimento de denúncias e investigação sob o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), por parte da Assembleia Geral das Nações Unidas. Este Protocolo Facultativo poderia gerar um maior uso de ferramentas de litígio no âmbito interno, bem como reformas constitucionais, uma vez que exige que primeiro se esgotem os recursos internos, além de desempenhar um papel na promoção da conscientização sobre potencial justiciabilidade dos DESC (MAHON, 2008; LANGFORD, 2009).

A Índia é frequentemente reconhecida como a primeira jurisdição a desenvolver o que poderia ser chamado uma jurisprudência relativamente matura sobre DESC. Após o surgimento na década de 1970 de litígios de interesse público em casos sobre direitos civis e políticos, o direito à vida foi interpretado de forma ampla, incluindo uma série de direitos econômicos e sociais (DESAI; MURALIDHAR, 2000; INDIA, *Bandhua Mukti Morcha vs. Union of India*, 1984). Em seu primeiro caso de direitos sociais em 1980, a Corte Suprema da Índia determinou que um município cumpra com a obrigação imposta por lei de fornecer água, saneamento básico e sistema de esgoto (INDIA, *Municipal Council Ratlam vs. Vardhichand and others*, 1980). No entanto, as decisões e ordens da Corte Suprema têm sido marcadamente conservadoras, em especial quanto aos direitos ao trabalho, moradia, e à terra, gerando um certo grau de ambiguidade no que diz respeito à experiência indiana (MURALIDHAR, 2008; SHANKA; MEHTA, 2008).

Alguns julgamentos posteriores da Corte Constitucional da África do Sul têm atraído a atenção internacional pela clareza da racionalidade das decisões e por se basearem em direitos explicitamente reconhecidos pela Constituição. Em Grootboom, um caso pioneiro, um grupo de residentes que estava vivendo à beira de um campo de esporte apresentou uma petição defendendo que o seu direito à moradia estava sendo violado. A Corte determinou que as autoridades do governo não haviam tomado as medidas legislativas e outras que fossem *razoáveis*, dentro dos recursos disponíveis, para implementar progressivamente o direito à moradia,

uma vez que os programas do governo não ofereciam auxílio emergencial algum àqueles que não possuíam acesso a um abrigo básico (ÁFRICA DO SUL, *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, 2000). Em decisões posteriores, a Corte ordenou a implementação de um programa para prevenir a transmissão, de mãe para filho, do HIV/AIDS (ÁFRICA DO SUL, *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*, 2002), declarou a inconstitucionalidade da exclusão de migrantes dos benefícios da seguridade social (ÁFRICA DO SUL, *Mahlaule vs. Minister of Social Development, Khosa vs. Minister of Social Development*, 2004a) e, superando a tímida jurisprudência indiana sobre deslocamentos em áreas urbanas, emitiu ordens relativamente concretas em seis casos diferentes para impedir deslocamentos urbanos e assegurar o acesso a programas de reassentamento (ÁFRICA DO SUL, *Port Elizabeth vs. Various Occupiers*, 2004b; *Jaftha vs. Schoeman and others*, 2005b; *President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others*, 2005b; *Van Rooyen vs. Stoltz and others*, 2005a; *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others*, 2008). Ao mesmo tempo, vários julgamentos, como o do caso *Mazibuko* sobre o direito à água (ÁFRICA DO SUL, *City of Johannesburg and Others vs. Lindiwe Mazibuko and Others Case*, 2009), sustentam a opinião daqueles que criticam a Corte dizendo que seu enfoque de razoabilidade é por demais frágil em relação às obrigações positivas do Estado, além de ser excessivamente deferente ao Estado (PIETERSE, 2007).

Estas experiências na Índia e na África do Sul simbolizam uma tendência mais ampla e contemporânea de aumento do uso de ferramentas de litígio na América Latina e na Ásia Meridional e, em menor medida, na Europa, América do Norte, Filipinas, e em alguns países africanos (COOMANS, 2006; GARGARELLA, DOMINGO Y ROUX, 2006; LANGFORD, 2008; ICJ, 2007; ODINDO, 2005, MUBANGIZI, 2006). Para ilustrar com um exemplo de uma destas jurisdições, a Corte Constitucional da Colômbia tem utilizado a ação de tutela para emitir milhares de decisões que asseguram o acesso imediato a medicamentos a pessoas vivendo com HIV/AIDS, benefícios de previdência social para indigentes, além de auxílio alimentação para mulheres grávidas sem condições financeiras e desempregadas (SEPÚLVEDA, 2008). Para abordar as violações sistemáticas de direitos econômicos e sociais, a Corte também

desenvolveu a doutrina da “situação inconstitucional” para lidar com violações sistemáticas de direitos econômicos e sociais, como a situação de pessoas internamente deslocadas ou o sistema de saúde disfuncional (YAMIN; PARRA-VERA, 2000).

Embora o foco deste trabalho seja o litígio no âmbito nacional, o aspecto internacional desta questão não poderia ser deixado de lado. Têm-se utilizado mecanismos internacionais e regionais e as jurisprudências destes órgãos têm modelado a interpretação dos DESC no âmbito nacional (M. BADERIN, 2007; LANGFORD, 2008b). Por exemplo, a decisão do Comitê Europeu de Direitos Sociais sobre trabalho infantil no caso *Comissão Internacional de Juristas v. Portugal* teve um impacto significativo sobre o direito e a prática em Portugal (COMITÊ EUROPEU DE DIREITOS SOCIAIS, *ICJ vs. Portugal*, 1999). A decisão da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, no caso *SERAC v. Nigéria* é importante por articular de maneira clara as obrigações dos Estados Africanos com relação aos DESC e, embora não tenha sido em grande medida implementada, apresenta diretrizes para a região e os próximos litígios sobre o tema na Nigéria (COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS, *Purohit and Moore vs. The Gambia*, 2003)¹. Até mesmo a Corte Internacional de Justiça tem entrado nesta seara, decidindo que o Estado de Israel violou o PIDESC e a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) ao construir o muro de “segurança” e o regime a ele associado (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2004). Além dos mecanismos internacionais de direitos humanos, há uma crescente intervenção de movimentos e organizações da sociedade em instrumentos de resolução de controvérsias envolvendo investimentos internacionais, juntamente com o uso do Painel de Inspeção do Banco Mundial e de procedimentos de denúncias das diretrizes da OECD para empresas multinacionais, apesar de seus poderes limitados (PETERSON, 2009; CLARK, FOX & TREAKLE, 2003; CERNIC, 2008).

Este esboço não possui como objetivo traçar um panorama simplista e otimista sobre o tema. Uma quantidade significativa

1. Por exemplo, no caso *Gbemre vs. Shell Petroelum and Others* (NIGERIA, 2005), a Suprema Corte da Nigéria citou uma decisão da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos em *SERAC vs. Nigeria*. E ordenou a suspensão das emissões de gás por companhias de petróleo, argumento que violava o direito à vida e dignidade da comunidade Iwherekan (incluindo o direito a um meio-ambiente sadio).

dos Estados, muitos do Sudeste Asiático, Oriente Médio e Ocidente, têm se negado a constitucionalizar os direitos econômicos, sociais e culturais de maneira que os torne judicializáveis. Isto ocorre apesar do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (Comitê DESC) insistir de maneira veemente que todos os Estados devem promover estas mudanças legislativas, conforme indica o Comentário Geral N. 9, além de fazer recomendações especiais a alguns Estados, como Canadá, Reino Unido e China, ao longo da revisão periódica de seus relatórios (NAÇÕES UNIDAS, 1998; 2002; 2005; 2006). Em outras jurisdições, persistem as objeções filosóficas à justiciabilidade dos DESC, mesmo naqueles estados em que esta justiciabilidade é estabelecida pela própria Constituição. A Irlanda é um bom exemplo desta situação (NOLAN, 2008). Na decisão do caso *O'Reilly*, que logo foi ratificada pela Corte Suprema da Irlanda, Costello, Ministro da Corte, declarou que “nenhum árbitro independente, como um tribunal, pode julgar um caso em que se afirma que uma pessoa tenha sido privada do que lhe corresponde” se isto pressupõe decidir sobre a distribuição de recursos públicos para o bem comum (IRLANDA, *O'Reilly*, 1989). Os tribunais do Leste Europeu também têm mostrado semelhante grau de conservadorismo ou o que poderia ser chamado de ativismo neo-judicial. Não estou sugerindo que deveriam ser desconsiderados objeções democráticas ou institucionais sobre o papel das cortes. Em alguns casos ou jurisdições, pode-se ter ido longe demais. Certas doutrinas, como a da separação de poderes, deveriam estabelecer limites para as cortes, embora a questão para muitos seja justamente onde traçar tais limites e se inovações jurisprudenciais, procedimentais ou em relação aos remédios judiciais oferecidos podem responder, na prática, a estas preocupações.

Este artigo procura oferecer um panorama sócio-jurídico sobre a exigibilidade dos DESC no âmbito nacional formulando algumas perguntas sobre suas origens, conteúdo, impacto e estratégias. O ponto de partida deste artigo são as questões que podem ser de particular importância para operadores do direito e movimentos sociais, sem esgotar, entretanto, outras questões de teoria jurídica ou política. A segunda parte deste artigo identifica algumas razões para o surgimento da jurisprudência sobre os DESC e quais obstáculos os defensores de direitos humanos continuam a enfrentar em diversas jurisdições nacionais. Na terceira parte, são analisadas as tendências existentes na jurisprudência utilizando certas categorias, ao passo

que na quarta parte as evidências são cada vez maiores do impacto gerado por este litígio. A quinta parte apresenta algumas lições-chaves sobre estratégias de litígio, em especial sob o olhar de defensores de direitos humanos. A última parte do artigo repassa brevemente algumas estratégias que poderiam ser efetivas para movimentos e organizações nesta seara.

2. RAZÕES PARA O AVANÇO DO LITÍGIO SOBRE DESC

De acordo com um pressuposto comumente aceito no meio jurídico, o volume de litígio sobre DESC é consequência da *estrutura jurídica*. Neste sentido, o aumento na quantidade de casos sobre DESC está relacionado claramente com o avanço da constitucionalização dos DESC (SIMMONS, 2009), particularmente na América Latina, Leste Europeu, África e, em menor grau, no Ocidente. No entanto, a jurisprudência sobre DESC não tem emergido, uniformemente, nestas jurisdições, além de também surgir em outros países que apresentam maiores restrições à justiciabilidade, como, por exemplo, os países da Ásia Meridional.

Charles Epp (1998) procura explicar este fenômeno de maneira diversa, afirmando que o avanço das “revoluções de direitos” (de todos os direitos) por via judicial tem como base a *configuração da sociedade civil*. Epp afirma que “a atenção e o reconhecimento judiciais dos direitos individuais, de forma mais consolidada, surgiu principalmente da pressão de baixo, não de líderes”. Ele destaca “o esforço cauteloso e estratégico de defensores de direitos” que somente foi possível graças ao “suporte institucional para a mobilização jurídica, composto de organizações de defesa de direitos, advogados dedicados à promoção de direitos (...) e fontes de financiamento”. Sem dúvida, no âmbito dos DESC, a maior parte dos casos de grande impacto e dos casos que motivaram o estabelecimento de novos precedentes jurisprudenciais foram apresentados por movimentos sociais, comunidades indígenas, organizações de direitos humanos e de mulheres, bem como grupos que trabalham pelos direitos de crianças, migrantes, minorias, pessoas com deficiência e pessoas que vivem com HIV/AIDS, com um grau considerável de coordenação e suporte. Estes novos atores não-estatais se somam ao movimento sindical tradicional e, em geral, estão mais dispostos a utilizar os tribunais como instrumentos de mudança social. Em alguns casos, este movimento é formado por “esquerdistas” que tendem a defender

“modelos mais reformistas baseados em direitos” (GARGARELLA, DOMINGO & ROUX, 2006), porém também é formado por organizações tradicionais de direitos civis e políticos que têm incorporado em sua agenda cada vez mais os direitos sociais.

No entanto, casos como o da Costa Rica levantam dúvidas sobre o poder explicativo desta tese. O litígio, neste país, tem proliferado mesmo na ausência de uma estrutura significativa de apoio à mobilização pela via judiciária (WILSON, 2009). Na América Latina e Ásia Meridional, muitos casos têm sido iniciados por petições apresentadas diretamente por particulares e pequenas comunidades que atuam independentemente de qualquer estrutura de suporte à mobilização pela via judiciária. Desta forma, o recurso a tribunais como reação a violações de direitos humanos, incluindo DESC, não pode ser explicado por meio da referência a um único fato. Diversos Estados, com garantias judicializáveis similares, têm seguido trajetórias ímpares (LANGFORD, 2008b). Gauri e Brinks (2008, p. 14) e destacam o raciocínio estratégico dos atores relevantes nesta seara: “Os potenciais litigantes, por exemplo, avaliam suas capacidades de ação jurídica e o possível benefício de apresentar, alternativamente, uma ação no âmbito político (ou mesmo ainda recorrer ao mercado)”. Para identificar os meios que podem incentivar a exigibilidade dos direitos sociais, faz-se necessário compreender os fatores múltiplos que levam ao êxito ou ao fracasso essas estratégias. Obviamente, assegurar a inclusão dos direitos DESC como direitos constitucionais e exigíveis, bem como construir uma sociedade civil com financiamentos suficientes e organizada tendem a aumentar a probabilidade de sucesso, sem, no entanto, serem fatores decisivos. Os dois fatores apresentados a seguir parecer ter igual importância.

O primeiro fator é a *configuração institucional* do sistema jurídico, particularmente a disponibilidade dos tribunais, suas regras processuais, a orientação dos juízes, a existência da jurisprudência sobre direitos civis e políticos. Muitas vítimas de violações enfrentam sérios obstáculos simplesmente para ter acesso ao sistema judiciário. Este é um problema especialmente grave em zonas periféricas de centros urbanos e em zonas rurais. Segundo um estudo realizado na África do Sul, apenas 1% das evicções de moradores rurais foi acompanhada de um procedimento judicial, apesar da Constituição sul-africana exigir uma ordem judicial para qualquer desalojamento (SOCIAL SURVEY AFRICA, NKUZI DEVELOPMENT ASSOCIATION, 2005). Essa

brecha no acesso se agrava com a falta da assistência jurídica² dedicada e acessível e a corrupção do sistema judiciário. No Camboja, muitos têm ressaltado a inutilidade das estratégias jurídicas, devido à corrupção sistêmica do Poder Judiciário. No entanto, cabe destacar que os defensores de direitos humanos, atualmente, têm utilizado estratégias de litígio em face da aparente ausência de outros recursos ou de estratégias alternativas.

Outras jurisdições se caracterizam por possuir regras processuais complexas e inflexíveis exigindo um elevado ônus de prova dos litigantes, uma aversão a procedimentos coletivos ou de interesse público e a formas de produção de provas ou pedidos inovadores (COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS, 2008). Alguns destes problemas têm sido abordados. Os tribunais da Índia, Paquistão, Bangladesh, Sri Lanka e Nepal, bem como os tribunais de Costa Rica e Colômbia têm desenvolvido procedimentos de litígio de interesse público que facilitam pedidos individuais e coletivos; por exemplo, ações podem ser iniciadas com uma simples petição (até mesmo via postal) e os tribunais desempenham um papel mais ativo. As constituições de Argentina, Hungria, Nigéria e outros países permitem ações coletivas, ao passo que a Corte Constitucional da Colômbia tem adotado a prática de agrupar ações semelhantes se considerar que se trata de uma situação geral inconstitucional. No entanto, estes tribunais diferem em sua capacidade de lidar com uma carga de trabalho cada vez maior. Os tribunais da Colômbia e Costa Rica têm tido um melhor desempenho do que seus pares da Índia na tramitação de dezenas de milhares de casos, ao passo que a Suprema Corte do Paquistão tem restringido o procedimento de admissibilidade como resultado desta situação de sobrecarga. A Comissão Internacional de Juristas (2008) também observa que, nos sistemas continentais [*civil law*], o Estado tem certos privilégios processuais sobre os particulares. Outros argumentam que sistemas tradicionais de direito continental podem estar mais bem preparados do que o sistema anglo-saxão [*common law*] para proporcionar soluções simples e rápidas a casos de autores privados. No entanto,

2. Embora haja cada vez mais um reconhecimento da assistência jurídica gratuita como um direito humano no âmbito dos direitos DESC (GALOWITZ, 2006; DURBACH, 2008), sua implementação é bem mais aleatória. Embora alguns países tenham incorporado políticas de assistência jurídica que incluem casos não criminais, estas políticas nem sempre são por isso beneficiadas com uma realocação de recursos ou maior financiamento.

ordens de provimento judicial imediato podem levar tribunais a ignorarem outros potenciais beneficiários, bem como limitações de recurso que poderiam gerar maiores dilemas éticos, jurídicos e institucionais (HOFFMAN y BENTES, 2008), a menos que se leve em conta procedimentos altamente desenvolvidos (ROACH, 2008).

A orientação ou preferências dos juízes também são fatores decisivos. Alguns interpretam os DESC ou parâmetros com relação a estes direitos a partir de um foco teleológico, enquanto outros têm permanecido mais ‘conservadores’, mesmo diante de direitos explicitamente judiciáveis. Um terceiro grupo de juízes parece simplesmente desconhecer a existência de parâmetros e jurisprudência sobre direitos humanos. Estas disparidades são observadas entre as diferentes regiões de um mesmo país; os juízes em áreas afastadas das zonas urbanas tendem a estar menos familiarizados com os direitos humanos e serem mais conservadores. Esta tendência não é estática. Em um caso inovador sobre o direito à moradia na África do Sul, o autor, advogado, enviou com antecedência à residência do juiz diversos livros sobre o tema, o que parece ter tido certo efeito sobre a decisão final (ÁFRICA DO SUL, *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, 2000). Ademais, o Poder Judiciário tem procurado preservar a sua legitimidade em face do Poder Executivo, que, em geral, possui o poder de nomear os juízes, bem como procura assegurar a implementação das decisões tomadas. Para tanto, as decisões judiciais, em alguns casos, podem ser compreendidas como parte de uma interação histórica mais ampla entre os distintos órgãos do Estado (ROUX, 2009). Esta variável da cultural judicial também é influenciada pelas visões mais gerais sobre a natureza e o alcance dos direitos humanos. Nos países em que os DESC não fazem parte da mitologia fundadora da Constituição (em especial, o que diz respeito às constituições anteriores a 1980), estes discursos sociais mais amplos surgem como questões relevantes no âmbito dos tribunais.

Outro fator institucional relevante parece ser a existência da jurisprudência sobre direitos civis e políticos. É mais provável que os tribunais que se sentem confortáveis com o raciocínio jurídico e forma de aplicação de normas de direitos humanos também apliquem este raciocínio ao lidar com os DESC. A proteção adequada dos direitos civis e políticos também contribui para as condições favoráveis aos litígios de direitos sociais, como a liberdade de expressão, processos

judiciais efetivos e certo grau de atenção à efetividade dos remédios judiciais. No entanto, o contrário também é possível. Morka (2003) destaca que os litígios pelos DESC na Nigéria durante a ditadura eram melhor recebidos do que os casos sobre direitos civis e políticos (MORKA, 2003, p. 113). Na China, observa-se um fenômeno similar atualmente (TANG, 2007).

Um último conjunto de fatores diz respeito ao grau de efetividade dos direitos sociais e econômicos, no limite do máximo de recursos de que dispõe o Estado. A receptividade do Poder Judiciário a casos relacionados com direitos sociais, particularmente referentes a obrigações positivas, em geral depende de evidências claras da falta de cumprimento por parte do Estado ou de particulares de suas obrigações. O sofrimento desumano em razão da negativa do Estado de dar cumprimento à sua própria legislação e políticas têm gerado grande parte da jurisprudência inovadora em países como África do Sul, Estados Unidos, Índia e Colômbia, mas pode ser uma das razões pelas quais os litígios têm sido pouco frequentes em Estados como Noruega, por exemplo. Como observam paradoxalmente Gauri e Brinks, no âmbito dos direitos econômicos e sociais, os tribunais, frequentemente, atuam como “atores pró-majoritários”, no sentido de que “suas ações estreitam a brecha existente entre os anseios sociais amplamente compartilhados e políticas incompletas ou embrionárias por parte do governo; ou, ainda, entre as ações de empresas privadas e os compromissos políticos assumidos” (GAURI Y BRINKS, 2008, p. 28). Portanto, os casos que abordam o descumprimento sistemático e antigo de obrigações em matéria de DESC possuem maiores chances de êxito quando se trata de uma ineptidão política clara. Uma outra explicação para tanto, embora complementar, seria que, em países com altos níveis de desigualdade social estrutural, é muito difícil para os grupos e indivíduos marginalizados fazer uso efetivo dos mecanismos de representação. Nestas circunstâncias, pressupondo que os tribunais preservam certo grau de independência, é pouco provável que sejam demasiadamente condescendentes com legislaturas ou executivos elitistas ou majoritários.

3. AVANÇOS SUBSTANTIVOS QUANTO À LEI E OS REMÉDIOS JUDICIAIS E OBSTÁCULOS CONCEITUAIS

Se considerarmos a própria jurisprudência, poderíamos notar que um de seus principais ‘êxitos’ é que seu peso acumulado contribuiu

para contestar duas objeções filosóficas antigas à justiciabilidade dos DESC. Estas objeções foram bem expressas por Vierdag que, de forma um tanto circular, ressalta que: (1) *os DESC não são direitos legais*, por não serem inerentemente judicializáveis; e (2) *os DESC não são judicializáveis*, porque envolvem temas de *política e não de direito*. Ao expor sua tese, Vierdag apresentava um exemplo típico e bem conhecido: “a aplicação destas normas [do PIDESC] é uma questão política, não uma questão de direitos’, uma vez que um tribunal deve priorizar recursos “ao conceder ou negar a uma pessoa um trabalho, moradia ou educação” (VIERDAG, 1978, p. 69).

Estas críticas conceituais possuem agora um peso menor. Comentaristas como Dennis e Stewart (2004, p. 462) reconhecem que a justiciabilidade é possível mesmo quando ela não lhes parece pessoalmente desejável. Isso se deve à postura de muitos juízes que têm refutado o primeiro argumento, reconhecendo que a inclusão dos DESC em constituições e no direito internacional implica, *ipso facto*, que os direitos são legais. Como afirmou um tribunal: “os direitos sociais e econômicos estão expressamente incluídos na Carta de Direitos; não é aceitável dizer que estes direitos somente existem no papel (...) os tribunais estão obrigados pela Constituição a assegurar que estes sejam protegidos e cumpridos”. Ao abordar a diferença entre direito e política expressa na segunda objeção aos DESC, muitos tribunais têm transcendido considerações mais abstratas para aplicar ou adaptar princípios jurídicos existentes a casos específicos. A Corte Constitucional da África do Sul, por exemplo, invoca, portanto, um enfoque gradual clássico do direito anglo-saxão e afirma no caso *Grootboom*: “A questão, portanto, não é se os direitos sociais e econômicos são judicializáveis em face da nossa Constituição, mas sim como aplicar estes direitos em um caso específico” (ÁFRICA DO SUL, *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, 2000).

Há outras objeções filosóficas e jurídicas que são mais recorrentes e apresentaram razões para determinar os limites ou a forma pela qual a justiciabilidade dos DESC se dará. A primeira delas é a afirmação de que a justiciabilidade dos DESC é *ilegítima do ponto de vista democrático*, o que não se limita necessariamente a direitos sociais e econômicos (WALDRON 2006; BELLAMY 2008). A revisão judicial dos direitos humanos, em especial a revogação de leis, continua a ser um tema controverso em alguns âmbitos. Os

DESC tradicionalmente têm sido considerados uma preocupação adicional, dado que exigem que o Poder Legislativo e o Executivo legislem ou estabeleçam prioridades de gastos e políticas públicas. Esta preocupação com as consequências dos DESC para a doutrina da separação de poderes, uma das preocupações recorrentes na teoria democrática, levou um tribunal a declarar que “se os juízes tiverem que realizar tais tarefas, formulando em detalhes as políticas em casos individuais ou em geral e, portanto, dando prioridade a certas áreas da política em detrimento das demais, estariam excedendo as funções a que lhes correspondem” (IRLANDA, *Sinnot*, Justice Hardimann, para. 375-377, 2001)³.

A ideia de que a democracia está ameaçada pela justiciabilidade dos direitos humanos tem sido amplamente debatida na ciência política e na teoria do direito. Pode-se encontrar alguns argumentos contra esta objeção em: FABRE, 2000; GARGARELLA, 2006; BILCHITZ, 2007. Estes argumentos, frequentemente, baseiam-se na teoria democrática tradicional (por exemplo, ao afirmar que a revisão judicial dos direitos sociais complementa a democracia de natureza parlamentar ao levar em consideração as minorias e permite aos cidadãos e residentes participar efetivamente no processo democrático, por meio de um acesso adequado à educação, alimentação etc.); apresentam argumentos substantivos (por exemplo, os DESC devem ser protegidos na qualidade de direitos fundamentais igualmente aos direitos civis e políticos) ou, por fim, procuram ressaltar o papel especificamente jurídico ou deliberativo do Poder Judiciário (sua função de demandar prestação de contas dos outros poderes e não de formular políticas e sua capacidade de servir como fórum para que as pessoas interajam com o Estado com relação aos seus direitos fundamentais de forma mais ponderada). Estas considerações aparecem na jurisprudência, embora gerando resultados diversos. A Corte Federal da Suíça justificou derivar o direito a uma subsistência mínima a partir de uma série de direitos civis e políticos, em parte, com base em argumentos democráticos e substantivos: “A garantia de que as necessidades humanas vitais, como alimento, vestimenta e abrigo, serão satisfeitas é uma condição para a existência e desenvolvimento humanos como tais. Ao mesmo tempo, trata-se de um componente indispensável de um

3. No entanto, decisão da Corte tem sido recentemente relativizada (NOLAN, 2008).

sistema de governo constitucional e democrático" (SUÍÇA, V. vs. *Einwohnergemeinde X. und Regierungsrat des Kantons*, para. 2(b), 1995). Ademais, estabeleceu limites jurídicos estreitos, declarando que interviria apenas caso antes ficasse demonstrado que o Estado havia descumprido seu dever de fornecer um nível mínimo de assistência social para que todas as pessoas, que residem em seu território, possuam um nível de vida adequado (SUÍÇA, V. vs. *Einwohnergemeinde X. und Regierungsrat des Kantons*, para. 2(b), 1995).

A segunda objeção persistente é *institucional*, segundo a qual todos os juízes não possuem capacidade para esta tarefa, já que não apenas carecem dos conhecimentos específicos necessários e de informação sobre questões econômicas e sociais relevantes, como também não estão em posição de resolver as questões políticas em conflito, tampouco lidar com as consequências políticas decorrentes de suas decisões. Estas são, claramente, limitações reais. No entanto, pode se argumentar que elas são, em grande parte, relativas e não objeções absolutas. Todas as áreas do direito pressupõem certo nível de conhecimentos específicos e as instituições com funções judiciais têm respondido a este desafio de falta de informação, fazendo uso de órgãos especializados, peritos e petições de *amicus curiae*, um fenômeno que tem sido adotado no âmbito de casos sobre DESC. Scott e Macklem (1992) tratam este problema a partir de uma perspectiva positivista, ao argumentar que a justiciabilidade dos direitos sociais desempenha um papel importante ao colocar em domínio público informação que, em geral, pode não estar disponível ao legislativo: violações concretas de direitos, em especial de grupos marginalizados. Horowitz (1977) ressalta que este argumento, em parte, perde força pelo fato de que os tribunais também tendem a olhar para o passado, ao utilizar precedentes como evidências.

O desafio aparentemente real é o dilema "policêntrico", como o chamou Lon Fuller (1979), que argumenta que o Poder Judiciário não pode e não deve ocupar-se de situações que tenham repercussão complexas para além das partes e dos fatos perante o tribunal. Críticos da justiciabilidade dos direitos sociais em geral temem que uma decisão judicial que aloque mais recursos para moradia, por exemplo, ponha em perigo o financiamento da saúde ou da polícia (VIERDAG, 1978). O problema destes artigos é que praticamente todas as áreas da justiciabilidade implicam questões policêntricas

(KING, 2008). Não obstante, esta objeção tem gerado inovações judiciais e não, como se temia, ativismo ou resignação por parte dos tribunais. A primeira destas abordagens inovadoras é o uso de princípios jurídicos claramente definidos, como razoabilidade, ou a adaptação de procedimentos ou remédios judiciais (CHAYES, 1976; ROACH, 2008). Por exemplo, a ordem da Suprema Corte do Canadá, no caso *Eldridge c. British Columbia*, sobre o fornecimento de serviços de interpretação a pacientes surdos em hospitais, estabeleceu que: “Uma sentença declaratória, diferentemente de uma medida cautelar, é o remédio adequado neste caso, já que o governo possui uma quantidade incontável de opções para retificar a inconstitucionalidade do sistema atual. Não faz parte da função desta Corte determinar como isto se dará” (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997).

3.1. Revogando e limitando direitos

Em algumas jurisdições, a maioria dos casos sobre DESC reflete outros casos sobre direitos civis e políticos. Isto tem ocorrido em reivindicações antigas por direitos trabalhistas no que diz respeito à liberdade sindical e a demissões injustificadas, embora os tribunais tenham cada vez mais revisto leis sobre o tema. No caso *Aquino*, a Suprema Corte da Argentina revogou uma lei de 1995 que restringia fortemente as indenizações por acidentes de trabalho sob o argumento de que esta violaria toda uma série de normas internacionais, incluindo o PIDESC (ARGENTINA, *Aquino Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. s/accidentes ley 9688*, 2004). Mais recentemente, tem crescido significativamente o número de casos relacionados com a negação de acesso a cuidados médicos, ao sistema educacional e à previdência social, sobre deslocamentos forçados e interrupção de serviços básicos ou interferência com o exercício de direitos culturais, em particular de povos indígenas (veja um panorama geral sobre tema em LANGFORD, 2008b). Em muitos casos, os tribunais exigem tanto uma justificativa substantiva quanto o respeito ao devido processo antes que interesses sociais e econômicos essenciais sejam afetados. Por exemplo, a Corte Constitucional da Colômbia ordenou a interrupção da exploração de recursos naturais em territórios indígenas por violações dos direitos de povos indígenas a terras tradicionais, bem como com base em direitos à diversidade étnica e cultural e identidade cultural (SEPÚLVEDA, 2008, p.

158). Alguns casos têm diretamente sobreposto estes argumentos aos direitos civis e políticos. A Suprema Corte de Bangladesh (BANGLADESH, *Bangladesh Society for the Enforcement of Human Rights and Others vs. Government of Bangladesh and Others*, 2000) determinou que o deslocamento forçado de um grande número de profissionais do sexo e de seus filhos viola seu direito à vida, o que inclui o direito à subsistência e o direito a não ser submetido à busca e apreensão forçadas em seu domicílio.

Embora estes casos possam parecer conceitualmente claros, nota-se que eles desafiam interesses poderosos quanto à autoridade do Estado e interesses econômicos. O resultado é que a jurisprudência nem sempre é coerente. O caso *Repressa Narmada* na Índia é um bom exemplo da resistência do tribunal em dar cumprimento a sua própria decisão em que ordenou uma indenização ou outra forma de subsistência para as pessoas deslocadas (ÍNDIA, *Narmada Bachao Andolan vs. Union of India*, 2000). A jurisprudência também parece sofrer a influência de dois outros fatores. Em primeiro lugar, as características dos autores destas ações. Se as violações afetam a grupos considerados ilegais em função da legislação nacional - por exemplo, pessoas que vivem e trabalham no mercado informal - a resposta do sistema judiciário em alguns países, por vezes, pode ser menos favorável, ao passo que em outros pode ocorrer justamente o oposto se os tribunais e a sociedade consideram que o grupo em questão necessita de uma maior proteção. Em segundo lugar, e ainda relacionado com o primeiro fator, nota-se que naqueles países em que os DESC foram incorporados expressamente pela Constituição, a natureza das decisões emitidas é mais sólida. Na jurisprudência da Ásia Meridional, prover moradias alternativas no caso de deslocamento forçado, é frequentemente formulado como um pedido de remédio judicial (ÍNDIA, *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation*, 1985). Contudo, em uma série de casos na África do Sul, onde o direito à moradia e a garantia contra deslocamento forçado é constitucionalmente reconhecido, os tribunais têm exigido uma maior justificativa para os deslocamentos e a consequente geração de novos desabrigados (ÁFRICA DO SUL, *Port Elizabeth vs. Various Occupiers*, 2004b): “Em termos gerais, no entanto, um tribunal deveria ser relutante a determinar o deslocamento de pessoas que ocupam de maneira relativamente estável um local, a menos que tenha conhecimento acerca da disponibilidade de uma alternativa razoável, mesmo que seja uma medida provisória até o

acesso definitivo à moradia em um programa habitacional formal”. Portanto, a estratégia de litígio deverá levar em consideração o equilíbrio de poder, o direito e as normas morais vigentes que possam influir sobre as classes médias e os poderes judiciais conservadores.

Estes testes substantivos e processuais também estão sendo adotados para proteger não somente os bens, recursos, posições e locais pertencentes a pessoas, comunidades e associações, mas também a manutenção de programas e serviços governamentais. No âmbito internacional, o desmantelamento de programas ou serviços sociais é considerado uma ‘medida regressiva’ e exige que sejam explicitamente considerados os recursos disponíveis em um Estado, além de outras questões substantivas e processuais (NAÇÕES UNIDAS, 1990). Em Portugal, a decisão do governo de pôr fim ao Serviço Nacional de Saúde e aumentar a idade de ingresso no programa de renda mínima foi considerada uma medida regressiva que violou o direito à saúde e à previdência social, respectivamente (PORTUGAL, *Acórdão n°39/84*, 1984a; *Acórdão n° 509/2002*, 1984b). No entanto, estes casos não são muitos e é importante explorar o porquê: o problema é dispor de “provas suficientes” em um período curto de tempo e, muitas vezes, politicamente turbulento? É mais provável que tribunais tenham para com os governos alto grau de deferência se for alegado que um país está em recessão, por exemplo, ou necessita adotar um novo modelo econômico? Ou se trata do receio que defensores de direitos possuem de ingressar nessa seara? Pensemos no argumento inovador do caso sul-africano, *Florence Mahlangu vs. The Minister For Social Development*, no qual os autores argumentaram que negar estender subsídio para pessoas entre 15-18 anos viola o princípio de implementação progressiva dos direitos.

3.2. Limites ao poder de atores privados

Casos sobre DESC estão cada vez mais relacionados com ações de atores não-estatais: desde empresas multinacionais⁴ a novos fornecedores de serviços sob a forma de parcerias público-privadas, bem como familiares e líderes tradicionais. Embora a normativa de direitos humanos esteja claramente muito centrada no papel do

4. Desafios com relação às atividades de empresas de grande-porte ou multinacionais têm sido superados com certo êxito, ao passo que tentativas de litígio transnacional (processar uma empresa multinacional em seu país de origem) têm levado a muitos acordos, mas não julgamentos (JOSEPH, 2008).

Estado, algumas constituições e leis permitem a apresentação de demandas diretamente contra atores privados, ao passo que alguns órgãos com competência jurisdicional têm focado no papel de proteção que possui o Estado. Sobre o primeiro grupo, muitos casos dizem respeito ao direito ao trabalho, onde o papel de atores privados é significativo em economias de mercado. A Corte Constitucional da Colômbia determinou que um empregador violou o direito ao trabalho por despedir um empregado logo depois que seu exame de HIV deu positivo e ordenou o pagamento de uma indenização (COLOMBIA, *SU-256*, 1996). No caso *Slaight Communications*, a Suprema Corte do Canadá afirmou que a decisão de um árbitro trabalhista privado deve respeitar a Constituição Canadense, que deve interpretar, de forma mais ampla possível, levando em consideração os direitos contidos no PIDESC (CANADÁ, *Slaight Communications Inc. vs. Davidson*, 1989). No caso *Vishaka v. Estado de Rajasthan*, sobre assédio sexual no ambiente de trabalho, o sistema judiciário da Índia recorreu à CEDAW em busca de diretrizes que permaneceriam vigentes até que o Parlamento sancione uma lei adequada sobre o tema (INDIA, *Vishaka and others vs. State of Rajasthan and others*, 1997).

Com relação à segunda forma, por meio da obrigação de proteger, podemos mencionar exemplos como o primeiro caso decidido pelo Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Em *A.T. v. Hungría* (NAÇÕES UNIDAS, 2003), o Comitê fez recomendações amplas em um caso de violência doméstica, incluindo a reforma da legislação e o fornecimento de serviços de assistência social e de auxílio moradia. No caso *Comunidades Indígenas Maya*, a Comissão Interamericana determinou que Belize violou os direitos à igualdade e à propriedade de populações maias por ter permitido o desmatamento e a exploração pela indústria de minério, sem consentimento ou sem qualquer processo de consulta com a população local (CIDH, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District vs. Belize*, 2005). Em *Tatad vs. Secretary of the Department of Energy*, a Suprema Corte da Filipinas revogou uma lei de desregulamentação que havia desobrigado as três principais empresas petrolíferas de solicitar permissão para a autoridade reguladora para aumentar os preços. Invocando o direito à eletricidade, a Corte advertiu que um aumento nos preços do petróleo ameaçaria “multiplicar a quantidade de pessoas corcundas e pedintes” e declarou que não poderia “ignorar seu dever de revogar uma lei que viola a Constituição” apesar de que esta lei

constitui uma “decisão econômica do Congresso” (FILIPINAS, *Tatad vs. Secretary of the Department of Energy*, 1997). A Corte também apontou que o governo poderia ter atingido o mesmo resultado por meio de uma emenda legislativa, o que fez prontamente.

No entanto, existem diversos obstáculos nesta seara. Em primeiro lugar, casos envolvendo a aplicação horizontal de direitos tendem a ser contratuais e se basear na legislação sobre indenização civil, o que pode ser suficiente para o caso em questão, porém somente em alguns casos normas de DESC previstas na Constituição ou em outras leis são efetivamente utilizadas (por exemplo, a lei sobre discriminação), para assegurar que tais normas ou princípios sempre protejam os direitos humanos. Em segundo lugar, os processos de privatização parecem ser questionados com menor frequência do que poderia se pensar, embora outros casos no Egito e Sri Lanka possam ser mencionados, onde processos de privatização do setor de saúde e de abastecimento de água foram interrompidos, em parte, em função de decisões judiciais (ARGENTINA, *Aquino Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. s/accidentes ley 9688*, 2004). Isto se deve à celeridade e à pouca publicidade com que estes processos se desenrolam e, portanto, à dificuldade de preparar argumentos substantivos. Dado que os direitos humanos, em geral, são considerados neutros quanto à escolha do sistema econômico, carece-se de provas que demonstrem que a privatização afeta negativamente direitos econômicos e sociais, o que, em geral, somente está disponível depois que a privatização é concretizada. Não obstante, alguns movimentos sociais e alguns governos têm feito um uso livre de argumentos mais criativos baseados na obrigação de proteger, com o objetivo de impedir processos de privatização litigando por parâmetros mínimos que, ao final, acabam por dificultar regras que preveem a geração de lucros (ARGENTINA, *Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S. A. s/accidentes ley 9688*, 2004), ou ainda questionando processos de privatização destacando o seu caráter pouco participativo, além de outros argumentos de ordem procedimental (ÁFRICA DO SUL, *Nkonkobe Municipality vs. Water Services South Africa (PTY) Ltd & Ors*, 2001b).

Em terceiro lugar, os remédios judiciais podem ser mais difíceis de formular no caso dos DESC. Na África do Sul, os deslocamentos por parte dos proprietários são cada vez mais questionados sob o argumento de que violam o direito à moradia, porém atores privados

argumentam que não se está respeitando o seu direito à propriedade que as obrigações que dizem respeito ao direito à moradia recaem sobre o Estado. A solução a que se recorre com maior frequência consiste em incluir o governo como terceiro modo de obrigá-lo a explicar os avanços em seu programa habitacional e a fornecer moradia alternativa no caso de despejos (ÁFRICA DO SUL, *Blue Moonlight Properties 39 Pty (Ltd) vs. The Occupiers of Saratoga Avenue and the City of Johannesburg*, 2008) ou, como ocorreu em um caso, pagar uma indenização ao dano à propriedade (ÁFRICA DO SUL, *President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Other*, 2005b). Quarto lugar, a proteção aos direitos humanos nem sempre é aplicável caso as leis limitem as obrigações de atores públicos. Por exemplo, as regras para determinar se um prestador privado de serviço é uma autoridade pública ou não no Reino Unido e, portanto, se está submetido ao *Human Rights Act* têm sido interpretadas de forma conservadora (REINO UNIDO, *Donoghue vs. Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd*, 2002a). Não obstante, no caso *Eldridge* no Canadá, a Corte determinou que hospitais, embora sejam não governamentais, constituem fornecedores de serviços de saúde financiados com fundos públicos e oferecem um programa integral de saúde em nome do Estado e, portanto, estão obrigados a respeitar o direito à igualdade estabelecido na Constituição Canadense (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997).

3.3. Exigindo que o Estado dê efetividade aos direitos

Como já dito, o fato de os tribunais ordenarem que Estados e outros atores adotem medidas positivas ocupa o cerne do debate sobre justiciabilidade dos DESC. A jurisprudência atual sobre o tema contém uma série de respostas práticas a estes dilemas, que são um reflexo, em grande medida, da tendência em direitos civis e políticos de impor obrigações positivas (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Airey vs. Ireland*, 1979). De maneira geral, muitos juízes tendem a exigir o cumprimento das duas obrigações estatais chaves identificadas no Comentário Geral No. 3 do Comitê DESC (NAÇÕES UNIDAS, 1990)⁵, ou de uma delas. Estas são a obrigação de *adotar medidas* adequadas para implementar progressivamente a plena realização dos direitos dentro dos recursos disponíveis e a

5. Embora a diferença entre estes não seja fácil de discernir (FINLÂNDIA, *Child-Care Services Case*, 1999).

obrigação mínima de assegurar que pelo menos os *níveis mínimos* de cada direito sejam atingidos, recaindo sobre o Estado a obrigação de provar caso afirme não ser possível, por falta de recursos, realizá-lo.

Colômbia é um exemplo de uma jurisdição que adotou e exigiu o cumprimento de ambas as obrigações. A Corte Constitucional tem reconhecido que as obrigações relacionadas aos DESC são de natureza progressiva (COLOMBIA, *SU-111/97*, 1997), porém ressalta que o Estado, no mínimo, “deve elaborar e adotar um plano de ação para implementar os direitos” (COLOMBIA, *T-595/02*, 2002; *T-025/04*, 2004). Da mesma forma, e muito mais frequentemente, a Corte e os tribunais inferiores, recorrem à Ação de Tutela para satisfazer imediatamente às “condições mínimas para a vida digna” de um indivíduo, com base no direito à vida, dignidade e segurança, estreitamente relacionado cada vez mais com os DESC. Este enfoque dualista é evidente na Finlândia, onde as autoridades têm sido advertidas por *não adotar medidas suficientes* para garantir o acesso ao mercado de trabalho para uma pessoa em busca de emprego e por não disponibilizar para as famílias de *modo imediato* um serviço de cuidado infantil” (FINLANDIA, *Employment Act Case*, 1997; *Child-Care Services Case*, 1999; *Medical Aids Case*, 2000)⁶. Os tribunais do estado de Nova York anularam a política de financiamento escolar sob o argumento de que esta não fornece uma educação adequada e consideraram uma ‘obrigação positiva do estado’ fornecer serviços de assistência social a todas as pessoas consideradas indigentes de acordo com “parâmetros de necessidade” que o Estado utiliza (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Tucker vs. Toia*, 1997).

Outros tribunais têm seguido apenas um destes caminhos. A Corte Constitucional da África do Sul tem optado pelo primeiro, utilizando o parâmetro da razoabilidade e negando a ideia de uma obrigação mínima de assegurar a implementação imediata de um nível essencial dos direitos (BILCHITZ, 2002, p. 484, BILCHITZ, 2003, p. 1, LIEBENBERG, 2005, p. 73). As cortes máximas da Hungria e Suíça têm adotado a postura oposta. Negaram adotar qualquer tipo de teste para verificar se o governo tem implementado as medidas necessárias para dar efetividade aos direitos sociais estabelecidos na Constituição (no caso do primeiro, simplesmente se exige que existe uma lei ou programa sobre o tema, como

6. Para encontrar resumos em inglês de uma grande variedade de casos, ver: <www.nordichumanrights.net/tema/tema3/caselaw/>.

se vê em: HUNGRIA, *Decision 772/B/1990/AB*, 1991)) e, ao contrário, somente analisam se o Estado implemente um nível mínimo do direito em questão (HUNGRIA, *Decision 32/1998 (VI.25) AB; Decision No. 42/2000*). Nota-se que esta ênfase em uma obrigação mínima é particularmente evidente em jurisdições onde os interesses sociais são judicialmente protegidos por meio dos direitos civis e, portanto, a jurisprudência tem-se baseado na doutrina alemã de *Existenzminimum* (HUNGRIA, *Case No. 42/2000 (XI.8)*, 2000; ALEMANIA, *BverfGE 40, 121 (133)*, 1975; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Five Pensioners' Case vs. Peru*, 2003; SUIZA, *V. vs. Einwohnergemeine X und Regierungsrat des Kantons Bern*, 1995).

Na maioria das jurisdições, as preocupações acerca da legitimidade democrática e da competência institucional parecem influenciar muitas das decisões judiciais. Em alguns casos, os tribunais usam conceitos para desenvolver uma doutrina aparentemente coerente que pode ser aplicada em casos distintos. A exemplo disso podem ser citados os tribunais da Colômbia e da África do Sul, que utilizam diferentes conjuntos de critérios para seus respectivos testes. Ao mesmo tempo, é também possível notar o uso arbitrário que os tribunais têm feito destas questões para desconsiderar casos difíceis e evitar lidar, de maneira adequada, das obrigações pertinentes e de como serão aplicadas em casos específicos (COURTIS, 2008, p. 175). É difícil, portanto, prever quais os limites que serão estabelecidos por um tribunal, em especial em casos que implicam a realocação de recursos. No entanto, a jurisprudência sugere que as Cortes tendem a intervir em casos de acordo com os seguintes fatores: (1) a *gravidade* dos efeitos da violação de direitos; (2) a *precisão* da obrigação estatal; (3) a *participação* do governo na violação; e (4) a capacidade do governo de *cumprir* a ordem judicial no que diz respeito aos recursos necessários para tanto (LANGFORD, 2005, p. 89).

É também importante reconhecer que algumas das medidas necessárias podem simplesmente significar o reconhecimento de direitos implícitos, como exigir que o Estado reconheça e proteja os direitos à posse da terra ou ao trabalho (EIDE, 1995, p. 89). A Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que a Nicarágua violou o direito à proteção judicial estabelecido pelo artigo 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos ao não sancionar uma legislação, tampouco assegurar que as terras

dos povos indígenas fossem demarcadas e registradas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *The Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tinga v. Nicaragua*, 2001; COMITÊ EUROPEU DE DIREITOS SOCIAIS, *ICJ v. Portugal*, 1999; CANADA, *Dunmore vs. Ontario (Attorney General)*, 2001a). No caso *Vishaka*, ao que se fez referência anteriormente, a Suprema Corte da Índia emitiu diretrizes vinculantes sobre assédio sexual (ÍNDIA, *Vishaka and others vs. State of Rajasthan and others*, 1997). No entanto, tribunais raramente emitem ordens de alcance amplo que exigem o reconhecimento positivo de direitos implícitos, uma vez que estes tribunais temem estar intervindo no âmbito da formulação de políticas, o que corresponde ao legislativo. Em muitos casos, o reconhecimento positivo tende a ser mais específico quando relacionado a uma situação particular, por exemplo, o reconhecimento do direito de comunidades marginalizadas à posse da terra. Mesmo uma Corte como a Corte Constitucional da Hungria não tem feito uso de seu mandato específico de determinar o “descumprimento da obrigação de legislar”. Não obstante, os tribunais da Índia e da Colômbia não têm hesitado em emitir ordens de grande impacto em casos em que foram encontradas violações sistemáticas de direitos.

3.4. Direito à igualdade

O uso do direito à igualdade no âmbito dos DESC tem uma larga trajetória em casos como *Brown vs. Board of Education* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Brown vs. Board of Education*, 1954) e na legislação anti-discriminação. Em outras jurisdições, o fenômeno é mais recente. A jurisprudência cobre uma ampla gama de fatores que não podem ser motivo de discriminação no reconhecimento dos direitos que incluem não somente as características expressamente mencionadas em instrumentos internacionais (ou seja, raça, cor, sexo, idioma, religião, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento), mas também outros aspectos, como idade, deficiência, nacionalidade, orientação sexual⁷. Por exemplo, o Tribunal de Apelação de Versalhes, França, anulou um dispositivo de um acordo coletivo entre os trabalhadores e os empregadores sob o argumento de que proibia a contratação de pessoas com mais de 35 anos de idade (FRANÇA, *Recueil Dalloz*, 1985). Existe, obviamente, o

7. Esta tendência é também evidente na jurisprudência internacional sobre “outros status” (NACIONES UNIDAS, 2009).

perigo, como sugere implicitamente o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, de se colocar excessiva ênfase em determinar quais são as formas proibidas de discriminação do que considerar a arbitrariedade da classificação (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS, *Karel Des Fours Walderode vs. the Czech Republic*, 2001). O uso de “comparativos” em muitos tribunais nacionais pode ser sempre adequado no caso dos DESC e podem ser particularmente difíceis de encontrar no caso de segregação estrutural de grupos distintos ou discriminação de mulheres em razão da gravidez.

A maioria dos casos tem sido relacionada com a discriminação direta, porém existem vários em que se determinou a existência de uma discriminação indireta com base em razões proibidas (JAYAWICKRAMA, 2002). Os tribunais da Bulgária, por exemplo, têm determinado que o fato de crianças ciganas irem, em sua maioria, a escolas para crianças com deficiência constitui uma discriminação racial (EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTRE, 2005) e a Corte Europeia de Direitos Humanos determinou o mesmo com relação à República Checa (CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *D.H. and Others vs. Czech Republic*, 2008). No caso *Kearney c. Bramlea Ltd*, o uso de renda como critério para avaliar os candidatos a locatários de bens foi declarado injustificado (com base no argumento de que não se levava em conta a real disposição e capacidade de pagamento da pessoa em questão) e se determinou que isto constituía uma prática discriminatória por várias razões, incluindo raça, sexo, estado civil, idade e recebimento de subsídio público, já que afetava desproporcionalmente alguns grupos específicos (CANADÁ, *Shelter Corporation vs. Ontario Human Rights Commission*, 2001b).

Tem chamado a atenção de alguns tribunais se os direitos ou garantias de igualdade são de natureza substantiva e se estes envolvem obrigações positivas de pôr fim à discriminação. No Paquistão, a Suprema Corte anunciou tal princípio de forma consideravelmente audaz em um período de crescimento dos litígios de interesse público. Em *Fazal Jan v. Roshua Din*, a Corte determinou que o direito constitucional à igualdade impõe obrigações positivas a todos os órgãos do Estado, que devem agir para proteger os interesses de mulheres e crianças (PAQUISTÁN, *Fazal Jan vs. Roshua Din*, 1990). No Canadá, a Suprema Corte desconsiderou os argumentos do

governo do estado de British Columbia, que afirmou que o direito à igualdade não exige que o estado aloque recursos do sistema de saúde para tratar desvantagens preexistentes de determinados grupos como surdos e pessoas com problemas de audição (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997, para. 87). Os tribunais no Brasil têm determinado que o direito de crianças à saúde é prioritário e “incluir uma criança ou adolescente em uma lista de espera para atender a outras pessoas equivale legalizar a mais violenta agressão ao princípio da igualdade” (BRASIL, *Resp 577836*, 2003, traduzido). No entanto, outros tribunais, como, por exemplo, na África do Sul e Hungria, têm sido menos receptivos à ideia de priorizar os direitos de crianças no âmbito socioeconômico.

Um dilema constante é se as instituições com competência jurisdicional podem “igualar de baixo” para satisfazer o critério de igualdade no que diz respeito a interesses ou direitos sociais. No Canadá, a Suprema Corte emitiu uma ordem de reparação positiva em casos relacionados com direitos à igualdade, estendendo ou aumentando o alcance de serviços de assistência social, benefícios previdenciários e direitos de posse, mas não descartando a possibilidade de igualar para baixo. Em *Khosa v Minister of Social Development* (ÁFRICA DO SUL, 2004a), a Corte Constitucional da África do Sul adotou uma fórmula para igualar em níveis mais elevados e incluir os residentes permanentes nos programas de assistência social. No entanto, a Corte destacou que a previsão do direito à seguridade social na Constituição é um fator para ser levado em consideração ao analisar a falta de razoabilidade da exclusão de residentes permanentes de políticas de assistência social, o que não é comum em todas as constituições.

3.5. Avanços em matéria de remédios judiciais

Um êxito significativo neste âmbito tem sido criar a possibilidade de conceder remédios judiciais para além daqueles tradicionalmente encontrados no direito privado, como indenização, restituição, declaração de um ato jurídico como inválido ou ilícito civil. Nesta questão, têm-se observado diversas tendências. Em primeiro lugar, alguns tribunais têm exigido que os Estados sigam certo curso de ação para reparar um determinado dano, inclusive por vezes supervisionando o cumprimento destas obrigações. Na Argentina, os tribunais intervêm fortemente para assegurar

que as autoridades cumpram com o plano e destinem os recursos orçamentários necessários para fornecer vacinas contra febre hemorrágica argentina, que constituiu uma ameaça para 3,5 milhões de habitantes (FAIRSTEIN, 2005; ARGENTINA, *Viceconte, Mariela vs. Estado nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986*, 1998). A partir de uma análise da tendência da jurisprudência, Roach e Budlender (2005) afirmam que os tribunais tendem a tomar estas medidas quando as autoridades ou outros responsáveis *não estão dispostos* ou *não são capazes* de cumprir as ordens. Em muitos sentidos, as ordens judiciais inovadoras dadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brown v. Board of Education II*, relativas à eliminação da segregação racial nas escolas (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, 1955) têm sido reconhecidas como precursoras desta nova categoria de remédios judiciais (CHAYES, 1976, p. 1281).

Em segundo lugar, tem-se desenvolvido remédios judiciais mais “dialogais” e “cautelares”. Como exemplo, pode-se citar o maior uso de uma declaração *retardatária* de invalidez de um ato jurídico, por meio da qual os tribunais determinam que ocorreu uma violação, mas retardam o efeito da decisão para dar ao governo tempo para encontrar a melhor forma de reparar o defeito existente na legislação ou na política em questão (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997). A Corte Suprema do Nepal, no caso *Mira Dhungana c. Ministerio de Derecho*, negou-se a declarar a inconstitucionalidade de uma lei que havia dado a um filho uma parte dos bens de seu pai a partir do nascimento, mas não dava o mesmo direito a filhas (pelo menos até que esta completasse 35 anos e permanece até esta idade solteira), e, no lugar da declaração de inconstitucionalidade da lei, exigiu que o Estado, em um prazo de um ano, revisasse a legislação depois de consultar as partes interessadas, inclusive organizações de mulheres. Este exercício jurisdicional baseado no diálogo também é evidenciado pelo maior uso que fazem os tribunais (e, muitas vezes, organismos internacionais) do processo judicial como espaço de diálogo com as partes, o que incluiu instigar que estas encontrem soluções antes que uma decisão final seja tomada (ÁFRICA DO SUL, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others*, 2008). Outra estratégia utilizada é a elaboração de recomendações. Por exemplo, os tribunais da Índia e de Bangladesh, por vezes, têm adotado este enfoque no lugar de emitir ordens finais ordenando moradias alternativas no caso de deslocamentos forçados, embora tenham sido criticados por privar as

partes de um remédio judicial efetivo de fato (BANGLADESH, *Aino Salish Kendra and others (ASK) vs. Government and Bangladesh and others*, 2001). Aqueles órgãos com competência jurisdicional que incorporam remédios judiciais mistos têm demonstrado maior eficiência. Em casos relativos ao direito à saúde e meio-ambiente e ao direito à alimentação, a Suprema Corte da Índia emitiu uma série de ordens contínuas e provisórias antes de chegar a uma ordem final. Por exemplo, obrigou que as autoridades informassem sobre a execução das ordens que o tribunal havia emitido para ampliação e implementação de maneira eficiente de programas de racionamento de alimentos (INDIA, *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India*, 2001; INDIA, *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India*, 2004). O uso cauteloso de medidas liminares pode ser uma forma de evitar a crítica que recebem as ordens judiciais mais sistemáticas de que não oferecem nada a vítimas em curto prazo (ROACH, 2008, p. 46).

Em terceiro lugar, os defensores de direitos têm sido criativos e têm instigado que cortes emitam ordens de acompanhamento de decisões anteriores a fim de garantir que estas sejam executadas de maneira eficiente. Na Argentina, Índia e África do Sul, defensores de direitos humanos têm utilizado o sistema penal e sanções existentes em caso de descumprimento dos deveres de funcionários públicos para assegurar a execução de decisões judiciais (HEYWOOD, 2003, p. 7; SWART, 2005, p.215). Em um caso na África do Sul, um juiz ordenou a prisão de um ministro caso a polícia não restabelecesse um assentamento informal dentro de 24 horas depois de seu desmantelamento. Na Índia, a Suprema Corte ameaçou investigar por desacato se não se cumprir com o cronograma de conversão de veículos para o uso de combustíveis mais limpos.

4. HÁ IMPACTOS?

Uma das mais sólidas objeções à justiciabilidade dos DESC é que, por meio desta, não é possível satisfazer à expectativa de alcançar a justiça social individual e transformadora. Estas críticas instrumentais variam quanto a sua natureza e muitas se aplicam também a litígios envolvendo direitos civis e políticos. Alguns críticos ressaltam a debilidade dos tribunais para dar efetividade a suas próprias decisões e cada jurisdição parecer possuir, pelo menos, um caso que notavelmente se enquadra nesta categoria. Outras

críticas são de natureza mais política e destacam que a estratégia de litígio pode desviar a atenção da construção de novas coalizões para mudança social e que classes médias são mais hábeis no uso do sistema judiciário para dar efetividade aos DESC e obtêm maiores êxitos que as pessoas mais pobres (BELLAMY, 2008; ROSENBERG, 1991). Determinar o impacto real de estratégias de litígio na prática é um exercício complexo, uma vez que depende do critério escolhido para julgar o êxito de tais estratégias, do isolamento de diversos fatores e a comparação com diferentes estratégias. Este desafio metodológico tem resultado em conclusões inteiramente distintas para um mesmo caso. Rosenberg (1991) media o impacto das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos na medida em que satisfaziam as expectativas expressadas em declarações públicas dos advogados envolvidos no caso, algo que Feeley (1992, p. 745) considerou pouco razoável, já que as verdadeiras expectativas das partes poderiam, na realidade, ser bem mais modestas.

Em resposta a esta crítica, podem ser colocadas três questões. Em primeiro lugar, há evidências no sentido de que muitos casos, embora por certo não em todos, geram tanto efeitos diretos, quanto indiretos, como, por exemplo, consolidar precedentes judiciais, influenciar o desenvolvimento da legislação e políticas sobre o tema, canalizar movimentos sociais e conscientizar a respeito do tema, e até mesmo uma decisão desfavorável pode servir para demonstrar a falta de proteção jurídica (LANGFORD; 2008b). Em um estudo quantitativo de cinco países em desenvolvimento, Gauri e Brinks (2008) ficaram ‘impressionados pelo que os tribunais têm sido capazes de fazer’, afirmando, em suma, que ‘legalizar o litígio por direitos sociais e econômicos poderá ter evitado milhares de mortes’ e ‘melhorado a vida de milhares de pessoas’. Certamente podem se encontrar casos que baseiem as críticas feitas. A recente decisão no caso *Chaoulli* no Canadá referente ao direito ao acesso a um seguro de saúde privado talvez ilustre essas críticas e demonstre que, em casos que envolvem como beneficiários a classe média, há uma maior tendência de que os tribunais decidam de maneira fortemente favorável. Não obstante, é possível fazer referência a diversos julgamentos desfavoráveis envolvendo classe média (ÁFRICA DO SUL, *Minister of Public Works vs. Kyalami Ridge Environmental Association*, 2001; ÁFRICA DO SUL, *Blue Moonlight Properties 39 Pty (Ltd) vs. The Occupiers of Saratoga Avenue and the City of Johannesburg*, 2008) ou referência a outros casos que envolvam

amplas coalizões de grupos distintos, particularmente em casos sobre saúde e educação, nos quais a necessidade ou a existência de políticas universais têm contribuído para esta formação de coalizões mais amplas.

É importante destacar que nem sempre é uma ordem judicial que gera este impacto. Em alguns casos, é a ameaça de um litígio ou o início de procedimentos judiciais que conduz a uma mudança em uma política ou a um acordo entre as partes. É necessário incluir estes casos na equação, embora não haja registros formais destes. No caso da Nigéria, onde o processo judicial pode levar anos, Felix Moroka (2005) afirma que os litígios pelos direitos sociais eram utilizados como ferramenta de mobilização da comunidade e como uma plataforma para estabelecer um contato inicial e negociar com o governo e atores não estatais poderosos, como empresas petrolíferas multinacionais, com quem seria de outra maneira impossível dialogar.

Em segundo lugar, ao considerar o impacto, é necessário ter em mente as consequências não esperadas, tanto positivas, quanto negativas. Nos primeiros casos envolvendo oficiais de alto escalão na Argentina e na África do Sul suas decisões foram implementadas apenas parcialmente, mas representaram um avanço significativo do ponto de vista jurídico ou da cultura jurídica, assentando as bases para litígios bem mais exitosos no futuro. Outros resultados podem ser negativos. Rosenberg (1991) ressalta a complacência, em atividades de *advocacy* por políticas públicas, no que diz respeito aos efeitos gerados por decisões judiciais favoráveis, ao passo que Williams (2005) e Scheingold (2005) observam a reação contrária de grupos conservadores nos Estados Unidos frente a estratégias progressivas de reivindicações de efetividade de direitos. Um número excessivo de julgamentos desfavoráveis ao governo pode expor o sistema judiciário a pressões políticas e a indicações de juízes favoráveis ao poder executivo, como demonstra a experiência na Hungria.

Em terceiro lugar, ao pensar sobre o impacto dessas decisões, faz-se necessário perguntar onde se encontra o erro quando nenhum impacto substantivo é encontrado. Trata-se do litígio em si ou do contexto? Em outras palavras, ao criticar estratégias de litígio, pouco se questiona sobre a disponibilidade de estratégias alternativas, como a mobilização, pressão política, negociação ou se o litígio é realmente o último recurso para vítimas. Ou, ainda, pode se culpar

por uma decisão errônea o sistema judiciário, se as partes cometem erros-chaves em suas estratégias judiciais e não judiciais?

5. LIÇÕES APRENDIDAS SOBRE ESTRATÉGIAS DE LITÍGIO

O avanço do litígio em DESC, ao lado de seus êxitos e fracassos na prática, tem conduzido a uma maior reflexão sobre quais estratégias podem ser mais efetivas (ver CIJ, 2008; GARGARELLA, DOMINGO & ROUX, 2006 e LANGFORD, 2003). Podemos resumir algumas lições aprendidas da seguinte maneira:

5.1. Estratégia de defesa mais ampla - movimentos sociais e comunidades

Muitos consideram essencial a existência de uma atividade de “defesa mais ampla”, em particular para os casos que envolvem o interesse público ou grupos marginalizados. A mobilização social, a organização de comunidades, campanhas na mídia e de conscientização e a pressão política são considerados, portanto, fatores indispensáveis para estratégias bem-sucedidas de litígio. Isto gera um sentimento de apropriação da estratégia de litígio, facilita a produção de provas, amplia a legitimidade da reivindicação feita e ajuda a assegurar a aplicação das ordens e dos acordos alcançados. Têm ocorrido muitas mobilizações de grandes proporções em torno de alguns casos como aqueles referentes a benefícios sociais na Hungria, o caso *TAC* na África do Sul e aquele litígio referente ao direito à educação em Kentucky, Texas e Nova York. No entanto, alguns casos têm sido menos bem-sucedidos embora tenham seguido o mesmo modelo, como o caso da represa Narmada na Índia.

Não obstante, é importante evitar o dogmatismo. Grandes campanhas podem ser menos úteis se os litigantes forem vítimas de preconceitos muito enraizados na comunidade. Procedimentos judiciais mais reservados permitem que estas pessoas reivindiquem seus direitos de maneira mais efetiva e permite que governos indecisos deleguem para os tribunais a tarefa de tomar decisões pouco populares. Em outros casos, é possível observar o surgimento de movimentos sociais a partir de casos bem-sucedidos, como o movimento pelo direito à alimentação na Índia (MURALIDHAR, 2008).

As estratégias exitosas de litígio também tendem a designar um importante papel aos autores ou vítimas, o que se considera essencial para o empoderamento destes, o que, sem dúvida, é um indicador de

impacto positivo em longo prazo. No Canadá, o *Charter Committee on Poverty Issues* desenvolveu um modelo de litígio responsável, pelo qual o comitê conta em seu conselho com representantes de setores de baixa renda. Na Índia, um advogado, depois de duas décadas de litígios de interesse público, agora se nega a assumir um caso a menos que haja a participação direta da comunidade afetada. No entanto, os grandes casos podem apresentar dificuldades específicas na negociação com seus clientes. Nos Estados Unidos, Reino Unido e Austrália, porém, escritórios de advocacia têm desenvolvido um sistema para gerenciar estes casos, os quais na prática são relativamente pouco frequentes.

5.2. Seleção de casos e procedimentos

Muitos defensores de direitos humanos aconselham incorporar estratégias de longo prazo na seleção dos primeiros casos. Por exemplo, sugere-se iniciar estratégias de litígio com casos modestos e não com litígios mais ambiciosos. Deve-se, ao mesmo tempo, considerar que casos muito modestos podem prejudicar o desenvolvimento futuro de certa questão jurídica. Há três espécies de seleção de casos que tendem a ser bem-sucedidas na primeira etapa de uma estratégia de litígio: os litígios que se iniciam a partir de reivindicações similares à defesa tradicional de direitos civis e políticos; flagrantes violações ou descumprimentos claros por parte dos governos de sua obrigação de implementar suas próprias políticas; e, por fim, reivindicações modestas que deixam aberta a possibilidade de desenvolvimento futuro da jurisprudência. Um segundo grupo de decisões diz respeito ao tipo de procedimento a ser utilizado, em particular quando existe a possibilidade de iniciar uma ação tanto individual quanto coletivamente. Alguns defensores e comentaristas advertem, de maneira legítima, contra demandas coletivas uma vez que ONGs e advogados podem eventualmente cooptar a estratégia de litígio (PORTER, 2004) ou ainda podem eliminar a possibilidade de reparações no âmbito internacional, uma que não foram esgotados recursos individuais (MELISH, 2006). No entanto, os procedimentos coletivos podem ser particularmente úteis quando as vítimas individuais temem ou correm o risco de ser hostilizadas por participar em um processo ou quando as vítimas se encontram dispersas (FAIRSTEIN, 2005). Uma solução possível,

utilizada em algumas jurisdições, consiste em incluir entre os litigantes tanto indivíduos, quanto organizações.

5.3. Argumentos jurídicos, fáticos e referentes a remédios judiciais

Os casos bem-sucedidos, em geral, caracterizam-se por uma forte atenção em apresentar argumentos jurídicos de qualidade. No entanto, os tipos de argumentos tendem a variar de forma considerável entre uma jurisdição para outra e, obviamente, resulta difícil classificá-los com precisão. Por exemplo, os tratados internacionais de direitos humanos e a jurisprudência internacional e comparada têm exercido considerável influência em alguns países e pouca influência em outros. Da mesma forma, alguns casos têm sido bem-sucedidos baseando-se em argumentos jurídicos bem específicos, ao passo que outros têm utilizado argumentos mais ambiciosos e amplos. Não obstante, o fato de que a base de dados da jurisprudência da Rede-DESC, que contém cerca de 100 casos, ter tido 72.000 acessos nos últimos dois anos é uma amostra do forte e crescente interesse que a jurisprudência comparada tem despertado.

As organizações e movimentos com projetos de longo prazo tendem a não se restringir apenas a normas de direitos humanos, mas também dedicam considerável energia no desenvolvimento da legislação existente para otimizar as estratégias jurídicas. Por exemplo, os grupos que trabalham em defesa do direito à moradia nos Estados Unidos promoveram uma campanha a favor de uma nova lei federal que estabeleceria uma série de direitos específicos e concretos para moradores de rua. Ao lado deste projeto, quando os direitos não eram respeitados, a estratégia focava em litigar judicialmente pelos direitos de moradores de rua.⁸ No entanto, embora este enfoque em geral seja o ideal, inclusive a partir de uma perspectiva política, nem sempre é uma via possível, particularmente quando grupos envolvidos são altamente marginalizados ou quando existe pouca vontade política em implementar a legislação existente.

Alguns casos de DESC podem apresentar grandes dificuldades quanto à produção de provas. Um exemplo importante é o caso *Kearney* no Canadá, que defensores demonstraram quantitativamente que o critério de renda mínima para o mercado de aluguel de imóvel estava baseada em premissas falsas - a maioria dos inquilinos de baixa renda tinham de fato condições de arcar com

8. Ver http://www.nlchp.org/about_us.cfm. Último acesso em: 19 outubro, 2009.

aluguéis mais elevados e manter uma taxa reduzida de morosidade no pagamento do aluguel diante de dificuldades financeiras. Desta forma, estatísticas definidas de maneira adequada e mensuráveis têm sido, por vezes, um fator decisivo em certos casos. No entanto, alguns críticos questionam se os tribunais estão dando importância demais ao desenvolvimento de provas quantitativas.

Os defensores de direitos humanos, em geral, mencionam, entre os principais obstáculos para a implementação de decisões favoráveis, a concessão de remédios judiciais frágeis ou inadequados. Correndo o risco de dizer o óbvio, cabe mencionar aqui que a decisão de litigar deve acompanhar uma cuidadosa estratégia quando aos remédios que se pretende obter, o que, por sua vez, deve ser um fator a ser considerado na hora de promover campanhas e decidir estruturá-las em torno de um caso. Embora os tribunais pareçam dispostos a ordenar remédios judiciais que estejam à altura das violações encontradas, a supervisão judicial da execução das decisões pode ser um fator crucial para garantir a efetividade destas. As decisões sobre meio ambiente na Índia e a segregação racial em escolas nos Estados Unidos demoraram anos para serem implementadas, recorrendo diversas vezes ao Poder Judiciário.

5.4. Preparação para cumprir as decisões judiciais

Um erro comum em muitas estratégias jurídicas é a não inclusão de uma preparação adequada para assegurar a efetiva implementação de um acordo ou decisão judicial favorável. Como observado anteriormente, uma estratégia de defesa de direitos e mobilização mais ampla pode assegurar que haja recursos financeiros, humanos, técnicos e uma estratégia “para além dos advogados” para exigir o cumprimento das decisões judiciais. Cada vez mais, defensores de direitos humanos percebem que a implementação de decisões pode exigir tanto ou mais trabalho do que o trabalho de obter uma sentença favorável. Também pode exigir habilidades que estão além dos autores e das partes envolvidas, como, por exemplo, mediadores e trabalhadores comunitários. Os demandantes e seus advogados necessitam planejar, desde o início, a fase posterior à decisão judicial e contar com recursos suficientes para esta tarefa.

6. CONCLUSÃO

Esta pesquisa comparativa sobre a justiciabilidade dos DESC revela um campo de pesquisa em transição entre o nascimento e a maturidade. Para muitos Estados no mundo, litígios envolvendo DESC continuam a representar uma pequena e insignificante parte do espectro geral de direitos humanos, de campanhas por justiça social e da jurisprudência. No entanto, em um contexto de pobreza e desigualdade social, unir maior conhecimento sobre direitos, disseminar estratégias de judicialização baseadas em direitos humanos e a crescente independência do Poder Judiciário tem levado a estratégias de litígio no âmbito dos DESC em países tão distintos como China, Egito, Namíbia, Estados Unidos. Em uma minoria considerável de jurisdições, tem-se alcançado certo grau de maturidade na jurisprudência e no debate sobre estratégias de litígio adequadas, embora não haja unanimidade entre os atores envolvidos, em particular sobre a doutrina jurídica ou a forma de implementação das decisões.

A partir de uma perspectiva histórica, nota-se que muitos dos pressupostos tradicionais segundo os quais os DESC não são direitos jurídicos, e tampouco judicializáveis foram postos em xeque em pouco tempo. Os tribunais no âmbito nacional têm emitido decisões sobre diversas obrigações dos Estados com relação a efetivar os DESC, desde a prevenção de riscos até destinação orçamentária para remediar a desigualdade social e sentenças destinadas a garantir o acesso a serviços essenciais e medicamentos. Esta jurisprudência não está, no entanto, isenta das objeções que afirmam que a justiciabilidade dos DESC é, do ponto de vista democrático, ilegítima, ou gera diversas complicações a partir de uma perspectiva institucional, porém oferece um contexto mais aprofundado para estes debates e sua resolução via judicial.

É fundamental que os entusiastas do desenvolvimento deste novo ramo do direito e da prática jurídica tenham como base os avanços jurisprudenciais e as lições aprendidas a partir de experiências bem-sucedidas de litígio. Isto significa procurar conhecer muitos dos caninhos da justiciabilidade ainda pouco explorados, empreender a árdua tarefa melhorá-los e construir alianças nacionais e transnacionais com diferentes grupos de direitos humanos, movimentos sociais e comunidades, com foco especial em casos que sejam concretos, inovadores e revelem falhas de órgãos

políticos. Falta cautela para evita o uso excessivo ou demasiadamente ambicioso do sistema judicial, o que acaba por impedir as chances de ação política ou o desenvolvimento gradual da jurisprudência, ao mesmo tempo exercendo o direito humano fundamental a um remédio efetivo e assegurando que os DESC sejam incorporados à jurisprudência existente e, conseqüentemente, ao espaço político e de políticas públicas dos Estados.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

ACKERMAN, E. M. 2004. *Colección de análisis jurisprudencial: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: La Ley.

ALBISA, C.; SCHULTZ, J. 2008. The United States: A Ragged Patchwork. In: LANGFORD, M. (Org). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 230-249.

ANNAN, A. 1988. Administrative Law in a Global Era: Progress, Deregulatory Change, and the Rise of the Administrative Presidency. *Cornell Law Review*, v. 73, p. 1108.

ARANGO, R.; LEMAITRE, J. 2002. (Org.). *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital: Constitutional Case Law on the Minimum Conditions for a Dignified Life*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

BADERIN, M. 2007. *Economic Social and Cultural Rights in Action*. Oxford: OUP.

BELLAMY, R. 2008. The Democratic Constitution: Why Europeans Should Avoid American Style Constitutional Judicial Review. *European Political Science*, v. 7, n. 1, p. 9-20.

BILCHITZ, D. 2002. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance. *South African Law Journal*, v. 119, p. 484-501.

_____. 2003. Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence. *South African Journal of Human Rights*, v. 19, p. 1-2.

_____. 2007. *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Oxford: Oxford University Press.

BYRNE, I.; HOSSAIN, S. 2008. South Asia: Economic and Social Rights Case Law of Bangladesh, Nepal, Pakistan and Sri Lanka. In: LANGFORD, M. (Org). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 125-143.

CERNIC, J. 2008. Corporate Responsibility for Human Rights: A Critical Analysis of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. *Hanse Law Review*, v. 4, n. 1, p. 71-100.

CHAYES, A. 1976. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1281-1316.

CLARK, D.; FOX, J.; TREAKLE, K. (Org). 2003. *Demanding Accountability: Civil Society Claims and the World Bank Inspection Panel*. Lanham, Md.: Rowman & Littlefield Publishers.

COOMANS, F. 2006. (Org). *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*. Antwerpen: Intersentia and Maastricht Centre for Human Rights.

COURTIS, C. 2006. Socio-Economic Rights before the Courts in Argentina. In: COOMANS, F. (Org). *Justiciability of Economic and Social Rights*. Antwerpen: Intersentia, p. 309-354.

_____. 2008. Argentina: Some promising signs. In: LANGFORD, M. (Org). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press.

CUNEO, I. 2005. The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American System. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, v. 22, n. 1, p. 53-63.

DENNIS, M.; STEWART, D. 2004. Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health? *American Journal of International Law*, v. 98, p. 462-515.

DESAI, A.; MURALIDHAR, S. 2000. Public Interest Litigation: Potential and Problems. In: KIRPAL, B.N.; DESAI, A.; SUBRAMANIAM, G.; DHAVAN, R.; RAMACHANDRAN, R. (Org.) *Supreme but Not Infallible: Essays in Honour of the Supreme Court of India*. Nova Deli: Oxford University Press, p. 159-192.

DUGARD, J. 2006. Court of First Instance? Towards a Pro-poor Jurisdiction for the South African Constitutional Court. *South African Journal on Human Rights*, v. 22, n. 2, p. 261.

DURBACH, A. 2008. The Right to Legal Aid in Social Rights Litigation. In: LANGFORD, M. (Org). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 59-71.

EIDE, A. 1995. The Right to an Adequate Standard of Living Including the Right to Food. In: _____; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (Org.). *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*. Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff, p. 89-105.

EPP, C. 1998. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

EUROPEANROMARIGHTSCENTRE(ERRC). 2005. *Desegregation Court Victory: ERRC Prevails in Court against Bulgarian Ministry of Education on School Segregation of Roma*. Disponível em: <http://www.errc.org/>. Último acesso em: 1 janeiro 2006.

FABRE, C. 2000. *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*. Nova Iorque: Oxford University Press.

FAIRSTEIN, C. 2005. Positive Remedies: The Argentinean Experience. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 139-151.

FEELEY, M. 1992. Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors: Review of "The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?" by Gerald N. Rosenberg. *Law & Social Inquiry*, v. 17, n. 4, p. 745-760.

FENWICK, C. 2008. *The International Labour Organisation: An Integrated Approach to Economic and Social Rights*. Genebra: International Labour Organisation, p. 591-612.

FREEMAN, C.; HEYDENREICH, C.; LILLYWHITE, S. 2000. *Guide to the OECD Guidelines for Multinational Enterprises' Complaint Procedure: lessons from past NGO complaints*. OECD Watch. Disponível em: <http://www.business-humanrights.org/Links/Repository>. Último acesso em: 15 outubro 2008.

FULLER, L. 1979. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, p. 353-409.

GALOWITZ, P. 2006. Right to Legal Aid and Economic, Social and Cultural Rights Litigation. In: LANGFORD, M.; NOLAN, A. *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Legal Practitioners Dossier (Revised)*. Geneva: Centre on Housing Rights & Evictions.

GARGARELLA, R. 2006. Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights. In: _____; DOMINGO, P.; ROUX, T. (Eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*. Aldershot/Burlington: Ashgate, p. 13-34.

_____. DOMINGO, P.; ROUX, T. (Eds.). 2006. *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*. Aldershot/Burlington: Ashgate.

GAURI, V.; BRINKS, D. 2008. (Org.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Nova Iorque: Cambridge University Press.

GLOPPEN, S. 2006. Courts and Social Transformation: An Analytical Framework. In: GARGARELLA, R.; DOMINGO, P.; ROUX, T. (Org.). *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*. Aldershot/Burlington: Ashgate, p. 35-59.

HEYWOOD, M. 2003. Contempt or compliance? The TAC case after the Constitutional Court judgment. *ESR Review*, v. 4, n. 4, p. 7-10.

HOFFMAN, F.; BENTES, F. 2008. Accountability for Economic and Social Rights in Brazil. In: GAURI, V.; BRINKS, D. (Org.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 100-145.

HOROWITZ, Donald. 1977. *The Courts and Social Policy*. Washington D.C.: Brookings Institution Press.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ). 2007. Kenyan and Swedish Sections. *Human rights Litigation and the domestication of human rights standards in Sub Saharan Africa: vol. 1*. Nairóbi: AHRAJ Case Book Series.

_____. 2008. *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability* Geneva: ICJ.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION (ILO). 1996. *Freedom of Association - Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. 5th ed. Geneva: International Labour Organisation.

JAYAWICKRAMA, J. 2002. *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.

JOSEPH, S. 2008. Liability of Multinational Corporations. In: LANGFORD, M. (Org). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 613-627.

KING, Jeff. 2008. The Pervasiveness of Polycentricity. *Public Law*, p. 101-124.

KYRITSIS, D. 2006. Representation and Waldron's Objection to Judicial Review. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 733-751.

LANGFORD, M. 2003. *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies*. Geneva: Centre on Housing Rights & Evictions.

_____. 2005. Judging Resource Availability. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 89-108.

_____.; NOLAN, A. 2006. *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Legal Practitioners Dossier (Revised)*. Geneva: Centre on Housing Rights & Evictions.

_____. 2008a. Hungary: Social rights or market redivivus? In: _____. (Org). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 250-266.

_____. 2008b. Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory. In: _____. (Org). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 1-45.

_____. 2009. Closing the Gap? An Introduction to the Optional Protocol. *Nordic Journal of Human Rights*, v. 27, n. 1 p. 1-28.

LIEBENBERG, S. 2005. Enforcing Positive Social and Economic Rights Claims: The South African Model of Reasonableness Review. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 73 - 88.

MAHON, C. 2008. Progress at the Front: The Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Law Review*, v. 8, n. 4, p. 617-646.

MELISH, T. 2006. Rethinking the 'Less as More' Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas. *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)*, v. 39, p. 1.

MORKA, F. 2003. Entrevista. In: LANGFORD, M. 2003. *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies*. Geneva: Centre on Housing Rights & Evictions., p. 113.

MUBANGIZI J. 2006. The Constitutional Protection of Socio-Economic Rights in Selected African Countries: A Comparative Evaluation. *African Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 1, p. 1-19.

MURALIDHAR, S. 2008. India: The expectations and challenges of judicial enforcement of social rights. In: LANGFORD, M (Org). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 102-124.

NAÇÕES UNIDAS. 1990. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General Comment No. 3: The Nature of States Parties obligations*. U.N. Doc. E/1991/23, annex III at 86.

_____. 1998b. *General Comment 9: The domestic application of the Covenant*. U.N. Doc. E/C.12/1998/24, 19th sessão.

_____. 2002. *Conclusions and recommendations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland - Dependent Territories*. U.N. Doc. E/C.12/1/Add.79 (2002). UN Doc.

_____. 2005. *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: People's Republic of China*

(including Hong Kong and Macao). UN Doc. E/C.12/1/Add.107 (2005).

_____. 2006. *Concluding Observations: Canada*. U.N. Doc. E/C.12/CAN/CO/4-E/C.12/CAN/CO/5 (2006), para. 40.

_____. 2009. *General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights*. UN Doc. E/C.12/GC/20 (2009).

NOLAN, A. 2008. Ireland: The separation of powers doctrine v. socio-economic rights? In: LANGFORD, M. (Org). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 295-319.

ODINDO, O. 2005. Litigation and Housing Rights in Kenya. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 155-166.

PETERS, Y. 2005. *Twenty Years of Litigating for Disability Equality Rights: Has it Made a Difference? An Assessment by the Council of Canadians with Disabilities*. Disponível em: <http://www.ccdonline.ca/publications/20yrs/20yrs.htm#IV>. Último acesso em: 13 November 2008.

PETERSON, L. 2009. *Human Rights and Bilateral Investment Treaties: Mapping the role of human rights law within investor-state arbitration*. Montreal: Rights & Democracy.

PIETERSE, M. 2007. Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship Revisited. *Human Rights Quarterly*, v. 29, n. 3, p. 796-822.

PORTER, B. 2004. Homelessness, Human Rights, Litigation and Law Reform: A View from Canada. *Australian Journal for Human Rights*, v. 10, n. 2.

_____. 2005. The Crisis of ESC Rights and Strategies for Addressing It. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M.; THIELE, B. (Org.). *Road to a Remedy: Current Issues in Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*. Sidney: UNSW Press and Australian Human Rights Centre, p. 48-55.

ROACH, K. 2008. The challenges of crafting remedies for violations of socio-economic rights. In: LANGFORD, M. (Org). *Social Rights*

Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 46-58.

_____.; BUDLENDER, G. 2005. Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When is it Appropriate, Just and Equitable. *South African Law Journal*, v. 122, p. 325-351.

ROSENBERG, G. 1991. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago Press.

ROUX, T. 2009. Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, p. 106-138.

SADURSKI, W. 2005. *Rights before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer.

SCHEINGOLD, S. 2004. *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Social Change*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.

SCOTT, C.; MACKLEM, P. 1992. Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees: Social Rights in a New South African Constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141.

SEPÚLVEDA, M. 2008. The Constitutional Court's role in addressing social injustice. In: LANGFORD, M (Org). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 144-162.

SHANKA; MEHTA, 2008. Courts and Socio-Economic Rights in India. In: GAURI, V.; BRINKS, D. 2008. (Org.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Nova Iorque: Cambridge University Press, p. 146-182.

SIMMONS, B. 2009. *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*. Nova Iorque: Cambridge University Press.

SOCIAL SURVEYS AFRICA; NKUZI DEVELOPMENT ASSOCIATION. 2005. *Summary of the Key Findings from the National Evictions Survey*. Disponível em: http://www.sarpn.org.za/documents/d0001822/Nkuzi_Eviction_NES_2005.pdf. Último acesso em: 15 outubro 2008.

SUNSTEIN, C. 1993. Against Positive Rights: Why social and economic rights *don't* belong in the new constitutions of post-

communist Europe. *East European Constitutional Review*, v. 2, Winter, p. 35-38.

SWART, M. 2005. Left Out in the Cold? Crafting Constitutional Remedies for the Poorest of the Poor. *South African Journal of Human Rights*, v. 21, p. 215-240.

TANG, L. 2007. "Half the Sky" but Not Half the Land: Women's Property Rights and Expropriation in Rural China. *InBrief*, Hakijamii Bulletin, no. 1, Set.

VIERDAG, E. W. 1978. The legal nature of the rights granted by the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Netherlands Yearbook of International Law*, v. IX, p. 69-105.

WALDRON, J. 2006. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346.

WILLIAMS, L. 2005. Issues and Challenges in Addressing Poverty and Legal Rights: A Comparative United States/South African Analysis. *South African Journal of Human Rights*, v. 21, p. 436-472.

WILSON, B. 2009. Rights Revolutions in Unlikely Places: Costa Rica and Colombia. *Journal of Politics in Latin America*, vol. 1, p. 59-85.

YAMIN, A.; PARRA-VERA, O, 2000. How Do Courts Set Health Policy? The Case of the Colombian Constitutional Court. *PLoS Medicine*, v. 6, n. 2, p. 147-150.

Jurisprudence

ÁFRICA DO SUL. 1997. *Soobramoney v. Minister of Health*. KwaZulu-Natal, 1997 (12) BCLR 1696.

_____. 2000. *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*. 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

_____. 2001A. *Minister of Public Works v. Kyalami Ridge Environmental Association*. 2001 (7) BCLR 652 (CC).

_____. 2001b. *Nkonkobe Municipality v. Water Services South Africa (PTY) Ltd e/ Ors*, Case No. 1277/2001 (unreported).

_____. 2002. *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others* (1) 2002 10 BCLR.

_____. 2004A. *Khosa v. Minister of Social Development, Mahlaule v. Minister of Social Development*. 2004 (6) BCLR 569 (CC).

_____. 2004b. *Port Elizabeth v. Various Occupiers*. 2004 (12) BCLR 1268 (CC).

_____. 2005a. High Court. *Florence Mahlangu v. The Minister for Social Development*. Case No. 25754/05 (decisão pendente).

_____. 2005b. *Jaftha v. Schoeman and others, Van Rooyen v. Stoltz and others*. 2005 (1) BCLR 78 (CC).

_____. 2005c. *President of RSA and Another v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others*. 2005 (8) BCLR 786 (CC).

_____. 2008. *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and Or. v. City of Johannesburg and Others*. Case CCT 24/07 [2008] ZACC 1.

_____. 2008. High Court of Johannesburg. *Blue Moonlight Properties 39 Pty (Ltd) v. The Occupiers of Saratoga Avenue and the City of Johannesburg*. Julgamento não publicado, 12 de set.

_____. 2009. *City of Johannesburg and Others v. Lindiwe Mazibuko and Others Case*. No 489/08 [2009] ZA SCA 20, Decisão de 25 de março.

ALEMANHA. 1970. Federal Constitutional Court. *Klauss case*. 30 BVERFG I.

_____. 1972. Federal Constitutional Court. *Numerus Clausus I case*. 33 BVerfGE 303.

_____. 1975. Federal Constitutional Court. *BVERFG 40*. 121 (133).

ARGENTINA. 1998. Federal Administrative Court. *Viceconte Mariela v. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986*. 2 jun.

_____. 2004. Supreme Court. *Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales S. A. s/accidentes ley 9688*. 21 set.

BANGLADESH. 2000. High Court. *Bangladesh Society for the Enforcement of Human Rights and Others v. Government of Bangladesh and Others*. 53 DLR (2001) 1, decided on 14 Mar.

_____. 2001. Supreme Court of Bangladesh. *Aino Salish Kendra and Others (ASK) v. Government and Bangladesh and Others*. 19 BLD (1999) 488, decided on 29 Jul.

BRASIL. 2003. Superior Court of Justice. *Resp 577836*.

CANADA. 1989. Supreme Court. *Slaight Communications Inc. v. Davidson*. [1989] 1 SCR 1038.

_____. 1997. Supreme Court. *Eldridge v. British Columbia*. (1997) 3 S.C.R. 324, decided on 20 Dec.

_____. 1998. Ontario Human Rights Commission. *Kearney v. Bramlea Ltd.* (1998) 34 CHRR D/1.

_____. 2001a. Supreme Court. *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*. [2001] 3 SCR 1016, decided on 20 Dec.

_____. 2001b. Supreme Court. *Shelter Corporation v. Ontario Human Rights Commission*. (2001) 143 OAC 54.

_____. 2005. Supreme Court. *Chaoulli v. Quebec - Attorney General*. [2005] 1 SCR 791.

COLOMBIA. 1996. Constitutional Court. *SU-256*.

_____. 1997. Constitutional Court. *SU-111/97*.

_____. 2002. Constitutional Court. *T-595/02*.

_____. 2004. Constitutional Court. *T-025/04*.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. 2001. *SERAC v. Nigeria*. Communication No. 155/1996.

_____. 2003. *Purohit and Moore v. The Gambia*. Communication No. 241/2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). 2005. *Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize*. Report No. 40/04, Case 12.053, OEA/Ser.L/V/II.122, doc. 5 rev. 1.

COMITÊ EUROPEU DE DIREITOS SOCIAIS. 1999. *ICJ v. Portugal*. No 1/1998.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. 1979. *Airey v. Ireland*. (1979) 2 EHRR 305, decided on 9 Oct.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2001. *The Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tinga v. Nicaragua*. (Ser. C) No.79, Judgment on 31 Aug.

_____. 2003. *H.R. Five Pensioners' Case v. Peru*. (Ser. C) No. 98, Judgment on Feb. 28.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. 2004. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Israeli Occupied Territories*. ICJ Reports 136.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 1954. Supreme Court. *Brown v. Board of Education*. 347 U.S. 483 (1954).

_____. 1955. Supreme Court. *Brown v. Board of Education II*. 349 U.S. 294 (1955).

_____. 1977. New York Court of Appeals. *Tucker v. Toia*. 43 N.Y.2d 1, 7 (1977).

_____. 1989a. Supreme Court of Texas. *Edgewood Independent School District v. Kirby*. 777 S.W.2d 391 (Tex. 1989).

_____. 1989b. Supreme Court of Kentucky. *Rose v. Council for Better Education*. 790 S.W.2d 186 (Ky. 1989).

FILIPINAS. 1997. Supreme Court. *Tatad v. Secretary of the Department of Energy*. G. R. No. 124360, 5 Nov.

FINLÂNDIA. 1997. Supreme Court of Finland. *Employment Act Case*. KKO 1997: 141, Yearbook of the Supreme Court.

_____. 1999. Helsinki Court of Appeals. *Child-Care Services Case*. Case No. S 98/225, 28 October.

_____. 2000. Supreme Administrative Court. *Medical Aids Case*. No. 3118, 27 Nov.

FRANÇA. 1985. Court of Appeal of Versailles. *Recueil Dalloz*. (1985), 421.

HUNGRIA. 1991. Constitutional Court. *Decision 772/B/1990/AB*. ABH 1991, 519 at 520.

_____. 1998. Constitutional Court. *Decision 32/1998 (VI.25)*.

_____. 2000. Constitutional Court. *Decision 42/2000 (XI.8)*.

INDIA. 1980. Supreme Court. *Municipal Council Ratlam v. Vardhichand and others*. AIR 1980 SC 1622.

_____. 1984. Supreme Court. *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*. AIR 1984 SC 802.

_____. 1985. Supreme Court. *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*. (1985) 3 SCC 545.

_____. 1997. Supreme Court. *Vishaka and others v. State of Rajasthan and others*. (1997) 6 SCC 241.

_____. 1998. Supreme Court. *M.C. Mehta v. Union of India*. (1998) 6 SCC 63.

_____. 2001. Supreme Court. *People's Union for Civil Liberties v. Union of India*. (2001) 5 SCALE 303.

_____. 2004. Supreme Court. *People's Union for Civil Liberties v. Union of India*. (2004) 8 SCALE 759.

_____. 2000. Supreme Court. *Narmada Bachao Andolan v. Union of India*. (2000) 10 SCC 664.

IRLANDA. 1989. High Court. *O'Reilly* [1989] I.L.R.M. 181, p. 194.

_____. 2001. Supreme Court. *Sinnot* [2001] 2 IR 545.

NAÇÕES UNIDAS. 2001. Human Rights Committee. *Karel Des Fours Walderode v. the Czech Republic*. (Communication No. 747/1997), Views of 30 October 2001, paragraph 8.3.

_____. 2003. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. *A.T. v. Hungary*. 2/2003.

NEPAL. 1995. *Mira Dhungana v. Ministry of Law, Justice and Parliamentary Affairs*. 4 S. Ct. Bull 1 (Fagun 1-15, 2052).

NIGERIA. 2005. High Court. *Gbemre v. Shell Petroleum & Others*. Suit No. FHC/B/C/53/05, Decision of 14 Nov.

PAQUISTÃO. 1990. Supreme Court. *Fazal Jan v. Roshua Din*. PLD 1990 SC 661.

PORTUGAL. 1984A. PORTUGUESE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL. *Decision (Acórdão) n°39/84*. April 11.

_____. 1984B. PORTUGUESE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL. *Decision (Acórdão) n° 509/2002*.

REINO UNIDO. 2002a. Court of Appeal. *Donoghue v. Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd*. [2002] 3 WLR 183.

_____. 2002b. Court of Appeal. *R(H) v. Leonard Cheschire Foundation (A Charity)*. [2002] EWCA Civ 266.

_____. 2008. *D.H. and Others v. the Czech Republic*. App. No. 57325/00, 47 EUR. H.R. REP. 3 (2008).

SUIÇA. 1995. Federal Court of Switzerland. *Vv. Einwohnerngemeinde X und Regierungsrat des Kantons Bern*. BGE/ATF 121 I 367, 27 Oct.

Email: malcolm.langford@nchr.uio.no.

DIMENSÃO SÓCIO-CULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS E A *LEIKULTUR* CONTEMPORÂNEA NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Marcus Pinto Aguiar

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza-UNIFOR; Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Mediador e Conciliador Judicial pelo NUPEMEC/TJ-CE; Docente do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário INTA – UNINTA, e da Faculdade Alencarina de Sobral – FAL; Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Alencarina de Sobral; Advogado OAB/CE.

1. INTRODUÇÃO

Apesar da ampla difusão de mecanismos normativos e institucionais, no âmbito internacional e nacional, o presente trabalho aponta para a dimensão sociocultural dos direitos sociais como essencial para a eficaz concretização de tais direitos, entendendo que a dimensão jurídica é importante, mas tem sido insuficiente para tanto; e que a positivação, vista de maneira mais ampla, deve necessariamente realizar-se não apenas no processo de produção de normas, mas especialmente por meio de sua aplicabilidade social; que pode ser promovida de forma mais eficiente no seio dos movimentos sociais e políticos de luta e que se materializam a partir de ações humanas no contexto cultural próprio de cada sociedade, ao proporcionar, com igual consideração, bens materiais e imateriais essenciais à realização dos projetos de vida individuais e coletivos.

Nessa perspectiva, o trabalho se justifica pela consideração das expressões culturais locais e globais, no processo de efetivação dos direitos sociais, ao chamar atenção para a *Leitkultur*, ou cultura dominante, movida por um espírito que (im)põe valores de cunho economicista e de exacerbada individualidade, que terminam por descuidar do outro que partilha de igual condição humana, e da importância da coletividade na qual as pessoas realizam suas vidas.

Assim, a partir da análise de documentos transnacionais em matéria de direitos humanos e de pesquisa bibliográfica prioritariamente focada no direito internacional dos direitos humanos,

o trabalho conclui que é necessário fomentar um movimento contra hegemônico capaz de disseminar nas mentes e corações dos atores sociais, políticos e jurídicos valores como o cuidado, o respeito, o afeto e a compaixão de uns pelos outros, comuns e próprios da unidade humana, por meio de ações preñhes do espírito de fraternidade, como propõe o artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, como autêntico “dever de agir” no mundo.

2. DIREITOS HUMANOS EM SUA DIMENSÃO SOCIOCULTURAL

Como expressão cultural de uma determinada comunidade, o direito é (im)posto geopoliticamente de acordo com o sistema ideológico dominante, e reflete os interesses dos que detêm o poder de fazê-lo; por isso, é imprescindível, especialmente no campo dos direitos humanos, que sua interpretação e aplicabilidade estejam fundamentadas transnacionalmente, sob pena de se tornarem apenas formulações técnico-formais, sem concretização de suas potencialidades na realidade fática da vida humana, uma vez que, para além dos direitos, as pessoas têm necessidades de bens materiais e imateriais, para satisfazer seus desejos e interesses, no contexto existencial de seus planos de vida.

Os Estados, entretanto, que participam de consensos multilaterais transnacionais, e tomam assento nos organismos criados para garantir a paz, e que têm o dever de efetivar os meios e os bens necessários para valorizar a pessoa humana, são também os primeiros a realizar violações de direitos humanos. O que mudou a partir da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), da Organização dos Estados Americanos (OEA) e dos inúmeros Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) ratificados? Só para citar os dois organismos transnacionais mais caros à realidade dos países latino-americanos.

Com certeza, a ação destes e muitos outros tem proporcionado melhorias nas condições de vida de algumas pessoas, aliviado o sofrimento e evitado a morte de muitos, em seus combates incansáveis por um mundo melhor para todos. Mas também não há dúvidas de que estes mesmos organismos enfrentam graves limitações políticas para realmente fazer de todos e de todas “sujeitos de direitos humanos”, especialmente direitos sociais.

Desse modo, direitos humanos e suas lutas precisam ser contextualizados nas realidades históricas das pessoas e dos povos,

assim como os diversos documentos internacionais multilaterais (tratados, pactos, convenções, etc.), pois eles certamente estão eivados de elementos próprios da cultura e da realidade social, local e global em que nasceram.

Assim, não é suficiente a ideia de que as pessoas têm “o direito a ter direitos”, pois o direito não se basta a si mesmo, isto é, sua simples declaração ou proclamação não garante as condições materiais e imateriais necessárias para que se tenha saúde, educação, cultura, transporte, liberdade, meio ambiente saudável, entre tantos direitos humanos.

No entanto, aqui se reconhece que o valor moral inerente aos direitos humanos ganha em possibilidade de concretização a partir de sua positivação, escapando da armadilha de se tornar apenas “ideais morais”, como afirma Martinez (2004, p.190). Entretanto, no âmbito deste trabalho, positivar direitos remete não apenas a sua dimensão normativa (posta no ordenamento jurídico) e axiológica, mas culmina com sua aplicabilidade social – dimensão sociológica (CAMPOS, 2006, p.60).

Nesta linha de pensamento, as teses realistas acerca da fundamentação dos direitos sociais, entendem que o positivismo não é o fim de um processo, mas uma “condição para o desenvolvimento de técnicas de proteção dos direitos fundamentais” e não apenas instrumento de consideração formal dos direitos, pois, para que estes sejam concretizados, se necessitam a práxis social e o reconhecimento das condições reais existentes (LUÑO, 2010, p.61).

Logo, o intuito desta proposta não é desqualificar a importância da positivação (legalista) dos direitos sociais, quer no plano nacional, principalmente de forma constitucionalizada, quer no plano internacional, especialmente por meio dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH), pois, reconhecidamente, imprimem uma agenda política, jurídica e social, que promove diálogos e debates em torno das contínuas e crescentes necessidades humanas, em prol da aplicabilidade de tais normas na realidade da vida das pessoas.

Desse modo, como esta realidade é retratada na cotidianidade instaurada localmente, inserida no âmbito estatal, tais direitos humanos/fundamentais funcionam como “paradoxais limites habilitantes”, isto é, têm a função de limitar a insaciabilidade dos poderes (públicos e privados), que tendem a se contrapor aos direitos para empobrecer a democracia política. Desse modo, os direitos

fundamentais são vistos como instrumentos de ampliação da participação no contexto democrático em suas diversas dimensões, tais como, social, civil e política (FERRAJOLI, 2005, p.15).

O movimento de internalização dos direitos humanos, na esfera nacional, proposto em instâncias internacionais, por meio de tratados e/ou declarações (*softlaw*) multilaterais, principalmente o de integração às disposições constitucionais dos Estados, tem também a intenção de fortalecer os limites, já postos internamente, aos poderes públicos e privados; assim como também é possível que, por meio de uma relação dialógica de natureza homogênea, em termos de configuração hierárquica, entre Estados e órgãos desses sistemas internacionais, sejam fortalecidas não apenas tais estruturas e instituições transnacionais, mas também a própria democracia constitucional, uma vez que tais organismos são compostos de representantes destes mesmos Estados.

Desse modo, direitos humanos, e em especial os direitos sociais, atuam como elementos críticos que levantam a voz contra a atuação de poderes absolutos, quer manifestados em nome do mercado, quer pelo sistema político representativo das oligarquias, mesmo que legitimamente posto pelas maiorias; logo, integrados internamente ao mundo jurídico nacional, são autênticos instrumentos de proteção aos mais fracos, isto é, aos oprimidos, física, política, cultural e economicamente (FERRAJOLI, 2005, p.16).

Não é sem razão que a construção do modelo de democracia representativa, a partir da modernidade, apresenta uma proposta reduzida de participação política (votar e ser votado) do povo, afastando-o, mais do que aproximando-o do processo decisório de elaboração das políticas públicas, instrumentos essenciais para deliberação, planejamento, efetivação e controle da implementação dos direitos sociais e fundamentais necessários para a construção de uma sociedade solidária e igualitária.

Tal afastamento, entretanto, dá-se também no plano jurídico, a partir da “rivalidade pelo monopólio de acesso aos recursos jurídicos”, ao implementar uma racionalidade que afasta o corpo social do poder de decidibilidade do Estado, via poder judiciário, e por um sistema de normas jurídicas que se converte em simulacro de total independência das relações de força que o consagra e o (im)põe à sociedade como um todo (BOURDIEU, 2000, p.160).

Além disso, quando a materialização de direitos humanos, principalmente os sociais, está subjugada ao sistema econômico-financeiro local (periférico), que por sua vez é dependente do sistema econômico capitalista dos países centrais, com sedes principais nos Estados Unidos da América e na União Europeia, retira da esfera política e da sociedade o protagonismo de favorecer movimentos de implementação de uma justiça social distributiva, como tem sido experienciado ao longo das perpetuações das crises do sistema do capital.

3. CULTURA DOMINANTE VS. ESPÍRITO DE FRATERNIDADE

O que impede que pessoas humanas, dotados de razão e consciência, na condição de agentes do Estado ou representantes de empreendimentos privados, não reconheçam a igual dignidade que seus pares portam, a ponto de não cumprirem não apenas com o dever de respeito, de igual consideração do outro ou de amor ao próximo, mas também com seus deveres jurídicos? O que lhes falta ou lhes sobra?

Nessa perspectiva, deve-se atentar para a verificação de uma manifestação racional como atributo de uma racionalidade arrogante, capaz de gerar mais exclusão social e justificar *status* sociais considerados superiores, agora baseados na inteligência, expressão mais adequada à contemporaneidade. É o que Bourdieu (2001, p.55) chama de “racismo da inteligência”, fonte de legitimação de outro modo de dominação que atribui à incapacidade intelectual a origem das mazelas do outrora pobre.

Desse modo, entende-se que palavras, ideias e pensamentos são importantes, assim como declarações também o são, como meios de animar e fortalecer condutas, mas nada realizam por si só; a materialidade dos direitos e deveres se dá pela ação humana no mundo.

Logo, além da razão e da liberdade (pressupostos kantianos da dignidade), faz-se necessária a ação concreta, também reveladora da dignidade. Daí a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo primeiro, referir-se ao “dever de agir”, estabelecendo uma legítima obrigação moral e jurídica. Assim, cabe observar, como sustenta Maurer (2005, p.82), que “a dignidade necessita não apenas, e principalmente, de uma realização pelos atos verdadeiramente humanos, mas também das condições externas que lhe permitirão

essa atuação, circunstâncias afetivas, sociais, econômicas, estatais, etc.". Condições estas que poderiam ser alcançadas por meio da devida efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Há ainda mais uma recomendação (ou ordem) que a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe para que a valorização da dignidade da pessoa humana seja alcançada por meio das ações humanas – a necessidade de que estas ações estejam piores do “espírito de fraternidade”. É possível infundir tal espírito de fraternidade? A fraternidade é um dever, e como tal, pode ser exigido do outro? É da ordem do direito? É um valor construído culturalmente? Entende Martínez (2004, p.37) que a fraternidade ou solidariedade está “na raiz de alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais e também dos novos direitos, como os que se referem ao meio ambiente”.

Além disso, importa lembrar que a declaração de direitos de 1948, em seu artigo 29, ressalta o importante princípio do cuidado e responsabilidade de cada indivíduo com a coletividade na qual encontra o *locus* adequado para o seu desenvolvimento pessoal integral (ONU, 1948).

Esta visão de dever para com a sociedade ultrapassa os condicionantes impostos por modelos ideológicos reducionistas da condição humana, uma vez que amplia as possibilidades de relacionamentos multiculturais, muitos dos quais reconhecidos independentemente das ideologias estatais. E é da leitura integrada deste artigo 29, com os preâmbulos dos Pactos de 1966 – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – os quais ressaltam o sentimento de “família humana”, que se pode chegar a uma autêntica “responsabilidade fraternal”, pela qual cada pessoa é responsável pelo outro e pela comunidade, sem diminuir a responsabilidade do Estado perante cada um (AQUINI, 2006, p.281)

Dessa forma, tem-se que a fraternidade é valor apropriado para expressar a unidade ontológica e imanente dos seres humanos, capaz de animar – movimentar - o encontro com o outro, que partilha da mesma condição humana e está irremediavelmente unido na temporalidade existencial. Mas a fraternidade é mais que um valor, é um espírito, um princípio que gera vida e põe em movimento as potencialidades humanas (integradas com as demais) que aspira ao bem-estar - e ao bem-viver - no mundo de todos os seres, capaz

de alimentar uma cultura de paz universal, promotora de coesão e harmonia sociais.

Contrariamente ao espírito de fraternidade, como motivador das ações humanas para promover direitos humanos fundamentais, tem-se o *Zeitgeist* atual, expressão alemã que pode ser entendida como espírito do tempo ou da atualidade cujo significado remete à mentalidade predominante de determinada cultura e sociedade em um contexto temporal e espacial específico, animado por um sistema que promove valores que entendem a autorrealização humana como reconhecimento social pelo que se tem e/ou aparenta ter, promovendo o individualismo exacerbado como fundamento de suas ações.

Desse modo, pelas consequências destrutivas à humanidade e às outras espécies do planeta, faz-se necessário promover urgentemente uma nova Revolução que atualize e supere à Francesa, que muito ficou a desejar em relação à efetivação do princípio da fraternidade, apesar de integrado normativamente à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que tem sido utilizado como fundamento de inúmeros tratados, pactos e convenções, direcionados à proteção e à promoção de direitos humanos.

Este espírito fraterno, de dimensões política e jurídica, conduz à busca da prevalência da dignidade humana em sua dimensão prática, não apenas na perspectiva individual, mas também social, superando (e adequando) os desejos por liberdade e igualdade que só a unidade da espécie humana pode gerar, pelo reconhecimento da necessidade fundamental do homem de amar seu semelhante como a si mesmo, tanto aquele que se insere no seu contexto de vida, como aquele que é membro da uma irmandade para além do sangue ou de ideais, mas simplesmente por existir e ser humano.

Dessa forma, atitudes de respeito, tolerância, compreensão, compaixão e amor, para com todas as outras pessoas, que geram condições individuais e sociais ricas de valorização da dignidade da pessoa humana, não conseguem ser cultivadas apenas com a força de uma cultura jurídica, por mais que tenham direitos humanos como fundamento e norte de sua aplicabilidade. Se assim, o fosse, não morreria de fome crônica uma criança no mundo, abaixo de 10 anos, a cada segundo (UNRIC, 2015).

Contemporaneamente, vale ressaltar que os meios de comunicação de massa (cinema, televisão, rádio, jornais e revistas) e as mídias digitais (*internet*, *smartphones* e redes sociais) provocaram

uma revolução nos processos de comunicação e, conseqüentemente, nos relacionamentos entre pessoas, e entre estas e demais instituições públicas e privadas; de forma que culturas locais passaram também a sofrer influências de padrões culturais criados em instâncias transnacionais com acesso direto ou indireto àquelas, fazendo crer verdadeira a percepção de Morin (2011, p.3) de que “um prodigioso sistema nervoso se constituiu no grande corpo planetário”.

Nessa perspectiva, Morin apresenta tais mídias como fontes de cultura, uma cultura de massa ou *mass-culture*, e a classifica como “a primeira cultural universal da humanidade” (MORIN, 2011, p.6). Tal cultura é promotora do que o autor considera como a segunda industrialização, a “industrialização do espírito”, pois penetra no interior do homem para insuflar-lhe o desejo insaciável pelos bens culturais, para domesticá-lo segundo padrões estabelecidos, a partir da reestruturação dos seus afetos e da sua racionalidade. Desse modo, pode-se falar também de um homem universal¹ como um homem imaginário que em qualquer lugar projeta e se identifica com os símbolos que lhe falam contemporaneamente por meio da linguagem, principalmente audiovisual, integradora das realidades imaginárias de culturas transnacionais com suas realidades particulares concretas (MORIN, 2011, p.35).

Como é possível difundir uma cultura de solidariedade social, prehe do espírito de fraternidade, frente à dinamicidade e abrangência de uma *Leitkultur* animada pelo espírito de seu tempo que tem fundamentos economicistas e se enraíza em valores segregacionistas, egocêntricos e uniformizadores?

Leitkultur, que significa “cultura dominante”, é uma expressão cunhada pelo sociólogo teuto-árabe Bassam Tibi com a intenção de defender a ampla submissão - “aderência social” - dos imigrantes à cultura alemã (ou de qualquer país receptor) como forma de evitar conflitos internos (KUMANOFF, 2004).

Nesse sentido, *Leitkultur* é aquela que condiciona de forma essencial às ações econômicas, políticas e sociais em determinada sociedade e, na perspectiva desse trabalho, pode se aproximar da ideia de Morin, acima referida, de uma cultura universal. Dessa forma, é vista como instrumento de submissão cultural, mesmo

1. Morin (2011, p.35) afirma que “o homem universal não é apenas o homem comum a todos os homens. É o homem novo que desenvolve uma civilização nova que tende à universalidade”.

condescendendo com alguns aspectos particulares da cultura dominada, e fonte de conflitos nas sociedades plurais vigentes.

Apesar do debate acerca da *Leitkultur* predominar na Alemanha, por conta dos fluxos migratórios, principalmente, de turcos e árabes, e da manifestação de políticos considerados de direita, esse fenômeno não é local, haja vista o recrudescimento de ideias nacionalistas e de superioridade racial que se alastram por toda a Europa, e que terminam por disseminar o medo e o ódio entre as pessoas, além de corroer o frágil tecido social que tem nos ideais democráticos multiculturais sua urdidura para a construção de um futuro comum e solidário (HABERMAS, 2010). Dai se entender a urgência da participação dos movimentos de luta pelos direitos humanos para que estes, por meio de suas ações políticas e sociais, possam contribuir eficientemente para a difusão do espírito de fraternidade, como fonte de revalorização do cuidado de uns pelos outros.

4. CONCLUSÃO

As lutas pela efetivação dos direitos humanos não podem prescindir das práticas sociais, nem também das atividades jurisdicionais e políticas dos inúmeros organismos criados no contexto internacional e nacional, mas é necessário pensar também não apenas na efetividade, mas também na eficiência destas, pois a velocidade de dizimação e degradação humanas são intensas, por conta das violações constantes e contínuas destes mesmos direitos que ocorrem a cada minuto (ou segundo) por todo o mundo.

Daí a urgência de se trabalhar também na expansão de uma cultura de promoção do “espírito de fraternidade” para que se possam realizar autênticas mudanças de mentalidade e das condutas humanas. Dá-se mais atenção às práticas exteriores do que a própria pessoa humana; aquelas são autenticamente importantes, mas pouco se faz para desenvolver a mente (e a mentalidade), os sentimentos e o espírito humano para o exercício de virtudes e valores éticos, promotores do respeito, do cuidado, do amor ao outro e da responsabilidade mútua. Pois, uma vez que a construção da individualidade passa pelas relações sociais, as qualidades, como as aqui referidas, encontradas em outros, assim como em si, serão naturalmente apreciadas, retroalimentadas e difundidas coletivamente, especialmente pelo fomento da educação em direitos humanos.

Por melhor que sejam os sistemas internacionais e internos de proteção e promoção dos direitos humanos, as estruturas políticas e jurídicas, os planejamentos orçamentários públicos, o sistema financeiro, tudo é dependente das ações humanas, que, por sua vez, também sofrem influência dos e influenciam os valores sociais e culturais que são difundidos na sociedade.

Assim, caso falte integridade e subsista a corrupção do caráter e do espírito humano, essas estruturas serão inúteis, ou, no mínimo, muito pouco eficientes. Nessa perspectiva, vive-se em uma época em que a difusão da hipervalorização do dinheiro consegue precificar o homem, contrariando sua natureza que, segundo a concepção kantiana, não tem preço, uma vez que só as coisas o possuem.

Os direitos humanos muito podem contribuir na divulgação de uma ética solidarista, insuflada pelo espírito de fraternidade e unidade entre as pessoas, mas é necessário também aqui um novo olhar, de forma que operadores dos sistemas jurídicos, internacional e nacional, juntamente com demais atores sociais e políticos, aceitem a proposta de trabalhar de forma integrada na construção de novas estruturas e instituições, isto é, dispor de pessoas com uma nova mentalidade e um novo espírito, capazes de agir no mundo em prol da promoção e do desenvolvimento pleno da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AQUINI, Marco. 2006. Fraternidad y derechos humanos. In: BAGGIO, Antonio M. (comp.). *El principio olvidado: la fraternidad – en la política y el derecho*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Nueva, p.271-293.

BOURDIEU, Pierre. 2000. Elementos para una sociología del campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Günther. *La fuerza del derecho*. Tradução de Carlos Morales de Setión Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, p.155-220.

CAMPOS, Germán J. Bidart. 2006. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

FERRAJOLI, Luigi. 2005. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta.

HABERMAS, Jürgen. 2010. Leadership and Leitkultur. The New York Times. The Opinion Pages, out.28. Traduzido do alemão por Ciaran

Cronin. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2010/10/29/opinion/29Habermas.html?_r=0>. Último acesso em: jul.2015.

KUMANOFF, Nicolas. 2004. *What is Leitkultur? In a raging debate, Leitkultur is the operative term.* The Atlantic Times. A monthly newspaper from Germany. Online archive from december.2004. Disponível em: http://www.atlantic-times.com/archive_detail.php?recordID=69. Último acesso em: ago.2015.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. 2010. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución.* 10 ed. Madrid: Editorial Tecnos.

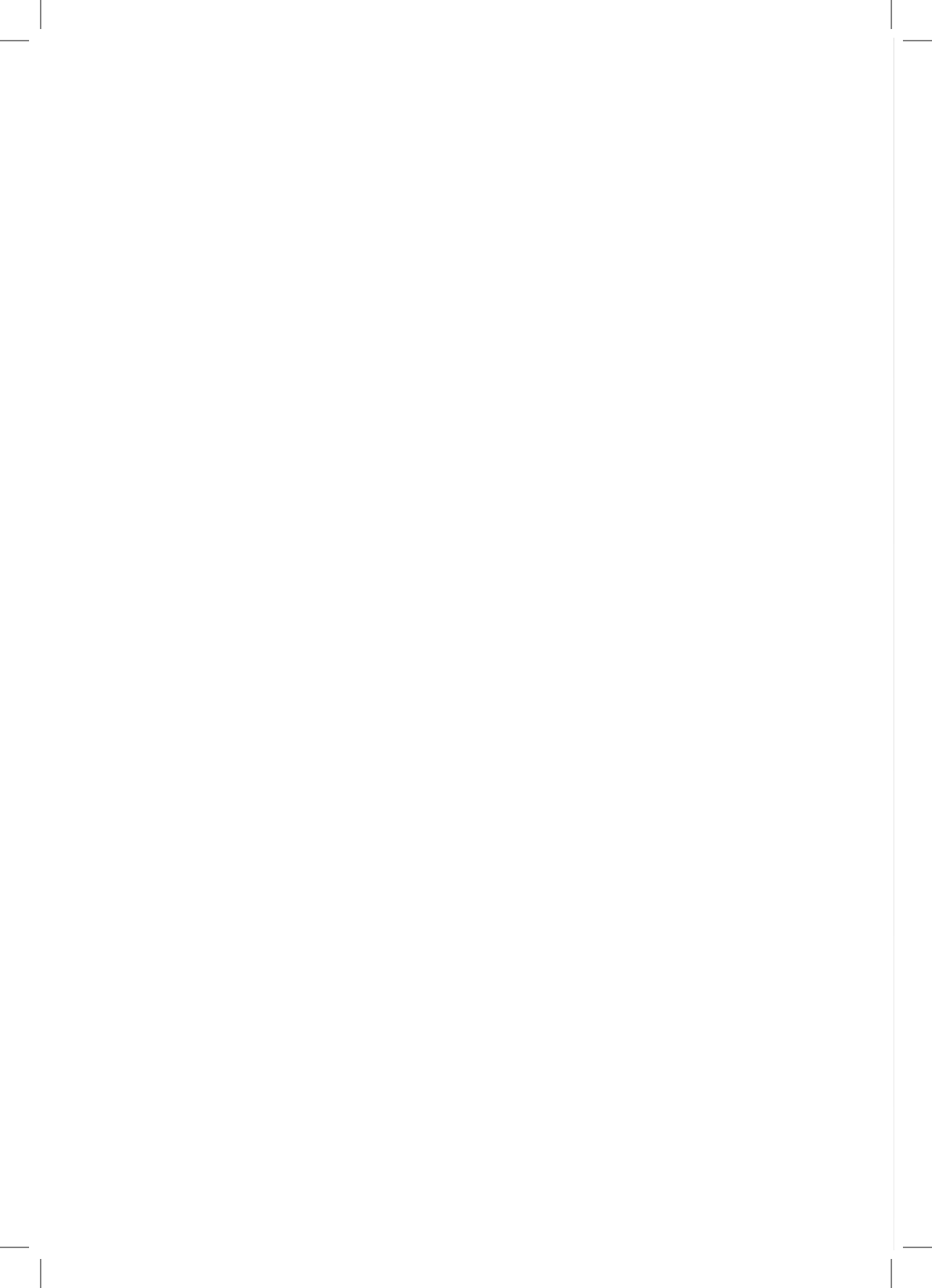
MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. 2004. *Lecciones de derechos fundamentales.* Madrid: Editorial Dykinson.

MAURER, Béatrice. 2005. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.* Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p.61-87.

MORIN, Edgar. 2011. *Cultura de massas no século XX: o espírito do tempo – 1, Neurose.* Tradução de Maura Ribeiro Sardinha. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). 1948. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* Proclamada pela Assembleia Geral da ONU, em Paris, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Último acesso em: jul.2015.

CENTRO REGIONAL DE INFORMAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS (UNIRIC). 2006. *Todas as crianças que morrem de fome atualmente morrem assassinadas, declarou Jean Ziegler.* Baseado numa notícia produzida pelo Centro de Notícias da ONU a 26/10/2006. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/questoes-humanitarias-novedades/7084>>. **Último acesso em:** ago.2015.



DA SATISFAÇÃO PELO TRABALHO À SOCIEDADE DE CONSUMO E O CONSUMISMO: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E NOVOS DESAFIOS

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

Doutora e Mestre em *Derecho Ambiental y Sostenibilidad* - Universidade de Alicante, Espanha; Mestre em Ciência Jurídica – UNIVALI; Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade”, cadastrado no CNPq/Dats/Univali.

Josemar Sidinei Soares

Doutor em Filosofia - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Educação - UFSM. Mestre em Ciência Jurídica - UNIVALI. Professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - UNIVALI.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade de consumo é notavelmente calcada no crescimento do consumismo na sociedade para manter a circulação de capitais e garantir a geração de lucro. Entende-se por *sociedade de consumo* a era contemporânea do capitalismo em que o crescimento econômico e a geração de lucro e riqueza se encontram predominantemente pautados no crescimento da atividade comercial e, conseqüentemente, do consumo. Para manter esse desenvolvimento, incentiva-se o consumo de várias maneiras, principalmente a fetichização das mercadorias e o crescimento dos meios publicitários.

O desenvolvimento da sociedade de consumo ocorreu de forma mais completa a partir da expansão da atividade industrial ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX. As frequentes invenções e modernizações produtivas provocaram um crescimento sem igual no nível de consumo, bem como na difusão cada vez mais ampla da publicidade no meio de vida da população, com a divulgação dos mais diversos produtos, sendo eles úteis ou não.

Na era da pós-modernidade, pensar o planeta requer uma visão para além dos limites territoriais e geográficos estatais, isto porque a Sustentabilidade deve ser abordada em uma perspectiva global, considerando-se que os benefícios e riscos em matéria ambiental são repartidos solidariamente por todo o mundo e todos desfrutam da casa comum, a terra.¹

No entanto, uma sociedade sustentável é possível de ser pensada na medida em que os indivíduos começam a desenvolver uma ética de buscar satisfação pelo trabalho, e não apenas pelo consumo, uma vez que a insustentabilidade começa no ponto em que o consumo ultrapassa o nível de produção.

Hegel, já no início do século XIX, em sua obra *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito*, apresentava a sociedade capitalista moderna como aquela na qual os indivíduos buscavam satisfazer suas necessidades de duas formas: pelo trabalho, sentindo satisfação pela obra realizada, e pelo consumo e negociação dos bens. No entanto, o processo de avanço para a pós-modernidade viu sempre mais a busca de satisfação pelo consumo prevalecer sobre aquela do trabalho. A problemática da Sustentabilidade se conecta ao argumento neste ponto.

Diante deste panorama, a *relevância social e científica desta pesquisa se justifica* na necessidade refletir sobre a sociedade de consumo e suas consequências na vida humana. Nesta senda, *obteve-se* com a presente pesquisa a análise da sociedade de consumo, consumismo e seus impactos no meio ambiente e no planeta. O *Objetivo* é a analisar a sociedade de consumo e a busca da satisfação pelo consumismo, em detrimento da satisfação pelo trabalho, apresentando também suas implicações jurídicas e novos desafios no que se refere à questão da sustentabilidade.

Em primeiro momento, o artigo apresenta reflexões acerca da dupla busca por satisfação (trabalho e consumo) no sistema capitalista, a partir da perspectiva hegeliana. Na sequência são introduzidas as noções gerais sobre sociedade de consumo. Depois, a reflexão é aprofundada em dimensão existencial, demonstrando de que forma na sociedade de consumo a satisfação pessoal e a ideia de felicidade estão intimamente vinculadas ao consumo, em

1. BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012; CAPRA, Fritjof. *Teia da vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas*. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Editora Cultrix. 2010.

detrimento do trabalho, da elaboração do mundo, identificando aqui desafio jurídico para condução da temática da Sustentabilidade.

A *Metodologia* escolhida para a elaboração deste Artigo considerou as fases da Pesquisa Científica.² Para se desenvolver a base lógica deste artigo, na fase de investigação, optou-se pela adoção do Método Indutivo. As técnicas de pesquisa acionadas para se cumprir com a finalidade proposta pelo método eleito são a Pesquisa Documental, histórica e Bibliográfica, a Categoria e o Conceito Operacional. As adoções dessas últimas ferramentas são necessárias para se estabelecer, com clareza necessária, o Acordo Semântico entre os escritores e o(s) leitor (es) a fim de se estabelecer, minimamente, quais são os pressupostos teóricos que conduzem o desenvolvimento, inclusive ideológico, deste estudo.

Em relação às citações de Hegel, foram utilizadas as obras reunidas na coleção de 20 volumes *Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft*, com estes trechos em alemão aparecendo sempre no formato de nota de rodapé. No tocante às traduções das citações da obra *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito* foi decidido utilizar as traduções de Marcos Lutz Muller, e para a *Fenomenologia do Espírito* a tradução de Paulo Meneses. As obras no original em alemão e as traduções para a língua portuguesa estão elencadas no rol de referências bibliográficas ao final do trabalho.

2. SATISFAÇÃO PELO TRABALHO E CONSUMO EM HEGEL: EXPLORAÇÃO A PARTIR DO SISTEMA DE NECESSIDADES

Antes de adentrar a problemática contemporânea da Sociedade de Consumo é importante estudar os fundamentos históricos e filosóficos deste fenômeno. Neste trabalho utiliza-se a argumentação hegeliana da obra *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito*, em especial a seção da obra intitulada Sociedade Civil, com atenção específica aos parágrafos onde o autor desenvolve a ideia de 'sistema de necessidades'. Hegel nesta obra antecipa muitas questões que hoje são de importância central nos debates jurídicos, econômicos e sociais, apontando à dicotomia no interior da sociedade capitalista envolvendo satisfação pelo trabalho e satisfação pelo consumo. Ao mesmo tempo em que a dinâmica econômica moderna impele o indivíduo a produzir, para se inserir no sistema das necessidades,

2. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. Florianópolis: E-Mais Empório Modara . 2018. p. 89-93.

por outra ele coage o sujeito a usufruir sempre mais dos bens produzidos. Mais adiante se explorará neste artigo, a partir de autores contemporâneos, a ideia de que na pós-modernidade a satisfação pelo consumo prevalece sobre a satisfação pelo trabalho, sendo este aspecto central na problemática da Sustentabilidade.

Hegel apresenta a sociedade civil como o reino das necessidades, a qual se estrutura como o momento onde os indivíduos se relacionam livremente, porém tendo como fim um interesse particular, próprio. Na sociedade civil os indivíduos contraem relações entre si, jurídicas e econômicas, mas o objetivo primordial é sempre o da própria satisfação. Seja ao mediar contratos no mercado, seja ao buscar um emprego, ou ao contratar o profissional, na sociedade civil a finalidade da ação é sempre a própria satisfação, ainda que os efeitos possam também ser benéficos a outros.

A sociedade civil se origina das relações entre indivíduos. Tais relações são, fundamentalmente, jurídicas e econômicas, e identificam o indivíduo como um agente livre, capaz de gerir seus negócios, participando da riqueza da cidade, ao mesmo tempo em que contribui com seu trabalho. Esta reciprocidade revela o sentido cívico, pátrio, da sociedade civil, o indivíduo como contribuinte da economia nacional. “O sentido da sociedade ‘civil-burguesa’ consiste em ser simultaneamente econômico, civil e político”.³ Destas determinações resulta que a sociedade civil é um caminho obrigatório para a construção de uma Ideia de Liberdade (*Idee der Freiheit*), isto porque a sociedade civil é projeção do trabalho humano, da vontade livre da consciência de si em seu percurso histórico. Não é uma reprodução da natureza ou elaboração das vontades naturais; a sociedade civil concretiza-se somente com a modernidade, com o indivíduo sabendo-se livre, economicamente e juridicamente, sendo capaz de guiar sua própria vida. É trabalho, portanto, de uma consciência de si, que, na ânsia de suprir seus diversos desejos, encontra-se com os desejos de outras consciências de si.

Este fato desvela os princípios norteadores das relações na sociedade civil-burguesa. O primeiro é o da “pessoa concreta”, a qual representa aquela consciência que busca saciar seus desejos, porém numa perspectiva exclusivamente particular, isto é, aqueles objetivos que respeitam às relações com os demais indivíduos não

3. ROSENFELD, Denis. *Política e Liberdade em Hegel*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983. p. 160.

são mais do que meios para obter um êxito particular, em geral econômico, na forma do lucro. Em contrapartida, esta relação de desejos particulares provoca uma relação contrária, donde cada indivíduo se torna diretamente dependente dos demais. “[...] pela procura egoísta do lucro, a vontade particular entra em relação com outras particularidades e cria um sistema de dependência recíproca de todos em relação a todos”.⁴ Sendo assim, o indivíduo, para alcançar seus fins econômicos, se vê compelido a se relacionar com os demais, de forma que todos se encontram reunidos numa enorme relação intersubjetiva, manifestada na forma de uma universalidade abstrata, pois as vontades erigidas não são mais do que vontades naturais ou do arbítrio.

O § 183 da *Filosofia do Direito* denota a essência da sociedade civil, na forma de uma universalidade composta pela vontade particular.

Na sua realização efetiva, o fim egoísta, assim condicionado pela universalidade, funda um sistema de dependência onilateral, tal que a subsistência e o bem-próprio do singular, bem como o seu ser-aí jurídico, estão entrelaçados com a subsistência, o bem próprio e o direito de todos, estão fundados nestes e só nesta conexão são efetivamente reais e assegurados. Pode-se encarar esse sistema, num primeiro momento, como o *Estado externo* - o *Estado de necessidade constringente e do entendimento*.⁵

A vontade particular, por sua natureza, é uma necessidade subjetiva. Ela obtém a sua objetividade através da satisfação, que se dá por dois modos: tanto por coisas externas, ou seja, pela propriedade, como por meio do trabalho, que age como mediador entre as particularidades opostas. Portanto, o primeiro modo de satisfação das necessidades do indivíduo reporta às relações que envolvem a troca, a compra de bens, a circulação de produtos etc. O segundo compreende todas as implicações provenientes do trabalho, para o próprio indivíduo bem como para a sociedade. O sistema dos carecimentos, por conseguinte, sintetiza a esfera econômica que é

4. ROSENFELD, Denis. *Política e Liberdade em Hegel*. p. 168.

5. “Der selbstsüchtige Zweck in seiner Verwirklichung, so durch die Allgemeinheit bedingt, begründet ein System allseitiger Abhängigkeit, daß die Subsistenz und das Wohl des einzelnen und sein rechtliches Dasein in die Subsistenz, das Wohl und Recht Aller verflochten, darauf gegründet und nur in diesem Zusammenhange wirklich und gesichert ist. – Man kann dies System zunächst als den *äußeren Staat*, - *Not-* und *Verstandesstaat* ansehen”. FD, *A sociedade civil*, § 183, HW 7, p. 340.

mediada pelo trabalho. Em outras palavras, o indivíduo encontra a satisfação ou na fruição de bens (consumo) ou na elaboração de bens (trabalho).

As necessidades do homem, por serem muito mais sutis e complexas, diferem radicalmente das necessidades dos animais, que são bastante limitadas. As necessidades do homem e, neste momento, homem entendido no aspecto da representação das necessidades,⁶ são múltiplas e diversas, cada vez mais abstratas e particularizadas em meio à universalidade. Isso porque os meios e os modos de satisfação das necessidades são vários, e essa multiplicidade pode se estender de muitos modos, segundo Hegel, já que a inteligência humana pode encontrar a satisfação nas mais variadas faces da vida, seja na arte, no trabalho, nas atividades atléticas, entre outras.⁷

As necessidades e desejos têm sua satisfação estreitamente condicionada à satisfação e o trabalho dos outros. Em outras palavras, as necessidades denotam o seu caráter social no seu modo de satisfação, pois o indivíduo precisa do outro para ter o seu desejo satisfeito, ainda mais porque na relação entre duas consciências-de-si o que está em jogo é precisamente o desejo do outro.

Hegel é categórico ao dizer que não segue Rousseau e aqueles cuja opinião sustenta que o homem se liberta dos desejos naturais de um estado de natureza através de meios puramente naturais, limitando o homem a esse plano. Para Hegel, o desejo natural não é nada mais do que um estado de não-liberdade. A liberdade, de outro lado, “[...] consiste unicamente na reflexão do elemento espiritual em si, na sua diferenciação do elemento natural e no seu reflexo sobre este último”.⁸

Entretanto, essa liberação é apenas formal, pois subsiste o seu conteúdo de caráter particular, regido pelo livre-arbítrio dos

6. Hegel nos adverte no § 190 que é precisamente nessa condição que o homem enquanto conceito é entendido, uma das figuras da liberdade. “O ser precisando do social é a representação concreta do que chamamos homem, Este não é ainda o conceito – este aqui será apenas ligado ao nível do Estado -, mas é a primeira vez que falamos do homem em sentido próprio”. LÉCRIVAIN. André. *Hegel et L'Éthicité: commentaire de la troisième partie des "Principes de la Philosophie du droit"*. Paris: Librairie Philosophique, 2001. p. 60.

7. FD, *O sistema dos carecimentos*, § 190, HW 7, p. 347-8.

8. “nur der Zustand der in die Natur versenkten Geistigkeit [...], die Freiheit allein in der Reflexion des geistigen in sich, seiner Unterscheidung von dem Natürlichen und seinem Reflexe auf dieses, liegt”. FD, *O sistema dos carecimentos*, § 194 Ad., HW 7, p. 350.

indivíduos. Ainda, em razão dessa descontrolada multiplicidade de satisfação e também dos seus meios, tanto de desejos naturais e culturais, existe a tendência, assevera Hegel, ao luxo. Esse aumento crescente de satisfação das necessidades tem como efeito uma maior dependência dentre os indivíduos.

A procura por novos meios para satisfazer (*befriedigen*) certas necessidades acabará por multiplicar infinitamente as possibilidades. Ou seja, o próprio trabalho, e não o carecimento, passará a ter identidade autônoma, livre dos fins. Esta modificação fará com que a relação entre indivíduos deixe de ser essencialmente uma necessidade para suprir certos carecimentos, mas sim a própria essência. Neste momento o homem abandona sua imediaticidade natural, voltada tão somente aos carecimentos da sobrevivência, para atentar naqueles carecimentos que lhe parece necessários. “A relação de indivíduo a indivíduo, fundada sobre a natureza carente do homem, vem a ser uma relação entre diferentes individualidades ‘econômicas’”.⁹ Tal situação se torna o fim do caráter simplesmente natural, pois adentra definitivamente o aspecto social do envolvimento com o outro. Isto é, o relacionamento intersubjetivo deixa de se manifestar somente no suprimir dos carecimentos, para obter contornos da verdadeira essência da comunidade, a participação de todos nas relações mercantis. “O homem se encontra face a um carecimento social, onde a representação feita por cada um tem um papel essencial”.¹⁰

Este é o momento em que o Espírito se revela em sua máxima personalidade na sociedade civil. A multiplicidade e os produtos originados dos novos carecimentos se transformarão na produção coletiva de certa época ou nação. Representam as funções e objetivos primordiais de determinada cultura. É trabalho do Espírito, porque estes novos produtos são obras humanas, projetadas com a vontade livre do homem, em seu desejo vivo de se libertar da natureza (*Natur*). Livrar-se daquelas determinações precárias onde existem as matérias em estado bruto na natureza, elevando-as à uma condição de bem, arte, produto, somente pode ser um trabalho espiritual. O trabalho é, então, uma formação tanto teórica quanto prática na consciência de si.

Em contato com a multiplicidade das determinações e dos objetos que despertam interesse, desenvolve-se a *formação teórica*,

9. ROSENFELD, Denis. *Política e Liberdade em Hegel*, p. 177

10. ROSENFELD, Denis. *Política e Liberdade em Hegel*, p. 177.

não só uma multiplicidade de representações e conhecimentos, mas, também, uma mobilidade e uma rapidez do representar e do passar de uma representação a outra, o captar relações intrincadas e universais etc., - a formação do entendimento em geral, por conseguinte, também, a da linguagem. A *formação prática* pelo trabalho consiste na carência que se gera a si mesma e no *hábito da ocupação* em geral, depois na *restrição do seu fazer*, em parte segundo a natureza do material, em parte, sobretudo, segundo o arbítrio dos outros, e num hábito que se adquire por essa disciplina, de atividade *objetiva* e de habilidades *universalmente válidas*.¹¹

A dependência destas limitações impostas pela natureza jamais poderá significar algo de liberdade, mas somente restrições aos modos de vida do homem. É tarefa da consciência de si abandonar (*aufgeben*) este estado precário e limitado. “O carecimento natural é o da não-liberdade, da dependência em relação à contingência exterior, da não consciência de si como de um ser reflexivo”.¹²

O trabalho age como mediador entre as necessidades particulares e dos meios particularizados; o trabalho, portanto, dá valor ao material bruto da natureza. O trabalho é “a mediação entre a necessidade e a sua satisfação, entre o homem de um lado, a natureza e os materiais de outro”.¹³ Através do trabalho, o homem consome os produtos que são socialmente fabricados e não aqueles advindos diretamente da natureza. O trabalho não é reduzido a uma atividade repetitiva, é essencialmente, de natureza criadora, de modificação e transformação do próprio indivíduo. Enquanto ele labora o objeto dado, está, também, desenvolvendo a sua consciência.

11. “An der Mannigfaltigkeit der interessierenden Bestimmungen und Gegenstände entwickelt sich die *theoretische Bildung*, nicht nur eine Mannigfaltigkeit von Vorstellungen und Kenntnissen, sondern auch eine Beweglichkeit und Schnelligkeit des Vorstellens und des Übergehens von einer Vorstellung zur anderen, das Fassen verwickelter und allgemeiner Beziehungen usw. – die Bildung des Verstandes überhaupt, damit auch der Sprache. – Die *praktische Bildung* durch die Arbeit besteht in dem sich erzeugenden Bedürfnis und der *Gewohnheit der Beschäftigung* überhaupt, dann der *Beschränkung seines Tuns* teils nach der Natur des Materials, teils aber vornehmlich nach der Willkür anderer, und einer durch diese Zucht sich erwerbenden *Gewohnheit objektiver Tätigkeit* und *allgemeingültiger Geschicklichkeiten*”. FD, *O trabalho*, § 197, HW 7, p. 352.

12. ROSENFELD, Denis. *Política e Liberdade em Hegel*, p. 178

13. “A mediação entre o precisar e a satisfação, entre o homem de uma parte, e a natureza e a matéria de outra parte”. LÉCRIVAIN, André. *Hegel et l’Ethicité: commentaire de la troisième partie des Principes de la Philosophie du Droit*, p. 63.

O homem, representando-se subjetivamente as relações de trabalho criadas, desenvolve novas capacidades de assimilação das técnicas produzidas, tornando-se simultaneamente consciente de que estas relações de trabalho são móveis, novas e determinadas. [...] O ato individual de produção de um objeto se torna o momento através do qual a natureza se interioriza no processo de trabalho e o homem se faz objetivo e real, na transformação prática do mundo.¹⁴

Destarte, pelo trabalho o homem transforma o mundo e, principalmente, transforma a si mesmo nesse processo pela atuação da consciência-de-si.

A relação negativa para com o objeto se torna a forma do mesmo e algo permanente, porque justamente o objeto tem independência para o trabalhador. Esse meio-termo negativo ou agir formativo é, ao mesmo tempo, a singularidade ou o puro ser-para-si da consciência, que agora no trabalho se transfere para fora de si no elemento do permanecer; a consciência trabalhadora, portanto, chega assim à intuição do ser independente, como [intuição] de si mesma.¹⁵

Segundo Hegel, por meio da ação do trabalho, o homem se desenvolve teoricamente pela assim chamada cultura teórica. Isto é, originada da multiplicidade das determinações e do saber, uma complexa conexão de conhecimentos próprios para a satisfação das exigências de uma sociedade organizada, que trata da ocupação em geral, ou seja, diz respeito às exigências da produção técnica.

Além da cultura teórica, desenvolve, por outro lado, também uma cultura prática, representada pela luta contra as limitações impostas pelos materiais dados pela natureza ou pela vontade dos outros. O trabalho tem o valor de formação do indivíduo, pois o mesmo se constrói enquanto trabalha, “[...] nos costumes se adquire mediante esta disciplina uma atividade *objetiva* e uma habilidade *universalmente válida*”.¹⁶ Pela mediação (*Vermittlung*) do trabalho,

14. ROSENFELD, Denis. *Política e Liberdade em Hegel*, p. 179.

15. “Die negative Beziehung auf den Gegenstand wird zur *Form* desselben, und zu einem *bleibenden*; weil eben dem arbeitenden der Gegenstand Selbständigkeit hat. Diese *negative* Mitte oder das formierende *Tun*, ist zugleich die *Einzelheit* oder das reine Fürsichsein das Bewußtsein, welches nun in der Arbeit außer es in das Element des Bleibens tritt; das arbeitende Bewußtsein kommt also hiedurch zur Anschauung des selbständigen Seins, *als seiner selbst*”. FE, *A luta por independência e dependência*, HW 3, p. 153-4.

16. “[...] und einer durch diese Zucht sich erwerbenden gewohnheit *objektiver* Tätigkeit und *allgemeingültiger* Geschicklichkeiten”. FD, *O trabalho*, § 197, HW 7, p. 352.

o homem aprende a se disciplinar, pois as suas necessidades são mediadas e o trabalho é objetivado na universalidade da sociedade civil.

Porém, esse aspecto objetivo e universal do trabalho acarreta na sua abstração a maior especificação dos meios e das necessidades, e, conseqüentemente, da produção. Dessa abstração do trabalho, tem-se a sua divisão.

A divisão do trabalho torna-o cada vez mais simples, parcelado e mais abstrato; em contrapartida, a dependência entre os homens se torna obrigatória, tendo em vista o seu escopo de satisfação das recíprocas necessidades. Essa maior especialização do trabalho atende às necessidades de uma sociedade industrial, do processo de acumulação desenfreada. O perigo, adverte Hegel, dessa abstração do trabalho, é a sua mecanização; perde-se o ato criativo do laborar e o homem torna-se meramente uma peça, facilmente substituível.

O processo de trabalho e as relações socioculturais resultantes expressam, de um lado, a solidariedade entre suas diferentes partes, de outro, o sentido das oposições que se esboçam nesse processo. Assim, a cultura prática não produz somente uma divisão aperfeiçoada do trabalho, mas termina por mecanizar a subjetividade dos indivíduos que se dedicam a ela. Hegel considera possível, o que é notável para a época, uma substituição do homem pela máquina. (§ 198). Ora, se a máquina pode tomar o lugar do homem, é porque o trabalho já se converteu numa necessidade puramente mecânica, não-livre e a liberdade da cultura não é apenas, positivamente, o florescimento da subjetividade, mas também a sua parcialização.¹⁷

Desse modo, quando o trabalho deixa de ser um ato de criação, ligado à atuação concreta da consciência-de-si, torna-se uma atividade destituída de sentido, puramente mecânica. Não existe liberdade nesse processo. Portanto, o homem só atinge a consciência-de-si quando conhece suas potencialidades e é livre para realizá-las, processo que só se realiza pelo confronto entre indivíduos em sua relação de trabalho. O trabalho surge então como verdadeira forma de liberdade.¹⁸

17. ROSENFELD, Denis. *Política e Liberdade em Hegel*, p. 180-181.

18. "Ora, a liberdade, segundo Hegel, passa necessariamente pelo trabalho, pela transformação da exterioridade natural em interioridade humana. Permanecer junto a um estado de natureza pretendidamente livre equivale à recusa de viver e de apreender as contradições de um mundo novo, o único existente". ROSENFELD, Denis. *Política e Liberdade em Hegel*, p. 178.

A forma não se torna um outro pelo fato de se ter exteriorizado, pois justamente essa forma é seu puro ser-para-si, que nessa exteriorização vem-a-ser ela a verdade. Assim, precisamente no trabalho, onde parecia ser apenas um sentido alheio, a consciência, mediante esse reencontrar-se de si por si mesma, vem-a-ser sentido próprio.¹⁹

O indivíduo, ao buscar sua satisfação egoísta na sociedade civil, capacitará também os demais a se aproveitar dessa conquista, pois aquela relação de dependência coletiva provoca um envolvimento universal na riqueza angariada.

Embora o indivíduo aja com o único intuito de satisfazer (*befriedigen*) as próprias necessidades, nessa busca se cria um círculo recíproco de satisfação, em que o egoísmo individual acaba servindo também à satisfação dos demais membros da sociedade civil.

A partir daquilo que foi exposto nota-se que o individualismo egoísta, no sentido de perseguir satisfação pessoal, funciona como motor na sociedade capitalista moderna desde suas origens, utilizando a leitura hegeliana, e este motor articula a busca pela satisfação de dois modos: pela negociação e fruição de bens e pela elaboração de bens. Em ambas as medidas a pessoa contribui para a riqueza geral, produzindo bens ou consumindo-os. A dificuldade desta dialética está em manter um equilíbrio sustentável, e o que se verificaria nos séculos seguintes, sobretudo na contemporaneidade, é uma pendência da busca de satisfação pelo consumo, e aqui se abre o risco do desafio para a Sustentabilidade, pois uma sociedade sustentável precisa de indivíduos que produzam, sintam-se satisfeitos também elaborando e contribuindo pelo trabalho. A Sustentabilidade contemporânea, então, exige a retomada de uma ética da busca pela satisfação pelo trabalho, a partir da ideia de que o indivíduo pode se sentir feliz e realizador também ao mediar sua relação com o mundo.

3. SOCIEDADE E VIDA DE CONSUMO

Vive-se hoje um período definido por muitos como *pós-modernidade*, um termo de difícil definição precisa, mas que,

19. "Die Form wird dadurch, daß sie *hinausgesetzt* wird, ihm nicht ein anderes als es; denn eben sie ist sein reines Fürsichsein, das ihm darin zur Wahrheit wird. Es wird also durch dies Wiederfinden seiner durch sich selbst *eigener Sinn*, gerade in der Arbeit, worin es nur *fremder Sinn* zu sein schien". FE, *A luta por independência e dependência*, HW 3, p. 154.

no meio de diversas definições e características apresentadas por diferentes autores (inclusive por alguns que não usam o termo, mas também realizam análises e críticas à cultura contemporânea), um dos elementos que frequentemente aparece como central é o consumismo, fazendo com que alguns autores definam a atual sociedade como sociedade de consumo.

Para definir as condições da *pós-modernidade* e discutir as transformações do mundo moderno nos últimos tempos, o sociólogo sempre preferiu usar o termo “*modernidade líquida*”, por considerar “*pós-modernidade*” um conceito ideológico.

Bauman escolhe o “líquido” como metáfora para ilustrar o estado dessas mudanças: facilmente adaptáveis, fáceis de serem moldadas e capazes de manter suas propriedades originais. As formas de vida moderna, segundo ele, se assemelham pela vulnerabilidade e fluidez, incapazes de manter a mesma identidade por muito tempo, o que reforça esse estado temporário das relações sociais.²⁰

De acordo com Livia Barbosa em sua obra “*Sociedade de consumo*”, “todo e qualquer ato de consumo é essencialmente cultural” e é por meio do consumo individual e local de cada homem que ocorrem alterações nas “forças globais de produção, circulação, inovação tecnológica e relações políticas”. No entanto, no mundo moderno, o consumo se tornou o foco central da vida social. Práticas sociais, valores culturais, ideias, aspirações e identidades são definidas e orientadas em relação ao consumo ao invés de e para outras dimensões sociais como trabalho, cidadania e religião entre outros.²¹

A sociedade atual, a sociedade do consumo, não surgiu após a Revolução Industrial e em virtude das invenções, facilidades e ofertas trazidos por ela. As grandes invenções tecnológicas teriam ocorrido simultaneamente e somente após uma mudança da relação do homem para com a necessidade e anseio de adquirir bens e produtos.

As principais invenções mecânicas da indústria de tecidos, cabeça de lança da industrialização, só apareceram a partir da década de 1780, embora a indústria de roupas já funcionasse a pleno vapor, fundada no trabalho externo ou doméstico dos artesãos, permanecendo com

20. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.p.56.

21. BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004. p. 13.

essa estrutura produtiva até a década de 1830. O mesmo se refere à indústria de brinquedos, cujas inovações tecnológicas só vieram a afetá-la depois de plenamente estabelecida.²²

Diante disto, para Livia Barbosa, “não foram essas invenções que criaram as condições materiais para as pessoas consumirem mais”. Por isso, Zygmunt Bauman e Campbell acreditam que a fase de consumo exacerbado por que passa a sociedade moderna é caracterizada e tem origem na primazia da emoção e do desejo, o que faz com que se procure mais a gratificação destes do que a satisfação de necessidades. Além disso, há ainda o individualismo, que “atribui um valor extraordinário ao direito dos indivíduos de decidirem por si mesmos que bens e serviços desejam obter”.²³

Dessa forma, a busca individualista pelo prazer de ter seus desejos satisfeitos gera total desequilíbrio na forma de vida do homem uma vez que “enquanto as necessidades de uma pessoa podem ser objetivamente estabelecidas, os [...] desejos podem ser identificados apenas subjetivamente”²⁴. Sendo assim “o desejo dos consumidores é experimentar na vida real os prazeres vivenciados na imaginação, e cada novo produto é percebido como oferecendo uma possibilidade de realizar essa ambição”²⁵.

E, como tal anseio grande parte das vezes não é alcançado, justamente em função da ideologia consumista, da dinâmica de mercado e da chamada democratização do consumo, a velocidade com que os estilos se alteram diminui a vida útil dos produtos fazendo com que um produto recém-adquirido se torne obsoleto, defasado e condenado à substituição sem ao menos ter perdido sua utilidade. Por conseguinte, é possível constatar que:

[...] o espírito do consumismo moderno ‘é tudo, menos materialista’. Se os consumidores desejassem realmente a posse material dos bens, se o prazer estivesse nela contido, a tendência seria a acumulação dos objetos, e não o descarte rápido das mercadorias e a busca por algo novo que possa despertar os mesmos mecanismos associativos.²⁶

22. BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. p. 13.

23. BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. p. 49.

24. BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. p. 49.

25. BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. p. 49.

26. BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. p. 49.

O problema, então, encontra-se na formação e nos princípios do indivíduo. Atualmente, os compradores consomem apenas com o intuito de satisfazer seus desejos e o mercado sabe que “o preço que o potencial consumidor em busca de satisfação está preparado para pagar pelas mercadorias em oferta dependerá da credibilidade dessa promessa e da intensidade desses desejos”²⁷. E, como visto, o homem moderno é um ser individualista e as empresas especialistas em suscitar desejos que não existem ou existiriam no ser humano e afirmar podê-los satisfazer. Infelizmente, a reunião dessas circunstâncias faz o alto preço ser pago muito mais pelo meio ambiente do que pelo próprio sujeito.

O grande problema é que o homem do humanismo, aquele que vivia em harmonia com a natureza e com seus semelhantes, no seio de instituições cuja tutela não discutia, sobreviveu. Agora a necessidade se libertou da natureza, engendrando no homem uma paixão de possuir e um espírito de ambição que alimenta, por sua vez, a corrida ao poder. Transbordando os limites da necessidade natural, o interesse prolifera e contamina rapidamente todo o tecido social. As instituições que tinham tradicionalmente a tarefa de contê-lo se apresentam, contudo, como os instrumentos de uma vasta manipulação, tendendo a manter o poder dos mais fortes.²⁸

Além disso, essa perda do contato do homem com a natureza e o apoio das instituições na continuação da cultura do consumo fizeram com que os homens acreditassem ser senhores de si, independentes e alheios aos demais e ao ambiente à sua volta. É possível notar que não há real existência de “um universo no qual predomina a autonomia de escolha e a soberania do consumidor” como preconizam as propagandas e os vendedores.

O poder de escolha do indivíduo na esfera do consumo nas sociedades pós-tradicionais tem sido campo de debate sobre a sua real liberdade de escolha ou submissão a interesses econômicos maiores que se escondem por trás do marketing e da propaganda. Será o consumo uma arena de liberdade e escolha ou de manipulação

27. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 18.

28. SOËTARD, Michel. *Jean-Jacques Rousseau*. Tradução de Verone Lane Rodrigues. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me4675.pdf>>. p. 14.

e indução? Terá o consumidor efetivamente escolha? Ele é súdito ou soberano, ativo ou passivo, criativo ou determinado?²⁹

Sendo, então, por meio dela, que as presentes e futuras gerações poderão ter seus direitos assegurados, em especial os direitos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, buscando sempre o consumo controlado, ou seja, o consumerismo.

Como destaca Gilles Lipovetsky, à medida que as sociedades enriquecem, surgem incessantemente novas vontades de consumir. Quanto mais se consome, mais se quer consumir. A época da abundância é inseparável de um alargamento indefinido da esfera das satisfações desejadas e de uma incapacidade de eliminar os apetites de consumo, sendo toda saturação de uma necessidade acompanhada imediatamente por novas procuras.³⁰

Já Zygmunt Bauman afirma que vivemos em uma modernidade líquida, que difere dos períodos anteriores em que havia solidez. O sólido é um corpo que é obrigado a ocupar determinado lugar no tempo e no espaço. Ele não pode estar aqui e ali ao mesmo tempo. O sólido representa as instituições da Idade Moderna. O sólido é a instituição fixada em um lugar, limitada, de tal forma que o interesse é que as pessoas se situem dentro daquele espaço limitado para que assim sejam mais facilmente vigiadas e controladas.³¹

Por exemplo, tradicionalmente a família se situava numa casa em um espaço, com todos os membros residindo no mesmo lugar. Porém, hoje a família é líquida, com a possibilidade de pais solteiros, filhos que fazem intercâmbio, bem como os meios de comunicação que tornam o contato quase que instantâneo. Logo, esta instituição não precisa mais estar agrupada, e isto a fortalece. Isso ocorre com todas as instituições, seja a família, a religião, o Estado etc.

Assim, as instituições relativizam o espaço, o modo de ser e agir, o tempo, para que no fundo continuem fortalecidas. Seu modo é relativizado, mas a sua estrutura interna e propósito continuam intactos. Há então instituições líquidas que se retroalimentam. Hoje, são os próprios membros que cobram de seus participantes o atendimento às regras e aos valores morais daquela instituição. As instituições, junto com seus dogmas, existem ao mesmo tempo em

29. BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. p. 35.

30. LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 178.

31. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 158.

todo lugar, o que torna ainda mais difícil a busca pela identidade individual do homem.

Bauman cita como grande exemplo os *shoppings centers*. Estes estabelecimentos oriundos da lógica capitalista não aceitam um contato profundo entre as pessoas, não são um espaço que as convide a visitar para interagirem entre si, mas apenas para o consumo. O importante é comprar no *shopping center*, não necessariamente manter ligações com outras pessoas. O *shopping center* se tornou o templo do consumo, onde cada um cultua a própria individualidade como consumidor.³²

Bauman afirma ainda que hoje predomina a superficialidade, a cultura do descartável. A realidade atual é bastante dinâmica, o que é moda hoje amanhã deixa de ser, o que é certo hoje amanhã está em dúvida. Há uma sensação constante de incerteza quanto ao futuro. Esta incerteza constante gera laços afetivos cada vez mais superficiais. Hoje, as pessoas tendem a não ser profundas em seus relacionamentos, tanto afetivos como de trabalho, pois não há certeza que este relacionamento terá durabilidade.³³

Os mecânicos de automóveis hoje não são treinados para consertar motores, mas apenas para retirar e jogar fora as peças usadas e defeituosas e substituí-las por novas. Dessa mesma forma ocorre na vida em geral: por que perder tempo com consertos que exigem trabalho se existe a possibilidade de apenas jogar fora e trocar por algo novo. Como os compromissos de hoje são obstáculos para as oportunidades do amanhã, quanto mais leves e superficiais forem, menor o risco de prejuízos.³⁴

Anthony Giddens nomeia a pós-modernidade como alta modernidade, pois para ele existe uma expansão das instituições que permeavam o período moderno. O homem, que antes tinha que conviver com sua cidade, sua região, agora precisa confrontar a cultura e as pessoas de toda a sociedade. Isto torna o homem muito mais vulnerável a se firmar em uma tendência ou identidade alheia.³⁵

32. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. p. 82.

33. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.158.

34. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.162.

35. GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 63.

A razão disto é que, diante de tantos modos de agir e pensar, o homem já não sabe mais qual o seu. Em uma busca por segurança, filia-se a uma causa, um *modus operandi* etc. Da sociedade da forma que ela era está sofrendo uma passagem para uma sociedade global, na qual a Internet e tantos outros veículos de mídia instantaneamente comunicam pessoas de todas as partes do globo, difundindo estilos de vida, comportamentos e culturas.

Esta relação entre mídia e difusão de estilos de vida é particularmente enfática na questão do consumismo, que provoca todos a seguirem os mesmos hábitos, comprarem as mesmas roupas, os mesmos alimentos, realizarem as mesmas diversões. Este modo de viver intensifica a massificação e favorece a perda da identidade, pois o indivíduo, ao ver que várias pessoas seguem determinado comportamento, decide também segui-lo.

Nesse contexto, Lipovetsky destaca que a ansiedade está por detrás do gosto dos jovens pelas marcas. A motivação que serve de base à aquisição de uma determinada marca não é tanto querer alçar-se acima dos outros, mas não parecer menos do que os outros. É por isso que a sensibilidade às marcas é exibida tão ostensivamente nos meios desfavorecidos. Por uma marca apreciada, o jovem sai da impessoalidade, pretendendo mostrar não uma superioridade social, mas sua participação inteira e igual nos jogos da moda, da juventude e do consumo. O bilhete de entrada no modelo de vida da moda é o medo do desprezo e da rejeição ofensiva dos outros.³⁶

Além disso, como destaca Lipovetsky, é possível interpretar a propensão a comprar como um novo ópio do povo, destinado a compensar o tédio do trabalho fragmentado, as falhas da mobilidade social, a infelicidade da solidão. Quanto mais o indivíduo está isolado ou frustrado, mais busca consolo nas felicidades imediatas da mercadoria. O consumo exerce sua influência apenas na medida em que tem a capacidade de aturdir e de adormecer, de se oferecer como paliativo aos desejos frustrados do homem moderno.³⁷

36. LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. p. 50-51.

37. LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. p. 60.

A característica mais proeminente da sociedade de consumidores, ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta, é a “transformação dos consumidores em mercadorias”³⁸.

Importante o destaque de Lipovetsky de que não é o consumismo como um todo que deve ser criticado, mas o seu excesso ou o seu imperialismo que constitui obstáculo ao desenvolvimento da diversidade das potencialidades humanas. A sociedade hipermercantil deve ser corrigida e enquadrada e não eliminada. Nem tudo é para ser rejeitado, muito é para ser reajustado e reequilibrado a fim de que a ordem tentacular do hiperconsumo não esmague a multiplicidade dos horizontes da vida.³⁹

4. PERSONALIDADE, FELICIDADE E CONSUMO: AVANÇO OU RETROCESSO?

Além do estudo a partir da sociedade, outra forma de se estudar o fenômeno do consumismo é analisando a relação da personalidade do indivíduo com o consumo.⁴⁰ Personalidade, de acordo com Davidoff, significa “[...] os padrões relativamente constantes e duradouros de perceber, pensar, sentir e comportar-se, os quais parecem dar às pessoas identidades separadas”⁴¹.

Tendo em vista a sociedade de consumo em que se vive, Erich Fromm destaca que a sociedade é devotada à aquisição de propriedade e obtenção de lucro; raramente se vê alguma evidência do modo de existência de ser, e a maioria das pessoas veem o ter como o modo mais natural da existência, até mesmo como o único modo aceitável de viver. Isso faz com que seja especialmente difícil para as pessoas compreenderem a natureza do ser, e até mesmo entenderem que ter é apenas uma orientação possível.⁴²

Fromm explana que houve uma mudança no modo de consumir. Antigamente, tudo o que uma pessoa possuía ela apreciava, cuidava e usava até os limites de sua existência. Hoje, o consumo é enfatizado,

38. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. p. 20.

39. LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. p. 370.

40. FIRAT *et al.* Consumption, Consumer Culture and Consumer Society. *Journal of Community Positive Practices*, Bucharest, v. 13, n. 1, p. 182-203, 2013.

41. DAVIDOFF, Linda. Introdução à psicologia. São Paulo: McGraw-Hill, 1983. p. 507.

42. FROMM, Erich. *To Have or to Be?* London; New York: Continuum, 2008. p. 24.

não a preservação, e comprar se tornou um comprar e jogar fora. Seja o objeto um carro, um vestido, um aparelho, depois de usar um tempo, o indivíduo se cansa e está ansioso em se livrar do velho e comprar o modelo mais novo.⁴³

Para explicar a relação da personalidade do indivíduo com o que ele consome, Fromm usa o exemplo do carro próprio. Para quem tem um, o carro parece de uma necessidade vital; para aqueles que ainda não possuem um, o carro é um símbolo de alegria. Aparentemente, entretanto, a afeição pelo carro não é profunda e permanente, mas um caso de amor de curta duração, para os donos trocarem de carro com frequência; da procura até a compra, toda a transação parece um jogo, em que até mesmo a trapaça é, às vezes, um elemento principal, e um bom negócio é aproveitado tanto quanto, se não mais, que o prêmio final: um novo modelo na garagem.⁴⁴

Diversos fatores devem ser levados em consideração para entender essa relação. Primeiro, existe um elemento de despersonalização na relação do dono com o carro; o carro não é um objeto concreto de que o dono gosta, mas é um símbolo de *status*, uma extensão de poder, um construtor de ego. Tendo comprado um carro, o dono na verdade adquiriu uma nova peça de ego. Um segundo fator é que, comprando um novo carro, por exemplo, a cada dois anos em vez de seis, aumenta a emoção do comprador da aquisição; o ato de tornar um novo carro próprio é um tipo de defloração, aumenta a sensação de controle, e quanto mais acontece, maior é a emoção.⁴⁵

O terceiro fator é que comprar carros frequentemente significa frequentes oportunidades de fazer um negócio, ganhar um proveito pela troca, uma satisfação profundamente enraizada em homens e mulheres da atualidade. O quarto fator é a necessidade de experimentar novos estímulos, porque os velhos estímulos estão esgotados depois de um pequeno tempo. O quinto fator reflete a mudança no caráter social que ocorreu nos últimos dois séculos, do caráter acumulador ao mercador.⁴⁶

Thomas O'Guinn e Ronald Faber analisaram o fenômeno da compra compulsiva, identificando que os compradores compulsivos compram não para obterem utilidade ou um serviço do bem

43. FROMM, Erich. *To Have or to Be?* p. 59.

44. FROMM, Erich. *To Have or to Be?* p. 60.

45. FROMM, Erich. *To Have or to Be?* p. 60.

46. FROMM, Erich. *To Have or to Be?* p. 60.

comprado, mas para obterem gratificação pelo processo de compra em si. A compra compulsiva serve principalmente para aliviar ansiedades e infelicidades.⁴⁷

O consumo compulsivo apresenta uma certa repetição e consumo excessivo que ocorre devido à ansiedade, à depressão e ao tédio dos consumidores. Viciados em compras dependem do consumo excessivo da mesma maneira que um viciado busca drogas ou álcool.⁴⁸

O'Guinn e Faber conduziram uma pesquisa empírica, por meio de questionário, identificando alguns aspectos da personalidade dos compradores compulsivos. Eles identificaram que compradores compulsivos possuem baixa autoestima, como se sentir mal, culpado, pouco atraente, e sem uma clara identidade.⁴⁹

O problema do sentimento de identidade é descrito por Erich Fromm como a própria condição da natureza humana e é fonte dos impulsos mais intensos. Assim, não se pode estar sã sem o sentimento do eu, fazendo com que o indivíduo busque fazer quase qualquer coisa para adquiri-lo. Por detrás da forte paixão por um *status* ou situação e pela conformidade está essa mesma necessidade, que muitas vezes é mais forte que a necessidade de sobrevivência física.⁵⁰

Compradores compulsivos também possuem um alto nível de fantasia/imaginação; assim, talvez em situações de compras, esses indivíduos consigam focar ou refletir sobre seus pensamentos e sentimentos, conseguindo efetivamente escapar da realidade.⁵¹

Os compradores compulsivos não dão grande importância para a posse do item comprado, as gratificações derivam do contato

47. O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. *Journal of Consumer Research*, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989. p. 147-150.

48. O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. *Journal of Consumer Research*, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989. p. 153.

49. O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. *Journal of Consumer Research*, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989. p. 153.

50. O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. *Journal of Consumer Research*, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989. p. 59.

51. O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. *Journal of Consumer Research*, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989. p. 153.

interpessoal, emoções e positiva autoestima que foram geradas. Os itens comprados têm frequentemente tão pouca utilidade para o comprador e, em alguns casos, os produtos não são nem mesmo retirados da embalagem.⁵²

Analisando as consequências emocionais, O'Guinn e Faber identificaram que compradores compulsivos frequentemente desenvolvem sentimentos de vergonha ou culpa associados com o seu comportamento. Sentimentos de alienação, problemas jurídicos e dificuldades no casamento também aparecem como consequências da compra compulsiva. Há ainda um forte sentimento de solidão e alienação das outras pessoas. Os compradores compulsivos frequentemente têm vergonha do seu comportamento e sentem que os outros não entenderiam e, às vezes, se descrevem como não amados e rejeitados por causa de seus comportamentos.⁵³

Uma das piores consequências seria o sentimento de frustração, de não ser capaz de controlar o próprio comportamento. Alguns compradores compulsivos descrevem o sentimento de serem incapazes de parar como extraordinariamente assustador e impossível para outros entenderem.⁵⁴

Pensamentos que emergem dentro do horizonte cognitivo moldado pelas práticas diárias dos consumidores invariavelmente acentuam o agudo interesse pelo mercado consumidor e lhe ampliam os poderes de sedução. Ao contrário do processo produtivo, o consumo é uma atividade inteiramente individual. Ele também coloca os indivíduos em campos opostos, em que frequentemente se atacam.⁵⁵

Os "demônios interiores" desse tipo de sociedade nascem dos poderes de sedução do mercado consumidor. A Sociedade de consumidores não pode dispensar essa sedução mais do que a sociedade de produtores a podia dispensar, graças à vigência da regulamentação normativa. Por esta mesma razão, não pode permitir-

52. O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. *Journal of Consumer Research*, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989. p. 153.

53. O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. *Journal of Consumer Research*, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989.

54. O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. *Journal of Consumer Research*, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989. p. 155.

55. BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós -Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 54.

se declarar guerra, menos ainda combater, à tendência do mercado de elevar os sonhos e desejos dos consumidores a um estado de frenesi e alçá-los às nuvens, por mais prejudicial que essa tendência possa revelar-se à forma de ordem em que se radica. E prejudicial à ordem ela o é, tanto quanto lhe é indispensável.⁵⁶

Os sentimentos de ansiedade e de solidão, que estão por detrás do comportamento consumista dos indivíduos foram identificados como características do homem moderno por Rollo May, o qual afirma que o principal problema do homem moderno é o vazio, é não saber o que quer e frequentemente não ter a mínima ideia do que sente.⁵⁷

O homem moderno fala muitas vezes daquilo que deveria querer, como conseguir um emprego, obter determinada titulação, apaixonar-se, casar-se e criar uma família, mas isso é uma mera descrição do que os outros (pais, professores etc.) esperam que ele queira em vez do que ele realmente quer.⁵⁸

Esse sentimento de vazio acaba por gerar o sentimento de solidão. Quando uma pessoa não sabe com convicção o que ela quer ou sente, quando no período de uma mudança traumática, ela percebe que os desejos convencionais e objetivos que lhe foram ensinados não trazem nenhuma segurança ou dão qualquer senso de direção, ela sente um vazio interior, medo, e sua reação natural é procurar outras pessoas. Ela espera que os outros irão lhe dar um senso de direção ou pelo menos algum conforto na compreensão de que ela não está sozinha no seu medo. Assim, o sentimento de vazio e solidão são duas fases da mesma experiência básica de ansiedade Rollo.⁵⁹

Outra importante razão para o sentimento de solidão deriva do fato de que a sociedade deposita grande ênfase na aceitação social. É o principal meio de aliviar a ansiedade e de obter prestígio. Assim, o indivíduo sempre deve provar que é um sucesso social, sendo sempre procurado e nunca estando sozinho. O indivíduo retira muito da sua percepção da sua própria realidade aquilo que os outros dizem e pensam sobre ele, mas muitos homens modernos foram tão longe na sua dependência dos outros para os seus sentimentos de realidade

56. BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. p. 54.

57. MAY, Rollo. *Man's Search For Himself*. New York; London: W. W. Norton & Company, 2009. p. 4.

58. MAY, Rollo. *Man's Search For Himself*. p. 4.

59. MAY, Rollo. *Man's Search For Himself*. p. 13.

que possuem medo de que sem os outros eles perderiam o sentido da própria existência.⁶⁰

O consumo abundante é a marca do sucesso e a estrada que conduz diretamente ao aplauso público e à fama. Estimular a possuir e consumir determinados objetos, e adotar certos estilos de vida, é a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana; esta é a sensação da maioria dos consumidores. Contudo, Bauman destaca em sua obra “Cegueira Moral: A perda da Sensibilidade na Modernidade Líquida” que a sociedade é tão influenciada pelo consumo e pelos desejos que se esquece da sua origem e do seu entorno, tornando-se insensível com o próximo e consigo mesmo. Considerando que adoce a cada dia, na ânsia de conquistar mais e mais seu espaço e sobreviver na sociedade de consumo.⁶¹

5. CONCLUSÃO

A sociedade de consumo vem provocando um comportamento generalizado e, ao mesmo tempo, individualizado de consumo desmedido e impensado, alcançando a exasperação da moda a uma alta taxa de descarte de mercadorias. A obsolescência programada, quando o fabricante planeja “o envelhecimento de um produto”, ou seja, programa “quando determinado objeto vai deixar de ser útil e parar de funcionar, apenas para aumentar o consumo” é apenas um exemplo das estratégias para garantir a compra constante de bens que movimentam o mercado.

O consumidor não está mais atento à qualidade e durabilidade do produto que consome; ele o adquire, como visto anteriormente, com o objetivo de satisfazer seus desejos. Assim, verifica-se a clara transição entre a sociedade tradicional para a sociedade de consumo. A insatisfação dos desejos instáveis e rapidamente mutáveis do consumidor o leva a descartar os objetos que comprou com a promessa de cumprir esta tarefa. Vê-se como, com apenas uma única situação ocasionada pela cultura do consumo, o meio ambiente e os direitos dos indivíduos são comprometidos. É pela alta taxa de desperdício, e pela decrescente distancia temporal entre o brotar e o murchar do desejo, que o fetichismo da subjetividade se mantém vivo

60. MAY, Rollo. *Man's Search For Himself*. p. 14-17.

61. BAUMAN, Zygmunt. *Cegueira Moral; a perda da sensibilidade na modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014. p. 77.

e digno de crédito, apesar da interminável série de desapontamentos que ele causa. A sociedade de consumidores é impensável sem uma florescente indústria de remoção do resíduo. Não se espera dos consumidores que jurem lealdade aos objetos que obtêm com a intenção de consumir.

A insaciabilidade dos desejos supérfluos do homem contemporâneo aqui gera toneladas de resíduos que devem ser removidos e que muitas vezes não tem a destinação adequada, acarretando enorme ônus ao planeta e a todos os seres vivos. Assim, é possível constatar, que, como já destacado por Fritjof Capra, tudo está relacionado: cada ação tem uma reação e o homem vive em uma grande teia.

Diante das inúmeras projeções e conceitos distorcidos pelo ser humano, é elementar a tomada de consciência do lugar que ele ocupa no planeta para que não se deixe influenciar pelas culturas insustentáveis e consumistas, prejudicando o meio ambiente e as futuras gerações.

No entanto, esta retomada de consciência sustentável exige, conforme explicitado a partir de Hegel, o reforço da ética da busca pela satisfação pelo trabalho, enaltecendo não apenas o consumo irresponsável do planeta, mas também a responsabilização do humano como hóspede responsável e, portanto, coprodutor do planeta que, ao sentir Felicidade ao trabalhar, produzir, gera para si ajuda na manutenção de um equilíbrio também nos ecossistemas. A redução da influência do consumismo e seus impactos na Sustentabilidade pode ser feita a partir da ênfase da ética pelo trabalho, abrindo-se caminho para uma satisfação pessoal de realizar a obra.

REFERENCIAS DAS OBRAS CITADAS

BARBOSA, Livia. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós -Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Cegueira Moral; a perda da sensibilidade na modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014.

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012.

CAPRA, Fritjof. *Teia da vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas*. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Editora Cultrix. 2010.

DAVIDOFF, Linda. *Introdução à psicologia*. São Paulo: McGraw-Hill, 1983.

FIRAT *et al.* Consumption, Consumer Culture and Consumer Society. *Journal of Community Positive Practices*, Bucharest, v. 13, n. 1, p. 182-203, 2013.

FROMM, Erich. *To Have or to Be?* London; New York: Continuum, 2008.

FROMM, Erich. *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*. 6. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Economica, 1964.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

HEGEL, Georg W. F. *Fenomenologia do Espírito*. Tradução de Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Efen e José Nogueira Machado. Petrópolis: Vozes, 2005.

HEGEL, Georg W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982 (Werke in zwanzig Bänden 7) [mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

HEGEL, Georg W. F. *Linhas Fundamentais da filosofia do direito ou Direito Natural e ciência do estado em compêndio (1820) – Introdução*. Tradução e notas de Marcos Lutz Müller, em *Analytica*, volume 1, número 2, 1994: 107-161.

HEGEL, Georg W. F. *Linhas Fundamentais da filosofia do Direito ou Direito natural e ciência do estado em compêndio – primeira parte, o direito abstrato*. Tradução, introdução e notas de Marcos Lutz Müller. *Clássicos da Filosofia: Cadernos de Tradução n° 5*. Campinas: IFCH/ UNICAMP, 2003.

HEGEL, Georg W. F. *Linhas Fundamentais da filosofia do Direito ou Direito natural e ciência do estado em compêndio – segunda parte, a moralidade*. Tradução, introdução e notas de Marcos Lutz Müller. Clássicos da Filosofia: Cadernos de Tradução nº 5. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2003.

HEGEL, Georg W. F. *Linhas Fundamentais da filosofia do Direito ou Direito natural e ciência do estado em compêndio – terceira parte, a eticidade – a segunda seção, a sociedade civil-burguesa*. Tradução, introdução e notas de Marcos Lutz Müller. Textos Didáticos nº 21. Campinas: IFCH/UNICAMP, 1996.

HEGEL, Georg W. F. *Linhas Fundamentais da filosofia do Direito ou Direito natural e ciência do estado em compêndio – terceira parte, a eticidade – terceira seção, o Estado*. Tradução, introdução e notas de Marcos Lutz Müller. Textos Didáticos nº 21. Campinas: IFCH/UNICAMP, 1998.

HEGEL, Georg W. F. *Phänomenologie des Geistes*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 (Werke in zwanzig Bänden, 3) auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

LÉCRIVAIN, André. *Hegel et L'Éthicité: commentaire de la troisième partie des "Principes de la Philosophie du droit"*. Paris: Librairie Philosophique, 2001.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

O'GUINN, Thomas C.; FABER, Ronald J. Compulsive Buying: A Phenomenological Exploration. *Journal of Consumer Research*, Chicago, v. 16, n. 2, p. 147-157, set. 1989.

MAY, Rollo. *Man's Search for Himself*. New York; London: W. W. Norton & Company, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

ROSENFELD, Denis. *Política e Liberdade em Hegel*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983.

SOËTARD, Michel. *Jean-Jacques Rousseau*. Tradução de Verone Lane Rodrigues. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me4675.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2018.

O DIREITO À EDUCAÇÃO NA NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA REGULAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL: ANÁLISE PRELIMINAR A PARTIR DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DO PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Maria Creusa de Araújo Borges

Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba/Brasil; Editora Adjunta da Revista *Prima Facie* Direito História e Política; Líder do Grupo de Estudos e Pesquisas em Educação e Direitos Humanos, certificado pelo CNPq.

1. INTRODUÇÃO

A concepção de educação como um direito humano alcança centralidade no contexto após Segunda Guerra. Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, é produzida uma normativa internacional de proteção dos direitos humanos com destaque, entre outros direitos, à afirmação do direito à educação. Esta assume tarefa fundamental na construção de uma nova ordem, pautada numa agenda construída pelos vencedores da guerra, os Aliados. Assim, a educação, por um lado, é reiteradamente reconhecida como um direito humano. Por outro, é pensada como um instrumento de formação em direitos humanos, formação esta fundamentada nos valores assumidos pela ONU no seu projeto de cooperação entre os Estados e de construção da paz. Nesse cenário, são aprovados instrumentos internacionais de direitos humanos que reconhecem o direito à educação, em vários níveis, do ensino elementar aos níveis mais elevados, como é a educação superior.

Nesse contexto, são analisados dois instrumentos normativos internacionais: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Não obstante o fato de que esses instrumentos foram aprovados em contextos diferentes, marcados por tensões específicas, e da natureza jurídica diversa, a Declaração e o Pacto supracitados constituem uma normativa relevante no processo de afirmação de direitos humanos. Além disso, a partir da Declaração, até os nossos dias, a educação é normatizada como um direito humano e um bem público, concepção encabeçada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), agência especializada da ONU.

Por sua vez, é analisada a normativa nacional quanto à matéria, numa perspectiva comparada com a normativa da ONU, representada pela Declaração e pelo Pacto supras. Nessa análise, são identificados avanços e recuos no processo de afirmação da educação como um direito humano. Identifica-se, também, que, em determinados aspectos, a normativa nacional avança muito mais que a internacional, consolidando conteúdos do núcleo essencial do direito à educação.

2. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO À EDUCAÇÃO

O movimento contemporâneo relativo aos direitos humanos toma impulso decisivo com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 10 de dezembro de 1948, em Paris, pela Assembleia Geral das Nações Unidas¹. A partir desse documento, os países ocidentais, os Aliados, vencedores da Segunda Grande Guerra, intitulados de Nações Unidas, estabelecem uma agenda, no cenário internacional, de reconhecimento e de proteção dos direitos humanos. Por intermédio do trabalho legislativo da Organização das Nações Unidas (ONU) e da atuação de seus diversos órgãos e das agências especializadas, os direitos humanos passam a ser uma área de preocupação internacional, cuja proteção é assumida como propósito das Nações Unidas, proteção afirmada em sua Carta, instrumento constitutivo da referida organização supranacional.

Na condição de documento-símbolo, "(...) ponto de partida do processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos (...)" (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 28), padrão

1. A DUDH foi adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da ONU.

comum de reconhecimento e de proteção dos direitos humanos (ALVES, 2007), a Declaração representa o registro histórico, político e jurídico da repulsa às violações aos direitos humanos cometidas por Estados totalitários no âmbito da Segunda Grande Guerra. Indica, portanto, a construção de uma nova ordem mundial², baseada em relações democráticas e pacíficas entre os Estados, ordem que tem por fundamento a proteção dos direitos da pessoa humana.

Essa nova ordem se baseia, juridicamente, na Carta da ONU, documento que estabelece os propósitos e as diretrizes de atuação das Nações Unidas no cenário internacional. Assim, a Carta consiste numa referência no processo de formulação dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, os quais resultam tanto do trabalho legislativo das Nações Unidas, como de outras organizações de caráter regional, como é o caso da Organização dos Estados Americanos (OEA). Esses instrumentos, que possuem natureza e efeitos jurídicos variáveis, são influenciados pelos princípios assumidos na Carta, sendo esta explicitada em vários preâmbulos de instrumentos internacionais de direitos humanos desde a aprovação da Declaração de 1948. Portanto, a compreensão da Declaração requer a sua articulação com os princípios, objeto e propósitos afirmados na Carta de São Francisco.

Na Carta, não estão descritos e catalogados os direitos humanos, tarefa levada a cabo pelo comitê de redação, responsável pela elaboração da DUDH. Diante da lacuna presente nos dispositivos da Carta da ONU, em relação à definição dos direitos humanos a serem objeto de proteção, a Declaração passa a se constituir em fonte de interpretação dos dispositivos acerca dos direitos humanos afirmados na Carta. Configura-se, dessa maneira, uma interação entre as declarações de direitos humanos e os instrumentos constitutivos de organizações internacionais, de caráter universal, como é o caso da ONU, e de abrangência regional, como a OEA (CANÇADO TRINDADE, 1997).

2. As "Quatro Liberdades" - liberdade de palavra, liberdade de crença e liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade -, afirmadas pelo Presidente Roosevelt, no discurso "Estado da União", proferido no Congresso dos Estados Unidos da América, em 6 de janeiro de 1941, constituem a base da nova ordem mundial, a ser liderada pelos Aliados, vencedores da Segunda Grande Guerra. As liberdades supracitadas foram incorporadas ao preâmbulo da DUDH. Sobre a história da formulação da DUDH, consultar: Poole *et al* (2007).

A escrita da Declaração envolveu o trabalho de vários órgãos, antes de sua submissão à Assembleia Geral. Assim, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) encaminhou a sua subseção, a Comissão de Direitos Humanos (CDH), sob a liderança de Eleanor Roosevelt, o trabalho de escrita de uma declaração internacional, pois o plano geral era de elaboração de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, na qual a DUDH seria uma parte, considerada mais como uma declaração de princípios, no estilo de preâmbulo, complementada por disposições substantivas, constantes nos instrumentos obrigatórios, tais como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), ambos de 1966.

A CDH encarregou o comitê de redação - composto por representantes da Austrália, China, Chile, Filipinas, França, Iugoslávia, Líbano, Reino Unido, República Socialista Soviética, Uruguai - de elaboração de um esboço da Declaração para ser submetido ao ECOSOC. Este encaminhou a proposta à Assembleia Geral, órgão legislativo principal da ONU, onde cada membro tem direito a voto, com peso igual (ALVES, 2007).

No processo de escrita da Declaração, a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) desempenhou papel relevante (CANÇADO TRINDADE, 1997; POOLE *ET AL*, 2007). Ao examinar os principais problemas teóricos relativos à formulação da Declaração, esta agência especializada da ONU explicitou questões referentes às relações entre liberdades individuais e responsabilidades coletivas, questões que perpassam a problemática dos direitos humanos na contemporaneidade³, interferindo no seu processo de reconhecimento e efetivação.

A Declaração, elaborada em menos de dois anos, nas três primeiras sessões da CDH, foi aprovada na primeira sessão da Assembleia Geral a que foi submetida (a III Assembleia Geral das Nações Unidas). Dos 58 Estados-Membros, 48 votaram a favor, nenhum contra, 8 se abstiveram⁴ e 2 se ausentaram da ocasião (RANGEL, 2005). Portanto, a relevância desse documento não advém

3. Sobre a matéria, consultar o documento: **Los Derechos del Hombre**– estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal reunidos por la UNESCO. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1949, apêndice I, pp. 227-232.

4. Abstencões da África do Sul, Arábia Saudita, Bielorrússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética.

do quantitativo dos Estados que a aprovaram, mas, sobretudo, do fato de que representa a formulação jurídica da noção de direitos inerentes à pessoa humana - afirmada, mas não detalhada na Carta da ONU - formulação alçada ao plano internacional a partir da aprovação da DUDH (CANÇADO TRINDADE, 1997). Na qualidade de "(...) primeira expressão dos direitos humanos de forma abrangente em escala internacional" (POOLE *ET AL*, 2007, p. 91), a DUDH, definitivamente, coloca o ser humano no cerne do debate político internacional, reconhecendo que a proteção dos direitos humanos se constitui em preocupação dos Estados, independentemente da condição desfrutada pelo ser humano (nacional ou estrangeiro; rico ou pobre).

Uma questão recorrente, na doutrina, consiste na natureza jurídica da Declaração. Comumente, na prática internacional, as declarações não apresentam força jurídica obrigatória, característica atribuída aos tratados, convenções e pactos. Entretanto, Alves (2007) chama à atenção para a peculiaridade da DUDH. Pelo fato de conter referência explícita, em seu preâmbulo, às disposições da Carta da ONU, esta última de caráter obrigatório, e pela existência do fenômeno da conversão da Declaração em norma consuetudinária, não autoriza a afirmação da DUDH como meramente uma declaração de princípios, sem quaisquer elementos coativos e obrigatórios.

(...) o que se verifica na prática é a invocação generalizada da Declaração Universal como regra dotada de *jus cogens*, invocação que não tem sido contestada sequer pelos Estados mais acusados de violações de seus dispositivos (ALVES, 2007, p. 48).

Aprovada sob a forma de uma resolução não-impositiva da Assembleia Geral, a Declaração não possui força vinculante. Contudo, na mesma lógica de Alves (2007), Poole *et al* (2007) reconhecem a existência de elementos coativos, tanto internamente como externamente, na DUDH. No plano interno, se distingue, na Declaração, preâmbulo e artigos, muitos desses se constituindo em obrigações, a base dos artigos obrigatórios dos Pactos de 1966. Externamente, a DUDH consiste numa grande referência no direito internacional, influenciando a produção normativa sobre a matéria, constituindo-se em referência explícita em diversos instrumentos internacionais que a sucedem. O impacto da DUDH ainda foi mais considerável pela demora no processo de aprovação dos Pactos de

1966 – um lapso de tempo de 18 anos – pactos que são considerados, pela doutrina, como vinculantes e obrigatórios. Entretanto, o tempo prolongado para a aprovação dos referidos Pactos:

(...) contribuiu para florescer a tese de que alguns dos princípios da Declaração cedo se afiguravam como parte do direito internacional consuetudinário, ou como expressão dos princípios gerais do direito, invocados em processos nacionais e internacionais (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 38).

Cançado Trindade (1997) examina o valor jurídico e o alcance da Declaração Universal. Para o autor, a DUDH consiste num instrumento decisivo, ao servir como modelo e ponto de partida para o processo de generalização da proteção internacional relativa aos direitos humanos. Processo de generalização marcado pela proteção do ser humano não mais restrita a determinadas condições ou a setores circunscritos, como no caso da proteção dos trabalhadores sob a égide das primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Nesse processo, presencia-se a proliferação de diversos tratados sobre a matéria, em que a DUDH se constitui numa referência explícita, sendo citada literalmente nos preâmbulos de diversas convenções⁵.

A Declaração Universal figura-se, assim, como a fonte de inspiração e um ponto de irradiação e convergência dos instrumentos sobre direitos humanos em níveis tanto global quanto regional. Este fenômeno vem a sugerir que os instrumentos globais e regionais sobre direitos humanos, inspirados e derivados de fonte comum, se complementam (...) (CANÇADO TRINDADE, 1997, p.43).

Portanto, o valor jurídico da DUDH não pode ser minimizado. A interação interpretativa entre a Declaração e a Carta da ONU e outros instrumentos constitutivos de organizações internacionais e de base convencional, além de sua incorporação nos ordenamentos

5. Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

jurídicos estatais, indica a posição de destaque da DUDH no sistema normativo internacional e nacional relativo aos direitos humanos.

Nesse âmbito, os direitos humanos, afirmados na Declaração, são objeto de várias propostas de classificação. Uma dessas propostas, aqui adotada, consiste na classificação realizada por Donnelly (1986). De acordo com essa proposta, os direitos em tela são classificados em direitos pessoais; direitos judiciais; liberdades civis; direitos de subsistência; direitos econômicos; direitos sociais e culturais; direitos políticos. A seguir, resume-se, sucintamente, o leque de direitos humanos classificados conforme a proposta em tela.

Integram os direitos pessoais (arts. 2º a 7º e 15): o direito à vida; à nacionalidade; ao reconhecimento da personalidade jurídica; à igualdade de proteção perante a lei; à proteção contra tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; à proteção contra a discriminação racial, étnica, sexual ou religiosa.

Os direitos judiciais (arts. 8º a 12) referem-se: ao acesso a remédios por violações de direitos reconhecidos em lei; à presunção da inocência; à garantia de um processo público, imparcial, dirigido por um tribunal competente e independente; à irretroatividade das leis penais; à proteção contra prisões ou exílios arbitrários; à proteção contra ingerências na privacidade, na família, no domicílio, na correspondência, na reputação.

As liberdades civis (art. 13 e arts. 18 a 20) consistem nas liberdades de: circular livremente no território de um Estado; pensamento; consciência; religião; reunião e associação pacíficas.

Os direitos de subsistência (art. 25) referem-se aos direitos à alimentação e a um padrão de vida adequado; à saúde e ao bem-estar próprio e da família.

Integram os direitos econômicos (arts. 22 a 26): o direito ao trabalho, com remuneração equitativa e condições adequadas; à associação sindical; ao descanso e ao lazer. Nesta classificação, o autor exclui o direito à propriedade, regulado no artigo 17 da Declaração Universal.

Os direitos sociais e culturais (arts. 26 a 28) são constituídos pelos direitos à educação; à participação livre na vida cultural da comunidade e nos resultados do progresso científico.

Os direitos políticos (art. 21) referem-se: à participação livre no governo, por intermédio de representantes eleitos; ao acesso, em condições de igualdade, às funções públicas.

Os direitos humanos, reconhecidos na Declaração, ainda podem ser relacionados em dois grupos: os direitos civis e políticos (arts. 3º a 21) e os direitos econômicos, sociais e culturais (arts. 22 a 28) (ALVES, 2007). Esta categorização é largamente utilizada na doutrina e na jurisprudência internacionais de direitos humanos.

Distinguem-se, na DUDH, o preâmbulo, no qual se encontram as motivações políticas, consistindo na base da Declaração, e trinta artigos. Nestes, são objeto de regulação os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Adota-se a concepção de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos (DUDH, art. 1), afirmando-se a perspectiva de que os direitos humanos consistem em direito de todos, sem distinção alguma (art. 2).

Em relação à matéria *educação*, esta é discutida, inicialmente, no preâmbulo. Nesta parte, destaca-se que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad” (DUDH, PREÂMBULO). Assim, explicita-se, mais uma vez⁶, a referência às atrocidades cometidas aos seres humanos no contexto da Segunda Grande Guerra. Relaciona-se a ocorrência de violações aos direitos humanos à ausência de conhecimento sobre esses direitos. A Declaração, portanto, confere à educação um papel relevante na construção de uma nova ordem internacional, pautada no respeito aos direitos humanos. Assim, exige-se um trabalho educativo voltado para a conscientização sobre os direitos da pessoa humana, evitando-se a ocorrência de outros atos de barbárie, tais como aqueles ocorridos no supracitado conflito mundial.

Reconhece-se, no preâmbulo da Declaração, que “una concepción común de estos derechos y libertades (...)” assume relevância fundamental para que os Estados, em cooperação com as Nações Unidas, cumpram com o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos. Assim, o conhecimento e a conscientização sobre os direitos humanos são colocados, reiteradamente, como uma forma de prevenção de novas violações a esses direitos.

Com base nessa compreensão, a Assembleia Geral da ONU proclama a DUDH, como um ideal comum, uma fonte de inspiração para que as nações promovam, por intermédio do ensino e da educação, o respeito aos direitos humanos. A noção de ensino remete

6. A primeira referência explícita encontra-se na Carta das Nações Unidas.

às atividades realizadas na escola, no âmbito formal. Por sua vez, a educação compreendida como uma prática social, que se realiza além do espaço escolar, abrangendo as práticas culturais, dos movimentos sociais, o trabalho, entre outras⁷.

O direito à educação encontra-se regulado, na Declaração, no artigo 26:

1. toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

A educação é afirmada como um direito de todos. Segue-se, assim, a perspectiva assumida pelas Nações Unidas de que os direitos humanos são para todos, sem distinção de raça, etnia, sexo, idioma, religião, opinião política, nacionalidade, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição (CARTA DA ONU, art. 1; DUDH, art. 2).

No ordenamento jurídico nacional, a concepção de que a educação é um direito de todos é reiterada na Constituição Federal de 1988 (CF, 1988):

a educação, direito de todos e dever do Estado e da família⁸, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para

7. Na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional(LDB), Lei nº 9.394/96, em seu artigo 1º, afirma-se uma concepção ampla de educação, sendo esta compreendida como uma prática social que extrapola os 'muros' da escola, não obstante a referida Lei regular as práticas que se desenvolvem, predominantemente, em espaços escolares.

8. Na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), essa relação se inverte, passando a educação a se constituir, primeiramente, em dever da família (art. 2º).

o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (CF/88, art. 205).

Não obstante a afirmação da concepção de educação como um direito de todos, reconhece-se, de forma restrita, o princípio da gratuidade. Este princípio deve nortear toda a educação, mas estabelece-se que essa gratuidade deve ser concretizada pelo menos na instrução elementar e fundamental.

No ordenamento jurídico nacional, há uma especificidade. A gratuidade é reconhecida como um princípio, de hierarquia constitucional, que deve nortear toda a educação pública. Consiste, como afirma o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Ricardo Lewandowski, em parecer de 2008, em núcleo axiológico do sistema de ensino brasileiro. Portanto, não se restringe a uma etapa da educação, devendo está presente na educação básica e superior. É o que se afirma na CF, art. 206, IV: “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) IV- gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais (...)”.

A afirmação da obrigatoriedade é enfática na Declaração de 1948, referindo-se à instrução elementar. No caso brasileiro, a obrigatoriedade incide na educação básica, esta compreendida como obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos, assegurada sua oferta gratuita para todos aqueles que não tiveram acesso na idade própria⁹ (CF, art. 208, I). O acesso ao ensino obrigatório e gratuito constitui direito público subjetivo e o seu não-oferecimento ou sua oferta irregular por parte do Estado implica em responsabilidade da autoridade competente (CF, art. 208, §§ 1º e 2º).

O ensino profissionalizante, conforme a DUDH, deverá ser generalizado. No caso brasileiro, essa modalidade de ensino não é contemplada no art. 208 da CF, artigo que regula o dever do Estado em relação à educação. Na LDB/96, no Capítulo III, é feita referência à educação profissional, que deve ser oferecida de forma integrada às diferentes formas de educação e visa ao desenvolvimento de aptidões para a vida produtiva (art. 39).

Na DUDH, o acesso aos estudos superiores é possibilitado, de forma igual, a todos, orientando-se pelo mérito individual. Na CF/88, o acesso aos níveis mais elevados de ensino pauta-se na capacidade individual. Reitera-se, a concepção de educação superior

9. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009.

como um direito de todos, cujo acesso depende da capacidade do indivíduo. Retira-se, assim, a responsabilidade do Estado de garantir o acesso aos estudos superiores, colocando essa responsabilidade para o indivíduo.

Na Declaração, também, são colocados os objetivos da educação. Esta deverá promover o desenvolvimento da personalidade humana. Tendo como referência os propósitos das Nações Unidas, a educação deve fortalecer o respeito aos direitos humanos e colaborar nas atividades da ONU em prol da manutenção da paz. Aos pais cabe a escolha do tipo de educação para os seus filhos, colocando-se para a família a responsabilidade de participar do processo educativo. Nesse caso, a LDB (1996) é enfática ao afirmar que a educação constitui, primeiramente, dever da família (art. 2º).

Percebe-se que o reconhecimento do direito à educação, na DUDH, se dá de forma ampla, abarcando várias etapas e níveis de educação. Entretanto, esse reconhecimento não ocorre de maneira igual, restringindo-se à garantia desse direito para os níveis elementares, deixando a responsabilidade de acesso aos níveis superiores para o indivíduo, com base no critério do mérito individual. No ordenamento jurídico brasileiro, o acesso aos estudos superiores pauta-se na capacidade individual, não obstante a adoção de sistema de cotas no acesso à universidade pública, cuja constitucionalidade foi decidida pelo STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº 186, cujo julgamento ocorreu em 2012¹⁰. Posteriormente, foi aprovada a Lei nº 12.711, em 2012, a chamada Lei de Cotas, garantindo a reserva de vagas para alunos oriundos do ensino médio público no acesso à educação superior pública brasileira.

10. ADPF proposta pelo partido político Democratas (DEM) contra atos administrativos da Universidade de Brasília, a qual instituiu um programa de cotas raciais para o acesso à universidade. Na ação, o DEM alega ofensa à CF (1988), precisamente, aos artigos 1º, *caput* e inciso III; 3º, inciso IV; 37, *caput*; 205; 207, *caput*; e 208, inciso V. O Ministro Relator do caso, em seu voto apreciando a matéria, decide: "(...) considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF" (LEWANDOWSKI, 2012).

Percebe-se que a educação, na DUDH, assume papel fundamental no desenvolvimento dos propósitos das Nações Unidas: promoção do respeito aos direitos humanos, por meio de um trabalho educativo de conhecimento e de conscientização; atividades em prol da manutenção da paz e da segurança internacionais, por intermédio, inclusive, da cooperação de caráter científico e educacional, liderada pela UNESCO.

A afirmação do direito à educação na DUDH, mesmo não se constituindo em obrigações de caráter convencional para os Estados, influencia como visto, a regulação desse direito nos ordenamentos jurídicos nacionais. Questões referentes à gratuidade, obrigatoriedade, colocadas na Declaração, repercutem na configuração do dever do Estado em matéria educacional. No caso brasileiro, não obstante a obrigatoriedade se restringir à educação básica, o princípio da gratuidade constitui uma referência fundamental do sistema de ensino brasileiro, abarcando todas as etapas do percurso educacional em estabelecimentos oficiais.

3. O PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS E O DIREITO À EDUCAÇÃO

A atualização da DUDH realiza-se por intermédio da elaboração de novos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tais como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), aprovados pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966. A decisão da Assembleia das Nações Unidas, em 1951, de elaborar dois Pactos, ao invés de um, indica a tensão, presente à época, entre duas teses existentes acerca da aplicabilidade entre os diferentes conjuntos de direitos humanos, como, também, a ocorrência de conflitos de caráter ideológico - que influenciaram os trabalhos preparatórios dos referidos Pactos - conflitos liderados pelos dois blocos político-econômicos da Guerra Fria: o bloco capitalista, encabeçado pelos Estados Unidos, e o bloco comunista, sob a liderança da então União Soviética (CANÇADO TRINDADE, 1997).

No contexto de formulação dos Pactos de 1966, vigorava a perspectiva de que os direitos civis e políticos eram dotados de aplicabilidade imediata, restando aos Estados, no tocante à efetivação desses direitos, obrigações de cunho negativo. Ou seja, esses direitos,

para serem aplicados, exigiam, apenas, a abstenção por parte do Estado, deixando uma margem de liberdade de atuação individual para a concretização dos direitos civis e políticos. Por sua vez, os direitos econômicos, sociais e culturais eram compreendidos como direitos passíveis de aplicação, apenas, progressiva, requerendo, para a sua efetivação, a prestação estatal positiva (CANÇADO TRINDADE, 1997).

Entretanto, essa dicotomia quanto à aplicabilidade dos direitos humanos, ainda na época dos trabalhos preparatórios, não se apresentava de forma absoluta. Conforme Cançado Trindade (1997), o PIDCP prevê a possibilidade de aplicação progressiva de tais direitos, como o PIDESC contém dispositivos suscetíveis de aplicação imediata.

A distinção entre as diferentes categorias de direitos humanos, consolidada na elaboração dos Pactos, é reflexo, portanto, da bipolaridade, sobretudo de base ideológica, entre Estados Unidos da América e a então União Soviética, no início dos anos cinquenta do século XX, momento em que se iniciam os trabalhos preparatórios dos referidos Pactos. Nas palavras de Cançado Trindade "(...) o então 'grupo ocidental' enfatizava os direitos civis e políticos, ao passo que o então 'bloco socialista' privilegiava os direitos econômicos, sociais e culturais" (1997, p. 355).

A categorização supracitada não foi antecipada nos trabalhos preparatórios da DUDH de 1948, pois os diferentes - mas indivisíveis - direitos humanos constavam na mesma Declaração, não obstante a ênfase nos direitos do indivíduo, reflexo das Revoluções liberais-burguesas do século XVIII. Na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem¹¹, também de 1948, produto do trabalho legislativo da OEA, os direitos humanos são afirmados, juntos, no mesmo instrumento.

Os Pactos de 1966 foram preparados à luz da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos e contêm força jurídica convencional, vinculando os Estados-partes nos referidos tratados (REZEK, 2008). Essa característica amplia as obrigações dos Estados em relação aos direitos reconhecidos nos Pactos, tal como o direito à educação, regulado no PIDESC.

11. Declaração que se antecipou em alguns meses à DUDH, sendo influenciada por seus trabalhos preparatórios.

No PIDESC, mais especificamente no preâmbulo, é feita referência explícita à Carta da ONU, cujos princípios constituem a base de elaboração do Pacto. A Carta, também, é citada para realçar as obrigações dos Estados no tocante à promoção do respeito aos direitos humanos, assumidas, primeiramente, no instrumento constitutivo da ONU.

Tendo por base a DUDH (1948), o PIDESC enfatiza a necessidade de criação de condições para que o ser humano usufrua dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto como dos direitos civis e políticos. O gozo dos diferentes direitos humanos constitui condição para que o ser humano seja liberado do temor e da miséria.

Os direitos protegidos no PIDESC recaem, em sua maioria, na competência das agências especializadas das Nações Unidas, tais como a OIT e a UNESCO. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, criado por resolução do ECOSOC, face à omissão do PIDESC, assume a responsabilidade de supervisionar as obrigações dos Estados-partes em relação aos direitos reconhecidos no referido Pacto. Na prática, o Comitê, após examinar os relatórios dos Estados, adota as denominadas '*concluding observations*', estruturadas em cinco seções: introdução, aspectos positivos, fatores e dificuldades que impossibilitam a implantação do Pacto, preocupações principais e recomendações (CANÇADO TRINDADE, 1997). O Comitê, portanto, após o exame dos relatórios enviados pelos Estados, indica recomendações para que os entes estatais efetivem as obrigações assumidas no Pacto em análise.

A tese das obrigações mínimas dos Estados em relação à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais ainda é a perspectiva dominante na elaboração dos documentos internacionais relativos a esses direitos. Por exemplo, o trabalho do Comitê responsável pela supervisão do referido Pacto, quando do não cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado-parte, focaliza-se na formulação de observações gerais sobre a situação de determinado direito. Observações e recomendações que não possuem a mesma força jurídica de sanções.

A formulação do texto legal do instrumento jurídico em análise baliza essa ideia das obrigações mínimas, como se observa a seguir:

1. cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales,

especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...) (PIDESC, art. 2).

As obrigações contraídas pelos Estados devem ser concretizadas até o máximo dos recursos estatais disponíveis e de forma progressiva, deixando margem para os Estados decidirem as suas prioridades em relação à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. No tocante ao direito à educação, essa tese marca a sua presença, como se observa na leitura do artigo 13 do PIDESC.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. (...). 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente (...).

Não obstante o direito à educação ser reconhecido de forma extensa, inclusive abarcando aspectos não contemplados na DUDH, o exame de cada item indica que a tese das obrigações mínimas e da aplicação progressiva ainda marcam a sua presença. Primeiramente, afirma-se, como na Declaração de 1948, a educação como um direito de todos. Posteriormente, enfatiza-se o direito à educação no tocante a cada etapa do percurso educacional.

A educação obrigatória e gratuita consiste no ensino elementar, tal como afirmado na DUDH. No tocante ao ensino secundário,

incluindo nesse nível a instrução técnica e profissional, reconhece-se a necessidade de sua generalização e acessibilidade a todos. Entretanto, o PIDESC amplia esse direito, ao afirmar a implantação da gratuidade, de forma progressiva, neste nível de ensino. Difere, portanto, nesse aspecto, da DUDH. Reconhece-se o direito das pessoas que não concluíram o ensino primário de prosseguir seus estudos na educação fundamental, mas utiliza-se, novamente, a assertiva “na medida do possível”. Enfatiza-se a necessidade de implantação de um sistema de bolsas e a melhoria contínua das condições de trabalho do docente, aspectos não afirmados na DUDH.

O ensino superior deve ser igualmente acessível a todos, com base na capacidade individual, reiterando-se, como na DUDH, a perspectiva do mérito como critério de acesso a esse nível de escolarização. Compreende-se a educação superior como um direito de todos, mas o seu acesso pauta-se no critério da capacidade de cada um.

São reconhecidos aspectos do direito à educação não enfatizados na Declaração de 1948, tais como: implantação progressiva da gratuidade no ensino secundário e no ensino superior; garantia do direito das pessoas jovens e adultas a concluírem o ensino fundamental; bolsas de estudo; melhoria das condições de trabalho do corpo docente. Por sua vez, reitera-se a capacidade individual como critério de acesso à educação superior.

Nesse âmbito, consideram-se como elementos exigíveis do direito à educação, sendo, portanto, de aplicação imediata: o direito à educação primária obrigatória e gratuita; a liberdade de escolha em matéria educacional; o direito de acesso à educação, sem qualquer discriminação. O ensino secundário e o ensino superior, cuja obrigatoriedade e gratuidade constituem princípios de aplicação progressiva, ainda não podem ser totalmente exigíveis.

No caso brasileiro, constituem aspectos do direito à educação de aplicação imediata: educação básica obrigatória e gratuita; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, em todas as etapas de educação, da educação básica a superior; a liberdade de escolha dos pais da educação de seus filhos; a liberdade religiosa no processo educacional; a liberdade de escolha dos métodos pedagógicos.

Configura-se, dessa forma, a existência de um núcleo fundamental no tocante ao direito à educação, que é plenamente exigível. Assim, a tese da aplicação, apenas, progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais não se concretiza de forma absoluta,

devido ser considerada após a realização de exame cauteloso da matéria em pauta, em suas diferentes nuances.

4. CONCLUSÕES

A análise da normativa internacional focalizou a afirmação da educação como um direito humano a partir da Declaração Universal de 1948 e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Reconhecida, no Preâmbulo da Declaração, a educação assume papel central na construção da nova ordem internacional do Pós-Guerra, liderada pelos Aliados, vencedores do conflito mundial. Ao enfatizar que o desconhecimento sobre esses direitos contribuiu para as violações de direitos humanos, sobretudo nos campos de concentração nazista, a Declaração realça, pelo menos, uma tarefa fundamental para a educação: a de promotora de valores compatíveis com uma sociedade pautada nos direitos humanos e na paz entre os Estados. Por outro ângulo, mas complementar à tarefa fundamental supra, é reconhecido o direito à educação a todos, do ensino elementar aos estudos superiores. Estes últimos pautados no acesso com mérito. Questões chave reiteradas no Pacto de 1966.

Confrontando essa normativa internacional com a regulação interna, percebe-se uma incorporação dessas questões na CF de 1988 e na LDB de 1996. Entretanto, em alguns aspectos, a normativa nacional avança em termos dos conteúdos que compõem o direito à educação, sobretudo no tocante à gratuidade e à obrigatoriedade. Esse fato indica, portanto, que os instrumentos internacionais de direitos humanos constituem um parâmetro mínimo de proteção, tendo a educação como um direito proteção mais ampliada na normativa nacional brasileira.

5. REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 500.171-7, de 13 de agosto de 2008. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, p. 1014-1029, 2008.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, ADPF nº 186, Distrito Federal. Voto do Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 2012.

_____. *Lei de Cotas*. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 28 de maio de 2015.

_____. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. V. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

DONNELLY, Jack. *International human rights: a regime analysis, International organization*, Massachusetts Institute of Technology, 40, 3, p. 599-642, Summer, 1986.

ONU. *Recopilación de instrumentos internacionales*. Instrumentos de carácter universal. Volumen I (primera parte). Nueva York y Ginebra, 1994.

_____. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1966). In: ONU. *Recopilación de instrumentos internacionales*. Instrumentos de carácter universal. Volumen I (primera parte). Nueva York y Ginebra, 1994.

_____. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948). In: ONU. *Recopilación de instrumentos internacionales*. Instrumentos de carácter universal. Volumen I (primera parte). Nueva York y Ginebra, 1994.

_____. CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS. Firmada en San Francisco el 26 de junio 1945. Disponível em: www.unhchr.org/html/menu3/b/ch-cont_sp.html. Acesso em: 23 de maio de 2015.

POOLE, Hilary (org.). *et al. Direitos humanos: referências essenciais*. Tradução de Fábio Larsson. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

UNESCO. *Los Derechos del Hombre: estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal reunidos por la UNESCO*. México/ Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1949, apéndice I.



DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS E A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988¹

Natalia Brigagão F. A. Carvalho

Coordenadora do Laboratório de Direitos Humanos e Justiça Global (LabDH);
Membro Colaborador da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MG, 13ª Subseção;
foi *Adviser* da Missão do Brasil nos *Headquarters* da ONU em Nova York e
Visiting Student na *Harvard University* (2017); Pesquisadora do Centro Brasileiro
de Estudos em Direito e Religião (CEDIRE).

1. INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana (daqui em diante, também “dignidade humana” ou “dignidade”) é, nos dias atuais, um dos mais referenciados princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (daqui em diante, “Constituição” ou “Constituição Federal”). Considerada o valor supremo e núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é compreendida por muitos dos mais proeminentes constitucionalistas brasileiros como a base para criação, interpretação e efetivação da ordem constitucional (NOVELINO, 2012, p. 379). Segundo alguns autores, o princípio é ainda o fundamento de todos os direitos fundamentais, que podem ser considerados constitucionais, mesmo que não escritos, se dele derivados (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 280).

Conforme a Ministra do Supremo Tribunal Federal (daqui em diante, também “Supremo” ou “STF”) Carmen Lúcia Antunes Rocha,

1. Reconhecimentos: Sou particularmente grata a Jonathan Bruno (Harvard University Government Department e Law School) por seu incessante aconselhamento, a Rodrigo Vitorino Souza Alves (Laboratório de Direitos Humanos e Justiça Global) por seus atentos comentários e a José Renato Resende (Comissão da Verdade Ismene Mendes) por suas sugestões e importante colaboração. Gostaria também de expressar minha gratidão a Samuel Moyn (Harvard Law School) por nossa frutífera conversa sobre dignidade e história dos direitos humanos e a Ingo Wolfgang Sarlet por suas gentis observações no início do desenvolvimento desta pesquisa.

O princípio da dignidade da pessoa humana entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo, daí partindo e fazendo-se valer em todos os ramos do Direito. A partir de sua adoção se estabeleceu uma nova forma de pensar e experimentar a relação sociopolítica baseada no sistema jurídico; passou a ser princípio e fim do Direito contemporaneamente produzido e dado à observância no plano nacional e no internacional (ROCHA, 2000, p. 72).

O Brasil não está sozinho. Uma análise baseada na base de dados do “Constitute Project” demonstra que, atualmente, 149 constituições adotam alguma variação do princípio da dignidade humana em seus textos. O conceito também ocupa posição de protagonismo, por exemplo, nas Constituições “alemã (art. 1º)², portuguesa (art. 1º), (...) grega (art. 2º), espanhola (art. 10º), italiana (art. 41), turca (art. 17), sueca (art. 2º), finlandesa (art. 1º), suíça (art. 7º), montenegrina (art. 20), polonesa (art. 30), romena (art. 1º), russa (art. 7º), sérvia (art. 18)” (COSTA NETO, 2012, p. 10), venezuelana, irlandesa, búlgara, indiana, israelense, colombiana, grega e chinesa, entre outras.

Para a doutrina brasileira majoritária, tal fenômeno surgiu como resposta aos horrores das grandes guerras, demonstrando um comprometimento internacional das democracias ascendentes ao valor do ser humano como sujeito autônomo e seus direitos fundamentais³. Guerra, por exemplo, afirma que a Segunda Guerra Mundial foi “um marco de afronta à dignidade da pessoa humana”, de forma que, a partir da década de 1950, “a análise da dignidade humana ganha âmbito internacional, consolidando a ideia de

2. Trata-se de um dos dois artigos da Constituição alemã cuja revisão por emenda é vedada. Para parte da doutrina, “this protection is sometimes misconstrued, we believe, to imply a special normative status, superior to the other norms contained in the original Basic Law. In contemporary substantive constitutional case law, ‘human dignity’ is considered the only value existing beyond the weight of interests: it is absolute and paramount. While all other interests covered by basic rights are subject to restrictions in order to further the public good, ‘human dignity’ may not be infringed for any reason” (BENDEL; SACHS, 2011).

3. Para Barzotto, a juridicização do digno no pós-guerra representou uma reação a movimentos totalitários que violaram de modo planejado a dignidade da pessoa humana. O que o totalitário pretende é realizar seu projeto aquerontico apelando a um dos predicados do ser humano – o nazista o fez a partir da raça. Tomando a dignidade como oposição a este paradigma, qualquer tentativa de determinar critérios para a definição do humano é, portanto, incompatível com a pessoa – absoluta em sua condição de ser-para-si (BARZOTTO, 2011, p. 670).

limitação da soberania nacional e reconhecendo que os indivíduos possuem direitos inerentes à sua existência que devem ser protegidos” (GUERRA, 2011, p. 74).

Uma parcela mais modesta da doutrina, por sua vez, entende que a dignidade foi uma resposta ao obscuro período de censura, perseguição política e tortura da ditadura civil-militar. Para Neto e Sarmento, do ponto de vista histórico, a Constituição de 1988 representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia. Apesar da forte presença de forças que deram sustentação ao regime militar na arena constituinte, foi possível promulgar um texto que tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais, e econômicas no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva fundada na dignidade da pessoa humana (NETO; SARMENTO, 2012, p. 137).

Obras em direito constitucional comumente retratam o princípio como prova do intento dos constituintes de criar um estado de direito pós-autoritário em que as pessoas sejam reconhecidas como fim e não meio do Estado, uma abordagem inspirada pelas referências do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemão) a Immanuel Kant. Muitos acreditam que o filósofo tenha sido a inspiração para tal deslocamento em direção a uma democracia focada em direitos, que é chamada “virada kantiana no direito”. Seus imperativos categóricos são considerados por alguns autores como automaticamente adotados por qualquer texto jurídico que mencione a dignidade (GONCALVES, 2013, p. 74).

Apesar disso, estudos recentes têm evidenciado que, ao menos no caso internacional, tal história contada frequentemente sobre as origens do princípio pode constituir-se em uma excessiva simplificação de dinâmicas complexas, que desconsidera importantes fatores históricos. Alguns têm demonstrado, por exemplo, que o significado da dignidade não era consensual em certos processos legislativos – e é esta a razão pela qual, para McCrudden, a dignidade serviu como “placeholder”, uma espécie de lugar-comum, e propiciou acordos durante a redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (daqui em diante, “Declaração Universal”) (MCCRUDDEN, 2008, p. 678). Outros autores, por sua vez, têm dado visibilidade a influências ideológicas comumente desconsideradas pela narrativa supracitada,

que foram cruciais ao desenvolvimento da tendência do emprego da dignidade como princípio pelo direito constitucional.

Samuel Moyn, e.g., analisou o contexto da Constituição Irlandesa de 1937 em seu livro *Christian Human Rights* e demonstrou a influência do conservadorismo católico no discurso da dignidade sobretudo a partir da noção de personalidade e de uma perspectiva comunitarista e corporativista⁴. Seu trabalho sugere que o desenvolvimento político de uma cultura constitucional da dignidade pode não ter sido tão progressista quanto se imagina. Christopher Goos, por sua vez, desenvolveu impressionante pesquisa sobre o processo de redação da Constituição alemã, demonstrando que, apesar de muitos acreditarem que Kant inspirou os constituintes na inserção do princípio da dignidade humana, ele e sua filosofia não foram sequer mencionados nos debates (GOOS, 2013, p. 92).

No caso brasileiro, parece haver espaço para um estudo de caso similar já que não há evidência de que a dignidade da pessoa humana teve seu momento de coroação no meio jurídico em 1988. A centralidade de tal princípio na doutrina e na jurisprudência constitucional parece ter tomado lugar mais de uma década depois, como os dados contidos no apêndice corroboram, uma descontinuidade histórica que poderia indicar que o significado contemporâneo da dignidade pode ser diferente do que os constituintes originalmente objetivaram consolidar.

A pesquisa que resultou neste artigo almejou, sob a luz destes fatos, investigar como a dignidade tomou tão fundamental espaço e papel na Constituição Federal de 1988 a partir da observação do momento histórico em que foi redigida, esperando esclarecer a peculiar importância do discurso da dignidade (daqui em diante, também “discurso dignitário”) para a cultura jurídica brasileira. Para tanto, foram analisados os documentos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (daqui em diante, também “Assembleia Constituinte” ou “Assembleia”) e outras fontes bibliográficas e documentais históricas complementares de forma a compreender

4. Argumentando que a “dignidade da pessoa humana” foi naquele processo utilizada para salvar o conservadorismo religioso de seus erros associados à extrema-direita, historiador explora como o discurso da dignidade introduziu um elemento religioso capaz de distinguir os direitos que fundamentava do que os católicos consideravam filosofias dissolutas e materialistas, afirmando o valor da pessoa humana como parte de uma comunidade e dissociando-a do liberalismo individualista (MOYN, 2015).

por que a dignidade era importante para os constituintes e que papel cumpriu nas negociações.

Tal investigação concluiu que *o emprego da dignidade nos debates da Assembleia Constituinte de 1987-1988 foi significativamente moldado pelo pensamento e política católicos, sobretudo a partir de uma tradição de advocacy por direitos sociais e econômicos que havia se consolidado em tais círculos nas décadas anteriores à constituinte*. Esta tradição – unida a um mais tímido movimento conservador ligado à defesa de famílias tradicionais e à contraposição do que hoje identificamos como direitos sexuais e reprodutivos – foi crucial para o sucesso de vários acordos realizados na Assembleia Constituinte. A retórica da dignidade, por sua vez, contribuiu significativamente para a inserção de uma tônica progressista de apreço aos direitos sociais e econômicos na Constituição Federal.

Esse artigo, ao explorar tal processo histórico, elucidará como a dignidade da pessoa humana foi abraçada pela cultura jurídico-constitucional brasileira, sobretudo a partir da demonstração de sua *peculiarmente íntima conexão com a luta de movimentos progressistas católicos por igualdade material, meios de vida dignos e pela efetivação de direitos humanos sociais e econômicos no Brasil*. Oferecendo subsídios históricos para futuras investigações a respeito da significação brasileira do princípio e sua relevância jurídica contemporânea, os tópicos a seguir demonstrarão que, no caso brasileiro, *não é possível compreender a dignidade sem observar sua indissociabilidade em relação aos direitos sociais e econômicos*.

2. DIGNIDADE E DIREITOS NA POLÍTICA CATÓLICA DURANTE AS DÉCADAS DE 1960-1980

A contextualização histórica aqui utilizada tem início na década de 1960, quando ocorreu o Golpe Civil-Militar no Brasil. Embora restrições de espaço não permitam uma análise detalhada dos processos que nele culminaram, é útil ter em mente uma breve síntese do que aconteceu naqueles anos.

O Brasil estava imerso em uma considerável tensão política que cresceu quando Jânio Quadros foi eleito presidente. Com a promessa de moralizar o país, erradicar a corrupção e equilibrar a inflação (cujo índice era aproximadamente 25% ao ano), ele atingiu uma vitória esmagadora que não se traduziu em posterior aprovação pública devido a suas severas medidas econômicas e comportamento

constantemente contraditório. Sem apoio, Quadros pediu renúncia ao Congresso no que muitos acreditam foi uma tentativa de ter seu valor reconhecido e popularidade recuperada, já que ele esperava que seu pedido fosse negado. Contudo, o Congresso aceitou sua renúncia e o vice-presidente tomou seu lugar. João Goulart, ao contrário de seu antecessor, era considerado parte da esquerda, o que gerou o receio de que o Brasil se juntasse ao outro lado da política da Guerra Fria. Objetivando modificar a Constituição para adotar medidas profundamente progressistas chamadas “reformas de base”, dando início à reforma agrária e nacionalizando companhias petrolíferas estrangeiras, ele enfrentou forte oposição das elites econômicas, da maior parte da imprensa e da maioria católica, que era ao tempo predominantemente conservadora. Após a anticomunista “Marcha da Família com Deus pela Liberdade”, um golpe civil-militar foi orquestrado contra sua presidência em 1964.

Dado tal contexto e movendo para o foco desta seção – pensamento e política católicos –, é importante notar que tal tendência conservadora seria gradualmente enfraquecida com o passar dos anos, com o aperto dos laços entre a Igreja e a sociedade civil, que decorreu do aumento considerável da presença de padres em áreas pobres. Desde a década de 1940, a erosão do monopólio religioso da Igreja Católica no Brasil e a queda na presença em igrejas haviam aproximado a instituição das comunidades (MAINWARING, 1986, p. 118), e a nova ênfase do Vaticano na “opção preferencial pelos pobres” incentivou um processo já existente. Tal processo de reforço dos laços com o povo foi reforçado pelas comunidades eclesiais de base, focadas em discussões religiosas em nível local, e pelo estabelecimento de agências pastorais voltadas a grupos vulneráveis, como os trabalhadores, camponeses, indígenas e crianças⁵.

A proximidade às classes baixas foi decisiva para o crescimento e desenvolvimento de setores progressistas na Igreja. Tanto nas áreas rurais quanto nas urbanas, padres encontraram um contexto de fome, desemprego, doença e morte. Entre 1960 e 1975, a Arquidiocese de São Paulo – que mais tarde tornar-se-ia um dos mais ativos atores na luta contra a ditadura – observou a taxa de mortalidade infantil em São Paulo subir para 45%, a incidência de desnutrição crescer, os salários caírem e católicos dissidentes desaparecerem após

5. Ver “With or without the People: The Catholic Church and Land-Related Conflicts in Brazil and Chile” (RODRIGUEZ, 2009).

serem arrastados a câmaras de tortura (MAINWARING, 1986, p. 107). Por sua vez, a Comissão Pastoral da Terra (CPT), criada o para prover apoio logístico, material e espiritual para camponeses, encontrou-se em meio a disputas de terra (RODRIGUEZ, 2009, p. 190), testemunhou como a concentração de terra estava associada à extrema pobreza, o abuso dos camponeses, a fome de suas famílias e a violenta opressão daqueles que se rebelavam.

Tal ambiente proveu espaço para o nascimento e ascensão da chamada igreja popular. Centrada na justiça social, tal vertente progressista do catolicismo latino-americano postulava que a verdadeira justiça requer mudança política para que seja fiel em relação ao compromisso com os pobres (MAINWARING, 1986, p. 145). Para a “teologia da libertação”, advogada pela igreja popular, a salvação apenas será completa na vida após a morte; contudo, ela deve começar na Terra com o esforço para construir melhores relações humanas e sociedades (MAINWARING, 1986, p. 150). Sob tal perspectiva, a teologia da libertação oferecia críticas ao capitalismo (MAINWARING, 1986, p. 225), suas desigualdades e egoísmo, pregando que as liberdades são insuficientes para garantir que as necessidades básicas das pessoas sejam satisfeitas (MAINWARING, 1986, p. 219) e que a pobreza deve ser superada para que se atinja a verdadeira liberdade cristã.

Entretanto, uma opção alternativa para um sistema econômico não estava clara para a igreja popular. Ainda que alguns católicos latino-americanos progressistas tenham sido influenciados por marxistas e tivessem empatia por sua luta, no Brasil sua maioria não concordava com a supressão de liberdades individuais, o autoritarismo, o poder excessivo sobre a burocracia do Estado e o elitismo que caracterizam sociedades socialistas. Por tais razões, esses setores progressistas sentiam que o comunismo não era uma ordem alternativa apropriada (MAINWARING, 1986, p. 228).

Enfrentando a dificuldade em prover uma resposta para profundos problemas sociais e permanecer fiéis ao comprometimento com a mudança política, não é surpreendente que tenham encontrado na linguagem dos *direitos humanos fundamentais – fundados na dignidade* – um refúgio da pressão para que propusessem um sistema socioeconômico alternativo. Tal abordagem era capaz de acomodar tanto o profundo apreço da igreja progressista pelas liberdades em face de uma violenta ditadura quanto a crença de que os meios

básicos de vida (e sob esta linguagem, sobretudo, os direitos sociais e econômicos) são tão fundamentais como a garantia da liberdade, da qual, para a igreja popular, não podem ser separados.

Como esclarece Moyn, cujo trabalho foi brevemente mencionado na introdução deste artigo, a dignidade da pessoa humana havia previamente sido, na Europa, um *slogan* católico de oposição ao individualismo excessivo de concepções liberais de liberdade (MOYIN, 2015), o que tornou o conceito particularmente hábil para advogar por direitos coletivos. Uma retórica forte, porém simples, com a qual as pessoas podiam se identificar, o discurso da dignidade e dos direitos também proveu espaço para a ênfase nas dimensões afetivas da vida, amizade, comunidade e relações interpessoais (MAINWARING, 1986, p. 228), já que não clamava por uma revolução, mas apelava à consciência daqueles capazes de tornar os direitos efetivos e a dignidade respeitada⁶.

O momento de tais mudanças foi definitivamente decisivo para a escolha de tal linguagem. O Segundo Concílio Vaticano (1962-1965)⁷ e especialmente as encíclicas *Pacem in Terris* (1963) e *Digitatis Humanae* (1965) já haviam abordado as interconectadas ideias de direitos humanos, dignidade e pessoa/personalidade. Tal discurso foi fortalecido pela redação e aprovação dos Pactos Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais em 1966.

Nos anos que seguiram, os conflitos se agravaram e a ditadura brasileira editou o Ato Institucional n.5 (daqui em diante, AI-5) em 1968, suspendendo garantias constitucionais cívicas e políticas e institucionalizando a tortura. Como resultado, o apelo aos direitos humanos tornou-se o mais adequado não só teologicamente, mas também estrategicamente, já que incorporava a legitimidade e exequibilidade das normas internacionais. Não foi uma coincidência que, após algum tempo, no 25º aniversário da Declaração Universal,

6. "The insight progressive Catholics offer is that although a given social system or political regime may further the values of community, respect for the individual and for civil liberties and participation, they do not inhere in any particular system" (MAINWARING, 1986, p. 229).

7. Como Wilde esclarece, após o Concílio Vaticano II, a Igreja adotou uma ativa missão social e, em muitos lugares, publicamente defendeu os direitos humanos em contraposição a regimes repressivos, chamando a Igreja ao *aggiornamento* – o repensar de sua missão religiosa (WILDE, 2016, p. 2). Não aprofundarei a análise acerca da experiência do Concílio e suas implicações devido a restrições de espaço. Para mais, ver Nairn e Hollenbach (HOLLENBACH, 2013; NAIRN, 2015).

a Igreja tenha postulado que situações de extrema pobreza e opressão são também violações de direitos humanos, relacionando tais questões às necessidades materiais das classes populares. Em 1973, os bispos brasileiros também decidiram adotar a Declaração e popularizá-la em igrejas por todo o país, adicionando menções bíblicas aos artigos para apresentá-los sob uma perspectiva cristã (KELLY, 2014, p. 102).

Os anos que sucederam o AI-5 foram os mais obscuros da ditadura civil-militar – e também aqueles em que a Igreja Católica se fortaleceu e se engajou como instituição na proteção de civis e na defesa dos pobres. Especialmente em áreas rurais, o Judiciário parecia consentir com a crescente repressão pública e provada e, já que os camponeses encontravam dificuldades para organizar sindicatos e defenderem seus direitos, a Igreja tornou-se a única instituição capaz de tal defesa (MAINWARING, 1986, p. 160). Como resultado, muitos clérigos foram torturados e mortos⁸. Ao mesmo tempo, a igreja popular ascendeu e inovações a nível local foram consolidadas, enquanto a teologia brasileira tornava-se mais sistematizada e maturava consideravelmente.

Por volta de 1974, tal contexto havia tornado a Igreja brasileira não só extremamente importante para o catolicismo internacional, mas também a mais progressista no mundo. Após a segunda metade dos anos 1970, documentos progressistas foram aprovados pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (daqui em diante, “CNBB”) quase unanimemente, e textos cruciais como “Subsídios para Puebla” (1978), “A Igreja e os Problemas de Terra” (1982) e “Vida Urbana e Ação Pastoral (1982) foram aprovados com apenas um ou dois votos dissidentes (MAINWARING, 1986, p. 152).

A resiliência da Igreja em sua jornada pela justiça social, contudo, não se traduziu em uma tendência de envolvimento institucional direto. Ao mesmo tempo em que os setores progressistas solidificavam sua influência dentre estrutura eclesiástica, estes observaram a liberalização política da abertura se iniciar e a reforma do sistema partidário se iniciar em 1979. Reconheceram assim que,

8. *“Several dramatic cases of violence against Church members in October 1969 proved to be decisive in the institutions shift. The first was the murder of (...) D. Helder Câmara’s close assistant, whose brutalized corpse was found in March 27”.* Dom Helder Câmara foi um dos bispos brasileiros mais vocais em relação a violações de direitos humanos no contexto internacional (QUEIROZ, 2016, p. 253-263).

em tal momento, a Igreja deveria deixar aos movimentos políticos a tarefa de promover mudanças no governo⁹. Para eles, a Igreja

has no special competence to lead the process of social transformation and, furthermore, it benefits by not doing so, for only then can it stand above political systems and exercise its function as interpreter of God's will (...) It should inform praxis without dictating what that praxis should be. It should reveal the political aspects of Christ's message and encourage people to assume political responsibility, but it should not engage in political organizing (MAINWARING, 1986, p. 165)

Em tal contexto, não é surpreendente que a retórica da dignidade tenha tomado um papel particularmente e crescentemente importante. Já que a Igreja acreditava que sua missão não era diretamente tomar parte na atividade política, mas sim certificar-se de que esta espelhasse os valores e ética cristãos, a instituição começou a enfrentar a insistente necessidade de traduzir valores religiosos em uma acessível, porém poderosa linguagem que fosse capaz de comover fiéis e soar secular, enquanto preservasse a identidade da Igreja como uma instituição estritamente religiosa e apolítica.

A dignidade humana era certamente o princípio ideal para tanto. Não era somente aquele com o qual as pessoas podiam se identificar com tanto dentro quanto fora dos círculos católicos, mas também aquele que estimulava um senso de valor entre uma população injustiçada e clamava por seu fortalecimento e ascensão a partir do suporte comunitário mútuo. Voltando ao que foi descrito por Moyn, a “dignidade da pessoa humana” havia sido desde o início do século um *slogan* personalista pelo valor das pessoas como parte de comunidades (MOYN, 2015), e as comunidades precisavam ser empoderadas em um contexto em que a mobilização local era central para os objetivos políticos e religiosos da Igreja.

No documento “Reflexão cristã sobre o cenário político” (1981), fica claro que a escolha pelo discurso dignitário veio ao lado de um recuo do envolvimento político institucional direto. Abordando a liberalização, a CNBB afirmou que “esse processo de democratização

9. Nas comunidades eclesiais de base, tal situação era ligeiramente diferente. “One of the most important steps in the political liberalization was the party reform initiated in 1979... The most politically active members of the base communities opted for the PT or the PMDB. Part of the popular church, however, adopted the attitude that political parties were too distant from people to merit participation” (MAINWARING, 1986, p. 219).

interessa profunda e diretamente à Igreja. A democracia, com efeito, como forma legítima de ordenação política da sociedade, é um dos requisitos indeclináveis da liberdade e da dignidade humana, defendidas pela ética cristã". Imediatamente após tal trecho segue que, apesar disso, a "Igreja não tem ambições nem pretensões político-partidárias. Ela sabe que sua palavra encontra hoje grande ressonância no povo, mas pela natureza essencialmente religiosa de sua missão" (CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB), 1981, p. 1).

A conexão entre dignidade e política já havia sido desenvolvida nos anos anteriores. No documento "Exigências Cristãs para uma ordem política" (1977), que esclarece o que o catolicismo almejava para a política, a Igreja afirmou, por exemplo, que o bem comum "é o conjunto de condições concretas que permitem a todos atingir níveis de vida compatíveis com a dignidade humana", e seu aspecto essencial "é, precisamente, que seja comum a todos, sem discriminações culturais, sociais, religiosas, raciais econômicas, políticas ou partidárias"(CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB), 1977, p. 4). Este uso da dignidade evoluiu para uma retórica usada para chamar cristãos à ação política, como encontrado no previamente mencionado documento "A Igreja e os problemas de terra" (1980):

Deus continua a zelar por seu povo. E, por meio da vida do seu povo, ele nos interpela. Que faremos para que a terra seja um bem de todos? Que faremos para que a dignidade da pessoa humana seja respeitada? Que faremos para que a sociedade brasileira consiga superar a injustiça institucionalizada e rejeitar as opções políticas antievangélicas? (CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB), 1980, p 13)

Esse uso especial da dignidade para motivar trabalhadores rurais e demandar seu respeito deve ser entendido sob a moldura do contexto do crescente êxodo rural. Entre 1960 e 1980, mais de 20 milhões de pessoas haviam migrado para cidades (ELISEU ALVES; MARRA; MARRA, 2011, p. 82), enquanto o governo mudava suas políticas públicas para tornar o Brasil uma nação industrializada competitiva. Previamente baseada na exportação de bens primários, a política econômica nacional deslocou-se em direção a um modelo focado em estimular o mercado a produzir e exportar produtos secundários. O papel conferido à produção agrícola era, em tal contexto, fornecer

subsídio à crescente indústria doméstica com matéria-prima e, para suprir tal necessidade, produtores voltaram-se à mecanização para aumentar a produtividade. Tal processo – descrito aqui modestamente devido a restrições de espaço – gerou desemprego em massa, já que a cena rural brasileira foi historicamente caracterizada por significativa concentração de terra e a maior parte da população do campo não tinha em mãos meios de produção, dependendo de trabalhos então perdidos para as máquinas. Ademais, recursos antes dedicados a áreas rurais foram realocados a centros urbanos, o que piorou as condições de vida dos camponeses.

Os trabalhadores rurais desempregados e suas famílias podiam escolher, nesse contexto, uma dentre duas alternativas. Para evitar a extrema pobreza, poderiam ou migrar para cidades como São Paulo em busca de trabalhos com salários decentes e melhor infraestrutura – encontrando, ao invés disso, o já descrito contexto de vulnerabilidade –, ou juntar-se aos largamente oprimidos movimentos de trabalhadores sem-terra para lutar pela reforma agrária. Tal perigosa demanda política, conjugada a outros fatores, havia levado ao Golpe de 1964 por fazer parte das temidas “reformas de base” de João Goulart (RODRIGUEZ, 2009, p. 190), e era, portanto, uma das maiores preocupações das elites ditatoriais e um dos seus alvos de opressão mais violenta.

Contudo, se a maioria da Igreja Católica, durante os anos 1960, tinha majoritariamente apoiado famílias latifundiárias tradicionais no oferecimento de soluções conservadoras para a pobreza rural (RODRIGUEZ, 2009, p. 190), esta estava no novo contexto intimamente envolvida na defesa da causa dos camponeses e tentando retratar-se por ter em grande parte apoiado¹⁰ ou, ao menos, feito vista grossa ao Golpe. Uma cartilha publicada pela Pastoral da Terra em 1983 ilustra em seu título qual era a posição da Igreja brasileira em relação às questões de terra. Nomeado “Nossa luta é por terra na

10 Ainda que, ao tempo do Golpe, a Igreja se caracterizasse como majoritariamente conservadora e a CNBB tenha publicamente apoiado a tomada militar, a instituição era heterogênea. Alguns reformistas já haviam ficado o lado dos camponeses na década de 1950, como Mainwaring aponta. Documentos episcopais daquela década mostram que clérigos acreditavam que grandes fazendeiros estariam dispostos a apoiar reformas propostas pela Igreja e sugerir tais mudanças e sugerem que tais mudanças eram vistas pelos bispos como uma maneira de lidar com a ameaça comunistas através da satisfação das aspirações das massas (MAINWARING, 1986, p. 54-80).

roça e não por emprego na cidade”, o texto possuía diretrizes para ensinamentos e sermões em áreas rurais pobres e demonstra como a dignidade tronou-se um mantra acerca do valor do trabalho rural, da reforma agrária e dos direitos sociais e econômicos, como o direito ao trabalho e à saúde:

Preces Finais. (...) Do pedido – (Todos respondem: Terra de Deus, Terra de todos). Pela união dos lavradores para conquistar uma vida digna, digamos... para que a terra seja um dom de Deus para todos, digamos... para que nós amemos a terra e lutemos para defende-la, digamos... para que nunca falte o sustento para nossas famílias, digamos... diante de tanta terra inútil nas mãos de poucos, digamos... diante de tanto agricultor sem trabalho e sem futuro, digamos... (COMISSÃO PASTORAL DA TERRA (CPT), 1983, p. 7)

Preces finais. De perdão – (Todos repetem juntos: Fortalecei-nos, Senhor). Pelos que não têm direitos, pedimos... pelos que não acreditam em nossa força de união, pedimos... pelos que não cuidam de sua saúde, pedimos... pelos médicos, para que não explorem os pobres, pedimos... por todos os doentes que sofrem nas filas de atendimentos, pedimos... por todos os que morrem doente, sem ter condições de ir ao médico, pedimos... Do pedido – (Todos repetem juntos: Venceremos, Senhor!) Unidos pela força do Evangelho... unidos pelos mesmos problemas... a exemplo de Jesus Cristo... pelo sangue dos mártires... pela saúde de todo o povo... lutando por uma vida digna... com Maria nossa Mãe... unidos no sindicato...(COMISSÃO PASTORAL DA TERRA (CPT), 1983, p. 13)

Apesar de o uso da dignidade pelo setor progressista da Igreja brasileira ter estado fortemente associado aos problemas de terra, é crucial enfatizar que não estava por eles confinado. Parte da ênfase na necessidade da reforma agrária estava ancorada na preocupação da Igreja em relação à condição das classes baixas em ambientes urbanos, setor cuja situação foi agravada com o recebimento de um extenso número de migrantes por cidades despreparadas. O discurso da dignidade foi, neste contexto, empregado para demonstrar atenção, não só aos camponeses, mas às classes baixas como um todo, como um documento destacando as orientações para a ação pastoral evidencia em 1983:

Os pobres são “os prediletos de Deus”, e a Igreja no Brasil quer ser “a Igreja dos pobres”. Longe de ser exclusiva ou excludente, a

opção preferencial pelos pobres realiza, na verdade, o amor de Deus e da Igreja por todos os homens: significa escolher, não uns contra os outros, mas uns em favor de todos. De fato, se assim podemos dizer, os pobres não possuem nenhum outro título para serem amados, senão a sua própria humanidade. Preferir os pobres significa, assim, amar a todos os homens naquilo que lhes é o mais fundamental: sua dignidade humana, proclamada a partir da dignidade violada do pobre, destinatário primeiro da evangelização (CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB), 1983, p. 1).

O discurso dignitário aproximou-se ainda mais das classes baixas urbanas e tornou-se crescentemente popular mais tarde, dois anos antes do estabelecimento da Assembleia Constituinte. Em 1985, Dom Paulo Evaristo Arns – Arcebispo da Arquidiocese de São Paulo, próximo aos movimentos de trabalhadores na maior zona industrial do país – publicou um livro nomeado “Brasil: nunca mais” (ARNS, 1985). O dossiê detalhado, escrito junto ao ministro presbiteriano Jaime Wright, expôs os chocantes métodos ditatoriais de desaparecimento forçado e tortura. Promovido sob o *slogan* “história sem revanchismo”, objetivava ser uma lembrança do perigo do autoritarismo e um compromisso com a democracia.

Duas semanas após sua publicação – e sem prévia publicidade alguma –, o livro tornou-se best-seller número 1 no Brasil, permanecendo como tal por 91 semanas consecutivas, tornando-se um dos mais vendidos livros de não ficção da história brasileira (DASSIN; WRIGHT, 1998). Rapidamente tornou-se assunto nos mais importantes jornais brasileiros, descrito como um empreendimento “em defesa da dignidade humana”. Em uma de suas entrevistas, Arns advogou que

(...) todas as igrejas são concordes (...) em defender a dignidade da pessoa humana, porque a Bíblia diz que ela foi feita à imagem e semelhança de Deus. E quem não defende a pessoa humana não pode considerar-se cristão, nem mesmo filho de Deus, no sentido que Cristo deu a esse termo. (...) Existe uma guinada conservadora em todo o mundo, tanto na política e na economia – por isso nós sofremos tanto no Brasil – quanto na religião. Nós sabemos que o pêndulo da história sempre vai para um lado, depois vai para o outro, mas não podemos, por causa disso, abandonar nossos deveres essenciais de defesa da dignidade humana e dos direitos da pessoa. (Entrevista - Brasil:

nunca mais, historia sem revanchismo, Dom Paulo Evaristo Arns, 1985)

É evidente que a linguagem dignitária de Arns alcançou algum (para não dizer um considerável) nível de popularidade entre classes trabalhadoras urbanas, já que foi bem recebida por seus líderes e por eles ecoada em diversas ocasiões¹¹. Quando o Vaticano removeu Arns da Arquidiocese de São Paulo, devido a seu engajamento político e proximidade aos movimentos dos trabalhadores, o líder do Partido dos Trabalhadores (PT) que mais tarde se tornaria Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, publicou uma coluna clamando o povo a reagir e demandar a permanência do bispo porque “se trata[va] da defesa dos direitos e da dignidade do nosso povo, de quem Dom Paulo é o verdadeiro pastor” (LULA DA SILVA, 1988). Já Hélio Bicudo, proeminente jurista e pertencente ao mesmo partido, defendeu em sua resenha de “Brasil: nunca mais” que a “tortura – corrupção absoluta – serve ao mal e à morte. A dignidade da vida, também absoluta, exige que em nenhum momento nos esqueçamos da tortura, sua negação mais aviltante” (PELEGRINO, 1985, p. 3). Bicudo foi uma de muitas figuras públicas da área jurídica que se tornaram próximas do clero.

Como Rabelo Queiroz analisa, a Igreja havia começado a empregar estratégias legais e aliar-se a juristas no início dos anos 1970. Não é surpreendente, portanto, que o livro de Arns tenha sido escrito com a colaboração de advogados, o que resultou num texto construído sob citações bíblicas, menções da dignidade humana e, majoritariamente, linguagem jurídica formal. Para Queiroz, de seu contínuo trabalho conjunto cresceram crenças normativas compartilhadas sobre a dignidade humana e como o direito deve servir a justiça, o que ilumina como o discurso dignitário, primariamente empregado por cristãos, tornou-se crescentemente próximo do meio jurídico nos anos que seguiram (QUEIROZ, 2016, p. 247). Apesar de, durante a democratização, a relativa importância da Igreja como ator político tenha diminuído em virtude do pluralismo de atores da sociedade civil (QUEIROZ, 2016, p. 268), a dignidade permaneceu forte no crescentemente influente meio jurídico.

11 Outras interrelações entre a dignidade e o livro de Arns são encontradas em diferentes jornais (“Dom Evaristo explica livro e condena qualquer ditadura”, 1985; MINISTRO CHEFE DA CASA CIVIL, 1986).

Como Mainwaring aponta, a hegemonia progressista havia começado a perder sua força devido a questões institucionais no início dos anos 1980, quando a combinação de acontecimentos políticos e pressões de Roma “mudaram a maré” (MAINWARING, 1986, p. 145). Ainda que não institucionalmente envolvido na organização política, o clero manifestava-se veementemente contra a ditadura e a favor das minorias, como já demonstrado, e, ainda que decisões progressistas fossem quase unânimes na CNBB, fatores externos ascenderam para limitar a discricionariedade da Igreja brasileira.

O Conselho Episcopal Latino-Americano (daqui em diante, “CELAM”), por exemplo, havia tomado uma virada neoconservadora desde 1972, com a eleição de Alfonso Lopez Trujillo como seu Secretário e sua associação com o teólogo belga Roger Vekemans. Ambos se apropriaram da noção de libertação proposta pela teologia progressista que carregava tal nome e a adotaram sob um foco espiritual, no qual a verdadeira libertação significava desvencilhar-se do pecado e não da pobreza. Tal entendimento foi advogado contra o movimento teológico politicamente envolvido que havia emergido no Brasil.

Ainda que tal pressão não fosse suficiente para que os neoconservadores tivessem sucesso em mudar a direção da Igreja brasileira nos anos 1970, seu confronto seria combinado a uma mudança de postura do Vaticano. A acentuada vocalidade da Igreja brasileira começou a ser um problema para Roma quando a instituição começou, por exemplo, a advogar mudanças na arena internacional ao promover o estabelecimento de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos. O Vaticano respondeu que tal iniciativa deveria vir do Papa e, nos anos seguintes, rejeitou propostas para missas populares como a “Missa do Quilombo”. Ainda que durante tal período João Paulo II tenha publicamente apoiado bispos brasileiros em certas ocasiões – afinal, ele nutria uma amizade com um dos mais proeminentes líderes progressistas da CNBB, Dom Helder Câmara – uma carta papal não tão simpática foi enviada ao Brasil em 1980, objetivando limitar posteriores mudanças na Igreja (MAINWARING, 1986, p. 245).

Quando os neoconservadores latino-americanos tentaram usar a terceira reunião da CELAM em Puebla no ano de 1979 para isolar setores progressistas (MAINWARING, 1986, p. 243), não surpreendeu que tivessem algum suporte do Papa. Como Gonzalez aponta, uma das questões-chave abraçadas por João Paulo II foi a necessidade

de corrigir algumas interpretações sobre o Evangelho que estavam tornando-se populares na América Latina. Discursando em Puebla, o Papa criticou aqueles que retratavam Jesus como um revolucionário político perdendo de vista sua mensagem transcendental, de outro mundo (GONZÁLEZ, [s.d.]).

Não por coincidência, nesse contexto, a dignidade começou a aparecer sob diferentes vestes na política católica brasileira. Com a pressão para adaptar-se às diretrizes do Vaticano e seguir sua liderança crescendo, o episcopado foi levado a concentrar-se mais na abordagem de questões que tinham apelo conservador e às quais o papado era devoto – com uma ênfase na proteção de famílias tradicionais. Observando o contexto da década de 1980, é possível observar porque abordar tal tópico era tanto conveniente quanto inevitável. Primeiramente, trazia um tom conservador que não confrontava o apreço progressista da Igreja Brasileira pelos direitos sociais e econômicos, após de não constituir uma de suas prioridades. Em segundo lugar, possibilitava um caminho confortável e seguro para que a Igreja do Brasil se aproximasse de Roma, já que tal matéria constituía uma das mais proeminentes preocupações de João Paulo II desde que havia ascendido ao papado em meio a revolução sexual e ao desenvolvimento científico relativo ao planejamento familiar – da contracepção à fertilização *in vitro*.

Mas onde a dignidade se encaixa em tal narrativa? Se os católicos são famosos (e condenados¹²) por uma noção de tal princípio, é por aquela que é advogada por conservadores para contrapor movimentos seculares progressistas que concernem a bioética e o que hoje conhecemos sob a linguagem de direitos sexuais e reprodutivos. Tal visão foi substancialmente desenvolvida nos anos 1980, enquanto a defesa de famílias tradicionais pelo Vaticano ganhou força – e o fez sob a linguagem da dignidade. Na Exortação Familiaris Consortio (1981), por exemplo, a dignidade é mencionada 42 vezes para asseverar o valor do matrimônio heterossexual e de cada membro da família em sua posição e papel específicos (Familiaris Consortio, Città Del Vaticano: Pontificium Consilium Pro Familia, 2012).

12. O uso da dignidade tem uso acusado de ser um “cavalo de tróia para religiosamente inspirados ataques à igualdade”, bem como um ataque à autonomia. Para a análise desta e outras críticas feitas em relação a dignidade, ver Rosen (ROSEN, 2013). Críticos ácidos do uso da dignidade especificamente na bioética incluem Macklin e Pinker (MACKLIN, 2003; PINKER, 2008).

Ainda que a dignidade tenha permanecido predominantemente ligada a ideias progressistas na Igreja Católica, em tal contexto, naturalmente, o conceito esteve presente em abordagens sobre questões da família. O documento “Valores Básicos da Vida e da Família” (1980), por exemplo, é descrito como uma mensagem inspirada pela “dignidade humana frente à escalada da permissividade moral, ao planejamento familiar mal orientado e à lastimável campanha para a liberalização do aborto”. Seu objetivo era apelar “aos que têm o dever de velar pela dignidade da nação e pela moralidade pública, aos médicos e enfermeiros, aos responsáveis pelos meios de comunicação social e, finalmente, a todos os católicos e homens de boa vontade” (CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB), 1980b, p. 1)

Tendo explicado tal contexto e esclarecido o que ocorria na política católica durante a década em que a constituição foi redigida, tratarei agora dos laços entre a Assembleia Constituinte e a Igreja Católica. As constrictões de espaço inviabilizam o aprofundamento do longo e complicado processo que resultou no estabelecimento da Assembleia, mas deve-se manter em mente que tal momento foi fruto do processo de liberalização já em curso, a abertura, e da crescente pressão popular por um novo acordo constitucional democrático.

Para os propósitos deste artigo, é suficiente saber que mais de quinhentos constituintes foram eleitos entre progressistas e conservadores, opositoristas e líderes da ditadura, o que tornou a Assembleia consideravelmente diversa e seus diálogos frequentemente polarizados. Houve um significativo número de posicionamentos defendidos, e boa parte dos constituintes entendia que só poderia garantir a concretização de seus propósitos ao incluí-los no texto constitucional, o que resultou num documento extenso. Para tornar as negociações viáveis, a redação e as votações iniciais foram confiadas a Comissões e Subcomissões temáticas, que mais tarde apresentaram seu trabalho à integridade da Assembleia para deliberação definitiva¹³.

13. Para melhores esclarecimentos sobre o processo constituinte, ver “Constituinte e Constituição: participação popular e eficácia constitucional (1987-1997)” de Pêrsio Barroso (BARROSO, 1999, p. 98).

3. IGREJA CATÓLICA E A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988

Seria extremamente complicado refutar os apertados laços entre o catolicismo e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Apesar de não ter sido possível identificar quantos constituintes eram católicos, a análise dos debates – e seu constante apelo à Bíblia – sugere que eram predominantemente cristãos, como seria natural àquele momento histórico. Naquela década, mais de 80% da população brasileira autodeclarava-se católica, e mais de 90% autodeclarava-se cristã – afinal, o país é, até hoje, aquele com o maior número de católicos no mundo.

Como previamente abordado, a Igreja hesitava em envolver-se diretamente na política, procurando impactar seus resultados ao chamar os católicos à atuação – e o posicionamento inicial em relação à Assembleia foi fiel a tal comprometimento. No documento “Para uma nova ordem constitucional” (1986), a Igreja brasileira afirma que reconhece a responsável autonomia dos cristãos leigos engajados nos diversos partidos políticos, associações, sindicatos e movimentos no histórico momento de reorganização institucional. Cabe a eles, de acordo com a Igreja, responsabilizar-se pessoalmente pelas mudanças sob a luz do Evangelho, já que a “autêntica espiritualidade do leigo envolve o propósito de construir a cidade dos homens segundo a dignidade essencial e inalienável da pessoa humana e integrar o compromisso sociopolítico como expressão da caridade, como amor a Deus e ao próximo” (CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB), 1986, p. 1).

Ainda assim, na medida em que se aproximava o processo constituinte, a Igreja começou a envolver-se de maneira mais profunda para promover seus posicionamentos. Um artigo jornalístico daquele ano demonstra seu engajamento institucional:

Enquanto os partidos políticos se preocupam com o sucesso eleitoral em novembro, deixando em segundo plano os temas constitucionais, a Igreja deflagra no país uma verdadeira “Operação Constituinte”, pondo sua estrutura a serviço do debate sobre as propostas a serem levadas a Assembleia Nacional Constituinte e da conscientização do povo quanto aos critérios a serem observados para escolher um candidato a essa Constituinte. Basicamente, esses critérios podem ser resumidos assim: ser honesto e competente, dar provas de

ter trabalhado pelo bem comum no passado e lutar para levar as propostas da Igreja à Constituição. Seus 14 Secretariados regionais, 242 Dioceses e 6.838 Paróquias, mas sobretudo suas quase cem mil comunidades eclesiais de base, sem falar nos movimentos leigos, representam uma estrutura melhor do que a de qualquer partido político (...). A Igreja deve criar espaços para o debate, mas deve cuidar para não dar a impressão de que tem candidatos – ressalta Dom Ivo (...). Apesar disso, até mesmo um debate com candidatos está previsto (...) Segundo Dom Ivo, os debates serão “uma espécie de teste” para o candidato que quiser ter o apoio dos católicos” (CHAGAS, 1986) (“CNBB vai tentar influenciar a Constituinte com grupo de seis padres. 1986)

Durante as reuniões da Constituinte, a Igreja teve atuação ainda mais forte, realizando lobby – ou, numa nomenclatura mais relacionada à promoção de direitos, *advocacy* – e formando uma “Comissão de Acompanhamento”. A Comissão foi presidida pelo Bispo de Bauru, D. Cândido Padim e assessorada pelo jurista Fábio Conder Comparato, pelo deputado Plínio de Arruda Sampaio (PT-SP) e pelo sociólogo jesuíta Fernando Bastos de Ávila¹⁴, entre outros, tendo montado

um esquema de envio diário de boletins às emissoras de rádios e jornais católicos, em número de trinta entidades. Os boletins visavam transmitir os fatos mais importantes no cotidiano do congresso, sendo que a indicação era para que todos fizessem envio de telegramas ao líder do PMDB no Senado e relator do regimento interno, senador Fernando Henrique Cardoso (SP). Também a indicação era para que os eleitores procurassem os deputados e senadores dos seus estados para assinatura de apoio à iniciativa popular constituinte. (...) A participação da Igreja Católica no processo Constituinte, sob a presidência de D. Cândido Padim, reuniu lideranças em Brasília para

14. “As funções da equipe executiva eram de viabilizar interação Congresso/Igreja com os constituintes, articulação com outras entidades religiosas e populares, recebimento de sugestões, repasse de informações aos organismos da Igreja sobre a marcha dos acontecimentos do processo constituinte, promoção de encontros com constituintes sobre temas específicos, divulgação aos constituintes dos documentos elaborados pela CNBB e grupos afins. A capilaridade necessária ao andamento dessas atividades foi conseguida graças, sobretudo, à implementação do Encarte sobre a Constituinte no boletim semanal Notícias da CNBB (...) ao programa Café da manhã constituinte (...) bem como pelas notas oficiais da CNBB e do CONIC (...)” (BARROSO, 1999, p. 119).

acompanhar o trabalho do Congresso Constituinte com o objetivo de influenciar nas decisões e ainda manter informadas as mais de cinco mil comunidades eclesiais de base da igreja no país para que fossem divulgados o comportamento e os votos dos parlamentares. Preparando esse encontro, o padre Virgílio Leite Uchôa promoveu uma reunião preliminar que contou com a presença de representantes do PT e PMDB. (SIQUEIRA, 2015)

O envolvimento institucional mais direto não deixou de lado, contudo, a ênfase retórica na missão política da Igreja como uma que apenas objetiva promover princípios. Como também ressalta Siqueira, o padre Virgílio ainda havia declarado que a CNBB queria uma autonomia competente do congresso Constituinte, já que os tempos não eram mais para se exigir uma constituição cristã, mas apenas defender da pessoa humana. Já em artigo jornalístico, Dom Ivo afirmou que o que bispos objetivavam promover eram “valores básicos”, como “dignidade e igualdade fundamental, defesa e promoção da vida, dignidade e primazia do trabalho, liberdade religiosa, conteúdo e exercício da educação, o correto conceito e uso da propriedade, [e] liberdade de expressão” (“Constituinte será tema da CNBB no Vaticano”, 1986). Observando de perto a afirmação de Dom Ivo, é possível notar que, no tempo da redação constitucional, ambos os discursos defendidos sob a linguagem da dignidade – (i) aquele pelos direitos sociais e econômicos, principalmente focado nas questões de terra, e (ii) aquele pela defesa de uma moralidade conservadora, principalmente focado em famílias tradicionais – eram profundas preocupações católicas.

4. DIGNIDADE HUMANA NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988

Como mencionado na introdução, o propósito da finda exploração do desenvolvimento da dignidade na retórica católica das décadas de 1960 a 1980 foi elucidar como tal tradição ilumina o papel do princípio nos debates da Assembleia Constituinte, bem como esclarecer sua íntima conexão histórico-constitucional com o *advocacy* por direitos sociais e econômicos. Demonstrarei, neste tópico, que o uso do discurso dignitário pelos Constituintes não foi utilizado de maneira vazia ou aleatória, seguindo a linha das duas tradições (i e ii) que iluminavam o pensamento católico e os setores sociais a ele conectados à época da redação. Para diferenciar o que

ocorreu na Igreja do que se deu na Assembleia, tais tendências ideológicas serão nomeadas, no contexto constituinte, (1) *economia igualitária* e (2) *moralidade tradicional*^{15 16}. A primeira tendência, indubitavelmente mais forte nos debates da Assembleia, é a que propagou o apreço pelos direitos sociais e econômicos a partir da linguagem da dignidade. A segunda, mais tímida, embora não tenha sido progressista ou clamado por direitos relacionados a igualdade material, teve importante papel político na facilitação do desenvolvimento retórico da primeira.

(1) Economia igualitária

Dada a história que acabou de ser narrada, não é surpreendente que o apelo mais significativo da dignidade na Assembleia Constituinte seja encontrado nos trabalhos da Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária. Em tal setor da Assembleia, a dignidade aparece intrinsecamente conectada à vida nas zonas rurais e seu contexto de desigualdade e extrema pobreza.

Usada para defender a necessidade da reforma agrária, esteve especialmente associada ao provimento de meios de vida para que camponeses tivessem uma vida digna na qual sejam felizes e da qual tenham orgulho. Dante de Oliveira, por exemplo, afirma estar convencido de que a maior parte da instabilidade política, social e econômica do Brasil se deve a um sistema que sempre privilegiou a propriedade da terra, em detrimento dos direitos daqueles que realmente precisam de um pedaço de terra para produzir e viver com dignidade (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988, p. 202). Similarmente aos setores progressistas da Igreja Católica, Oliveira e muitos outros constituintes pareciam profundamente preocupados com a massiva migração aos centros

15. Tal nomenclatura (originalmente, “(1) *egalitarian economics*” e “(2) *traditional morality*”) foi convencionada para a elucidação de resultados desta pesquisa em artigos científicos com foco em outros aspectos do abordado processo histórico e, para fins de uniformização, será aqui mantida.

16. A dignidade também esteve presente em outros debates esparsos, mas já que restrições de espaço não autorizam o aprofundamento de uma maior variedade de usos – que seriam, ainda, pouco relevantes ao estudo da relação entre dignidade e direitos sociais e econômicos –, estes não serão abordados nesta oportunidade. Salvo melhor juízo, tais referências foram meramente esporádicas. Também me absterei de abordar o uso da dignidade para asseverar o valor das instituições, e em especial da Assembleia e de seus membros. Contudo, antecipo que este foi marcadamente recorrente.

urbanos, que não estavam preparados para receber tão extenso número de desempregados, e com a ausência de meios para uma vida digna em áreas rurais. Viam tal processo como a principal causa do caos social brasileiro, o que tornou o discurso da dignidade proeminentemente forte em tal debate.

Se a proximidade de seu posicionamento político ao da Igreja sugere que tais constituintes podem ter se inspirado no cristianismo, as minutas das reuniões tornam inegável que não estavam apenas motivados por um espírito cristão, mas também fizeram uso do fato de que todos eles (ou quase todos eles) compartilhavam tal apreço pela religião para promover seus argumentos. Oswaldo Lima Filho, por exemplo, afirmou que

todos aqui [na Constituinte] concordam em que existem 7 milhões de trabalhadores sem-terra – segundo as estatísticas oficiais, não contestadas – o que representa mais de 40 milhões de pessoas vivendo em pobreza absoluta, abaixo do nível da dignidade humana e que nós, como cristãos, incumbimos defender. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988, p. 202)

Amaury Muller também proferiu um apaixonado discurso clamando que

todo homem tem direito a uma vida decente, honesta, compatível com a dignidade humana. Há de chegar o dia, Sr. Presidente, em que nós nos reuniremos numa grande assembleia, para dizer que, afinal, a sociedade brasileira não tem mais as nódoas da miséria, da fome, da doença, do analfabetismo; em que a sociedade brasileira, afinal, redimir-se-á de todas essas iniquidades que estigmatizam a vida moderna nacional; há de chegar o dia, Sr. Presidente, em que todos nos confraternizaremos como irmãos e que não aceitaremos mais esse tipo de diferença que nos distancia e que cava verdadeiros abismos entre homens que se deveriam dar as mãos, para construir o Brasil, não o Brasil de amanhã, mas o Brasil de hoje, uma sociedade mais limpa, mais decente, mais participativa, mais humana e, sobretudo, mais cristã (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988, p. 279).

A preocupação em relação à igualdade e aos meios de vida, apesar de especialmente forte nessa Comissão, não esteve a ela restrita. Na

Subcomissão sobre Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica, o trabalho foi caracterizado como uma “condição da dignidade humana”, o que requer salários justos, garantias de emprego e melhores condições de trabalho (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988b, p. 62). Não é surpreendente que, décadas depois, a dignidade tenha se tornado fundamental para a litigância e o *advocacy* contra o trabalho escravo (SCOTT, 2013). Outros direitos sociais e econômicos foram clamados sob a mesma retórica, sendo defendidos o acesso concreto a serviços públicos, moradia, saúde e saneamento básico. Virgildasio de Senna, líder da Subcomissão, afirmou em um discurso:

É como uma daquelas coisas a que Santo Agostinho se referia em relação à luz: "Se me perguntam o que é a luz, eu já não sei o que é a luz, mas eu sei que sei o que é a luz." Eu sei o que é justiça social, eu sei o que é viver abaixo do mínimo da dignidade humana, eu sei o que é condenar-se pessoas a viver em condições subumanas, em condições de fome, de prostituição, de abandono, de doenças (...) (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988b, p. 59).

Na Comissão para a Ordem Social, o discurso dignitário também foi utilizado pela esquerda para articular variadas demandas de grupos vulneráveis e minorias. Foi primeiramente associado aos direitos indígenas quando José Carlos Saboia clamou que a dignidade requer a conquista da terra, o respeito pelas diferenças étnicas, a dignidade da nação, a conquista da soberania nacional, neste momento de elaboração da Constituição, as propostas feitas pelos índios (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988c, p. 12). Este apelo foi novamente conectado ao cristianismo quando Dom Erwin Krautler, missionário católico que interveio como convidado da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, afirmou que um dos mais importantes papéis de sua igreja missionária era “a denúncia profética das atitudes que negam aos índios a sua dignidade de seres humanos e os seus direitos à vida plena”¹⁷ (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988d, p. 82).

17. Ver Mainwaring para uma compreensão mais profunda acerca da abordagem da Igreja Amazônica em relação às questões indígenas e sua importância ao progressismo católico (MAINWARING, 1986, p. 74).

O direito de ter uma vida plena com a possibilidade de completo desenvolvimento do próprio potencial também foi demandado em termos dignitários por ativistas dos direitos da pessoa com deficiência. Suas demandas foram principalmente associadas aos direitos sociais, como também foram as demandas das pessoas com lepra, que clamaram pela efetivação de seu direito à saúde. O movimento negro também demandou direitos sociais como um imperativo da dignidade:

Esta Constituinte tem que apontar para aquilo que é de mais importante e sublime para o homem: o respeito à sua dignidade. Isso faz, no momento, com que tenhamos de rever nossa sociedade, uma sociedade que ainda tem os resquícios da dominação escravocrata e o desrespeito aos direitos humanos. Este não-respeito aos direitos humanos significa simplesmente não reconhecer a nossa cidadania; não reconhecer este povo negro, que muito tem contribuído para o desenvolvimento deste País. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988d, p. 82)

Para Lino de Almeida, “esta Nação nos deve muito, porque liberdade para nós significa casa, comida, trabalho, respeito e dignidade”(ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988d, p. 78). A semelhança ao discurso da Teologia da Libertação é notável.

Analisando a base de dados do jornal “O Globo”, é possível identificar que, entre as décadas de 1960 e 1980, a dignidade humana teve forte presença em notícias internacionais acerca do movimento negro nos Estados Unidos e a luta contra o apartheid na África do Sul, o que também pode ter influenciado tal abordagem. O que é distintivo acerca da Assembleia Constituinte brasileira nesse contexto é a ênfase nos direitos sociais, pouco abordados em relação aos fenômenos históricos supracitados na mídia.

(2) Moralidade tradicional

Em contrapartida, o debate sobre a dignidade na Subcomissão sobre a Família e o Menor aproximou-se mais à outra dimensão da política católica na década de 1980 – o conservadorismo moral. A dignidade humana foi uma questão central para tal grupo de constituintes, que focaram principalmente no planejamento familiar e seus efeitos sociais. O princípio foi, em tal ocasião arguido em

contraposição àquilo que hoje nos referimos como direitos sexuais e reprodutivos.

Convidado a falar, o médico João Evangelista defendeu que a escolha de métodos para prevenir a gravidez não deveria denegrir a dignidade. Para ele, o método natural de abstinência é o único apropriado já que a sexualidade foi feita para a procriação, e utilizá-la com outros intentos seria usar uma pessoa como se fosse uma coisa. Isso iria rebaixar a sua dignidade de “feitos à imagem e semelhança de Deus” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988e, p. 50).

Um debate similar tomou lugar na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher parecia haver um consenso de que a abordagem da mídia em relação à sexualidade era contrária ao princípio, e debilitaria o esforço dos pais para ensinar aos seus filhos “uma lição cristã de dignidade”. O “comportamento libidinoso” – o que incluía, para os constituintes, a alusão ao sexo e à homossexualidade na televisão – era considerado um ultraje, e questões como o casamento entre pessoas do mesmo sexo eram vistos como algo a ser “prevenido” pela Constituição. Tal ideologia foi majoritariamente defendida não só em termos dignitários, mas também em termos teológicos (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988f, p. 14).

O que é particularmente curioso acerca de tais comissões é como a dignidade permitiu que progressistas focados em direitos sociais defendessem seus posicionamentos mesmo em ambientes conversadores e, o que é ainda mais importante, com um apelo conservador. Analisando aos debates, fui levada a concluir que, quando a “carta da dignidade” estava na mesa do jogo político, esquerdistas encontravam espaço para pronunciar-se em tal linguagem e usá-la para estrategicamente arguir seus posicionamentos com mais confiança. Concordando com preocupações conservadoras enquanto expressavam o mesmo apreço pela dignidade, usavam tal retórica para avançar suas causas sociais e fazerem-se ouvidos. Ainda que nem todos tenham tido sucesso em convencer outros constituintes do valor de suas propostas (abordarei tal aspecto mais tarde), a dignidade era uma linguagem comum, o que permitia que as conversas se desenvolvessem com mais fluidez. Em uma numerosa e diversa Assembleia, tais oportunidades de diálogo foram cruciais para o sucesso dos trabalhos em geral.

Isso pode ser exemplificado por uma discussão em que Lysaneas Maciel leu trechos da Bíblia enquanto procurava deslocar um debate sobre a mídia e o sexo a uma discussão focada em classes. Ele citou Mateus, 25, capítulo 53 para arguir que Deus não quer condenar, mais abrigar e salvar, e que a falsa moralidade daqueles constituintes focados nos valores da família fazia com que a Assembleia perdesse de vista o real problema: o monopólio da mídia no Brasil. Ele argumentava que ninguém se levantava contra Roberto Marinho, um magnata da mídia que ele acusou ser o responsável por tal “enxurrada de mau gosto” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988f, p. 46). José Mendonça de Moraes também emoldurou o debate similarmente, dizendo que “a sociedade da classe baixa, que não tem oportunidade de ir à televisão para dizer o que pensa, é obrigada a engolir verdadeiros desaforos à dignidade pessoal de homens e mulheres que enxergam a vida familiar de modo diferente” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988f, p. 47). Para ele, magnatas como Marinho estavam abusando da mídia para alienar a sofredora classe trabalhadora e aliená-la através do apelo à sexualidade. Alega-se ainda nos debates que

é o poder econômico que manobra totalmente os meios de comunicação e ilaqueiam a boa-fé da opinião pública, conduzem donzelas à prostituição e levam os pobres e famintos brasileiros à exacerbação, pois veem o que é lindo através do vídeo, mas, na verdade, ficam frustrados, sofrem a fome e a miséria. (...) Mas não queremos vê-lo maculado por esses mecanismos que invadem milhões e milhões de lares, ilaqueando as pessoas, levando até seus lares a desídia e a frustração, todos os dias, através do vídeo (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988f, p. 22).

José Carlos Bisol também fez uso da dignidade para instrumentalizar o debate conservador para reforçar das questões advogadas pela esquerda e influenciar por propostas mais politicamente progressistas. Afirmando seu apreço pela dignidade para deixar claro que defendia o direito à vida desde a concepção, ele advogou que, apesar disso, a luta contra o aborto não deveria começar por sua criminalização. Ele acreditava que a dignidade demanda que as mulheres sejam reconhecidas como livres proprietárias de seus próprios corpos, e que as únicas punidas pela prática do

aborto são aquelas de classe baixa (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988e, p. 138).

Na Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, quando a discussão se voltou à questão do abandono infantil, a dignidade também tomou papel na defesa da agenda progressista. O convidado Evanir declarou que seria necessário “fazer um planejamento familiar para resolver o problema do menor abandonado, mas isto é querer tapar o sol com a peneira”. Continuou afirmando que “se aumentarmos o salário do trabalhador, ele terá condições de criar os seus filhos”. Complementou dizendo, ainda, que, à época, já se tinha “compreensão de que para a saída das grandes questões nacionais, na área social, vai passar pela distribuição de renda, pela reforma agrária, pelo combate ao desemprego” e que “a questão fundamental é resgatarmos a dignidade dessa população” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988e, p. 147).

Já que o fim desta seção se aproxima, é necessário destacar que, na medida do que foi possível identificar por esta pesquisa, as referências à dignidade não estiveram particularmente próximas à defesa das liberdades democráticas ou da luta contra a tortura. Ainda que seja claro que os progressistas que advogavam pela dignidade guardavam especial apreço por tal tópico – já que muitos deles e seus amigos foram perseguidos e torturados –, a linguagem dignitária não foi escolhida como principal meio para advogar pela dignidade. Houve um específico, contudo isolado momento em que Carlos Roberto de Siqueira Campos elaborou sua defesa da democracia em termos dignitários, ao afirmar que os gritos dos torturados da Ditadura ainda ecoavam, e, por isso, era necessário que a Constituição, logo na sua abertura, se comprometesse com a dignidade. O referido constituinte ainda se manifestou dizendo que a enunciação do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana “toca profundamente nesse tipo de experiência de uma triste lembrança da história do nosso país”(ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988, 1988f, p. 38).

Acredito que a ausência de menções da dignidade relacionadas a tal pauta pode ter se devido a dois fatores. Primeiramente, a tradição de invocar a dignidade para lidar com questões relacionadas a direitos sociais e econômicos e à proteção das minorias era, ao tempo, mais conhecida e mais substancialmente enraizada na cultura progressistas nacional. A dignidade havia sido associada nos dois anos anteriores

à luta contra a censura e a tortura, mas, se observarmos com mais atenção as citações jornalísticas mencionando o conceito, é possível identificar uma ligação predominante ao discurso de direitos sociais. Em 1988, no quadragésimo aniversário da Declaração Universal, e.g., José Martins de Oliveira declarou numa entrevista que

O respeito aos direitos humanos ocorre quando se dá ao povo condições de se viver com dignidade. No Brasil, a maioria da população não ganha o suficiente para comer. De início, o cumprimento dos direitos humanos exige o pagamento de salários justos e a garantia de educação para que os habitantes possam tomar conhecimento de que não lhes pode ser negado (“Direitos humanos: pouco respeito”, 1988).

Parece razoável afirmar que, para os opositoristas ao regime militar de direita, suas liberdades estavam sendo negadas justamente por sua luta pelas causas sociais. Negar a eles a liberdade de expressão era o meio ditatorial para alcançar o fim de negar as demandas progressistas por padrões existenciais mínimos – afinal, o golpe de 1964 foi intrinsecamente anti-esquerda. Foi essa a razão pela qual lutar pelo reconhecimento de direitos sociais parecia incorporar, para os progressistas, a luta pela democracia e pela própria liberdade.

O embaraço das duas preocupações fica mais claro quando retornamos à análise da teologia da libertação da igreja popular, que influenciou (e foi influenciada pelo) pensamento brasileiro de esquerda. Tal teologia advogava que a salvação deve começar na Terra com a verdadeira liberdade do homem, que demanda sua libertação da pobreza. A dignidade era, em tal contexto e sentido, uma forma de advogar pela mais verdadeira e plena liberdade de todas – aquela que não só permitiria a alguém o direito de pensar, falar e votar, mas provia a tal pessoa os meios básicos para exercitar tal direito em completude, sem as complicações de lutar contra a extrema pobreza ou a vulnerabilidade social enquanto se procura decidir o que pensar, o que dizer e em quem votar. Mais crucialmente ainda, a dignidade carregava a esperança de que ninguém precisaria preocupar-se novamente com a luta pelos meios básicos de vida – o que eliminaria a possibilidade de uma conseqüente repressão (e perseguição, e aprisionamento, e tortura) em primeiro lugar. A maioria dos progressistas parecia entender que a causa de tal obscuro período autoritário se encontrava nas desigualdades sociais e seus

desdobramentos, bem como sua vontade de combatê-las, estavam ancorados numa estima pela democracia.

Não pretendo sugerir, no entanto, que os progressistas acreditavam que a luta por direitos sociais e econômicos era bastante e não advogavam por direitos civis e políticos. Sua preocupação com as liberdades básicas era extremamente profunda e pessoal, e demandava que pressionassem por garantias mais concretas, exequíveis e eficazes¹⁸ – o que pode ter superado a tendência a invocar conceitos abertos para tal propósito, especialmente aqueles com um conteúdo pouco definido como a dignidade¹⁹.

Isso me traz à segunda hipótese acerca dos motivos por trás da falta de referências à dignidade nos debates sobre a liberdade. Ainda que fosse fundamental demandar forte e bem definidas garantias para assegurar um resultado democrático, os constituintes progressistas sentaram-se lado a lado com líderes da Ditadura numa Assembleia que representava uma tentativa “não vingativa” de criar um caminho para a reconstrução das instituições sociais. Um clamor passional contra a opressão em termos dignitários – uma retórica claramente forte e enfática – poderia ter prejudicado o alcance de acordos, dado o único, porém delicado momento fundado sobre um pacto extremamente sensível. Ater-se a propostas mais concretas foi provavelmente uma melhor decisão estratégica.

Estou persuadida de que a mais modesta frequência na qual a dignidade encontrava-se ligada às liberdades democráticas não expressa que estas fossem menos importantes à Assembleia. Este fato também não indica que a linguagem dignitária não ressoava aos ouvidos dos defensores da liberdade, já que definitivamente era atrativa para eles. É também bom mencionar que, ainda que indiretamente, a dignidade facilitou o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito com direitos civis e políticos exigíveis, já que foi crucial para o sucesso geral dos acordos constituintes.

18. Tal preocupação acerca das liberdades, como o debate sobre o moralismo conservador demonstra, não havia ainda se traduzido em apreço pelos direitos sexuais e reprodutivos. Pelo que foi possível identificar, naquele momento histórico, movimentos feministas e LGBT estavam iniciando seu desenvolvimento no Brasil e não eram substancialmente relevantes para a maioria da esquerda, focada na transição política e no estabelecimento e efetivação de direitos sociais e econômicos.

19. A dignidade vem sido acusada de ser excessivamente indeterminada para o uso jurídico e até prejudicial à democracia, já que dá aos tribunais alto nível discricionário que pode superar a vontade de maiorias eleitas. Ver “Dignity: the case against” (ROSEN, 2013).

O que é fundamental sobre a presença da dignidade no processo de redação da Constituição Federal é que a noção era claramente significativa para pessoas muito diferentes e por razões diversas. A estima comum para o princípio – profundamente associado ao cristianismo num ambiente majoritariamente cristão – tornou o conceito estratégico, já que este converteu-se numa linguagem comum da qual ninguém ousava discordar. Mais relevantemente ainda, a diversidade de maneiras nas quais a dignidade foi advogada e o dissenso em relação ao seu sentido não necessariamente trouxeram conflito. A razão pela qual os conservadores guardavam um apreço passional em relação a questões morais ligadas a sexualidade não estava diametralmente oposta, em teoria, à defesa de direitos dignitários sociais e econômicos e, portanto, não criou complementares tensões – ao menos não por si só. Pelo contrário, as diferentes maneiras com que a dignidade era empregada permitiu que uma considerável diversidade de constituintes e convidados da sociedade civil articulassem propostas em torno de uma preocupação comum, dinamicamente intervindo nos debates para promover seus *insights* e procurar meios-termos e terrenos comuns. E tais atores frequentemente os encontravam – ainda que, muitas vezes, à custa do reconhecimento de direitos sociais e reprodutivos²⁰.

No final do processo de redação, a dignidade foi inserida em três partes do texto final: Título I – Dos Princípios Fundamentais; Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I - Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica; e Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso. Não surpreendentemente, a dignidade da pessoa humana foi considerada um dos fundamentos da República brasileira, associada com justiça social e econômica e considerada a base para o planejamento familiar. Os debates apontam que os conservadores esperavam que tal princípio serviria de constrição a futuras interpretações, promovendo seu apreço pela família tradicional e seus valores cristãos – o que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra ter sido uma aposta de

20 Apesar de o custo soar extremamente alto, não devemos observar este momento histórico com olhos presentistas. É necessário reconhecer que, naquele momento, a Assembleia (e a sociedade brasileira) dificilmente estariam abertas e tomar um passo na direção dos direitos sexuais e reprodutivos – e que a dignidade, mais tarde, seria útil à promoção de tais mudanças, sobretudo a partir da atuação do Supremo, tema reservado a futura oportunidade de pesquisa.

insucesso²¹. Adicionalmente, no capítulo que regula as questões de família, a dignidade encontra-se timidamente associada aos direitos sociais e à proteção dos vulneráveis, o que indica que, ao menos em algum grau, a promoção de propostas mais social e economicamente progressistas em ambientes moralmente conservadores pelo uso da dignidade obteve sucesso.

Título I, Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político [...]

Título VII, Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]

Título VIII, Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação

21. Em 2012, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão acerca de um dos mais controversos casos de sua história. Por maioria, a corte determinou que é inconstitucional a criminalização do aborto de fetos com anencefalia – uma severa má-formação cerebral que leva à morte logo após o nascimento. Apesar de a brevidade da potencial vida do nascituro ter sido largamente considerada, parece que foi a dignidade o princípio chave em que a fundamentação dos ministros baseou-se, mencionada 299 vezes na sentença (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, analisei o processo que culminou na inserção da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988, abordando a centralidade do *advocacy* em direitos sociais e econômicos, sobretudo nos círculos sociais católicos, para a compreensão das feições do princípio na história constitucional brasileira. O estudo (i) evidencia como a abordagem da doutrina brasileira em relação à dignidade destoa da forma pela qual o conceito foi introduzido em nossa cultura jurídica, (ii) esclarecendo uma tradição que justifica a distintamente brasileira tendência de referência à dignidade humana como fonte dos direitos sociais e econômicos²² e (iii) demonstrando que o país possui rico subsídio histórico, político e cultural para a compreensão do princípio que nos leva muito além da hermenêutica importada da filosofia europeia e do direito comparado.

Quanto às contribuições desta pesquisa, o presente artigo soma-se a uma crescente literatura internacional sobre a dignidade humana no contexto jurídico, documentando uma forte e distintivamente latino-americana conexão entre dignidade e os direitos sociais e econômicos que tem sido, no mínimo, subexplorada.

No contexto brasileiro, por sua vez, a relevância de tais resultados decorre, principalmente, da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana para a ordem jurídica pátria. Se é fato que tal princípio é o fundamento de todo o sistema normativo e toda sua interpretação deve ser por ele norteada, é inevitável reconhecer que tais raízes históricas, que dão à dignidade o tom e a teleologia,

22 Ainda que a interrelação entre os direitos sociais e econômicos e a dignidade não seja abordada de modo especial pela doutrina, recorrendo esta sobretudo à filosofia kantiana e ao direito comparado na hermenêutica do princípio, a tradição aqui abordada inevitavelmente reverbera sobre a jurisprudência, dada sua forte presença cultural. Em monografia sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo, por exemplo, afirmou Natalia Amancia que, em relação à sua amostra de decisões, em “16,9% dos casos, a dignidade foi utilizada para tratar de direitos sociais”, dado que a ela “impressiona, pois o berço da concepção forte de dignidade humana é a tradição individualista” (AMANCIA, 2010, p. 24). Este trabalho elucida a íntima conexão entre o princípio e tal categoria de direitos e corrobora os dados por ela reunidos, que já sinalizavam uma distinta cultura brasileira na hermenêutica da dignidade.

devem ser consideradas como de suprema importância para o direito brasileiro. Neste contexto, impera assentir que, de forma alguma os *direitos sociais e econômicos* podem ser considerados secundários ou periféricos na ordem constitucional brasileira – são, pelo contrário, tão fundamentais como a própria dignidade da pessoa humana. Sua efetividade foi motivação primeira da constitucionalização do digno e é, desta forma, de caráter absolutamente urgente e imperativo, fato este que deve ser considerado por todo e qualquer aplicador do direito nos mais diversos âmbitos de atuação jurídica.

Há que se reconhecer que uma objeção poderia ser oferecida a este entendimento. Se a imperiosidade da efetivação dos direitos sociais e econômicos deve ser compreendida como decorrência da dignidade da pessoa humana e seu status constitucional, não deveria também a moralidade tradicional merecer igual consideração?

A resposta é negativa por duas principais razões. Primeiramente, num contexto garantista de direitos fundamentais também constitucionalizados, não haveria como reconhecer a compatibilidade de tal interpretação às liberdades individuais. Não cabe ao Estado Brasileiro, sob esta perspectiva, vedar, por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A própria tradição dignitária de apreço aos direitos sociais e econômicos já os entendia como indissociáveis e indivisíveis em relação aos direitos civis e políticos, de forma que o próprio desenvolvimento histórico da dignidade como princípio político e jurídico no Brasil harmoniza-se a tal interpretação.

Em segundo lugar, há que se observar que o movimento conservador que se traduziu na tendência da “moralidade tradicional” na Assembleia Constituinte foi, embora crucial para a compreensão do papel do conceito no alcance de acordos naquela oportunidade, periférico em relação à consolidada e robusta tradição de associação da dignidade à luta pela justiça social através da linguagem dos direitos. Esta sim foi indispensável para a inserção do princípio no texto constitucional, e está intrinsecamente relacionada à dignidade da pessoa humana no contexto brasileiro. Objeções relacionadas ao *background* religioso da tradição dignitária no Brasil frente ao secularismo serão abordadas em outra oportunidade, dadas as restrições de espaço e complexidade do tema.

Este artigo nos faz atentar, finalmente, à inegável centralidade da questão da justiça social na transição democrático-constitucional brasileira. Foram ilustrados os perigos da não efetivação dos direitos

sociais e econômicos e das instabilidades decorrentes de sua carência à própria democracia, bem como demonstrada a indissociável conexão entre as lutas por uma vida materialmente digna e pela democracia no Brasil. Pela narrativa aqui contada, fica evidente que, sobretudo no contexto brasileiro, não há como se falar na garantia estável e duradoura de liberdades fundamentais e instituições democráticas sem a priorização e observância dos direitos sociais e econômicos. Tal história não deve ser olvidada, sob pena de incorrência nos mesmos erros que antes já nos conduziram a períodos obscuros de autoritarismo e violações massivas de direitos humanos.

6. REFERÊNCIAS

AMANCIA, N. AL. *O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF*. [s.l.] Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010.

ARNS, P. E. (ED.). *Brasil: Nunca Mais*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988. *Minutas da Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária*. Brasília: [s.n.].

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988. *Minutas da Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e Atividade Econômica*. Brasília: [s.n.].

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988. *Minutas da Comissão da Ordem Social*. Brasília: [s.n.].

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988. *Minutas da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias*. Brasília: [s.n.].

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988. *Minutas da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso*. Brasília: [s.n.].

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988. *Minutas da Subcomissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*. Brasília: [s.n.].

BARROSO, P. H. *Constituinte e Constituição: participação popular e eficácia constitucional (1987-1997)*. Curitiba ed.[s.l.] Juruá Editora, 1999.

CHAGAS, H. Constituinte, a nova bandeira social da Igreja. *O Globo*, p. 10, 1986.

CNBB vai tentar influenciar a Constituinte com grupo de seis padres. *Jornal do Brasil*, 1986.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA (CPT). *A Nossa Luta é Por Terra Na Roça E Não Por Emprego Na Cidade*. Minas Gerais: [s.n.].

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). *Exigências Cristãs de uma Ordem Política*. Itaci: [s.n.].

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). *Igreja e os Problemas da Terra*. Itaci: [s.n.].

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). *Valores Básicos da Vida e da Família*. Itaci: [s.n.].

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). *Reflexão Cristã sobre a Conjuntura Política*. [s.l: s.n.].

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). *Diretrizes Gerais da Ação Pastoral da Igreja no Brasil 1983-1986*. Itaci: [s.n.].

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). *Por uma nova Ordem Constitucional*. Itaci: [s.n.].

Constituinte será tema da CNBB no Vaticano. *Estado de São Paulo*, 1986.

COSTA NETO, J. Dignidade Humana (Menschenwürde): evolução histórico-filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (Bundesverfassungsgericht). *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 5, 2012.

DASSIN, J.; WRIGHT, J. *Torture in Brazil : A Shocking Report on the Pervasive Use of Torture by Brazilian Military Governments, 1964-1979*. 1. ed. Austin: University of Texas Press, Institute of Latin American Studies, 1998.

Direitos humanos: pouco respeito. *O Globo*, 1988.

ELISEU ALVES, G. DA S.; MARRA, S.; MARRA, R. Êxodo e sua contribuição à urbanização de 1950 a 2010. *Revista de Política Agrícola*, v. 20, p. 82, 2011.

Entrevista - Brasil: nunca mais, historia sem revanchismo, Dom Paulo Evaristo Arns. *Jornal do Brasil*, 1985.

Familiaris Consortio, Città Del Vaticano: Pontificium Consilium Pro Familia. [s.l.] Libreria Editrice Vaticana, 2012.

GONCALVES, T. A. *Direitos humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONZÁLEZ, J. Reading Christian Human Rights in Latin America. *Critical Legal Thinking*, p. 2016, [s.d.].

GOOS, C. Würde des Menschen: Restoring Human Dignity in Post-Nazi Germany. In: MCCRUDDEN, C. (Ed.). *Understanding human dignity*. [s.l.] British Academy, 2013.

GUERRA, S. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HOLLENBACH, D. Human Dignity: Experience and History, Practical Reason and Faith. In: MCCRUDDEN, C. (Ed.). *Understanding human dignity*. [s.l.] British Academy, 2013. p. 134.

KELLY, P. W. On the Poverty and Possibility of Human Rights in Latin American History. *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, v. 5, n. 3, p. 435–451, 2014.

LULA DA SILVA, L. I. Dom Paulo: pastor do povo. *Folha de São Paulo*, 1988.

MAINWARING, S. *The Catholic Church and Politics in Brazil 1916-1985*. 1. ed. Stanford: Stanford University Press, 1986.

MCCRUDDEN, C. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, 2008.

MOYN, S. *Christian Human Rights (Intellectual History of the Modern Age)*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2015.

NAIRN, T. Celebrating Human Dignity: Two Documents of Vatican II. *Health progress (Saint Louis, Mo.)*, v. 96, n. 6, p. 72–4, 2015.

NETO, C. P. DE S.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NOVELINO, M. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

PELEGRINO, H. Opinião: Tortura, nunca mais. *Folha de São Paulo*, p. 3, 1985.

QUEIROZ, R. M. R. Religion Meets Legal Strategy: Catholic Clerics, Lawyers, and the Defense of Human Rights in Brazil. In: WILDE, A. (Ed.). *Religious responses to violence: human rights in Latin America past and present*. 1. ed. [s.l.] University of Notre Dame Press, 2016.

ROCHA, C. L. *O princípio da dignidade humana e a exclusão social*. Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia. *Anais...* Brasília: Conselho Federal da OAB, 2000

RODRIGUEZ, P. With or without the people : the Catholic Church and land-related conflicts in Brazil and Chile. In: HAGOPIAN, F. (Ed.). *Religious Pluralism, Democracy, and the Catholic Church in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2009.

ROSEN, M. Dignity: The Case Against. In: MCCRUDDEN, C. (Ed.). *Understanding Human Dignity*. [s.l.] Oxford University Press, The British Academy, 2013.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCOTT, R. J. Dignité/Dignidade: Organizing against Threats to Dignity in Societies after Slavery. In: MCCRUDDEN, C. (Ed.). *Understanding human dignity*. [s.l.] British Academy, 2013.

SIQUEIRA, N. V. *Teologia da libertação: a participação dos movimentos sociais na Constituinte de 1988*. Anais do Congresso ANPTECR. *Anais...* 2015

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54*, 2012.

WILDE, A. Introduction. In: WILDE, A. (Ed.). *Religious responses to violence: human rights in Latin America past and present*. Indiana: University of Notre Dame Press, 2016.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988. *Minutas da Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária*. Brasília: [s.n.].

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988. *Minutas da Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do*

Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e Atividade Econômica. Brasília: [s.n.].

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988. *Minutas da Comissão da Ordem Social.* Brasília: [s.n.].

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988. *Minutas da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.* Brasília: [s.n.].

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988. *Minutas da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso.* Brasília: [s.n.].

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988. *Minutas da Subcomissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher.* Brasília: [s.n.].

BENDEL, A.; SACHS, M. The Constitutional Status of Human Dignity in Germany and Israel. *Israel Law Review*, v. 44:25, 2011.

CHAGAS, H. Constituinte, a nova bandeira social da Igreja. *O Globo*, p. 10, 1986.

CNBB vai tentar influenciar a Constituinte com grupo de seis padres. *Jornal do Brasil*, 1986.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA (CPT). *A Nossa Luta é Por Terra Na Roça E Não Por Emprego Na Cidade.* Minas Gerais: [s.n.].

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). *Exigências Cristãs de uma Ordem Política.* Itaci: [s.n.].

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). *Igreja e os Problemas da Terra.* Itaci: [s.n.].

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). *Valores Básicos da Vida e da Família.* Itaci: [s.n.].

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). *Reflexão Cristã sobre a Conjuntura Política.* [s.l.: s.n.].

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). *Diretrizes Gerais da Ação Pastoral da Igreja no Brasil 1983-1986.* Itaci: [s.n.].

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). *Por uma nova Ordem Constitucional.* Itaci: [s.n.].

Constituinte será tema da CNBB no Vaticano. *Estado de São Paulo*, 1986.

COSTA NETO, J. Dignidade Humana (Menschenwürde): evolução histórico-filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (Bundesverfassungsgericht). *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 5, 2012.

DASSIN, J.; WRIGHT, J. *Torture in Brazil: A Shocking Report on the Pervasive Use of Torture by Brazilian Military Governments, 1964-1979*. 1. ed. Austin: University of Texas Press, Institute of Latin American Studies, 1998.

Direitos humanos: pouco respeito. O Globo, 1988.

Dom Evaristo explica livro e condena qualquer ditadura. *Diário do Norte*, p. 76, 1985.

ELISEU ALVES, G. DA S.; MARRA, S.; MARRA, R. Êxodo e sua contribuição à urbanização de 1950 a 2010. *Revista de Política Agrícola*, v. 20, p. 82, 2011.

Entrevista - Brasil: nunca mais, história sem revanchismo, Dom Paulo Evaristo Arns. *Jornal do Brasil*, 1985.

Familiaris Consortio, Città Del Vaticano: Pontificium Consilium Pro Familia. [s.l.] Libreria Editrice Vaticana, 2012.

GONCALVES, T. A. *Direitos humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONZALEZ, J. Reading Christian Human Rights in Latin America. *Critical Legal Thinking*, p. 2016, [s.d.].

GOOS, C. Würde des Menschen: Restoring Human Dignity in Post-Nazi Germany. In: MCCRUDDEN, C. (Ed.). *Understanding human dignity*. [s.l.] British Academy, 2013.

GUERRA, S. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HOLLENBACH, D. Human Dignity: Experience and History, Practical Reason and Faith. In: MCCRUDDEN, C. (Ed.). *Understanding human dignity*. [s.l.] British Academy, 2013. p. 134.

KELLY, P. W. On the Poverty and Possibility of Human Rights in Latin American History. *Humanity: An International Journal of*

- Human Rights, Humanitarianism, and Development*, v. 5, n. 3, p. 435-451, 2014.
- MACKLIN, R. Dignity Is a Useless Concept. *BMJ* 327, v. 7429, 2003.
- MAINWARING, S. *The Catholic Church and Politics in Brazil 1916-1985*. 1. ed. Stanford: Stanford University Press, 1986.
- MCCRUIDDEN, C. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, 2008.
- MINISTRO CHEFE DA CASA CIVIL. Do Ministro Chefe da Casa Civil. *O São Paulo*, 1986.
- MOYN, S. *Christian Human Rights (Intellectual History of the Modern Age)*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2015.
- NAIRN, T. Celebrating Human Dignity: Two Documents of Vatican II. *Health progress (Saint Louis, Mo.)*, v. 96, n. 6, p. 72-4, 2015.
- NETO, C. P. DE S.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- NOVELINO, M. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.
- PELEGRINO, H. Opinião: Tortura, nunca mais. *Folha de São Paulo*, p. 3, 1985.
- PINKER, S. The Stupidity of Dignity. *The New Republic* 238, v. 9, p. 28-31, 2008.
- QUEIROZ, R. M. R. Religion Meets Legal Strategy: Catholic Clerics, Lawyers, and the Defense of Human Rights in Brazil. In: WILDE, A. (Ed.). *Religious responses to violence: human rights in Latin America past and present*. 1. ed. [s.l.] University of Notre Dame Press, 2016.
- ROCHA, C. L. *O princípio da dignidade humana e a exclusão social*. Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2000
- RODRIGUEZ, P. With or without the people: The Catholic Church and land-related conflicts in Brazil and Chile. In: HAGOPIAN, F. (Ed.). *Religious Pluralism, Democracy, and the Catholic Church in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2009.
- ROSEN, M. Dignity: The Case Against. In: MCCRUDDEN, C. (Ed.). *Understanding Human Dignity*. [s.l.] Oxford University Press, The British Academy, 2013.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCOTT, R. J. Dignité/Dignidade: Organizing against Threats to Dignity in Societies after Slavery. In: MCCRUDDEN, C. (Ed.). *Understanding human dignity*. [s.l.] British Academy, 2013.

SIQUEIRA, N. V. *Teologia da libertação: a participação dos movimentos sociais na Constituinte de 1988*. Anais do Congresso ANPTECR. *Anais...*2015

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54*, 2012.

WILDE, A. Introduction. In: WILDE, A. (Ed.). *Religious responses to violence: human rights in Latin America past and present*. Indiana: University of Notre Dame Press, 2016.

DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE

Renato Alves Vieira de Melo

Doutorando em Ciências Sociais na USAL – Universidad de Salamanca; Mestre em Antropologia de Ibero América pela Universidad de Salamanca; Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Ciências Contábeis pela Fundação Getúlio Vargas RJ; Graduação em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará; Linha de pesquisa sobre Sustentabilidade, Antropologia Empresarial e Educação Ambiental. Investigador do Grupo de Pesquisa em Antropologia e Turismo da Universidade

Racquel Valério Martins

Doutora em Educação com Menção Internacional pela USAL - Universidad de Salamanca - Tese com Prêmio Extraordinário; Mestre em Antropologia de Ibero América pela USAL - Universidad de Salamanca; Graduação em Ciências Econômicas pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR - Linha de pesquisa voltada para Educação Intercultural para o Desenvolvimento; Investigadora do GPFOHPE-Universidade Federal do Ceará (UFC) e do ANTUR-Universidade Federal de Sergipe.

1. INTRODUÇÃO

A globalização vem acarretando problemas ao tempo em que desperta uma conscientização da pobreza como um fenômeno inaceitável em termos globais, particularmente nos casos extremos de fome e de carências básicas. Tal conscientização leva a maiores conquistas dos Direitos Humanos onde se evidencia o meio ambiente protegido e preservado. A partir de uma pesquisa bibliográfica descritiva, utilizaremos como procedimento a triangulação, em que serão combinadas duas perspectivas teóricas para consolidar uma conclusão sobre a problemática dos Direitos Humanos.

Buscamos nos ODS¹ a indicação concreta de um caminho em direção a um modelo de desenvolvimento sustentável, partindo do consenso estabelecido entre os países na Rio + 20. Necessitamos, portanto, estarmos envolvidos num Movimento Global pela

1. ODS – Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

Cidadania e Solidariedade, o qual conclama todos nós seres humanos a reforçarmos nossas ações e parcerias em prol dos ODS que tenham metas e indicadores para diminuir as desigualdades sociais e promover a inclusão social, a erradicação da pobreza, a promoção da igualdade entre gêneros e raças, proteção ambiental, a valorização da educação e saúde, assim como a promoção das energias renováveis rumo a um Desenvolvimento Sustentável.

Como resultado de tal cenário, surgiu a preocupação com a natureza devido às graves consequências da degradação do patrimônio natural e global juntamente com a evolução na conquista dos Direitos Humanos. Novas necessidades fizeram surgir e desenvolver a proteção pelo meio ambiente, que passou a ser o objeto de garantias internacionais e nacionais.

Hoje, muitas dessas preocupações, aparentemente distantes, estão se tornando realidade para alcançarmos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, mas também, efetivar a oportunidade de quase sete bilhões de pessoas ter o direito a uma vida digna, que alcançara a marca de nove bilhões até 2050.

Neste contexto, para obtermos a construção de um mundo melhor e com a redução das desigualdades, devemos resgatar valores que o ser humano tem desprezado nos últimos anos, e são de fundamental importância para as relações internacionais do século XXI a educação, o respeito à natureza, à igualdade, à liberdade, à solidariedade, à tolerância e à responsabilidade pela gestão do desenvolvimento econômico e social.

Com uma abordagem qualitativa, baseada em uma pesquisa bibliográfica, tratamos o tema dos Direitos Humanos relacionando-o com o Desenvolvimento Sustentável e a proteção ao meio ambiente, a partir da perspectiva da Educação Ambiental. Deste modo, esse artigo se justifica como ponto de interligação entre a educação ambiental e um novo desenvolvimento com avanços no campo da desigualdade social, do bem-estar social e econômico. Assim, estudaremos o tema dos Direitos Humanos com base em duas perspectivas privilegiadas, ou seja, utilizaremos o método de triangulação que, no entendimento de Flick (2013), significa assumir diferentes visões a respeito da pesquisa, combinando-se diferentes tipos de dados sob uma abordagem teórica, produzindo-se um conhecimento que vai além do que seria possível, com a adoção de uma única perspectiva.²

2. Flick, U. *Introdução à metodologia de pesquisa*. Porto Alegre: Penso, 2013.

A compreensão dos direitos humanos passa pelo jusnaturalismo³, pelo positivismo⁴, pelo idealismo⁵ e pelo realismo⁶; analisando a evolução dos referidos direitos verifica-se que o homem possui aqueles relativos à sua espécie e, tendo como base a visão realista, os direitos humanos são resultado do processo de conquista de direitos liderado pelo movimento social burguês que nasceu na Era Moderna. A concepção de direitos humanos defendida por Norberto Bobbio pode ser identificada na classificação de Jorge Miranda como realista. Bobbio afirma que os direitos humanos são históricos e heterogêneos, e nascem gradualmente de acordo com as carências de cada época, tendo em consideração as limitações de poder, as condições sociais e o desenvolvimento tecnológico. (1992).⁷

Antônio Augusto Cançado Trindade, por sua vez, assevera que os direitos humanos são inerentes ao ser humano, indivisíveis e interdependentes, e não heterogêneos, portanto, complementares e não incompatíveis. O autor não faz referência direta à teoria do Direito Natural, mas é possível identificar essa base filosófica por trás de sua afirmação sobre a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos (1992).⁸ Na verdade, sua doutrina poderia ser classificada como neopositivista, pois há um resgate da filosofia do jusnaturalismo em um apelo positivista. Porém, nas teorias dos dois

3. Jusnaturalismo é o Direito Natural, ou seja, todos os princípios, normas e direitos que se têm como ideia universal e imutável de justiça e independente da vontade humana. www.significados.com.br. Acesso em 14.04.2018.

4. Tendência a valorizar preferencialmente os aspectos materiais da realidade; m. Fil. Sistema filosófico que admite unicamente o método experimental e descarta toda noção a priori e todo conceito universal e absoluto. (Tradução nossa). www.rae.es. Acesso em 14.04.2018.

5. Atitude da inteligência para idealizar; Fil. Sistema filosófico que considera a ideia como princípio do ser e do conhecer. O idealismo de Platón, de Kant, de Hegel. (Tradução nossa). www.rae.es. Acesso em 14.04.2018

6. m. Forma de ver as coisas sem idealizá-las; m. Movimento, principalmente literário, surgido na França a meados do século XIX, que se caracteriza pela recriação fiel da realidade observada; m. Fil. Doutrina que afirma a existência objetiva dos universais. O realismo medieval se opõe ao nominalismo. (Tradução nossa). www.rae.es. Acesso em 14.04.2018.

7. Bobbio, N. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

8. Cançado Trindade, A. A. (editor). *Derechos humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente / Human Rights, Sustainable Development and the Environment / Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente*. (Seminário de Brasília de 1992). Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Interamericano de Desarrollo (BID). San José de Costa Rica / Brasília, Brasil, 1992.

autores, há em comum a preocupação com a efetiva proteção dos direitos humanos e a afirmação do seu caráter universal. Analisando-se as diferentes características atribuídas aos direitos humanos, de acordo com o posicionamento de Bobbio e Cançado Trindade, deparamos com o historicismo e a indivisibilidade respectivamente.

Defendemos o historicismo dos direitos humanos, nos moldes em que faz Bobbio; valoriza-se a percepção dos direitos como algo dinâmico que é construído junto das mudanças sociais. Considera-se, portanto, uma visão sociológica do direito que, por nascer na e se dirigir à sociedade, não pode ter seus princípios e tutelas dela desvinculados.

2. A NATUREZA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Norberto Bobbio, ao analisar a natureza jurídica dos direitos do homem, questiona a teoria jusnaturalista, que inegavelmente contribuiu de forma essencial na formação dos direitos humanos, afirmando que eles não possuem um fundamento último, absoluto, capaz de justificá-los. São os direitos do homem uma classe variável, que muda conforme a transformação das condições históricas. Não há direito fundamental por natureza porque o que é fundamental em determinada época não é em outra. Direitos historicamente relativos não podem ter fundamentos absolutos.

O autor enfoca que os direitos do homem são classe de direitos heterogêneos; por isso, dentro do próprio rol de direitos humanos, há direitos incompatíveis entre si. Segundo Bobbio, todo novo direito para uma categoria de pessoas é limitador ou suprime um direito anterior de outra categoria; assim, não teríamos uma justificativa válida para essas restrições se houvesse um fundamento absoluto.

Deste modo, identificamos diversas gerações de direitos, e quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos (direitos sociais) mais diminuem as liberdades (direitos individuais). Cada nova geração de direitos vem conformar aqueles reivindicados pela anterior, e é por essa razão que há sempre uma grande resistência no reconhecimento dos novos direitos.

De acordo com Bobbio (1992)⁹, o problema não é justificar os direitos humanos, mas protegê-los. Ele aponta como solução para a realização dos direitos do homem a necessidade de o filósofo do

9. Idem a nota de número 6.

direito não se isolar; ao contrário, ele deve buscar vários fundamentos possíveis em cada caso concreto juntamente com as ciências históricas e sociais. A partir desses conceitos sobre os direitos humanos, como explicita Bobbio, houve uma evolução, que permitiu construir a teoria das gerações. Com isso, ele afirma que o nascimento e o crescimento dos direitos do homem estão ligados à transformação da sociedade, o que fica evidenciado na relação do crescimento dos direitos do homem proporcionalmente ao desenvolvimento social.

Para o autor, os direitos do homem nasceram na Era Moderna com a revolução burguesa. Como dito anteriormente, o jusnaturalismo foi a corrente ideológica fundada na ideia de liberdade com igualdade baseada no Estado Liberal de Direito. Foram garantidos os direitos fundamentais civis e políticos que tomam o indivíduo como ente político. No plano econômico, pretendia-se assegurar a liberdade de propriedade e de comércio por meio da não intervenção estatal. Pregava-se o Estado mínimo. A base dos direitos chamados de primeira geração, é o seu exercício independentemente da ação de outrem, trata-se de direitos negativos. As Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa colocaram tais direitos em diplomas legislativos que influenciaram a formatação das constituições liberais, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o fez de uma forma mais universal.

Com a Revolução Industrial e a expansão do capitalismo, surge também uma classe operária oprimida, que se mobiliza para reivindicar direitos sociais, chamados de segunda geração. Na primeira metade do século XX, instaura-se o Estado Social de Direito e as constituições liberais passam a incorporar novas categorias de direitos: sociais, econômicos e culturais. O indivíduo passa a ser visto não apenas como ente político, mas como integrante de uma sociedade com demanda econômica. Neste momento, intervenção estatal cresce, efetivando a igualdade material que era exigida pela luta dos trabalhadores. O Estado regulador passa a legislar com mais intensidade e intervém na economia para diminuir as desigualdades sociais e para evitar revoluções. Amplia-se o rol de garantias e direitos para incluir as liberdades positivas que exigem ações estatais, nascendo assim os direitos sociais.

Após a Segunda Guerra Mundial e o fim dos modelos autoritários de governo, instala-se o Estado Social Democrático de Direito. Novos movimentos sociais com sujeitos coletivos de direitos surgem

em contextos particulares para exigir do Estado seu reconhecimento institucional, seja pela exigência de políticas públicas, seja pela positivação de determinados direitos sociais e sua defesa via judicial.

Temos, assim, os direitos de terceira geração. O indivíduo é visto como integrante de uma coletividade humana (direitos ambientais etc.). Fala-se também de direitos de quarta geração, em que o indivíduo é tomado como integrante da espécie humana (conflitos relativos à engenharia genética, genomas humanos etc.). O parâmetro utilizado agora para a especificação dos direitos é o qualitativo e não mais o meramente econômico ou patrimonial, e a titularidade de tais direitos é coletiva ou difusa e não individual. Movimentos sociais principalmente de mulheres e negros, mas também de ambientalistas e consumeristas, iniciaram esse processo ao passar a exigir políticas de ação afirmativa que lhes dessem maiores garantias de inclusão e proteção dada sua vulnerabilidade, seguindo o posicionamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

3. A IMPORTÂNCIA DO MEIO AMBIENTE PARA OS DIREITOS HUMANOS

O meio ambiente nos últimos tempos ganhou extrema relevância, sendo tratado por toda a comunidade internacional como algo prioritário para se atingir uma postura voltada à sua preservação, com a preocupação de assegurar uma qualidade de vida melhor para a geração presente e para as futuras gerações, pois mesmo sendo um “ente” vivo a proteção do meio ambiente somente se deu a conhecer em razão da possibilidade do seu esgotamento devido à exploração em grande parte pela força da industrialização para o progresso da sociedade capitalista. Tudo isso provocou o despertar de vários órgãos internacionais, que estabeleceram diretrizes de proteção, conservação e preservação de inúmeras fontes de recursos naturais, bem como a utilizam racional, incentivando uma profunda mudança de comportamento e hábitos por meio do processo educativo em todos os âmbitos das sociedades locais, regionais e globais.

A Revolução Industrial do século XVIII, as inovações tecnológicas e a ânsia pelo progresso em um contexto capitalista dos séculos XIX e XX geraram a degradação ambiental, que no século XXI atinge índices alarmantes. A possível saturação dos recursos naturais e a necessidade de se repensar a relação do homem com a natureza são temas centrais da atualidade econômica, política, social e jurídica.

A partir da década de 1970, os pesquisadores sociais começaram a se dar conta de que muitas das ações humanas produziam um grande impacto sobre a natureza, motivo pelo qual alguns especialistas consideraram a evidente perda de biodiversidade e elaboraram diversas concepções metodológicas para explicar a vulnerabilidade dos sistemas naturais.

No âmbito internacional, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em 1972, em Estocolmo, marca o início de uma nova era. Reconhecido internacionalmente como um direito humano, o direito ambiental passa a ter um papel importante nas relações políticas, econômicas, sociais e jurídicas, principalmente no que tange a corresponsabilidade mundial da sua proteção.

Vinte anos mais tarde, em nova conferência sobre o meio ambiente, a Rio/92, voltou-se a discutir a questão da proteção ambiental adicionando novos princípios relativos ao desenvolvimento sustentável e reforçando a necessidade da cooperação internacional para uma efetiva proteção do meio ambiente.

Caúla (2012)¹⁰ expõe que a consciência ecológica é antiga, sendo os indígenas seus precursores, tendo surgido em 1854, com um chefe indígena americano de Seattle, quando, em resposta ao chefe do governo americano que desejava comprar suas terras, o chefe indígena protestou escrevendo um texto no qual informava que a terra para os indígenas é sagrada e que ela não pertence ao homem e este, sim, pertence à terra.

No Brasil, mesmo sendo a cultura indígena influenciada pelos colonizadores, com suas tradições e costumes da cultura europeia, dependente do estilo vida contemporâneo, com luz elétrica, água encanada, televisão e internet, algumas tribos sobreviveram à colonização do “homem branco” e hoje tentam se adaptar à sociedade por eles construída. O índio moderno luta para manter sua herança cultural e de subsistência em meio à sociedade capitalista atual. Os antigos índios, mesmo vivendo à beira das rodovias, na biodiversidade próximas das cidades, em terras cedidos pelo governo, tentam manter-se longe das grandes metrópoles e levar uma vida o mais próximo possível de suas antigas tradições, plantando e cultivando para o seu sustento. São protegidos pela Funai (Fundação Nacional do Índio), pela ONU (Organização das Nações Unidas),

10. Caúla, Bleine Queiroz. *A lacuna entre o Direito e a Gestão do ambiente: os 20 anos de melodia das Agendas 21 locais*. Fortaleza: Premium, 2012.

que são órgãos que protegem os direitos indígenas, conservando a sua cultura e a relação com meio ambiente, e o reconhecimento de seu espaço na sociedade, como também os seus direitos humanos no plano nacional e internacional.

A cultura e tradição indígena estão diretamente relacionados ao meio ambiente, ao cultivo e à subsistência, tendo a terra como a mãe que fornece os frutos, alimenta o povo, proporcionando o bem-estar das tribos (coletividade). Afirmamos que os indígenas, como defende o chefe indígena americano Seattle, tem uma atenção especial para com o meio ambiente, os ciclos climáticos e as estações definidas, pois são elas que irão delimitar o melhor período para as plantações e cultivo.

Podemos salientar que, em um plano nacional, destaca-se a proteção da cultura indígena, referida no Capítulo VIII, sobre a “Ordem Social”, da nossa Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, artigo 231 ao artigo 232, como também a proteção do meio ambiente, ora referida no Capítulo VI, artigo 225 da Constituição Federal: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (Brasil, 2012, p. 59), e também, no Capítulo II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, Artigo 5º, LXXIII.

A Constituição Brasileira, ao tratar do direito à vida, nas disposições constitucionais sobre a Ordem Social, direciona a necessidade de um ambiente equilibrado ecologicamente, privilegiando a condição da dignidade humana. Verificamos que muitas Constituições Nacionais seguiram os princípios estipulados pelas convenções e introduziram o direito ao meio ambiente saudável no rol de direitos fundamentais dos Estados. Com isso, temos na Lei nº 6.803/80 os princípios do Desenvolvimento Sustentável e, na Lei nº 6.038/81, a instituição da Política Nacional de Meio Ambiente (Caúla, 2012)¹¹. Deste modo, o direito ao meio ambiente equilibrado é consagrado como direito fundamental de terceira geração.

Vieira de Melo (2016)¹² afirma que a influência dos pensadores suíços foi fundamental na construção do conhecimento sobre a

11. Idem a nota anterior.

12. Vieira de Melo, R. A. A Contribuição dos Pensadores Educacionais Suíços na Construção de uma Educação Ambiental para vencer os desafios de um

consciência ambiental e sua relação com o homem, abrindo espaço para o entendimento da ideia de desenvolvimento sustentável, que não é nova, tampouco passageira; no entanto, atualmente se constitui na solução do homem na terra, porque a terra não pertence ao homem, e sim a todos os seres e aos recursos naturais. O autor faz referência a Capra (2003)¹³ que, por sua vez, afirma que os problemas atuais não podem ser entendidos isoladamente, porque são problemas sistêmicos, e que a escassez dos recursos e a degradação do meio ambiente estão ligadas às grandes populações, violando o respeito aos princípios básicos da ecologia, que perpassam as relações da existência: comunidades, educação, administração, política etc. Nesse contexto, a Educação Ambiental é entendida como promotora de uma consciência ambiental e uma maior relação entre a sociedade e o meio ambiente, como também uma ferramenta para possibilitar um novo desenvolvimento.

Na doutrina também não se questiona a importância da preservação ambiental. Ao contrário, aponta-se para sua estreita relação com o direito à qualidade de vida, que eleva o direito ambiental ao *status* de direito fundamental. A partir da percepção do direito ambiental como direito à qualidade de vida é que surgem as controvérsias acerca da “vida” que se pretende proteger. Tendo como objeto de estudo a relação do homem com a natureza, o direito ambiental pode ser centrado tanto na vida humana quanto na vida sem adjetivações (humana ou não). Os movimentos ecológicos se posicionam sob dois diferentes prismas: na defesa da dimensão antropocêntrica ou da dimensão ecocêntrica do direito ambiental.

4. ANTROPOCENTRISMO *VERSUS* ECOCENTRISMO

A visão do mundo girando em torno do homem é o ponto central nos debates ambientais e muito se avançou no sentido da percepção humana; ao seu redor, como parte essencial de sua própria sobrevivência, tem-se o meio ambiente. No entanto, a proteção ambiental tem sido fundamental para a percepção do valor da

Desenvolvimento Sustentável. En Hernández Díaz, J.M.(Coord.) *Influencias Suizas en la Educación Española e Iberoamericana*. Salamanca, Ediciones de Salamanca, pp. 347-354, 2016

13. Capra, F. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, 3ª edição, 2003.

natureza para o ser humano, e com isso o meio ambiente merece a sua tutela.

Podemos compreender, em conformidade com Vieira de Melo, a relação entre o homem e o meio ambiente, utilizando a antropologia; assim temos na visão antropocêntrica a relação do homem com a natureza que nega o valor intrínseco do meio ambiente, bem como dos recursos naturais, o que resulta na criação de uma hierarquia na qual o ser humano detém posição de superioridade, acima e separada dos demais membros da comunidade natural. (2016)¹⁴. Os direitos fundamentais à vida, à saúde e à qualidade de vida são fatores determinantes para os objetivos da proteção ambiental.

Deste modo, o meio ambiente só é protegido como uma consequência e até o limite necessário para proteção do bem-estar humano. Na visão antropocêntrica, a utilização do direito ambiental se sujeita a todas as outras necessidades, interesses e valores da natureza em favor daqueles relativos à humanidade. Com isso, os seres humanos serão as vítimas, pois a exploração do meio ambiente de maneira ilimitada e incondicional prejudica toda a biosfera, inclusive os seres humanos.

O ecocentrismo vem de encontro à visão antropocêntrica e invoca na ecologia a ideia da bioética, ou seja, a natureza tem valor intrínseco, de direito próprio, independentemente do seu valor para os seres humanos. Assim, os seres humanos são moralmente obrigados a respeitar as plantas, os animais e toda a natureza, que têm direito à existência e a um tratamento humano.

Deste modo, a natureza perde seu caráter instrumental; todos os seres vivos possuem valor próprio, que não podem ser mensurados de acordo com sua utilidade para as aspirações humanas. Da mesma forma, a biodiversidade também deve ser valorada por ela mesma, e não como uma contribuição para o bem-estar humano. A plataforma da ecologia visa à reestruturação geral da relação do homem com a natureza, redirecionando o foco, que é tradicionalmente o ser humano, para o meio ambiente. Como estratégia, os ecologistas pretendem o mínimo de intervenção humana nos ecossistemas e, para isso, propõem a diminuição da população mundial. Essa conceituação está fundamentada em uma nova forma de pensar as

14. Vieira de Melo, R. A. A busca da efetividade de direitos humanos: uma análise dos objetivos do milênio da cidade Aquiraz (Ceará, Brasil). Revista de Estudos Brasileños, volume 3, número 5, 2º semestre, 2016.

bases econômicas, sociais, tecnológicas e filosóficas da civilização humana, e seu principal instrumental é a propagação da consciência ecológica com a participação de todos.

No âmbito econômico, o desenvolvimento tem como base o meio ambiente, e os bens e os serviços produzidos devem ser os necessários para a sociedade e o parâmetro não deve ser a rentabilidade, e a eficiência econômica deve ser medida pelo grau de afetação aos recursos naturais. A produção local e não-industrial deve substituir a produção globalizada, industrial e altamente poluente.

No âmbito social, a teoria ecocêntrica propõe uma nova forma de solidariedade. O ser humano não pode se colocar isolado ou superior ao meio natural que está à sua volta. É necessário que haja um sentimento de que o ser humano é parte do todo da biosfera, e como tal deve se portar. O respeito mútuo entre os seres humanos deve estender-se para abranger o respeito aos seres vivos em geral, sem se falar em hierarquia. A tecnologia deve servir à proteção ambiental, criando-se novas formas de reciclagem e reaproveitamento do que é descartado. A tecnologia não deve ser um fim, mas ser mero instrumental em favor da vida. Assim, seu uso e posse devem ser democráticos.

A filosofia da ecologia profunda está baseada na ética ambiental que prega exatamente a mudança da perspectiva antropocêntrica de enxergar o mundo e as relações dos seres que o habitam.

O filósofo norueguês Arne Naess, que criou e primeiro desenvolveu as principais características de uma ecologia denominada profunda, enumera oito princípios básicos para identificá-la. São eles:

1. O bem-estar e o desenvolvimento da vida humana e não-humana na terra têm valor em si próprios (sinônimos: valor intrínseco, valor inerente). Este valor é independente da utilidade do mundo não-humano aos propósitos humanos.
2. A riqueza e a diversidade das formas de vida contribuem para a realização deste valor, e são em si mesmos valores.
3. Os homens não têm o direito de reduzir esta riqueza e diversidade, exceto para satisfazer necessidades vitais.
4. O desenvolvimento da vida e das culturas humanas é compatível com uma redução substancial da população humana. O desenvolvimento da vida não humana exige essa redução.

5. A atual interferência humana com o mundo não-humano é excessiva, e a situação está a piorar rapidamente.

6. As políticas devem ser alteradas. Estas políticas afetam as estruturas econômicas, tecnológicas e ideológicas básicas. O estado das coisas daí resultante será profundamente diferente do presente.

7. A mudança ideológica é basicamente a de apreciar a qualidade de vida (residindo em situações de valor inerente) em vez de aderir a um *standard* de vida cada vez mais alto. Haverá uma consciência profunda da diferença entre grande e ótimo.

8. Aqueles que subscrevem os pontos anteriores têm, direta ou indiretamente, a obrigação de tentar implementar as mudanças necessárias. (1992)¹⁵.

As maiores críticas ao ecocentrismo profundo dizem respeito à afirmação do valor intrínseco da natureza e ao radicalismo das propostas de transformação econômica e social. Para David Pepper, a adoção do ambientalismo profundo levaria ao retrocesso das comunidades primitivas, tratando-se de um projeto, além de inviável, bastante ingênuo ou, na sua pior forma, um projeto politicamente reacionário. O problema da desigualdade e da miséria nunca é realisticamente abordado, apesar de sua íntima ligação com as questões ambientais. (1996)¹⁶.

Duas correntes mais ponderadas tomam parte no debate na tentativa de reestruturar o que há de mais criticado na ecologia profunda e no antropocentrismo utilitário. São elas a ecologia superficial e o antropocentrismo fraco, também chamado de antropocentrismo *light*, *enlightened* ou não-utilitário.

Os ecologistas superficiais admitem que “o resto da natureza pode ter valor intrínseco, mas o valor da humanidade é maior.” Para David Pepper (1996)¹⁷, a ecologia superficial acaba confundindo-se com a antropocêntrica, “já que torna a terra um instrumento para os fins humanos”. Os seres humanos são reconhecidos como o único ponto de referência de valor. São eles que conferem valor, direitos, obrigações e dever moral, e decidem o que deve e o que não deve ser

15. Naess, A. *Ecologia Profunda e estilo de vida*. In Terra Maior, 1992.

16. Pepper, D. *Ambientalismo Moderno*. Coleção perspectiva ecológica nº 29. Tradução: Carla Lopes Silva Correia. Rio de Janeiro: Instituto Piaget, 1996.

17. Idem a nota anterior.

valorizado. As preocupações dos seres humanos devem ser resolvidas usando a natureza.

A classificação das correntes ambientalistas pode dar-se de diferentes maneiras; a que abordamos é apenas uma delas. Por exemplo, Michael Zimmerman (1993)¹⁸ classifica a ética ambiental em três campos: antropocentrismo fraco, ecologia radical e antropocentrismo reformista. Segundo este autor, no antropocentrismo fraco os humanos são intrinsecamente mais valiosos, mas alguns seres não-humanos também possuem seu próprio valor, não podendo ser tratados apenas como meios para o alcance de objetivos humanos. Diferentemente, o antropocentrismo reformista defende que os seres não-humanos possuem apenas valor instrumental ao homem. Os problemas ambientais não estão nas atitudes antropocêntricas em relação à natureza, e sim nas atitudes patriarcais; falta consciência ecológica de uso adequado dos recursos naturais. Por fim, a ecologia radical pode ser identificada com os movimentos da ecologia profunda, o ecofeminismo e a ecologia social, entre outros. Para eles, apenas uma revolução ou uma mudança radical no paradigma cultural pode evitar a devastação ambiental.

De maneira realmente semelhante, o antropocentrismo não-utilitário também instrumentaliza a natureza. Porém, diferentemente da ecologia superficial, ele não admite valor intrínseco à natureza. O foco continua sendo o homem, mas a análise meramente utilitária de custo/benefício fica superada. Na verdade, a introdução da ética no debate ecológico serve para reforçar o caráter antropocêntrico do ambientalismo. Apenas o homem é um ser moral. O antropocentrismo não-utilitário pretende ampliar o código moral para incluir as preocupações ambientais. Segundo David Pepper, “os antropocêntricos fracos estão preparados para alargar o que é claramente reconhecido como um conjunto humano de atitudes morais (não intrínsecas na natureza) ao resto da natureza” (1996). Ou seja, o antropocentrismo fraco situa a questão das atitudes em favor da natureza tanto na sua relação material com o homem, pela qual o meio ambiente deve ser preservado como forma de sustentação da própria vida humana, como também na relação meramente moral, no desconforto que o ser humano pode sentir ao se falar em tortura de animais, ou pelo

18. Zimmerman, M. E., Callicott, J. B., Sessions, G., Warren, K. J., & Clark, J. *Environmental philosophy. From Animal Rights to Radical Ecology*, 3, 1993.

prazer estético de se preservar uma bonita paisagem. De qualquer forma, o centro das preocupações é sempre o ser humano.

Nesse sentido, a proteção ambiental não pode escapar de um mínimo de antropocentrismo. A humanidade pode não ser o centro da biosfera, mas apenas o ser humano é capaz de reconhecer e respeitar a moralidade. A questão está na inclusão do meio ambiente no código moral, gerando deveres de proteção ambiental.

Ao relacionar a proteção ao meio ambiente como direito humano fundamental com a discussão sobre a ética ambiental, parece que as posições mais ponderadas são as mais adequadas juridicamente no atual contexto histórico. A análise vem a seguir.

Os direitos humanos como valores ocidentais foram concebidos sob a ótica individualista liberal, e serviram de base para o desenvolvimento da economia capitalista. Nesse contexto, a natureza sempre foi vista como um instrumental necessário para alcançar ganhos materiais. A natureza pode ser dominada e explorada desde que se tenha em vista o benefício humano. Essa é uma postura essencialmente patrimonialista e utilitária. De fato, essa atitude gerou elevado grau de desenvolvimento nos países que a adotaram; entretanto, esse processo ocorreu com um alto custo: a degradação.

Assim surge o ecocentrismo, sendo uma maneira de atribuir à natureza um valor, tornando-a significativa. E o biocentrismo, onde se tem o respeito à vida e nasce todo comportamento humano.

5. EDUCAÇÃO AMBIENTAL E OS DIREITOS HUMANOS

É inegável a contribuição da educação suíça, com bases teóricas de cunho histórico, social e filosófico, para compreender as questões que permeiam a educação ambiental, tanto no Brasil como no mundo.

Vieira de Melo, chama atenção para o fato de que no Brasil, no século XX, vários educadores se destacaram, especialmente após a divulgação do Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova¹⁹, de 1932,

19. Educação Nova ou “Escola Nova” termos que entre outros representam o movimento de renovação do ensino, que foi especialmente forte na Europa, na América do Norte e, na primeira metade do século XX, no Brasil, tendo como os primeiros grandes inspiradores o escritor Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e os pedagogos Heinrich Pestalozzi (1746-1827) e Freidrich Fröebel (1782-1852). Destacando-se também o filósofo e pedagogo norte-americano John Dewey (1859-1952) e o psicólogo suíço Edouard Claparède (1873-1940).

mencionando Lourenço Filho (1897-1970) e Anísio Teixeira (1900-1971), como grandes humanistas e nomes importantes da história pedagógica brasileira. (2016).²⁰

Atualmente, as ideias e experiências dos autores da Escola Nova servem de fonte de inspiração pedagógica na busca de rumos para nossa educação, e de modo inovador as propostas pedagógicas de cidadania de Paulo Freire, um educador que “assumia seu papel no mundo não só como um mero constatador do que ocorre, mas como alguém que intervém como sujeitos de ocorrências” (Valério, 2016, p.460)²¹, apresentam-se atuais e substancialmente importantes para conceber o que é educação ambiental na sua visão mais ampla, compreendendo nela o desenvolvimento sustentável em prol da vida, de forma a instrumentar diferentes possibilidades de intervenções na relação sociedade-natureza, e, por outro lado, nos problemas e conflitos ambientais. A oportunidade, portanto, de uma Educação Ambiental Crítica muito poderia contribuir para uma mudança de valores e atitudes, fazendo surgir um tipo de subjetividade, orientada por sensibilidades e responsabilidades solidárias com o meio social e ambiental, e um modelo para a formação de indivíduos e grupos sociais atuantes em relação às questões socioambientais, tendo como horizonte uma ética preocupada com a justiça ambiental.

A proposta da Educação Ambiental Crítica é desvendar e transformar a realidade, contribuindo na transformação da sociedade atual, assumindo de maneira inalienável sua dimensão política, desvencilhando-a, de acordo com Guimarães (2004)²², de uma postura educacional e de mundo, subsidiada por um referencial paradigmático e compromissos ideológicos, que se manifestam hegemonicamente na constituição da sociedade nesse início de século.

Tomando por exemplo o caso do Brasil, o artigo 205 na Constituição Federal enfoca que a educação deve visar ao pleno

20 Idem a nota de número 11.

21. Valério, R.M. A Influência de Pestalozzi nas pedagogias de Célestin Freinet e Paulo Freire. Utopias que nos fazem caminhar. En Hernández Díaz, J. M. *Influencias Suizas en la Educación Española e Iberoamericana* (pp. 453-462). Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2016.

22. Guimarães, M. (2004). Educação Ambiental Crítica. En: PHILIPPE P. L. (coord.). *Identidades da educação ambiental brasileira*. Ministério do Meio Ambiente. Diretoria de Educação Ambiental. Brasília: Ministério do Meio Ambiente. 156 p.; 2004.

desenvolvimento da pessoa e ao preparo para exercer a cidadania e a qualificação profissional. E, no artigo 225, CF/88, o meio ambiente ganhou importância de norma constitucional, na qualidade de bem essencial à sadia qualidade de vida, para os presentes e, também, para as futuras gerações. E dispõe que é direito do povo ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e que a sua preservação é dever do poder público e da coletividade. Ou seja, após a referida legislação, entendemos que a Educação Ambiental, bem como a sustentabilidade são deveres e não opção do Estado, o qual deve dar exemplo para viabilizar o ambiente sustentável na gestão pública e na política de seus atos.

Na política nacional de educação ambiental, em seu artigo 1º da Lei nº 9.795/99, podemos entender por educação ambiental a construção dos valores sociais por intermédio do indivíduo e da coletividade, como também conhecimentos, atitudes, habilidades e competências direcionadas para a conservação do meio ambiente e a obtenção de uma qualidade de vida sadia com sustentabilidade.

Deste modo, consideramos a educação ambiental como uma ferramenta para obtenção dos Direitos Humanos; segundo Urquiza (2014)²³, a educação, em especial nas questões ambientais e humanas, deve ser realizada de modo compartilhado e em contínuas capacitações, pois o conhecimento é um direito e um bem de todos, afastando-se a antiga pedagogia centrada na escola. Na contemporaneidade, segundo Edgar Morin (1999)²⁴, a sociedade se tornou complexa, exigindo-se, entre diversos saberes, conhecimentos interdisciplinares que valorizem a vida, o ambiente, a cultura, a ciência, as diferenças etc., sendo a mesma um direito fundamental e humano, que deve estar sempre presente no processo educativo, visando a obter nas escolas a cidadania.

De acordo com Sheila Pinno Oliveira, a sociedade e o poder estatal vêm aumentando a preocupação com a proteção do meio ambiente considerado fundamental e esta proteção pode ser vista como um meio para se obter a efetivação dos direitos humanos (2012)²⁵. A ocorrência de danos ambientais viola outros direitos

23. Urquiza, A. H. A. *Formação de educadores em Direitos Humanos*. Campus: Ed. UFMS, 2014.

24. Morin, E. *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Medellín-Colômbia: UNESCO, 1999.

25. Scheila Pinno Oliveira. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 12(23): 79-89, jul./dez. 2012.

também considerados fundamentais, como o direito à vida, ao bem-estar, à saúde, que são, assim como a preservação do meio ambiente, reconhecidos internacionalmente. A relevância e atualidade da temática são consequência da importância que tem este tema em todo o mundo; ao mesmo tempo, pelo descaso, a todo momento, verificamos queimadas, contaminação dos cursos de água, poluição atmosférica, devastação das florestas, caça indiscriminada, entre outras formas de agressão ao meio ambiente, o que nos leva a ter uma vida cada vez com menos qualidade. Com a continuidade de práticas de desrespeito e negligência para com o meio, a tentativa de proteção tornar-se-á ineficaz diante dos atos de irresponsabilidade. Assim, a tentativa de um meio ambiente equilibrado e protegido, com o objetivo também de recuperação, preservação e melhorias do bem ambiental, é fundamental. Conforme Oliveira, a conscientização dessa proteção/cuidado tem como ferramenta a educação ambiental na sociedade, sendo ela formal ou informal (2012)²⁶.

Os chamados direitos humanos fundamentais de terceira geração são dirigidos à coletividade, a grupos humanos, e não ao indivíduo em si, como o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, ao meio ambiente equilibrado, entre outros; no entanto, o direito a um ambiente equilibrado representa o grande desafio do século XXI. Por serem direitos dirigidos à proteção da coletividade, a preservação da integridade do meio ambiente, consideramos direitos humanos, por ser o anseio da sociedade por uma vida com qualidade na contemporaneidade.

Conforme expõe Urquiza, a nova concepção de uma educação com capacitação permanente concebe que devemos compartilhar o conhecimento, e que não está voltada somente para o ente capacitador que detém o conhecimento; devemos ter a consciência do compartilhamento, no qual essa perspectiva contemporânea chamada de interdisciplinar valoriza os conhecimentos adquiridos na informalidade, nos debates, nos fóruns etc. Assim, as ações práticas do cotidiano devem ser compartilhadas e precisam ser valorizadas. (2014)²⁷

Os dispositivos legais e argumentos discutidos atualmente subsidiam e esclarecem que a Educação em geral, e especificamente a de Educação de Direitos Humanos e a Cidadania, devem andar

26. Idem a nota anterior.

27. Idem a nota de número 24.

juntas, na busca do respeito aos direitos humanos fundamentais e à paz social.

Na prática interdisciplinar, que integra a área de direitos humanos e educação, deve acontecer a integração entre professores, escolas, Municípios, ou qualquer interessado nestes temas, com o entendimento de que a Educação Ambiental auxilia no desenvolvimento da pessoa humana para efetivação do exercício da cidadania.

Evidenciamos, portanto, que a Educação Ambiental, além de sua característica de transversalidade, é uma exigência e uma necessidade imperiosa para todos; não podendo ficar separada dos debates quanto às questões do desenvolvimento sustentável, da ecologia e dos Direitos Humanos, entre outras (Carvalho et al, 2008).²⁸

Sarlet declara que:

A nota distintiva destes direitos de 3ª geração reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada a sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. (2009, pp. 48/49)

Com isso, podemos constatar que a educação ambiental é uma forma de promover uma cultura de prevenção à degradação ambiental, para que a sociedade tenha consciência da atual realidade e possa refletir sobre as relações dos indivíduos com o meio ambiente, sendo uma temática interdisciplinar necessária para obtermos um ambiente sustentável.

6. O DESAFIO DA SUSTENTABILIDADE

A sustentabilidade corresponde a um conceito que está associado à compreensão de que o mundo não é tão grande e ilimitado como pensávamos. Mayor Zaragoza *apud* Gil Pérez & Vilches (2011)²⁹ explica que a preocupação, surgida recentemente, pela preservação de nosso planeta, é indício de uma autêntica revolução das

28. Carvalho, I. C. D. M., Grün, M., & Trajber, R. (2008). *Pensar o ambiente: bases filosóficas para a educação ambiental*. Brasília, DF: Ministério da Educação e Cultura.

29. Gil Pérez, D. & Vilches, A. Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias, vol. 10, nº 3, 394-419, 2011.

mentalidades que apareceu em apenas uma ou duas gerações; esta metamorfose cultural, científica e social rompe com uma antiga tradição de indiferença, para não dizer de hostilidade e desrespeito. Não se trata, pois, de “resgatar” o perdido, de voltar atrás, mas de seguir avançando, para superação dos persistentes obstáculos.

Los seres humanos estamos alterando la Tierra de forma sustancial y creciente. Entre un tercio y la mitad de la superficie terrestre ha sido transformada por la acción humana; la concentración de dióxido de carbono en la atmósfera se ha incrementado en cerca de un 30% desde el comienzo de la Revolución Industrial; la humanidad ha fijado más nitrógeno atmosférico que el conjunto de todas las fuentes naturales terrestres; más de la mitad de toda el agua dulce accesible está siendo utilizada por la humanidad (...). Nada ilustra más claramente hasta qué punto los seres humanos dominamos la Tierra que el hecho de que mantener la diversidad de las especies “silvestres” y el funcionamiento de los ecosistemas “naturales” exigirá una creciente implicación de la humanidad. (Vituosek et al. *apud* Gil Pérez & Vilches, 2011).³⁰

Estamos diante do fenômeno Antropoceno³¹. Como podemos perceber, a sustentabilidade se tornou uma necessidade em virtude da inviabilidade de vivermos em um ambiente que não suporta o ritmo atual de consumo e degradação. Hoje todos buscam entender a sustentabilidade como único caminho capaz de permitir a continuidade e renovação do meio ambiente. Assim, a sustentabilidade não pode ser vista apenas como um conceito bonito, pois ela já passou a ser uma questão de sobrevivência humana, sendo um desafio central do século XXI diante da má utilização dos recursos naturais. Deste modo, todos necessitam reverter sua cultura e comportamento e ir em direção à sustentabilidade porque a humanidade está vivendo um conflito insustentável.

30. Idem a Nota anterior.

31. Nome proposto de forma oficial à *International Commission on Stratigraphy* (ICS) em um artigo publicado na revista *GSA Today* (*Geological Society of America*) por geólogos britânicos que argumentaram que o Holoceno chegou ao fim, dando entrada a este outro período do tempo geológico, consequência dos efeitos da atividade humana sobre o meio ambiente global. (Zalasiewicz et al. *apud* Gil Pérez & Vilches A., 2011). A transição teria ocorrido devido a interferência intensa e irreversível da humanidade na natureza.

A sustentabilidade do ecossistema consiste em adequar o respeito ao meio ambiente e às necessidades do desenvolvimento. Um dos grandes objetivos do PNUD (Plano Nacional das Nações Unidas para o Desenvolvimento) é exatamente garantir a sustentabilidade ambiental posto que, segundo as informações desta instituição, um bilhão de pessoas no planeta ainda não tem acesso à água potável, muito menos ao saneamento básico, dois fatores que são preponderantes para a qualidade de vida da população e fundamentais para se atingir a sustentabilidade. Um crescimento econômico e social deve ser obtido considerando e respeitando o patrimônio natural das nações, sem, no entanto, perturbar os equilíbrios ecológicos. O contexto sustentável visa ao desenvolvimento, ao preocupar-se com a geração de riquezas, e com uma distribuição adequada para melhorar a qualidade de vida da população e conseqüentemente a qualidade ambiental do planeta.

De acordo com Hart *apud* Coral, para alcançar a sustentabilidade, os maiores desafios dos setores público e privado é tentar resolver problemas como a poluição, a escassez de recursos naturais e a miséria no mundo. (2002).³² Parece utópico, mas um dos primeiros passos do mundo para traçar o caminho da sustentabilidade foi dado, e um dos mais importantes, que foi a ECO 92, realizada no Rio de Janeiro, que teve um protocolo de intenções, e como resultado a Agenda 21, que faz constar, além da erradicação da miséria, a formulação de que os países mais ricos e poluidores deveriam assumir a responsabilidade pela poluição, pois a população dos países industrializados soma cerca de 1,2 bilhões de pessoas, sendo responsável pela maioria da poluição e recursos do planeta (Mcdevitt, *apud* Coral, 2002), e a degradação ambiental, criada pela atividade humana, é uma função de três fatores, a saber: o tamanho da população, o grau de consumo e a tecnologia e, ainda, o setor produtivo mundial, o maior consumidor dos recursos naturais e o maior responsável pela poluição. Todos, empresas, governos etc. são, portanto, afetados pela busca por um desenvolvimento sustentável, sendo tal desenvolvimento um objetivo importante nas políticas públicas de governos e nas estratégias das organizações, porém não priorizados.

32. Coral, E. *Modelo de Planejamento Estratégico para a Sustentabilidade Empresarial*. Tese do Programa de Pós-Graduação da UFSC, 2002.

Tendo como base o posicionamento de Coral (2002)³³, para se atingir a sustentabilidade deve-se estabilizar a população mundial, reduzir o consumo, desenvolver novas tecnologias que modifiquem a maneira atual de produzir riquezas. Pois os estudos mostram que, até 2025, a cada três pessoas, duas viverão em cidades (Hart *apud* Coral, 2002)³⁴, e 90% dos agrotóxicos utilizados na agricultura ficam no solo, e vão parar nos rios e lagos (Mangretai *apud* Coral, 2002).³⁵

Como vemos, as questões sociais e ambientais passam a ser evidenciadas no conceito de sustentabilidade, e as intensas crises nos planos econômicos, políticos, dos valores e da cultura, fazem repensar a preocupação da sociedade com a degradação ambiental, como também exigir das empresas diretamente responsáveis por essa crise ambiental e social, que consigam o seu crescimento, mas mantendo um equilíbrio entre o setor produtivo e a exploração ambiental.

Tais preocupações com o meio ambiente decorrem de um legítimo medo da extinção do ser humano, e refletir sobre a possibilidade do direito a manutenção da vida é, deste modo, construir uma nova economia com novas práticas de respeito ao meio ambiente, infraestrutura ambiental, além de tecnologias limpas, empregos verdes, conscientização, sensibilização e educação ambiental, seguindo as novas diretrizes da ONU.

Nesse viés, consideramos que o meio ambiente é um fator importante para o desenvolvimento sustentável, sendo um bem de utilização pelo homem e essencial a uma sadia qualidade de vida, tendo todos o dever de protegê-lo e preservá-lo.

Conforme Édis Milaré (2005)³⁶, de fato é fundamental o envolvimento do cidadão no equacionamento e na implementação da política ambiental, dado que o sucesso desta supõe que todas as categorias da população e todas as forças sociais, conscientes de suas responsabilidades, contribuam para a proteção e melhoria do ambiente, o qual, afinal, é bem e direito de todos.

No entanto, para almejarmos a sustentabilidade necessitamos de um equilíbrio, saindo da insustentabilidade para solidariedade, construindo novos valores e comportamentos com a natureza, que

33. Idem a nota anterior.

34. Idem a nota 34.

35. Idem a nota anterior.

36. Milaré, E. "Meio Ambiente os Direitos de Personalidade". *Revista de Direito Ambiental*, vol. 37, janeiro, 2005.

pressupõe uma série de ensinamentos complexos a exigir uma transformação nos aspectos produtivos e sociais e econômicos.

O processo sustentável é um desafio constante e, nesse sentido, consideramos que a ligação da sustentabilidade com a preservação ambiental, além do respeito à natureza, está intimamente ligada à cultura e à educação ambiental, de modo que ter uma vida sustentável no século XXI significa estar em paz consigo mesmo, com a sociedade e com o meio ambiente em que se vive, sendo o reflexo do que deixaremos para as nossas futuras gerações.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para obtermos a construção de um mundo melhor e com a redução de desigualdades, devemos resgatar valores que o ser humano tem desprezado nos últimos anos, fundamentais nas relações internacionais do século XXI, como: respeito à natureza, igualdade, liberdade, solidariedade, tolerância e responsabilidade pela gestão do desenvolvimento econômico e social.

Estamos de acordo com Norberto Bobbio, para quem a terceira geração dos direitos tem um enfoque com base em estratégias de prevenção, adaptação e cooperação internacional entre as nações. Os grandes problemas ambientais do mundo atual são globais e como tais exigem soluções universais marcadas não só pela solidariedade dos ricos para com os pobres do sistema mundial, senão também pela solidariedade das gerações presentes para com as gerações futuras.

Já faz mais de vinte anos que tivemos por exemplo, no Brasil, uma decisão do STF (Supremo Tribunal Federal), sendo relator o Ministro Celso Mello (1995), afirmando que o direito à integridade do meio ambiente é típico de terceira geração, e é refletido dentro do processo dos Direitos Humanos.

Enquanto, os direitos de primeira geração realçam o princípio da liberdade, os direitos de segunda geração direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos de terceira geração consagram o princípio da solidariedade, que constitui um momento no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimentos dos Direitos Humanos. Como vemos, a doutrina, com apoio da jurisprudência e legislação, reconhece que o meio ambiente deve ser tutelado de forma a não se tornar inapto à vida. Aliás, é de preocupação geral que o meio ambiente seja amplamente protegido, a fim de que o coletivo seja beneficiado.

Num mundo de abundância e de desigualdades crescentes, a pobreza é não só um propiciador de violações dos Direitos Humanos, mas é, ela própria, uma violação desses direitos. Nesse sentido, era consenso que a agenda pós-2015³⁷ deveria ser centrada nas pessoas, nas suas aspirações e nos seus direitos reconhecidos internacionalmente.

Assim, destacamos o direito de obter um ambiente equilibrado, que é a base para um desenvolvimento sustentável, o qual nos dias de hoje é um tema discutido como um direito fundamental importante, ganhando extrema relevância nos últimos tempos e passando a ser tratado pela comunidade internacional como prioritário para obtermos uma postura voltada à preservação do meio ambiente e assegurar uma qualidade de vida melhor para as futuras gerações.

A limitação dos recursos ambientais que vem na contramão da ganância e do descaso, diante da revolução dos meios de produção e progressos tecnológicos agregados à degradação do meio ambiente, torna necessária a busca por uma vida mais digna e pela eliminação da pobreza e da fome, o que exige um processo de transformação e harmonização da exploração de recursos, primando por um crescimento econômico racional e eficiente, baseado em novos parâmetros econômicos, culturais e de valores em todo mundo, criando fontes alternativas para se atingir um novo desenvolvimento, tendo a consciência de que não se deve esgotar os recursos naturais. Estamos falando da condução a um novo tipo de desenvolvimento, que leve à obtenção de um desenvolvimento sustentável tendo como base não só a parte econômica, mas a ambiental, a social e a cultural.

REFERÊNCIAS

Antunes, P. de B. "Existe um Direito Ambiental?". *Revista da Procuradoria-Geral da República*, nº 3, abr/mai/jun, 1993.

Barros, S. de T. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. (2ª ed.) Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

Barroso, L. R. "A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira". *Revista Forense*. v. 317, ano 88. Forense: Rio de Janeiro, jan/mar, 1992.

37. Disponível em www.unesco.org/new/pt/brasil/post-2015-development-agenda. Acesso em 14.04.2018.

Bobbio, N. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Bosselmann, K. "Human rights and the environment: the search for common ground". *Revista de Direito Ambiental*. nº 23, ano 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set., 2001.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Edição Administrativa: Senado Federal, 2012.

Cançado Trindade, A. A. (editor). *Derechos humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente / Human Rights, Sustainable Development and the Environment / Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente*. (Seminário de Brasília de 1992). Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Interamericano de Desarrollo (BID). San José de Costa Rica / Brasília, Brasil, 1992.

Canotilho, J. J. G. *Direito Constitucional*. 6ª ed., rev., Coimbra: Almedina, 1993.

Carvalho, C. O. "Meio Ambiente e Direito Ambiental: algumas questões teóricas". *Informativo Jurídico Consulex*. v. 16, nº 2, 14 jan., 2002.

Castro, C. A. de S. "O Direito Ambiental e o novo humanismo ecológico". *Revista Forense*. v. 317, ano 88. Rio de Janeiro: Forense, jan-mar., 1992.

Caúla, Bleine Queiroz. *A laguna entre o Direito e a Gestão do ambiente: os 20 anos das Agenda 21 locais*. Fortaleza: Premium, 2013.

Coral, E. *Modelo de Planejamento Estratégico para a Sustentabilidade Empresarial*. Tese do Programa de Pós-Graduação da UFSC, 2002.

Flick, U. *Introdução à metodologia de pesquisa*. Porto Alegre: Penso, 2013.

Furtado, F.A.M. "Direitos Humanos, Ética Ambiental e o Conflito entre os Direitos Fundamentais". Brasília, Ano 11, Edição Especial, pp. 50-110, set., 2003.

Gil Pérez, D. & Vilches, A. *Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias*, vol. 10, nº 3, 394-419, 2011.

Milaré, E. "Meio Ambiente os Direitos de Personalidade". *Revista de Direito Ambiental*, Vol.37, janeiro, 2005.

Naess, A. *Ecologia Profunda e estilo de vida*. In Terra Maior, 1992.

Pepper, D. *Ambientalismo Moderno*. Coleção perspectiva ecológica nº 29. Tradução: Carla Lopes Silva Correia. Rio de Janeiro: Instituto Piaget, 1996.

Scheila Pinno Oliveira. *Cadernos de Direito, Piracicaba*, v. 12(23): 79-89, jul./dez., 2012.

Urquiza, A. H. A. Formação de educadores em Direitos Humanos. Campus: Ed. UFMS, 2014.

Vieira de Melo, R. A. "A busca da efetividade de direitos humanos: uma análise dos objetivos do milênio da cidade Aquiraz (Ceará, Brasil)". *Revista de Estudos Brasileiros*, volume 3, número 5, 2º semestre, 2016.

Zimmerman, M. E., Callicott, J. B., Sessions, G., Warren, K. J., & Clark, J. (1993). *Environmental Philosophy. From Animal Rights to Radical Ecology*, 3, 1993.



A CARTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: UM OLHAR ESPECIAL SOBRE O PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Membro e atual Presidente do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU em Genebra; Membro da Junta Diretiva do Instituto Interamericano de Direitos Humanos de San José da Costa Rica; Ph.D. em Direito Internacional e Relações Internacionais; Professor Titular da FAJS/UniCEUB e do Mestrado em Ciência Política do UniEURO em Brasília

Muito nos honra participar do VII Curso Brasileiro Interdisciplinar de Direitos Humanos. Desta feita, acertadamente dedicado à temática dos direitos econômicos, sociais e culturais. Iluminado por esse marcante evento, nossa contribuição apresenta um documento épico do direito internacional a fim de nele se afirmar a dignidade da pessoa humana: a Carta Internacional de Direitos Humanos. Esta será homenageada a partir de uma leitura especial do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Estes conformam uma gama de documentos e fontes internacionais que em seu conjunto consubstanciam uma ode à afirmação dos indivíduos perante os Estados, protegendo aqueles das arbitrariedades destes.

1. A CARTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

A Carta Internacional de Direitos Humanos é um conjunto de documentos conformado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) e por seus protocolos adicionais.

Em 1945, o mundo estava claramente dividido em duas correntes político-ideológicas que direcionavam o sistema internacional a girar em torno de uma natureza bipolar, comandada pelos EUA, por um lado; e pela URSS, por outro. Os EUA guiavam os países capitalistas ocidentais, defendendo a democracia liberal como o único regime político capaz de promover o respeito às liberdades e

direitos fundamentais, e o pleno desenvolvimento dos indivíduos, tanto do ponto de vista econômico quanto político. A URSS comandava o bloco socialista que tinha, na democracia social ou real,¹ a chave para a eliminação das desigualdades sociais e o meio para o estabelecimento da paz universal, já que países socialistas não disputariam guerras entre si.²

O informe da Comissão Preparatória das Nações Unidas de 1945 foi que recomendou originariamente a criação de uma comissão de direitos humanos, para redigir uma declaração internacional de direitos. A conclusão deste documento, a quarta e última etapa na obra de criação da ONU, teve, como nas três etapas anteriores: 1) aprovação das propostas do Plano de Dumbarton Oaks (adotadas em 1944) completadas por decisões tomadas na Conferência de Yalta (fevereiro de 1945); 2) firma da Carta das Nações Unidas em San Francisco, que cria a ONU e institui a Comissão Preparatória (26 de junho de 1945); e 3) reuniões de Londres (a partir de 16 de agosto de 1945) patrocinadas pelo Comitê Executivo dessa Comissão, encarregada de elaborar o informe.³

O documento da Comissão Preparatória relativo ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC) estabelecia, em seu capítulo III, Seção 4, parágrafos 14 e 16, a criação da Comissão de Direitos Humanos, cujas atividades deveriam estar orientadas para uma declaração internacional de direitos humanos.

Foi na Primeira Sessão do Conselho Econômico e Social que se criou, por meio da resolução 5(I) de 16 de fevereiro de 1946, a Comissão Nuclear de Direitos Humanos, a qual foi formada por nove membros designados com base em sua capacidade pessoal.⁴

1. Com relação à discussão a respeito de “democracia e socialismo”, ler o verbete *Democracia*. In: BOBBIO et alii. *Dicionário de Política*. Brasília: Edunb, 1992. pp. 324-325.

2. Sobre a temática tratada neste parágrafo, ler WIGHT, Martin. *A política do poder*. Brasília: Edunb, 1985. pp. 175-192.

3. QUINTANA, Fernando. *La ONU y la exégesis de los derechos humanos (una discusión teórica de la noción)*. Porto Alegre: UNIGRANRIO 1999, p.69.

4. Seus membros originários eram Paal Berg (Noruega), René Casin (França), Fernand Dehousse (Bélgica), Victor Raúl Haya de la Torre (Peru), K.C.Neogi (Índia), Sra. Roosevelt (EUA), Jhon C.H. Wu (China), e também por pessoas que os membros do ECOSOC, representando URSS e Iugoslávia, designariam ao Secretário Geral da ONU. Posteriormente, C. L. Hsia substitui a C. H. Wu, como representante de China; e D. Brkish e A. Borisov representam a Iugoslávia e URSS, respectivamente.

Depois de diferentes argumentações e opiniões políticas acerca do tema, a Comissão de Direitos Humanos se reuniu pela primeira vez, entre os dias 27 de janeiro e 10 de fevereiro de 1947, em Lake Success. Nessa sessão, lhe foi encomendada, com a ajuda do Secretariado das Nações Unidas, a elaboração de um projeto preliminar da Declaração Internacional de Direitos Humanos, a ser submetido à discussão e aprovação de todos os integrantes da Comissão na Sessão seguinte, de dezembro de 1947. Por não haver sido adotada uma devida repartição geográfica na eleição dos membros do Grupo de Redação, essa decisão foi alvo de críticas por parte do ECOSOC, e o procedimento para a elaboração do projeto foi modificado, de acordo com a Resolução 46(IV) do ECOSOC, de 28 de março de 1947.

Um novo Comitê, com base em uma repartição geográfica mais equitativa, foi nomeado e se reuniu em Lake Success, de 11 de junho a 5 de julho de 1947, dando início aos trabalhos de redação. O Comitê adotou um anteprojeto de declaração de direitos preparado pelo Secretariado da ONU (Divisão de Direitos Humanos da Secretaria Geral, presidida pelo jurista canadense John P. Humphrey), composto de um preâmbulo e 48 artigos.⁵

Segundo integrantes da Divisão de Direitos Humanos, a principal virtude do documento consistia na tentativa de “dar uma resposta positiva à interrogação de saber se era ou não possível chegar-se a um acordo sobre uma norma universal em matéria de direitos humanos.”⁶

Uma longa e controversa discussão cercava a atmosfera da CDH e do Comitê de Redação. Jurisconsultos internacionais e cientistas sociais ampliavam o leque de discussões, baseados em diferentes pensamentos ideológicos que se assentavam no cenário mundial, a suscitarem indagações e questionamentos acerca da liberdade do indivíduo perante as forças da coletividade, dos juízos de valor na sociedade industrial, do fundamento jusnaturalista dos direitos consagrados, da inclusão dos direitos econômicos e sociais na futura declaração de direitos, e até das relações entre direitos individuais e

5. O documento continha quase todos os direitos mencionados em diversas constituições nacionais e outros dispositivos presentes no texto de declaração internacional em poder do Secretariado.

6. QUINTANA, Fernando. *La ONU y la exégesis de los derechos humanos (una discusión teórica de la noción)*. Porto Alegre: UNIGRANRIO 1999, p. 76.

sociais, além de suas diferenças na implementação de cada categoria de direito.⁷

O trabalho de redação da futura Declaração não se interrompia. A partir de um primeiro documento elaborado por René Cassin e outros membros do Comitê, composto por um preâmbulo e 43 artigos, o Comitê de Redação submeteu à Segunda Sessão da Comissão de Direitos Humanos dois anteprojetos, para que fossem discutidos e passados para uma versão final.

Durante a Segunda Sessão da Comissão de Direitos Humanos⁸, ficou decidido⁹ denominar o primeiro documento *Declaração*, o segundo documento *Pacto* e o conjunto *Carta*, isto é: a expressão Carta Internacional de Direitos Humanos seria dirigida à totalidade dos três documentos em preparação. Criaram-se três grupos de trabalho para o exame em separado dos documentos e, a partir dos informes desses grupos, a Comissão de Direitos Humanos elaborou dois textos, um para a declaração e outro para o pacto, que foram enviados aos governos para as devidas observações e sugestões.

Os dois documentos, a Declaração e o Pacto, com as devidas propostas dos governos, foram, então, revisados na Segunda Sessão do Comitê de Redação.¹⁰ A metodologia utilizada foi a da apreciação inicial do Pacto, seguida da análise dos dois outros documentos que comporiam a Carta Internacional. Tal processo não contou com o apoio dos representantes da URSS e do Líbano, que gostariam de ter examinado primeiramente a Declaração, ou seja, começar pelos princípios fundamentais, para depois, então, efetuar o estudo do Pacto e das medidas de aplicação.¹¹

Durante a Terceira Sessão da Comissão de Direitos Humanos, realizada em Lake Success, de 24 de maio a 18 de junho de 1948, revisou-se apenas o projeto de Declaração, tomando em conta as emendas propostas pelos diferentes representantes, não havendo tempo hábil para a apreciação do Pacto e das medidas de aplicação. A

7. Esta discussão e análise histórica vem aprofundada em Antônio A. Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Fabris, 1997, pp. 35-37.

8. Acontecida em Genebra, de 12 a 17 de dezembro de 1947.

9. Decidido a partir de uma proposta sírio-libanesa.

10. Realizada em Lake Success, de 3 a 21 de maio de 1948.

11. A eleição interna no Comitê de Redação para a utilização da metodologia assinalada no texto deu-se por 5 votos a favor, 1 contra e 2 abstenções.

CIDH informou em seu informe¹² ao ECOSOC que a Comissão não havia concluído integralmente a sua obrigação, ou seja, faltava-lhe incluir o Pacto e as medidas de execução e/ou aplicação, propondo que essa tarefa deveria ser finalizada na Quarta Sessão da Comissão, em 1949.

O ECOSOC enviou o projeto de declaração à Assembléia Geral, que incumbiu a sua Terceira Comissão, encarregada de assuntos sociais, humanitários e culturais (III CAG), de analisá-lo e formular propostas. A III CAG concluiu pelo estudo apenas da Declaração, entendendo que não estava em condições de fazer um exame mais profundo dos outros dois documentos. Ademais, aprovou a iniciativa do representante do Haiti (E. Saint-Lot), que estabeleceu o caráter universal do documento, bem como a emenda da França, que trocava a palavra *internacional* pelo termo *universal*.

Assim, em 10 de dezembro de 1948, em sua Terceira Sessão Ordinária, a Assembléia Geral da ONU, reunida em Paris (Palais de Chaillot), por meio de sua Resolução 217 A (III), adotou a Declaração Universal de Direitos Humanos, que obteve 48 votos favoráveis, 8 abstenções e nenhum voto contrário.¹³ A Declaração Universal legitimava a preocupação da sociedade internacional com a promoção e a proteção dos direitos humanos, condenando as violações maciças e persistentes, inclusive em conflitos armados, e elegendando a eliminação da pobreza extrema e da exclusão social prioridades internacionais. Portanto, tendo contraído essas obrigações perante a comunidade internacional, os Estados não poderiam, como tampouco podem atualmente, alegar que a matéria é de exclusiva jurisdição doméstica.¹⁴

A partir da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, todos os países do mundo,

12. O Relator era o representante do Líbano, Sr. Malik.

13. Votaram a favor: Birmânia, Canadá, Chile, China, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, República Dominicana, Equador, Egito, El Salvador, Etiópia, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Islândia, Israel, Índia, Irã, Iraque, Líbano, Luxemburgo, México, Países Baixos, Nova Zelândia, Nicarágua, Noruega, Paquistão, Panamá, Paraguai, Peru, Filipinas, Suécia, Síria, Tailândia, Turquia, Uruguai, Reino Unido, Estados Unidos da América, Venezuela, Afeganistão, Argentina, Austrália, Bolívia, Bélgica e Brasil.

Abstencões: Bielo-Rússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, África do Sul, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e Iugoslávia.

14. RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança Internacional e Direitos Humanos – a prática da intervenção humanitária no pós-guerra fria*. RJ/SP: Renovar, 2000, p. 70.

inclusive aqueles que não atravessaram o largo processo histórico de formação do Estado liberal e democrático moderno, dispõem de um código internacional para decidir como se comportar e como julgar os demais. É um código que não só se aplica no âmbito universal, mas encerra também preceitos que têm valor em áreas anteriormente não tomadas em conta nas Constituições dos Estados ocidentais.¹⁵ Diferentemente de outras épocas, na atualidade as normas internacionais proíbem qualquer “trato desumano ou degradante”. Houve um tempo no qual a denúncia limitava-se a citar determinados governos, que descuidavam dos interesses da população; hoje, pode-se acusá-los de violar as normas internacionais, que preveem, por exemplo, o direito à alimentação, o direito a uma moradia digna, o direito ao meio ambiente sadio etc.¹⁶ Também, como consequência, no nosso do século XXI impera o princípio de afirmação da dignidade humana.

Após a Carta de San Francisco¹⁷ e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, todas as Constituições nacionais proclamadas tiveram, com maior ou menor intensidade, o impacto de suas influências. Ademais, as Organizações Internacionais regionais - tais como o Conselho da Europa, a Organização dos Estados Americanos e a União Africana - existem em coordenação absoluta com a ONU e a DUDH. Portanto, os Direitos Humanos estão necessariamente na órbita de todos esses entes de Direito Internacional Público.

Nota-se, assim, a existência de um verdadeiro regime universal de direitos humanos, cuja importância assenta-se na consolidação desse corpo extensivo de normas e de órgãos internacionais globalmente aceitos. Estes, independentemente de qualquer mecanismo de

15. ALBUQUERQUE MELLO, C. D. de. *Curso de Direito Internacional Público*. RJ/SP: Renovar, 2000. (“A Declaração Universal dos Direitos Humanos não possui qualquer valor de obrigatoriedade para os Estados. Ela não é um tratado, mas uma simples declaração, como indica o seu nome. O seu valor é meramente moral. Ela indica as diretrizes a serem seguidas neste assunto pelos Estados. (...) De qualquer modo pode-se afirmar que atualmente há uma espécie de consenso em considerá-la um sistema internacional e, portanto, obrigatória.” p. 823).

16. CASSESE, Antônio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel, 1993. pp. 7-57.

17. Tratado internacional que deu origem a Organização das Nações Unidas (ONU). Em vigência desde 24/10/1945.

supervisão, contribuíram para empoderar os defensores de direitos humanos¹⁸ e restringir determinadas ações de governos.

Em 10 de dezembro de 2015, a ONU lança uma campanha anual para comemorar o 50º aniversário dos dois pactos internacionais de direitos humanos: o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Ambos foram adotados pela AGNU em 16 de dezembro de 1966 (Resolução 2200 A XXI), entrando em vigência em 1976.¹⁹ Ao PIDCP se agregaram um Protocolo Facultativo sobre Comunicações Individuais ainda em 1966 e um Protocolo destinado a abolir a pena de morte em 1988.²⁰ Em 05 de maio de 2013, entra em vigência o Protocolo Facultativo ao PIDESC sobre Comunicações Individuais. Esse conjunto de convenções internacionais, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforma a Carta Internacional dos Direitos Humanos.

As normas do PIDESC dispõem sobre: direito à igualdade entre homens e mulheres; direito ao trabalho; liberdade para escolher e aceder ao trabalho; direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho; direito a fundar e se afiliar a sindicatos; direito à seguridade social; direito à proteção e a assistência à família; direito a um nível de vida adequado; direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental; direito à educação; e direito a tomar parte na vida cultural e ao gozo dos benefícios do progresso científico. Estes, à luz dos princípios da livre determinação, da igualdade e da não discriminação.

Já o PIDCP garante direitos como: livre determinação; liberdade sem discriminação; vida; não submissão a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes; não submissão a escravidão; liberdade e segurança individuais; livre circulação e residência; devido processo; reconhecimento da personalidade jurídica; direito à privacidade; liberdade de expressão; direito à igualdade ante a lei etc.

18. Sugestão de leitura: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *El rol de la sociedad civil organizada para el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos en el siglo XXI: un enfoque especial sobre los DESC*. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica: IIDH, 2010, n° 51, pp. 249-271.

19. O PIDESC e o PIDCP entraram em vigência em 3 de janeiro e 23 de março, respectivamente, após conseguirem as ratificações necessárias.

20. Aprovado pela AGNU mediante Resolução 44/128, de 15 de dezembro de 1989. Entrou em vigência em 11 de julho de 1991.

Os Pactos também identificam as três responsabilidades que recaem sobre os Estados para a proteção dos direitos neles contidos: 1) respeitar: os Estados devem abster-se de interferir direta ou indiretamente nesses direitos; 2) proteger: os Estados devem tomar medidas para assegurar que outros, como os empresários, grupos políticos e/ou qualquer pessoa possa interferir nesses direitos; e, 3) desfrutar: os Estados devem tomar medidas para a realização desses direitos.

Ambos os Pactos são juridicamente vinculantes para seus Estados Partes. Cada um deles é supervisionado por um comitê de especialistas independentes, que avaliam seus progressos, revisando seus informes periódicos. Após o diálogo interativo com os Estados Partes, os Comitês publicam suas observações conclusivas. Estas são capazes de promoverem mudanças nas legislações nacionais, nas políticas públicas e nas práticas locais em prol da afirmação da dignidade humana. Os comitês também recebem denúncias individuais dos cidadãos dos Estados que, além dos Pactos, igualmente ratificaram seus Protocolos, avaliando se estes devem remediar alguma situação quando direitos são violados ou caso contrário, justificando as ações dos Estados Partes quando os direitos não são violados.

Senão ainda, os Comitês preparam observações gerais que são uma análise interpretativa do conteúdo normativo dos distintos artigos de ambos os Pactos. Estas auxiliam os Estados Partes, os tribunais e a comunidade em geral a entender o alcance e o significado de cada um dos artigos dispostos nos Pactos; das liberdades e direitos que cada um pode desfrutar.

A partir da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948 no seio da ONU, todos os países do mundo dispõem de um código internacional para decidirem como se comportarem e como julgarem os demais. É um código que não só se aplica no âmbito universal, mas encerra também preceitos que têm valor em áreas anteriormente não tomadas em conta pelas Constituições. Com a consolidação da Carta Internacional dos Direitos Humanos esse código se materializa em direitos humanos fundamentais.

Os direitos humanos são complementares, indivisíveis e universais: pela simples existência do ser-humano, são um todo harmônico, possuem uma dependência recíproca de maneira que se complementam em si mesmos, devendo ser protegidos pelos

Estados em toda e qualquer circunstância. Em consequência, de igual maneira, os direitos civis e políticos, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais impõem aos Estados três classes de obrigações distintas: a de respeitar, a de garantir e a de satisfazer. A primeira exige dos Estados que se abstenham de ingerir-se no gozo desses direitos. A segunda exige que os Estados se oponham às violações desses direitos por terceiros. A terceira exige dos Estados a adoção de disposições legislativas, administrativas, orçamentárias, judiciais e de outra índole capaz de promover o pleno exercício desses direitos.

2. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU). Esta, mediante a resolução 423 (V) de 1950, convida os Estados e as organizações interessadas a observarem o dia 10 de dezembro de cada ano como o Dia dos Direitos Humanos. Feito consagrado desde então. O ano de 2018 marca seu septuagésimo aniversário.

A DUDH é um documento internacional memorável, reconhecida internacionalmente como integrante do direito costumeiro internacional. Sua natureza jurídica é a de uma resolução da Assembleia Geral da ONU. Senão ainda, seu peso jurídico e político, além de seu significado moral são enormes nas relações internacionais e no direito internacional. Tais resoluções, sobretudo esta em questão, conformam a consciência jurídica universal do Século XXI. É, portanto, uma fonte civilizatória.

Tal era a importância do surgimento da DUDH que naquele então dos 58 Estados membros da ONU, 48 votaram a favor, nenhum em contra, 8 se abstiveram e 2 ausentaram-se. Por isso, foi proclamada unanimemente. Destaca-se, sobretudo, que em seus trinta artigos foram incluídos os princípios de liberdade, igualdade e não discriminação (arts. 1 a 3), os direitos civis e políticos (arts. 2 ao 21) e os econômicos, sociais e culturais (arts. 22 ao 28). A indissociável inter-relação entre esses direitos queda materializada quando o artigo 28 diz que *“toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”*. Ademais, segundo seu artigo 29.2, o exercício desses direitos apenas poderá ser

limitado pela lei, “*exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática*”.²¹ Os direitos humanos são universais, indivisíveis e universais.

Seu objetivo é claro e está estampado em seu preâmbulo: o esforço por parte de cada indivíduo e cada órgão da sociedade, através do ensino e da educação, em promover o respeito aos direitos e liberdades nela contidos, adotando medidas progressivas de caráter nacional e internacional, em assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados membros quanto entre os povos dos territórios sob a sua jurisdição. Isso considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.²²

3. O PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (PIDESC)

O PIDESC foi aprovado e aberto para a assinatura, ratificação e adesão em 16 de dezembro de 1966, pela resolução 2200 A (XXI) da Assembleia Geral da ONU. Finalmente, entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976. Em 24 de abril de 2016, são 164 os Estados Partes.²³ É ele um dos pilares essenciais da Carta Internacional de Direitos Humanos.

As normas do PIDESC, a guisa de resumo, dispõem sobre: direito ao trabalho, direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, direito a fundar e se afiliar a sindicatos, direito à seguridade social, direito à proteção e a assistência à família, direito a um nível de vida adequado, direito ao mais alto nível possível de saúde

21. Artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Aprovada pela resolução 217, na 3ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da ONU, em Paris, em 10/12/1948.

22. A respeito da dignidade humana ler: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *O respeito à dignidade da pessoa humana: reflexões à luz do direito internacional dos direitos humanos* em CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto e LEAL, César Barros Leal (Coords.), *O respeito à dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: IBDH, IIDH, 2015, pp. 509-528.

23. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en. Acesso em 24/04/2016 às 10:00 horas da Brasília.

física e mental, direito à educação, e, direito à cultura e ao gozo dos benefícios do progresso científico. Estes, à luz dos princípios da livre determinação, da igualdade e da não discriminação.

O primeiro parágrafo do artigo segundo do Pacto exige que os Estados Partes comecem, de maneira imediata, a adotar medidas para garantir a todos os seus cidadãos o exercício pleno dos direitos nele garantidos. Estas deverão ser próprias ou alcançadas mediante a assistência e a cooperação internacionais. A Carta de San Francisco ou Carta da ONU (a partir da literalidade de seus artigos 1.3 e 55, incisos “a” e “c”, lidos conjuntamente com o artigo 56) consagra a interpretação extensiva de que a proteção internacional aos direitos humanos deve ser considerada como uma questão vinculada aos interesses da comunidade internacional. Portanto, em prol da proteção dos direitos humanos, a cooperação internacional constituirá uma fonte de restrições à discricionariedade estatal na temática. Inclusive, o princípio da boa fé seria suficiente para sustentar essa tese no tocante à responsabilidade estatal na esfera do direito internacional público. A restrição de qualquer um dos atuais patamares, inclusive os emanados pelo CDESC, poderia ser interpretada como uma violação a princípios basilares da proteção internacional da pessoa humana, como o princípio do devido processo, princípio da norma mais favorável e/ou o princípio *pro homine*.²⁴

Esse artigo 2.1 versa, ademais, sobre a realização progressiva dos direitos consagrados no PIDESC. Nesse sentido, a própria expressão “(...) *se compromete a adotar medidas, (...) por todos os meios apropriados, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas*” exige que todos os Estados Partes comecem a adotar medidas imediatas com o fim de conseguir, para todos, o pleno gozo dos direitos contidos no Pacto. Tais medidas incluem, mas não esgotam, as de caráter administrativo, financeiro, educacional e social.²⁵ Em consequência, os Estados Partes se obrigam juridicamente a adotar medidas legislativas, particularmente, quando as leis existentes

24. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do Século XXI* em BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, CONARE & MJ, 2010, pp. 73-74.

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

sejam claramente incompatíveis com as obrigações contraídas em virtude do PIDESC.²⁶

A expressão “(...) assegurar, progressivamente, (...), o pleno exercício dos direitos(...)” obriga a todos os Estados Partes, independentemente de seu grau de desenvolvimento ou riqueza nacional, a avançar de imediato e o mais rapidamente possível para a efetividade dos DESC.²⁷ Particularmente, as disposições não discriminatórias e a obrigação dos Estados Partes de se absterem de violar ativamente ou de anular as medidas protetoras legais ou de outros tipos com relação aos DESC exigem cumprimento imediato, sem possibilidade alguma de contra-argumentação nesse sentido. Inclusive, o CDESC afirmou que essa obrigação existe independentemente de que se produza um aumento nos recursos disponíveis. Assim sendo, todos os recursos existentes devem dedicar-se, da maneira mais eficiente possível, a tornar efetivos os direitos proclamados no PIDESC.²⁸

A obrigação de adotar medidas direcionadas para a plena efetividade dos direitos reconhecidos no PIDESC e a proibição de discriminação são obrigações de efeito imediato identificadas pelo CDESC. A existência destas oferece uma base para avaliar pretensas violações do Estado, por ação ou omissão. Dessa maneira, demonstra-se que os DESC não são puramente programáticos e, contrariamente, impõem diretamente algumas obrigações operativas. O não cumprimento destas pode ser justiciável. Assim sendo, a existência de leis ou de práticas estatais que discriminem por razões como gênero, raça, deficiência orientação sexual ou nacionalidade, impondo barreiras ao desfrute dos DESC, constituem violações às obrigações de efeito imediato. Também, a falta de políticas ativas para a realização dos direitos ou a demora em derrogar legislação ou práticas discriminatórias constituem violações dessa seara.²⁹

26. ONU. Derechos Humanos. *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto Informativo n° 16 (Rev.1)*. Campaña Mundial pro Derechos Humanos. OACNUDH: Ginebra, 1996, p. 10.

27. ONU. *Op. cit.*, p. 10.

28. ONU. *Ibidem*, p. 11.

29. COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Los Tribunales y la exigibilidad legal de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – experiencias comparadas de justiciabilidad. Serie Derechos Humanos y Estado de Derecho, n° 2. CIJ: Ginebra, 2009, p. 31.

De fato, o CDESC, em sua Observação Geral nº 1, fez questão de assinalar que o PIDESC atribui especial importância ao conceito de “realização progressiva” dos DESC e, por isso, insta aos Estados Partes incluírem em seus informes dados que permitam apreciar o progresso alcançado, dentro de prazos adequados, da aplicação efetiva desses direitos.³⁰ Segundo o Comitê, essa efetividade progressiva demanda uma reflexão acerca das dificuldades do mundo real com relação à efetividade dos DESC pelos Estados Partes. Entretanto, esta não pode perder de vista as obrigações desses Estados de procederem ao alcance desses objetivos os mais eficaz e expeditamente possíveis. Assim sendo, todas as medidas de caráter deliberadamente retroativas neste aspecto deverão ser consideradas de maneira cautelosa, sendo apenas plenamente justificadas quando se referenciarem ao máximo dos recursos disponíveis.³¹

O exercício dos direitos contidos no PIDESC deve ser livre de qualquer discriminação. Objetivamente, seu artigo 2.2 obriga aos Estados Partes a se absterem de comportamentos discriminatórios, bem como a modificarem leis e práticas que permitam a discriminação. Os Estados devem proibir tanto a particulares como a organismos públicos o exercício de práticas discriminatórias. Igualmente, os Estados Partes devem garantir procedimentos judiciais e outros métodos de recursos em casos de discriminação. Há que se notar que a enumeração de motivos capazes de ensejar a discriminação dispostos nesse segundo parágrafo, do artigo 2 do Pacto, não é exaustiva. Em consequência, deve-se eliminar a discriminação por qualquer outro motivo que prejudique o pleno gozo dos DESC (por exemplo: os Estados Partes deverão proibir a discriminação por motivos de idade, patrimônio, nível econômico ou orientação sexual).³²

Segundo os *Princípios de Limburgo*,³³ a discriminação *de facto* que resulte do gozo desigual dos direitos econômicos, sociais e

30. ONU. Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Documento HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I), de 27 de maio de 2008, p. 11, parágrafo 7.

31. Observação Geral nº 3 do CDESC. ONU. Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Documento HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I), de 27 de maio de 2008, p. 19, parágrafo 9.

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

33. Documento resultante da reunião realizada em Maastricht (Países Baixos), de 2 a 6 de junho de 1986, na qual um grupo de especialistas de direito internacional convocados pela Comissão Internacional de Juristas, a Faculdade de Direito da

culturais motivado pela falta de recursos legais, ou por outra razão, deve cessar-se com a brevidade possível. Por igual, as medidas especiais que se tomem com o único fim de assegurar a promoção adequada de certos grupos ou indivíduos que requeiram tal proteção, para lograr um tratamento igual quanto ao desfrute dos DESC, não deverão considerar-se como uma discriminação sempre que estas medidas não tenham como consequência a manutenção de uma separação de direitos para os diferentes grupos. Uma vez alcançado o objetivo fixado, estas medidas não deverão ser continuadas.³⁴

De acordo com os *Princípios de Limburgo*, o objetivo do parágrafo terceiro, do artigo 2 do PIDESC, “os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais”, é o de terminar com a dominação por parte de certos grupos econômicos não nacionais durante o período colonial. Não obstante, como regra geral, o Pacto se aplica tanto aos nacionais quanto aos não nacionais.³⁵

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

O CDESC é um órgão internacional do sistema ONU que está conformado por 18 especialistas independentes e monitora a implementação, pelos seus Estados Partes, do PIDESC. Ele foi estabelecido pelo ECOSOC, através de sua Resolução 1985/17 de 28 de maio de 1985.

Todos os Estados Partes no PIDESC estão obrigados a submeter informes regulares ao CDESC sobre a implementação desses direitos, sendo que seus primeiros informes devem ser prestados ao cabo dos dois primeiros anos da vigência do PIDESC. Depois, a cada cinco anos deverão encaminhar seus informes de acompanhamento àquele primeiro informe. O CDESC examinará cada informe e endereçará

Universidade de Limburgo (Maastricht) e o Instituto Urban Morgan para os Direitos Humanos da Universidade de Cincinnati (Ohio, EUA) reuniram-se com o propósito de considerar a natureza e o alcance das obrigações dos Estados Partes do PIDESC.

34. ONU. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Manual para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. *Serie de Capacitación Profesional nº 12 – Derechos Humanos*. ACNUDH: Ginebra, 2004, p. 134.

35. ONU. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Manual para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. *Serie de Capacitación Profesional nº 12 – Derechos Humanos*. ACNUDH: Ginebra, 2004, p. 135.

suas preocupações e recomendações aos Estados Partes na forma de “observações conclusivas”.

O CDESC se reúne em Genebra, em períodos de sessões anuais. O Comitê também adota sua interpretação das disposições do PIDESC, em forma de comentários gerais, bem como emite cartas e comunicados sobre os mais variados assuntos de importância capital para a afirmação dos DESC na seara internacional.

Até abril de 2019, o CDESC adotou 24 observações gerais. Estas auxiliam os Estados Partes e a comunidade em geral a entender o alcance e o significado de cada um dos artigos dispostos nos PIDESC, orientando os Estados, os tribunais e o público em geral acerca do alcance e significado específico dos direitos humanos: das liberdades e direitos que cada um pode desfrutar. Em seu processo de consubstanciação, as observações gerais contam com relator ou correlatores, apoio da secretaria técnica do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, diálogos com outras agências do sistema ONU especializadas no assunto, audiências públicas com parceiros da sociedade civil e entidades interessadas, debates com universidades e fundações interessadas em sua temática específica. Ademais, a última versão redigida de uma observação geral fica à disposição do público geral na página eletrônica do CDESC por um prazo razoável a fim de receber comentários e sugestões pertinentes antes da aprovação, pelo Comitê, de sua versão final.

Em sua Observação Geral adotada durante sua 57^a sessão, realizada entre 22 de fevereiro a 04 de março de 2016, o Comitê interpretou o direito a condições justas e favoráveis do trabalho, conforme dispõe o artigo 7^o do Pacto. Este estabelece o direito a uma remuneração mínima do trabalho, estipulando um salário equitativo suficiente para garantir condições de existência dignas, assim como condições de trabalho equitativas e satisfatórias. No entender do Comitê, os salários devem ser equitativos e adequados para que sejam considerados justos. Um entendimento em consonância com a realidade do tema em plena comemoração dos 50 anos dos Pactos, já que na atualidade o nível salarial em muitos rincões do planeta permanece ainda baixo e a lacuna salarial por gênero é um problema persistente e global. Ademais, as pessoas devem desfrutar de condições mínimas de saúde e higiene no ambiente de trabalho, cabendo aos Estados Partes a responsabilidade em adotar políticas públicas e leis orientadas para essas finalidades. Estes também devem estabelecer um nível de

referência ou mínimo, não permitindo que as condições de trabalho de nenhuma pessoa sejam inferiores às estabelecidas para esse nível. E mais, à luz do artigo 7º, os Estados Partes devem estabelecer medidas coercitivas que garantam a aplicação desses direitos.³⁶

As Observações Gerais assumem especial relevância, na medida em que o CDESC não se furtou a opinar sobre questões centrais da exigibilidade dos DESC. Segundo esse Comitê, a natureza das obrigações dos Estados Partes para com esses direitos comporta tanto as de resultado - pois todas elas conduzem a um objetivo único (buscar progressivamente a plena efetividade desses direitos) - como as de comportamento, cujo cumprimento requer a imediatez do compromisso de adotar medidas sem estar submetido a nenhuma condição. Ademais, a obrigação de adotar medidas abarca até o máximo dos recursos disponíveis. A expressão "recursos" se refere tanto aos existentes dentro do Estado Parte, quanto aqueles disponibilizados pela cooperação internacional.³⁷

A nona observação, através do qual o CDESC precisa o conteúdo do dever dos Estados em dar efetividade ao PIDESC também é auspicioso. Com esse objetivo, o direito a um recurso efetivo não deve ser interpretado sempre e necessariamente no sentido de um recurso judicial. Os recursos administrativos também estão aí contemplados e devem ser acessíveis, não onerosos, rápidos e eficazes, inclusive contando com um direito último de apelação judicial resguardando esses procedimentos.³⁸ Ademais, no parágrafo 9 desse Comentário, o CDESC clama pela justiciabilidade de todos os direitos contidos no PIDESC e afirma que "quando um direito reconhecido no Pacto não se possa exercer plenamente sem uma intervenção do Poder Judiciário, é necessário estabelecer recursos judiciais".³⁹

Somam-se também ao acervo de produtos elaborados pelo Comitê uma série de Declarações e de Cartas Abertas. Estas buscam chamar a atenção dos Estados Partes e da comunidade em geral acerca de assuntos conexos com o PIDESC que estão sendo objetos da agenda internacional por meio de Conferências Internacionais

36. Esse Comentário Geral nº 23 tem um significado pessoal especial por ter sido eu um de seus co-relatores. O trabalho de sua elaboração foi realizado em conjunto com a colega portuguesa Maria Virginia Bras Gomes. Veja sua versão oficial em espanhol no anexo desse artigo.

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

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

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

Universais, especialmente do sistema ONU; além de fenômenos universais civis, culturais, econômicos, políticos e /ou sociais de especial impacto sobre os DESC. Dentre outras, merece destaque a Carta do Presidente do Comitê sobre Medidas de Austeridade de 16 de maio de 2012, por meio da qual o Comitê recorda aos Estados Partes que:

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

...

As crises econômicas e financeiras e a falta de crescimento impedem a materialização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais podendo provocar retrocessos no seu desfrute. O Comitê é consciente de que ocasionalmente é inevitável realizar certos ajustes na aplicação de alguns dos direitos consagrados no Pacto; entretanto, os Estados partes não devem atuar em detrimento das obrigações que assumiram em virtude deste.⁴⁰

O CDESC tem como produções centrais: observações conclusivas; observações gerais; declarações e cartas abertas; agregam-se, recentemente, as decisões acerca das denúncias individuais endereçadas pelos indivíduos dos Estados Partes do Protocolo Facultativo ao PIDESC.

3.2 O Protocolo Facultativo ao PIDESC

Com a ratificação pelo 10º Estado do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os indivíduos, cidadãos dos Estados Partes desse Protocolo, poderão oferecer denúncia individual por não cumprimento das normas do

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

PIDESC ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), seu órgão internacional de supervisão. Em curtas palavras, os DESC já são direta e individualmente exigíveis no sistema da Organização das Nações Unidas (ONU).

Essa possibilidade se materializou em 05 de maio de 2013, três meses depois de que o Uruguai, 10º país a ratificar o Protocolo Facultativo ao PIDESC, procedera, conforme reza seu texto, ao depósito de sua ratificação. Nesse momento, afora os uruguaios, apenas os indivíduos da Argentina, da Bolívia, da Bósnia-Herzegovina, de El Salvador, do Equador, da Eslováquia, da Espanha, da Mongólia e de Portugal, são os que poderão usufruir dessa proteção internacional. Isso como consequência da realidade do direito internacional público de que os Estados somente se obrigam para com os tratados internacionais a partir de suas próprias vontades. E estes, por enquanto, foram os que assim quiseram.

O Protocolo Facultativo ao PIDESC é um tratado internacional unanimemente adotado pela Assembleia Geral da ONU em 10/12/2008 (Resolução A/RES/63/117). Em 2009, ele foi aberto para a assinatura dos Estados Partes no PIDESC e, em 05 de fevereiro de 2013, alcançou seu décimo depósito. Este possibilita ao CDESC considerar comunicações individuais envolvendo assuntos relacionados aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no contexto do PIDESC.

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

Esse fato confere um posicionamento especial ao CDESC com relação aos demais órgãos internacionais não judiciais e também judiciais de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. A possibilidade da cidadania dos Estados partes no protocolo facultativo ao PIDESC denunciarem individualmente seus países alça o CDESC à condição de único órgão internacional na atualidade capacitado a receber denúncias individuais referentes à violação dos DESC contidos no Pacto.

Ademais, o sétimo artigo do regulamento consagra na seara dos DESC uma importante ferramenta contemporânea de proteção internacional dos direitos humanos: as medidas provisórias de proteção. Através desse artigo, resta claro que o Comitê, uma vez recebido a denúncia de violação de um dos artigos do PIDESC por um de seus Estados Partes, poderá, em circunstâncias excepcionais e antes de tomar uma decisão sobre o mérito do caso, transmitir ao Estado Parte interessado, para seu exame urgente, uma petição no sentido de que se adotem as medidas provisórias que o CDESC considere necessárias para evitar um possível dano irreparável à vítima ou as vítimas da violação denunciada. Tudo isso, sem prejudicar a decisão que se tome sobre a admissibilidade ou o mérito da petição. Trata-se, indubitavelmente, de um mecanismo de afirmação da dignidade humana e de exigibilidade de direitos diante de pretensas arbitrariedades praticadas pelos Estados.

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

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

À guisa de exemplo, apresenta-se a última comunicação individual decidida pelo Comitê durante sua 66^a sessão.⁴¹ Esta se origina em consequência de uma denúncia efetuada por um casal italiano. De acordo com os fatos, em 2009, depois que o casal buscou tratamento em uma clínica de fertilidade, produziu-se um embrião com poucas chances de sucesso. Temendo sofrer um aborto, a mulher pediu que o embrião não fosse transferido para o seu útero. Entretanto, a clínica informou-lhe que não era permitido, à luz da lei italiana 40/2004, recusar tal transferência, ameaçando-lhe processá-la caso ela insistisse em sua recusa. Razão pela qual a mulher se

41 Realizada no Palais Wilson em Genebra, durante os dias 18/02/2019 à 08/03/2019.

sentiu obrigada a permitir o procedimento. Ato seguido, ela sofreu um aborto espontâneo.

Esse caso chegou ao CDESC posteriormente ao seu rechaço pelos tribunais italianos. E o Comitê tem um mandato que lhe é outorgado pelo seu Protocolo Facultativo para receber reclamações de indivíduos cujos Estados partes não lhes ofereçam mais opções para interpor ações judiciais.

Sobre o mérito do caso concreto, o Comitê já tornou público em 2016, mediante sua Observação Geral nº 24, que o direito à saúde sexual e reprodutiva envolve um conjunto de liberdades e direitos. As liberdades incluem o direito de a mulher tomar decisões livres e responsáveis; livres de violência, coerção e discriminação, com relação a questões relativas ao seu corpo e à sua saúde sexual e reprodutiva.⁴²

Assim sendo, o Comitê notou que a lei italiana aplicável restringia o direito das mulheres submetidas ao tratamento em aceitar o seu consentimento, ocasionando possíveis intervenções médicas forçadas ou até mesmo gestações em mulheres submetidas a tratamentos de fertilização *in vitro*. Em sua decisão, o Comitê destacou que as possíveis consequências para as mulheres são extremamente graves, constituindo uma violação direta ao seu direito à saúde e integridade física. Assinalou, ademais, que a transferência de um embrião para o útero de uma mulher sem o seu consentimento válido constituía uma violação do seu direito humano ao mais alto nível possível de saúde, bem como ao seu direito humano à igualdade de gênero.

O Comitê solicitou ao Estado italiano a indenização das vítimas, assegurando-lhes acesso ao tratamento de fertilização *in vitro* sem temor de eventuais intervenções médicas forçadas e a adoção das medidas necessárias para garantir o direito de todas as mulheres à tomada de decisões livres sobre intervenções médicas capazes de afetar seus corpos. Em particular, assegurando às mulheres o direito de retirarem seus consentimentos para com a transferência de embriões para seus úteros.

Finalmente, o CDESC solicitou ao Estado que dentro de um período de seis meses informasse acerca da implementação de sua decisão.

42. Documento: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=en.

4. CONCLUSÃO

Corrige-se, assim, um caminho originalmente equivocado no regime jurídico dos Direitos Humanos: não mais, apenas os Direitos Civis e Políticos podem ser diretamente invocados pelos indivíduos no sistema universal. Desde logo, os DESC também. Para tanto, os Estados devem ratificar o Protocolo Facultativo ao PIDESC. O acesso direto dos indivíduos à justiça internacional é uma condição essencial para a afirmação da universalidade, indivisibilidade e complementaridade dos direitos humanos. Finalmente, os direitos humanos são um todo harmônico, possuem uma dependência recíproca de maneira que se complementam em si mesmos, devendo ser protegidos pelos Estados em todas e qualquer circunstância.⁴³

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE MELLO, C. D. de. *Curso de Direito Internacional Público*. RJ/SP: Renovar, 15ª ed., 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2ª Edição, 2017.

_____. *International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium (I)*. *General Course on Public International Law*. Hague Academy of International Law, volume 316, 2005.

_____. *A Recta Ratio nos Fundamentos do Jus Gentium como Direito Internacional da Humanidade*. Discurso de Posse na Academia Brasileira de Letras Jurídica – Cadeira N. 47. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O legado da Declaração Universal e o futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos em* AMARAL JÚNIOR, Alberto e PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp, 1999.

43. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *O Brasil e a Convenção Ibero-Americana dos Direitos dos Jovens*. Madrid: OIJ, UNFPA. 2012, p. 28. Disponível em www.oij.org/file_upload/publicationsItems/document/20121128131507_18.pdf.

CASSESE, Antônio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel, 1993.

, Paul. *Ascensão e queda das grandes potências: transformação econômica e conflito militar de 1500 a 2000*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *O respeito à dignidade da pessoa humana: reflexões à luz do direito internacional dos direitos humanos* em CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto e LEAL, César Barros (Coords.), *O respeito à dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: IBDH, IIDH, 2015, pp. 509-528.

_____. *O Locus Standi dos indivíduos ante o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU* em CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto e ALVES PEREIRA, Antônio Celso. *O Direito Internacional e o Primado da Justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. *La construcción jurisprudencial de los Sistema Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

_____. *El rol de la sociedad civil organizada para el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos en el siglo XXI: un enfoque especial sobre los DESC*. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica: IIDH, 2010, n° 51, pp. 249-271.

_____. *O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do Século XXI* em BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR, CONARE & MJ, 2010.

_____. *O Brasil e a Convenção Ibero-Americana dos Direitos dos Jovens*. Madrid: OIJ, UNFPA. 2012.

_____. *O locus standi dos indivíduos ante o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU* em CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto e ALVES PEREIRA, Antônio Celso. *O direito internacional e o primado da justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ONU. ECOSOC. *E/C.12/GC/21/Ver.1*.

QUINTANA, Fernando. *La ONU y la exégesis de los derechos humanos (una discusión teórica de la noción)*. Porto Alegre: UNIGRANRIO 1999.

ANEXOS



PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS^{1*}

PREÂMBULO

Os Estados Partes do presente Pacto,

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o relacionamento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana,

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria. Não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos,

1. DECRETO Nº 591, DE 6 DE JULHO DE 1992.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e

Considerando que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o texto do referido diploma internacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991;

Considerando que a Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi depositada em 24 de janeiro de 1992;

Considerando que o pacto ora promulgado entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, na forma de seu art. 27, parágrafo 2º;

DECRETA:

Art. 1º O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 06 de julho de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

FERNANDO COLLOR

Celso Lafer

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem,

Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto,

Acordam o seguinte:

PARTE I

Artigo 1º

1. Todos os povos têm direito a autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.

3. Os Estados Partes do Presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.

PARTE II

Artigo 2º

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.

Artigo 3º

Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto.

Artigo 4º

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com presente Pacto pelo Estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática.

Artigo 5º

1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

PARTE III

Artigo 6º

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

2. As medidas que cada Estado Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

Artigo 7º

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:

- i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;
- ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;

b) A segurança e a higiene no trabalho;

c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;

d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.

Artigo 8º

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir:
- a) O direito de toda pessoa de fundar com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;
 - b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas.
 - c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas:
 - d) O direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país.
2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da política ou da administração pública.
3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam - ou a aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção.

Artigo 9º

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.

Artigo 10

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que:

1. Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ele for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges.

2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.

3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei.

Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil.

Artigo 11

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:

a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários,

de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;

b) Assegurar uma repartição eqüitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

Artigo 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças;

b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Artigo 13

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

- a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;
- b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária;
- e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

2. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado.

Artigo 14

Todo Estado Parte do presente pacto que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou territórios sob sua jurisdição a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos

estabelecidos no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos.

Artigo 15

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

- a) Participar da vida cultural;
- b) Desfrutar o processo científico e suas aplicações;
- c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

PARTE IV

Artigo 16

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a apresentar, de acordo com as disposições da presente parte do Pacto, relatórios sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos no Pacto.

2. a) Todos os relatórios deverão ser encaminhados ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, o qual enviará cópias dos mesmos ao Conselho Econômico e Social, para exame, de acordo com as disposições do presente Pacto.

b) O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas encaminhará também às agências especializadas cópias dos relatórios - ou de todas as partes pertinentes dos mesmos enviados pelos Estados Partes do

presente Pacto que sejam igualmente membros das referidas agências especializadas, na medida em que os relatórios, ou partes deles, guardem relação com questão que sejam da competência de tais agências, nos termos de seus respectivos instrumentos constitutivos.

Artigo 17

1. Os Estados Partes do presente Pacto apresentarão seus relatórios por etapas, segundo um programa a ser estabelecido pelo Conselho Econômico e Social no prazo de um ano a contar da data da entrada em vigor do presente Pacto, após consulta aos Estados Partes e às agências especializadas interessadas.

2. Os relatórios poderão indicar os fatores e as dificuldades que prejudiquem o pleno cumprimento das obrigações previstas no presente Pacto.

3. Caso as informações pertinentes já tenham sido encaminhadas à Organização das Nações Unidas ou a uma agência especializada por um Estado Parte, não será necessário reproduzir as referidas informações, sendo suficiente uma referência Artigo às mesmas.

Artigo 18

Em virtude das responsabilidades que lhe são conferidas pela Carta das Nações Unidas no domínio dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, o Conselho Econômico e Social poderá concluir acordos com as agências especializadas sobre a apresentação, por estas, de relatórios relativos aos progressos realizados quanto ao cumprimento das disposições do presente Pacto que correspondam ao seu campo de atividades. Os relatórios poderão, incluir dados sobre as decisões e recomendações referentes ao cumprimento das disposições do presente Pacto adotadas pelos órgãos competentes das agências especializadas.

Artigo 19

O Conselho Econômico e Social poderá encaminhar à Comissão de Direitos Humanos, para fins de estudo e de recomendação de ordem geral, ou para informação, caso julgue apropriado, os relatórios concernentes aos direitos humanos que apresentarem os Estados nos termos dos artigos 16 e 17 e aqueles concernentes aos direitos

humanos que apresentarem as agências especializadas nos termos do artigo 18.

Artigo 20

Os Estados Partes do presente Pacto e as agências especializadas interessadas poderão encaminhar ao Conselho Econômico e Social comentários sobre qualquer recomendação de ordem geral feita em virtude do artigo 19 ou sobre qualquer referência a uma recomendação de ordem geral que venha a constar de relatório da Comissão de Direitos Humanos ou de qualquer documento mencionado no referido relatório.

Artigo 21

O Conselho Econômico e Social poderá apresentar ocasionalmente à Assembléia-Geral relatórios que contenham recomendações de caráter geral bem como resumo das informações recebidas dos Estados Partes do presente Pacto e das agências especializadas sobre as medidas adotadas e o progresso realizado com a finalidade de assegurar a observância geral dos direitos reconhecidos no presente Pacto.

Artigo 22

O Conselho Econômico e Social poderá levar ao conhecimento de outros órgãos da Organização das Nações Unidas, de seus órgãos subsidiários e das agências especializadas interessadas, às quais incumba a prestação de assistência técnica, quaisquer questões suscitadas nos relatórios mencionados nesta parte do presente Pacto que possam ajudar essas entidades a pronunciar-se, cada uma dentro de sua esfera de competência, sobre a conveniência de medidas internacionais que possam contribuir para a implementação efetiva e progressiva do presente Pacto.

Artigo 23

Os Estados Partes do presente Pacto concordam em que as medidas de ordem internacional destinada a tornar efetivos os direitos reconhecidos no referido Pacto incluem, sobretudo, a conclusão de convenções, a adoção de recomendações, a prestação de assistência

técnica e a organização, em conjunto com os governos interessados, e no intuito de efetuar consultas e realizar estudos, de reuniões regionais e de reuniões técnicas.

Artigo 24

Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento das disposições da Carta das Nações Unidas ou das constituições das agências especializadas, as quais definem as responsabilidades respectivas dos diversos órgãos da Organização das Nações Unidas e agências especializadas relativamente às matérias tratadas no presente Pacto.

Artigo 25

Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento do direito inerente a todos os povos de desfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e seus recursos naturais.

PARTE V

Artigo 26

1. O presente Pacto está aberto à assinatura de todos os Estados membros da Organização das Nações Unidas ou membros de qualquer de suas agências especializadas, de todo Estado Parte do Estatuto da Corte internacional de Justiça, bem como de qualquer outro Estado convidado pela Assembléia-Geral das Nações Unidas a tornar-se Parte do presente Pacto.
2. O presente Pacto está sujeito à ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.
3. O presente Pacto está aberto à adesão de qualquer dos Estados mencionados no parágrafo 1 do presente artigo.
4. Far-se-á a adesão mediante depósito do instrumento de adesão junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.
5. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas informará todos os Estados que hajam assinado o presente Pacto ou a ele aderido, do depósito de cada instrumento de ratificação ou de adesão.

Artigo 27

1. O presente Pacto entrará em vigor três meses após a data do depósito, junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, do trigésimo-quinto instrumento de ratificação ou de adesão.

2. Para os Estados que vierem a ratificar o presente Pacto ou a ele aderir após o depósito do trigésimo-quinto instrumento de ratificação ou de adesão, o presente Pacto entrará em vigor três meses após a data do depósito, pelo Estado em questão, de seu instrumento de ratificação ou de adesão.

Artigo 28

Aplicar-se-ão as disposições do presente Pacto, sem qualquer limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos Estados Federativos.

Artigo 29

1. Qualquer Estado Parte do presente Pacto poderá propor emendas e depositá-las junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas. O Secretário-Geral comunicará todas as propostas de emenda aos Estados Partes do presente Pacto, pedindo-lhes que o notifiquem se desejam que se convoque uma conferência dos Estados Partes destinada a examinar as propostas e submetê-las à votação. Se pelo menos um terço dos Estados Partes se manifestar a favor da referida convocação, o Secretário-Geral convocará a conferência sob os auspícios da Organização das Nações Unidas. Qualquer emenda adotada pela maioria dos Estados Partes presentes e votantes na conferência será submetida à aprovação da Assembléia-Geral das Nações Unidas.

2. Tais emendas entrarão em vigor quando aprovadas pela Assembléia-Geral das Nações Unidas e aceitas, em conformidade com seus respectivos procedimentos constitucionais, por uma maioria de dois terços dos Estados Partes no presente Pacto.

3. Ao entrarem em vigor, tais emendas serão obrigatórias para os Estados Partes que as aceitaram, ao passo que os demais Estados Partes permanecem obrigatórios pelas disposições do presente Pacto e pelas emendas anteriores por eles aceitas.

Artigo 30

Independentemente das notificações previstas no parágrafo 5 do artigo 26, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas comunicará a todos os Estados mencionados no parágrafo 1 do referido artigo:

- a) as assinaturas, ratificações e adesões recebidas em conformidade com o artigo 26;
- b) a data de entrada em vigor do Pacto, nos termos do artigo 27, e a data de entrada em vigor de quaisquer emendas, nos termos do artigo 29.

Artigo 31

1. O presente Pacto, cujos textos em chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos, será depositado nos arquivos da Organização das Nações Unidas.

2. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas encaminhará cópias autenticadas do presente Pacto a todos os Estados mencionados no artigo 26.

Em fé do quê, os abaixo-assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, assinaram o presente Pacto, aberto à assinatura em Nova York, aos 19 dias no mês de dezembro do ano de mil novecentos e sessenta e seis.

OS PRINCÍPIOS DE LIMBURG SOBRE A APLICAÇÃO DO PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

INTRODUÇÃO

Um grupo de ilustres expertos no campo do direito internacional, convocados pela Comissão Internacional de Juristas, a Faculdade de Direito da Universidade de Limburg (Maastricht, Países Baixos) e o Instituto de Direitos Humanos Urban Morgan, Universidade de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos da América), reuniu-se em Maastricht em 2-6 de junho de 1986 com o propósito de considerar a natureza e o alcance das obrigações dos Estados Partes conforme o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a consideração por parte do recentemente constituído Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do ECOSOC, dos informes apresentados pelos Estados Partes; e a cooperação internacional sob a Parte IV do Pacto.

Os 29 Participantes provinham da Austrália, República Federal da Alemanha, Hungria, Irlanda, México, os Países Baixos, Noruega, Senegal, Espanha, Reino Unido, Estados Unidos da América, Iugoslávia, o Centro de Direitos Humanos das Nações Unidas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), a Organização Mundial de Saúde (OMS), a Secretaria do Commonwealth e as organizações patrocinadoras. Quatro dos participantes eram membros do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do ECOSOC.

Os Participantes acordaram unanimemente os seguintes princípios, os quais, segundo seu critério, refletem a situação atual do direito internacional, com a exceção de certas recomendações que se indicam por meio do tiempo condicional do verbo (p.e. “deveria” em vez de deverá [*en inglés “should” instead of “shall”*]).

PARTE I: A NATUREZA E O ALCANCE DAS OBRIGAÇÕES DOS ESTADOS PARTES

A. Observações gerais

1. Os direitos econômicos, sociais e culturais formam parte integral do direito internacional de direitos humanos. Estes direitos são o objeto de obrigações específicas contratadas no contexto de vários instrumentos internacionais, especialmente o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

2. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, junto com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Protocolo Facultativo, entraram em vigência em 1976. Estes Pactos ajudam a ampliar o conteúdo da Declaração Universal de Direitos Humanos: estes instrumentos em seu conjunto constituem a Carta Internacional de Direitos Humanos.

3. Haja vista que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes, se deveria dedicar a mesma atenção e consideração urgente na aplicação, promoção e proteção de ambos os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais.

4. Conforme a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Viena, 1969), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante “o Pacto”) deveria interpretar-se de boa-fé, tendo em conta o objetivo e propósito, o sentido ordinário, o trabalho preparatório e a prática pertinente.

5. Dever-se-ia ter em conta a experiência das agências especializadas relevantes, os organismos das Nações Unidas e as organizações intergovernamentais, incluindo os grupos de trabalho das Nações Unidas e os relatores especiais de direitos humanos, na aplicação do Pacto e a supervisão dos êxitos alcançados pelos Estados Partes.

6. É possível lograr a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais em diferentes contextos políticos. A plena realização destes direitos não responde a um único caminho. Foram registrados êxitos e também fracassos tanto em economias de mercado quanto em economias dirigidas, em estruturas políticas centralizadas como descentralizadas.

7. Os Estados Partes deverão a todo instante agir de boa-fé no cumprimento das obrigações que aceitaram conforme o Pacto.

8. Embora a plena efetividade dos direitos reconhecidos no Pacto se logre progressivamente, a aplicação de alguns destes direitos pode fazer-se justificável de imediato enquanto outros direitos podem se fazer justificáveis com a passagem do tempo.

9. As organizações não governamentais podem desempenhar um papel importante no sentido de fomentar a aplicação do Pacto. Portanto, dever-se-ia apoiar o papel destas organizações aos níveis nacional e internacional.

10. Os Estados Partes devem prestar contas ante a comunidade internacional e ante seus próprios povos com respeito ao cumprimento de suas obrigações sob o Pacto.

11. Portanto, para avançar na realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, é indispensável unir todos os esforços ao nível nacional com o fim de convocar a participação de todos os setores da sociedade. A participação popular é necessária em cada etapa do processo, incluindo a formulação, aplicação e revisão de políticas nacionais.

12. Dever-se-ia empreender a tarefa de supervisionar a efetividade do Pacto com um espírito de cooperação e diálogo. Neste sentido, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, doravante “O Comitê”, ao considerar os informes dos Estados Partes, deveria analisar as causas e os fatores que obstaculizam a realização dos direitos consagrados no Pacto e, até onde seja possível, assinalar soluções. Este enfoque de nenhuma maneira deveria impedir uma conclusão, quando a informação disponível a justifique, de que um Estado Parte não haja cumprido suas obrigações sob o Pacto.

13. Ao avaliar o cumprimento do Pacto por parte dos Estados Partes, os organismos de supervisão do Pacto deveriam ter muito em conta os princípios de não discriminação e igualdade ante a lei.

14. Devido ao fato de que a realização progressiva dos direitos estipulados no Pacto é relevante para o desenvolvimento, dever-se-ia dar atenção especial à adoção de medidas para melhorar o nível de vida dos pobres e outros grupos desfavorecidos, tendo em conta a possível necessidade de adotar medidas especiais para proteger os direitos culturais dos povos indígenas e das minorias.

15. Na avaliação dos esforços da comunidade internacional no cumprimento dos objetivos do Pacto, se deveria ter em conta as tendências das relações econômicas internacionais existentes.

B. Princípios de caráter interpretativo especificamente relacionados com a Parte II do Pacto

Artigo 2 (1): “a adotar medidas... por todos os meios apropriados, inclusive em particular a adoção de medidas legislativas.”

16. Todos os Estados Partes têm a obrigação de começar de imediato a adotar medidas que persigam a plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto.

17. Os Estados Partes utilizarão todos os meios apropriados ao nível nacional, incluindo medidas legislativas, administrativas, judiciais, econômicas, sociais e educacionais, coerentes com a natureza dos direitos, com o fim de cumprir suas obrigações sob o Pacto.

18. As medidas legislativas por si sós não são suficientes para cumprir as obrigações do Pacto. Entretanto, deve-se notar que, conforme o artigo 2(1), amiúde será necessário adotar medidas legislativas em casos nos quais a legislação existente viola as obrigações adquiridas sob o Pacto.

19. Os Estados Partes proverão de recursos efetivos incluindo, quando seja apropriado, os de tipo legal.

20. A adequação dos meios a ser utilizados num Estado particular será determinado pelo Estado Parte de que se trate, e será sujeita à revisão pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas com a assessoria do Comitê. Dita revisão se realizará sem prejuízo da competência de outros órgãos estabelecidos conforme a Carta das Nações Unidas.

“para lograr progressivamente...a plena efetividade dos direitos...”

21. A obrigação de “lograr progressivamente a plena efetividade dos direitos” requer que os Estados Partes atuem com toda a rapidez possível para lograr a efetividade dos direitos. Sob nenhuma circunstância isto será interpretado de maneira a implicar que os Estados têm o direito de adiar indefinidamente esforços destinados a assegurar a plena efetividade. Ao contrário, todos os Estados Partes têm a obrigação de começar imediatamente a adotar medidas dirigidas a cumprir suas obrigações sob o Pacto.

22. Algumas das obrigações previstas no Pacto exigem a plena e imediata aplicação por parte de cada um dos Estados Parte, como a proibição contra a discriminação estipulada no artigo 2 (2) do Pacto.

23. A obrigação do êxito progressivo existe independentemente de qualquer aumento de recursos; requer uma utilização eficaz dos recursos de que se disponha.

24. Além de um aumento nos recursos, também se pode lograr a aplicação progressiva por meio do desenvolvimento dos recursos dentro da sociedade que sejam necessários para lograr a plena realização dos direitos consagrados no Pacto para todas as pessoas.

“até o máximo dos recursos de que disponha”

25. Os Estados Partes têm a obrigação, independentemente de seu nível de desenvolvimento econômico, de garantir o respeito dos direitos de subsistência mínima de todas as pessoas.

26. “Os recursos de que disponha” se referem aos recursos com que conta um Estado assim como também os recursos provenientes da comunidade internacional mediante a cooperação e assistência internacionais.

27. Ao determinar a adequação das medidas adotadas para fazer efetivos os direitos reconhecidos no Pacto, ter-se-á em conta o acesso e uso equitativos e eficazes dos recursos disponíveis.

28. Na utilização dos recursos disponíveis, dar-se-á a devida prioridade à efetividade dos direitos previstos no Pacto, tendo em conta a necessidade de garantir a todos a satisfação de suas necessidades de subsistência e a prestação de serviços essenciais.

“tanto por separado como mediante a assistência e a cooperação internacionais, especialmente econômicas e técnicas”

29. A cooperação e assistência internacionais, conforme a Carta das Nações Unidas (arts. 55 e 56) e o Pacto, terão em conta de maneira prioritária a efetividade do conjunto dos direitos humanos e liberdades fundamentais, inclusive os direitos econômicos, sociais e culturais assim como também os civis e políticos.

30. A assistência e cooperação internacionais deverão orientar-se ao estabelecimento de uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades previstos no Pacto podem lograr sua plena realização (cf. art. 28 Declaração Universal de Direitos Humanos).

31. Os Estados cooperarão reciprocamente na promoção do progresso econômico, social e cultural ao nível internacional, e em particular o crescimento econômico dos países em desenvolvimento, independentemente das diferenças entre seus sistemas políticos, econômicos e sociais e livre de discriminações fundadas em ditas diferenças.

32. Os Estados Partes adotarão medidas de ajuda e cooperação, através de mecanismos internacionais, orientados à realização dos direitos reconhecidos no Pacto.

33. A cooperação e assistência internacionais se fundamentarão na igualdade soberana dos Estados e terão como objeto a realização dos direitos consagrados no Pacto.

34. Ao empreender a cooperação e assistência internacionais sob o artigo 2(1), ter-se-á em conta o papel das organizações internacionais e a contribuição das organizações não governamentais.

Artigo 2 (2): sem discriminação

35. O artigo 2 (2) é de aplicação imediata e requer uma garantia explícita por parte de cada um dos Estados Partes. Portanto, isto deveria ser sujeito à revisão judicial e a outros recursos processuais.

36. Os motivos de discriminação mencionados no artigo 2(2) não são exaustivos.

37. Ao ratificar o Pacto, os Estados eliminarão *de jure* a discriminação mediante a abolição imediata de toda legislação, regulação e prática discriminatória (incluindo ações de omissão e comissão) que afetam o desfrute dos direitos econômicos, sociais e culturais.

38. Dever-se-ia pôr fim com toda a rapidez possível a qualquer discriminação *de facto* que resulte de uma desigualdade no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais devido a uma escassez de recursos ou outros fatores.

39. Não se considerará como discriminação a adoção de medidas especiais cujo único fim seja assegurar o progresso adequado de determinados grupos ou indivíduos que requerem a proteção que seja necessária para garantir a ditos grupos ou indivíduos igualdade no disfrute dos direitos econômicos, sociais e culturais, desde que ditas medidas não resultem na manutenção de direitos separados

para diferentes grupos e que as mesmas não sigam vigentes depois de lograr os objetivos propostos.

40. O artigo 2 (2) exige que os Estados Partes proibam que particulares e entidades privadas pratiquem a discriminação em qualquer esfera da vida pública.

41. Na aplicação do artigo 2 (2) se deveria dar a devida consideração a todos os instrumentos internacionais relevantes, incluídas a Declaração e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e as atividades realizadas pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial estabelecida conforme dita Convenção.

Artigo 2 (3): Pessoas que não são nacionais nos países em desenvolvimento

42. Como regra geral, o Pacto se aplica também aos nacionais e não nacionais de um país determinado.

43. O propósito original do artigo 2 (3) era pôr fim à dominação de determinados grupos econômicos não nacionais na época da colonização. Portanto, a exceção estipulada no artigo 2 (3) deveria interpretar-se em um sentido restringido.

44. Dita interpretação restringida do artigo 2 (3) se refere em particular à noção dos direitos econômicos e à noção dos países em desenvolvimento. Esta última se refere aos países que lograram sua independência e se incluem nas classificações das Nações Unidas relativas aos países em desenvolvimento.

Artigo 3: Assegurar aos homens e às mulheres igual título a gozar de todos os direitos

45. Na aplicação do artigo 3, dever-se-ia dar a devida atenção à Declaração e à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, os outros instrumentos pertinentes e as atividades realizadas pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher conforme dita Convenção.

Artigo 4: Limitações

46. O artigo 4 tinha como objeto principal ser protetor dos direitos dos indivíduos em lugar de ser permissivo quanto à imposição de limitações por parte dos Estados.

47. O propósito deste artigo não era sujeitar os direitos a limitações que prejudicassem a subsistência ou sobrevivência dos indivíduos ou a integridade das pessoas.

“determinadas por ley” Os Princípios de Limburg [Limburg Principles 48-51] derivam dos Princípios de Siracusa [Siracusa Principles 15-18], Nações Unidas Doc. E/CN.4/1984/4, 28 de setembro de 1984 e 7 Human Rights Quarterly 3 (1985), p. 5.

48. Não se permite sujeitar o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais a nenhuma limitação que não seja prevista por uma lei nacional de aplicação geral coerente com o Pacto e vigente no momento de aplicar a limitação.

49. As leis que limitam o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais não serão arbitrárias, irracionais ou discriminatórias.

50. Os regulamentos legais limitando o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais serão claros e acessíveis a todos.

51. A lei estabelecerá as proteções adequadas e recursos efetivos contra a imposição ilegal ou abusiva de limitações aos direitos econômicos, sociais e culturais.

“promover o bem-estar general”

52. Este termo se entenderá como a promoção do bem-estar do povo em sua totalidade.

“Em uma sociedade democrática” Comparar com os Princípios de Siracusa [Siracusa Principles] 19-21, *ibíd.*, p. 5.

53. A expressão *“em uma sociedade democrática”* se interpretará no sentido de restringir ainda mais a aplicação de limitações.

54. O Estado que impõe limitações tem a obrigação de comprovar que estas não impeçam o funcionamento democrático da sociedade.

55. Se bem não exista um modelo único de sociedade democrática, se poderia considerar que uma sociedade que satisfaz esta definição é a que reconhece e respeita os direitos previstos na Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal de Direitos Humanos.

“compatível com a natureza desses direitos”

56. A restrição *“compatível com a natureza desses direitos”* requer que uma limitação não deverá interpretar-se o aplicar-se em menoscabo da natureza intrínseca de um determinado direito.

Artigo 5

57. O artigo 5 (1) faz fincapé no fato de que o Estado não tem nenhum direito geral, implícito ou residual a impor limitações que não sejam especificamente previstas por lei. Nenhuma disposição legal pode interpretar-se no sentido de destruir “qualquer dos direitos ou liberdades reconhecidos”. Por acréscimo, o propósito do artigo 5 é assegurar que nenhuma parte do Pacto se interpretará em menoscabo do direito inerente de todos os povos a disfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e recursos naturais.

58. O propósito do artigo 5 (2) é assegurar que nenhuma disposição prevista no Pacto se interprete em menoscabo das disposiciones da legislação interna ou dos tratados, convenções ou convênios bilaterais ou multilaterais vigentes, ou que possam entrar em vigência, e que garantam às pessoas protegidas um tratamento mais favorável. Tampoco se interpretará o artigo 5 (2) em menoscabo do exercício de qualquer direito humano protegido em maior grau conforme com as obrigações nacionais ou internacionais aceitas pelo Estado Parte.

C. Princípios interpretativos especificamente relacionados com a Parte III do Pacto

Artigo 8: “que prescreva a lei” Os Principios de Limburg 59-69 derivam dos Principios de Siracusa [Siracusa Principles 10, 15-26, 29-32 and 35-37, *ibíd.*, p. 4-7].

59. Vejam-se os princípios interpretativos mencionados sob o termo sinônimo

“determinado por lei” no artigo 4.

“necessárias em uma sociedade democrática”

60. Além dos princípios interpretativos mencionados sob o artigo 4 relativos à frase “em uma sociedade democrática”, o artigo 8 impõe uma maior restrição sobre um Estado Parte que exerça limitações sobre os direitos sindicais. Dito artigo exige que essa limitação seja de fato necessária. O termo “necessária” implica que a limitação:

- (a) responda a uma urgente necessidade pública ou social;
- (b) persiga um objetivo legítimo; e
- (c) seja em proporção a dito objetivo.

61. Qualquer avaliação quanto à necessidade de uma limitação se baseará em considerações objetivas.

“Segurança nacional”

62. Permite-se invocar a segurança nacional para justificar medidas que limitam determinados direitos apenas quando estas se adotem com o fim de proteger a existência da nação ou sua integridade territorial ou independência política contra alguma força ou ameaça de força.

63. Não se permite invocar a segurança nacional como motivo para impor limitações com o fim de prevenir uma ameaça à ordem pública meramente local ou relativamente isolada.

64. A segurança nacional não se pode utilizar como pretexto para a imposição de limitações vagas ou arbitrárias e a mesma se pode invocar somente quando existem proteções adequadas e recursos efetivos contra o abuso.

65. A violação sistemática dos direitos econômicos, sociais e culturais mina a segurança nacional verdadeira e poderia prejudicar a segurança e a paz internacionais. Um Estado responsável por dita violação sistemática não invocará a segurança nacional para justificar medidas dirigidas a suprimir a oposição à mesma ou incorrer em práticas repressivas contra sua população.

“ordem pública (ordre public)”

66. A expressão “ordem pública (*ordre public*)”, tal como se utiliza no Pacto, pode-se definir como o compêndio de regras que asseguram o funcionamento da sociedade ou o conjunto de princípios fundamentais sobre os quais se funda uma sociedade. O respeito dos direitos econômicos, sociais e culturais constitui um elemento da ordem pública (*ordre public*).

67. A ordem pública (*ordre public*) se interpretará no contexto da finalidade dos direitos econômicos, sociais e culturais específicos que se limitem por esse motivo.

68. Os órgãos ou agentes estatais encargados de manter a ordem pública (*ordre public*) serão sujeitos a controles sobre o exercício de sua autoridade através do parlamento, dos tribunais e de outras entidades competentes.

“direitos e liberdades alheios”

69. O alcance dos direitos e liberdades alheios poderiam atuar como limitação sobre os direitos previstos no Pacto e se estende além dos direitos e liberdades conhecidos no Pacto.

D. Violações aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

70. O descumprimento por parte de um Estado Parte de uma obrigação prevista no Pacto constitui, sob o direito internacional, uma violação do Pacto.

71. Para determinar em que consiste o descumprimento, é necessário tomar em conta que o Pacto permite ao Estado Parte certa margem de discricção com respeito à seleção dos mecanismos que utilizará para levar a cabo seus objetivos e que existem fatores alheios a seu controle imediato que podem exercer um efeito adverso sobre sua capacidade de fazer efetivos certos direitos.

72. Um Estado Parte incorre numa violação do Pacto, *inter alia*, se:

- não tomar alguma medida que lhe é requerida pelo Pacto;
- não elimine rapidamente os obstáculos a que está obrigado a eliminar para permitir a efetividade imediata de um direito;
- não aplica sem demora um direito a que está obrigado a garantir de imediato conforme o Pacto;
- descumpre intencionalmente uma norma mínima internacional de realização amplamente reconhecida e cuja efetividade está dentro de suas possibilidades;
- impõe uma limitação a um direito reconhecido no Pacto em contraposição com o estipulado no Pacto;
- atrasa ou interrompe intencionalmente a realização progressiva de um direito, a menos que se atue dentro do contexto de uma limitação admitida pelo Pacto ou por razões da falta de recursos disponíveis ou de força mayor;
- não apresenta informes tal como o estipula o Pacto.

73. De conformidade com o direito internacional, cada Estado Parte ao Pacto tem direito a expressar sua posição de que outro Estado Parte está descumprindo suas obrigações conforme o Pacto e fazer do conhecimento desse Estado Parte dita posição. Qualquer disputa que possa surgir se resolverá de conformidade com as regras do direito internacional pertinentes à resolução pacífica de disputas.

PARTE II. CONSIDERAÇÃO DOS INFORMES DOS ESTADOS PARTES E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL SOB A PARTE IV DO PACTO

A. Preparação e apresentação dos informes dos Estados Partes

74. A eficácia dos mecanismos de supervisão previstos na Parte IV do Pacto depende em grande parte da dualidade e pontualidade dos informes apresentados pelos Estados Partes. Portanto, insta-se aos governos assegurar que seus informes sejam o mais significativos possível. Com este propósito, se deveriam criar mecanismos internos para a realização de consultas com as agências e instâncias governamentais competentes, a recopilação de dados pertinentes, a capacitação do pessoal, a abundância de informação básica e consultas com as instituições não governamentais e internacionais relevantes.

75. A preparação dos informes estipulados no artigo 16 do Pacto se poderia facilitar com a colocação em marcha de alguns aspectos do programa de serviços de assessoria e assistência técnica, tal como o recomendaram os presidentes dos principais órgãos de supervisão de direitos humanos em seu informe de 1984 à Assembleia General (Documento das Nações Unidas A 39/484).

76. Os Estados Partes deveriam ver a obrigação de apresentar informes como uma oportunidade para promover um amplo debate público em torno aos objetivos e políticas dirigidos à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. com este propósito, os informes deveriam receber uma ampla divulgação e quando sea possível circular-se em forma de borrador. A redação dos informes também deve servir para examinar até que ponto as políticas nacionais pertinentes refletem adequadamente o alcance e conteúdo de cada direito e para especificar os mecanismos que se empregarão para dar cumprimento a dito direito.

77. Estimulam-se os Estados Partes a considerar a possibilidade de envolver as organizações não governamentais na redação de seus informes.

78. Ao informar sobre as medidas legais adotadas para dar efetividade ao Pacto, os Estados Partes não deveriam limitar-se a uma mera descrição das disposições legais correspondentes. Em troca, eles deveriam descrever, da maneira adequada, os recursos

legais, procedimentos administrativos e outras medidas que se hajam adotado para dar efetividade a ditos direitos e se deveria incluir também uma descrição da prática associada a ditos recursos e procedimentos.

79. Os informes dos Estados Partes deveriam incluir informação quantitativa a fim de demonstrar até que ponto os direitos são protegidos na realidade. Para tais efeitos se deveria incluir dados estatísticos e informação sobre as atribuições e os gastos orçamentários a fim de facilitar uma avaliação do cumprimento das obrigações adquiridas conforme o Pacto. Os Estados Partes deveriam adotar, no que for possível, objetivos e indicadores bem definidos na aplicação do Pacto. Para aumentar a relevância e comparabilidade dos dados apresentados nos informes dos Estados Partes, os objetivos e indicadores escolhidos deveriam reger-se, na medida do possível, por critérios estabelecidos no âmbito da cooperação internacional.

80. Caso seja necessário, os governos deveriam levar a cabo ou encargar estudos que lhes permitissem suprir qualquer vazio de informação sobre os progressos obtidos e as dificuldades enfrentadas no afã de lograr o respeito dos direitos previstos no Pacto.

81. Os Estados Partes deveriam destacar em seus informes as áreas nas quais se poderia avançar ainda mais com o apoio da cooperação internacional e propor programas de cooperação econômica e técnica que poderiam contribuir para isso.

82. Para assegurar um diálogo substantivo entre os Estados Partes e os órgãos responsáveis por avaliar o cumprimento destes com as disposições previstas no Pacto, os Estados Partes deveriam designar representantes que conheçam com profundidade os temas colacionados no informe.

B. A função do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

83. Ao Comitê se lhe deu a responsabilidade de assessorar o Conselho Econômico e Social no que respeita ao trabalho substantivo que o Pacto lhe atribua. Em particular, sua função inclui a consideração dos informes apresentados pelos Estados Partes e a formulação de sugestões e recomendações gerais, incluindo sugestões e recomendações sobre como os Estados Partes podem cumprir melhor seus deveres para com o Pacto. A decisão do Conselho Econômico e Social de substituir o Grupo de Trabalho do período de sessões por

um Comitê de expertos independentes deveria melhorar a eficácia da supervisão do cumprimento dos Estados Parte.

84. O Conselho Econômico e Social deveria assegurar ao Comitê um número de sessões suficiente para o pleno exercício de suas responsabilidades. Para a execução efetiva das funções do Comitê conforme a resolução do ECOSOC 1985/17, é imprescindível que este conte com o pessoal e as instalações necessários.

85. Para abordar em toda sua extensão os temas substantivos cobertos no Pacto, o Comitê poderia considerar a possibilidade de delegar algumas tarefas a seus membros. Por exemplo, poder-se-ia estabelecer critérios de redação para preparar formulações preliminares ou recomendações gerais ou resumos da informação recebida. Igualmente se poderia designar relatores que assessorem o Comitê, especialmente na preparação de informes sobre determinados temas. Com esta finalidade, ditos relatores fariam consultas com os Estados Partes, as agências especializadas e expertos na matéria e formulariam propostas sobre projetos de assistência econômica e técnica que poderiam contribuir para superar as dificuldades experimentadas pelos Estados Partes no cumprimento de suas obrigações sob o Pacto.

86. De conformidade com os artigos 22 e 23 do Pacto, o Comitê, junto com outros órgãos das Nações Unidas, agências especializadas e outras organizações interessadas, deveria considerar a possibilidade de adotar outras medidas internacionais que pudessem contribuir para a aplicação progressiva do Pacto.

87. O Comitê deveria examinar novamente o atual ciclo de seis anos para a apresentação de informes à luz de atrasos que resultaram na consideração simultânea de informes apresentados em diferentes fases do ciclo. Por igual, o Comitê deveria revisar as diretrizes elaboradas para assessorar os Estados Partes com a redação de seus informes e propor qualquer modificação necessária.

88. O Comitê deveria considerar a possibilidade de convidar os Estados Partes a fazer comentários sobre alguns temas selecionados com o fim de iniciar um diálogo direto e duradouro com o Comitê.

89. O Comitê deveria dar a atenção adequada aos aspectos metodológicos relacionados com a avaliação do cumprimento das obrigações prescritas no Pacto. Para a avaliação dos informes apresentados conforme o Pacto, poderia ser útil incluir referências

a indicadores na medida em que estes facilitem a medição dos progressos obtidos na realização de determinados direitos. O Comitê deveria tomar devidamente em conta indicadores selecionados pelas, ou no marco das, agências especializadas e, quando identifique algum vazio, deveria recorrer a ou promover investigações adicionais, em consulta com as agências especializadas correspondentes.

90. Sempre que o Comitê não esteja convencido de que a informação proporcionada pelo Estado Parte é adequada para levar a cabo uma avaliação substantiva dos progressos obtidos e as dificuldades enfrentadas, deveria solicitar informação suplementar, especificando, quando for necessário, os temas ou perguntas que se quisesse que o Estado Parte abordasse.

91. O Comitê, ao redigir seus informes de conformidade com a resolução 1985/17 do ECOSOC, deveria considerar, além do “sumário de suas considerações dos informes”, ressaltar os assuntos temáticos colacionados em suas deliberações.

C. Relações entre o Comitê, as agências especializadas e outros órgãos internacionais

92. A criação do Comitê deveria ver-se como uma oportunidade para desenvolver uma relação positiva e de benefício recíproco entre o Comitê, as agências especializadas e outros órgãos internacionais.

93. De conformidade com o artigo 18 do Pacto, dever-se-ia considerar a concertação de novos acordos sempre e quando estes possam melhorar a contribuição das agências especializadas para o trabalho do Comitê. Tomando em conta que os métodos de trabalho com respeito à aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais variam de uma agência especializada a outra, é conveniente ser flexível no referente aos acordos mencionados no artigo 18.

94. Para assegurar uma supervisão adequada da aplicação do Pacto sob a Parte IV, é imprescindível que se entabule um diálogo entre as agências especializadas e o Comitê sobre assuntos de interesse comum. Nas consultas, dever-se-ia tratar de forma especial a necessidade de estabelecer indicadores de avaliação do cumprimento do Pacto; redigir diretrizes para a apresentação dos informes dos Estados Partes; acordar mecanismos para a apresentação dos informes das agências especializadas conforme o artigo 18. Dever-se-ia também ter em conta qualquer procedimento pertinente adotado

pelas agências. Seria muito benéfico que representantes destas últimas assistissem às reuniões do Comitê.

95. Seria muito benéfico que os membros do Comitê visitassem as agências especializadas interessadas, que conhecessem pessoalmente os programas das agências que resultam relevantes para a realização dos direitos previstos no Pacto e que, ademais, conversassem sobre as possíveis áreas de colaboração com ditas agências.

96. Dever-se-ia iniciar consultas entre o Comitê, as instituições financeiras internacionais e as agências de desenvolvimento para o intercâmbio de informação e ideais sobre a distribuição dos recursos disponíveis relativa à efetividade dos direitos consagrados no Pacto. No contexto destes intercâmbios se deveria analisar o impacto da assistência econômica internacional nos esforços dos Estados Partes por aplicar o Pacto e as possibilidades de cooperação técnica e econômica conforme o artigo 22 do Pacto.

97. Além das responsabilidades consignadas no artigo 19 do Pacto, a Comissão de Direitos Humanos deveria ter em conta o trabalho do Comitê no momento de tratar os pontos de sua agenda relacionados com os direitos econômicos, sociais e culturais.

98. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos são instrumentos complementares. Embora a maioria dos direitos caibam claramente dentro do marco de um dos dois Pactos, existem vários direitos e disposições que se mencionam em ambos os instrumentos e que não se prestam a uma clara diferenciação. Mais: algumas disposições e artigos aparecem em ambos os Pactos. Tendo em vista o anterior, é importante estabelecer mecanismos de consulta entre o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Comitê de Direitos Humanos.

99. Dada a relevância que outros instrumentos legais internacionais têm para o Pacto, o Conselho Econômico e Social deveria dar consideração prioritária à criação de mecanismos de consulta eficazes entre os diferentes órgãos de supervisão.

100. Insta-se às organizações intergovernamentais internacionais e regionais dedicadas à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais a adotar medidas adequadas para fomentar a aplicação do Pacto.

101. Tendo em vista que o Comitê é um órgão subsidiário do Conselho Econômico e Social, insta-se às organizações não-governamentais reconhecidas como entidades consultivas pelo Conselho Econômico e Social a assistir e dar seguimento às reuniões do Comitê e, quando for conveniente, apresentar informação de conformidade com a resolução 1296 (XLIV) do ECOSOC.

102. O Comitê deveria criar conjuntamente com outras organizações intergovernamentais, organizações não-governamentais e instituições de investigação, um sistema comum para registrar, arquivar, e facilitar o acesso à jurisprudência e outros materiais interpretativos relacionados aos instrumentos internacionais de direitos econômicos, sociais e culturais.

103. De acordo com as medidas recomendadas no artigo 23, propõe-se que periodicamente se celebrem seminários com o fim de revisar o trabalho do Comitê e os progressos obtidos pelos Estados Partes na realização dos direitos econômicos, sociais e culturais.



PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”

(Adotada em San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988, no Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral)

PREÂMBULO

Os Estados Partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, “Pacto de San José da Costa Rica”,

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem;

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos económicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros;

Reconhecendo os benefícios decorrentes do fomento e desenvolvimento da cooperação entre os Estados e das relações internacionais;

Recordando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e

da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos económicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos;

Levando em conta que, embora os direitos económicos, sociais e culturais fundamentais tenham sido reconhecidos em instrumentos internacionais anteriores, tanto de âmbito universal como regional, é muito importante que esses direitos sejam reafirmados, desenvolvidos, aperfeiçoados e protegidos, a fim de consolidar na América, com base no respeito pleno dos direitos da pessoa, o regime democrático representativo de governo, bem como o direito de seus povos ao desenvolvimento, à livre determinação e a dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais; e Considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que podem ser submetidos à consideração dos Estados Partes, reunidos por ocasião da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, projetos de protocolos adicionais a essa Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da mesma outros direitos e liberdades, Convieram no seguinte Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, "Protocolo de San Salvador":

Artigo 1

Obrigação de adotar medidas

Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente económica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.

Artigo 2

Obrigação de adotar disposições de direito Interno

Obrigação de adotar disposições de direito interno se o exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados

Partes comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições deste Protocolo, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos esses direitos.

Artigo 3

Obrigação de não discriminação

Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econ mica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 4

Não-admissão de restrições

Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.

Artigo 5

Alcance das restrições e limitações

Os Estados Partes são poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos.

Artigo 6

Direito ao trabalho

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.

2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de formação técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

Artigo 7

Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho

Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular:

- a) Remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção;
- b) O direito de todo trabalhador de seguir sua vocação e de dedicar-se à atividade que melhor atenda a suas expectativas e a trocar de emprego de acordo com a respectiva regulamentação nacional;
- c) O direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levadas em conta suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço;
- d) Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional;
- e) Segurança e higiene no trabalho;
- f) Proibição de trabalho noturno ou em atividades insalubres ou perigosas para os menores de 18 anos e, em geral, de todo trabalho que possa pôr em perigo sua saúde, segurança ou moral. Quando se tratar de menores de 16 anos, a jornada de trabalho deverá subordinar-se às disposições sobre ensino obrigatório e, em nenhum caso, poderá

constituir impedimento à assistência escolar ou limitação para beneficiar-se da instrução recebida;

g) Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;

h) Repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais.

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;

b) O direito de greve.

2. O exercício dos direitos enunciados acima só pode estar sujeito às limitações e restrições previstas pela lei que sejam próprias a uma sociedade democrática e necessárias para salvaguardar a ordem pública e proteger a saúde ou a moral pública, e os direitos ou liberdades dos demais. Os membros das forças armadas e da polícia, bem como de outros serviços públicos essenciais, estarão sujeitos às limitações e restrições impostas pela lei.

3. Ninguém poderá ser obrigado a pertencer a um sindicato.

Artigo 9

Direito à previdência social

1. Toda pessoa tem direito à previdência social que a proteja das consequências da velhice e da incapacitação que a impossibilite, física ou mentalmente, de obter os meios de vida digna e decorosa. No caso de morte do beneficiário, as prestações da previdência social beneficiarão seus dependentes.

2. Quando se tratar de pessoas em atividade, o direito à previdência social abrangerá pelo menos o atendimento médico e o subsídio ou pensão em caso de acidentes de trabalho ou de doença profissional e, quando se tratar da mulher, licença remunerada para a gestante, antes e depois do parto.

Artigo 10

Direito à saúde

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

2. A fim de tornar efectivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:

a) Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;

b) Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;

c) Total imunização contra as principais doenças infecciosas;

d) Prevenção e tratamento das doenças endémicas, profissionais e de outra natureza;

e) Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e

f) Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Artigo 11

Direito a um meio ambiente sadio

1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.

2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

Artigo 12

Direito à alimentação

1. Toda pessoa tem direito a uma nutrição adequada que assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual.
2. A fim de tornar efectivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados Partes comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais sobre o tema.

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.

Artigo 14

Direito aos benefícios da cultura

1. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a:

a) Participar na vida cultural e artística da comunidade;

b) Gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico;

c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que for autora.

2. Entre as medidas que os Estados Partes neste Protocolo deverão adotar para assegurar o pleno exercício deste direito, figurarão as necessárias para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência, da cultura e da arte.

3. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável para a pesquisa científica e a atividade criadora.

4. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem os benefícios que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais

e, nesse sentido, comprometem-se a propiciar maior cooperação internacional nesse campo.

Artigo 15

Direito à constituição e proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pelo Estado, que deverá velar pelo melhoramento de sua situação moral e material.

2. Toda pessoa tem direito a constituir família, a qual exercerá de acordo com as disposições da legislação interna correspondente.

3. Os Estados Partes comprometem-se, mediante este Protocolo, a proporcionar adequada proteção ao grupo familiar e, especialmente, a:

a) Dispensar atenção e assistência especiais à mãe, por um período razoável, antes e depois do parto;

b) Garantir às crianças alimentação adequada, tanto no período de lactação quanto durante a idade escolar;

c) Adotar medidas especiais de proteção dos adolescentes, a fim de assegurar o pleno amadurecimento de suas capacidades físicas, intelectuais e morais;

d) Executar programas especiais de formação familiar, a fim de contribuir para a criação de ambiente estável e positivo no qual as crianças percebam e desenvolvam os valores de compreensão, solidariedade, respeito e responsabilidade.

Artigo 16

Direito da criança

Toda criança, seja qual for sua filiação, tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Toda criança tem direito de crescer ao amparo e sob a responsabilidade de seus pais; salvo em circunstâncias excepcionais, reconhecidas judicialmente, a criança de tenra idade não deve ser separada de sua mãe. Toda criança tem direito à educação gratuita e obrigatória, pelo menos no nível básico, e a continuar sua formação em níveis mais elevados do sistema educacional.

Artigo 17

Proteção de pessoas idosas

Toda pessoa tem direito à proteção especial na velhice. Nesse sentido, os Estados Partes comprometem-se a adotar de maneira progressiva as medidas necessárias a fim de pôr em prática este direito e, especialmente, a:

- a) Proporcionar instalações adequadas, bem como alimentação e assistência médica especializada, às pessoas de idade avançada que careçam delas e não estejam em condições de provê-las por seus próprios meios;
- b) Executar programas trabalhistas específicos destinados a dar a pessoas idosas a possibilidade de realizar atividade produtiva adequada às suas capacidades, respeitando sua vocação ou desejos;
- c) Promover a formação de organizações sociais destinadas a melhorar a qualidade de vida das pessoas idosas.

Artigo 18

Proteção de deficientes

Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade. Os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para esse fim e, especialmente, a:

- a) Executar programas específicos destinados a proporcionar aos deficientes os recursos e o ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes legais;
- b) Proporcionar formação especial às famílias dos deficientes, a fim de ajudá-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes;
- c) Incluir, de maneira prioritária, em seus planos de desenvolvimento urbano a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades deste grupo;

d) Promover a formação de organizações sociais nas quais os deficientes possam desenvolver uma vida plena.

Artigo 19

Meios de proteção

1. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a apresentar, de acordo com o disposto por este artigo e pelas normas pertinentes que a propósito deverão ser elaboradas pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, relatórios periódicos sobre as medidas progressivas que tiverem adotado para assegurar o devido respeito aos direitos consagrados no mesmo Protocolo.

2. Todos os relatórios serão apresentados ao Secretário-Geral da OEA, que os transmitirá ao Conselho Inter americano Económico e Social e ao Conselho Inter americano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que os examinem de acordo com o disposto neste artigo. O Secretário-Geral enviará cópia desses relatórios à Comissão Inter americana de Direitos Humanos.

3. O Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos transmitirá também aos

organismos especializados do Sistema Inter americano, dos quais sejam membros os Estados Partes neste Protocolo, cópias dos relatórios enviados ou das partes pertinentes deles, na medida em que tenham relação com matérias que sejam da competência dos referidos organismos, de acordo com seus instrumentos constitutivos.

4. Os organismos especializados do Sistema Inter americano poderão apresentar ao Conselho Inter americano Económico e Social e ao Conselho Inter americano de Educação, Ciência e Cultura relatórios sobre o cumprimento das disposições deste Protocolo, no campo de suas atividades.

5. Os relatórios anuais que o Conselho Inter americano Económico e Social e o Conselho Inter americano de Educação, Ciência e Cultura apresentarem à Assembleia Geral conterão um resumo da informação recebida dos Estados Partes neste Protocolo e dos organismos especializados sobre as medidas progressivas adotadas a fim de assegurar o respeito dos direitos reconhecidos no Protocolo e das recomendações de carácter geral que a respeito considerarem pertinentes.

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 Inter americana 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.

7. Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a Comissão Inter americana de Direitos Humanos poderá formular as observações e recomendações que considerar pertinentes sobre a situação dos direitos económicos, sociais e culturais estabelecidos neste Protocolo em todos ou em alguns dos Estados Partes, as quais poderá incluir no Relatório Anual à Assembleia Geral ou num relatório especial, conforme considerar mais apropriado.

8. No exercício das funções que lhes confere este artigo, os Conselhos e a Comissão Inter americana de Direitos Humanos deverão levar em conta a natureza progressiva da vigência dos direitos objeto da proteção deste Protocolo.

Artigo 20

Reservas

Os Estados Partes poderão formular reservas sobre uma ou mais disposições específicas deste Protocolo no momento de aprová-lo, assiná-lo, ratificá-lo ou a ele aderir, desde que não sejam incompatíveis com o objetivo e o fim do Protocolo.

Artigo 21

Assinatura, ratificação ou adesão.

Entrada em vigor

1. Este Protocolo fica aberto à assinatura e à ratificação ou adesão de todo Estado Parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

2. A ratificação deste Protocolo ou a adesão ao mesmo será efetuada mediante depósito de um instrumento de ratificação ou de adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos.

3. O Protocolo entrará em vigor tão logo onze Estados tiverem depositado seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão.
4. O Secretário-Geral informará a todos os Estados membros da Organização a entrada em vigor do Protocolo.

Artigo 22

Incorporação de outros direitos e ampliação dos reconhecidos

1. Qualquer Estado Parte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos poderão submeter à consideração dos Estados Partes, reunidos por ocasião da Assembleia Geral, propostas de emendas com o fim de incluir o reconhecimento de outros direitos e liberdades, ou outras destinadas a estender ou ampliar os direitos e liberdades reconhecidos neste Protocolo.
2. As emendas entrarão em vigor para os Estados ratificantes das mesmas na data em que tiverem depositado o respectivo instrumento de ratificação que corresponda a dois terços do número de Estados Partes neste Protocolo. Quanto aos demais Estados Partes, entrarão em vigor na data em que depositarem seus respectivos instrumentos de ratificação.