

OS DIREITOS SOCIAIS COMO ANOMALIAS. REFLEXÕES EM TORNO DA
JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E
CULTURAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO / SOCIAL RIGHTS AS
ANOMALIES. REFLECTIONS ON JUSTICIABILITY OF ECONOMIC, SOCIAL
AND CULTURAL RIGHTS IN INTERAMERICAN SYSTEM

Enrique Del Carril ¹

Resumo

O presente artigo busca discutir a justiciabilidade dos direitos sociais. No entender do autor essa discussão vem percorrendo os mesmos caminhos. E parece não alcançar ainda uma resposta unívoca, final.

O artigo procura mostrar que a razão pela qual esta discussão parece não ter solução se deve ao fato de que os pressupostos sobre os quais se sustenta impedem sopesar com clareza a magnitude do que na realidade está em questão.

Isto porque quando se fala dos direitos sociais e de sua justiciabilidade, deixa-se de lado (há algumas exceções) uma explicação acabada do fundamento desses direitos. Isto enseja repensar o que entendemos por direitos humanos e, óbvia consequência, o que queremos dizer com esse substantivo “direitos” e com esse adjetivo “humanos”.

Palavras-chave: Justiciabilidade dos direitos sociais. Direitos sociais. Fundamentos dos direitos sociais. Constitucionalização dos direitos.

Abstract

This paper discusses the justiciability of social rights. According to the author this discussion has been touring the same paths. And it seems not yet to reach an unambiguous, final answer.

The article seeks to show that the reason why this thread seems to have no solution due to the fact that assumptions about which it supports prevent clearly weigh the magnitude of what in reality is concerned.

This is because when one speaks of social rights and their justiciability, let aside (there are some exceptions) a completed explanation of the basis for such rights. This entails rethinking what we mean by human rights and obvious consequence, what we mean by this substantive "rights" and the adjective "human".

Keywords: Justiciability of Social Rights. Social rights. Fundamentals of social rights. Constitutionalization of rights.

Introdução

¹ Professor Adjunto do Master en Derecho y Magistratura Judicial da Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina) e Doutorando em Direito na mesma instituição. Tradução do espanhol por Frederico Bonaldo, Professor visitante da Faculdade de Direito da UERJ, Mestre em Direito pela UERJ e Doutorando em Direito pela Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina).

A discussão sobre a justiciabilidade dos direitos sociais vem transitando, há já um tempo, pelos mesmos caminhos. E parece não alcançar ainda uma resposta unívoca, final.

No que segue, tentarei mostrar que a razão pela qual esta discussão parece não ter solução se deve ao fato de que os pressupostos sobre os quais se sustenta impedem sopesar com clareza a magnitude do que na realidade está em questão.

A frase está trilhada, mas a árvore não deixa ver o bosque.

Isto porque quando se fala dos direitos sociais e de sua justiciabilidade, deixa-se de lado (há algumas exceções, desde logo) uma explicação acabada do fundamento desses direitos, de seu caráter jurídico. Isto enseja repensar o que entendemos por direitos humanos e, óbvia consequência, o que queremos dizer com esse substantivo “direitos” e com esse adjetivo “humanos”².

Se a justiciabilidade dos direitos é um tema de enormes implicações no plano prático, também o é com relação à teoria geral dos direitos humanos. Os direitos sociais são molestos, conflitivos. É fácil ver que se dão bastante mal com as estruturas – epistemológicas e institucionais – com as que costumamos operar quando se encontram em jogo direitos fundamentais. Por isso, a pergunta pela justiciabilidade dos direitos sociais acarreta – inexorável consequência – uma resposta sobre o fundamento e a natureza dos direitos humanos em geral.

Como consequência, o tema da justiciabilidade dos direitos sociais é quase um pretexto; uma ocasião ideal para voltar a examinar o fundamento mesmo dos direitos humanos.

Segundo explica Kuhn, todos os saberes se estruturam sobre um determinado paradigma, ou seja, um arcabouço teórico capaz de prover respostas sobre um determinado objeto da realidade. Mas, a cada tanto, ocorre uma anomalia: um problema particular não pode ser resolvido, e põe em questão todo o edifício teórico³.

Os direitos sociais são esta anomalia.

A estrutura dos direitos sociais

² V., neste sentido, BIDART CAMPOS, Germán J. Teoría general de los derechos humanos. Buenos Aires: Astrea, 1ª reimp., 2006, p. 1 ss.

³ SERNA, Pedro. Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. México : Porrúa, 2006, pp. 7-12.

1. Sobre a pergunta e o que ela deixa entrever

A pergunta que vou fazer-me não é demasiado original. Mais: poderíamos dizer que é uma das principais questões que, hoje, se desvelam aos que se dedicam ao Direito internacional dos direitos humanos. Como esta pergunta é tão usual, não lhe dedicaremos demasiado espaço. O que aqui interessará – mais do que a pergunta em si – são as respostas que se tentaram dar. É aí que, creio, entram em jogo importantes questões sobre a fundamentação dos direitos humanos e sobre o conceito mesmo de direito.

Primeiro, vamos à pergunta.

São justiciáveis os direitos sociais?⁴ Isto é: é possível reclamar aos tribunais perante o seu não cumprimento?

E a pergunta é importante pelos seus efeitos práticos, já que encerra a encruzilhada, nada desdenhável, entre considerá-los direitos subjetivos ou, pelo contrário, simples apelações morais ou proclamas políticas, e, portanto, sem possibilidade de serem exigidos judicialmente.

Interrogar-se, então, acerca da justiciabilidade dos direitos sociais é perguntar-se pela sua própria essência, pela sua condição de direitos⁵.

Consideremos, assim, que os direitos sociais são precisamente isto: direitos; e passemos analisar a sua condição de justiciáveis. Certamente, esta decisão metodológica já implica, de por si, um certo posicionamento sobre o conceito de direito: ao tratar o problema da justiciabilidade desses direitos, estamos dando por assentado que – de algum modo – a ideia de direitos está separada da possibilidade concreta de fazê-los valer perante os tribunais⁶.

⁴ Esta denominação é comum na literatura sobre o tema, mas ainda assim vale o esclarecimento: quando, neste trabalho, me refiro a “direitos sociais” estou querendo dizer aquilo que nos instrumentos internacionais se compreende na categoria de direitos sociais, económicos e culturais; isto é, os direitos ao trabalho, à seguridade social, à saúde, à educação, à proteção dos mais fracos etc.

⁵ Assim, por exemplo, SERNA BERMÚDEZ, Pedro. “Los derechos económicos, sociales y culturales: posiciones para un diálogo” In: *Humana Iura* nº 7, Pamplona, 1997, pp. 265-288, nega essa condição e os considera “...condições de possibilidade (ex parte facit) dos direitos – sem as quais o gozo e o exercício real destes não resulta possível – mas não são eles mesmos direitos” (p. 286).

⁶ Um direito será tal e conservará esta natureza mesmo quando sua invocação judicial for impossível por circunstâncias alheias à sua configuração; por isso, podemos considerar que existe um direito à liberdade de expressão mesmo quando nos encontremos num regime político que a negue (uma vez que este impedimento é “externo” à própria natureza deste direito), mas não poderíamos identificar nesta categoria, por exemplo, o “direito” ao amor paterno (e exigi-lo perante os tribunais), uma vez que não é mais do que um débito de ordem moral.

2. Sobre as respostas possíveis

Há, desde logo, duas posturas extremas: as que negam aos direitos sociais a sua justiciabilidade e as que a admitem sem restrições.

No primeiro caso, diz-se que esses direitos são essencialmente diferentes dos “civis e políticos”, que esta diferença é essencial e que lança por terra a possibilidade de sua reclamação judicial, porque, enquanto os direitos civis não reclamam do Estado mais do que uma atitude meramente passiva – a de não entorpecer o seu exercício –, os sociais impõem prestações concretas com vistas a serem efetivados. Por isso, estes últimos seriam “programáticos”, isto é, pautas dirigidas aos órgãos políticos, mas que não podem ser reclamados perante os juízes.

A partir de outra perspectiva, argumenta-se que não há uma diferença conceitual entre ambos, que tanto os direitos civis como os sociais exigem obrigações passivas e ativas, que sempre é preciso comprometer recursos financeiros estatais⁷. Que todos os direitos supõem, ao menos, alguma dimensão justiciável⁸.

A discussão se apresenta, então, nestes termos: frente ao indiscutível dado de que os direitos civis, sim, são justiciáveis, ou se sustenta a justiciabilidade dos direitos sociais, atribuindo-lhes os mesmos traços que os dos civis, ou, pelo contrário, ressaltam-se as suas diferenças e se lhes nega o seu acesso aos tribunais.

3. Direitos contínuos ou direitos descontínuos

Parece certo que os direitos humanos são uma categoria homogênea. As diferenças entre eles são, na verdade, de grau. Mas esta postura mostra algumas arestas que parecem difíceis de aparar a partir da perspectiva em que se costuma abordar o

⁷ GIALDINO, Rodolfo E. “Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional” In: Investigaciones 2, Buenos Aires, Secretaría de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, 1999, pp. 361-395.

⁸ A bibliografia é abundante, ainda que em nosso país – uma vez que são os autores que mais se dedicaram ao tema – é incontornável a leitura de ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. El umbral de la ciudadanía (el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional). Buenos Aires : Estudios del Puerto, 2006 e Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid : Trotta, 2002.

tema; este defeito se adverte especialmente quando os autores tentam fundar esta continuidade entre os direitos.

Em primeiro lugar, a inexatidão é argumental. Afirmar que todos os direitos (civis e sociais) ensejam algum dispêndio ou outros atos positivos estatais para assegurar a sua vigência, não é suficiente para controverter o alegado caráter programático dos direitos sociais. Em estrita lógica, a partir desta premissa conclui-se validamente tanto que os direitos sociais não são programáticos como que os direitos civis também são programáticos. Como se vê, este argumento não resolve a percepção geral (acolhida nos instrumentos internacionais) de que os primeiros são facilmente invocáveis em sede judicial, ao passo que os segundo têm alguma peculiaridade que, ao menos, tornam complicada a sua judicialização ⁹.

Por outro lado, o que parece, sim, uma característica significativa é que todos os direitos ensejam obrigações de respeito (abster-se de entorpecer o livre exercício dos direitos), de proteção (sancionar toda perturbação ao livre exercício dos direitos) e de satisfação ou garantia (adotar medidas que promovam o gozo dos direitos) ¹⁰. Parece indubitável que, em maior ou menor medida, o Estado deve assumir os três tipos de obrigações a respeito de qualquer direito – civil ou social –, embora varie a intensidade de uma ou outra obrigação, dependendo do direito de que se trate.

Por exemplo, é mais intensa a obrigação de satisfação ou garantia em relação aos direitos à seguridade social ¹¹, ao passo que têm preeminência as obrigações de proteção perante o direito à liberdade de consciência ¹², e, pelo contrário, são mais importantes as obrigações de respeito relativas ao direito à honra e à dignidade ¹³.

Esta rede de obrigações estatais é, então, uma característica comum a todos e a cada um dos direitos.

Isto não significa que o Estado tem uma ou outra obrigação dependendo do direito, mas que estas são lados de uma mesma moeda: “uma obrigação é positiva ou negativa segundo a sua descrição, e, habitualmente, observamos que para cada direito

⁹ Esta divisão dos deveres estatais em obrigações de respeito, de proteção e de satisfação e garantia, eu a extraio de ABRAMOVICH. *El umbral...*, p. 26.

¹⁰ Artigo 9 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador).

¹¹ Artigo 12 do Pacto.

¹² Artigo 12 do Pacto.

¹³ Artigo 11 do Pacto.

há descrições alternativas possíveis”¹⁴. A identificação entre direitos e obrigações estatais responde, na verdade, à ênfase posta ao descrevê-los ou ao grau de vigência que esse direito tem na comunidade. É fácil advertir que, quando um direito tem reconhecimento e promoção plena, necessita, por parte do Estado, de respeito e proteção, e que quando se encontra ainda em germe, as obrigações são preponderantemente de satisfação e garantia.

Como vemos, este critério, sim, é pertinente para indicar a homogeneidade dos direitos humanos. E é de interesse, pois mostra “que as diferentes categorias de direitos constituem um todo indissolúvel que encontra a sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana”¹⁵.

Mas, se é certo que os direitos são homogêneos, ou, melhor, que formam um continuum, tampouco se pode negar que os direitos sociais precisam, para adquirir vigência, de um diferente impulso da atividade estatal, mais enérgico. Isto foi advertido inclusive pelos mais esforçados defensores da justiciabilidade dos direitos sociais¹⁶. Pois bem, pareceria razoável que este maior esforço estatal justifique um tratamento diferente perante os tribunais: considerações como a divisão de poderes ou a especial idoneidade do Executivo e do Legislativo sobre o Judiciário para lidar com essas questões são perfeitamente atendíveis.

Como conclusão: se é certo que não há diferenças essenciais entre os direitos civis e sociais, esta distinção tampouco é desdenhável. Ressalta uma característica

¹⁴ ATRIA, Fernando. “¿Existen derechos sociales?” In: *Discusiones*, nº 4, Alicante, 2004. É interessante todo esse volume da publicação – muitas das idéias que aqui se expõem surgiram da sua leitura – dedicado exclusivamente ao intercâmbio de opiniões sobre a existência dos direitos sociais. A revista se completa com estes artigos: BERNAL PULIDO, Carlos. “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?”, de Fernando Atria”; CRUZ PARCERO, Juan Antonio. “Leones, lenguajes y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales”; GARGARELLA, Roberto. “Derecho y disociación. Un comentario a “¿Existen derechos sociales?”, de Fernando Atria” e ATRIA, Fernando. “Réplica: derechos y política a propósito de los derechos sociales”.

¹⁵ Preâmbulo do Protocolo de San Salvador.

¹⁶ Assim, por exemplo, Abramovich e Courtis – cuja dedicação aos direitos sociais, econômicos e culturais já foi assinalada – precisavam que “os direitos sociais, econômicos e culturais [tal como os direitos civis] também podem ser caracterizados como um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado, ainda que neste caso as obrigações positivas revistam uma importância simbólica maior para identificá-los” (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales” In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (comp.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires : Centro de Estudios Legales y Sociales – Editores del Puerto, 1997, p. 287.

importante: o diferente teor da atividade estatal que necessitam para lograr a sua vigência.

Fica, então, por ver-se se esta característica condiciona de alguma maneira a sua invocação em sede judicial e, se assim for, se varia a situação, quer se trate de tribunais internos ou internacionais.

Todos os direitos humanos são iguais?

1. Uma classificação geracional e uma política

Como vimos, os direitos humanos não são iguais, ao menos em um certo aspecto. Alguns precisam de um impulso de atos concretos por parte das autoridades estatais e outros não (ou, melhor, não tanto).

A que se deve, então, este diferente tratamento entre um e outro? Tradicionalmente, recorreu-se a duas categorias que pareceriam coincidir: a divisão – que vimos usando – entre direitos civis e políticos, por um lado, e, por outro, a divisão entre direitos econômicos, sociais e culturais; e a categoria das chamadas “gerações” de direitos.

Ocorre que estas categorias (em especial, a primeira) atendem exclusivamente a conjunturas históricas. Os direitos civis e políticos aparecem com as reivindicações da incipiente burguesia dos séculos XVIII e XIX, e os direitos sociais – que obtêm a sua carta de cidadania entre finais do século XIX e as primeiras décadas do XX – dão as caras em razão da chamada “questão social”, nascida da revolução industrial e do surgimento da classe trabalhadora fabril¹⁷. Ambas as categorias, sustentadas pelas oposições ideológicas da Guerra Fria, trasladaram-se rapidamente às convenções internacionais: os países do Ocidente puseram ênfase nos direitos civis, ao passo que a União Soviética e a Europa oriental fizeram-no sobre os sociais¹⁸.

Em suma, esta dupla classificação é puramente discursiva, se abebera na

¹⁷ ABRAMOVICH; COURTIS. El umbral..., pp. 33 ss.

¹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional” In: Lecciones y Ensayos 69/70/71, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 53-103.

história ou na sociologia. E ainda que possa ser interessante a partir de tais de tais pontos de vista, mostra-se mais débil na Teoria do Direito, já que não aporta material analítico para fundar uma delimitação válida dos direitos. A translação de critérios que hoje poderíamos chamar “arqueológicos”, demonstrou-se estéril na teoria geral dos direitos humanos.

Isto porque, confrontados tais critérios com o que os direitos humanos são, vemos que existem importantes caracteres comuns que debilitam muito a classificação. Ademais, a distinção nem sequer é nítida “dentro” de ambos os grupos: existem alguns direitos, considerados civis, que parecem corresponder-se melhor com os caracteres atribuídos aos sociais, e vice-versa ¹⁹.

No entanto, a persistência dessas categorias tem que responder a alguma função, posto que um simples conservadorismo parece uma explicação insatisfatória para tão longa vida.

A resposta, creio, pode se encontrar naquilo que se entende quando se fala de direitos humanos. Existe um arraigado consenso de que os direitos humanos são direitos subjetivos, que, enquanto tais, se constituem como uma potestade do indivíduo, uma barreira frente ao Estado. E, a partir deste marco, se entende a translação daquelas categorias históricas à teoria do direito.

Conforme a tradição liberal clássica, os direitos humanos precedem a existência da sociedade (pertencem ao “estado de natureza”) e, por isso, se entendem como uma defesa dessa “porção” de liberdade que o homem reservou para si ²⁰. Por sua vez, os direitos sociais – ainda que digam respeito a outra perspectiva ideológica (em certa medida oposta) – também foram apresentados como direitos subjetivos, a fim de colocá-los em pé de igualdade com os específicos da visão liberal. O objetivo dessa igualação foi estratégico: se houvessem sido apresentados só como imperativos sociais, não poderiam competir com os direitos civis, já que estes nasceram, precisamente, como um seguro contra reclamos desse tipo ²¹.

Assim, os objetivos históricos que marcaram o nascimento dos direitos civis e dos sociais fixaram a sua natureza e estrutura conceitual. Ambos tomaram forma de

¹⁹ RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Derechos liberales y derechos sociales” In: *Doxa* 15-16, Alicante, 1994, pp. 651-674.

²⁰ ATRIA, op. cit.

²¹ ATRIA, op. cit.

direitos subjetivos para ser mais eficientes na função para a qual foram “inventados”: os direitos civis para proteger o indivíduo da comunidade e os direitos sociais para “competir” em igualdade de condições com os civis.

Sobre esta base, podemos inferir que essa caracterização é, na verdade, acidental e motivada por questões que poderíamos qualificar como conjunturais.

Mas, hoje em dia, superada essa visão conflitiva da sociedade (o homem contra o Estado), o que restou é bastante pobre. Por um lado, têm-se direitos civis erigidos em garantias meramente formais, úteis tão somente se a pessoa possui as condições materiais para fazê-los valer. Por outro, têm-se direitos sociais espremidos numa estrutura conceitual que não os apreende em toda a sua dimensão, e que, por isto, os obriga a forçar os seus próprios limites para se tornarem efetivos.

2. Há outra definição dos direitos humanos?

Ao classificar os direitos humanos em civis e sociais, chega-se, então, necessariamente, a este paradoxo insuperável. Se se enfatizam as suas diferenças, os direitos sociais têm um status ontológico menor, porquanto estão em franca oposição com direitos civis, considerados o paradigma dos direitos humanos. Se se destacam as suas características comuns e se são entendidos como afirmações da liberdade individual contra o Estado, são puramente declamatórios, porque não podem resolver suas próprias contradições, em especial a sua condição de direitos nascidos da própria comunidade à que, em aparência, deveriam se opor para assegurar a sua vigência.

E esta é a contradição sobre a qual se funda toda a discussão sobre direitos sociais. Uma contradição que não está neles mesmos, mas no fundamento que se lhes deu. Em ambos os casos, parte-se da base de que os direitos humanos são uma potestade do indivíduo, uma arma de defesa contra as ingerências do poder: “Por definição, os direitos subjetivos protegem posições subjetivas individuais”²².

Paradoxalmente, o problema dos direitos sociais não está no que os diferencia

²² BERNAL PULIDO, Carlos. “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?”, de Fernando Atria” In: Discusiones, nº 4. Embora possamos encontrar esta afirmação em quase todos os autores que se dedicam ao tema, é especialmente interessante este artigo, resposta controversa ao de Fernando Atria, posto que mostra que tanto os que negam como os que sustentam a condição de direito dos direitos sociais partem da base de que a existência e o sentido dos direitos em geral é a sua condição de ferramenta do indivíduo contra o poder do Estado.

dos direitos civis, mas naquilo que se lhes atribui como traço comum: a sua natureza de potestades subjetivas contra o Estado.

Uma coisa é evidente: um fundamento comum é necessário para poder fazer jogarem juntas ambas as categorias de direitos. Pouco importará como os classificaremos, se usaremos categorias históricas, políticas ou sociológicas, se isto não enturvar o substrato comum dos direitos. A homogeneidade de todos os direitos humanos, defendida por aqueles que se interessam pela vigência efetiva dos direitos sociais (que enseja, em suma, a defesa de um Estado justo e equitativo), é um grande acerto, que deve ser sustentado. O problema é que, para lográ-lo, utilizou-se o paradigma epistemológico dos direitos liberais. E isto, com o passar do tempo, desembocou em posturas insustentáveis.

Mas, o que aconteceria se os direitos humanos fossem outra coisa em vez de instrumentos de oposição aos interesses da sociedade?

Então, não haveria inconveniente em fazer “competir” em pé de igualdade os direitos civis e sociais.

3. Uma mudança de fundamento

Como vimos, o inconveniente insolúvel na fundamentação dos direitos sociais é que – quer seja explícita ou embuçadamente – se procura justificá-los e entendê-los dentro do horizonte filosófico ²² que deu origem aos direitos civis. Isto é, são entendidos a partir da noção geral de que o homem é só liberdade; é a sua liberdade e o que dela faz.

Esta concepção foi suficiente em seu momento para entender e explicar os direitos civis, cuja única pretensão é o *laissez faire*, só compatível com um Estado com funções policiais, limitado a proteger os seus cidadãos contra a ingerência de terceiros no exercício dessa liberdade onímoda. A partir desta perspectiva, é compreensível que se considere que a atividade específica do Estado frente aos direitos humanos é a não intervenção: os direitos humanos só seriam a roupagem jurídica para salvaguardar o direito geral de liberdade.

Mas o problema desta noção é que a própria realidade se encarregou de demonstrar que, sem ações positivas em favor de sua vigência, os direitos (todos os direitos) ficam reduzidos a uma garantia meramente formal, exercida por quem se

encontra em condições materiais adequadas: a “proteção” dos direitos humanos se transforma em um discurso vazio, funcional para proteger poucos. Do outro lado, o discurso dos direitos sociais, baseado na solidariedade humana ou na sua identificação com os objetivos da comunidade, traz o risco de que o conteúdo destes direitos seja

²²

preenchido com as expectativas dessa comunidade, e que, dessa maneira, se negue vigência a direitos que não encontram em seu horizonte axiológico.

Esta é a razão pela qual se costuma dizer que os direitos pensados em chave social são a negação dos civis: uma equiparação entre direitos humanos e objetivos sociais tenderá a negar qualquer pretensão que a eles se opuser. E, como estas pretensões são necessariamente individuais ou de grupos que não se identificam com os valores majoritários da sociedade, a consequência será a negação dos direitos dos indivíduos isolados em benefício de uma maioria que impõe a sua própria visão do mundo.

4. A pessoa por detrás dos direitos

Como vimos, por detrás de ambas as classes de direitos subjaz uma antropologia que considera o ser humano como pura liberdade. Esta é uma noção comum, que percorre todo o discurso dos direitos humanos. Embora se diga que a aparição dos direitos sociais tenha ensejado uma mudança de mentalidade, porque “enquanto que o titular dos direitos civis e políticos proclamados na etapa liberal era o homem-indivíduo em sua razão de ser abstrata, universal e imutável, o destinatário dos direitos econômicos, sociais e culturais é o homem histórico concreto, isto é, o homem definido (na verdade, constituído) pela particular e real situação social em que se encontra confinado”²³. Porém, ainda que entre estas duas visões exista uma certa mudança na perspectiva antropológica, a idéia de que o ser humano é liberdade (liberdade em abstrato, no primeiro caso, e liberdade “situada”, no segundo) se mantém.

²³ CASTRO CID, Benito de. Los derechos económicos, sociales y culturales (análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos). Ponferrada : Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1993, p. 70.

Porém, esta idéia é insatisfatória para fundamentar os direitos humanos em geral ²⁴ e, por isto, apresenta problemas insolúveis na fundamentação dos direitos sociais. Como consequência, para que os direitos sociais tenham sentido e possam ser invocados num plano de igualdade com os civis, impõe-se revisar nada menos que o fundamento mesmo dos direitos humanos ²⁵. Deve-se repensar a noção de pessoa que a ele subjaz.

O que se perdeu, tanto entre os defensores como entre os detratores dos direitos sociais, é a visão da pessoa em sua integralidade. Como contraposição à noção do humano que dava fundamento aos direitos civis, se lhe opôs outra que ressaltava características pretensamente opostas. Contra esse ser humano imaginado pelo pensamento novecentista – essa visão estática da natureza humana como algo acabado e, por isso, plenamente acessível ao intelecto, como se fosse um objeto de observação científica – se lhe opôs uma noção do humano que descansa sobre a sua condição histórica, sobre o seu devir e dinamismo.

O ser humano pensado pelo liberalismo clássico era possuidor de sua liberdade pelo simples fato de existir; por isto, reclama do Estado a não intervenção ou, máximo, a proteção contra as ingerências de terceiros. Se fosse deixado à sua livre ação, poderia levar a cabo o seu objetivo vital. Por isso, a inviolabilidade das relações interpessoais, o livre exercício de liberdades era bom em si e não devia ser perturbado pelo Estado. Por sua vez, o homem histórico, aquele pensado pelas vertentes sociais, ao “existir no mundo” encarrega-se de que a liberdade não seja um conceito abstrato, mas que dependa da situação. Por isto, reclama do Estado uma maior intervenção, a fim de construir o equilíbrio nas relações comunitárias.

Esta oposição, porém, não é tão radical como parece. Parte de similares pressupostos antropológicos e, assim, está impedida de dar solução às mesmas interrogações.

5. A tensão

²⁴ V. SERNA BERMÚDEZ, Pedro. Positivismos conceptual y fundamentación de los derechos humanos. Pamplona : EUNSA, 1990, passim.

²⁵ Uma crítica aos pressupostos que fundamentam os direitos humanos pode-se ver em CIANCIARDO, Juan. El ejercicio regular de los derechos (análisis y crítica del conflictivismo). Buenos Aires : Ad Hoc, 2007, pp. 139-183.

A resposta estaria, então, em outra idéia de humanidade. Uma idéia que reconheça em todos os seres humanos caracteres comuns e imutáveis (o seu aspecto “estático”), mas com a consciência de que estes só se desenvolvem na história, só podem fazer-se efetivos nesse ou naquele homem concreto que se encontra situado no tempo e no espaço (o seu aspecto “dinâmico”).

Desde esta perspectiva pode-se pensar numa noção dos direitos humanos que tem presente quais são os bens que constituem a pessoa, mas que, por outro lado, tem consciência de que os mesmos só podem realizar-se na história, isto é, por mediação da comunidade em que o indivíduo se desenvolve. Esta visão do humano dá fundamento a direitos indissolivelmente unidos pelo dado comum da existência pessoal. Ademais, ao se depreender diretamente do indivíduo concreto, estes direitos transcendem a comunidade política, em razão de que o seu reconhecimento não depende dela, embora seja necessário que esta os faça efetivos.

Os direitos, então, deverão ser reconhecidos pela comunidade, mas, ao mesmo tempo, não serão uma pretensão contrária a ela. Um direito fundado na noção de pessoa, em vez da de liberdade, pode ser entendido a partir de dentro da comunidade e, portanto, dar fundamento a direitos inequivocamente “comunitários”, como os direitos sociais²⁶. Se prescindirmos da idéia dos direitos humanos como “porções” de uma liberdade ilimitada, em contínua pugna com interesses sociais que devem coartá-la “a partir de fora”, poremos em pé de igualdade os direitos sociais e os civis. Ambos se entenderão como expectativas do homem de desenvolver suas potencialidades e, como tais, merecedores de toda a proteção estatal.

Estes “direitos humanos [serão] aqueles direitos subjetivos cujo título radica na personidade de seu sujeito, ou em algumas das dimensões básicas do desenvolvimento dessa personidade, e dos quais eles é titular, reconheça-os ou não o ordenamento jurídico positivo, e ainda que este os negue”²⁷.

A própria pessoa será o substrato e a fundamentação dos direitos²⁸. Uma

²⁶ São chamados “comunitários” porque os direitos sociais só são explicáveis num homem que vive numa comunidade; ao contrário dos direitos civis, que poderiam ser pensados prescindindo dessa dimensão comunitária.

²⁷ MASSINI, Carlos I. *Filosofía del derecho*. Tomo I: El derecho y los derechos humanos, 1ª ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2001, p. 102.

²⁸ V. TOLLER, Fernando. “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales” In: FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.). *Interpretación constitucional*. Tomo II. México : Porrúa – UNAM, 2005, PP. 1199-1284: “...por tras dos direitos está o homem, e, por isso, deixar um direito para trás significa

natureza que não é totalmente algo dado ao indivíduo, mas que vai se fazendo em cada um de seus atos e decisões. Daí a importância de que seja provida de todas as garantias para que esse construir-se da personalidade possa fazer-se efetivo. A proteção e promoção dos direitos humanos será, a partir desta perspectiva, aquilo que a comunidade aportar ao homem para o seu desenvolvimento em plenitude.

Esta idéia é crucial, porque, se tomarmos consciência de que os direitos, para que sejam efetivos, dependem da circunstância temporal-espacial em que o indivíduo se encontra, entenderemos que não há oposição real entre direitos exigíveis per se e certa progressividade ao pô-los em prática. O que existe como exigência imutável (e, se se quer, pré-estatal) é uma série de bens que correspondem à pessoa pelo simples fato de ser, mas que, na forma em que se modalizam, dependem da comunidade.

Adverte-se, assim, a nova tensão dos direitos humanos. Por um lado, existem por si e são independentes de seu reconhecimento pelo Estado (e, por isto, podem ser reclamados, já que a própria comunidade política existe, se constitui e se legitima pelo reconhecimento e proteção da pessoa). Por outro, esses direitos não adquirem o seu exato ponto e medida se a comunidade não os recebe e não os especifica de acordo com as suas possibilidades.

O fundamento radical dos direitos será, então, aqueles bens que perfazem a hominidade; bens que, pela sua condição de especificamente humanos, têm uma dimensão comum a todos, mas que só existem na pessoa concreta e individualizada.

Isto poderia parecer excessivamente abstrato, pura especulação filosófica, mas, como veremos, têm consequências muito concretas à hora de pensar na exigibilidade judicial dos direitos humanos; e, em especial, dos direitos sociais, que viriam a ser um banco de prova, um dos hard cases a que Dworkin costuma fazer referência.

O fundamento dos direitos humanos e o sistema interamericano

1. Rumo a direitos com mínimo e máximo

menosprezar uma pessoa (...) todos os direitos humanos guardam relação com o modo de ser próprio do homem, uma vez que são o modo de se efetivar algumas exigências que garantem ao ser humano a vida

digna (...) os direitos, como têm relação com a natureza humana, são meios que confluem na mesma direção, qual seja, a da realização dos fins da pessoa (...) os fins do homem, por sua vez, não implicam exigências contraditórias ou enfrentadas, uma vez que o ser humano é, na sua base, uma unidade” (p. 1281).

A partir das idéias do capítulo anterior, pode-se estabelecer alguma aproximação ao problema da justiciabilidade dos direitos sociais. Esta resposta será – desde já, advirto – parcial e esquemática: justamente a noção do humano, que acabo de expor, descarta uma idéia dos direitos como conceitos abstratos que podem ser delimitados sem mais.

Em seu lugar, a passagem entre a sua condição de bens humanos e a sua necessária concreção propõe a permanente tensão à que se fez referência. Porque esta concreção se dará em graus crescentes: partindo da maior abstração que enseja o desvelamento dos bens humanos sustentadores e fundamentadores dos direitos, passando pela sua concreção histórica e pela sua recepção nos textos legais, e chegando à sua aplicação nos casos concretos.

Como já se terá advertido, o que aqui é proposto não é senão o problema da interpretação dos direitos humanos ²⁹. Uma interpretação que se confunde com a realidade do homem que aplica o direito ³⁰ e que é algo mais (embora esse aspecto seja importante) que desentranhamento do sentido de certos textos, mas que consiste numa hermenêutica existencial, que dilucida hic et nunc qual é a relação justa ou o conteúdo exato do direito.

Esse grau de abstração máxima constituído pelos bens humanos, apresenta objetivos para os quais a própria comunidade existe e tem sentido. A ordem social está ordenada a obter (ou a permitir que o homem obtenha) esses bens. Ao “traduzir-se” à linguagem do direito, apresentam exigências melhor determinadas, mas que – como logo veremos – não representam obrigações específicas, mas sim pautas indicativas ou

²⁹ Na conhecida frase de Gadamer “todo entender é sempre um interpretar” (GADAMER, Hans Georg. *Verdad y método*. Salamanca : Sígueme, 1977, p. 461).

³⁰ “Existir não é senão tomar parte num contínuo esforço de interpretação. Supõe interpretar o mundo circundante reinterpretando-se, ao mesmo tempo, pessoalmente, ou, o que é o mesmo, modificá-lo para ser automaticamente modificado (...) O direito é uma dimensão humana – um aspecto a mais dessa incessante ‘interpretação’” (OLLERO, Andrés. “Legitimación democrática del derecho y positivismo legalista” In: ID. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*. Madrid : Edersa, 1982, pp. 147-154.

metas a serem obtidas. Por fim, o reclamo da pessoa do “seu” direito no caso, obrigará que o bem humano se concretize maximamente ³¹.

Esta última concreção é relativamente fácil de determinar-se quando o que o sujeito exige é que “deixem-no fazer” com liberdade (e, aqui, adverte-se que a diferença entre direitos civis e sociais é supérflua: o que importa é o conteúdo da pretensão do sujeito). Mas o problema se dará no caso de que esse reclamo leve consigo uma exigência de atuação por parte de outro (Estado ou particular).

Em muitos casos, essa atuação do Estado implicará uma progressão, um avanço numa determinação mais exata desse direito. Dever-se-á, então, determinar o seu conteúdo essencial ³², e averiguar se este coincide com o fundamento do reclamo individual, posto que este conteúdo determinará a força da pretensão: quando o indivíduo exigir que se preserve o seu direito, a sua pretensão será atendível (terá receptividade judicial); quando o que pretender equivaler a que se alargue o seu direito, o seu reclamo será, *prima facie*, impertinente, e deverá se tornar compatível e coordenar-se com as pretensões dos demais membros da comunidade.

Essa diferença entre as exigências individuais de “não proibir” e as de “fazer” não se identifica com a divisão – já apontada – entre direitos que precisam de uma atividade estatal e direitos que somente reclamam a proteção e a permissão de gozo. Quando se diz, no parágrafo anterior, que o reclamo deve coordenar-se com os demais membros da comunidade, não se está afirmando sempre uma direta dimensão programática (e, portanto, não jurisdicionável) de certa categoria de direitos. Pelo contrário, o que se tenta ressaltar é que, superado esse conteúdo essencial a que se faz referência, qualquer outro reclamo deve contar, como parâmetro, pelo menos com o princípio da igualdade: colocar em igual condição os que estão na mesma situação.

Consequentemente, se os outros gozam daquilo que é objeto do reclamo, a petição é invocável judicialmente; pelo contrário, se assim não for, a pretensão deve ser feita valer dentro de um marco geral que permita uma distribuição equitativa. Mas,

³¹ Esta interpretação não é puramente mecânica ou automática, mas implica decisões, valorações e opções axiológicas por parte do operador do direito. A respeito, v. BIDART CAMPOS, Germán J. La interpretación del sistema de derechos humanos. Buenos Aires : Ediar, 1994, pp. 107-114.

³² MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luís. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

inclusive nesta última hipótese, a pretensão pode ser jurisdicionável, embora somente nas diferentes formas de legitimação coletiva ou plural ³³.

Para que isto se entenda – e ainda que a terminologia possa não ser muito feliz –, poder-se-ia dizer que, na entrada em vigor dos direitos sociais, existe um mínimo e um máximo.

Esses extremos marcarão o conteúdo dos direitos. O mínimo, por sua vez, identificará aquilo “por debaixo” do qual o direito em questão perde o seu sentido e se torna negado ou destruído. O máximo, a rigor, nunca será alcançado. Não há um “nível” máximo de saúde: a própria natureza da saúde humana fará com que, atingidas certas metas sanitárias ou de bem estar, o direito à saúde se desloque a objetivos cada vez mais ambiciosos ³⁴.

O que se acaba de dizer pode ser visto claramente no artigo 10 do Protocolo de San Salvador. Enquanto que o conteúdo concreto do que é “o desfrute do mais alto nível de bem estar físico, mental e social” é uma questão discutível e progressiva, as exigências do segundo parágrafo (a atenção primária e universal à saúde, a proteção contra enfermidades infecciosas, a luta contra as enfermidades endêmicas, a educação para a saúde e a proteção dos grupos de alto risco) são um minimum por debaixo do qual existe negação (ou, melhor, destruição) do direito em questão.

A correta delimitação desse mínimo e desse máximo representa um dos parâmetros que permitem estabelecer com clareza pautas para a possibilidade de julgamento dos direitos.

2. O mínimo

Neste campo, não é possível ser muito terminante: a questão do mínimo será,

³³ Isto sugere com especial urgência a necessidade de encontrar novas e mais imaginativas opções para os reclamos intentados por legitimados plurais ou coletivos. Embora muito se tenha avançado – especialmente na América Latina – sobre esse aspecto, a questão merece um atento acompanhamento e dedicação.

³⁴ Por exemplo, poderemos pôr em discussão o que inclui concretamente o direito à saúde, mas não duvidaremos de que o Estado, no mínimo, deve assistência perante uma emergência causada por catástrofe ou acidente. Mas, por outro lado, será objeto sim de controvérsia qual é o nível de saúde máximo “exigível”, pois dependerá de suas possibilidades concretas e das prioridades da comunidade (questões estas que devem ser ponderadas em nível político).

nitidamente, uma questão de interpretação. Determinar a justiça na aplicação concreta desses direitos implicará uma leitura das exigências da pessoa, situada num contexto determinado.

Por isto, obviamente, a aplicação dos princípios correlativos da igualdade e da não discriminação será um critério claro para determinar quando se violou esse mínimo. Se o Estado reconheceu certas prerrogativas ou “níveis” de direitos a algumas pessoas, deve reconhecê-los a todos ³⁵.

Isto implica que o mínimo não é algo rígido ou estático. Não se identifica, por exemplo, com uma suposta obrigação estatal de manter os seus habitantes exatamente acima da linha da pobreza. Se se construir comparativamente com os direitos que gozam outros integrantes da comunidade, este critério será dinâmico e, portanto, continuamente passível de revisão. E, no que tange à justiciabilidade dos direitos sociais – e esta é uma noção comum para os que têm se dedicado ao tema –, a aplicação dos princípios de igualdade e de não discriminação são portas de acesso dos direitos sociais aos tribunais, já que a idéia da “justiciabilidade” da igualdade não apresenta demasiados problemas para a mentalidade judicial hoje vigente. O mesmo se poderia dizer da proibição de regressividade, contrapartida do princípio de progressividade estabelecido em todos os pactos de proteção dos direitos sociais ³⁶. Estes critérios se constituem claramente em questões jurisdicionáveis pela sua fácil ponderação, uma vez que não cabem contra elas as clássicas prevenções para a invocação em juízo dos direitos sociais.

Essas prevenções se sustentam, essencialmente, sobre a base da doutrina da separação de poderes, segundo a qual a intervenção judicial nessas questões implicaria assumir decisões sobre políticas públicas ou sobre distribuição do orçamento, atribuições exclusivas dos poderes legislativo e executivo. Mas, certo é que, mesmo sob este pressuposto, todo ato de governo é suscetível de revisão judicial, ainda que sejam

³⁵ Salvo, desde logo, que existam motivos razoáveis e justificáveis que sustentem o diferente tratamento. Mas, a rigor, este diferente tratamento implica que não há igualdade entre os casos, mas sim, precisamente, diferenças essenciais. Esta é uma questão que se vincula também com o juízo de proporcionalidade, liminar na interpretação dos direitos fundamentais, mas que aqui não trataremos; no entanto, pode-se ver sobre o tema CIANCIARDO, Juan. El principio de proporcionalidad. Buenos Aires : Ábaco, 2004 e BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador). Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

tão somente alguns aspectos como a regularidade dos procedimentos, em virtude dos quais se assumiu a decisão política.

3. O máximo

Como vimos assinalando, se é plausível a invocação judicial dos direitos sociais, esta possibilidade não pode ser absoluta.

É comum a todos os instrumentos internacionais sobre o tema estabelecer a chamada “cláusula de progressividade”, segundo a qual esses direitos irão adquirindo plena vigência na medida em que o permitam as diversas circunstâncias (dentre as quais, a disponibilidade orçamentária não é a menos importante) dos países signatários.

Com freqüência quis-se ver nesta disposição um artifício dos Estados para escapar de suas obrigações; obrigações que são, em suma, o fundamento e o sentido de sua própria existência. Porém, levando-se em consideração que, como se disse, a vigência dos direitos tem como mínimo a proteção desses bens básicos do ser humano na situação vivencial em que se encontra, a idéia de uma certa progressão na vigência dos direitos sociais não significa um entorpecimento, mas a natural diversidade na aplicação dos direitos que, além de responder a causas econômicas, são entendidos no marco de uma variedade de nações, todas elas com a sua idiosincrasia e características especiais.

Isto é o que parece depreender-se dos Princípios de Limburgo³⁶, que se referem à diferente aplicabilidade dos direitos sociais conforme os países. Assim, por exemplo, no ponto 6: “A consecução de direitos econômicos, sociais e culturais pode produzir-se numa variedade de cenários políticos. Não existe uma via única para a sua realização”. É por isso que a exigibilidade deste máximo é mais difícil em sede internacional, se o que se pretende é respeitar as conjunturas e características dos Estados. Mas essa indeterminação não deve acarretar uma negação de direitos. O que se tenta impedir (e esta é a razoável preocupação dos Estados, que os levou a introduzir nos instrumentos internacionais as cláusulas de progressividade) é uma escalada de reclamos individuais dos mais díspares, vinculados longinquamente aos direitos sociais.

A implementação de novos níveis de direitos implica, necessariamente, um

³⁶ E/C.12/2000/13.

planejamento conjunto e uma planificação eminentemente política, e, por isso, dirigida à generalidade da população³⁷.

A admissão da plena justiciabilidade dos direitos sociais levaria, paradoxalmente, a uma violação do princípio de igualdade, porquanto seriam concedidos, ao ritmo das sentenças judiciais, novos direitos sociais a indivíduos concretos, ao passo que não se estaria provendo a outros. A ótica que admite esta opção levaria, em primeiro lugar, à ruptura da coesão social, que atinge toda a sociedade, e, além disto, esconde atrás de si a idéia – já criticada – de direitos que são tão somente pretensões do indivíduo contra o Estado. E isto é a negação mesma dos direitos sociais. Por isso, é preciso que cada decisão jurisdicional se preocupe em determinar qual é o conteúdo essencial do direito social invocado e as obrigações que, relativas a ele, o Estado deve cumprir minimamente, para depois justificar se esse caso se encontra dentro ou fora dessa órbita.

4. A justiciabilidade e o sistema interamericano

No que tange à forma, a justiciabilidade desses direitos no sistema interamericano de Direitos Humanos apresenta algumas complexidades.

Embora a aplicação do Protocolo de San Salvador esteja claramente aceita para a função consultiva da Corte³⁹ e na ordem interna dos países membros⁴⁰, nos

³⁷ Uma interessante apresentação sobre a relação entre os orçamentos nacionais e a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais pode ser vista em ELIZONDO BREEDY, Gonzalo; FERRARO CASTRO, Fernando. “Efecto de los derechos económicos, sociales y culturales en la formulación del presupuesto nacional” In: *Liber Amicorum*, Héctor Fix-Zamudio, vol. I. San José de Costa Rica : Corte Interamericana de Derechos Humanos – Unión Europea, 1998.

³⁹ Cf. CIDH. “‘Otros Tratados’ Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A nº 1.

⁴⁰ Cf. CIDH. “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A nº 18, em especial o ponto 32.

⁴¹ CIDH. Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C nº 72, em especial os pontos 95 a 99.

⁴² Artigo 19.6: “Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.”.

casos contenciosos está limitada só para algumas hipóteses ⁴¹: o direito à associação sindical e os direitos à educação, conforme prevê o Protocolo ⁴². Esta disposição do Protocolo poderia – e, de fato, assim se tem entendido – se interpretar como uma limitação para a invocação em sede internacional dos demais direitos contemplados neste instrumento.

Daí que no sistema interamericano a idéia da intrínseca unidade dos direitos humanos adquire vital importância à hora da aplicação casuística dos direitos.

Ao se interpretar cada um dos direitos como estruturas ou “roupagens jurídicas” autônomas, existentes só pela sua recepção nos instrumentos internacionais, a sua invocação seria claramente inaceitável: uma leitura puramente literal e sistemática desses textos conduz à inevitável conclusão de rejeição da justiciabilidade da maioria dos direitos sociais. Mas, se se entende que todos os direitos, os de qualquer índole, são só manifestações de uma mesma essencialidade, qual seja, a natureza humana, nada impede invocá-los com base em sua direta correlação com os direitos que, sim, foram aceitos na jurisdição interamericana.

Este é o critério que a Corte Interamericana esboçou com acerto no caso “Instituto de Reeducação do Menor”, no qual, a fim de identificar o conteúdo concreto do artigo 19 da Convenção Americana (Direitos da criança) o integrou com os direitos contemplados na Convenção dos Direitos da Criança e no Protocolo de San Salvador ³⁸.

Assim, cobram especial importância as garantias judiciais e as de igualdade estabelecidas na Convenção Americana, uma vez que se transformam em canais ideais para a invocação internacional dos direitos sociais: se, como disse a Corte Interamericana, o Protocolo de San Salvador é plenamente aplicável na ordem interna dos países que o ratificaram ³⁹, qualquer direito é suscetível de ser levado perante a Corte em virtude da obrigação geral de proteção judicial estabelecida no artigo 25

³⁸ CIDH. Caso “Instituto de Reeducação del Menor vs. Paraguay”, sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C nº 112, em especial o ponto 148, onde se diz que “...Para fixar os conteúdos e alcances deste artigo, tomará em consideração as disposições pertinentes da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Paraguai em 25 de setembro de 1990, que entrou em vigor em 02 de setembro de 1990, e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), ratificado pelo Paraguai em 03 de junho de 1997, e que entrou em vigor em 16 de novembro de 1999, uma vez que estes instrumentos e a Convenção Americana formam parte de um muito extenso corpus juris internacional de proteção às crianças que a Corte deve respeitar”. Ver também CIDH. Caso “de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, sentencia de 08 de septiembre de 2005. Serie C nº 130, ponto 185.

³⁹ V. nota

40.

“contra atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, a lei ou a presente Convenção”.

Mas, por outro lado, a subtração da justiciabilidade no sistema do Protocolo deve ter um certo sentido para que a vontade expressa pelos Estados ao subscrever este instrumento não se transforme em letra morta, por uma aziaga interpretação.

A correspondência desses dois critérios (a possibilidade de invocar qualquer direito perante a Corte Interamericana, de um lado, e a limitação do artigo 19 do Protocolo, de outro) pode-se lograr com os critérios do máximo e do mínimo dos direitos que se expuseram nos capítulos precedentes. A determinação exata destes extremos precisará de uma prática sustentada por parte da Corte Interamericana na delimitação do conteúdo essencial dos direitos sociais e de quando será aceitável uma certa modalização local desses direitos em virtude das diferentes realidades nacionais nas quais se aplica ⁴⁰.

Temos, então, que a justiciabilidade dos direitos sociais deve dar-se, especialmente, sob os critérios da igualdade, da proibição de regressividade e da impossibilidade de negação dos direitos. Também será essencial a mútua complementação dos direitos relacionados ao caso; a intrínseca unidade dos direitos humanos (e, por isto, a sua correlação) admite nos textos internacionais uma ductibilidade hermenêutica que permite a aplicação de um em coordenação com os outros ou sob o marco dos outros.

Conclusão

A noção principal que se quis resgatar é a idéia do ser humano como portador de bens básicos, que perfazem a sua própria hominidade e que, por isso, devem ser sempre respeitados e tidos em conta. Estes são absolutamente indeterminados em sua dimensão jurídica e corresponde à própria evolução da hermenêutica dos direitos humanos entender de que se tratam e como se traduzem em direitos concretos.

Um critério central à hora de encontrar essa determinação e, em especial, no

⁴⁰ Sobre os modos de internalização da jurisprudência internacional pode-se ver SAGÜÉS, Néstor P. “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos” In: *Ius et praxis*, año 9, nº 1, Talca, pp. 205-224.

momento de analisar a juridicidade dos direitos sociais é a forte convicção, plasmada em tantos instrumentos de direitos humanos, de que direitos civis e sociais estão relacionados, e que uns não se entendem sem os outros.

Esta correlação tem o seu fundamento último na unidade essencial do indivíduo. Desta maneira, vinculam-se e se entrelaçam direitos civis e sociais; como consequência, promovendo uns, promovem-se os outros. Por mostrar alguns exemplos paradigmáticos, é a forte relação entre o direito à vida e o direito à saúde, do direito à livre reunião e o direito à associação sindical.

O sistema americano avança claramente a uma plena consciência da unidade desses direitos. Embora, dadas as características histórico-políticas dos países que integram esse bloco, a jurisprudência internacional venha se ocupando da proteção dos direitos civis, existem alguns casos em que se mostrou esta íntima relação entre ambas as categorias e a sua potencialidade para promover, pela via dos direitos civis, a progressão dos direitos sociais.

Como aspecto a se ter conta, nota-se a falta de uma mais evoluída aplicação dos critérios de respeito pelas idiosincrasias nacionais.

É razoável o medo a que este parâmetro jogue contra a vigência universal dos direitos sociais⁴¹, mas a negação desta variabilidade pode desembocar em sua total negação: o ótimo, às vezes, é inimigo do bom. Exigir o impossível leva, necessariamente, ao descumprimento.

Por fim, uma obrigatória menção neste tema é o voto arrazoado do Juiz García Ramírez no caso “Cinco pensionistas”⁴²:

[O tema da progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais] resulta inovador, ainda, para a jurisdição interamericana... Haverá ocasião, portanto, de sublinhar novamente a hierarquia desses direitos, que não têm nível inferior que os civis e políticos. A rigor, ambas as categorias se complementam mutuamente e constituem, em seu conjunto, o “estatuto básico” do ser humano na hora atual. O Estado, comprometido em observar sem condição nem demora os direitos civis e políticos, deve aplicar o maior esforço à pronta e completa efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, dispondo para isto dos recursos ao seu alcance e evitando retrocessos que minguariam esse “estatuto básico”. Este

⁴¹ Numa postura crítica frente à doutrina da chamada “margem nacional de apreciação”, de ampla aplicação na Corte Europeia de Direitos Humanos, pode-se ver VALIÑA, Liliana. “El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos em el ámbito interno” In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (comp.). La aplicación de los tratados de los derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires : Centro de Estudios Legales y Sociales – Editores del Puerto, 1997, pp. 173-197. A partir de uma perspectiva mais favorável, MACDONALD, R. St. “The Margin of Appreciation” In: MACDONALD, R. St.; PETZOLD, H. (comp.). The European System for the Protection of Human Rights. Netherlands : Martinus Nijhoff Publ., 1993, pp. 83-124.

⁴² CIDH. Caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C nº 98; voto arrazoado do Juiz García Ramírez, ponto 3.

caso não permitiu avançar em tão relevante tema... A meu juízo, o tema não se resume na mera existência de um dever a cargo do Estado, que deverá orientar as suas tarefas no sentido que essa obrigação estabelece, tendo os indivíduos como simples testemunhas à expectativa de que o Estado cumpra o dever que lhe atribui a Convenção... A existência de uma dimensão individual dos direitos sustenta a denominada “justiciabilidade” daqueles, que avançou no plano nacional e tem um amplo horizonte no internacional... O tema sugere, como é evidente, muitas considerações adicionais, que trarão consigo o desenvolvimento da

jurisprudência interamericana sobre uma das questões mais atuais e transcendentales no sistema dos direitos humanos em nossa região.

Agora, a tarefa corresponde exclusivamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ela deverá determinar quais aspectos dos direitos econômicos, sociais e culturais são justiciáveis pela sua relação com a Convenção Americana e quais corresponderão à modalização dos Estados-membros.

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. El umbral de la ciudadanía (el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional). Buenos Aires : Editores del Puerto, 2006.
- _____. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid : Trotta, 2002.
- ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (comp.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires : CELS–Editores del Puerto, 1997.
- ATRIA, Fernando. “¿Existen derechos sociales?” In: Discusiones, 4, Alicante, 2004.
- BERNAL PULIDO, Carlos. “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?”, de Fernando Atria” In: Discusiones 4, Alicante, 2004.
- BIDART CAMPOS, Germán J. La interpretación del sistema de derechos humanos. Buenos Aires : Ediar, 1994.
- _____. Teoría general de los derechos humanos. Buenos Aires : Astrea, 1ª reimpresión, 2006.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional” In: Lecciones y Ensayos 69/70/71, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 53-103.
- CASTRO CID, Benito de. Los derechos económicos, sociales y culturales (análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos). Ponferrada : Universidad de León, 1993.
- CIANCIARDO, Juan. El ejercicio regular de los derechos. Buenos Aires : Ad Hoc, 2007.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio. “Leones, lenguajes y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales” In: Discusiones 4, Alicante, 2004.
- ELIZONDO BREEDY, Gonzalo; FERRARO CASTRO, Fernando. “Efecto de los derechos económicos, sociales y culturales en la formulación del presupuesto nacional” In: Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio, volumen I. San José de Costa Rica : CIDH–UE, 1998.
- GARGARELLA, Roberto. “Derecho y disociación. Un comentario a ‘¿Existen los derechos sociales?’, de Fernando Atria” In: Discusiones 4, Alicante, 2004.

Universidade do Estado do Rio de Janeiro- UERJ- Revista Quaestio Iuris,

- GIALDINO, Rodolfo E. “Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional” In: Investigaciones 2, Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1999, pp. 361-395.
- MACDONALD, R. St. J. “The Margin of Appreciation” In: MACDONALD, R. St.; PETZOLD, H. (comp.). The European system for the protection of human rights. Netherlands : Martinus Nijhoff Publ., 1993, pp. 83-124.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- MASSINI, Carlos I. Filosofía del derecho: El derecho y los derechos humanos (tomo I). Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1ª ed., 2001.
- OLLERO, Andrés. Interpretación del derecho y positivismo legalista. Madrid : Edersa, 1982.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Derechos liberales y derechos sociales” In: Doxa 15-16, Alicante, 1994, pp. 651-674.
- SAGÜÉS, Néstor P. “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos” In: Ius et Praxis, año 9, Talca, 2003, pp. 205-224.
- SERNA BERMÚDEZ, Pedro. Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos. Pamplona : EUNSA, 1990.
- _____. Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. México : Porrúa, 2006.
- _____. “Los derechos económicos, sociales y culturales: posiciones para un diálogo” In: Humana Iura nº 7, Pamplona, 1997, pp. 265-288.
- TOLLER, Fernando. “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales” In: FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.). Interpretación constitucional, tomo II. México : Porrúa, UNAM, 2005, pp. 1199-1284.