

PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: DESAFIOS DO IUS COMMUNE SUL-AMERICANO¹

Flávia Piovesan²

1. Introdução

Como compreender os direitos sociais sob a perspectiva da concepção contemporânea de direitos humanos? Em que medida merecem o mesmo grau de importância dos direitos civis e políticos? Qual é a principiologia aplicável aos direitos sociais? São direitos acionáveis e justiciáveis? Qual é o alcance de sua proteção nos sistemas internacional e regional interamericano? Como fortalecer a projeção e a incorporação de parâmetros protetivos globais e regionais no âmbito sul-americano? Como intensificar o diálogo vertical e horizontal de jurisdições visando à pavimentação de um *ius commune* em direitos sociais na região sul-americana?

São estas as questões centrais a inspirar o presente estudo, que tem por objetivo maior enfocar a proteção dos direitos sociais sob o prisma internacional e regional interamericano, com destaque aos desafios da implementação dos direitos sociais no contexto sul-americano, visando à pavimentação de um constitucionalismo regional amparado em um *ius commune* social.

1 Um especial agradecimento é feito a Alexander von Humboldt Foundation pela *fellowship* que tornou possível este estudo, e ao Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law por prover um ambiente acadêmico de extraordinário vigor intelectual.

2 Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); professora de Direitos Humanos dos programas de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); *visiting fellow* do Human Rights Program, da Harvard Law School (1995 e 2000); *visiting fellow* do Centre for Brazilian Studies, da University of Oxford (2005); *visiting fellow* do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg - 2007 e 2008); Humboldt Foundation Georg Forster Research *fellow* no Max Planck Institute (Heidelberg - 2009-2011); membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. É membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

2. A afirmação histórica dos direitos humanos e os direitos sociais

Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquín Herrera Flores³, os direitos humanos traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade e à prevenção do sofrimento humano. No mesmo sentido, Celso Lafer⁴, lembrando Danièle Lochak, realça que os direitos humanos não apresentam uma história linear, não compõem a história de uma marcha triunfal nem a história de uma causa perdida de antemão, mas a história de um combate.

Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez nem de uma vez por todas⁵. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução⁶. Simbolizam os direitos humanos, para parafrasear Luigi Ferrajoli⁷, a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica.

Considerando a historicidade dos direitos humanos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal, de 1948, e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993.

Esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos,

3 FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*, mimeo. Cidade: Editora, ano. p.7.

4 Celso Lafer, em prefácio ao livro PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2.ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p.22.

5 BOBBIO, Norberto. *Éra dos direitos*. (Trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Campus, 1988.

6 ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. (Trad. Roberto Raposo). Rio de Janeiro: Editora, 1979. A respeito, ver também LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p.134. No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: "Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em padrões de luta antes de serem reconhecidos como direitos". (SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania*. In: *Direitos humanos no século XXI*, 1998. p.156). Para Allan Rosas: "O conceito de direitos humanos é sempre progressivo. (...) O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente." (ROSAS, Allan. *So-called rights of the third generation*. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, social and cultural rights*. Dordrecht, Boston e Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 243).

7 FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali - Um dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale. Roma: Bari, Laterza, 2002, p.338.

que surge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É neste cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução. Nas palavras de Thomas Buergenthal:

*O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.*⁸

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Para Andrew Hurrell:

*O aumento significativo das ambições normativas da sociedade internacional é particularmente visível no campo dos direitos humanos e da democracia, com base na idéia de que as relações entre governantes e governados, Estados e cidadãos, passam a ser suscetíveis de legítima preocupação da comunidade internacional; de que os maus-tratos a cidadãos e a inexistência de regimes democráticos devem demandar ação internacional; e que a legitimidade internacional de um Estado passa crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades domésticas são politicamente ordenadas.*⁹

Neste contexto, a Declaração de 1948 vem inovar a gramática dos direitos humanos ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão

8 BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights. op. cit.*, p. 17. Para Henkin: "Por mais de meio século, o sistema internacional tem demonstrado comprometimento com valores que transcendem os valores puramente "estatais", notadamente os direitos humanos, e tem desenvolvido um impressionante sistema normativo de proteção desses direitos". (*International law, op. cit.*, p. 2). Ainda sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos, observa Celso Lafer: "Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o "direito a ter direitos", para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a "razão de estado" e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz". (Prefácio ao livro *Os direitos humanos como tema global, op. cit.*, p. XXVI).

9 HURRELL, Andrew. Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. *Human rights in global politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p.277.

universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. Sob esta perspectiva integral, identificam-se dois impactos: a) a inter-relação e interdependência das diversas categorias de direitos humanos; e b) a paridade em grau de relevância de direitos sociais, econômicos e culturais e de direitos civis e políticos.

Para Asbjorn Eide:

The term “social rights”, sometimes called “socio-economic rights”, refers to rights whose function is to protect and to advance the enjoyment of basic human needs and to ensure the material conditions for a life in dignity. The foundations of these rights in human rights law is found in the Universal Declaration of Human Rights, Article 22: “Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realisation, through national effort and international cooperation and in accordance with the organisation and resources of each state, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality”¹⁰.

Ao examinar a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, leciona Hector Gros Espiell:

Só o reconhecimento integral de todos estes direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua

10 EIDE, Asbjorn. Social rights. In: RHONA, K. M. Smith; ANKER, Christien van den. *The essentials of human rights*. Londres: Hodder Arnold, 2005. p.234. Para Asbjorn Eide: “clothing, housing and necessary conditions of care. Closely related to this is the right of families to assistance (...). In order to enjoy these social rights, there is also a need to enjoy certain economic rights. These are the right to property, the right to work and the right to social security. (...) The notion of cultural rights is more complex. (...) cultural rights contain the following elements: the right to take part in cultural life, the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, the right to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which the beneficiary is the author, and the freedom indispensable for scientific research and creative activity”. (EIDE, Asbjorn. Economic, social and cultural rights as human rights. In: EIDE, A.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (eds) *Economic, social and cultural rights: a textbook*. 2. ed. rev. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001. p.17-18).

vez, de verdadeira significação. Esta idéia da necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito e à realidade do conteúdo dos direitos humanos, que de certa forma está implícita na Carta das Nações Unidas, se compila, se amplia e se sistematiza em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos, e se reafirma definitivamente nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembléia Geral em 1966, e em vigência desde 1976, na Proclamação de Teerã de 1968 e na Resolução da Assembléia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais (Resolução nº 32/130).¹¹

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção. A referida Declaração confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos - do “mínimo ético irredutível”. Neste sentido, cabe destacar que, até março de 2010, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 165 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 160 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 146 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 173 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 186 Estados-partes; e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 193 Estados-partes.¹²

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Adicionalmente, há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema regional asiático. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da Organização das Nações Unidas (ONU) com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelo sistema americano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

11 ESPIELL, Hector Gros. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. San José: Libro Libre, 1986. p. 16-17.

12 A respeito, consultar UNDP. *Human development report*. New York/Oxford: Oxford University Press, 2010.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos - garantindo os mesmos direitos - é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção e, por isso, deve ser aplicada à norma que, no caso concreto, melhor proteja a vítima. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e a principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos, todo ele fundado no princípio maior da dignidade humana.

A concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade¹³. Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5º, afirma:

Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.

Logo, a Declaração de Viena de 1993, subscrita por 171 Estados, endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, revigorando o lastro de legitimidade da chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração de 1948. Note-se que, enquanto consenso do pós-guerra, a Declaração de 1948 foi adotada por 48 Estados, com oito abstenções. Assim, a Declaração de Viena de 1993 estende, renova e amplia o consenso sobre a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. A Declaração de Viena afirma ainda a interdependência entre os valores dos direitos humanos, democracia e desenvolvimento.

Não há direitos humanos sem democracia nem tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o regime democrático. Atualmente, 140 Estados, dos quase 200 Estados que integram a ordem internacional, realizam eleições periódicas. Contudo, apenas 82 Estados (o que representa 57% da população mundial) são considerados plenamente democráticos. Em

13 Note-se que a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Convenção para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias contemplam não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, o que vem a endossar a ideia da indivisibilidade dos direitos humanos.

1985, este percentual era de 38%, compreendendo 44 Estados¹⁴. O pleno exercício dos direitos políticos pode implicar o “empoderamento” das populações mais vulneráveis, o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas. Para Amartya Sen, os direitos políticos (incluindo a liberdade de expressão e de discussão) são não apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas são centrais para a própria formulação destas necessidades econômicas¹⁵. Realça ainda Amartya Sen: “*The protective power of political liberty reveals that no famine has ever taken place in the history of the world in a functioning democracy*”¹⁶. Daí a relação indissociável entre o exercício dos direitos civis e políticos e o exercício dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Além disso, em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.

Como aludem Asbjorn Eide e Allan Rosas:

*Levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis. (...) As necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos.*¹⁷

A compreensão dos direitos econômicos, sociais e culturais demanda ainda que se re-

14 Consultar UNDP. *Human development report 2002: Deepening democracy in a fragmented world*. New York/Oxford: Oxford University Press, 2002.

15 Amartya Sen em prólogo ao livro FARMER, Paul. *Pathologies of power*. Berkeley: University of California Press, 2003.

16 SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p.343.

17 EIDE, Asbjorn; ROSAS, Allan. Economic, social and cultural rights: a universal challenge. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, social and cultural rights*. Dordrecht, Boston e Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p.17-18.

corra ao direito ao desenvolvimento. Para desvendar o alcance do direito ao desenvolvimento, importa realçar, como afirma Celso Lafer, que, no campo dos valores, em matéria de direitos humanos, a consequência de um sistema internacional de polaridades definidas – Leste/Oeste, Norte/Sul – foi a batalha ideológica entre os direitos civis e políticos (herança liberal patrocinada pelos EUA) e os direitos econômicos, sociais e culturais (herança social patrocinada pela então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas [URSS]). Neste cenário surge o “empenho do Terceiro Mundo de elaborar uma identidade cultural própria, propondo direitos de identidade cultural coletiva, como o direito ao desenvolvimento”.¹⁸

Assim, é adotada pela ONU a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986, por 146 Estados, com um voto contrário (EUA) e oito abstenções. Para Allan Rosas:

*A respeito do conteúdo do direito ao desenvolvimento, três aspectos devem ser mencionados. Em primeiro lugar, a Declaração de 1986 endossa a importância da participação. (...) Em segundo lugar, a Declaração deve ser concebida no contexto das necessidades básicas de justiça social. (...) Em terceiro lugar, a Declaração enfatiza tanto a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como da cooperação internacional.*¹⁹

O direito ao desenvolvimento contempla, assim, três dimensões centrais: a) justiça social, b) participação e *accountability*, e c) cooperação internacional.²⁰

De acordo com o artigo 28 da Declaração de Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração possam ser plenamente realizados”. A justiça social é um componente central à concepção do direito ao desenvolvimento. A realização do direito ao desenvolvimento, inspirado no valor da solidariedade, há de prover igual oportunidade a todos no acesso a recursos básicos, educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho e distribuição de renda.

Para a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, o desenvolvimento compreende um processo econômico, social, cultural e político, com o objetivo de assegurar a

18 LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

19 ROSAS, Allan. The right to development. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, social and cultural rights*. Dordrecht, Boston e Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 254-255.

20 Para a UN High Level Task Force on the implementation of the right to development: “*The right to development is a right of individuals and peoples to an enabling environment for development that is equitable, sustainable, participatory and in accordance with the full range of human rights and fundamental freedoms – a national and global environment that is free from structural and unfair obstacles to development*”. See the report of the UN High Level Task Force on the implementation of the right to development for the April 2010 session of the Working Group, including the attributes of the right to development and the list of criteria, sub-criteria and indicators - A/HRC/15/WG.2/TF/2. Add 2.

constante melhoria do bem-estar da população e dos indivíduos, com base em sua ativa, livre e significativa participação neste processo, orientada pela justa distribuição dos benefícios dele resultantes. Reconhece o artigo 2º da Declaração que: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento.”

Na promoção do desenvolvimento, igual consideração deve ser conferida à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Medidas efetivas devem ser ainda adotadas a fim de proporcionar às mulheres um papel ativo no processo de desenvolvimento.

Além do componente de justiça social, o componente democrático é essencial ao direito ao desenvolvimento. É dever dos Estados encorajar a participação popular em todas as esferas como um importante fator ao direito ao desenvolvimento e à plena realização dos direitos humanos. Estados devem promover e assegurar a livre, significativa e ativa participação de indivíduos e grupos na elaboração, implementação e monitoramento de políticas de desenvolvimento. Neste contexto, os princípios da participação e da *accountability* são centrais ao direito ao desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento compreende tanto uma dimensão nacional, como uma dimensão internacional. Prevê a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que os Estados devem adotar medidas – individual e coletivamente – para criar um ambiente a permitir, nos planos internacional e nacional, a plena realização do direito ao desenvolvimento. Ressalta a Declaração que os Estados devem adotar medidas para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da não observância de direitos civis e políticos, bem como da afronta a direitos econômicos, sociais e culturais. Ainda que a Declaração reconheça ser os Estados os responsáveis primários na realização do direito ao desenvolvimento, enfatiza a importância da cooperação internacional para a realização do direito ao desenvolvimento.

Adiciona o artigo 4º da Declaração que os Estados têm o dever de adotar medidas, individualmente ou coletivamente, voltadas a formular políticas de desenvolvimento internacional, com vistas a facilitar a plena realização de direitos, acrescentando que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países em desenvolvimento meios que encorajem o direito ao desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento demanda uma globalização ética e solidária. No entender de Mohammed Bedjaqui:

Na realidade, a dimensão internacional do direito ao desenvolvimento é nada mais

que o direito a uma repartição equitativa concernente ao bem-estar social e econômico mundial. Reflete uma demanda crucial de nosso tempo, na medida em que os quatro quintos da população mundial não mais aceitam o fato de um quinto da população mundial continuar a construir sua riqueza com base em sua pobreza.²¹

As assimetrias globais revelam que a renda do 1% mais rico supera a renda dos 57% mais pobres na esfera mundial²².

Como atenta Joseph E. Stiglitz: “*The actual number of people living in poverty has actually increased by almost 100 million. This occurred at the same time that total world income increased by an average of 2.5 percent annually*”.²³ Para a Organização Mundial de Saúde (OMS): “*Poverty is the world’s greatest killer. Poverty wields its destructive influence at every stage of human life, from the moment of conception to the grave. It conspires with the most deadly and painful diseases to bring a wretched existence to all those who suffer from it.*”²⁴ Em média 80% da população mundial vive em países em desenvolvimento, caracterizados por elevada exclusão e desigualdade social.²⁵

Um dos mais extraordinários avanços da Declaração de 1986 é lançar o *human rights-based approach* ao direito ao desenvolvimento.²⁶ O *human rights-based approach* é uma concepção estrutural ao processo de desenvolvimento, amparada normativamente nos parâmetros internacionais de direitos humanos e diretamente voltada à promoção e à proteção dos direitos humanos. O *human rights-based approach* ambiciona integrar normas, *standards* e princípios do sistema internacional de direitos humanos nos planos, políticas e processos relativos ao desenvolvimento. A perspectiva de direitos endossa o componente da justiça social, realçando a proteção dos direitos dos grupos mais vulneráveis e excluídos como um aspecto central do direito ao desenvolvimento. No dizer de Mary Robinson:

21 BEDJAGUI, Mohammed. The right to development. In: BEDJAGUI, M. (ed) *International law: achievements and prospects*. Cidade: Editora, 1991, p. 1182.

22 A respeito, consultar UNDP. *Human development report 2002*. New York/Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 19.

23 STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its discontents*. New York/London: WW Norton Company, 2003, p.06. Acrescenta o autor: “*Development is about transforming societies, improving the lives of the poor, enabling everyone to have a chance at success and access to health care and education.*” (*op.cit.*, p.252).

24 FARMER, Paul. *Pathologies of power*. Berkeley: University of California Press, 2003, p.50.

25 Atenta Jeffrey Sachs: “*Eight million people around the world die each year because they are too poor to stay alive*” (SACHS, Jeffrey. *The end of poverty: economic possibilities for our time*. New York: The Penguin Press, 2005, p.1). Acrescenta o mesmo autor: “*One sixth of the world remains trapped in extreme poverty unrelieved by global economic growth and the poverty trap poses tragic hardships for the poor themselves and great risks for the rest of the world*” (SACHS, Jeffrey. *Common wealth: economics for a crowded planet*. London: Penguin Books, 2008, p.6)

26 Sobre o tema, ver ROBINSON, Mary. What rights can add to good development practice. In: ALSTON, Philip; ROBINSON, Mary. (ed.) *Human rights and development: towards mutual reinforcement*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p.37. Para Mary Robinson: “*Lawyers should not be the only voice in human rights and, equally, economists should not be the only voice in development.*” (*op. cit*)

*The great merit of the human rights approach is that it draws attention to discrimination and exclusion. It permits policy makers and observers to identify those who do not benefit from development. (...) so many development programmes have caused misery and impoverishment -- planners only looked for macro-scale outcomes and did not consider the consequences for particular communities or groups of people.*²⁷

O desenvolvimento há de ser concebido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir para adotar a concepção de Amartya Sen²⁸. Acrescente-se ainda que a Declaração de Viena, de 1993, enfatiza ser o direito ao desenvolvimento um direito universal e inalienável, parte integral dos direitos humanos fundamentais. Reitere-se que a Declaração de Viena reconhece a relação de interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos.

Feitas essas considerações a respeito da concepção contemporânea de direitos humanos e o modo pelo qual se relaciona com os direitos sociais, transita-se à análise da proteção dos direitos sociais no sistema global, com ênfase no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Protocolo ao Pacto e na principiologia aplicável aos direitos sociais.

3. A proteção dos direitos sociais no sistema global

Preliminarmente, faz-se necessário ressaltar que a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, foi o marco de criação do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, como sistema jurídico normativo de alcance internacional, com o objetivo de proteger os direitos humanos.

Após a sua adoção, em 1948, instaurou-se uma larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz em assegurar a observância universal dos direitos nela previstos. Prevaleceu o entendimento de que a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional.

²⁷ ROBINSON, Mary. What rights can add to good development practice. In: ALSTON, Philip; ROBINSON, Mary. (ed.) *Human rights and development: towards mutual reinforcement*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p.36.

²⁸ Ao conceber o desenvolvimento como liberdade, sustenta Amartya Sen: “Neste sentido, a expansão das liberdades é vista concomitantemente como 1) uma finalidade em si mesma e 2) o principal significado do desenvolvimento. Tais finalidades podem ser chamadas, respectivamente, como a função constitutiva e a função instrumental da liberdade em relação ao desenvolvimento. A função constitutiva da liberdade relaciona-se com a importância da liberdade substantiva para o engrandecimento da vida humana. As liberdades substantivas incluem as capacidades elementares, como a de evitar privações como a fome, a subnutrição, a mortalidade evitável, a mortalidade prematura, bem como as liberdades associadas com a educação, a participação política, a proibição da censura (...). Nesta perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão destas e de outras liberdades fundamentais. Desenvolvimento, nesta visão, é o processo de expansão das liberdades humanas.” (SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 1999, p.35-36;297). Sobre o direito ao desenvolvimento, ver também VASAK, Karel. *For third generation of human rights: the rights of solidarity*. International Institute of Human Rights, 1979.

Esse processo de “juridicização” da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois distintos tratados internacionais no âmbito das Nações Unidas - o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - que passavam a incorporar, com maior precisão e detalhamento, os direitos constantes da Declaração Universal, sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes.

A elaboração de dois pactos, por si só, revela as ambivalências e resistências dos Estados em conferir igual proteção às diversas categorias de direitos.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que até 2010 contemplava a adesão de 160 Estados-partes, enuncia um extenso catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a filiar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, à previdência social, à saúde etc. Como afirma David Trubek:

Os direitos sociais, enquanto social welfare rights implicam a visão de que o Estado tem a obrigação de garantir adequadamente tais condições para todos os indivíduos. A idéia de que o welfare é uma construção social e de que as condições de welfare são em parte uma responsabilidade governamental, repousa nos direitos enumerados pelos diversos instrumentos internacionais, em especial pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ela também expressa o que é universal neste campo, na medida em que se trata de uma idéia acolhida por quase todas as nações do mundo, ainda que exista uma grande discórdia acerca do escopo apropriado da ação e responsabilidade governamental, e da forma pela qual o social welfare pode ser alcançado em específicos sistemas econômicos e políticos.²⁹

Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora - têm a chamada autoaplicabilidade -, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva. Vale dizer, são direitos que estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus

29 TRUBEK, David. Economic, social and cultural rights in the third world: human rights law and human needs programs. In: MERON, Theodor (ed.). *Human rights in international law: legal and policy issues*. Oxford: Clarendon Press, 1984. p. 207. A respeito, ainda afirma David Trubek: “Eu acredito que o Direito Internacional está se orientando no sentido de criar obrigações que exijam dos Estados a adoção de programas capazes de garantir um mínimo nível de bem-estar econômico, social e cultural para todos os cidadãos do planeta, de forma a progressivamente melhorar este bem-estar.” (*op.cit.* p.207). Sobre o tema, consultar ainda CHAPMAN, A.; RUSSELL, S. (eds.). *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*. Antwerp: Intersentia, 2002 e CRAVEN, M. *The International Covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (artigo 2º, parágrafo 1º do Pacto)³⁰.

No entanto, cabe realçar que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se assegura direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas que contemplam também um custo.

Sobre o custo dos direitos e a justiciabilidade dos direitos sociais, compartilha-se da visão de David Bilchitz:

Whilst a number of writers accept the legitimacy of judicial review for final decisions concerning civil and political rights, they object to it where decisions concerning social and economic rights are concerned. One of the most important objections that has been made concerning the involvement of judges in decisions relating to socio-economic rights has been that it is inappropriate for judges to decide how the budget of a society is to be allocated. (...) Judges are not traditionally experts on economic policy or on the complex issues involved in determining a budget. It is claimed that they are no therefore best placed to make determinations concerning the overall allocation of resources. In response, judicial review in a number of countries has for many years involved judges making determinations on civil and political rights. The realization of many of these rights also requires massive expenditure, which has an impact on the overall distribution of resources. (...) Yet, judges have generally acquitted themselves well in interpreting and enforcing these rights, and their role in this regard has not generally met with accusations that they are unqualified for the job, despite the resource implications of their decisions. (...) The rationale for this distinction seems to lie in the fact that the critics regard socio-economic rights are in some way inferior to civil and political rights and as not warranting equal protection. (...) there is no justifiable normative basis for this contention and the same normative foundations support both types of rights.³¹

30 A expressão “aplicação progressiva” tem sido frequentemente mal interpretada. Em seu “General Comment nº 03” (1990), a respeito da natureza das obrigações estatais concernentes ao artigo 2º, parágrafo 1º, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirmou que, se a expressão “realização progressiva” constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais não pode ser alcançada em um curto período de tempo, esta expressão deve ser interpretada à luz de seu objetivo central, que é estabelecer claras obrigações aos Estados-partes, no sentido de adotarem medidas, tão rapidamente quanto possível, para a realização destes direitos. (General Comment nº 3, UN doc. E/1991/23).

31 BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement of socio-economic*

Acrescenta o mesmo autor:

(...) if a society is justified in recognizing fundamental rights, and has good reasons for granting judges review powers, then the society is justified in allowing its judges to ensure that resources are allocated in accordance with the demands of fundamental rights. (...) Judges are given the power to review such decisions as to their conformity with the set of priorities mentioned in the Constitution. Judges are thus required to evaluate the allocation of resources against an area in which they have expertise: the application of human rights standards³².

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apresenta uma peculiar sistemática de monitoramento e implementação dos direitos que contempla. Essa sistemática inclui o mecanismo dos relatórios a serem encaminhados pelos Estados-partes. Os relatórios devem consignar as medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas pelo Estado-parte no sentido de conferir observância aos direitos reconhecidos pelo Pacto. Devem ainda expressar os fatores e as dificuldades no processo de implementação das obrigações decorrentes do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Diversamente do Pacto dos Direitos Civis, o Pacto dos Direitos Sociais não estabelece o mecanismo de comunicação inter-estatal, mediante o qual um Estado-parte pode alegar haver um outro Estado-parte incorrido em violação aos direitos humanos enunciados no tratado. Até 2008 tampouco era previsto o direito de petição – instrumento que tem permitido a proteção internacional dos direitos civis e políticos desde 1966 por meio do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A respeito do monitoramento dos direitos sociais e seu impacto na justiciabilidade destes direitos, afirma Martin Scheinin:

The intimate relationship between the existence of a functioning system of international complaints, giving rise to an institutionalized practice of interpretation, and the development of justiciability on the domestic level, has been explained very accurately by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: as long as the majority of the provisions of the Covenant are not subject of any detailed jurisprudential scrutiny at the international level, it is most unlikely that they will be subject to such examination at the national level either³³.

rights. Oxford/NY: Oxford University Press, 2007, p.128-129.

32 BILCHITZ, David, *op. cit.*, p. 132.

33 SCHEININ, Martin. Economic and social rights as legal rights. In: EIDE, A.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (eds.). *Economic, social and cultural rights: a textbook*. 2. ed. rev. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.49. Ver também UN doc A/CONE.157/PC/62/Add.51, par. 24.

Somente em 10 de dezembro de 2008 foi finalmente adotado o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que introduz a sistemática das petições individuais, das medidas de urgência (*interim measures*), das comunicações inter-estatais e das investigações *in loco* em caso de graves e sistemáticas violações a direitos sociais por um Estado-parte. Em 1996, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais já adotava um projeto de Protocolo, contando com o apoio dos países da América Latina, África e Leste Europeu, e a resistência de Reino Unido, EUA, Canadá, Austrália, dentre outros. Até 2010, o Protocolo contava com três Estados-partes³⁴.

Reitere-se que desde 1966 os direitos civis e políticos contam com o mecanismo das petições individuais, mediante a adoção do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o que fortaleceu a justiciabilidade destes direitos nas esferas global, regional e local. Já os direitos sociais, apenas em 2008 passam a contar com tal sistemática, que virá a impactar positivamente o grau de justiciabilidade destes direitos. O Protocolo Facultativo é uma relevante iniciativa para romper com a proteção desigual conferida aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos, sociais e culturais na esfera internacional.

Ademais, para fortalecer a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração de Viena de 1993 também recomenda o exame de outros critérios, como a aplicação de um sistema de indicadores, para medir o progresso alcançado na realização dos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Para Katarina Tomasevski: “*The creation of indicators for economic and social rights provides an opportunity to extend the rule of law, and thereby international human rights obligations, to the realm of economics which has thus far remained by and large immune from demands of democratization, accountability and full application of human rights standards. Indicators can be conceptualized on the basis of international human rights treaties because these lay down obligations for governments*”³⁵. O sistema de indicadores contribuirá para fomentar informações pelo Estado, o que permitirá a formulação e a avaliação de políticas públicas com maior precisão, propiciando, sobretudo, a incorporação da perspectiva de direitos humanos na formulação de tais políticas.

Recomenda ainda a Declaração de Viena seja empreendido um esforço harmonizado, visando a garantir o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais nos planos nacional, regional e internacional.

Sob a perspectiva integral, aplica-se aos direitos sociais o regime jurídico dos direitos

³⁴ São eles: Equador, Mongólia e Espanha. Note-se que, para entrar em vigor, o Protocolo requer a ratificação de 11 Estados-partes.

³⁵ TOMASEVSKI, Katarina. Indicators. In: EIDE, A.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (eds.) *Economic, social and cultural rights: a textbook*. 2. ed. rev. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 531-532.

humanos, com sua lógica e principiologia próprias. Extraí-se da jurisprudência internacional, produzida especialmente pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cinco relevantes princípios específicos concernentes aos direitos sociais: a) o princípio da observância do *minimum core obligation*; b) o princípio da aplicação progressiva; c) o princípio da inversão do ônus da prova; d) o princípio da participação, transparência e *accountability*; e e) o princípio da cooperação internacional.

a) Princípio da observância do *minimum core obligation*

A jurisprudência internacional, fomentada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem endossado o dever dos Estados de observar um *minimum core obligation* no tocante aos direitos sociais. Para o Comitê Desc: “*Minimum core obligations are those obligations to meet the minimum essential levels of a right*”.

O dever de observância do mínimo essencial concernente aos direitos sociais tem como fonte o princípio maior da dignidade humana, que é o princípio fundante e nuclear do Direito dos Direitos Humanos, demandando absoluta urgência e prioridade.

A respeito da implementação dos direitos sociais, o Comitê adota os seguintes critérios: acessibilidade, disponibilidade, adequação, qualidade e aceitabilidade cultural. O Comitê ainda tem desenvolvido o conteúdo jurídico dos direitos sociais (moradia – recomendação geral nº 4; alimentação adequada – recomendação geral nº 12; saúde – recomendação geral nº 14; e educação – recomendação geral nº 13).

b) Princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais do qual decorre os princípios da proibição do retrocesso social e da proibição da inação estatal

O General Comment nº 03, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirma a obrigação dos Estados de adotar medidas, por meio de ações concretas, deliberadas e focadas, de modo mais efetivo possível, voltadas à implementação dos direitos sociais. Por consequência, cabe aos Estados o dever de evitar medidas de retrocesso social. Para o Comitê:

Any retrogressive measures would involve the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant in the context of the full use of the maximum available resources.

Cabe reafirmar que o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece a obrigação dos Estados em reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados, utilizando o máximo dos recursos disponíveis. Da aplicação progressiva dos direitos econômi-

cos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais, como também a proibição da inação ou omissão estatal. Para J.J. Gomes Canotilho:

*O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado*³⁶.

Ainda no General Comment nº 03, como destaca David Bilchitz:

*The UN Committee has provided various categorizations of the obligations imposed by socio-economic rights on state parties. In General Comment 3, it recognized the distinction between obligations of conduct and obligations of result. Obligations of conduct require the taking of action “reasonably calculated to realise the enjoyment of a particular right”. Obligations of result require “states to achieve specific targets to satisfy a detailed substantive standard. (...) socio-economic rights typically impose both obligations of conduct and obligations of result*³⁷.

Note-se que há medidas de aplicação imediata concernente aos direitos sociais, como é o caso da cláusula da proibição da discriminação. Como realçam os princípios de Limburg:

*Some obligations under the Covenant require immediate implementation in full by the State parties, such as the prohibition of discrimination in article 2(2) of the Covenant. (...) Although the full realization of the rights recognized in the Covenant is to be attained progressively, the application of some rights can be made justiciable immediately while other rights can become justiciable over time.*³⁸

Do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, a demandar dos Estados que

36 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

37 BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement of socio-economic rights*. Oxford/NY: Oxford University Press, 2007, p.183-184.

38 The Limburg Principles on the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, paragraph 22 (UN doc.E/CN.4/1987/17). Como observa Asborn Eide: “State obligations for economic and social rights were elaborated by a group of experts, convened by the International Commission of Jurists, in Limburg (the Netherlands) in June 1986. The outcome of the meeting is the so-called Limburg Principles, which is the best guide available to state obligations under de CESC. (...) A decade later, experts on economic, social and cultural rights met in Maastricht to adopt a set of guidelines on violations of human rights (The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights).” (EIDE, Asborn. Economic, social and cultural rights as human rights. In: EIDE, A.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (eds). *Economic, social and cultural rights: a textbook*. 2. ed. rev. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.25)

aloquem o máximo de recursos disponíveis para a implementação de tais direitos, decorre a proibição do retrocesso social e a proibição da inação estatal. A censura jurídica à violação ao princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais pode, ademais, fundamentar-se no princípio da proporcionalidade, com destaque à afronta à proporcionalidade estrita sob o prisma da proibição da insuficiência³⁹.

c) Princípio da inversão do ônus da prova

Nos termos do artigo 2, inciso 1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados têm a obrigação de adotar todas as medidas necessárias, utilizando o máximo de recursos disponível, para a realização dos direitos sociais.

É com base neste dever que emerge o princípio da inversão do ônus da prova. Como leciona Asborn Eide:

*A state claiming that it is unable to carry out its obligation for reasons beyond its control therefore has the burden of proving that this is the case and that it has unsuccessfully sought to obtain international support to ensure the availability and accessibility of the right*⁴⁰.

d) Princípio da participação, transparência e *accountability*

O componente democrático é essencial para a adoção de políticas públicas em matéria de direitos sociais. Tais políticas devem inspirar-se nos princípios da participação, transparência e *accountability*.

Como explica Amartya Sen: “*political liberties and democratic rights are among the constituent components of development*”⁴¹. Democracia requer participação política, diálogo e interação pública, conferindo o direito à voz aos grupos mais vulneráveis.

No entender de José Joaquim Gomes Canotilho: “a idéia de procedimento/processo

39 Note-se que o princípio da proporcionalidade compreende três dimensões: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade estrita – da qual resulta, de um lado, a proibição do excesso e, do outro, a proibição da insuficiência.

40 EIDE, Asborn. Economic, social and cultural rights as human rights. In: EIDE, A.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (eds.) *Economic, social and cultural rights: a textbook*. 2. ed. rev. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.27

41 SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p.347. “*Democracy is assessed in terms of public reasoning, which leads to an understanding of democracy as “government by discussion”. But democracy must also be seen more generally in terms of capacity to enrich reasoned engagement through enhancing informational availability and the feasibility of interactive discussions. Democracy has to be judged not just by the institutions that formally exist but by the extent to which different voices from diverse sections of the peoples can actually be heard.*” (SEN, Amartya, *op. cit.*, p.XIII)

continua a ser valorada como dimensão indissociável dos direitos fundamentais”, acrescentando que “a participação no e através do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais”⁴².

Considerando o princípio da participação⁴³, fundamental é promover o direito à participação tanto no âmbito local como no âmbito internacional, particularmente nas instituições financeiras internacionais, de forma a ampliar a participação da sociedade civil internacional e a fortalecer a participação dos países em desenvolvimento⁴⁴. Ressalte-se que as políticas adotadas pelas instituições financeiras internacionais são elaboradas pelos mesmos Estados que assumem obrigações jurídicas internacionais em matéria de direitos sociais ao ratificarem o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴⁵. Neste contexto, emergencial é um novo multilateralismo por meio de reformas da arquitetura financeira global, a fim de que se alcance um balanço mais adequado de poder na esfera global, fortalecendo a democratização, a transparência e a *accountability* das instituições financeiras internacionais⁴⁶.

e) Princípio da cooperação internacional

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu General Comment n° 12, realça as obrigações do Estado no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais: respeitar, proteger e implementar.

42 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

43 O direito à participação é consagrado em diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, incluindo o artigo 21 da Declaração Universal de Direitos Humanos; o artigo 25 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o artigo 7 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, dentre outros.

44 Sobre a matéria, ver *Analytical study of the High Commissioner for Human Rights on the fundamental principle of participation and its application in the context of globalization*, E/CN.4/2005/41, 23 December 2004. Como observa Joseph E. Stiglitz: “(...) we have a system that might be called global governance without global government, one in which a few institutions – the World Bank, the IMF, the WTO – and a few players – the finance, commerce, and trade ministries, closely linked to certain financial and commercial interests – dominate the scene, but in which many of those affected by their decisions are left almost voiceless. It’s time to change some of the rules governing the international economic order (...)”. (STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its discontents*. New York/London: WW Norton Company, 2003, p.21-22).

45 O “Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights” considera uma violação de direitos humanos baseada em omissão estatal “the failure of a State to take into account its international legal obligations in the field of economic, social and cultural rights when entering into bilateral or multilateral agreements with other States, international organizations or multinational corporations.”

46 Para Joseph Stiglitz: “We have a chaotic, uncoordinated system of global governance without global government”. (STIGLITZ, Joseph. *Making globalization work*. London: Penguin Books, 2007, p.21). O autor defende a adoção das medidas seguintes: “1) changes in voting structure at the IMF and the World Bank, giving more weight to developing countries; 2) changes in representations (who represents each country); 3) adopting principles of representation; 4) increase transparency (since there is no direct democratic accountability for these institutions); 5) improving accountability; and 6) ensuring a better enforcement of the international rule of law.” (STIGLITZ, Joseph, *op.cit.*, p.21)

Quanto à obrigação de respeitar, obsta ao Estado que viole tais direitos. No que tange à obrigação de proteger, cabe ao Estado evitar e impedir que terceiros (atores não-estatais) violem estes direitos. Finalmente, a obrigação de implementar demanda do Estado a adoção de medidas voltadas à realização destes direitos⁴⁷.

Na visão de Katarina Tomasevski:

*The obligations to respect, protect and fulfill each contain elements of obligation of conduct and obligation of result. The obligation of conduct requires action reasonably calculated to realize the enjoyment of a particular right. The obligation of result requires States to achieve specific targets to satisfy a detailed substantive standard. (...) The obligation to protect includes the State's responsibility to ensure that private entities or individuals, including transnational corporations over which they exercise jurisdiction, do not deprive individuals of their economic, social and cultural rights. States are responsible for violations of economic, social and cultural rights that result from their failure to exercise due diligence in controlling the behaviour of such non-state actors.*⁴⁸

No campo dos direitos sociais, além das clássicas obrigações de respeitar, proteger e implementar direitos, destaca-se a obrigação de cooperar. Isto porque, tal como o direito ao desenvolvimento, os direitos sociais têm como valor fundante a solidariedade, que, em uma ordem cada vez mais global, invoca o dever de cooperação internacional. A própria Declaração Universal de 1948, em seu artigo XXII, consagra o direito à segurança social e à realização, mediante o esforço nacional e a cooperação internacional, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. O princípio da cooperação internacional vem contemplado ainda no artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Cada Estado no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacional, 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 (...)” Na mesma direção, realça o Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, em seu artigo 1º, que os “Estados-partes comprometem-se 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 (...),

47 Observe-se que: “*In some of the general comments, the committee has split the obligation to fulfil into two parts: in obligation to facilitate and an obligation to provide.*” (BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement of socio-economic rights*. Oxford/NY: Oxford University Press, 2007, p.184).

48 TOMASEVSKI, Katarina. Indicators. In: EIDE, A.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (eds). *Economic, social and cultural rights: a textbook*. 2. ed. rev. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.729 e 732.

a fim de conseguir, progressivamente (...), a plena efetividade dos direitos reconhecidos no Protocolo”. A necessidade de cooperação internacional ainda vem realçada pela Convenção Americana, em seu artigo 26, quando trata da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A respeito, observam Philip Alston e Gerard Quinn: “O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consagra três previsões que podem ser interpretadas no sentido de sustentar uma obrigação por parte dos Estados-partes ricos de prover assistência aos Estados-partes pobres, não dotados de recursos para satisfazer as obrigações decorrentes do Pacto”. O artigo 2, inciso 1 contempla a frase “individualmente ou através de assistência internacional e cooperação, especialmente econômica e técnica”. A segunda é a previsão do artigo 11, inciso 1, de acordo com a qual os Estados-partes concordam em adotar medidas apropriadas para assegurar a plena realização do direito à adequada condição de vida, reconhecendo para este efeito a importância da cooperação internacional baseada no livre consenso. Similarmente, no artigo 11, inciso 2, os Estados-partes concordam em adotar “individualmente ou por meio de cooperação internacional medidas relevantes para assegurar o direito de estar livre da fome.”⁴⁹

Portanto, em matéria de direitos sociais, o princípio da cooperação internacional merece especial destaque.

4. A proteção dos direitos sociais no Sistema Regional Interamericano

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, foi ratificada por 25 Estados, traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.

No contexto sul-americano, o sistema regional interamericano se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, este sistema tem tido a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos. Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais, exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas, e

⁴⁹ ALSTON, Philip; QUINN, Gerard. The Nature and Scope of States Parties' obligations under the ICESCR, 9 Human Rights Quarterly 156, 1987, p.186, *apud* STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International human rights in context: law, politics and morals*. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2000, p.1327.

agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

No que se refere à proteção dos direitos sociais no sistema interamericano, há que se mencionar o Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, que entrou em vigor em novembro de 1999. Uma vez mais, constata-se a ambivalência dos Estados no diverso tratamento conferido aos direitos civis e políticos e aos direitos sociais. Enquanto os primeiros foram consagrados exaustivamente pela Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, contando em 2010 com 25 Estados-partes, os segundos só vieram consagrados pelo Protocolo de San Salvador em 1988 – quase 20 anos depois, contando com apenas 14 Estados-partes. A mesma ambivalência há no sistema europeu, em que a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que prevê exclusivamente direitos civis e políticos, apresenta 47 Estados-partes em 2010, ao passo que a Carta Social Europeia apresenta somente 27 Estados-partes.

Tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, este tratado da Organização dos Estados Americanos (OEA) reforça os deveres jurídicos dos Estados-partes no tocante aos direitos sociais, que devem ser aplicados progressivamente, sem recuos e retrocessos, para que se alcance sua plena efetividade. O Protocolo de San Salvador estabelece um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo o direito ao trabalho, direitos sindicais, direito à saúde, direito à previdência social, direito à educação, direito à cultura, dentre outros.

Este Protocolo acolhe - tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - a concepção de que cabe aos Estados investir o máximo dos recursos disponíveis para alcançar, progressivamente, mediante esforços internos e por meio da cooperação internacional, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Tal Protocolo permite o recurso ao direito de petição a instâncias internacionais para a proteção de dois dos direitos nele previstos – o direito à educação e os direitos sindicais, de acordo com o artigo 19, parágrafo 6º.

No que se refere à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção de direitos sociais, é possível criar uma tipologia de casos baseada em decisões que adotam três diferentes estratégias e argumentos:

a) Dimensão positiva do direito à vida

Este argumento foi desenvolvido pela Corte no caso Villagran Morales *versus* Guatemala (*Street Children case*, 1999)⁵⁰, em que este Estado foi condenado pela Corte em

virtude da impunidade relativa à morte de cinco meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por dois policiais nacionais da Guatemala. Dentre as medidas de reparação ordenadas pela Corte estão: o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas, a reforma no ordenamento jurídico interno visando à maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos, e a construção de uma escola em memória das vítimas.

À luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, compreendendo a Convenção como um *living instrument*, a Corte afirma que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente. Introduce a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – o direito a não ser privado da vida arbitrariamente –, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – o “direito a criar e desenvolver um projeto de vida”. Esta interpretação lança um importante horizonte para proteção dos direitos sociais.

b) Aplicação do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis

Em outros julgados, a Corte endossa o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis.

No caso da comunidade indígena *Yakye Axa versus Paraguai* (2005)⁵¹, a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações. A Corte afirmou o dever do Estado de adotar medidas positivas apropriadas para assegurar o direito desta comunidade indígena à existência digna, com proteção às suas vulnerabilidades específicas; o direito à identidade cultural; o direito à saúde; o direito ao meio ambiente sadio; o direito à alimentação (incluindo o direito à água limpa); o direito à educação e à cultura, com fundamento no artigo 26 da Convenção Americana (aplicação progressiva dos direitos sociais) e no Protocolo de San Salvador.

No caso da comunidade indígena *Xákmok Kásek versus Paraguai* (2010)⁵², a Corte In-

November 1999, Ser. C, Nº 63.

51 *Yakye Axa Community vs. Paraguay*. Inter-American Court, 2005, Ser. C, Nº 125.

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C.N. 214. Note-se que, no sistema africano, merece menção um caso emblemático que, ineditamente, em nome do direito ao desenvolvimento, assegurou a proteção de

teramericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (artigos 4º, incisos 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade – o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção pelo artigo 21 da Convenção. Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros.

No caso *niñas Yean y Bosico versus República Dominicana* (2005), a Corte enfatizou o dever dos Estados no tocante à aplicação progressiva dos direitos sociais, a fim de assegurar o direito à educação, com destaque à especial vulnerabilidade de meninas. Sustentou que:

*en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.*⁵³

No caso *Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) versus Peru* (2009)⁵⁴, a Corte condenou o Peru pela violação aos direitos à proteção judicial (artigo 25 da Convenção Americana) e à propriedade privada (artigo 21 da Convenção), em caso envolvendo denúncia dos autores relativamente ao não cumprimento pelo Estado de decisão judicial concedendo aos mesmos remuneração, gratificação e bonificação similar aos percebidos pelos servidores da ativa em cargos idênticos. Em sua fundamentação, a Corte reconheceu que os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, a conjugar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis. Realçou ser a aplicação progressiva dos direitos sociais (artigo 26 da Convenção) suscetível de controle e fiscalização pelas instâncias competentes, destacando o dever dos Estados de não-regressividade em matéria de direitos sociais. Endossou o entendimento do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de que as medidas de caráter

povos indígenas às suas terras. Em 2010, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que o modo pelo qual a comunidade Endorois no Quênia foi privada de suas terras tradicionais, tendo negado acesso a recursos, constitui uma violação a direitos humanos, especialmente ao direito ao desenvolvimento.

⁵³ *Caso de las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana, Inter-American Court, 08 November 2005, Ser. C, Nº130.*

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Peru, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C, Nº 198.*

deliberadamente regressivo requerem uma cuidadosa análise, somente sendo justificáveis somente quando considerada a totalidade dos direitos previstos no Pacto, bem como a máxima utilização dos recursos disponíveis.

c) Proteção indireta dos direitos sociais (mediante a proteção de direitos civis)

Finalmente, há um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta de direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a ideia da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos.

No caso *Albán Cornejo y otros versus Ecuador* (2007)⁵⁵ referente à suposta negligência médica em hospital particular - mulher deu entrada no hospital com quadro de meningite bacteriana e foi medicada, vindo a falecer no dia seguinte, provavelmente em decorrência do medicamento prescrito -, a Corte decidiu o caso com fundamento na proteção ao direito à integridade pessoal e não no direito à saúde. No mesmo sentido, no caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (2003)⁵⁶, concernente a danos à saúde decorrentes de condições de detenção, uma vez mais a proteção ao direito à saúde deu-se sob o argumento da proteção do direito à integridade física.

Outros casos de proteção indireta de direitos sociais atêm-se à proteção ao direito ao trabalho, tendo como fundamento o direito ao devido processo legal e a proteção judicial. A respeito, destaca-se o caso *Baena Ricardo y otros versus Panamá* (2001)⁵⁷, envolvendo a demissão arbitrária de 270 funcionários públicos que participaram de manifestação (greve). A Corte condenou o Estado do Panamá pela violação da garantia do devido processo legal e proteção judicial, determinando o pagamento de indenização e a reintegração dos 270 trabalhadores. No caso *Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Peru* (2006)⁵⁸, envolvendo a despedida arbitrária de 257 trabalhadores, a Corte condenou o Estado do Peru também pela afronta ao devido processo legal e proteção judicial. Em ambos os casos, a condenação dos Estados teve como argumento central a violação à garantia do devido processo legal e não a violação ao direito do trabalho.

Outro caso emblemático é o caso “cinco pensionistas” *versus Peru* (2003)⁵⁹, envolvendo a modificação do regime de pensão no Peru, em que a Corte condenou o Estado com fundamento na violação ao direito de propriedade privada e não com fundamento na afronta ao direito de seguridade social, em face dos danos sofridos pelos cinco pensionistas. Em

55 *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, Inter-American Court, 22 November 2007, serie C, nº 171.*

56 *Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Inter-American Court, 25 November 2003, serie C, nº 101.*

57 *Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Inter-American Court, 02 February 2001, serie C, nº 72.*

58 *Caso Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Peru, Inter-American Court, 24 November 2006, serie C, nº 158.*

59 *Caso “cinco pensionistas” vs. Peru, Inter-American Court, 28 February 2003, serie C, nº 98.*

um sentido similar, destaca-se a jurisprudência da Corte Europeia, ao assegurar a proteção de direitos sociais por via indireta, como obrigações positivas decorrentes de direitos civis notadamente do direito à vida privada e familiar⁶⁰. Para Martin Scheinin:

Other similar fields can be identified and elaborated on through the interpretation of treaty provisions on the right to life or the right to private and family life. The right to housing, or at least some dimensions of this right, seems particularly suitable for receiving protection under these provisions. In Lopez Ostra v. Spain, the European Court on Human Rights found a serious case of environmental damage by accompanying health problems to be a violation of Article 8 on the protection of private and family life.⁶¹

A Corte Interamericana, por meio de uma interpretação dinâmica e evolutiva, inspirada na indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, tem permitido avanços na proteção dos direitos sociais. Tem desenvolvido seu próprio *framework* para a proteção destes direitos, ao consagrar a dimensão positiva do direito à vida, o princípio da progressividade dos direitos sociais (em especial para a proteção de grupos socialmente vulneráveis) e a proteção indireta de direitos sociais.

5. A proteção dos direitos sociais no âmbito sul-americano: desafios do *ius commune*

Considerando os direitos sociais sob a perspectiva da concepção contemporânea de direitos humanos, a principiologia aplicável aos direitos sociais e os parâmetros protetivos do sistema global e regional interamericano, transita-se neste tópico ao exame da proteção dos direitos sociais no âmbito sul-americano. O foco central desta análise é identificar estratégias para fortalecer o diálogo global, regional e local na defesa dos direitos sociais, com

60 Como lecionam Luke Clements e Alan Simmons: “Although Article 8 does not guarantee the right to have one’s housing problem solved by the authorities, a refusal of the authorities to provide assistance in this respect to an individual suffering from a severe disease might in certain circumstances raise an issue under Article 8 of the Convention because of the impact of such a refusal on the private life of the individual”. (CLEMENTS, Luke; SIMMONS, Clements. European Court of human rights: sympathetic unease. In: LANGFORD, Malcolm (ed.). *Social rights jurisprudence: emerging trends in International and Comparative Law*. Cambridge University Press, 2008, p.415). Na mesma direção, afirma Dinah L. Shelton: “In the case *Taskin and Others v. Turkey* (Appl. N.46117/99, Eur. Ct. H.R., Nov. 10, 2004), the Court points out that Article 8 applies to severe environmental pollution which may affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health (see also *López Ostra v. Spain*, judgment of 9 December 1994, Series A n.303-C, paragraph 51). (...) As the *Taskin* case indicates, despite the fact that the European Convention contains neither a right to health nor a right to environment, cases have been brought for injury due to pollution, invoking the right to life (Art.2) and the right to information (Art.10), as well as the right to privacy and family life (Art.8). (...) Decisions indicate that environmental harm attributable to state action or inaction that has significant injurious effect on a person’s home or private and family life constitutes a breach of Article 8 (1)”. (SHELTON, Dinah L. *Regional protection of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.203).

61 SCHEININ, Martin. Economic and social rights as legal rights. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, social and cultural rights*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.41.

vistas à pavimentação de um *ius commune* sul-americano em matéria de direitos sociais.

A análise da experiência sul-americana de proteção dos direitos sociais demanda sejam consideradas as peculiaridades da região. A América Latina é a região com o mais elevado grau de desigualdade no mundo, em termos de distribuição de renda⁶². A este elevado grau de exclusão e desigualdade social somam-se democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

Dois períodos demarcam, assim, o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 1980, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 1980, propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. A título de exemplo, note-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, foi ratificada pela Argentina em 1984; pelo Uruguai, em 1985; pelo Paraguai, em 1989; e pelo Brasil, em 1992. Já o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos deu-se na Argentina em 1984; no Uruguai, em 1985; no Paraguai, em 1993; e no Brasil, em 1998. Atualmente constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

Quanto à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Neste sentido, merecem destaque o artigo 75, inciso 22 da Constituição argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos

62 Para o ECLAC: "*Latin America's highly inequitable and inflexible income distribution has historically been one of its most prominent traits. Latin American inequality is not only greater than that seen in other world regions, but it also remained unchanged in the 1990s, then took a turn for the worse at the start of the current decade.*" (ECLAC, *Social Panorama of Latin America - 2006, chapter 1, page 84*. <<http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/tpli/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xsl>> (acesso em: 30 jul. 2010). No mesmo sentido, advertem Cesar P. Bouillon e Mayra Buvinic: "(...) *In terms of income, the countries in the region are among the most inequitable in the world. In the late 1990s, the wealthiest 20 percent of the population received some 60 percent of the income, while the poorest 20 percent only received about 3 percent. Income inequality deepened somewhat during the 1990s (...). Underlying income inequality, there are huge inequities in the distribution of assets, including education, land and credit. According to recent studies, the average length of schooling for the poorest 20 percent is only four years, while for the richest 20 percent is 10 years.*" (BOUILLON, Cesar P.; BUVINIC, Mayra. *Inequality, exclusion and poverty in Latin America and the Caribbean: implications for development. Background document for EC/IADB "Seminar on Social Cohesion in Latin America"*. Brussels, Jun. 5-6, 2003, p. 3-4, par. 2.8). Disponível em: <<http://www.iadb.org/sds/doc/soc-idb-socialcohesion-c.pdf>>. Acesso em 26 jul. 2010.

humanos, e o artigo 5º, parágrafos 2º e 3º da Constituição brasileira que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

As constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional.

À luz deste contexto, serão destacados dez desafios voltados ao fortalecimento do diálogo dos sistemas global e regional com a ordem local, por meio da incorporação dos parâmetros protetivos internacionais pela ordem local, visando a contribuir para a pavimentação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais no âmbito sul-americano:

1) Promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e da OEA

Com a democratização na região sul-americana, os Estados passaram a ratificar os principais tratados de direitos humanos. Ao longo dos regimes autoritários ditatoriais, os direitos humanos eram concebidos como uma agenda contra o Estado; apenas com a democratização é que passaram a ser incorporados na agenda estatal, sendo criada uma institucionalidade inspirada nos direitos humanos (compreendendo a adoção de Programas Nacionais de Direitos Humanos, Secretarias especiais, Ministérios e Comissões em casas do poder Legislativo em diversos Estados latino-americanos). Emerge a concepção de que os direitos humanos são um componente essencial ao fortalecimento da democracia e do Estado de Direito na região.

Contudo, embora os Estados sul-americanos tenham aderido a um universo significativo de instrumentos internacionais de proteção, resta ainda o desafio de ampliar a base consensual de ratificação do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais – que até 2010 contava apenas com 15 Estados-partes – e do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que até 2010 contava apenas com três Estados-partes.

Ao compartilhar desta base consensual, os Estados sul-americanos estariam a aceitar o mesmo piso protetivo mínimo no campo da proteção de direitos sociais, o que se converte em um ponto de partida para a composição de um *ius commune*.

2) Fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um status privilegiado na ordem jurídica doméstica

O constitucionalismo sul-americano tem se caracterizado por contemplar cláusulas constitucionais abertas a fomentar o diálogo constitucional-internacional, bem como a recepção privilegiada de tratados de direitos humanos na ordem doméstica.

A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no artigo 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição brasileira de 1988, no artigo 5º, parágrafo 2º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade. A então Constituição do Peru, de 1979, no mesmo sentido, determinava no artigo 105 que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos. A Constituição da Colômbia, de 1991, reformada em 1997, confere, no artigo 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Também a Constituição do Chile, de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país.

Logo, é neste contexto — marcado pela tendência de constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados — que se insere o desafio de encorajar todos os textos constitucionais latino-americanos a incluírem cláusulas abertas a conferir aos tratados de direitos humanos *status* hierárquico constitucional.

3) Fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade das leis

Além da ratificação de tratados de direitos humanos a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local, fundamental é transformar a cultura jurídica tra-

dicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que realize o controle de convencionalidade. Sobre o tema, instigante estudo de Néstor P. Sagues, acerca da “*Situación (en los Tribunales nacionales) de la Doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano*”⁶³, propõe uma classificação baseada em quatro categorias de controle de convencionalidade: a) admissão expressa (com destaque à Argentina); b) admissão tácita (com destaque à Costa Rica, Peru, Chile, El Salvador e Bolívia); c) silêncio (com destaque ao Equador, Brasil, México e Colômbia); e d) negação tácita (com destaque ao grave caso venezuelano, em que a Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça declarou não executável uma sentença da Corte Interamericana, encorajando o Poder Executivo a retirar-se da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 18 de dezembro de 2008 (caso Apitz Barbera).

O pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa fé.

Como enfatiza a Corte Interamericana:

*Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle da convencionalidade das leis” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.*⁶⁴

63 Ver “*Situación (en los Tribunales nacionales) de la Doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano*”, pesquisa realizada por Néstor P. Sagues, nov. 2010. Este estudo foi apresentado no simpósio “*Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius comune latinoamericano*”, no Max-Planck-Institute, em Heidelberg, em 25 de novembro de 2010.

64 Ver caso *Almonacid Arellano and others vs. Chile. Judgment of 26 September 2006*. A título ilustrativo, em 24 de novembro de 2010, no caso Gomes Lund e outros versus Brasil, a Corte Interamericana entendeu que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, em 29 de abril de 2010 - que manteve a interpretação de que a Lei de Anistia de 1979 teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes - afeta o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos, afrontando, ainda, o dever de harmonizar a ordem interna à luz dos parâmetros da Convenção Americana. Concluiu a Corte que “não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado brasileiro”, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da lei de anistia sem considerar as obrigações internacionais do Brasil decorrentes do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 1, 2, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O controle de convencionalidade das leis contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os *standards*, princípios e a jurisprudência internacional em matéria de direitos sociais. Também essencial é assegurar que as sentenças internacionais condenatórias de Estados sejam obrigatórias e diretamente executáveis, otimizando a justiciabilidade dos direitos sociais.

4) Fomentar programas de capacitação para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos sociais

A transformação da cultura jurídica requer a realização de programas de capacitação endereçados aos agentes públicos dos diversos poderes, a fim de que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos sociais, a principiologia específica aplicável a estes direitos e a jurisprudência protetiva internacional convertam-se em referência e parâmetros a guiar a conduta de tais agentes.

A elaboração de normas, a formulação de políticas públicas e a formulação de decisões judiciais devem louvar o princípio da boa-fé no âmbito internacional, buscando sempre harmonizar a ordem doméstica à luz dos parâmetros protetivos mínimos assegurados na ordem internacional no campo dos direitos sociais.

5) Assegurar o reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais na ordem constitucional com a previsão de instrumentos e remédios constitucionais que garantam sua justiciabilidade

Para fortalecer o diálogo entre a ordem internacional, regional e local em matéria de direitos sociais, fundamental é que o marco jurídico constitucional acolha a concepção contemporânea de direitos humanos. Isto é, endosse a visão integral dos direitos humanos, baseada na indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos civis e políticos e dos direitos sociais, econômicos e culturais. Fundamental ainda é enfatizar a paridade hierárquica destes direitos.

Em decorrência da visão integral dos direitos humanos, o devido reconhecimento constitucional aos direitos sociais surge como medida imperativa, bem como a previsão de remédios que assegurem a sua proteção em casos de violação. A proteção aos direitos sociais requer a existência de remédios efetivos voltados à sua garantia, enfatizando a fórmula "*there is no right without remedies*". Neste sentido, o papel das Cortes não é o de formular políticas públicas em matéria de direitos sociais, mas o de fiscalizar, supervisionar e monitorar tais políticas considerando os parâmetros

constitucionais e internacionais⁶⁵.

Note-se que a própria jurisprudência do Comitê da ONU de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao interpretar o artigo 2º do Pacto, adverte ser dever dos Estados a adoção de medidas que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto – o que estaria a incluir medidas legislativas, administrativas e também judiciais.⁶⁶

Há que se fortalecer a perspectiva integral dos direitos humanos, que tem nos direitos sociais uma dimensão vital e inalienável, aprimorando os mecanismos de sua proteção e justiciabilidade, dignificando, assim, a racionalidade emancipatória dos direitos sociais como direitos humanos, nacional e internacionalmente garantidos.

6) Garantir uma prioridade orçamentária para a implementação dos direitos sociais

O princípio da utilização do máximo de recursos disponíveis voltados à implementação dos direitos sociais demanda a fixação de uma dotação orçamentária específica para a implementação de direitos sociais.

A título ilustrativo, a Constituição do Brasil estabelece um percentual da receita proveniente de impostos para a educação e para a saúde, sobe pena, inclusive, de intervenção federal, nos termos do artigo 34, inciso VII, alínea “e”. Na Constituição da Colômbia também é estabelecida a prioridade para gastos em educação e saúde no campo orçamentário, nos termos dos artigos 347 e 356 a 357. Na mesma linha, a Constituição do Equador prevê, no campo das finanças públicas, que os recursos para a saúde, educação e justiça são prioritários, nos termos do artigo 286.

Imperioso é fomentar nos textos constitucionais latino-americanos previsões que asse-

65 A respeito, merece destaque decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil que consagra o direito à saúde como prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. Acrescenta a decisão que “é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.” (AI 734487, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 03/08/2010, DJe-154, publicado em 20.08.2010). Também merece menção decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil a respeito da possibilidade do controle judicial de políticas públicas, em caso envolvendo a obrigação do Poder Público no fornecimento de medicamentos, com a conclusão de que a reserva do possível não pode opor-se ao mínimo existencial. De acordo com o julgado: “Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais”. (AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010).

66 O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sustenta que a expressão “por todos os meios apropriados” deve ser interpretada da forma mais ampla possível, de modo a abranger remédios judiciais (General Comment nº 3, UN doc. E/1991/23).

gurem dotação orçamentária específica para os direitos sociais, sobretudo a educação e a saúde, em respeito ao princípio da utilização do máximo de recursos disponíveis voltados à implementação dos direitos sociais consagrado no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ratificado por 28 Estados da região⁶⁷. A este princípio soma-se também o princípio da observância do *minimum core obligation*, na medida em que é dever dos Estados prover, ao menos, um núcleo essencial mínimo concernente aos direitos sociais, em defesa da prevalência da dignidade humana.

7) Aplicar indicadores para avaliar a progressividade na aplicação de direitos sociais

Indicadores técnico-científicos capazes de mensurar a progressividade na aplicação dos direitos sociais surgem como uma medida de especial relevância voltada à plena implementação destes direitos⁶⁸.

Além de conferir maior rigor metodológico, a utilização de indicadores permite realizar o *human rights impact assessment* em relação às políticas, programas e medidas adotadas pelo Estado, permitindo a *accountability* com relação às obrigações contraídas pelo Estado no âmbito internacional e doméstico. Fomenta, ainda, a geração de dados, estatísticas e informações, que compõe a base sólida para a composição de um preciso diagnóstico sobre a progressividade dos direitos sociais. Fundamental, neste sentido, é gerar dados desagregados compreendendo os critérios de gênero, raça, etnia, idade, orientação sexual, dentre outros – o que permitirá aliar políticas especiais às políticas universalistas.

Por meio da utilização de indicadores é possível identificar avanços, retrocessos e inações dos poderes públicos em matéria de direitos sociais. É condição para compor um diagnóstico preciso do enquadramento das ações e inações públicas no marco dos direitos sociais, permitindo um balanço crítico de programas e medidas implementadas. É a partir de um diagnóstico preciso que também é possível identificar prioridades e estratégias visando ao aprimoramento da realização de direitos sociais, o que poderá compreender melhor e mais eficaz interlocução dos poderes públicos, mediante arranjos interinstitucionais orientados à plena implementação dos direitos sociais⁶⁹.

67 Note-se que, dos 160 Estados-partes do referido Pacto, 28 são Estados membros da OEA.

68 A respeito, consultar o documento “*Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*”, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSSI/doc.2/11, 11 de março de 2011. Ver, ainda, *report* do UN High Level Task Force on the implementation of the right to development for the April 2010 session of the Working Group, including the attributes of the right to development and the list of criteria, sub-criteria and indicators - A/HRC/15/WG.2/TF/2. Add 2.

69 Sobre o tema, destaca-se, a título ilustrativo, audiência pública no Supremo Tribunal Federal do Brasil para debater as questões relativas às demandas judiciais que objetivam prestações de saúde, contando com 49 especialistas, em abril de 2009. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça adotou a resolução nº 107, em 06 de abril de 2010, instituindo o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos. Destaca-se também a sistematização de reenvio,

8) Impulsionar o componente democrático no processo de implementação dos direitos sociais

Em matéria de direitos sociais não bastam apenas os resultados, mas também importa o processo de sua realização. No campo da principiologia dos direitos sociais, especial relevância merece o princípio da participação, transparência e *accountability*.

O componente democrático é essencial para a adoção de ações, políticas e programas em direitos sociais. O componente participativo é estruturante aos direitos sociais, de forma a propiciar especialmente a participação dos grupos mais vulneráveis na formulação, implementação e monitoramento destes direitos.

Neste sentido, a Constituição do Brasil assegura a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde, nos termos do artigo 198. A Constituição da Bolívia, no artigo 18, afirma que o sistema único de saúde será universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercultural, participativo e com controle social, realçando que os povos indígenas e camponeses têm direito a um sistema de saúde que respeite sua cosmovisão e práticas tradicionais. Por sua vez, a Constituição do Equador enuncia que a prestação de serviços de saúde será regida por princípios de universalidade, solidariedade, interculturalidade, qualidade, eficiência, precaução e bioética, com enfoque de gênero e geracional. Prevê também a Constituição da Colômbia que os serviços de saúde serão organizados com a participação da comunidade, nos termos do artigo 49. A respeito, destaca-se, ainda, emblemática decisão proferida pela Corte Constitucional colombiana (T-760-2008), ao frisar, em caso envolvendo a ampla revisão do sistema geral de seguridade social, que a progressividade dos direitos sociais demanda a existência de programas, ações e políticas públicas orientadas à realização gradativa destes direitos (sendo inaceitável a inação continuada do Estado), com a necessária observância da participação democrática no processo de elaboração, implementação e avaliação de políticas públicas.

9) Fortalecer o princípio da cooperação internacional em matéria de direitos sociais

Defende este artigo que, tal como o direito ao desenvolvimento, os direitos sociais também demandam não apenas ações, programas e políticas nacionais, mas também assistência e cooperação internacional. O princípio da cooperação internacional encontra respaldo jurídico na Declaração Universal, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Protocolo de San Salvador, como já enfocado.

mediante a qual, em demandas de alta complexidade e litígios estruturais, cabe ao poder Judiciário identificar os parâmetros jurídicos a serem observados, remanescendo ao Poder Executivo avaliar, sob o prisma técnico, a solução concreta a ser dada – o que expressa o diálogo entre os poderes públicos na implementação dos direitos sociais.

Daí a importância em avançar na arena da cooperação internacional vocacionada à proteção dos direitos sociais, a partir de uma agenda de prioridades regionais em matéria de direitos sociais.

10) Avançar no diálogo vertical e horizontal de jurisdições

A abertura da ordem local ao diálogo horizontal com outras jurisdições e ao diálogo vertical com jurisdições supranacionais é condição, requisito e pressuposto para a formação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais.

De um lado, é essencial que os sistemas sul-americanos possam enriquecer-se mutuamente por meio de empréstimos constitucionais e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios vocacionados à proteção dos direitos sociais. Também relevante seria identificar as melhores práticas em direitos sociais, estimulando sua adoção, com os ajustes necessários, considerando as especificidades e particularidades de cada país.

Por outro, a abertura das ordens locais aos parâmetros protetivos mínimos fixados pela ordem global e regional, mediante a incorporação de princípios, jurisprudência e *standards* protetivos internacionais, é fator a dinamizar a pavimentação de um *ius commune* em direitos sociais na região.

Para a criação de um *ius commune* fundamental é avançar no diálogo entre as esferas global, regional e local, potencializando o impacto entre elas, para assegurar a maior efetividade possível aos direitos sociais sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos.

Por fim, se os direitos humanos não são um dado, mas um construído, as violações a estes direitos também o são. As violações, as exclusões, as injustiças são um construído histórico a ser desconstruído. É emergencial assumir o risco de romper com uma cultura que trivializa, naturaliza e banaliza a desigualdade e a exclusão social – especialmente em um contexto regional que ostenta a maior desigualdade do mundo.

Hannah Arendt afirma ser possível modificar pacientemente o deserto com as facultades da paixão e do agir. Afinal, “*if all human must die; each is born to begin*”.⁷⁰

70 ARENDT, Hannah. *The human condition*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. Para a autora: “Fluindo na direção da morte, a vida humana arrastaria consigo, inevitavelmente, todas as coisas humanas para a ruína e destruição, se não fosse a faculdade humana de interrompê-las e iniciar algo novo, faculdade inerente à ação como perene advertência de que os homens, embora devam morrer, não nascem para morrer, mas para começar”. (ARENDT, Hannah. *A condição humana*. (Trad. Roberto Raposo). 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.258)