

Os direitos econômicos, sociais e culturais: a questão da sua exigibilidade

José Ricardo Ferreira Cunha*

Vinicius Scarpi**

À guisa de introdução

Durante o século XIX e na primeira metade do século XX, o problema das desigualdades entre indivíduos foi pensado, em grande medida, a partir da lógica das classes sociais e dos conflitos decorrentes do processo produtivo. Portanto, a complexidade da vida social aparecia, em alguma medida reduzida a um suposto protagonismo histórico de duas classes: proprietários dos meios de produção, ou burguesia, e classe operária, ou trabalhadores. É bem verdade que o antagonismo destas classes realmente movimentam e explicam certas contradições históricas, também é verdade que muitas outras contradições transcendem esta lógica. Basta pensar problemas como o machismo, a intolerância, a diversidade étnica, a segurança genética etc. Contudo, na segunda metade do século XX, assistimos todos ao fim da guerra fria e a imposição do capitalismo como ordem mundial única. Isso resultou numa mudança da agenda ideológica vigente: o paradigma inspirado no marxismo foi perdendo força na sua capacidade de análise da realidade e de propositura de ações políticas. Claro que isso não pode ser compreendido como o fracasso do gênio filosófico de Marx, mas sim como um novo momento no arranjo ideológico e político

* Doutor em Direito (UFSC); Professor Adjunto da FGV Direito Rio e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Coordenador Acadêmico do Mestrado em Poder Judiciário da FGV Direito Rio. E-mail: jose.cunha@fgv.br

** Doutorando em Direito (UERJ); Professor da UniverCidade e da FGV Direito Rio. E-mail: vsacrpi@hotmail.com.

mundial. Nesse novo momento os valores morais foram soerguidos em sua dignidade, sobretudo após os horrores da Segunda Guerra Mundial. Esse foi o terreno fértil para que a temática dos direitos humanos passasse a ocupar espaço significativo na nova agenda, capitaneando, em certa medida, o confronto entre a nova direita e a nova esquerda. Apostar nos direitos humanos e na sua capacidade emancipatória passou a ser o marco para a ação daqueles inconformados com a realidade, por oposição aos que preferem mantê-la como estão por se beneficiarem dela.

Nesse contexto, os direitos humanos ganharam destaque especial, o que se verifica desde a Declaração de 1948 até a Declaração de Viena de 1993. Hoje, a questão central que se apresenta é de como garantir tais direitos, especialmente os direitos econômicos sociais e culturais. Isto é o que será analisado no presente artigo.

A afirmação dos direitos humanos no pós-guerra

Em 1948, ainda sob o impacto das barbáries promovidas na II Grande Guerra, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ainda que alguns poucos países tenham se absterido de votar, notadamente União Soviética, Arábia Saudita e África do Sul, a Declaração foi aprovada por unanimidade. Sendo assim, pode-se afirmar que a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos teve o mesmo fator motivador da criação da própria Organização das Nações Unidas.

A Declaração retomou, em certa medida, os ideais da Revolução Francesa, e, passados quase dois séculos desde aquela, enfim reconheceu, no âmbito universal, os valores supremos da igualdade, da fraternidade e da liberdade. Este seria, pois, um momento histórico de afirmação da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa¹. Ao final da II Guerra, percebeu-se que as promessas da modernidade – um mundo marcado pela paz e prosperidade – acabaram não se concretizando. A crença numa razão libertária, diante de todos os absurdos produzidos durante o conflito mundial, teve que ser revista.

Os horrores da Guerra produziram espanto e, mais do que isso chamaram a atenção para a necessidade de criação de mecanismos internacionais

¹ COMPARATO, 2001.

que pudessem evitar que fatos como os ocorridos não se repetissem. A Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos foram, na realidade, uma tentativa da humanidade de evitar que o ser humano voltasse a ser vítima de lesões à sua dignidade, ou, pelo menos, que eventuais tentativas de lesão fossem desestimuladas ao máximo. Nessa esteira, formou-se uma consciência praticamente unânime da necessidade de imposição de limites éticos à produção normativa dos Estados, o que estaria garantido com a Declaração de 1948. Contudo, a mentalidade formalista decorrente do exacerbado positivismo que dominou o mundo jurídico no século XIX e primeira metade do século XX, levou muitos juristas a afirmarem faltar à Declaração de 1948, força vinculante e, por conseqüência, obrigatoriedade, reconhecendo-lhe apenas o caráter de mera recomendação. Essa discussão restou superada quando da adoção, em 1966, do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais. Estes pactos desenvolveram, em detalhes, o conteúdo da Declaração de 1948, completando, assim, a segunda etapa do processo de institucionalização dos direitos humanos². Estava completa, agora, a construção da Carta Internacional de Direitos Humanos, composta pela Declaração Universal e pelos Pactos Internacionais de Direitos Humanos³.

Fato bastante peculiar em relação à aprovação desses pactos é a própria existência de dois tratados distintos, ao invés de um único, normatizando os direitos humanos. Essa opção pela produção de dois pactos corresponde ao cenário político mundial, que, à época da produção dos tratados, encontrava-se dividido entre o bloco capitalista e o bloco socialista. Durante o período de Guerra Fria toda a agenda política mundial esteve, de alguma forma, submetida à lógica desse embate ideológico entre as duas superpotências. Os direitos humanos não fugiram a essa regra, o que acabou resultando na produção de dois tratados ao invés de um único, como seria natural. Tinha-se, dessa forma, de um lado o bloco capitalista calcado num discurso de valorização das liberdades individuais, e, do outro, o bloco socialista, com uma retórica em favor dos direitos econômicos e sociais. Essa

² WEIS, 2000, p. 294.

³ Ratificados pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgados pelo Decreto n. 592, de 6 de dezembro de 1992. Ressalte-se que, com a entrada em vigor destes pactos, o Brasil tornou-se responsável pela implementação e proteção dos Direitos Fundamentais previstos nos mesmos.

dicotomia liberdade-igualdade acabou servindo de razão para a produção dos dois tratados. É evidente que o discurso das potências não era claro nesse sentido. As justificativas apresentadas acabaram sendo as de que: a) os direitos civis possuem natureza diversa dos direitos econômicos, já que aqueles teriam aplicação imediata, enquanto estes seriam aplicados progressivamente; e b) os mecanismos de supervisão da implementação dos direitos seriam diversos, existindo no caso dos direitos civis a possibilidade de denúncia do Estado em caso de violação, o que não seria possível em se tratando dos direitos econômicos e sociais⁴. Certamente que os argumentos apresentados não convencem por não resistirem a uma análise mais profunda e crítica. O fato é que tal dicotomia resulta mesmo do processo histórico de agressão mútua e enfretamento ideológico entre os dois grandes blocos, gerando, no campo dos direitos humanos, esta retórica dissociativa entre direitos civis e políticos, por um lado, e direitos econômicos e sociais, por outro lado.

A indivisibilidade dos direitos humanos

A referida divisão dos direitos humanos em duas grandes classes – liberdade individuais, de um lado, e, do outro, igualdade econômica e social – não resiste a nenhum critério de razoabilidade. Isto porque a dignidade da pessoa humana não é invenção do legislador nem criação dos juristas, tendo o Direito apenas albergado tal idéia na forma normativa de princípio jurídico. A dignidade é, pois, um valor histórico-social; o valor sobre o qual se funda e legitima todo o ordenamento jurídico, seja no plano interno – constituição –, seja no plano externo – tratados de direitos humanos. É, portanto, a dignidade um valor com reflexos incontáveis, sendo esta, justamente, a razão pela qual a tutela dos direitos da personalidade não poder estar prevista num rol taxativo de direitos. Mas, se é verdade que a dignidade do indivíduo acaba por garantir-lhe uma série aberta de direitos, isso não significa que a dignidade não seja um único valor. Quando se fala em dignidade está se falando na existência de um único valor, e não valores. Dessa forma, quando o indivíduo sofre uma injusta lesão a um direito decorrente de sua dignidade, pode-se afirmar que toda sua dignidade foi afetada.

⁴ WEIS, p. 295.

Sendo então verdade que a dignidade é um único valor, sua tutela não pode ser fracionada, existindo, assim, uma unidade e uma indivisibilidade dos direitos humanos. Nessa linha, tanto o Encontro de Teerã quanto o Programa de Ação de Viena acabaram por afirmar a unidade e interdependência dos direitos humanos, jogando por terra a artificial divisão dos direitos humanos pressuposta para a elaboração dos dois tratados. Afirmou-se no Encontro de Teerã que “como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais tornam-se impossível”⁵. Da mesma forma, na Declaração de Viena:

Todos os direitos humanos são *universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados*. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos de base históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais⁶ (grifo nosso).

ConceitA artificial divisão dos direitos humanos foi superada tanto no campo teórico, pela impossibilidade de fundamentação da divisibilidade da dignidade dos indivíduos, quanto no campo da fundamentação normativa, uma vez que tanto o Encontro de Teerã quanto a Declaração de Viena afirmaram, explicitamente, a indivisibilidade como aspecto inerente aos direitos humanos.

A questão do protocolo facultativo

Outro ponto relevante no que se refere à diferença de tratamento entre os direitos humanos civis e políticos e os direitos humanos econômicos sociais e culturais é, justamente, o fato da existência de um protocolo facultativo ao pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Este protocolo representa um importante mecanismo de fortalecimento dos direitos civis

⁵ Cf. WEIS, p. 296.

⁶ COMPARATO, p. 250-251.

e políticos, uma vez que permite ao comitê conhecer denúncias formuladas pelas próprias vítimas de violações de direitos garantidos no pacto⁷. Ressalte-se, todavia, que a denúncia só será aceita se disser respeito a um Estado parte do pacto que também seja signatário do protocolo facultativo. Apesar das limitações evidentes, já que muitos Estados signatários do pacto de direitos civis e políticos não aceitaram o protocolo facultativo, não se pode negar que a própria existência do protocolo significa uma importante arma no processo de luta pela efetivação dos direitos civis e políticos.

A existência do protocolo reforça a perspectiva da importância da efetivação dos direitos humanos como o foco da luta humanística pela dignidade humana. Assim, não basta discutir-se, apenas, a fundamentação destes direitos; há que se preocupar com a promoção, a defesa e o controle dos direitos já consagrados. Um direito, qualquer que seja, está intimamente ligado à sua capacidade de coerção, vez que esta é uma característica inerente ao fenômeno jurídico. Neste sentido, cabe indagar se um direito que não obriga, que está privado da capacidade de constranger alguém ao seu cumprimento, continua a merecer ser chamado de “direito”⁸. Na luta para manter o seu status de direito, e não mera recomendação de valor moral, os direitos civis e políticos têm no protocolo facultativo – ainda que se considere toda a dificuldade de implementação e as limitações impostas pelos Estados – um forte aliado na trincheira da efetivação.

Os direitos econômicos sociais e culturais, por sua vez, estão desprovidos da existência de um protocolo facultativo que lhes garanta um maior grau de coercibilidade junto aos países negligentes em sua efetivação. Além da desvantagem evidente que a não existência de um protocolo facultativo impõe aos direitos econômicos sociais e culturais em relação aos direitos civis e políticos, outro aspecto tão negativo quanto que surge desta não existência do protocolo facultativo é, justamente, o reforço na idéia de fragmentação dos direitos humanos. Este aspecto se comprova pelo fato de que, por vezes, os que advogam em favor da divisibilidade dos direitos humanos recorrem à inexistência do protocolo facultativo para desqualificarem os direitos econômicos, sociais e culturais. Por isso mesmo, vale ressaltar que divisibilidade dos direitos humanos é uma idéia que precisa ser vencida também no plano doutrinário, já que tanto do ponto de vista

⁷ LEITE e MAXIMIANO, 2000, p. 285.

⁸ BOBBIO, 1992, p.p. 79-80.

filosófico quanto do ponto de vista normativo (Encontro de Teerã e a Declaração de Viena) a divisão já se encontra superada. Sendo assim, em razão da indivisibilidade consagrada dos direitos humanos é que urge a necessidade de aprovação de um protocolo facultativo que possibilite aos direitos econômicos sociais e culturais um maior grau de efetividade.

Existe, hoje, no Brasil e na comunidade internacional uma convicção por parte daqueles que militam na garantia dos direitos humanos, de que a instituição de um protocolo facultativo ao pacto de direitos econômicos sociais e culturais consistirá num reforço fundamental na luta pela concretização destes direitos já consagrados. Nessa perspectiva vão os esforços de agentes e instituições no mundo inteiro, já havendo, inclusive, um projeto de protocolo facultativo ao pacto em tela, elaborado pelo respectivo comitê, tramitando na (antiga) comissão de direitos humanos da Organização das Nações Unidas desde 1997⁹. Nessa mesma lógica, Flávia Piovesan, ao apresentar algumas estratégias para a exigibilidade dos direitos econômicos sociais e culturais, declara ser necessário:

(...) criar estratégias para pressionar a elaboração de um protocolo facultativo ao pacto que introduza o direito de petição às instâncias internacionais, na hipótese de violação a estes direitos. Ao lado do mecanismo das petições, também são necessárias pressões para que se introduza neste protocolo ao pacto o mecanismo das comunicações interestatais, bem como para que se elaborem os indicadores técnico-científicos para avaliar o cumprimento e observância destes direitos, como recomendou Viena. Isto é, há que se empenhar esforços no sentido de fortalecer a aplicabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais, realçando o seu caráter jurídico e acionabilidade¹⁰.

A aprovação do protocolo facultativo é uma necessidade, cabendo a todos um esforço na produção de uma agenda internacional de discussão em torno do tema, para que a aprovação do protocolo seja agilizada no Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Evidente que tal protocolo não significará a superação de todos os obstáculos na luta pela aplicabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas

⁹ BENVENUTO, 2001.

¹⁰ PIOVESAN, 1997. Cf. http://www.pucrio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev12_flavia.html.

constituirá, sem dúvida, importante instrumento na luta pela concretização de uma vida materialmente digna para os indivíduos. Essa perspectiva já vem sendo há muito pugnada pelas entidades da sociedade civil. Basta lembrar a Declaração de Quito de 1998 onde diversas instituições e Organizações não governamentais da América Latina e do mundo reafirmam a importância da efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais por meio de sua exigibilidade. Veja-se um trecho da Declaração:

O gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é determinante para a possibilidade do exercício efetivo, igualitário e não discriminatório dos direitos civis e políticos. Assegurar o gozo dos direitos civis e políticos sem considerar o pleno exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais constitui discriminação intolerável, que favorece os setores beneficiados pela desigual distribuição da riqueza e reprodução das iniquidades sociais¹¹.

Em março de 2003, reuniram-se em Brasília várias entidades latino-americanas participantes da *Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo* (PIDHDD), num encontro internacional pela adoção do Protocolo Facultativo ao PIDESC¹². A Declaração que resultou deste encontro foi assumida por outros movimentos sociais da América Latina e instituições européias na forma de um “Comunicado conjunto de organizações da sociedade civil internacional”, dirigido, em especial, à Organização das Nações Unidas¹³. Todo este esforço foi dirigido para a 59ª Seção da comissão de direitos humanos da ONU (realizada em março-abril

¹¹ Cf. <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/desc/quito.html>.

¹² Cf. <http://www.pidhdd.org/>.

¹³ Segue a íntegra do Comunicado: “COMUNICADO CONJUNTO DE ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL INTERNACIONAL ‘Por un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales’. Los abajo firmantes, convocamos a toda la Sociedad Civil Internacional y a todos los Gobiernos del mundo para conjugar nuestros esfuerzos para apoyar todas las iniciativas ya existentes en diferentes niveles por la adopción de un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Por representar un avance muy significativo en la ampliación del contenido normativo de los derechos económicos, sociales y culturales, este instrumento, una vez adoptado por el sistema universal, garantizará una protección internacional más eficaz de los Derechos Humanos, al proclamar la indivisibilidad e interdependencia de todos los Derechos Humanos, así como la necesidad de superar las situaciones de impunidad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, promoviendo la plena justiciabilidad y exigibilidad de estos derechos. Por estos motivos, reiteramos la necesidad de la implementación del compromiso contenido en la resolución 2002/24 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, para que

de 2003), para que nesta seção houvesse avanços significativos na efetivação do protocolo. Contudo, apenas em fevereiro de 2004 foi nomeada a jurista portuguesa Catarina de Albuquerque como presidente-relatora do grupo de trabalho aberto da comissão de direitos humanos da ONU encarregado de formular uma proposta de protocolo facultativo ao PIDESC. Segundo depoimento da professora Catarina de Albuquerque, seriam necessários cerca de três anos para que o grupo de trabalho pudesse apresentar uma proposta¹⁴. Na 60ª sessão da comissão de direitos humanos da ONU, ocorrida entre 23 de fevereiro e 05 de março de 2004, quando se esperava decisões importantes sobre o tema, houve apenas um informe das ações do grupo de trabalho, não havendo avanço significativo¹⁵. Já na 5ª sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, realizada entre 04 de fevereiro e quatro de abril de 2008, finalmente a professora Catarina de Albuquerque apresentou um primeiro bosquejo do Protocolo para o debate.¹⁶ Evidentemente um tal debate suscitou muitas questões polêmicas acerca dos mecanismos de responsabilização dos estados-membros e, principalmente, da reparação à vítima da violação de seus direitos econômico-sociais. Vale ressaltar, o artigo 14 do bosquejo de protocolo facultativo, prevê a criação de um fundo a ser administrado pelas Nações Unidas a partir da doação de governos e instituições públicas e privadas. Esse Fundo Especial daria suporte financeiro para implementação de recomendações ou outros remédios determinados pelo Comitê na análise dos casos concretos. Isso impediria que as decisões materiais do Comitê, no que diz respeito àquela determinada vítima, caíssem no vazio.

se establezca un Grupo de Trabajo de composición abierta; Solicitamos que el grupo de trabajo tenga como mandato definido la elaboración de un texto sustantivo de Protocolo Facultativo al PIDESC que recoge todos los trabajos ya realizados; Reafirmamos la importancia de que el Protocolo establezca un mecanismo de presentación de denuncias individuales y colectivas de violaciones de todos los derechos enunciados en el PIDESC; Instamos a que el grupo de trabajo en el término definido, no mayor de cinco años, envíe al Secretario General de las Naciones Unidas el texto definitivo del Protocolo Facultativo al PIDESC. Por lo tanto, exhortamos a todos, gobiernos y sociedad civil, a trabajar juntos para que, en el 59º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, se logre una votación propicie en este sentido el efectivo avance en la implementación de los derechos humanos. Ginebra, 18 de marzo de 2003. Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo – PIDHDD. Terre des Hommes. Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción – ALOP. Federation Internationale des Droits de l'Homme – FIDH”.

¹⁴ Cf. <http://www.vieiros.com/publicacions/nova.php?Ed=4&rid=35036>.

¹⁵ Cf. http://www.unhchr.ch/html/menu2/2/60chr/summaries/10_S.doc.

¹⁶ Cf. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/126/24/PDF/G0712624.pdf?OpenElement>.

Claro que a grande questão hermenêutica que permeia o Protocolo é a de saber mais claramente o significado da exigência disposta no parágrafo primeiro do artigo segundo do PIDESC, qual seja a de que os estados-membros devem adotar medidas para a plena efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais até o máximo dos recursos que disponham. O que significa exatamente “até o máximo dos recursos que disponham”? É com base na interpretação desse dispositivo que o Comitê poderá ou não sancionar o Estado na análise das petições individuais. Ainda que estejamos apenas no início da constituição de uma comunidade de sentidos que explique tais dispositivos, alguns pontos concretos podem ser desde já apresentados, a partir dos quais os estados-membros podem orientar suas ações, tais como: a) apresentação de medidas administrativas e legislativas concretas voltadas para o desfrute dos DESC; b) justificativa para não adoção de medidas garantidoras dos direitos previstos no PIDESC; c) prova de que as medidas adotadas são inclusivas e não-discriminatórias; d) o tempo decorrido da adoção das medidas; e) se as medidas priorizam os que mais necessitam.

O Pacto de São José da Costa Rica e o Protocolo de São Salvador

No plano das Américas, têm-se a convenção americana de direitos humanos que foi aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 1969, mas, em razão da pressão norte-americana, a declaração de direitos econômicos sociais e culturais foi deixada à parte, só vindo a ser alcançada no Protocolo de São Salvador, em 1988. Evidentemente, o capitalismo gera e convive com contradições sociais que lhe são inerentes e, por isso mesmo, a participação de um país como os Estados Unidos da América – líder do capitalismo mundial – no processo de declaração e efetivação dos direitos econômicos sociais e culturais sempre ocorreu de forma dúbia e com inúmeras reservas. Certamente, muito mais na retórica do que com ações econômicas e políticas efetivas. Assim também o foi na construção e efetivação do Protocolo de São Salvador. Mais diretamente, pode-se dizer que é notoriamente sabido que os Estados Unidos da América, ao longo de décadas, têm assumido posições econômicas, políticas e diplomáticas que dificultam, no plano internacional, a consolidação dos direitos econômicos sociais e culturais. Esta constatação não se baseia apenas no fato dos Estados Unidos terem provocado a não inclusão dos direitos econômicos

sociais e culturais no pacto de São José, mas também em razão do forte lobby americano para não aprovação do protocolo facultativo ao pacto de direitos econômicos sociais e culturais de 1966.

Apesar de todas essas dificuldades políticas e graças aos benefícios democráticos da multilateralidade, tanto a convenção americana como seu respectivo protocolo, conformam não apenas um fato real, como uma importante conquista jurídica em sede de direito internacional dos direitos humanos. Inclusive porque as disposições contidas nesses documentos devem ser aplicadas em razão do princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa humana, o que significa que na vigência simultânea de sistemas nacional e internacional deverá prevalecer o mais benéfico para o indivíduo¹⁷.

O protocolo de São Salvador representou, sem dúvida, um avanço na luta pelos direitos humanos econômicos, sociais e culturais em relação ao pacto de 1966, mas Fábio Konder Comparato duvida, em razão da grande extensão do compromisso assumido, da sinceridade dos países signatários deste protocolo, já que à época, já predominava em grande parte da América Latina a ideologia neoliberal¹⁸. A doutrina neoliberal é, de fato, um grande entrave à promoção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, uma vez que para se adequarem às exigências da economia global os países pobres são submetidos a uma cartilha que, entre outras coisas, os obrigam a produzirem superávits primários mesmo que isto resulte num pífio índice de desenvolvimento humano – IDH.

Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais sempre padeceram em função de governos e de elites insensíveis e indiferentes à pobreza mundial. Contudo, o estágio atual das relações político-econômicas, revela não se tratar mais de um problema de “má vontade” ou falta de “vontade política”. Ocorre que a estrutura do modelo de desenvolvimento internacional se apóia num processo sistemático de apropriação de riquezas e destruição do meio ambiente, o que resulta numa violação também sistemática dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, especialmente nos países periféricos e em desenvolvimento. A economia mundial, e por consequência a economia dos países pobres, opera na lógica da prioridade da acumulação de capital. Os ditames econômicos de nosso tempo colocam

¹⁷ COMPARATO, p. 365.

¹⁸ *Ibidem*.

o indivíduo numa posição secundária no rol de prioridades políticas dos países. Evidentemente, tudo isso torna mais importante ainda a luta pelos direitos humanos no nosso tempo. Optar pelos direitos humanos econômicos, sociais e culturais é buscar a mudança do rumo do desenvolvimento, para que ele seja orientado não pela lógica desumana da acumulação de capital, mas pela ética do respeito à dignidade humana como valor máximo a ser protegido e promovido.

A progressividade dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais

Como foi visto, o modelo de desenvolvimento vigente na ordem internacional produz brutais contradições sócio-econômicas e é capaz de conviver tranquilamente com graves desigualdades. Em nome dele são erigidas verdadeiras barreiras doutrinárias para que se mantenha o *status quo*. Um delas reside no fato do pacto internacional dos direitos econômicos e sociais ter adotado a idéia de “progressividade” dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. É certo que seria impossível a plena efetivação destes direitos mantendo-se um modelo de centralização de riquezas e tendo em vista a escassez dos recursos e bens econômicos e naturais. Contudo, esta progressividade não pode ser interpretada como inação ou mesmo justificação para a não efetivação dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, pois tal hermenêutica resultaria numa verdadeira fraude à declaração de direitos humanos e aos seus respectivos Pactos.

É certo que a realização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais exige aporte de recursos e uma ação positiva do Estado no sentido de implantar políticas sociais e seus respectivos projetos e programas, o que, como dito, demanda investimento de recursos financeiros que são, sabidamente, escassos. Nessa linha, não se pode mesmo querer soluções milagrosas de garantia de direitos sociais. Por outro lado isso não justifica a não exigibilidade dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais e tolerância com sua não efetivação. É simples entender. Veja-se o caso dos direitos civis e políticos: há alguns destes direitos que também demandam aporte de recursos para sua realização. Basta se pensar no direito de ir e vir; para que tal ocorra, não basta que o caminho do cidadão esteja livre de entraves, é necessário um sistema eficiente de transporte público que torne este ir e vir possível, o que exige financiamento. Mas o caso mais emblemático é certamente o da segurança pública: a garantia do direito

à integridade física, que é um direito civil basilar, não resulta da inação do estado, mas, ao contrário, exige um sofisticado aparato de segurança pública que consome vultuosos recursos do Estado. Apesar disso, toda a sociedade exige continuamente o investimento de mais recursos tendo em vista a necessidade de melhoria do sistema de segurança pública.

Portanto, a progressividade da garantia dos direitos não afeta apenas os direitos humanos econômicos, sociais e culturais, mas, em alguma medida, também os direitos civis e políticos. Em ambos os casos ela não deve ser confundida com leniência das políticas públicas e não deve justificar o não aporte de recursos. Na verdade, ocorre que em setores como saúde, educação ou previdência, os grupos financeiramente mais abastados da população procuram caminhos privados de acesso aos direitos, num mercado privado de bens e serviços. Assim, passam a exigir do Estado que os recursos públicos sejam canalizados para as políticas de desenvolvimento e estabilidade econômica – que geram uma riqueza que em geral não é equitativamente distribuída – e para políticas de segurança pública, pois a violência não poupa ninguém, embora atinja, seletivamente, os mais pobres. Para superar essa lógica perversa, é necessário uma mudança de prioridades e uma reorganização do fluxo de capitais, de maneira que o capital seja melhor distribuído a partir de critérios de justiça social. Muitas propostas boas, interessantes e viáveis estão surgindo a partir de estudos de intelectuais, de experiências de organizações não governamentais, de práticas alternativas de governos aqui e ali. O melhor repositório desse movimento é, sem dúvida, o fórum social mundial. Tal fórum não apenas congrega e irmana pessoas e povos, mas comprova, seriamente, ser possível a adoção de medidas eficazes para se implantar os direitos humanos econômicos, sociais e culturais.

De efeito, a progressividade dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais conforme registrada no pacto é, sem dúvida, um reconhecimento de que a realização destes direitos deve se dar de forma histórica, mas nunca uma permissão para que a história seja alheia a estes direitos. A melhor forma de se interpretar a progressividade é por meio do princípio do não-retrocesso, isto é, a realização progressiva dos direitos econômicos sociais e culturais significa que todos os direitos assegurados no ordenamento jurídico vão se incorporando a um núcleo mínimo assegurador da dignidade humana e por isso não podem ser violados ou suprimidos. Essa é a missão última da ordem constitucional: assegurar os direitos funda-

mentais como reserva de justiça. Da mesma forma, o princípio do não-retrocesso implica, também, que as políticas públicas que tornem efetivos os direitos humanos econômicos, sociais e culturais não podem sofrer solução de continuidade, apenas aperfeiçoamentos, sob pena de ferir a princípio maior da razoabilidade, gerando, com a interrupção, mais prejuízos do que benefícios aos seus destinatários. Assim, a progressividade vista a partir do princípio do não-retrocesso, importa reconhecer que os direitos humanos constituem-se historicamente e que direitos novos podem e devem surgir com os novos tempos, mas os direitos já assegurados assim devem permanecer enquanto não se tornem caduco, ou sejam, enquanto manterem eficácia no contexto social.

Pensado o princípio do não-retrocesso no quadro da doutrina jurídica tradicional, significa reconhecer o *status* de direito subjetivo dos direitos Econômicos Sociais e Culturais, de modo que eles sejam reconhecidos nos moldes da irreversibilidade dos direitos adquiridos, como preconiza a Constituição Federal no art. 5º, inciso XXXVI: *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. Diga-se, inclusive, sempre ter sido este o regime dos direitos subjetivos privados reconhecido pela teoria liberal moderna do direito e inscrita na ordem jurídica brasileira de forma expressa por meio da Lei de Introdução ao Código Civil no seu art. 6º: *a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*. Assim, o mesmo princípio de confiança e segurança que move o sujeito de direito nas suas relações privadas, deve valer para os direitos econômicos sociais e culturais, de modo que seja protegido o acesso e a permanência do sujeito no gozo de bens e serviços entendidos como direitos sociais (educação, saúde, previdência etc...).

Princípio da reserva do possível

Outro surrado argumento que comumente corrobora para a ineficácia dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais é o princípio da reserva do possível. Por este princípio, não se pode exigir a prestação de ações positivas do estado sem que haja a devida disponibilidade financeira para fazê-lo. Ora, é fato que o mundo jurídico não tem poderes para mudar o mundo físico e nenhuma lei jurídica irá esfriar o sol ou transformar noite em dia. Aliás, condição essencial de validade de qualquer lei ou norma jurídica é a possibilidade fática e jurídica do objeto sobre o qual dispõe.

Por outro lado, não se pode esquecer que a norma jurídica tem como finalidade orientar o mundo da vida para que as relações estabelecidas entre os sujeitos estejam sujeitas a regras que expressam e resguardam os valores de uma determinada sociedade que estão direta e indiretamente contidos no ordenamento jurídico. Em outras palavras, o direito é teleológico e toda norma jurídica alberga um fim a que se destina. Esse fim pode exigir a manutenção de uma dada realidade ou, ao revés, a mudança desta realidade. Não teria o menor sentido admitir-se a não aplicação de uma norma que proíbe o homicídio diante de uma realidade de violência. Ao contrário, é justamente em função desta violência que a norma que proíbe o homicídio ganha maior relevância. Ocorre o mesmo em relação aos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. É exatamente nos países acometidos pelas mais profundas injustiças sociais e os direitos econômicos sociais e culturais ganham maior relevância. É claro que não se pode exigir milagres do governante, mas deve-se exigir sim que todas as ações sejam justificadas, de modo a que se comprove por que foi adotada esta e não aquela medida administrativa na condução da ordem pública. Se a reserva do possível é incontestável como dado de realidade, ela não pode servir como justificativa para que se mantenha a própria realidade. A promessa constitucional de garantia dos direitos fundamentais exige de modo claro e objetivo ações econômicas, políticas, administrativas e jurídicas de mudança da realidade para a realização daqueles direitos. Essa exigência se impõe a todos, mas principalmente ao Estado como condutor e indutor da ordem social. Logo, não pode o Estado esconder-se atrás da realidade que deve enfrentar, sob pena de sumária inconstitucionalidade e perda de legitimidade. Nessa linha, vale registrar importante voto do Ministro Celso de Melo na ADPF 45 MC/DF:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente

quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

O voto recupera a função mais elevada da jurisdição constitucional que é garantir a constitucionalidade da administração pública como forma de resguardar a confiança do cidadão no próprio ordenamento jurídico. O ato de governar não pode ser reduzido à visão de mundo do governante. Todas as ações políticas e administrativas devem estar justificadas, revelando porque aquela e não outra decisão se mostra mais compatível com a realização dos direitos fundamentais.

À guisa de conclusão

O tema dos direitos humanos é fundamental para o correto entendimento do Estado Democrático de Direito. Habermas, ao propor a “*eqüiprimordialidade*”, ou, melhor dizendo, o nexos interno, entre direitos humanos e democracia (soberania popular), está afirmando que não se pode pensar um Estado verdadeiramente democrático sem uma efetiva implementação dos direitos humanos. Dessa forma, os cidadãos só poderão fazer uso de sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em razão dos direitos humanos uniformemente assegurados¹⁹.

Neste sentido, o Brasil só poderá concretizar o projeto de democracia tão sonhado por todos, e prescrito pela Constituição, quando os direitos humanos deixarem as páginas dos livros e códigos e alcançarem o cotidiano dos indivíduos, dotado de plena obrigatoriedade e aplicabilidade.

¹⁹ HABERMAS, 2003, pp. 21-82.

Referências bibliográficas

- BENVENUTO LIMA Jr., Jaime. *A justiciabilidade dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Texto produzido para o I Colóquio de Direitos Humanos. São Paulo: Brasil, 2001.
- BOBBIO, Norberto. Direitos do homem e sociedade. In: *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. A Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- HABERMAS, Jürgen, Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos. In: *Direito e Legitimidade*. Organizadores: Jean-Christophe Merl e Luiz Moreira. São Paulo: Landy Livraria Editora, 2003.
- LEITE, Antonio José Maffezoli e MAXIMIANO, Vitore André Zilio. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. In: *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*, São Paulo: Centro de Estudos, 2000.
- WEIS, Carlos. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais. In: *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos, 2000.

Recebido para publicação em maio/2007

Aprovado em junho/2007