

..... **Capítulo 14**
O PAPEL DO JUDICIÁRIO
NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS
ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Objetivos do Aprendizado

- *Familiarizar os participantes com os principais instrumentos jurídicos internacionais de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais.*
- *Explicar aos participantes as íntimas relações entre os direitos econômicos, sociais e culturais, de um lado, e os direitos civis e políticos, do outro.*
- *Apresentar a natureza das obrigações dos Estados signatários em relação à aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais*
- *Abordar o conteúdo de alguns direitos econômicos, sociais e culturais*
- *Discutir com os participantes a questão da apreciação pelo judiciário dos direitos econômicos, sociais e culturais*
- *Expor aos participantes sobre a importância do papel do sistema judiciário de seu país na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais*
- *Aumentar a conscientização dos participantes de seu potencial na condição de juízes e advogados na aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais at em seu país.*

Perguntas

- *De que maneira os direitos econômicos, sociais e culturais são protegidos e aplicados em seu país de atuação?*
- *Qual o papel do judiciário na aplicação dos referidos direitos?*
- *Quais os mecanismos existentes em seu país, fora o judiciário, usados na promoção e/ou aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais?*
- *Que aspectos dos direitos econômicos, sociais e culturais são os mais relevantes em seu país de atuação?*
- *Existem grupos vulneráveis que têm mais necessidade da tutela do Estado na esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais?*

- *Caso afirmativo, quais são e de que tipo de proteção especial precisam?*
- *Esta proteção existe? Caso afirmativo, ela é eficiente?*
- *Em sua opinião, levando em conta seu país, qual seria a solução para uma proteção eficiente dos direitos econômicos, sociais e culturais do indivíduo?*

Principais Diplomas Legais

Internacionais

- Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966
- Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

Regionais

- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969
- Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988
- Carta Social Européia de 1961 e a Carta Social Européia (Revista) de 1996

1. Introdução

O objetivo principal deste capítulo é discorrer sobre a importância dos organismos internacionais e do judiciário na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais na esfera nacional. Entretanto, o capítulo é iniciado com uma breve explicação sobre como uma, antes única, convenção sobre direitos humanos acabou sendo dividida em duas: uma para garantir os direitos civis e políticos, a outra para proteger os direitos econômicos, sociais e culturais. Em seguida, discorrer-se-á sobre a íntima relação que há entre essas duas categorias de direitos, cuja interdependência é essencial para sua consecução. Em terceiro lugar, o capítulo fará um levantamento dos direitos econômicos, sociais e culturais garantidos por tratados internacionais e regionais sobre direitos humanos e analisará as obrigações dos Estados na proteção desses direitos. Quarto, discorrer-se-á sobre a natureza jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais, incluindo se são considerados ou não passíveis de serem apreciados pelo judiciário. Em seguida, examinar-se-á a interpretação dos organismos internacionais sobre o direito à moradia digna e o direito à saúde. Neste sentido, far-se-á remissão aos exemplos da jurisprudência que mostrará que o judiciário está sendo cada vez mais acionado para se manifestar acerca em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Por fim, este capítulo abordará a importância do papel dos profissionais do direito na proteção desses direitos.

Faz-se mister ressaltar que este capítulo não tratará das inúmeras e também importantes convenções e diretivas da Organização Internacional do Trabalho que prevêm uma ampla proteção dos direitos dos trabalhadores. Entretanto, da **Apostila n.º 1** consta uma lista das principais convenções da OIT.

2. Um pouco de História: Por que há duas Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos?

2.1 Histórico

A Segunda Guerra Mundial nos ensinou lições difíceis, hoje refletidas na Carta das Nações Unidas, que exalta a paz e a estabilidade internacional como condições essenciais para:

- “a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social” (art. 55, (a));
- “a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional” (art. 55,(b)); e
- “o respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (art. 55,(c)).

É claro que a consciência da necessidade de se satisfazer todas as principais necessidades da pessoa humana também está refletida no diploma de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que não apenas abrange os direitos civis e políticos mais tradicionais, mas também uma ampla gama de direitos econômicos, sociais e culturais tais como o direito ao trabalho, o direito à seguridade social, o direito a melhores condições de vida e o direito à educação (arts. 22 a 27).

O objetivo almejado ao se elaborar uma convenção internacional sobre direitos humanos foi substituir o texto da Declaração Universal que era tido por vago, por um documento com uma redação mais precisa e juridicamente mais forte. A Comissão de Direitos Humanos iniciou a elaboração dos direitos civis e políticos a serem incluídos no documento, e em sua quinta reunião em 1949 aprovou, por 12 votos a zero, mas com 3 abstenções, uma resolução que concluía ser necessária a inclusão de artigos sobre o gozo dos direitos econômicos e sociais na convenção.¹ Entretanto, nos debates durante a sexta reunião a comissão decidiu, por 13 votos a 2, não incluir os direitos econômicos, sociais e culturais na primeira convenção, que deveria ser limitada aos direitos civis e políticos. Esta convenção foi “a primeira de uma série de convenções e medidas a serem adotadas

¹ Documento da ONU, E/1371 (E/CN.4/350), *Report of the fifth session of the Commission on Human Rights, 1949*, p. 15. O resultado foi de 12 votos contra nove, com três abstenções.

para abarcar toda a Declaração Universal”.² Vinha à tona, para a Comissão que se via pressionada para mostrar aos povos do mundo que seria capaz de produzir resultados palpáveis, que seria muito difícil redigir um documento com força vinculante e que abarcasse uma ampla gama de direitos econômicos, sociais e culturais, em curto espaço de tempo.

Durante a quinta sessão da Assembléia Geral em 1950, a questão da elaboração de uma ou de duas convenções foi discutida pela Terceira Comissão. A maioria foi a favor de incluir as duas categorias de direitos e uma mesma e única convenção.³ Por recomendação da Terceira Comissão, a Assembléia Geral adotou a resolução 421(V) dispondo que “a Convenção deverá ser elaborada com base no espírito e nos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos [que] considera o homem detentor inquestionável de liberdades civis e políticas, bem como de direitos econômicos, sociais”. Completa, ainda, que “o gozo de liberdades civis e políticas e dos direitos econômicos, sociais e culturais são interligados e interdependentes” e que “quando privado de direitos econômicos, sociais e culturais, o homem deixa de representar a figura de pessoa humana que a Declaração Universal considera a figura ideal de homem livre”. Por todas essas razões, a Assembléia Geral decidiu incluir os direitos econômicos, sociais e culturais na convenção sobre direitos humanos, bem como menção expressa à igualdade entre homens e mulheres diante dos referidos direitos. Assim, foi pedido ao Conselho Econômico e Social “requerer à Comissão de Direitos Humanos, consoante o espírito da Declaração Universal, incluir no projeto de Convenção uma menção explícita aos direitos econômicos, sociais e culturais de forma a relacioná-los às liberdades civis e políticas proclamados no referido projeto”. A Resolução 421 (V), como um todo, foi aprovada por 38 votos a 7, com 12 abstenções, e a seção (E) do referido documento, que continha a disposição acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais, foi aprovada por 35 votos a 9, com 7 abstenções.⁴ Houve, em outras palavras, à época, uma grande maioria a favor de se elaborar um único diploma legal que abarcasse direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Em resposta ao pedido da Assembléia Geral, o Conselho Econômico e Social decidiu por meio da resolução 349 (XII) pedir que a Comissão de Direitos Humanos preparasse “uma versão revista da Convenção de acordo com os parâmetros indicados pela Assembléia Geral”.

Na sétima sessão em 1951, a despeito da resolução da Assembléia Geral, a Comissão iniciou os trabalhos debatendo exaustivamente sobre a questão de se introduzir ou não direitos econômicos, sociais e culturais na convenção, que já contava com dezoito artigos sobre direitos civis e políticos.⁵ A Comissão chegou a dar início à elaboração de uma única convenção, acrescentando aos direitos civis e políticos já existentes, vários

² Para o debate na Comissão de Direitos Humanos na sexta sessão da questão da inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais no pacto, consulte os documentos da ONU E/CN.4/SR.181 e 184-187; para obter o resultado da votação, consulte os documentos da ONU, E/CN.4/SR.186, p. 21.

³ Consulte, por exemplo, *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, docs. A/C.3/SR.297-299 e 313.

⁴ *GAOR, fifth session, 1950, Plenary Meetings*, doc. A/PV.317, p. 564, paras. 170 e 162.

⁵ Para obter detalhes do debate, consulte principalmente os documentos da ONU, E/CN.4/SR.203-208, 237 e 248.

direitos econômicos, sociais e culturais.⁶ Entretanto, os debates na Comissão mostraram que a resposta para a pergunta do porquê haver duas convenções, em vez de uma, é mais complexa que se possa imaginar.

Após apreciar o relatório da Comissão, o Conselho Econômico e Social, face “às dificuldades que poderiam decorrer da inclusão, em uma mesma convenção, de dois tipos diferentes de direitos e obrigações”, convidou a Assembléia Geral “a reconsiderar a decisão expressa na resolução 421 E (V), a de incluir em uma única convenção artigos referentes a direitos econômicos, sociais e culturais, juntamente com artigos sobre direitos civis e políticos” (ECOSOC resolução 384 C (XIII)).

Durante a sexta sessão, após longas e, em termos políticos, discussões cada vez mais polarizadas marcadas por uma crescente desconfiança principalmente entre os países Socialistas e certos países Ocidentais, a Assembléia Geral solicitou que Conselho Econômico e Social “pedisse que a Comissão de Direitos Humanos elaborasse duas Convenções sobre Direitos Humanos, a serem encaminhadas simultaneamente para apreciação na Assembléia Geral na sétima sessão, uma deveria conter direitos civis e políticos e a outra, direitos econômicos, sociais e culturais”. As convenções seriam aprovadas pela Assembléia Geral ao mesmo tempo “para enfatizar a unidade de objetivo e para garantir o respeito e observância dos direitos humanos” (Resolução 543(VI) da Assembléia Geral). Assim procedeu a Comissão na oitava sessão em 1952 tendo elaborado duas convenções.

2.2 A essência dos debates

Faz-se mister ressaltar que, de início, nem a importância dos direitos econômicos, sociais e culturais, nem sua íntima relação com os direitos civis e políticos foram questionadas pelos participantes. Entretanto, assim que a Comissão iniciou os trabalhos de elaboração da convenção, veio à tona que a própria natureza dos direitos econômicos, sociais e culturais inviabilizava a discussão de sua essência sem se proceder, ao mesmo tempo, à discussão acerca de sua implementação e, conseqüentemente, à discussão de se deveriam ou não ser incluídos na mesma convenção que os direitos civis e políticos.

2.2.1 Os Principais argumentos a favor de um único documento

O argumento mais importante feito pelos países a favor de uma única convenção foi a **necessidade de uma unidade entre os direitos**, tendo em vista que os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais constituíam um todo inseparável. Alguns países acreditavam que duas convenções enfraqueceriam a autoridade moral da

⁶ Consulte o documento da ONU, E/1992 (E/CN.4/640), Report of the seventh session of the Commission on Human Rights, 1951, Annexes, pp. 57-85.

Declaração Universal que espelha a interdependência dos direitos.⁷ Esses países consideravam que, em geral, fazer a distinção entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, seria artificial e que os primeiros não valeriam nem significariam nada sem os últimos.⁸ Alguns países já achavam que a discussão acerca da elaboração de uma ou duas convenções fora encerrada pela resolução 421(V) da Assembleia Geral e que não deveria ser retomada.⁹ Argumentaram ainda que “aqueles países contrários à elaboração de uma única convenção estariam automaticamente rejeitando a unidade essencial dos direitos econômicos, sociais e culturais com os direitos civis e políticos”¹⁰ e que “certos Estados, incluindo o Canadá, a França, o Reino Unido e os Estados Unidos [colocavam] seus interesses nacionais acima qualquer outra consideração [e] estavam tentando segregar os direitos econômicos, sociais e culturais.”¹¹ Alguns países temiam que a sugestão de se apresentar ambas as convenções para ratificação simultaneamente atrasaria o processo de ratificação. A idéia foi rejeitada pela União Soviética como “uma tentativa deixar de lado os direitos econômicos, sociais e culturais”. Neste sentido, os Estados Unidos e o Reino Unido estavam “mais uma vez recorrendo às mesmas manobras procrastinadoras e de sabotagem de que se valeram no caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos”.¹²

Diferenças de opinião existiram em relação ao mecanismo de implementação de uma única convenção contendo tanto os direitos civis e políticos, quanto os direitos econômicos, sociais e culturais. Ao passo que alguns queriam um mecanismo de implementação uniforme,¹³ outros queriam mecanismos diferentes para cada uma das categorias de direitos.¹⁴ Segundo a União Soviética, todavia, “havia apenas um método de implementação compatível com o direito internacional” que era “a adoção pelos governos, em seus respectivos territórios, de todas as medidas legislativas e de outras que se fizessem necessárias para garantir aos povos o gozo de seus direitos”.¹⁵ Em relação à questão da aplicação, a União Soviética também discordou da afirmação de que “seria

⁷ A esse respeito, por exemplo: *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.297, p. 174, paras. 35-41 (Polônia); pp. 175-176, paras. 48-60 (Antiga União Soviética); doc. A/C.3/SR.298, p. 178, paras. 9-15 (México); pp. 178-179, paras. 16-19 (Iugoslávia); p. 181, para. 49 (Irã); pp. 182-183, paras. 63-65 (Irão); *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.360, p. 81, para. 44 (México); doc. A/C.3/SR.366, p. 114, paras. 13-14 (Indonésia); doc. A/C.3/SR.366, p. 116, paras. 37-40 e doc. A/C.3/SR.393, p. 275, para. 46 (Cuba). Outros países que favorecem um único pacto, por exemplo, consulte, *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.299, p. 187, para. 27 (Arábia Saudita); p. 187, para. 31 (Antiga Tchecoslováquia); p. 188, para. 40 (Argentina); p. 189, para. 53 (Síria).

⁸ Consulte, por exemplo: documento da ONU, E/CN.4/203, p. 22 (Ucrânia); *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.297, p. 176, paras. 69-72 (Chile); doc. A/C.3/SR.298, p. 178, para. 13 (México); *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.362, p. 91, para. 23 (Irão); doc. A/C.3/SR.368, p. 127, paras. 1-2 (Bielorrússia); p. 130, paras. 30-31 (Polônia); doc. A/C.3/SR.370, p. 135, para. 3, e doc. A/C.3/SR.395, p. 285, paras. 2-4 (USSR); doc. A/C.3/SR.393, p. 272, paras. 10-11 (Arábia Saudita).

⁹ Consulte, por exemplo, *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.367, p. 123, para. 24 (Ucrânia); doc. A/C.3/SR.368, p. 127, paras. 1-2 (Bielorrússia); p. 130, para. 38 (Polônia).

¹⁰ *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.365, p. 108, para. 8 (Iugoslávia);

¹¹ *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.368, p. 127, para. 1 (Bielorrússia).

¹² *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.370, pp. 135-136, para. 6. Se houver atraso para vincular os dois pactos, consulte também o doc. A/C.3/SR.366, p. 118, para. 57 (Antiga Tchecoslováquia) e doc. A/C.3/SR.393, p. 272, para. 16 (Síria).

¹³ *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.365, p. 108, para. 9 (Iugoslávia).

¹⁴ *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.360, p. 79, para. 23 (Guatemala); doc. A/C.3/SR.393, p. 273, para. 30 (Filipinas);

¹⁵ *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.370, p. 135, para. 5.

mais fácil implementar direitos civis e políticos tendo em vista que apenas medidas legislativas seriam necessárias” e citou exemplos para fundamentar sua opinião.¹⁶

2.2.2 Os Principais argumentos a favor de dois documentos

Como visto acima, os países que defendiam a elaboração de duas convenções também enfatizaram a íntima relação entre as duas categorias de direitos, bem como a necessidade de uma ferramenta internacional que garantisse direitos econômicos, sociais e culturais. Com o objetivo de enfatizar a igual importância dos direitos, tais países queriam que ambas as convenções fossem assinadas simultaneamente.¹⁷ Entretanto, alguns oradores alertaram para uma possível confusão entre “a própria unidade dos direitos e a aplicação uniforme” porque havia “uma diferença entre a unidade entre os direitos humanos na teoria e sua separação na prática”.¹⁸

Muitos dos países a favor de uma convenção tratando apenas dos direitos econômicos, sociais e culturais¹⁹ acreditavam que seria melhor encerrar a convenção sobre os direitos civis e políticos, pois qualquer tentativa de elaborar um tratado abrangendo todos os direitos poderia implicar demora considerável.²⁰

Entretanto, o principal argumento fundamentando esta opinião era o de que, por causa de sua natureza *sui generis*, os direitos econômicos, sociais e culturais eram mais difíceis de serem definidos que os direitos civis e políticos, *que* a aplicação de tais direitos econômicos, sociais e culturais seria mais complexa e tomaria muito tempo, *e que* um mecanismo diferente seria necessário para sua implementação.²¹ Consoante a

¹⁶ *Ibidem*, p. 135, para. 4.

¹⁷ Consulte, por exemplo: *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.363, p. 98, para. 8 (Países Baixos); consulte, por exemplo, o aditamento enviado a Bélgica, Índia, Líbano e Estados Unidos nos documentos da ONU, A/C.3/L.184 e A/C.3/L.184/Rev.1, a declaração do Líbano, em *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.370, pp. 138-139, paras. 35-37.

¹⁸ *GAOR, sixth session 1951-1951, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.394, pp. 280-281, para. 20 (Líbano).

¹⁹ Para saber que países adotaram dois ou mesmo mais pactos, consulte, por exemplo, o documento da ONU, E/CN.4/SR.205, pp. 8-9 (Dinamarca); *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.297, p. 172, para. 17 (EUA); p. 173, para. 29 (Países Baixos); p. 174, para. 34 (Reino Unido); doc. A/C.3/SR.298, p. 180, paras. 39-40 (Venezuela); p. 182, para. 60 (República Dominicana); doc. A/C.3/SR.299, p. 186, paras. 8-12 (Índia).

²⁰ *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.297, p. 172, para. 17 (Estados Unidos); p. 174, para. 34 (Reino Unido); doc. A/C.3/SR.298, p. 182, para. 60 (República Dominicana); doc. A/C.3/SR.299, p. 186, para. 10 (Índia); *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.362, p. 89, para. 3 (Dinamarca); p. 91, para. 32 (Canadá); doc. A/C.3/SR.367, p. 123, para. 25 (República Dominicana).

²¹ Consulte, por exemplo, a proposta da Dinamarca: documento da ONU, E/CN.4/SR.205, p. 9; Consulte também, por exemplo, a visão da Austrália sobre a necessidade de diferentes formas de implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais no documento da ONU, E/CN.4/SR.203, p. 21 e *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.363, pp. 100-101, paras. 39-41. No início, porém, a Austrália estava inclinada a adotar um pacto, consulte o documento da ONU,

Libéria, seria “inútil tentar incluir direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais em um mesmo documento” porque proceder assim implicaria desconsiderar “o grau desigual de desenvolvimento nos diversos Estados que compõem a comunidade mundial”.²²

Alguns países afirmaram que, ao passo que, em princípio, bastariam medidas legislativas e administrativas para proteger os direitos civis e políticos, proteger os diversos direitos econômicos, sociais e culturais dependeria de, entre outros, recursos financeiros e níveis de desenvolvimento em cada país e reformas sociais, que seriam, mais ou menos, projetos de longo prazo que provavelmente envolveriam uma cooperação internacional.²³ Também foi levantado que, neste contexto, os Governos geralmente têm que desempenhar um papel muito mais ativo para garantir direitos econômicos, sociais e culturais, que são responsáveis pelo bem-estar material de seus cidadãos. Em contraposição, a implementação dos direitos civis e políticos, que implicam uma limitação do poder do Estado em relação ao indivíduo, requer um papel mais passivo por parte do Estado.²⁴

Ao explicar as maiores dificuldades em por em prática os direitos econômicos e sociais e a necessidade de uma implementação gradativa, o representante da França ressaltou que, para seu país, foram necessários “nada mais que quarenta anos para desenvolver um sistema de seguridade social mais ou menos completo”²⁵ e que “para a luta contra o analfabetismo, por exemplo, foram necessários a construção de escolas e o treinamento de professores, uma tarefa que poderá levar de 20 a 25 anos em certos países.”²⁶ Segundo a França, ignorar o fato de que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais sempre levam muito tempo, não tornaria a ratificação da convenção tarefa mais fácil.²⁷ Os Estados Unidos também ressaltaram que direitos, tais como o direito à assistência médica e ao acesso à educação, “sempre dependeram muito de recursos financeiros, equipamentos e recursos humanos, que, sem dúvida, não existem em quantidade suficiente em todos os países”.²⁸

E/CN.4/SR.203, p. 21. Consulte também o documento da ONU, E/CN.4/SR.248, p. 10 (Reino Unido); *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.360, p. 78, paras. 9-12 (Estados Unidos); doc. A/C.3/SR.362, p. 89, para. 3 (Dinamarca); p. 91, paras. 27-31 (Canadá); doc. A/C.3/SR.367, p. 121, paras. 3-5 (Nova Zelândia). A França considerou que os direitos econômicos, sociais e culturais “eram muito diferentes na natureza e que era necessária toda a estrutura legislativa e técnica para que pudessem ser colocados em prática”, consulte o documento da ONU, E/CN.4/203, p. 10.

²² *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.366, p. 115, para. 21.

²³ A esse respeito, consulte, por exemplo, o documento da ONU, E/CN.4/SR.205, p. 10 (Dinamarca); *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.298, pp. 177-178, paras. 6-8 (França) (A França tinha uma “visão ampla” em relação ao número de pactos, “embora, à primeira vista, parece que o melhor seria dois documentos paralelos”, para. 7); p. 98, para. 14 (França); *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.360, p. 78, paras. 9-13 (EUA); doc. A/C.3/SR.362, p. 91, paras. 30-31 (Canadá).

²⁴ Consulte, por exemplo, documento da ONU, E/CN.4/SR.207, p. 10 (Dinamarca); *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.367, p. 121, para. 3 (Nova Zelândia). Consulte também a declaração da Venezuela sobre “o efeito da implantação dos direitos civis e políticos que dependem da boa vontade do estado e de suas matérias; embora essa boa vontade era inadequada para a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais”, p. 122, para. 12.

²⁵ Documento da ONU, E/CN.4/SR.237, p. 7.

²⁶ Documento da ONU, E/CN.4/SR.203, p. 11.

²⁷ Documento da ONU, E/CN.4/SR.237, p. 8.

²⁸ Documento da ONU, E/CN.4/SR.203, p. 15.

Alguns países também rejeitaram o argumento de que os direitos civis e políticos não tinham valor em si mesmos, e o Líbano enfatizou que estes direitos possuíam uma natureza absoluta que os outros direitos, apesar de complementares, não possuíam.²⁹

2.2.3 Pedidos a favor de uma solução prática

Alguns países apontaram a necessidade de se chegar a um meio termo entre a elaboração de um rol geral dos direitos tal como o contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos e a elaboração de disposições por demais detalhadas que impediram muitos países de ratificar a convenção.³⁰ O Uruguai defendeu uma abordagem realista: “O ponto principal é o de que proteção internacional seja imediatamente estendida ao maior número de direitos humanos possível pelo maior número de Estados possível.”³¹ No mesmo sentido, a França alertou para “o perigo de uma demora indevida na produção de pelo menos a primeira versão da convenção, por mais limitada que fosse”,³² e enfatizou a necessidade de se garantir a universalidade da Declaração Universal fazendo com que o maior número de países possível ratificasse as disposições nela contidas.³³

Assim, durante os debates, a França adotou uma abordagem pragmática, defendendo que seria um “anacronismo imperdoável” deixar de adotar uma convenção contendo os direitos econômicos, sociais e culturais, seja juntamente com ou separadamente dos direitos civis e políticos. Era uma questão de achar “o caminho certo”, o que só poderia ser feito por meio de “esforços progressivos”.³⁴ Os debates mostram que o importante era “a unidade essencial entre todos os direitos humanos, uma unidade inspiradora da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Entretanto, “referida unidade não abrange, necessariamente, tecnicidades [e] a questão sobre se deveria haver uma ou duas convenções era uma matéria de natureza técnica [porque] duas ou mais convenções sobre direitos humanos poderiam facilmente estar interligadas por uma mesma estrutura essencial.”³⁵ A França também chamou atenção para o fato de que “certos partidários da unidade não hesitaram em agir em desacordo com o que pregavam,” como quando “desdenharam” da inclusão do direito a não ser preso arbitrariamente na convenção.³⁶ Por outro lado, notou-se também que os partidários das duas convenções tinham a tendência de exagerar a diferença entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, do outro, porque “dentre os últimos havia muitos passíveis de serem implementados imediatamente”.³⁷ Era

²⁹ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.370, p. 139, paras. 36-37.

³⁰ Consulte, por exemplo, documentos da ONU, E/CN.4/SR.203, p. 20 (Austrália); E/CN.4/SR.204, p. 10 (Suécia).

³¹ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.365, p. 110, para. 31.

³² GAOR, fifth session, 1950, Third Committee, doc. A/C.3/SR.304, p. 211, para. 8.

³³ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.363, p. 98, para. 12.

³⁴ GAOR, fifth session, 1950, Third Committee, doc. A/C.3/SR.298, p. 177, paras. 1-2.

³⁵ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.371, p. 142, para. 14.

³⁶ Ibidem, p. 142, para. 15.

³⁷ Ibidem, loc. cit.

importante “não ser hipnotizado pelas diferenças na origem e na evolução dos diversos direitos, e que o único critério verdadeiramente válido era se, e em que condições, um dado direito poderia ser implementado”.³⁸ Adotar duas convenções “seria, então, admissível com base na conveniência” pois “reduziria o número de pontos objeto de divergência implicando mais adesões”.³⁹

Conseqüentemente, para a França “o problema dos direitos humanos era um problema isolado em princípio, mas um problema múltiplo do ponto de vista das formas que assumia”. Assim, ao se manifestar a favor da unidade, a França considerou que “o problema mais importante não era o da unidade ou dualidade de convenções, mas o da implementação do direitos.”⁴⁰ Um dos pontos essenciais para se avançar na questão era, portanto, projetar “medidas de implementação adequadas à natureza de cada uma das obrigações assumidas”.⁴¹

Face às “diferentes idéias dos países envolvidos sobre a natureza e os métodos segundo os quais os direitos deveriam ser implementados e o fato de que um período de tempo maior era necessário para garantir seu gozo”, a França julgou necessário, em uma das primeiras etapas, introduzir uma cláusula geral dispendo acerca da realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais,⁴² proposta que foi criticada pela Iugoslávia⁴³, mas adotada, mediante emenda, pela Comissão.⁴⁴ A Austrália concordou que “a idéia de uma implementação progressiva era positiva e deveria ser mantida.” Afirmou ainda que “a idéia expressada na palavra ‘progressivamente’, que deveria ser apreciada juntamente com as palavras ‘plena realização dos direitos’, não era uma idéia estática [mas] significa que certos direitos seriam implementados imediatamente, e outros assim que possível”, porque, apesar de tudo, “a implementação imediata de qualquer direito ou medida como, por exemplo, aposentadorias, seria praticamente impossível.”⁴⁵

2.2.4 A questão da apreciação pelo judiciário

Durante os debates na sétima sessão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, a Índia apoiava a elaboração de duas convenções, enfatizando que os direitos econômicos, sociais e culturais eram diferentes dos direitos civis e políticos “pois os primeiros não eram passíveis de apreciação pelo judiciário”. A Índia não via razão para que ambas as categorias deveriam constar da mesma Convenção que “não seria equilibrada”. A Índia desejava que a Comissão solicitasse ao Conselho Econômico e

³⁸ Ibidem

³⁹ Ibidem, p. 142, para. 16.

⁴⁰ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.395, p. 286, para. 7.

⁴¹ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.363, p. 98, para. 12.

⁴² Documento da ONU, E/CN.4/SR.237, p. 7.

⁴³ Ibidem, p. 8.

⁴⁴ Ibidem, p. 13; para obter a proposta da França, consulte o documento da ONU, E/CN.4/618.

⁴⁵ Documento da ONU, E/CN.4/SR.237, p. 6.

Social que reconsiderasse a decisão de ter todos os direitos incluídos em um mesmo documento.⁴⁶

A Iugoslávia não aceitou a posição da Índia segundo a qual “supostas violações dos direitos econômicos, sociais e culturais não poderiam ser levadas à apreciação do judiciário”. De acordo com a Iugoslávia “se os governos fossem assumir obrigações definitivas em relação ao respeito a tais direitos, deveriam tomar todas as medidas legislativas e outras medidas necessárias para garantir que o desrespeito a tais direitos fosse sancionado, tendo o judiciário poderes para garantir a reparação.”⁴⁷ A Guatemala também considerou “incorreto” fazer referência aos direitos econômicos, sociais e culturais como não passíveis de serem apreciados pelo judiciário, como constava do preâmbulo da proposta da Índia, e que “isso pode até ser perigoso”.⁴⁸ A União Soviética considerou tal distinção “completamente arbitrária”, e disse ainda que a presunção de que os direitos civis e políticos, mas não os direitos econômicos, sociais e culturais, poderiam ser protegidos por uma ação legal “não encontraria respaldo, pois em muitos países certos direitos civis e políticos, como, por exemplo, o direito ao voto, são passíveis de serem facilmente defendidos por uma ação iniciada pelo indivíduo”.⁴⁹

A Índia explicou que por “direitos passíveis de apreciação judicial” entendia “aqueles direitos cuja violação implicaria os governos serem responsabilizados juridicamente”. Os Governos, todavia, não poderiam ser responsabilizados juridicamente por “deixar de executar os direitos econômicos, sociais e culturais, já que a parte responsável pela violação poderia ser, por exemplo, a classe dos empregadores”.⁵⁰

A proposta formulada pela Índia foi a seguinte:⁵¹

“A Comissão de Direitos Humanos,

Considerando que os direitos econômicos, sociais e culturais apesar de serem igualmente essenciais e, portanto, importantes, constituem uma categoria de direitos separada, da dos direitos civis e políticos, pois não são passíveis de apreciação pelo judiciário;

Considerando que o método de implementação é, dessa forma, diferente;

Recomenda-se ao Conselho Econômico e Sociais que a decisão de incluir direitos econômicos, sociais e culturais na mesma

⁴⁶ Documento da ONU, E/CN.4/SR.248, p. 6.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 25.

⁵¹ Consulte o documento da ONU, E/CN.4/619/Rev.1.

convenção que a dos direitos civis e políticos, deva ser reconsiderada.”

A Comissão *rejeitou* esta proposta por 12 votos a 5 com 1 abstenção.⁵² Assim, a Comissão rejeitou também a posição contida na resolução de que os direitos econômicos, sociais e culturais não eram passíveis de serem apreciados pelo judiciário. Todavia a Comissão aceitou o fato de que os direitos econômicos, sociais e culturais necessitavam de procedimentos de implementação diferentes dos direitos civis e políticos. Assim, esta opinião não foi baseada no fato de os direitos econômicos, sociais e culturais serem passíveis ou não de apreciação pelo judiciário, mas no simples fato de que, por sua natureza, demandavam, em muitos casos, esforços árduos por parte dos Estados que, ajudados por organismos internacionais, teriam que estar ativamente engajados em um planejamento abrangente, persistente e de longo prazo para que tais direitos fossem implementados. Alertas sobre enfatizar demais as diferenças entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, do outro, foram dados, principalmente por Israel e França na Assembléia Geral. Israel se manifestou no sentido de que não apenas os direitos civis e políticos poderiam ser garantidos por medidas legislativas ou administrativas, mas também alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais o poderiam ser. A França era de opinião de que “muitos” dos direitos econômicos, sociais e culturais eram “passíveis de implementação imediata”⁵³ e que muitos seriam também passíveis de apreciação pelo judiciário.⁵⁴

Os direitos humanos de natureza civil, cultural, econômica e social são de igual valor e sua interdependência garante sua realização mútua.

Há dois Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos porque os direitos econômicos, sociais e culturais possuem natureza mais complexa, implicando uma redação muito cuidadosa e mecanismos para sua implementação moldados de acordo com a referida natureza.

Diante dos diferentes níveis de desenvolvimento dos Estados, o Pacto teve que dispor sobre uma implementação progressiva, entretanto isto não representou que os Estados não tenham assumido obrigações imediatas.

A idéia de que os direitos econômicos, sociais e culturais não são passíveis de apreciação pelo judiciário nunca foi aceita durante a elaboração do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

⁵² Documento da ONU, E/CN.4/SR.248, p. 26. Os seguintes países votaram *a favor* da resolução: Dinamarca, Grécia, Índia, Reino Unido e Estados Unidos da América; os seguintes países votaram *contra*: Chile, China, Egito, França, Guatemala, Líbano, Paquistão, Suécia, Ucrânia, antiga União Soviética, Uruguai e Yugoslávia; e Austrália: *abstenção*.

⁵³ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.360, p. 82, paras. 54-55 (Israel) e doc. A/C.3/SR.371, p. 142, para. 15 (França).

⁵⁴ GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee, doc. A/C.3/SR.390, p. 254, para. 30.

3. A Interdependência e a Indivisibilidade dos Direitos Humanos

Os redatores de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, afirmam que os direitos econômicos, sociais e culturais, de um lado, e os direitos civis e políticos, de outro, não devem ser interpretados isoladamente, mas sim como interdependentes, garantindo assim que todos os direitos sejam respeitados em sua totalidade. A importância deste princípio básico da lei internacional de Direitos Humanos é comprovada na prática: em países onde há obstáculos ao gozo de direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais têm menos chance de prosperar; da mesma forma onde os direitos econômicos, sociais e culturais não prosperam, há pouco espaço para o pleno desenvolvimento dos direitos civis e políticos.

Embora os termos “interdependência e indivisibilidade” dos direitos humanos não constem expressamente da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a redação, a estrutura e o espírito da Declaração como um todo confirmam que os redatores desejavam dar igual peso a essas duas categorias de direitos. Eles anteviam “um mundo em que os seres humanos desfrutam da liberdade de expressão e credo, libertos do temor e da miséria” (segundo parágrafo do preâmbulo). Como foi visto acima, a própria Assembléia Geral enfatizava já em 1950 que os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos são “interligados e interdependentes”, uma visão posteriormente confirmada tanto pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais quanto pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. O terceiro parágrafo do preâmbulo do primeiro pacto reza que os Estados signatários reconhecem

“que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.”

No terceiro parágrafo do preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os Estados signatários reconhecem

“que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais.”

A íntima relação entre as duas categorias de direitos foi posteriormente enfatizada em várias resoluções, tais como a resolução 41/128 da

Assembléia Geral em 4 de dezembro de 1986, contendo a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. O art. 6.º desta Declaração afirma de forma expressa que:

“1. Todos os Estados devem cooperar com vistas a promover, encorajar e fortalecer o respeito universal pela observância de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

2. Todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; atenção igual e consideração urgente devem ser dadas à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

3. Os Estados devem tomar providências para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da falha na observância dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A Declaração e Programa de Ação de Viena, que foi adotada por consenso em 25 de junho de 1993 pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, é uma confirmação ainda mais recente da parte dos Estados Membros das Nações Unidas sobre o vínculo que une todos os direitos humanos. No parágrafo 5.º da Parte I da Declaração de Viena, os Estados Membros reconhecem que:

“5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Uma vez que a íntima relação entre os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos tem sido enfatizada desde o início dos trabalhos sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem, na década de 40, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também ressalta a importância dos seguintes princípios gerais na área de ***direitos humanos e atividades de cooperação técnica***:

- ***O primeiro princípio geral*** “é que os dois conjuntos de direitos humanos são indivisíveis e interdependentes. Isto significa que os esforços para promover um conjunto de direitos devem necessariamente levar o outro conjunto em consideração. As agências das Nações Unidas envolvidas na promoção dos direitos econômicos, sociais e

culturais devem [portanto] fazer o máximo para assegurar que suas atividades sejam coerentes com o gozo dos direitos civis e políticos.”⁵⁵

- “O *segundo princípio de importância geral* é que atividades de cooperação para o desenvolvimento não contribuem automaticamente para a promoção do respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais. Muitas atividades realizadas em nome do “desenvolvimento” foram posteriormente reconhecidas como mal-concebidas e até mesmo contraproducentes em termos de direitos humanos.”⁵⁶ Um esforço deliberado tem de ser, portanto, envidado para planejar programas de desenvolvimento de tal modo que eles de fato ressaltem os direitos humanos dos indivíduos, incluindo, por exemplo, o direito à igualdade perante a lei e à não-discriminação, questões de direito que o judiciário nacional tem plena capacidade para julgar.”

O vínculo entre os direitos econômicos, sociais e culturais, de um lado, e os direitos civis e políticos, de outro, torna-se mais evidente no exame do *direito à vida*, que é garantido pelo art. 6.º, (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Este vínculo não passou despercebido ao Comitê de Direitos Humanos, que observou “que o direito à vida tem sido freqüentemente interpretado de modo limitado”.⁵⁷ De acordo com o Comitê:

“a expressão ‘inerente direito à vida’ não pode ser interpretada restritivamente, e a proteção a este direito requer que os Estados adotem medidas efetivas. Neste sentido, o Comitê considera ser desejável que os Estados signatários tomassem todas as providências possíveis para reduzir a mortalidade infantil e para aumentar a expectativa de vida, especialmente através da adoção de medidas para eliminar a desnutrição e as epidemias.”⁵⁸

Tendo em mente esta ampla interpretação do direito à vida, o Comitê de Direitos Humanos tem por vezes inquirido os Estados signatários, bem como apreciado seus relatórios iniciais /ou periódicos, sobre quais providências eles tomaram, por exemplo, para melhorar as condições de saúde dos povos e aumentar a expectativa de vida,⁵⁹ para reduzir a taxa de mortalidade infantil e atender às necessidades alimentares da população,⁶⁰ ou para protegê-la contra epidemias.⁶¹ Ao considerar o quarto relatório periódico da Mongólia, em março de 2000, o Comitê de Direitos Humanos expressou sua preocupação sobre “o problema agudo da mortalidade materna, devido em parte a abortos arriscados, e à indisponibilidade de orientação sobre e recursos para o planejamento

⁵⁵ Consulte o Committee’s General Comment No. 2 (International technical assistance measures (art. 22 do Pacto)) no documento da ONU, HRI/GEN/1/Rev.5, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, p. 16, para. 6 (doravante denominado *United Nations Compilation of General Comments*)

⁵⁶ *Ibidem*, p. 16, para. 7; grifo nosso.

⁵⁷ *Ibidem*, General Comment No. 6 (Article 6 – o direito a vida), p. 115, para. 5.

⁵⁸ *Ibidem*, loc. cit.

⁵⁹ Em relação à Gâmbia, documento da ONU, *GAOR*, A/39/40, pp. 61-62, para. 327.

⁶⁰ Em relação ao Peru, documento da ONU, *GAOR*, A/38/40, p. 61, para. 264.

⁶¹ Em relação ao Sri Lanka, *GAOR*, A/39/40, p. 21, para. 105; Congo, *GAOR*, A/42/40, p. 61, para. 230; e Bélgica, documento da ONU, *GAOR*, A/47/40, p.105, para. 408.

familiar”.⁶² Estas questões poderiam também ter sido consideradas à luz do art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que garante o direito de o indivíduo desfrutar “o mais alto estado de saúde física e mental que se possa atingir”, um fato que atesta a íntima relação existente entre este direito e o “direito à vida” protegido pelo artigo 6.º, (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.

Os direitos dos sindicatos também ilustram a relação fundamental entre as duas categorias de direitos. Enquanto o art. 22 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos garante a todos o amplo direito à liberdade de associação, o que inclui “o direito de formar e associar-se a sindicatos para a proteção de seus interesses”, o art. 8.º,(1),(a) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhece “o direito de todos de formar sindicatos e associar-se ao sindicato de sua escolha”. Não permitir a formação de associações ou sindicatos de empregadores e empregados prejudicaria seriamente o direito à liberdade de associação é, como enfatizado na Assembléia Geral durante o esboço do art. 22, um direito de fundamental importância numa sociedade democrática.⁶³

A íntima relação entre direitos dos sindicatos e direitos cívicos tem sido enfatizada pelos vários órgãos da Organização Internacional do Trabalho, principalmente pelo Comitê de Especialistas na Aplicação de Convenções e Recomendações. Por exemplo, em seu Levantamento Geral sobre Liberdade de Associação e Negociação Coletiva de 1994, o Comitê destacou que sua experiência mostrava “que a restrição a liberdades cívicas e políticas é um fator importante na violação da liberdade de associação”.⁶⁴ O capítulo sobre direitos dos sindicatos e liberdades cívicas chega à seguinte conclusão:

“43. O Comitê considera que as garantias estabelecidas nas Convenções internacionais do trabalho, particularmente naquelas relacionadas à liberdade de associação, só podem ser efetivadas se os direitos cívicos e políticos cultuados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros instrumentos internacionais, notadamente o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, forem genuinamente reconhecidos e protegidos. Estes princípios intangíveis e universais... devem constituir um ideal comum ao qual todos os povos e nações aspirem.”⁶⁵

É indiscutível que para que o direito à liberdade de associação seja aplicado, membros de sindicatos devem, entre outras coisas, gozar da liberdade de opinião, informação, expressão e para ir e vir, e serem capazes de se reunir livremente

⁶² Consulte o documento da ONU, *GAOR*, A/55/40 (I), p. 50, para. 323(b).

⁶³ Consulte, por exemplo, *GAOR*, *sixteenth session, 1961, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.1087, p. 134, para. 16 (Suécia) e doc. A/C.3/SR.1088, p. 139, para. 7 (Itália). A Itália destaca a “liberdade de associação política” que “completa com a liberdade de opinião, de expressão e de reunião”.

⁶⁴ General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 e o Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98), 1949, Report III (Part 4B), International Labour Conference, eighty-first session, Geneva, 1994, p. 13, para. 23.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 21, para. 43; itálico omitido.

para discutir questões de seu interesse. Devem ainda gozar da proteção contra serem presos arbitrariamente, e caso um membro de sindicato seja ainda assim preso por qualquer razão, **terá direito a todas as devidas garantias do processo descritas nos Capítulos 4.º a 7.º, incluindo o direito a ser tratado humanamente definido no Capítulo 8.º deste Manual.**

Estes são apenas dois exemplos práticos da relação complexa e fundamental que existe entre os direitos econômicos, sociais e culturais, e de outro lado, os direitos civis e políticos. Tanto em teoria quanto em sua aplicação prática, esses direitos não devem ser vistos como duas categorias de direitos isoladas competindo por recursos e atenção, **mas devem ser vistos sim como partes integrantes de um todo, de um conjunto de regras jurídicas para a proteção de todos os aspectos referentes à pessoa humana, regras entre as quais há uma contínua relação dialética que visa a alcançar justiça, segurança e bem-estar para todos.**

A evolução do direito internacional sobre direitos humanos, bem como sua interpretação pelos organismos internacionais, confirma que há uma ligação essencial entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais.

Os governos têm o dever jurídico de proceder, simultaneamente, à implementação de todos os direitos que visem a proteger os aspectos mais fundamentais da vida e da pessoa humana.

4. Os Tratados Internacionais e Regionais para a Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Os Direitos Assegurados

Esta seção contém uma lista dos principais direitos econômicos, sociais e culturais assegurados pelos tratados universais e regionais mais importantes. Os tratados abrangem uma ampla gama de direitos, e a análise de todos eles vai além do escopo deste manual. Houve, portanto, uma seleção rigorosa dos direitos que serão analisados mais detidamente nos números **6 e 7.**

Mais detalhes sobre os procedimentos de implementação dos tratados universais e regionais para a proteção de direitos econômicos, sociais e culturais encontram-se nos Capítulos 2.º e 3.º desta obra.

4.1 Diplomas de Âmbito Internacional

4.1.1 O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966

Esta seção, que trata do plano universal, é dedicada ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cuja vigência é monitorada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais por meio de relatórios submetidos pelos Estados signatários. Para mais informações a respeito da interpretação dada às disposições do pacto pelo Comitê consultar a Apostila n.º 2, que contém uma lista de todos os Comentários Gerais adotados pelo Comitê até 26 de abril de 2001. Em 8 de fevereiro de 2002, o Pacto contava com 145 Estados signatários. Entre os principais direitos assegurados pelo pacto, estão os seguintes:

- direito à igualdade e à não-discriminação no gozo de direitos – art. 2.º(2) (não-discriminação em geral) e art. 3.º (entre homens e mulheres);
- direito ao trabalho, inclusive o direito de sustentar-se através de um trabalho escolhido e aceito livremente – art. 6.º;
- direito a condições de trabalho justas e favoráveis, o que inclui pagamento justo e remuneração igual para trabalho de igual valor, sem distinção de qualquer natureza; o direito a um nível de vida decente para os trabalhadores e suas famílias; condições de trabalho seguras e sadias; oportunidades iguais de promoção; o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.
- direito de formar e de associar-se a sindicatos de sua escolha, o que inclui o direito de estabelecer federações e confederações nacionais – art. 8.º,(1),(a) e (b);
- direito à greve – art. 8.º,(1) e (d);
- direito à previdência social, inclusive ao seguro social – art. 9.º;
- direito à proteção e assistência à família; o direito de contrair matrimônio somente com o livre e pleno consentimento; proteção à maternidade; proteção e assistência a crianças e jovens – art. 10(1)-(3);
- direito a um nível de vida adequado, incluindo direito à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, e à melhoria contínua das condições de vida – art. 11(1);
- direito ao melhor estado de saúde física e mental que se possa atingir – art. 12;
- direito à educação – art. 13;
- direito de participar da vida cultural, de desfrutar os benefícios do progresso científico e de se beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda produção científica, literária ou artística de que seja autor – art. 15, (1).

4.2 Diplomas de Âmbito Regional

4.2.1 Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, 1981

No âmbito regional, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos oferece proteção não apenas aos direitos econômicos, sociais e culturais individuais, mas também aos dos povos (ver art. 22 da Carta). Entretanto, a lista abaixo relaciona apenas os direitos individuais indivíduos, que incluem:

- direito à não-discriminação no gozo dos direitos protegidos pela Carta – art. 2.º;
- direito à liberdade de associação – art. 10;
- direito de trabalhar em condições equitativas e satisfatórias; o direito de receber igual pagamento por igual trabalho – art. 15;
- direito de gozar o melhor estado de saúde físico e mental que se possa atingir – art. 16;
- direito à educação – art. 17,(1);
- direito de participar livremente da vida cultural de sua comunidade - art. 17,(2);
- direito de idosos e deficientes a medidas específicas de proteção que correspondam a suas necessidades físicas e morais – art. 18,(4).

Outros parágrafos que constam do art. 18 da Carta não são arrolados como direitos mas sim como deveres dos Estados, por exemplo a obrigação de cuidar da saúde física e moral da família (art. 18,(1)), de assistir a família (art. 18(2)) e de garantir a eliminação da discriminação contra mulheres e a proteção aos direitos da mulher e da criança, tal como estipulado em declarações e convenções internacionais. (art. 18,(3)).

4.2.2 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969, incluindo o Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988

No continente americano, os direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais estavam inicialmente contidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948. Quando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi adotada em 1969, o Capítulo III, intitulado “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, possuía apenas o art. 26, segundo o qual:

“Os Estados-partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente de ordem econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente, por via legislativa ou por outros meios apropriados, a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas,

sociais e sobre educação, ciência e cultura constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.”

Estes direitos foram mais bem detalhados no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988, também chamado de “Protocolo de San Salvador”. O Protocolo, que entrou em vigor em 16 de novembro de 1999, protege, em especial, os direitos abaixo:

- direito à não-discriminação no exercício dos direitos garantidos – art. 3.º;
- direito ao trabalho, inclusive à oportunidade de assegurar todos os meios de sobrevivência para uma existência digna e decente – art. 6.º;
- direito a condições de trabalho justas, equitativas e satisfatórias, inclusive a uma remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e um salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção; o direito à promoção; segurança e higiene no trabalho; proibição de trabalho noturno e de condições de trabalho insalubres ou perigosas para pessoas menores de 18 anos; a limitação razoável das horas de trabalho e descanso, lazer e férias remuneradas – art. 7.º;
- direitos ligados à sindicalização, tais como o direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e associar-se ao sindicato de sua escolha a fim de promover e proteger seus interesses, e o direito à greve – art. 8.º (1);
- direito à previdência social – art. 9.º;
- direito à saúde, “entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social” – art. 10;
- direito a um meio-ambiente sadio – art. 11;
- direito à alimentação, o que significa “direito à nutrição suficiente, que garanta a possibilidade de desfrutar o mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual” – art. 12;
- direito à educação – art. 13;
- direito aos benefícios da cultura, assim como do progresso científico e tecnológico – art. 14(1);
- direito à formação e proteção de famílias – art. 15;
- direitos da criança – art. 16;
- direito do idoso à proteção especial – art. 17;

- direito do deficiente físico de receber atenção específica “planejada para ajudá-lo a atingir o maior desenvolvimento possível de sua personalidade” – art. 18.

4.2.3 A Carta Social Européia de 1961 e a Carta Social Européia (revista) de 1996

Em junho de 2002, a Carta Social Européia de 1961 havia sido ratificada por 25 Estados membros do Conselho da Europa. Ela contém os direitos arrolados abaixo:

- direito ao trabalho – art. 1.º;
- direito a condições de trabalho justas – art. 2.º;
- direito a condições de trabalho seguras e sadias – art. 3.º;
- direito à remuneração justa – art. 4.º;
- direito de se organizar – art. 5.º;
- direito de negociar coletivamente – art. 6.º;
- direito de crianças e jovens à proteção – art. 7.º;
- direito da mulher empregada à proteção – art. 8.º;
- direito à orientação profissional – art. 9.º;
- direito ao treinamento profissional – art. 10;
- direito à proteção da saúde – art. 11;
- direito à previdência social – art. 12;
- direito à assistência médica e social – art. 13;
- direito de beneficiar-se de serviços de bem-estar social – art. 14;
- direito dos portadores de deficiência física e mental a treinamento profissional, reabilitação e restabelecimento social – art. 15;
- direito da família à proteção social, jurídica e econômica – art. 16;
- direito de mães e filhos à proteção social e econômica – art. 17;
- direito de se engajar em ocupação lucrativa no território de outras Partes – art. 18;
- direito dos trabalhadores migrantes e suas famílias à proteção e assistência. – art. 19.

O Protocolo Adicional de 1988 entrou em vigor em 4 de setembro de 1992 e em 19 de junho de 2002 havia sido ratificado por dez Estados. De acordo com este Protocolo, ressalvadas as disposições da Carta Social Européia, os Estados signatários também se comprometem a adotarem um ou mais artigos reconhecendo os seguintes direitos:

- direito a oportunidades iguais e tratamento igual em questões de emprego e ocupação sem discriminação quanto ao sexo – art. 1.º;
- direito dos trabalhadores à informação e aconselhamento – art. 2.º;
- direito dos trabalhadores de participar da determinação e melhoria das condições e do ambiente de trabalho – art. 3.º;
- direito dos idosos à proteção social – art. 4.º.

A versão revista da Carta Social Européia foi adotada em 1996 e entrou em vigor em 1.º de julho de 1999. Em 19 de junho de 2002, contava com a ratificação de 13 Estados. A Carta Social Revista substituirá progressivamente a Carta original, cujos termos atualiza e estende. Levando em consideração os novos avanços sociais e econômicos, a Carta revista reforma alguns dos artigos do documento original e acrescenta outros. Novas características incluem, em particular, uma lista consideravelmente mais longa de direitos e princípios na Parte I se comparada à lista contida na antiga Carta (31 direitos e princípios, contra 19 na Carta de 1961). Além dos direitos tirados do Protocolo Adicional de 1988, as novas características importantes incluem:

- direito à proteção em casos de término do emprego – art. 24;
- direito dos trabalhadores à proteção de suas reivindicações em caso de insolvência de seu empregador – art. 25;
- direito à dignidade no trabalho – art. 26;
- O direito dos trabalhadores com responsabilidades familiares a iguais oportunidades e tratamento. – art. 27;
- direito dos representantes dos trabalhadores à proteção no cumprimento de sua tarefa, e a recursos a lhe serem concedidos – art. 28;
- direito à informação e aconselhamento em procedimentos de demissão coletivos – art. 29;
- direito à proteção contra a pobreza e exclusão social – art. 30;
- direito à moradia – art.

Os direitos econômicos, sociais e culturais garantidos pelos direitos humanos internacionais abrangem áreas amplas e aspectos essenciais da vida humana, tais como o direito ao trabalho e a condições de trabalho favoráveis, o direito a um nível de vida adequado, o direito à saúde física e mental satisfatória, o direito à educação e o direito à assistência especial à família e às crianças.

O gozo de todos estes direitos é condicionado ao respeito ao princípio de igualdade perante a lei e na aplicação da lei.

5. As Obrigações dos Estados na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

5.1 O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966

5.1.1 Considerações Iniciais

O dever de implementar os compromissos assumidos pelos Estados signatários do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consta do art. 2.º que dispõe:

“1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o, pleno exercício e dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

2. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais..”

Faz-se mister ressaltar que diferentemente do art. 2.º, (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que impõe o dever de **aplicação imediata** dos direitos assegurados pelo pacto, o art.2.º, (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê a **implementação progressiva** dos direitos reconhecidos. Entretanto, como os debates durante a elaboração dos pactos deixaram claro, conforme o histórico traçado na seção 2, não seria apenas fazer uma generalização equivocada, mas também incorrer em erro de técnica jurídica, concluir que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apenas implica obrigações a serem implementadas progressivamente sem nenhuma obrigação de aplicação imediata.

A própria natureza dos direitos, a redação que lhes foi dada, o ponto de vista dos redatores, e as opiniões expressadas até hoje pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais refletem que a natureza e a dimensão das obrigações assumidas pelos Estados signatários ao ratificar ou aderir ao Pacto são muito mais dinâmicas. Tal conclusão cabe aqui porque, apesar dos inúmeros problemas de natureza social e econômica enfrentados pelos Estados, o Pacto foi e tem sido um instrumento jurídico direcionado à consecução de um desenvolvimento constante das condições de vida dos povos de todo o mundo.

Como foi ressaltado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em um de seus primeiros “comentários gerais”, as obrigações estabelecidas pelo art.2.º do Pacto incluem tanto “**obrigações de conduta e obrigações de resultado**”.⁶⁶ Isto quer dizer, entre outras coisas, que “enquanto o Pacto estabelece a implementação progressiva e reconhece as dificuldades existentes em virtude da falta de recursos, *ele também impõe várias obrigações que são de aplicação imediata*.”⁶⁷ Uma das obrigações de caráter imediato é a prevista no art. 2.º, (2) que prevê que os direitos contidos no Pacto sejam exercidos sem discriminação.⁶⁸ Uma outra obrigação da mesma natureza “é a obrigação contida no art. 2.º, (1) que é a de ‘adotar medidas’, que em si não depende nem é limitada por nenhum outro fator”.⁶⁹ Como ressaltado pelo Comitê, o sentido completo da expressão também pode ser extraído ao se comparar a versão do texto em inglês com os textos em francês e em espanhol, segundo os quais os Estados se comprometem a “agir” (no francês: “s’engage à agir”) e a “adotar medidas” (no espanhol: “a adoptar medidas”).⁷⁰ Esta obrigação assumida significa que

“enquanto a completa implementação dos direitos pode ser atingida progressivamente, medidas em direção a este objetivo devem ser tomadas em um curto espaço de tempo, logo após o Pacto entrar em vigor nos Estados signatários. Tais medidas devem ser o mais **refletidas, concretas e direcionadas** possível para se fazer cumprir as obrigações previstas no Pacto.”⁷¹

Uma terceira obrigação deve ser adicionada às obrigações de conduta e resultado, a saber, o dever **de aplicar os referidos direitos, incluindo o de fornecer meios jurídicos para tanto**. Estes três aspectos das obrigações dos Estados signatários são inter-relacionadas e, até certo ponto, concomitantes, mas, de acordo com o Comitê, possuem características específicas que serão abordadas abaixo.

5.1.2 A Obrigação de Conduta

Em relação aos meios que os Estados signatários deveriam usar para cumprir com a obrigação de “tomar medidas”, o art. 2.º, (1) do Pacto faz referência a

⁶⁶ Consulte o General Comments No. 3 (The nature of States parties’ obligations -article 2(1)), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 18, para. 1; grifo nosso.

⁶⁷ *Ibidem*, loc. cit.; grifo nosso.

⁶⁸ *Ibidem*

⁶⁹ *Ibidem*, p. 18, para. 2.

⁷⁰ *Ibidem*, loc. cit.

⁷¹ *Ibidem*; grifo nosso.

“todos os meios apropriados, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”. Apesar de ter ficado a critério dos Estados avaliar quais os meios mais “apropriados”, incluindo a **legislação**, para cumprirem as obrigações convencionadas no Pacto, o Comitê estabelece que tais medidas “incluem, entre outras, medidas **administrativas, financeiras, educacionais e sociais**”.⁷²

Outra medida considerada “apropriada” pelo Comitê é a “garantia de meios judiciais para que tais direitos possam, em consonância com o sistema jurídico do país, ser apreciados pelo judiciário. O Comitê ressalta, por exemplo, que o gozo dos direitos reconhecidos, sem discriminação, será sempre promovido de forma adequada, em parte, pelos instrumentos jurídicos ou outros instrumentos cabíveis”.⁷³ Além disso, há outros dispositivos no Pacto, incluindo os arts. 3.º, 7.º (a) (i), 8.º, 10,(3, 13, (2), (a), (3) e (4) e 15, (3), “que seriam capazes de serem aplicados imediatamente pelos órgãos judiciais, entre outros, em muitos dos sistemas jurídicos. Argumentos de que os dispositivos indicados aqui não são auto-executáveis seriam difíceis de sustentar.”⁷⁴

5.1.3 A obrigação de resultado

A “principal obrigação de resultado” contida no art 2.º,(1) é a de “adotar medidas (...) que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto”.⁷⁵ Entretanto, o Comitê salientou que o fato de o Pacto permitir a “implementação progressiva” dos direitos, ou seja, “sua implementação durante o decurso do tempo”, não deve ser interpretado de modo a despir a referida obrigação de conteúdo”.⁷⁶ O Comitê descreve a referida obrigação nas palavras abaixo.

“Trata-se, por um lado, de um mecanismo de flexibilização que reflete a realidade do mundo e as dificuldades enfrentadas pelos países em garantir a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, a expressão deve ser lida à luz do objetivo central, ou seja, a *raison d'être*, do Pacto é a de estabelecer obrigações claras para os Estados signatários em relação à plena realização os direitos em questão. Assim, impõe-se um dever de agir tempestivamente e eficientemente em direção do referido objetivo. Outrossim, as medidas tomadas deliberadamente em contrário implicarão um cuidadoso exame e deverão ser amplamente justificadas em virtude da totalidade dos direitos previstos no Pacto e de acordo com o máximo aproveitamento dos recursos disponíveis em um dado contexto.”⁷⁷

Além disso, o Comitê acredita que cada Estado signatário assume “um núcleo obrigacional de assegurar, pelo menos, níveis mínimos essenciais dos referidos direitos”

⁷² Ibidem, p. 19, para. 7; grifo nosso.

⁷³ Ibidem, p. 19, para. 5.

⁷⁴ Ibidem, loc. cit.

⁷⁵ Ibidem, p. 20, para. 9.

⁷⁶ Ibidem, loc. cit.

⁷⁷ Ibidem

garantidos pelo Pacto, caso contrário, tais direitos “ficariam praticamente desprovidos de sua *raison d'être*”.⁷⁸ Isto quer dizer, por exemplo, nas palavras do Comitê que

“um Estado signatário que tenha um número significativo de indivíduos desprovidos dos mais básicos gêneros alimentícios, de saúde básica, de abrigo e moradia, ou das formas mais básicas de educação, está, a priori, deixando de cumprir com as obrigações assumidas pelo Pacto.”⁷⁹

Neste sentido, o Comitê afirmou ainda que, tendo em vista que o art. 2.º, (1) exige que o Estado signatário “adote as medidas necessárias ‘até o máximo de seus recursos disponíveis’”, ele deverá, para conseguir atribuir o descumprimento da obrigação de atingir pelo menos o núcleo obrigacional à falta de recursos “demonstrar que todos os esforços foram envidados para usar todos os recursos disponíveis para satisfazer, tendo como prioridade, o núcleo obrigacional mínimo”.⁸⁰ Entretanto, conforme ressaltou o Comitê “mesmo nos lugares em que os recursos disponíveis são provavelmente inadequados, a obrigação permanece com o Estado signatário de envidar esforços para que a maior gama possível de direitos, nessas circunstâncias, sejam garantidos.”⁸¹

5.1.4 A obrigação de implementar: meios jurídicos

No Comentário Geral n.º. 9, referente à aplicação do Pacto nos Estados, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais elaborou alguns dos pronunciamentos feitos no Comentário Geral n.º 3. Percebeu-se que o Pacto, ao exigir que os Estados aplicassem os direitos nele previstos “pelos meios apropriados”, adota uma abordagem ampla e flexível que possibilita que todas as particularidades dos sistemas jurídico e administrativo de cada Estado, bem como outros fatores importantes, sejam levados em consideração.⁸² “Mas, esta flexibilidade coexiste com a obrigação de cada Estado signatário fazer uso de todos os meios disponíveis para aplicar os direitos reconhecidos pelo Pacto. Neste sentido, as exigências fundamentais dos direitos humanos internacionais devem ser sempre levadas em conta. Assim, os dispositivos do Pacto devem ser reconhecidos de acordo com o sistema jurídico interno, com os meios de reparação ou outras medidas jurídicas cabíveis, que devem estar necessariamente à disposição de todo indivíduo ou grupo afetado, bem como deve haver meios adequados de se responsabilizar o Estado.”⁸³

Para o Comitê, “questões relacionadas à aplicação do Pacto no âmbito interno devem ser apreciadas à luz de dois princípios de direito internacional”:

⁷⁸ Ibidem, p. 20, para. 10.

⁷⁹ Ibidem, loc. cit.

⁸⁰ Ibidem

⁸¹ Ibidem, p. 20, para. 11.

⁸² Ibidem, p. 58, para. 1.

⁸³ Ibidem, p. 58, para. 2.

- **primeiro**, consoante o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, um Estado signatário não poderá invocar disposições de direito interno para justificar o inadimplemento de obrigações assumidas em tratados, o referido estado “deverá alterar as normas de direito interno se necessário”,⁸⁴
- **segundo**, de acordo com o art. 8.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo às jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. Apesar de o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não exigir expressamente que os Estados signatários estabeleçam meios jurídicos para o caso de violação de suas disposições, o Comitê considera que “um Estado signatário que busca justificar o fato de não ter proporcionado nenhum meio jurídico para combater o desrespeito aos direitos econômicos, sociais e culturais teria que provar que tais meios não são os “meios adequados”, consoante o disposto no art. 2.º (1.) ... ou que, tendo em vista outros meios usados, os referidos meios não são necessários. Será difícil fazer prova disso e o Comitê considera que, em diversos casos, os outros meios usados não seriam eficazes se não aplicados ou complementados por medidas judiciais.”⁸⁵

Pode-se concluir dos Comentários Gerais do Comitê que, **em regra, a aplicação efetiva do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais requer meios jurídicos internos para aqueles cujos direitos foram desrespeitados pelo Estado.** O fato de que o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao contrário do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, não prevê de forma expressa os meios jurídicos nem os demais meios que podem ser usados pelos indivíduos lesados, indica uma relutância por parte dos redatores de sujeitar os Estados às ações individuais em uma área que depende, em grande parte, de recursos financeiros e de um determinado estágio de desenvolvimento. Esta relutância foi recentemente confirmada pela dificuldades enfrentadas em garantir a adoção de um protocolo optativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que conteria dispositivos acerca de um procedimento internacional para ações individuais e de grupos.

Os Estados signatários do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não podem se basear em seu direito interno para justificar o não cumprimento das disposições convencionadas.

Os Estados signatários assumiram uma obrigação de conduta e deverão tomar todas as medidas legislativas, administrativas, financeiras, educacionais e sociais cabíveis para fazer cumprir o Pacto Internacional.

⁸⁴ Ibidem, p. 58, para. 3.

⁸⁵ Ibidem, pp. 58-59, para. 3.

Os Estados signatários assumiram também uma obrigação de resultado, pois deverão caminhar firmemente em direção à consecução dos direitos previstos no Pacto usando ao máximo todos os recursos a seu alcance.

Os Estados signatários têm o dever de assumir imediatamente um núcleo obrigacional mínimo de direitos previstos pelo Pacto.

Mesmo em situações em que fique claro que os recursos disponíveis são inadequados, os Estados signatários têm o dever de provar que estão envidando todos os esforços para garantir o gozo dos direitos previstos no Pacto.

*Os Estados signatários têm o dever de aplicar o Pacto usando todos os meios possíveis. Este dever abrange o de proporcionar **meios de ação ou reparação** que garantam ao indivíduo o poder de fazer cumprir seus direitos econômicos, sociais e culturais em seu respectivo país.*

5.2 A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981

O art. 1.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos arrola as obrigações assumidas pelos Estados signatários em relação a todos os direitos e garantias previstos no referido diploma, incluindo direitos econômicos, sociais e culturais. Isto significa que eles “reconhecerão” e “comprometem-se a adotar medidas legislativas ou outras para os aplicar”. Nem o referido artigo, nem nenhum outro que defina os direitos em questão sugerem outra coisa que não o dever de implementar as obrigações assumidas *imediatamente*.

5.3 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e o Protocolo Adicional em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988

No art. 1.º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) optaram por uma *abordagem progressiva*, segundo a qual os Estados signatários:

“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 e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.”

Apesar de se tratar de uma abordagem progressiva, trata-se, claramente, de uma obrigação de resultado em que os Estados signatários

“comprometem-se a adotar as medidas necessárias” para atingir “a plena efetividade dos direitos reconhecidos” no Protocolo.

5.4 Carta Social Européia de 1961 e a Carta Social Européia (revista) de 1996

É possível afirmar, em linhas gerais, que a revisão da Carta Social Européia em 1961 não teve o objetivo de “reduzir o grau de proteção nela contido”, mas, justamente o contrário, “a reforma envolve levar em conta tanto os avanços em relação aos direitos sociais e econômicos refletidos em outros tratados internacionais e no direito dos países-membros, quanto os problemas sociais não abrangidos pelos outros documentos internacionais em vigor.”⁸⁶ Convencionou-se, ainda, que “todas as emendas seriam feitas tendo em vista a necessidade de se assegurar a igualdade entre homens e mulheres.”⁸⁷

No que tange às obrigações assumidas, tanto a versão de 1961, quanto a de 1996, da Carta Social Européia, contém um estrutura específica de obrigações que permitem os Estados signatários fazer uma implementação progressiva dos direitos previstos. Entretanto, apesar de os Estados signatários considerarem a Parte I de cada um dos documentos “uma declaração dos objetivos que [o Estado] buscará atender fazendo uso dos meios adequados” (art. 20, (1) da Carta de 1961 e art. A da de 1996), ***ambas as Cartas também definem o núcleo obrigacional mínimo a ser assumido por todos os Estados signatários.***

De acordo com a Carta de 1961, os Estados signatários deverão aderir a, pelo menos, ***cinco*** dos artigos abaixo:

- direito ao trabalho – art. 1.º;
- direito à livre associação art. 4.º;
- direito à negociação coletiva – art. 6.º;
- direito à seguridade social– art. 12;
- direito à assistência social e médica – art. 13;
- direito da família à proteção social, jurídica e econômica – art. 16;
- direito do trabalhador e de sua família oriundos de outros Estados signatários à proteção e assistência – art.19.

⁸⁶ Consulte o *European Social Charter: Explanatory Report* (ETS No. 163), no site da Web no Consulado da Europa: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/163.htm> p. 1.

⁸⁷ *Ibidem*, loc. cit.

Além disso, os Estados signatários deverão aderir a, pelo menos, 10 artigos ou 45 parágrafos numerados de sua escolha (art. 20,(1),(c)).

Na revisão de 1996, o núcleo obrigacional mínimo foi aumentado e os Estados signatários foram levados a se vincular a, pelo menos, seis artigos do referido núcleo obrigacional, aos quais os dois artigos abaixo foram adicionados àqueles da Carta anterior:

- o direito das crianças e dos adolescentes à proteção – art. 7.º;
- o direito à igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e trabalho sem discriminação sexual – art. 20.

Os Estados signatários deverão aderir obrigatoriamente a um número maior de disposições totalizando, pelo menos, 16 artigos ou 63 parágrafos numerados (Parte III, art. A)

Os Estados signatários deverão, portanto, aderir a um determinado número de disposições a serem efetivamente implementadas a contar da data de ratificação da Carta. Os Estados signatários são livres para aumentar o número de provisões ao qual aderiram a qualquer tempo (ver art. 20, (3) da Carta de 1961 e art. A, (3) da Carta de 1996).

A Carta Social Européia adota uma abordagem híbrida em relação às obrigações internacionais, pois ao mesmo tempo em que impõe aos Estados signatários um determinado número de direitos de aplicação imediata, permite que eles implementem os demais progressivamente.

6. Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Apreciação pelo Judiciário?

Conforme foi visto no item 2.2.4, a questão da apreciação pelo judiciário dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi discutida durante a elaboração do Pacto. Embora, à época, diversas autoridades representando os Estados durante a Comissão de Direitos Humanos tenham votado a favor de uma resolução que negasse expressamente a apreciação desses direitos pelo judiciário, estes participantes eram minoria. Os outros países enfatizavam a imprecisão e mesmo os perigos de se rotular os direitos econômicos, sociais e culturais como não sendo passíveis de apreciação judicial. A França, por exemplo, ressaltou que muitos dos aspectos dos referidos direitos seriam sim passíveis de apreciação judicial. Todavia, meio século se passou e ainda não há um consenso sobre a competência do judiciário para julgar ações referentes ao desrespeito

aos dos direitos econômicos, sociais e culturais. Essa incerteza foi destacada em um seminário sobre a *Apreciação pelo Judiciário dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, com uma menção especial ao Protocolo Optativo ao Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, realizado em Genebra, Suíça, em fevereiro de 2001. O seminário foi organizado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos e pela Comissão Internacional de Juristas. Conforme os relatórios enviados para o seminário, recorre-se cada vez mais ao judiciário para o julgamento de ações envolvendo os direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à moradia e o direito à igualdade perante a lei. Examinados de forma objetiva e em conjunto com os respectivos direitos, essa evolução demonstra que a questão da apreciação judicial não está clara e que as decisões sobre a possibilidade de determinados direitos prestarem-se ao exame do judiciário está mais relacionada com a política que com o direito.

Um paralelo interessante demonstra que o mesmo argumento também se aplica, até certo ponto, no campo dos direitos civis e políticos. Assuntos relacionados à legitimidade do exercício dos poderes de emergência pelos Governos em momentos de crise foram tratados com frequência como não sendo passíveis de apreciação pelo judiciário. Contudo, os Tribunais de Direitos Humanos da Europa e dos EUA, principalmente, demonstraram que a declaração de estado de calamidade pública e estado de sítio implicando a limitação do exercício dos direitos humanos internacionais, derogando as obrigações internacionais assumidas, são questões passíveis de apreciação judicial que têm de ser examinadas à luz dos tratados internacionais ratificados pelos Estados.⁸⁸

Em relação ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê competente analisou a questão de apreciação judicial relacionada ao papel de medidas jurídicas no Comentário Geral nº 9. Embora o Comitê tenha considerado que o "direito a uma medida reparadora efetiva não signifique que tal medida deva ser sempre judicial", e que "medidas administrativas, em muitos casos, serão adequadas", também admite que:

“sempre que não for possível fazer valer o direito previsto em uma convenção sem que a interferência do judiciário, medidas judiciais serão necessárias.”⁸⁹

Neste Comentário Geral, o Comitê lamenta que, ao contrário dos ocorrer com os direitos civis e políticos, “supõe-se deveras frequentemente” que as medidas judiciais não são essenciais no que diz respeito à violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, embora “essa diferença não seja imposta nem pela natureza dos direitos nem pelas disposições feitas no Pacto”.⁹⁰ O Comitê observa que já esclareceu “que considera muitas das disposições contidas no Pacto passíveis de serem implementadas imediatamente”, por exemplo, arts. 3.º, 7.º(a)(i), 8.º, 10(3), 13(2)(a),

⁸⁸ Para obter mais informações sobre esta questão, Consulte o Capítulo 16 deste Manual.

⁸⁹ *United Nations Compilation of General Comments*, p. 60, para. 9.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 60, para. 10.

13(3), 13(4) e 15(3).⁹¹ Tais artigos, citados *como exemplo* pelo Comitê, prevêm os seguintes direitos:

- o direito de igualdade entre os homens e mulheres no gozo de seus direitos – art. 3º;
- o direito a salários justos e remuneração eqüitativa para trabalho de igual valor – art. 7º,(a)(i);
- o direito à formação de sindicatos que possam funcionar livremente; o direito à greve – art. 8º;
- o direito das crianças e dos jovens a medidas especiais de proteção e de assistência, realizadas sem nenhuma forma de discriminação – art. 10, (3);
- o direito ao ensino fundamental obrigatório e gratuito para todos – art. 13, (2)(a);
- o direito dos pais e/ou tutores de escolher a escola de seus filhos e/ou tutelados mesmo que não seja uma escola pública, garantindo uma educação religiosa e moral em conformidade com as suas próprias convicções – art. 13,(3);
- o direito de pessoas físicas e jurídicas de criar e administrar instituições de ensino conforme às exigências legais – art. 13, (4);
- a liberdade indispensável à pesquisa científica e atividade criadora – art. 15, (3).

Ainda sobre a questão da apreciação judicial dos direitos contidos no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê acrescentou que:

“Sobre esse aspecto, é importante fazer a distinção entre apreciação judicial (que se refere às questões decididas de forma adequada pelo judiciário) e normas auto-aplicáveis (passíveis de serem aplicadas pelo judiciário sem mais elaborações). Tendo em vista ser necessário levar em conta a orientação de cada sistema jurídico, não há nenhum direito previsto no Pacto, consoante a grande maioria dos sistemas, que não possa ser considerado como sendo passível de apreciação pelo judiciário em pelo menos um aspecto. Às vezes, sugere-se que questões sobre alocação de recursos devam ser tratadas pelas autoridades políticas, em vez de serem tratadas pelo judiciário. Apesar de ser necessário respeitar as respectivas competências dos diversos poderes, reconhecemos que o judiciário já está envolvido em uma ampla gama de questões que possuem implicação direta em matéria de recursos. A adoção de uma classificação rígida dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os colocaria fora da esfera de competência do judiciário, seria arbitrário e incompatível com o princípio de que as duas categorias de direitos humanos são indivisíveis e interdependentes. Além disso, restringiria

⁹¹ Ibidem, loc. cit.

drasticamente a capacidade de o judiciário proteger os direitos dos grupos mais vulneráveis e desfavorecidos da sociedade.”⁹²

Em relação à natureza auto-aplicável das disposições do Pacto, o Comitê ressaltou que "o Pacto não nega a possibilidade de os direitos nele contidos serem considerados auto-aplicáveis em sistemas nos quais existe esta opção. De fato, quando de sua elaboração, tentativas de inclusão no Pacto de uma disposição especial com a finalidade de se considerar as disposições "não auto-aplicáveis" foram expressamente rejeitadas.”⁹³ O Comitê afirma ainda que:

“Na maioria dos Estados, determinar se uma disposição contida em um tratado é ou não auto-aplicável é uma questão a ser tratada pelo judiciário e não pelo executivo, nem pelo legislativo. Para desempenhar tal função de forma eficiente, os juízos e tribunais deverão ser conscientizados da natureza e das implicações do Pacto e do papel importante das medidas judiciais resultantes de sua implementação. Desse modo, por exemplo, quando os Governos estiverem envolvidos em processos judiciais, eles devem interpretar o direito interno de modo a fazer valer as obrigações assumidas em tratados. Do mesmo modo, o ensino do sistema judiciário deve levar em conta a apreciação pelo judiciário de tratados internacionais. É extremamente importante evitar qualquer presunção de que as normas não devam ser consideradas auto-aplicáveis. Na verdade, muitas normas são redigidas com termos que são pelo menos tão claros e específicos quanto os termos dos demais tratados internacionais existentes sobre direitos humanos, cujas disposições são normalmente consideradas auto-aplicáveis pelo judiciário.”⁹⁴

À luz do que foi dito nos capítulos anteriores, a questão da possibilidade de os direitos econômicos, sociais e culturais serem submetidos à apreciação judicial, pode ser resumida da seguinte forma:

Nem a natureza dos direitos econômicos, sociais e culturais, nem os termos do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, muito menos os trabalhos preparatórios podem ser usados para retirar das mãos do judiciário o poder para apreciar referidos direitos.

Muito pelo contrário, muitos dos aspectos dos direitos em tela são passíveis de apreciação pelo judiciário.

Os Estados Signatários do Pacto deverão criar medidas judiciais para combater o desrespeito aos direitos econômicos, sociais e culturais sempre que tais meios forem necessários para que os direitos sejam aplicados. Tais medidas deverão coexistir com medidas administrativas adequadas.

A classificação dos direitos econômicos, sociais e culturais como não passíveis de apreciação judicial contraria a indivisibilidade e interdependência entre tais direitos e os direitos políticos e civis.

⁹² Ibidem

⁹³ Ibidem, p. 61, para. 11.

⁹⁴ Ibidem, loc. cit.

7. Estudo de Caso I: Direito à Moradia Adequada

7.1 Considerações Preliminares

As próximas seções abordarão e analisarão dois direitos: o *direito à moradia adequada* e o *direito a saúde*. Em primeiro lugar analisar-se-á sua interpretação pelos organismos internacionais competentes e, em seguida, exemplificar-se-á com jurisprudência de dos Estados signatários o exercício desses direitos ou o de determinados aspectos a eles relacionados.

Este capítulo não tem o objetivo de fornecer uma visão exaustiva das várias funções do judiciário de cada país na aplicação de direitos econômicos, sociais e culturais. Entretanto, como regra geral, tanto os tribunais comuns como os administrativos em muitos países julgam um grande número de questões relacionadas, por exemplo, às várias formas de seguridade social como benefícios pagos a idosos, pessoas com problemas de saúde e deficientes físicos, aos direitos da minoria sem acesso à cultura, ao direito à moradia adequada, às questões de igualdade e não-discriminação, entre outras. Ademais, a justiça do trabalho também tem competência para decidir assuntos afins a sua matéria, como direito à liberdade de associação em sindicatos e a negociar coletivamente, a higiene no e direito à greve. Embora a lei, por exemplo, não assegure expressamente, o direito à alimentação ou o direito à moradia como o fazem os direitos humanos internacionais, pode a lei, não obstante, criar meios para que o judiciário chegue ao resultado previsto no tratado. Os direitos econômicos, sociais e culturais constituem, em outras palavras, um campo do direito em que o judiciário desempenha uma função importante, lado a lado com os procedimentos administrativos.

Os direitos abordados abaixo foram selecionados por serem relativamente mais complicados, se comparados a outros tipos de direitos econômicos e sociais mais facilmente aceitos de serem submetidos à apreciação pelo judiciário, como é o caso do extenso rol dos direitos dos trabalhadores.

7.2 O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: art. 11, (1)

O direito à moradia adequada, reconhecido no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi incorporado ao art. 11(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como parte do direito a um padrão de moradia adequada. No âmbito universal, o direito à moradia pode também ser encontrado, principalmente, no art. 5.º,(e) (iii) do Acordo Internacional de Eliminação de

Todas as Formas de Discriminação Racial, art. 14(2)(h) do Acordo de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, art. 27(3) do Acordo dos Direitos da Criança. No âmbito regional, apenas a Carta Social Européia revista de 1996 garante expressamente o direito à moradia (art.31).

O direito à moradia também já foi garantido em vários outros documentos como, por exemplo, na Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento em seu art. 8º, (1). Na Conferência da ONU sobre Assentamentos Humanos em 1996, os Governos participantes também foram unânimes em reafirmar seu “compromisso com o cumprimento integral e implementação progressiva ao direito à moradia adequada, previsto em instrumentos internacionais”.⁹⁵ Além disso, reconheceram que têm a “obrigação... de criar condições para que as pessoas obtenham moradia e para que protejam e melhorem suas casas e bairros”, e se comprometeram com

“o objetivo de melhorar as condições de habitação e de trabalho de forma igualitária e aceitável, para que todos tenham proteção adequada, ou seja, saúde, segurança, tranquilidade, isto inclui acesso a serviços, dependências e conforto básicos, tudo isso a preços acessíveis, e que desfrutem de liberdade contra discriminação na habitação e tenham garantia jurídica da posse de sua moradia”.⁹⁶

Por fim, os Governos concordaram em “implementar e promover este objetivo em consonância com os padrões adotados pelos direitos humanos”.⁹⁷ No contexto atual, entretanto, o texto principal a ser considerado é o art. 11(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os textos de outros pactos e declarações correspondentes podem ser encontrados na **Apostila n.º 3**.

O art. 11(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê:

“Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e **moradia adequadas**, assim como a melhoria contínua das condições de vida. Os Estados Partes tomarão as medidas cabíveis para assegurar o cumprimento desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância fundamental da cooperação internacional fundada no livre consentimento” (grifo nosso).

Este dispositivo deverá ser interpretado em conjunto com o art. 2º(1), que prevê:

⁹⁵ Consulte o documento da ONU, A/CONF.165/14, relatório da United Nations Conference on Human Settlements (Habitat II), Istanbul, 3-14 June 1996, p. 17, para. 39.

⁹⁶ Ibidem, loc. cit.

⁹⁷ Ibidem

“Cada Estados Partes [sic] do presente Pacto comprometem-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício e dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

Como pode ser observado, o direito a “um nível adequado de vida” no art. 11,(1) é um direito com muitos componentes. Entretanto, tratar-se-á, apenas, da questão sobre a moradia adequada que foi abordada nos Comentários Gerais nº 4 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A questão da moradia também foi abordada nos Comentários Gerais nº 7 sobre ações de despejo. O trabalho do Comitê confirma que os problemas relacionados à moradia adequada ocorrem praticamente em todos os países e atingem uma parcela considerável da humanidade. De acordo com os registros do Comitê nos Comentários Gerais nº 4 e nº 7, o direito à moradia adequada tem os seguintes aspectos pessoais e materiais de aplicação:

7.2.1 Indivíduos protegidos por esse direito

O direito à moradia adequada “aplica-se a todas as pessoas”, e o “conceito de ‘família’ precisa ser compreendido de forma mais ampla. Além disso, as pessoas, assim como as famílias, têm o direito à moradia adequada, independentemente de idade, condição econômico, grupo ou outra afiliação ou demais condições. O exercício deste direito não deve, de acordo com art. 2º(2) do Pacto, de modo nenhum, estar sujeito a nenhuma forma de discriminação”.⁹⁸

7.2.2 Abordagem Interpretativa, incluindo a interdependência de direitos

O Comitê rejeitou a interpretação “estreita ou restritiva” do direito à moradia adequada, que implicaria, por exemplo, a mera provisão de abrigo no sentido de um teto ou de exclusivamente um “bem”. “Mais especificamente, [o direito à moradia] deve ser compreendido como [o direito de] viver em algum lugar com segurança, paz e dignidade”.⁹⁹ Esta interpretação exige, pelo menos, dois aspectos:

- o fato de o “direito à moradia ser totalmente vinculado a outros direitos humanos e aos princípios fundamentais sobre os quais o Pacto foi elaborado”,
- e o conceito de adequação.¹⁰⁰

Em relação ao primeiro, o Comitê acredita que o direito à moradia adequada não pode ser considerado de forma isolada, mas requer, para seu pleno exercício, a proteção de outros direitos como “o da dignidade da pessoa humana e o

⁹⁸ *United Nations Compilation of General Comments*, p. 23, para. 6.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 23, para. 7.

¹⁰⁰ *Ibidem*, loc. cit.

princípio da não-discriminação, ... o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de associação (locatários e outros grupos comunitários), o direito à liberdade de residir e o direito de participar nas decisões públicas”. No mesmo sentido, “o direito a não ter sua privacidade, família, casa ou correspondência, violadas de forma ilícita e arbitrária, pois essas são uma dimensão muito importante na definição do direito à moradia adequada”.¹⁰¹ Devido à complexidade, o termo “adequada” será tratado separadamente.

7.2.3 Conceito de adequação

Na opinião do Comitê, “o conceito de adequação é muito importante em relação ao direito à moradia uma vez que é destinado a destacar vários fatores a serem levados em conta para determinar se certas formas de abrigo podem ser consideradas ‘moradia adequada’ nos termos do Pacto. Embora a adequação seja determinada, em parte, por fatores sociais, econômicos, culturais, climáticos, ecológicos e outros, o Comitê acredita que, apesar disso, seja possível identificar certos aspectos do direito que precisam ser levados em conta para esta finalidade em todos os contextos. São eles”:¹⁰²

- **Garantia jurídica da posse:** Significa que “não obstante, o tipo de título de posse, todas as pessoas devem possuir um nível de segurança sobre a referida posse que garanta proteção jurídica contra ações de despejo, assédio ou ameaças”;¹⁰³

- **Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infra-estrutura:** “Uma moradia adequada precisa ter determinadas instalações destinadas à saúde, segurança, conforto e nutrição. Todos os beneficiários do direito à moradia adequada devem ter acesso garantido a recursos naturais e comuns, a água potável, energia para preparo de alimentos, calefação e iluminação, instalações sanitárias e de limpeza, meios para armazenar alimentos, coleta de lixo, fossa séptica e serviços de emergência”;¹⁰⁴

- **Preço acessível:** “As despesas individuais ou familiares ligadas à moradia devem ser limitada a um valor que não comprometa nem impossibilite a satisfação das demais necessidades básicas. Devem ser tomadas algumas providências pelos Estados signatários para garantir que o percentual do custo com habitação seja, em geral, proporcional aos níveis de renda”. Além disso, “os locatários devem ser protegidos pelos meios apropriados contra valores exorbitantes de aluguel ou de aumentos de aluguel”;¹⁰⁵

- **Habitabilidade:** “A moradia adequada precisa ser habitável, ou seja, prover aos moradores espaço adequado e proteção contra frio, umidade, calor, chuva, vento e outras ameaças à saúde, tais como perigos relacionados à estrutura e a animais transmissores de doenças. A segurança física dos moradores precisa ser garantida da

¹⁰¹ Ibidem, p. 25, para. 9.

¹⁰² Ibidem, p. 23, para. 8.

¹⁰³ Ibidem, p. 23, para. 8(a).

¹⁰⁴ Ibidem, p. 24, para. 8(b).

¹⁰⁵ Ibidem, p. 24, para. 8(c).

mesma forma. O Comitê recomenda que os Estados signatários apliquem amplamente os Princípios Sanitários da Habitação [da OMS]”,¹⁰⁶

- **Acessibilidade:** “A moradia adequada precisa ser acessível àqueles que têm direito a ela. É necessário que seja concedido aos grupos minoritários acesso integral e sustentável à moradia adequada. Dessa forma, às minorias como as compostas por idosos, crianças, portadores de deficiência física, doenças terminais, portadores de doença mental, soropositivos, portadores de doenças crônicas, vítimas de desastres naturais, pessoas residentes em áreas de perigo eminente, entre outras, deve ser conferida prioridade no direito à moradia. O direito e a política de habitação devem levar em consideração as necessidades especiais desses grupos”,¹⁰⁷

- **Local:** “A moradia adequada precisa estar em local que permita acesso a oportunidade de emprego, serviços de assistência médica, escolas, creches e outras dependências voltadas à assistência social. Isso é válido para as grandes cidades e para as áreas rurais”. Além disso, “a moradia não deve ser edificada em locais poluídos ou próximos à áreas poluídas que ameacem o direito à saúde dos moradores”,¹⁰⁸

- **Adequação cultural:** “O modo de construção, o material empregado e as políticas por detrás disso tudo deverão permitir que a identidade e a diversidade cultural em matéria de habitação sejam respeitadas. As atividades orientadas para o desenvolvimento e modernização no setor da habitação devem garantir que as dimensões culturais da moradia não sejam ignoradas e que, entre outras, se garanta acesso ao desenvolvimento tecnológico no setor”.¹⁰⁹

7.2.4 Obrigações jurídicas imediatas

Apesar da natureza progressiva das obrigações jurídicas assumidas pelos Estados signatários através do Pacto, o Comitê estabeleceu várias disposições que deverão ter **aplicação imediata**, independentemente do estado de desenvolvimento em que os referidos Estados se encontram,¹¹⁰ por exemplo:

- “Os Estados signatários precisam dar a devida prioridade àqueles grupos sociais em condições desfavoráveis, prestando-lhes especial atenção. No mesmo sentido, a política e a legislação não devem ser destinadas a beneficiar grupos sociais já favorecidos às custas de outros”,¹¹¹

- “Tendo em vista que os meios mais apropriados para obter o cumprimento integral do direito à moradia adequada possam variar inevitavelmente de forma significativa de um Estado signatário para outro, o Pacto exige claramente que cada

¹⁰⁶ Ibidem, p. 24, para. 8(d).

¹⁰⁷ Ibidem, p. 24, para. 8(e). Sobre o direito a acesso a moradia a portadores de deficiência, consulte também *General Comments* No. 5, p. 35, para. 33.

¹⁰⁸ Ibidem, *General Comments* No. 4, p. 24, para. 8(f).

¹⁰⁹ Ibidem, p. 25, para. 8(g).

¹¹⁰ Ibidem, p. 25, para. 10.

¹¹¹ Ibidem, p. 25, para. 11.

Estado signatário tome toda e qualquer medida necessária para atingir os objetivos. Em geral, exige-se a adoção de uma estratégia nacional para moradia” para definir “os objetivos para o desenvolvimento das condições de moradia, ... os recursos disponíveis para atingir tais metas e a forma mais econômica de usá-las e... as responsabilidades e o período da implementação das medidas necessárias”. Essa estratégia nacional “deve refletir uma consulta ampla com, e a participação de todos os envolvidos, incluindo as pessoas sem moradia, com moradia inadequada e seus representantes”.¹¹²

- Controle efetivo: “O controle efetivo da situação da moradia é outra obrigação de efeito imediato. Para que uma parte satisfaça suas obrigações em conformidade com o art. 11(1), terá de provar, entre outras coisas, que tomou todas as medidas necessárias, isoladamente ou em cooperação internacional, para apurar todos os dados dos indivíduos sem moradia e os dados daqueles com moradia inadequada dentro de seu território”.¹¹³

7.2.5 Recursos ao Judiciário

Sobre a questão dos recursos ao judiciário “o Comitê considera muitos dos elementos componentes do direito à moradia adequada, pelo menos, coerentes com as disposições acerca dos referidos remédios como sendo, pelo menos, coerente com a previsão de [tais] ferramentas”. Podem incluir, por exemplo:

- “recursos jurídicos destinados à prevenção de despejos premeditados ou demolições mediante medidas cautelares por ordem judicial”;
- “ação de indenização contra um despejo ilícito”;
- “ajuizamento de ações contra atos ilícitos praticados ou apoiados por locadores (públicos ou privados) relacionadas à locação, manutenção da residência, discriminação racial e outras formas de discriminação”;
- “alegações de formas de discriminação sobre a alocação e a disponibilidade do acesso à moradia”; e
- “ajuizamento de ações contra locadores pela falta de condições de moradia adequadas ou que tragam prejuízos à saúde”.¹¹⁴

O direito à moradia adequada é um componente fundamental do direito a boas condições de vida. Tem de ser interpretado não apenas à luz de outros direitos econômicos, sociais e culturais, mas também dos direitos civil e político.

¹¹² Ibidem, pp. 25-26, para. 12; grifo nosso.

¹¹³ Ibidem, p. 26, para. 13.

¹¹⁴ Ibidem, pp. 26-27, para. 17.

O princípio da adequação significa que:

- *deve haver garantia jurídica da posse;*
- *deve haver disponibilidade de serviços básicos, materiais, instalações e infra-estrutura:*
 - *a moradia deve ter custos acessíveis, deve ser habitável e nas proximidades do local de trabalho e de outras facilidades, tais como creches, escolas etc.;*
 - *a moradia deve ser edificada sem prejudicar a saúde dos moradores;*
 - *a moradia deve ser culturalmente adequada.*

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais impõe, especialmente, as seguintes obrigações de aplicação imediata aos Estados signatários que:

- *devem dar mais atenção aos grupos que morem em condições desfavoráveis;*
- *devem, quase que invariavelmente, adotar um plano de habitação de âmbito nacional para estabelecer os objetivos, recursos, responsabilidades e prazo para adoção das medidas necessárias;*
- *devem controlar, com eficiência, a questão da moradia.*

Os Estados signatários também têm de fornecer os recursos jurídicos a seus nacionais, principalmente para os casos despejo e demolição de casas, discriminação, ajuizamento de ação nos casos de atos ilícitos praticados por locadores e condições prejudiciais a saúde e moradia inadequada.

7.2.6 Despejos

No Comentário Geral nº 4, o Comitê declara que "casos de despejo são, à primeira vista, incompatíveis com as exigências do Pacto e podem ser justificadas apenas em circunstâncias excepcionais e em conformidade com os princípios relevantes do direito internacional."¹¹⁵ No Comentário Geral nº. 7, o Comitê define o termo "despejo" como:

“a remoção coercitiva de pessoas, famílias e comunidades, contra sua vontade, de suas casas e/ou propriedades, sem o fornecimento ou acesso às formas adequadas de proteção jurídica ou de qualquer outro tipo de proteção. Entretanto, a proibição de despejo não se emprega em despejos feitos à força, de acordo com a lei e em conformidade com as disposições dos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos.”¹¹⁶

¹¹⁵ Ibidem, p. 27, para. 18.

¹¹⁶ Ibidem, pp. 49-50, para. 3.

O Comitê destaca que tais despejos no momento em que "violarem explicitamente" os direitos consagrados no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, podem, devido ao inter-relacionamento e à interdependência existente entre todos os direitos humanos, "resultar em violações de direitos políticos e civis, como o direito à vida, o direito à segurança do indivíduo, o direito à não intervenção na vida privada, familiar e doméstica e o direito ao usufruto pacífico das posses".¹¹⁷ ***Em outras palavras, em casos de despejo, os Estados-signatários têm que cumprir com as exigências do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais bem como com as disposições relevantes do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.***

Em situações nas quais for necessário impor **limitações** sobre o direito à moradia adequado e o direito a não ser sujeito ao despejo, nos termos do pelo art. 11(1) do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "é obrigatório o fiel cumprimento do art. 4º do Pacto. Assim, os direitos assegurados podem estar sujeitos "unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo proporcionar o bem-estar geral em uma sociedade democrática".¹¹⁸

Portanto, as obrigações assumidas pelos Estados signatários em relação a despejos encontram respaldo no art. 11(1) do Pacto "cominado com outras disposições aplicáveis". Tais obrigações compreendem, em especial:

- "O próprio Estado deverá abster-se da prática de efetuar despejos e garantir o cumprimento da lei contra seus funcionários ou terceiros que executarem sentenças forçadas;"¹¹⁹
- Interpretando as palavras "todos os meios apropriados" que constam do art. 2º(1), o Comitê declara que "é evidente que a legislação contra despejos é a principal estrutura sobre a qual se deve construir um sistema de proteção eficiente. Tal legislação deve incluir medidas (a) que forneçam a maior segurança possível em relação à posse aos ocupantes de casas e terrenos, (b) que estejam em conformidade com o Pacto e (c) que sejam elaboradas para controlar com rigor as circunstâncias dos despejos permitidos por lei. A legislação deverá ... ser imposta a todos os aqueles que agem em nome do Estado ou que sejam responsáveis por ele. Além disso, ... os Estados signatários deverão garantir que medidas legislativas e demais medidas sejam apropriadas para impedir e, se necessário, punir despejos realizados por indivíduos ou entidades, sem a observância das garantias da lei;"¹²⁰

¹¹⁷ Ibidem, p. 50, para. 4.

¹¹⁸ Ibidem, p. 50, para. 5.

¹¹⁹ Ibidem, p. 50, para. 8.

¹²⁰ Ibidem, p. 51, para. 9.

- Os Estados signatários deverão cumprir com as disposições dos arts 2.º,(2) e 3.º do Pacto, que impõem uma obrigação suplementar, a de "garantir que, no caso de despejos, as medidas adequadas sejam tomadas para assegurar que não haja *nenhum tipo de discriminação*". Sobre esse aspecto, o Comitê observa que "mulheres, crianças, jovens, idosos, povos indígenas, tribais e outras minorias, e outros indivíduos ou grupos vulneráveis sofrem mais as ações de despejo;"¹²¹

- “Considerando que alguns despejos são justificáveis, tais como os casos de inadimplemento reiterado do aluguel ou nos casos de dano à propriedade alugada", as autoridades competentes deverão "assegurar a execução de tais despejos sejam executados de acordo com uma lei que seja compatível com o Pacto e que haja medidas judiciais e recursos jurídicos à disposição dos afetados";¹²²

- “O despejo e a demolição de moradia como punição não são...compatíveis com as normas do Pacto;"¹²³

- “Os Estados signatários assegurarão, antes de realizar qualquer despejo, especialmente despejos envolvendo grandes grupos, que todas as alternativas foram avaliadas juntamente com os indivíduos atingidos, com a intenção de evitar ou pelo menos minimizar a necessidade do uso da força. Os processos ou medidas judiciais deverão ser fornecidos aos indivíduos afetados pelas ações de despejo", bem como "a indenização apropriada referente a qualquer bem, móvel ou imóvel, afetado. Sobre esse aspecto, vale lembrar o art. 2.º, (3) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civil e Políticos, que estabelece que os Estados signatários assegurem 'um recursos jurídico eficaz' para os indivíduos cujos direitos tenham sido violados e a obrigação de as "autoridades competentes fazer valer tais medidas judiciais quando houver;"¹²⁴

- “Em casos nos quais o despejo é justificado, ele deve ser executado exatamente de acordo com as disposições de direitos humanos internacional e consoante *os princípios gerais da razão e da proporcionalidade*.” Sobre esse aspecto, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais considerou “particularmente cabível” citar os termos do Comentário Geral nº 16 do Comitê de Direitos Humanos, segundo o qual “a intervenção na moradia de um indivíduo só poderá ocorrer ‘em casos previstos em lei’”, devendo estar a referida lei “em conformidade com as disposições, intenções e objetivos do Pacto, e devendo ser, em qualquer circunstância, cabível”. O Comitê de Direitos Humanos acrescentou que a legislação pertinente deverá “detalhar as circunstâncias exatas nas quais as referidas intervenções são permitidas”;¹²⁵

- “Despejos não devem implicar indivíduos destituídos de moradia ou vulneráveis à violação de outros direitos humanos. Quando os indivíduos afetados forem incapazes de se sustentar, o Estado signatário deverá adotar todas as medidas necessárias,

¹²¹ Ibidem, p. 51, para. 10; grifo nosso.

¹²² Ibidem, p. 51, para. 11.

¹²³ Ibidem, p. 51, para. 12.

¹²⁴ Ibidem, pp. 51-52, para. 13.

¹²⁵ Ibidem, p. 52, para. 14; grifo nosso.

até o máximo de seus recursos disponíveis, para assegurar o acesso a moradia alternativa adequada, colonização ou acesso à terras produtivas, conforme o caso;”¹²⁶

• “As medidas processuais adequadas e os devido processo legal são aspectos fundamentais de todos os direitos humanos, mas são ainda mais fundamentais em questões de, tais como, as de despejo, que recorrem envolvem um grande número de direitos reconhecidos nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos. O Comitê considera necessária a aplicação de tais medidas processuais que devem ser aplicadas durante a ação de despejo, entre elas:

a. uma reunião com os indivíduos afetados para deliberar, em conjunto, acerca da questão;

b. notificação razoável e adequada a todos os indivíduos afetados previamente à data programada para o despejo;

c. comunicação dos despejos propostos e, quando aplicável informação acerca do motivo para o qual a terra ou moradia será utilizada, para que seja disponibilizada em prazo razoável para todos os indivíduos afetados;

d. principalmente quando grupos de pessoas estiverem envolvidos, autoridades governamentais ou os respectivos representantes do governo devem estar presentes durante o despejo;

e. todas as pessoas envolvidas no despejo devem ser devidamente identificadas;

f. não haverá despejos em condições de tempo ruim ou durante a noite, exceto se de outra forma dispuseram os indivíduos afetados;

g. existência de medidas judiciais à disposição das partes; e

h. existência de, se possível, de assistência judiciária àqueles que tenham necessidade de recorrer à justiça.”¹²⁷

Os despejos são, à primeira vista, incompatíveis não apenas com o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como também com o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos.

As leis de um país devem oferecer proteção efetiva contra despejos, inclusive despejos conduzidos por pessoas físicas. A lei deve oferecer, entre outras coisas, garantias:

Sempre que houver despejos, deverão estar em conformidade com as leis internacionais de direitos humanos e não deverá haver nenhum tipo de discriminação.

¹²⁶ Ibidem, p. 52, para. 16.

¹²⁷ Ibidem, p. 52, para. 15.

O despejo e a demolição de casas executados como forma de punição é proibido.

Os despejos deverão ser realizados apenas após notificação e visita aos indivíduos em questão, e deve haver o medidas judiciais adequadas e direito à indenização pela propriedade objeto de despejo.

Os despejos não devem implicar em indivíduos destituídos de moradia.

7.3 Jurisprudência Européia Relevante: A ação promovida por *Selçuk e Asker*

Embora o direito à moradia adequada não seja, em si, garantido pela Convenção Européia sobre Direitos Humanos, o direito ao respeito à vida privada e familiar e a moradia, bem como o direito de gozar pacificamente dos bens individuais são assegurados pelo art. 8º da Convenção e pelo art. 1.º do Protocolo da Convenção. Além disso, o art. 3º da Convenção dispõe que nenhum indivíduo “será sujeitado à tortura ou a tratamento ou pena desumana ou degradante”.

Na ação promovida por Selçuk e Asker contra Turquia (*Selçuk and Asker v. Turkey*), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos teve que se manifestar sobre as acusações de que a propriedade dos autores havia sido destruída pelo exército turco. A Sra. Selçuk era viúva e mãe de cinco filhos e a Sra. Asker era casada e tinha sete filhos. As duas eram cidadãs turcas de origem curda e viviam no povoado de Islamköy. Os fatos, comprovados de acordo com o nível de verossimilhança exigido pelo ônus da prova (“*proved beyond reasonable doubt*”), foram os seguintes:¹²⁸

Na manhã de 16 de junho de 1993, um grande batalhão da polícia chegou em Islamköy, e diversos integrantes sob o “comando evidente” do oficial de comando Cömert, atearam fogo à casa da Sra. Asker, causando a destruição da propriedade e de praticamente tudo que se encontrava dentro dela. Os moradores locais que foram ver o que estava acontecendo foram impedidos de apagar o fogo. O Sr. e a Sra. Asker entraram na casa para tentar salvar seus pertences no momento em que ou um pouco antes de os policiais atearam fogo na casa com gasolina. Diversos policiais, inclusive o oficial de comando Cömert, foram até a casa da Sra. Selçuk e, apesar dos protestos dela, espalharam gasolina pela casa e colocaram fogo “pelos ordens do oficial de comando CO Cömert”. Mais uma vez, os moradores locais foram impedidos de apagar o fogo fazendo com que a casa da Sra. Selçuk e seus pertences ficassem completamente destruídos. Aproximadamente dez dias depois, um batalhão da polícia voltou a Islamköy e ateou fogo a um moinho pertencente à Sra. Selçuk e a outros indivíduos, destruindo-o. O oficial de comando Cömert foi visto com os policiais no moinho nessa ocasião.

¹²⁸ Para saber sobre o resumo dos fatos, de acordo com a definição, consulte *Eur. Court HR, Case of Selçuk and Asker v. Turkey, judgment of 24 April 1998, Reports 1998-II*, p. 900, paras. 27-30; Consulte também pp. 904-905, paras. 50-57.

A princípio, o Tribunal examinou os fatos de acordo com o art. 3º da Convenção, ressaltando que o artigo “consagra um dos principais valores da sociedade democrática” e que “até mesmo nas situações mais difíceis, como na luta contra o terrorismo e no crime organizado, a Convenção proíbe a tortura ou o tratamento ou pena desumana ou degradante”.¹²⁹ O Tribunal concluiu que o tratamento conferido às autoras foi tão grave que constituiu uma violação do art. 3º. Principalmente em virtude do fato de que as casas e a maioria da propriedade dos requerentes

“foram destruídas pelo batalhão da polícia que destituiu as autoras de seus meios de subsistência, forçando-as a deixar o povoado. Aparentemente, foi uma prática premeditada e realizada com desprezo e falta de respeito pelos sentimentos das autoras. Elas foram pegas desprevenidas; ficaram inertes, assistindo a próprias casas serem queimadas; não foram tomadas as devidas precauções para assegurar a segurança do Sr. e da Sra Asker; os protestos da Sra. Selçuk foram ignorados e eles não receberam nenhum auxílio posteriormente.”¹³⁰

“Levando em conta principalmente a maneira pela qual a casa das autoras foi destruída ... e a situação de cada uma, está claro que elas devem ter sofrido com a austeridade dos atos do batalhão da polícia, que devem ser classificados como *tratamento desumano* segundo o do art. 3º.”¹³¹

Além disso, “mesmo no caso dos atos em questão terem sido realizados sem nenhuma intenção de punir as autoras, mas de evitar que suas casas fossem usadas por terroristas e para dar exemplo aos outros, *isso não justificaria os maus-tratos.*”

132

O Tribunal também julgou que houve uma violação do art. 8º da Convenção e do art. 1º do Protocolo n.º1. Sobre esse aspecto, o Tribunal afirmou que “ficou definido que o exército destruiu intencionalmente a casa e os pertences das autoras, bem como o moinho do qual a Sra. Selçuk era co-proprietária, obrigando-as a deixar Islamköy ... Não [poderia] haver dúvidas de que os referidos atos, além de implicarem violações do art. 3º, constituem intervenções sérias e injustificáveis nos direitos das autoras no que diz respeito a sua vida privada e familiar e residência, e ao gozo pacífico de suas posses.”¹³³

O Tribunal concluiu que o governo turco violou o art. 13 da Convenção Européia, uma vez que não realizou “uma investigação completa e eficaz” conforme disposto no artigo. Entretanto, o país não possuía um meios jurídicos eficientes à

¹²⁹ Ibidem, p. 909, para. 75.

¹³⁰ Ibidem, p. 910, para. 77.

¹³¹ Ibidem, p. 910, para. 78; grifo nosso.

¹³² Ibidem, p. 910, para. 79; grifo nosso.

¹³³ Ibidem, p. 911, paras. 86-87.

disposição das requerentes para se defenderem das violações de seus direitos segundo a Convenção, art. 13.¹³⁴

O caso *Selçuk e Asker* é um ótimo exemplo não apenas de apreciação judicial dos atos que interferem no direito de respeitar a moradia do indivíduo, mas também da interdependência fundamental dos direitos e das conseqüências abrangentes e devastadoras enfrentadas pelo indivíduo quando da destruição de sua casa e de seus pertences. O caso a seguir, extraído da jurisprudência sul-africana, confirma essas conclusões.

7.4 Jurisprudência Relevante de Direito Interno: O exemplo da África do Sul

A questão do *despejo* foi analisada pelo Tribunal Constitucional da África do Sul no caso *Grootboom and Others*, iniciado pela Sra. Grootboomas em seu nome e em nome de 510 crianças e 390 adultos que ficaram sem casa para morar, após o despejo de suas casas informais”.¹³⁵ A análise deste caso é de tal relevância para a proteção jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais que merece extensas considerações.

A seguir, uma breve descrição dos fatos sobre o caso.¹³⁶ A Sra. Grootboom e a maioria dos autores moravam em barracos em um assentamento ilegal chamado Wallacedene, em que não havia água, fossa séptica, nem serviços de coleta de lixo. Apenas 5 por cento da comunidade tinha eletricidade. Como não conseguiram adquirir moradia por preço reduzido e subsidiado, certo dia os deixaram Wallacedene e montaram seus barracos no terreno vazio, de propriedade privada, reservado para a construção de casas populares. O terreno foi chamado “New Rust”. O proprietário obteve uma ordem judicial de despejo e as casas foram destruídas e queimadas, e seus pertences destruídos. Montaram novos barracos no campo de esportes em Wallacedene com material extremamente precário, e quando as chuvas de inverno começaram logo depois”o toldo de plástico que servia de teto cedeu”. Como não conseguiram ajuda, a Sra. Grootboom e os outros réus fizeram um pedido diretamente às autoridades, com base no art. 26 da Constituição da África do Sul, para obterem “moradia adequada básica temporária ou casas para os autores e seus filhos até obterem acomodação permanente”.¹³⁷

O Juiz Yacoob, decidiu a ação em conjunto com outros juízes, e elaborou o acórdão, que contém uma análise jurídica extremamente valiosa sobre o direito de acesso a moradia adequada de acordo com a constituição sul-africana. Entretanto, os pontos principais do julgamento só podem ser analisados mediante um exame do que diz a Constituição da África do Sul em seu art. 26 que dispõe que:

¹³⁴ Ibidem, pp. 913-914, paras. 96-98.

¹³⁵ *The Government of South Africa v. Irene Grootboom and Others, Case CCT 11/00, judgment of 4 October 2000*, para. 4.

¹³⁶ Ibidem, paras. 7-11.

¹³⁷ Ibidem, para. 13. Este capítulo não trata do caso relacionado ao direito de crianças a moradia em conformidade com o artigo 28(1)(c) da Constituição da África do Sul.

- “(1) Todos têm o direito ao acesso a moradia adequada.
- (2) O estado é obrigado a tomar medidas legislativas, além de outras medidas, dentro dos recursos disponíveis, para cumprir este direito de forma progressiva.
- (3) Nenhuma pessoa poderá ser despejada de sua casa, nem ter sua casa destruída antes de uma ordem judicial ser nenhuma casa será demolida, sem ordem judicial e sem a apreciação dos fatos. Nenhuma lei autorizará despejos arbitrários”.

Sobre a questão da apreciação pelo judiciário: Sobre a questão de os direitos sócio-econômicos serem passíveis de apreciação pelo judiciário na África do Sul, o Tribunal estabelece claramente que foi “que sobre isso o texto d[a] Constituição não deixa pairara nenhuma dúvida de acordo com a interpretação do julgamento sentença”. Em resposta à alegação de que os referidos direito não eram passíveis de serem apreciados pelo judiciário e não deveriam constar da nova Constituição, o Tribunal sustentou que:

“[E]sses direitos são, pelo menos, até certo ponto, passíveis de apreciação pelo judiciário. Como foi estabelecido... muitos dos direitos civis e políticos fundamentados no [texto constitucional perante este Tribunal para apreciação nesse caso] implicarão conseqüências orçamentárias sem, contudo, comprometer a possibilidade de serem apreciados pelo judiciário. O fato de que os direitos sócio-econômicos, invariavelmente, trazem à tona essas implicações orçamentárias não parece ser uma barreira para a possibilidade de serem apreciados pelo judiciário. No mínimo, os direitos sócio-econômicos podem ser defendidos contra agressões injustas”.¹³⁸

A questão , portanto, não era sobre a possibilidade ou não de os direitos sócio-econômicos serem apreciados pelo judiciário nos termos da Constituição da África do Sul, “mas como aplicá-los a um caso específico”.¹³⁹

Sobre a interdependência dos direitos: Com a interpretação da Seção 26 sobre as obrigações impostas ao Estado, o Tribunal destacou que a Constituição fundamenta tanto os direitos civis e políticos, quanto os direitos sociais e econômicos, e que todos esses direitos “são inter-relacionados e se sustentam mutuamente”. Na visão do tribunal, “não pode haver dúvida de que a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, valores básicos de nossa sociedade, sejam negadas àqueles que não possuem alimentação, vestimenta e habitação. A concessão de direitos sócio-econômicos a todos os indivíduos, portanto, permitirá que exerçam outros direitos fundamentados no Capítulo 2.º [da Constituição]. O cumprimento desses direitos também é a solução para o

¹³⁸ Ibidem, para. 20.

¹³⁹ Ibidem, loc. cit.

desenvolvimento da igualdade entre raça e sexo e o desenvolvimento de uma sociedade em que homens e mulheres estejam em igualdade para atingir seu pleno potencial”.¹⁴⁰

O tribunal acrescentou que o direito ao acesso à moradia adequada não pode ser analisado isoladamente. Há uma relação estreita entre esse direito e os outros direitos sócio-econômicos [que] que devem todos ser interpretados em conjunto no âmbito da Constituição como um todo”. Nas palavras do Tribunal:

“O estado é obrigado a tomar medidas *afirmativas* para atender as necessidades daqueles que vivem em extrema condição de pobreza, na carência ou na precariedade de moradia. Essas necessidades inter-relacionadas devem ser levadas em consideração ao se determinar se o Estado cumpriu com suas obrigações em relação a essas necessidades”.¹⁴¹

Sobre o impacto do direito internacional sobre o direito constitucional sul-africano: A Constituição da África do Sul prevê no artigo 1.º, (b) que, “Ao interpretar a Declaração dos Direitos, o tribunal, juízo ou fórum ... deverá levar em conta o direito internacional”. De acordo com o Tribunal, “o direito internacional correspondente pode servir de guia para a interpretação, mas o peso conferido a uma regra ou princípio de direito internacional poderá variar. Entretanto, em situações em que um princípio de direito internacional vincula a África do Sul, tal princípio poderá ser imediatamente aplicável”.¹⁴²

Na avaliação do quanto os arts. 11,(1) e 2.º, (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais podem servir como guia para a interpretação do art. 26 da Constituição da África do Sul, o Tribunal observou que há duas diferenças entre os diplomas legais no que toca à moradia: **primeiro**, “o Pacto prevê o *direito à moradia adequada*, enquanto o art. 26 prevê o *direito ao acesso* à moradia adequada” e, **segundo**, “o Pacto obriga os Estados signatários a tomarem as medidas apropriadas que devem incluir medidas legislativas, enquanto a Constituição obriga o Estado sul-africano a tomar medidas legislativas *cabíveis e outras medidas*”.¹⁴³

Em resposta à alegação feita ao Tribunal de que os Estados signatários do Pacto Internacional têm, conforme definição do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a obrigação de assumir um **núcleo obrigacional mínimo** para assegurar a satisfação de, no mínimo, um nível essencial de cada direito, o Tribunal observou que “a determinação de um núcleo mínimo no contexto do ‘direito ao acesso à moradia adequada’ apresenta questões complicadas”. Não achou necessário, na oportunidade, decidir se era ‘necessário que o judiciário determinasse, em primeira instância, o conteúdo do núcleo mínimo de um direito’.¹⁴⁴ Entretanto, o Tribunal observou que o Comitê não especificou o significado real do termo “núcleo mínimo”.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Ibidem, para. 23.

¹⁴¹ Ibidem, para. 24; grifo nosso.

¹⁴² Ibidem, para. 26; nota de rodapé omitida.

¹⁴³ Ibidem, para. 28.

¹⁴⁴ Ibidem, para. 33.

¹⁴⁵ Ibidem, para. 30.

Sobre as disposições de direito interno acerca do direito ao acesso à moradia adequada: Com relação às exigências constitucionais sul-africanas de que toda pessoa tem direito ao acesso à moradia adequada, o Tribunal determinou que todas as seguintes condições têm de ser atendidas:

“é necessário haver *terreno*”;

“é necessário haver *serviços*”;

“é necessário haver *uma habitação*”;

e
“acesso a terra para fins de edificação de moradia está, portanto, incluído no direito ao acesso à moradia adequada no art. 26”.¹⁴⁶

Nesse sentido, “o estado precisa criar condições para o acesso à moradia adequada para indivíduos de todos os níveis econômicos de nossa sociedade”.¹⁴⁷ Embora essa obrigação dependa de determinadas circunstâncias e do contexto de cada lugar ou das pessoas envolvidas, “os menos favorecidos economicamente são vulneráveis e suas necessidades requerem atenção especial”.¹⁴⁸

Sobre a obrigação constitucional positiva: A obrigação positiva imposta ao Estado, em conformidade com o art. 26,(2) da Constituição da África do Sul, “exige que o Estado desenvolva um plano extenso e viável para cumprir sua obrigação”. Entretanto, essa obrigação “não é absoluta nem sem qualificação”, mas é definida por “três elementos principais”:

- a obrigação de “tomar medidas legislativas cabíveis e outras medidas”;
- a obrigação de “atingir, de forma progressiva, o cumprimento” do direito,
- e
- a obrigação de agir “no limite dos recursos disponíveis”.¹⁴⁹

Com relação à imposição de que o Estado adote “*medidas legislativas e outras medida cabíveis*”, o Tribunal afirmou que “um programa cabível... precisa, obviamente, alocar responsabilidades e tarefas às diferentes esferas de governo, e garantir que os recursos financeiros e humanos adequados estejam disponíveis”.¹⁵⁰ Ademais, precisa ser um programa “abrangente”, e as “medidas precisam estabelecer um programa público de moradia coerente, destinado ao cumprimento, de forma progressiva, do direito ao acesso à moradia adequada nos limites dos meios disponíveis do Estado... O formato e conteúdo precisos das medidas a serem adotadas são principalmente uma questão para poder legislativo e executivo. Porém, esses poderes têm de garantir que as medidas adotadas são cabíveis”.¹⁵¹ Foi, entretanto, “necessário reconhecer que uma ampla gama de medidas possíveis poderiam ter sido adotadas pelo Estado para o cumprimento das obrigações. Muitas dessas atenderiam as exigências da

¹⁴⁶ Ibidem, para. 35; grifo nosso.

¹⁴⁷ Ibidem, loc. cit.

¹⁴⁸ Ibidem, paras. 35-37; aspas do para. 36.

¹⁴⁹ Ibidem, para. 38; grifo nosso.

¹⁵⁰ Ibidem, paras. 39; grifo nosso.

¹⁵¹ Ibidem, paras. 40-41.

razoabilidade”.¹⁵² Por outro lado, ainda segundo o Tribunal, “ meras leis não são o suficiente. O Estado é obrigado a agir para alcançar o resultado pretendido, e as medidas legislativas, [portanto], invariavelmente terão de ser apoiadas por programas e políticas bem direcionados e implementados pelo executivo. Esses programas e políticas precisam ser cabíveis tanto na concepção quanto na implementação ... E um programa cabível que não seja implementado dessa forma, não implicará o cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado”.¹⁵³

O que significa, portanto, o termo “cabível” neste contexto? O Tribunal acatou a seguinte opinião:

“43. Para determinar se um conjunto de medidas é cabível, será necessário considerar os problemas de moradia no contexto social, econômico e histórico, e considerar a capacidade de as instituições responsáveis implementarem o programa. ***O programa precisa ser equilibrado e flexível e fornecer os recursos necessários para atender problemas de moradia e as necessidades a curto e em longo prazo.*** Um programa que exclua um segmento importante da sociedade não pode ser definido como cabível. As condições não permanecem estáticas e, portanto, o programa não exigirá uma revisão contínua.

44. ***A razoabilidade também precisa ser compreendida no contexto da Declaração de Direitos como um todo.*** O direito ao acesso à moradia adequada é fundamental porque valorizamos o ser humano e queremos nos certificar de que ele terá acesso a suas necessidades básicas. É necessário que a sociedade procure garantir que as necessidades básicas de todos sejam atendidas se quiser ser considerada uma sociedade com base na dignidade humana, na liberdade e na igualdade. Para que sejam cabíveis, as medidas não podem deixar de lado o grau e a extensão da negação do direito que buscam garantir. Aqueles cujas necessidades são mais urgentes e cuja capacidade de exercício de todos os direitos está, portanto, mais ameaçada, não podem ser ignorados pelas medidas destinadas a fazer respeitar o referido direito. Talvez não seja suficiente passar pelo teste da razoabilidade para mostrar que as medidas são capazes de implicar um avanço estatístico em relação ao exercício do direito. Ademais, de acordo com a Constituição, todos devem ser tratados com cuidado e consideração. Se as medidas, embora estatisticamente bem-sucedidas, deixam de atender às necessidades dos mais carentes, talvez não passem no teste”.¹⁵⁴

¹⁵² Ibidem, para. 41.

¹⁵³ Ibidem, para. 42.

¹⁵⁴ Ibidem, paras. 43-44; grifo nosso.

Com relação à obrigação de atingir **a implementação progressiva do direito ao acesso à moradia adequada**, o Tribunal afirmou que o “termo ‘implementação progressiva’ prova que o direito não pode ser exercido imediatamente. Porém, o objetivo da Constituição é que as necessidades básicas de todos em nossa sociedade sejam efetivamente atendidas, e a exigência do cumprimento do direito de forma progressiva prova que precisamos ainda de outras medidas para alcançarmos essa meta. Isso significa mais especificamente:

“que o acesso deveria ser facilitado de forma progressiva: os obstáculos jurídicos, administrativos, operacionais e financeiros devem ser examinados e, onde for possível, reduzidos com o tempo. A moradia precisa ser mais acessível e não apenas para um número mais alto, mas para uma gama maior de pessoas com o passar do tempo”.¹⁵⁵

Para fundamentar a justificativa a respeito do termo “implementação progressiva”, no art. 26,(2) da Constituição da África do Sul, foi extraído um termo do art. 2º(1) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o Tribunal citou o parágrafo 9 do Comentário Geral nº 3, que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “analisou oportunamente essa exigência no contexto de moradia”.¹⁵⁶ Embora no Comentário Geral, a intenção fosse a de explicar as obrigações dos Estados signatários assumidas no Pacto, o referido Comentário também foi “útil para ajudar a compreender o significado da expressão ‘implementação progressiva’ no contexto da” Constituição da África do Sul. De acordo com o Tribunal:

“O significado dado à frase está em harmonia com o texto em que a frase é usada em nossa Constituição, e não há nenhuma razão para não aceitar que contém o mesmo significado tanto na Constituição, quanto no documento do qual foi retirada”.¹⁵⁷

Ficou a cargo do Tribunal explicar o significado do “terceiro aspecto da definição da obrigação de tomar as medidas necessárias”, ou seja, “que **a obrigação não requer que o estado faça mais que seus recursos disponíveis permitam**”.¹⁵⁸ Na opinião do Tribunal, “isso significa que tanto o conteúdo do direito em relação ao índice em que é atingido, quanto a razoabilidade das medidas empregadas para alcançar o resultado são governados pela disponibilidade de recursos”. Em outras palavras, “há um equilíbrio entre as metas e os meios. As medidas precisam ser calculadas para atingir as metas rápida e efetivamente, mas a disponibilidade de recursos é um importante fator na determinação do que é cabível.”¹⁵⁹

¹⁵⁵ Ibidem, para. 45.

¹⁵⁶ Ibidem Este aspecto do Committee’s General Comments No. 3 foi tratado na sub-section 5.1.3.

¹⁵⁷ Consulte o Grootboom judgment, para. 45.

¹⁵⁸ Ibidem, para. 46; grifo nosso.

¹⁵⁹ Ibidem, loc. cit.

Sobre a aplicação das disposições constitucionais à Lei de Habitação nacional: O Tribunal analisou a Lei de Habitação nacional (*Housing Act*), que dispõe acerca dos deveres e funções de cada uma das esferas do governo para com a habitação. O Tribunal concluiu que “[o direito à moradia] surge dos princípios gerais, interpretados em conjunto com as funções do governo municipal, estadual e federal, de que o conceito de desenvolvimento da moradia, de acordo com a definição, é a base da Lei. O desenvolvimento de moradia, de acordo com a definição, procura dar aos cidadãos e residentes permanentes acesso às edificações permanentes com justo título que garantem a privacidade interna e externa, dão proteção adequada”.¹⁶⁰ Entretanto, a *Housing Act* não contempla “o dispositivo de moradia que fica aquém da definição do desenvolvimento de moradia na Lei”. Em outras palavras, não há dispositivo expresse

“para facilitar o acesso a uma *medida paliativa* para as pessoas que não possuem acesso a terra, moradia e que vivam em condições intoleráveis, e para as pessoas em situações de emergência resultantes de desastres como enchentes e incêndio, ou porque sua casa está sob ameaça de desabamento. São pessoas em estado de necessidade. A necessidade imediata pode ser atendida por medidas paliativas, na ausência de moradias, que preencham os requisitos de continuidade, habitabilidade e estabilidade abrangidos pela definição de desenvolvimento da moradia na Lei”.¹⁶¹

Apesar de caracterizar a implementação do programa de moradia como um “importante avanço”, o Tribunal teve de responder se as medidas adotadas eram “cabíveis consoante o art. 26 da Constituição”.¹⁶² Com isso, o Tribunal concluiu *que* a alocação de responsabilidades e funções tinha sido “coerentemente e amplamente abordada”; *que* o programa não era “mal planejado” mas representava “uma resposta sistemática às necessidades sociais emergentes”; *que*, embora os problemas de implementação existissem em algumas áreas, a prova sugere que o Estado tem “ativamente procurado combater essas dificuldades.”¹⁶³

Ainda está para ser decidido, entretanto, *se o programa de moradia no país foi “suficientemente flexível para atender aos necessitados em nossa sociedade e atender adequadamente as necessidades imediatas e de curto prazo”*. Isso tinha de ser feito “no contexto do escopo do problema da moradia” em Cape Metro cujo estado era “crítico”, “desesperador” e “agravado pelo crescente desemprego e pobreza”.¹⁶⁴ Era de “entendimento geral” que, exceto pelo novo projeto do programa de terras em Cape Metro, que não existia quando dos acontecimentos em Grootboom, não havia “nenhum dispositivo no programa nacional de moradia como o aplicado em Cape Metro para pessoas muito necessitadas”.¹⁶⁵ O programa, portanto, também ficou aquém das

¹⁶⁰ Ibidem, para. 51.

¹⁶¹ Ibidem, para. 52; grifo nosso.

¹⁶² Ibidem, paras. 53-54.

¹⁶³ Ibidem, para. 54.

¹⁶⁴ Ibidem, paras. 56, 58-59; grifo nosso.

¹⁶⁵ Ibidem, para. 63.

“obrigações impostas ao governo federal, pois [deixou] de reconhecer que o Estado precisa fornecer ajuda imediata aos muitos necessitados”. De acordo com a definição do Tribunal, essas pessoas “não devem ser ignoradas em prol dos interesses de um programa geral centrado em objetivos de longo e médio prazo. É fundamental que uma parte do orçamento nacional para a moradia seja dedicado a isso, mas a alocação de recursos deve ser decidida, em primeira instância, pelo governo”.¹⁶⁶

Em relação à *conduta dos apelantes em relação aos réus* neste caso, o Tribunal enfatizou que “todos os níveis do governo precisam garantir que o programa de moradia seja implementável razoável e adequadamente à luz de todos os dispositivos na Constituição... Cada etapa em cada nível do governo precisa estar em conformidade com o dever constitucional de tomar as medidas cabíveis para fornecer moradia adequada”.¹⁶⁷ Entretanto, o art. 26 da Constituição não foi “o único dispositivo relevante para se determinar se uma ação do estado, em qualquer um dos níveis de governo, é cabível e coerente com a Constituição”:

“83. ... O princípio de que os direitos são inter-relacionados e de que todos são igualmente importantes não é meramente um postulado teórico. O conceito tem um significado extremamente humano e prático em uma sociedade fundada na dignidade da pessoa humana, na igualdade e na liberdade do homem. É fundamental para a avaliar a razoabilidade de uma ação do Estado que seja levada em conta a dignidade inerente dos seres humanos. A Constituição valeria muito menos que o papel em que está escrita, se a razoabilidade da ação do Estado em relação à moradia for determinada sem se levar em conta o valor constitucional da dignidade da pessoa humana. O art. 26, interpretado de acordo com a Declaração de Direitos como um todo, significa que os réus têm o direito de ação justa pelo Estado em todas as circunstâncias e principalmente em relação à dignidade humana. Em suma, ênfase que os seres humanos têm de ser tratados como seres humanos. Este é o cenário em que a conduta dos réus para com os apelantes deve ser analisada”.¹⁶⁸

Embora a legislação tenha reconhecido isso, deve-se levar em conta “se a ação (ou inação) por parte do Estado em relação aos réus atendeu ao padrão constitucional exigido”.¹⁶⁹ O Tribunal destacou que “não houve nenhuma sugestão, entretanto, que a circunstância dos réus antes de se mudarem para New Rust era outra coisa senão desesperadora. Não há nada nos autos que indique que o município possua algum projeto sobre a ocupação de terrenos se eventualmente ocorressem”.¹⁷⁰ Entretanto, ao contrário do que se esperava, o município, nada fez quando os réus começaram a se mudar para New Rust “e a ocupação cresceu a todo vapor”.¹⁷¹ Quanto ao despejo, propriamente dito, foi promovido e conduzido pelo município, mas não há nenhuma prova de diálogo entre

¹⁶⁶ Ibidem, para. 66.

¹⁶⁷ Ibidem, para. 82.

¹⁶⁸ Ibidem, para. 83.

¹⁶⁹ Ibidem, paras. 84-85.

¹⁷⁰ Ibidem, para. 86.

¹⁷¹ Ibidem, para. 87.

as partes envolvidas. “O Estado tinha a obrigação de garantir, pelo menos, que o despejo fosse executado de forma mais humana. Entretanto, o despejo foi uma reminiscência do passado e em desacordo com os valores da Constituição. Os réus foram despejados um dia antes e para piorar ainda mais as coisas, seus pertences e material de construção não foram meramente retirados, mas destruídos e queimados”.¹⁷² O art. 26, (1) da Constituição “onera o Estado com pelo menos uma obrigação negativa em relação à moradia. A maneira pela qual o despejo foi conduzido resultou em quebra dessa obrigação”.¹⁷³

Resumindo o caso, o Tribunal afirmou que isso demonstrou “o desespero de centenas de milhares de pessoas que vivem em condições deploráveis em todo o país. A Constituição obriga o Estado a agir afirmativamente para melhorar essas condições. A obrigação é a de garantir acesso à moradia, assistência médica, alimentação e água potável, e seguridade social para os indivíduos que não têm condições econômicas de prover sua própria e a subsistência de seus dependentes. O Estado precisa criar mais condições para garantir aos cidadãos acesso a terra em condições equitativas. Os necessitados possuem um direito correspondente: o de exigir que isso seja feito.”¹⁷⁴ O Tribunal sabia que “cumprir com essas obrigações é uma tarefa extremamente difícil para o Estado” tendo em vista as atuais condições do país, porém, esse era um aspecto reconhecido pela Constituição, que “expressamente estabelece que o Estado não é obrigado a despender além dos recursos disponíveis nem cumprir esses direitos imediatamente”.¹⁷⁵ Destacou, entretanto, que “apesar de todas as qualificações, trata-se de direito, e a Constituição obriga o Estado a aplicá-lo. Trata-se de uma obrigação que o judiciário pode e, nas devidas circunstâncias, deve fazer cumprir”.¹⁷⁶

O Tribunal concluiu que, embora o art. 26 da Constituição não confira aos réus o direito “a pedir uma moradia imediatamente”, obriga, de fato, o Estado a “desenvolver e implementar programas coerentes e coordenados objetivando cumprir o disposto no art. 26”. Entretanto, o programa em curso em Cape Metro à época em que a ação foi interposta, “ficou aquém dos deveres impostos ao Estado pelo art. 26, (2) no sentido em que não forneceu nenhuma medida paliativa àqueles em estado de extrema necessidade de acesso a moradia”.¹⁷⁷

Por todas essas razões, na opinião do Tribunal, foi “necessário e adequado fazer uma ordem declaratória” segundo a qual o Estado era obrigado a “tomar medidas para cumprir o dever a ele imposto pelo art. 26, (2) da Constituição. Isso inclui a obrigação de planejar, fundar, implementar e supervisionar medidas para dar atender àqueles em estado de extrema necessidade”.¹⁷⁸

¹⁷² Ibidem, para. 88.

¹⁷³ Ibidem

¹⁷⁴ Ibidem, para. 93.

¹⁷⁵ Ibidem, para. 94.

¹⁷⁶ Ibidem, loc. cit.

¹⁷⁷ Ibidem, para. 95.

¹⁷⁸ Ibidem, para. 96.

O trabalho do Comitê de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal Constitucional da África do Sul em relação ao direito à moradia adequada confirma vários aspectos relevantes das obrigações jurídicas gerais do Estado de aplicar os direitos econômicos, sociais e culturais, a saber:

- *é indispensável considerar a implementação efetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais também à luz da efetiva implementação dos direitos civis e políticos;*
- *os direitos econômicos, sociais e culturais ou pelo menos alguns aspectos de tais direitos são passíveis de apreciação pelo judiciário e, conseqüentemente, sujeitos à aplicação mediante as decisões deste poder;*
- *as disposições feitas em diplomas legais são criadas para terem efeito e, conseqüentemente:*
 - *os termos como, por exemplo, “tomar medidas” para “progressivamente” atender a plena realização dos direitos impõem obrigações positivas aos Governos em termos de conduta, resultado e efeito;*
 - *a afirmação “todos os meios adequados” implica a existência de uma flexibilidade inerente que torna possível, em qualquer caso, encontrar um equilíbrio entre os deveres jurídicos de um Estado e os recursos disponíveis para cumpri-los.*

8. Estudo de Caso II: O Direito à Saúde

O segundo direito a ser examinado em detalhe neste capítulo é o direito à saúde. A análise fundamentar-se-á no art. 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e demonstrará como o direito à saúde foi tratado pelas Supremas Cortes do Canadá e da Índia. Ao contrário do direito constitucional da África do Sul, nem o direito constitucional do Canadá nem o da Índia prevêm o direito à saúde de forma expressa.

8.1 O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: art. 12

O direito à saúde está disposto no art. 12 do Pacto, que reza:

“1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados partes do presente Pacto deverão

adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

(a) a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sã das crianças;

(b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

(c) a prevenção e tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

(d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.”

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tratou do direito à saúde em diversos dos Comentários Gerais, os quais serão examinados quase que exaustivamente neste capítulo. Para mais informações, consultar o texto integral dos Comentários Gerais n.º 5, n.º6 e n.º14.¹⁷⁹

O direito protegido pelo art. 12 do Pacto é o direito de desfrutar do “mais elevado nível possível de saúde física e mental”. No Comentário Geral n.º. 14, o Comitê aborda detalhadamente o conteúdo normativo do art. 12 e das respectivas obrigações jurídicas assumidas pelos Estados signatários.

O direito à saúde é garantido em diversos tratados internacionais, tais como:

- A Declaração Universal dos Direitos Humanos – art. 25,(1);
- A Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial – art. 5º,(e),(iv);
- A Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulheres – art. 11,(1),(f);
- A Convenção sobre os Direitos da Criança – art. 24;
- A Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos – art. 16;
- O Protocolo Adicional à Convenção Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – art. 10;
- A Carta Social Européia (Revista) – art. 11

Como ponto de partida, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ressalta que a saúde “é um direito fundamental indispensável ao exercício dos

¹⁷⁹ Consulte, por exemplo, *United Nations Compilation of General Comments by Human Rights Treaty Bodies*, pp. 28, 38 e 90 respectivamente.

demais direitos humanos” e que todo ser humano tem o direito a gozar do “mais elevado nível de saúde possível para que possa viver uma vida digna”.¹⁸⁰ Mais especificamente:

“O direito à saúde é intimamente relacionado e dependente da efetivação de outros direitos humanos, dispostos na Carta Internacional de Direitos Humanos, incluindo os direitos a alimentação, moradia, trabalho, educação, dignidade humana, vida, não-discriminação, igualdade, proibição contra a tortura, privacidade, acesso à informações e liberdade de associação, assembléia e movimento. Esses e outros direitos e liberdades abordam importantes componentes do direito à saúde.”¹⁸¹

Segundo o Comitê, a alusão ao “padrão de saúde física e mental atingível mais elevado” não se restringe o direito à saúde ao direito à assistência médica, mas inclui também “uma ampla gama de fatores socioeconômicos que proporcionam condições para que os indivíduos tenham uma vida saudável e estende o conceito aos fatores subjacentes determinantes da saúde, como alimentação, nutrição, moradia, acesso a água potável e saneamento adequado, condições de trabalho saudáveis e seguras e um ambiente saudável”.¹⁸²

Além disso, de acordo com o Comitê, o direito à saúde inclui alguns componentes passíveis de serem aplicados pela lei. “Por exemplo, o princípio da não-discriminação em relação às instalações, bens e serviços de saúde é passível de ser aplicado pela lei de diversos dos Estados signatários.”¹⁸³

8.1.1 O conteúdo normativo do art. 12,(1)

Primeiramente, o direito à saúde conforme a definição dada pelo art. 12,(1) “não deve ser interpretado como o direito de ser *saudável*”. Em segundo lugar, trata-se de um direito que inclui “tanto direitos, quanto liberdades”.¹⁸⁴ O Comitê observa que “as *liberdades* compreendem o direito de o indivíduo controlar a própria saúde e o próprio corpo, incluindo a liberdade sexual e reprodutiva, e o direito à integridade física, como o direito de estar livre da tortura, de ser submetido a tratamento e experiências médicas sem seu consentimento. Por outro lado, os *direitos* compreendem o direito a um sistema de proteção à saúde que oferece igualdade de oportunidade aos indivíduos no gozo do mais elevado nível de saúde possível.”¹⁸⁵

Além disso, “o conceito o ‘mais elevado nível de saúde possível’... leva em conta condições prévias biológicas e socioeconômicas do indivíduo e os recursos

¹⁸⁰ Ibidem, General Comments No. 14, p. 90, para. 1.

¹⁸¹ Ibidem, p. 90, para. 3.

¹⁸² Ibidem, pp. 90-91, para. 4; Para obter mais detalhes, consulte também p. 92, para. 11.

¹⁸³ Ibidem p. 90, para. 1, inclusive nota de rodapé on p. 106.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 91, para. 8.

¹⁸⁵ Ibidem, loc. cit.; grifo nosso.

disponíveis do Estado.” Como, por diversas razões, a saúde boa não pode ser assegurada pelo Estado, “o direito à saúde deverá ser interpretado como *um direito ao gozo de diversas instalações, bens e serviços e condições necessárias para a realização do mais elevado nível de saúde possível.*”¹⁸⁶

Isso significa, mais especificamente, que “o direito à saúde em todas as formas e em todos os níveis contém os seguintes elementos essenciais inter-relacionados, cuja aplicação dependerá das condições predominantes em um determinado Estado signatário”:

- **disponibilidade:** “Um sistema de saúde e instalações públicos, bem como bens e serviços, e programas de saúde pública e de assistência médica que funcionem fornecido pelo Estado e acessíveis em quantidade suficiente ;”
- **acesso:** “Todos os indivíduos têm direito ao acesso a instalações, bens e serviços ... dentro do território do Estado signatário.” As quatro dimensões deste item são: o *princípio do acesso físico sem discriminação*, *acesso econômico* e *acesso a informações*, que compreendem o direito de buscar, receber e transmitir informações e idéias sobre questões de saúde;
- **aceitação:** “Todas as instalações, bens e serviços de saúde deverão respeitar a ética médica e ser adequados à cultura local;”
- **qualidade:** “Além de serem aceitos pela cultura local, as instalações, bens e serviços de saúde deverão ... estar de acordo com a ciência e a medicina e ser de boa qualidade.”¹⁸⁷

8.1.2 O significado das disposições do art. 12(2)

Enquanto o art. 12(1) apresenta uma definição do direito à saúde, o art. 12(2), “enumera exemplificativamente, de forma não exaustiva as obrigações dos Estados signatários”.¹⁸⁸ Em suma, essas obrigações são as seguintes:

- **“A diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças” – art. 12,(2),(a):** Segundo o Comitê, esta disposição “deve ser interpretada como determinando medidas necessárias para melhorar a saúde da mãe e das crianças, os serviços médicos de assistência sexual e reprodutiva, incluindo o acesso a planejamento familiar, tratamento pré e pós natal, atendimento obstetrício e acesso a informações, bem como os recursos necessários para por em prática as referidas medidas de acordo com as informações”. Ao interpretar essa disposição, é necessário considerar os termos da Convenção sobre os Direitos da Criança.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Ibidem, p. 91, para. 9; grifo nosso.

¹⁸⁷ Ibidem, pp. 92-93, para. 12; grifo nosso; notas de rodapé omitidas.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 91, para. 7.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 93, para. 14, and pp. 95-96, para. 22; notas de rodapé omitidas.

- “**A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente**” – **art. 12,(2),(b)**: Esta obrigação compreende, entre outras coisas: “medidas preventivas sobre acidentes e doenças decorrentes do trabalho; a exigência de assegurar o fornecimento adequado de água potável e sistema de saneamento básico, a prevenção e a redução da exposição da população a substâncias prejudiciais”. O termo “higiene do trabalho” diz respeito a “minimizar, tanto quanto for possível, as causas de riscos à saúde decorrentes do ambiente de trabalho”. O art. 12, (2), (b) também compreende, entre outras coisas, moradia adequada e condição de trabalho seguras e salubres.¹⁹⁰

- “**A prevenção e tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças**” – **art. 12(2)(c)**: Esta disposição “exige a implementação de programas educacionais e de prevenção sobre questões de saúde relacionadas ao comportamento, principalmente acerca de doenças sexualmente transmissíveis, principalmente HIV/AIDS, e doenças que afetam a saúde reprodutiva e sexual, e o incentivo de indicativos sociais de boa saúde, como segurança ambiental, desenvolvimento econômico e educacional e igualdade entre os sexos. O **direito a tratamento** compreende a criação de um sistema de pronto socorro para casos de acidentes, epidemias e riscos à saúde semelhantes, e o fornecimento de assistência em caso de força maior e assistência humanitária em situações de emergência. O **controle de doenças** corresponde aos trabalhos individuais e conjuntos dos Estados para, entre outros, disponibilizar tecnologias relevantes, ... a implementação e intensificação de programas de imunização e outras estratégias para controlar doenças infecciosas.”¹⁹¹

- “**A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade**” – **art. 12(2)(d)**: Esta disposição se refere à saúde física e mental e “compreende a garantia de acesso tempestivo e igualitário à assistência médica, visando prevenir e curar doenças e reabilitar o paciente, bem como à educação sobre saúde; programas regulares de triagem; tratamento adequado de doenças, moléstias, ferimentos e incapacidades predominantes, principalmente no plano comunitário; o fornecimento dos medicamentos básicos e do tratamento e assistência adequados à saúde mental. Um outro aspecto importante desta obrigação é o incentivo à participação da população nos serviços médicos, por meio da organização do setor da saúde e do sistema de seguros.”¹⁹²

Ao implementar o art. 12 do Pacto, os Estados signatários também têm que levar em consideração suas **obrigações jurídicas para que não ocorra a discriminação entre as pessoas em geral ou entre homem e mulher** (arts. 2.º, (2) e 3.º do Pacto).¹⁹³ Para evitar a discriminação contra mulheres no setor da saúde, há uma “necessidade de se desenvolver e implementar uma estratégia nacional abrangente para promover o direito das mulheres à saúde no decorrer de sua vida. A referida estratégia

¹⁹⁰ Ibidem, pp. 93-94, para. 15.

¹⁹¹ Ibidem, p. 94, para. 16; grifo nosso.

¹⁹² Ibidem, p. 94, para. 17.

¹⁹³ Ibidem, pp. 94-95, paras. 18-19.

deve conter intervenções planejadas na prevenção e no tratamento de doenças que afetam mulheres, bem como as diretrizes para fornecer acesso a uma ampla gama de assistência médica disponível de alta qualidade, incluindo assistência médica sexual e reprodutiva.”¹⁹⁴

Além disso, *deficientes e idosos* têm o direito à saúde, conforme o art. 12,(1) do Pacto e eles têm o direito de receber assistência equivalente à recebida por outros membros da sociedade em que vivem. Além disso, o direito à saúde física e mental pressupõe, por exemplo, “o direito ao acesso e ao uso da assistência médica e social, incluindo aparelhos ortopédicos – que permitem a independência de deficientes físicos, previnem o agravamento do quadro clínico e promovem a integração social”.¹⁹⁵ No caso dos idosos, a prevenção por meio de consultas regulares adequadas às necessidades de cada um têm um “papel decisivo”, bem como a reabilitação e manutenção da capacidade funcional dos idosos, “resultando na diminuição de despesas com investimentos em assistência médica e serviços sociais”.¹⁹⁶ Os *povos indígenas* também têm direito, consoante o art. 12, “a medidas específicas para melhorar o acesso aos serviços e tratamentos médicos. Esses serviços médicos devem ser adequados à cultura local, levando em consideração os tradicionais meios de tratamento e recuperação, bem como os remédios tradicionalmente usados.”¹⁹⁷

O direito à saúde conforme assegurado pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais representa o direito a usar instalações, bens e serviços de saúde e às condições necessárias para a realização do mais elevado nível de saúde possível. O direito compreende a liberdade para controlar a saúde e o corpo do indivíduo e o direito ao acesso a um sistema de proteção à saúde sem discriminação.

As instalações de saúde deverão estar disponíveis, acessíveis, ser satisfatórias e de boa qualidade.

Os grupos mais vulneráveis, como deficientes, mulheres, idosos e povos indígenas têm o direito a medidas específicas conforme as necessidades de cada um.

8.1.3 As obrigações dos Estados signatários

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais divide as obrigações jurídicas dos Estados signatários do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em quatro categorias: obrigações gerais, específicas, internacionais e essenciais. Alguns dos principais elementos das primeiras três categorias serão resumidos neste item e as obrigações principais serão abordadas separadamente.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 95, para. 21.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 96, para. 26, leia em conjunto com o General Comments No. 5, p. 35, para. 34.

¹⁹⁶ Ibidem, General Comments No. 14, p. 96, para. 25, leia em conjunto com o General Comments No. 6, p. 45, para. 35.

¹⁹⁷ Ibidem, General Comments No. 14, pp. 96-97, para. 27.

- **Obrigações jurídicas gerais:** “O Pacto prevê a realização progressiva e reconhece as restrições devido aos limites dos recursos disponíveis. Além disso, ele impõe aos Estados signatários diversas obrigações de *efeito imediato*.” Dessa forma, o direito à saúde, conforme disposto no art. 12, deverá ser exercido “sem nenhum tipo de discriminação” (art. 2º,(2)) e as medidas necessárias deverão ser tomadas (art. 2º,(1)) para o cumprimento pleno desta disposição. “Tais medidas deverão ser examinadas, *deliberadas, concretas e direcionadas à plena realização* do direito à saúde ... [R]ealização progressiva significa que os Estados signatários têm *obrigação específica e continuada de agir da forma mais rápida e eficiente possível* visando a realização integral do art. 12.” Medidas regressivas intencionais, que são completamente inadmissíveis, têm que ser devidamente justificadas em conformidade com todos os direitos assegurados pelo Pacto e com o “máximo de recursos disponíveis” dos Estados signatários.¹⁹⁸

Por fim, os Estados signatários têm a obrigação de “*respeitar, proteger e cumprir* ... A obrigação de *respeitar* exige que os Estados se abstenham de interferir direta ou indiretamente no gozo do direito à saúde A obrigação de *proteger* exige que os Estados adotem medidas para impedir que terceiros interfiram nas garantias do art. 12. A obrigação de *cumprir* exige que os Estados adotem as medidas legislativas, judiciais, orçamentárias, judiciais e promocionais adequadas para a realização integral do direito à saúde.”¹⁹⁹

- **Obrigações jurídicas específicas:** As obrigações de respeitar, proteger e cumprir o direito à saúde foram examinadas detalhadamente pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Comentário Geral nº. 14. A obrigação de *respeitar* o direito à saúde significa que o Estado deverá abster-se “de privar ou limitar igual acesso a todos os indivíduos, incluindo prisioneiros ou detentos, minorias, refugiados e imigrantes ilegais, a serviços médicos preventivo, curativo e paliativo; abster-se de impor práticas discriminatórias como parte da política dos Estados; e abster-se de impor práticas discriminatórias relacionadas às necessidades e condição das mulheres.” Além disso, os Estados deverão abster-se de, entre outras coisas, “comercializar medicamentos perigosos e de empregar tratamentos médicos coercitivos, exceto para o tratamento de doenças mentais ou para a prevenção e o controle de doenças contagiosas”. Eles também devem abster-se “de limitar acesso a contraceptivos e outros meios de preservar a saúde sexual e reprodutiva” e “de poluir ilegalmente o ar, a água e o solo, com, por exemplo, lixo industrial”. Finalmente, armas nucleares, biológicas ou químicas não devem ser usadas nem testadas “se os referidos testes liberarem substâncias prejudiciais à saúde humana”.²⁰⁰

A obrigação de *proteger* compreende “os deveres de o Estado adotar legislação ou tomar outras medidas que assegurem acesso igualitário a serviços médicos e outros relacionados à saúde fornecidos por terceiros; de garantir que a privatização do setor da saúde não ameace a *disponibilidade, acesso, aceitação e qualidade* de instalações de saúde, alimentação e serviços; de controlar a comercialização de equipamentos médicos e

¹⁹⁸ Ibidem, pp. 97-98, paras. 30-32; grifo nosso.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 98, para. 33.

²⁰⁰ Ibidem, p. 98, para. 34.

remédios por terceiros; e de garantir que médicos e outros profissionais do setor de saúde atendam aos padrões adequados de educação, habilidade e código ético de conduta. Os Estados também são obrigados a garantir que práticas tradicionais ou sociais prejudiciais não impeçam o acesso ao tratamento pré e pós-natal e ao planejamento familiar; a impedir que terceiros obriguem mulheres a submeter-se a procedimentos culturais, tais como o da mutilação genital feminina; e a tomar medidas para proteger todos os grupos vulneráveis ou marginalizados da sociedade, principalmente mulheres, crianças, adolescentes e idosos, considerando manifestações de violência devido ao sexo do indivíduo.”²⁰¹

A obrigação de **realizar** “exige que os Estados signatários, dentre outras coisas, dêem a importância necessária ao direito à saúde em todos os sistemas jurídicos e políticos, preferencialmente por meio da implementação de leis; e adotem uma política nacional de saúde com um plano detalhado para a realização do direito à saúde. Os Estados deverão garantir a assistência médica, incluindo programas de imunização contra as principais doenças infecciosas, e garantir acesso igualitário a todos os indivíduos aos indicativos de saúde, como alimento nutritivo e água potável, saneamento básico, e moradia e condições de vida adequadas.” Também fazem parte das obrigações “a criação de um sistema de seguro saúde público, privado ou misto disponível a todos os indivíduos”. Finalmente, o dever jurídico de **cumprir também diz respeito** às obrigações específicas de **facilitar, fornecer e promover** o direito à saúde.²⁰²

- **Obrigações internacionais:** Os Estados signatários têm a obrigação de “tomar medidas, individualmente e/ou por meio de auxílio e cooperação internacional, principalmente técnicas e econômicas, para a implementação integral dos direitos reconhecidos no Pacto, como o direito à saúde”. Segundo a interpretação do art. 56 da Carta das Nações Unidas, dos art.s 12, 2,(1) e (2), 22 e 23 do Pacto e da Declaração de Alma-Ata sobre Assistência Primária à Saúde, “os Estados signatários devem reconhecer o papel fundamental da cooperação internacional e do cumprimento com seus compromissos para realizar ações conjuntas ou isoladas para a implementação do direito à saúde.” Os Estados signatários também “têm que respeitar o gozo do direito à saúde em outros países e impedir que terceiros violem o direito ali” se assim o direito internacional permitir. Os Estados signatários têm “responsabilidade conjunta e individual” conforme a Carta das Nações Unidas e as resoluções adotadas pela Assembléia Geral e pela Assembléia Mundial de Saúde, “de cooperar no fornecimento de assistência em caso de força maior e auxílio humanitário em situações de emergência, incluindo assistência a refugiados e pessoas deslocadas”. Por fim, os Estados signatários devem “abster-se de impor embargos ou medidas semelhantes que restrinjam o fornecimento a outro Estado de medicamentos e equipamento médico adequados”.²⁰³

8.1.4 As obrigações essenciais

As obrigações essenciais referentes ao direito à saúde destinam-se a assegurar o cumprimento dos padrões mínimos essenciais do referido direito. Elas são as

²⁰¹ Ibidem, pp. 98-99, para. 35; grifo nosso.

²⁰² Ibidem, p. 99, paras. 36-37; consulte também p. 98, para. 98.

²⁰³ Ibidem, pp. 99-100, paras. 38-41.

obrigações que os Estados signatários deverão cumprir sempre, pois são consideradas irrevogáveis.²⁰⁴ Essas obrigações básicas foram definidas pelo Comitê em conformidade com o art. 12, combinado com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e a Declaração Alma-Ata. Na opinião do Comitê, elas compreendem pelo menos as obrigações a seguir:

- “Garantir o direito de acesso a instalações, bens e serviços de saúde, de forma não discriminatória, especialmente para grupos marginalizados ou vulneráveis”;
- “Garantir o acesso à alimentação mínima necessária, adequada, nutritiva e saudável; garantir que nenhum indivíduo passe fome”;
- “Garantir acesso a abrigo, moradia e sistema de saneamento básico, e o fornecimento de água potável”;
- “Fornecer os medicamentos essenciais, conforme determinado periodicamente pelo Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da OMS”;
- “Garantir a distribuição igualitária de todas as instalações, bens e serviços de saúde”;
- “Adotar e implementar um plano de ação e uma estratégia pública nacional, mediante indício de epidemia, a respeito das questões de saúde de toda a população. O referido plano de ação e a estratégia serão planejados e examinados periodicamente, de forma transparente e participativa; eles [também] serão compostos de métodos, como indicativos e paradigmas relacionados ao direito à saúde, pelos quais é possível controlar de perto o andamento de estratégias e de planos de ação. O planejamento dos referidos planos de ação e estratégias, bem como o conteúdo dos mesmos, dará atenção especial a todos os grupos marginalizados e vulneráveis.”²⁰⁵

O Comitê também confirmou que “as obrigações a seguir são igualmente importantes”:

- “Garantir assistência médica à reprodução, às mães (pré e pós-natal) e às crianças”;
- “Garantir imunização contra as principais doenças infecciosas que acometem a comunidade”;
- “Tomar medidas para impedir, administrar e controlar doenças endêmicas e epidêmicas”;
- “Garantir educação e acesso a informações sobre os principais problemas de saúde da comunidade, incluindo métodos de prevenção e controle”;

²⁰⁴ Ibidem, p. 101, para. 43, and p. 102, para. 47.

²⁰⁵ Ibidem, p. 101, para. 43.

- “Fornecer treinamento adequado aos profissionais da saúde, incluindo treinamento sobre a saúde e os direitos humanos”.²⁰⁶

Essas onze obrigações essenciais relacionadas ao direito à saúde são um guia bastante útil para auxiliar os Estados signatários na implementação nacional das obrigações assumidas no pacto. Deve-se observar que o direito a abrigo e moradia é mencionado como requisito para assegurar o direito à saúde de forma eficiente. A importância do acesso à moradia adequada para a saúde do indivíduo é ressaltada também pela Organização Mundial da Saúde.

8.1.5 Desrespeito ao art. 12

A seguir, alguns exemplos de disposições acerca das ações ou omissões do Estado que resultariam em uma transgressão dos deveres jurídicos dispostos no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com relação ao direito à saúde:

- “O Estado que relutar em empregar o máximo dos recursos disponíveis para a realização do direito à saúde”. Se um país sofre de limitação de recursos, “ele tem o dever de justificar que, apesar de tudo, envidou todos os esforços para utilizar todos os recursos disponíveis para cumprir com as obrigações indicadas acima, conforme a prioridade”;
- As ações ou omissões que violam as onze obrigações essenciais descritas acima, que deverão ser cumpridas em todas as circunstâncias;
- “Leis, políticas ou ações do Estado que infrinjam as normas dispostas no art. 12 ... e que possam acarretar danos corporais, enfermidade desnecessária e enfermidade evitável. Alguns exemplos são: recusa do acesso a instalações, bens e serviços de saúde a indivíduos ou grupo de indivíduos, em virtude de discriminação de fato e de direito; retenção intencional ou interpretação errônea de informações vitais à proteção da saúde e a tratamentos.” (*infração da obrigação de respeitar*);
- A omissão de um Estado em “tomar todas as medidas necessárias para salvaguardar indivíduos sob sua jurisdição de violações do direito à saúde cometidas por terceiros”. Isso compreende “a omissão da regulamentação de atividades de indivíduos, grupos ou corporações para impedi-los de violar o direito à saúde de outrem; a omissão da proteção de consumidores e trabalhadores de atividades prejudiciais à saúde, como por empregadores e fabricantes de alimentos; ... a omissão da proteção de mulheres contra a violência ou a não condenação de criminosos” (*infração da obrigação de proteger*);
- Os Estados signatários deixarem de “tomar todas as medidas necessárias para assegurar a implementação do direito à saúde. Alguns exemplos são: a omissão na adoção ou implementação de uma política interna de saúde, desenvolvida para assegurar o direito à saúde para todos os indivíduos; gastos menores que o necessário ou alocação inadequada de recursos, impossibilitando o exercício do direito à saúde por indivíduos

²⁰⁶ Ibidem, pp. 101-102, para. 44.

ou grupos, especialmente os mais vulneráveis ou marginalizados; omissão no controle da implementação do direito à saúde dentro do país” (*infração da obrigação de cumprir*).²⁰⁷

8.1.6 Implementação nos Estados

O Comitê admite que “as maneiras mais adequadas e viáveis para implementar o direito à saúde variarão significativamente de um Estado para o outro. Cada Estado tem seu próprio critério para avaliar quais são as maneiras mais adequadas para atender circunstâncias específicas. Contudo, o Pacto impõe claramente a cada Estado o dever de adotar todas as medidas necessárias para assegurar que todos os indivíduos tenham acesso a instalações, bens e serviços de saúde para que possam gozar, tão logo quanto possível, do mais elevado nível possível de saúde física e mental.”²⁰⁸ Para esse fim, cada Estado signatário deverá adotar uma estratégia interna e formular políticas com os indicativos e paradigmas do direito à saúde. Os planos de ação e as estratégias nacionais “devem respeitar, entre outros, os princípios da não-discriminação e a participação de pessoas” e “devem também estar fundamentados nos princípios da responsabilidade, transparência e independência do judiciário”.²⁰⁹ Finalmente, “Os Estados devem considerar a adoção de uma estrutura legislativa para operacionalizar sua estratégia referente ao direito à saúde.” A lei deve criar mecanismos para o controle da implementação da estratégia e do plano de ação.²¹⁰

Sobre a questão de *medidas judiciais e responsabilidade jurídica*, o Comitê afirma que “qualquer indivíduo ou grupo que sofrer desrespeito de seu direito à saúde deve ter acesso às medidas judiciais adequadas na esfera nacional e internacional. As vítimas devem ter o direito a uma reparação adequada, seja na forma de restituição, remuneração, satisfação ou garantias de não repetição.”²¹¹ Dessa forma, os Estados signatários são incentivados a incorporar a suas medidas jurídicas internas instrumentos internacionais para o reconhecimento do direito à saúde, pois essa incorporação “amplia significativamente o âmbito e a eficiência das medidas judiciais”. “A incorporação de medidas permite ao judiciário julgar ofensas ao direito à saúde, ou pelo menos das obrigações básicas correspondentes, fazendo referência direta ao Pacto.”²¹² O Comitê declara também que “juízes e profissionais do direito, no exercício de suas funções, devem ser incentivados pelos Estados signatários a dar especial atenção às ações de desrespeito ao direito à saúde.”²¹³

Os Estados Signatários têm o dever jurídico de tomar providências deliberadas, concretas e planejadas que visem a implementação plena do direito à saúde. Enquanto algumas obrigações podem ser implementadas gradualmente, outras são de aplicação imediata.

²⁰⁷ Ibidem, pp. 102-103, paras. 46-52.

²⁰⁸ Ibidem, pp. 103-104, para. 53.

²⁰⁹ Ibidem, p. 104, paras. 54-55.

²¹⁰ Ibidem, p. 104, para. 56.

²¹¹ Ibidem, p. 105, para. 59.

²¹² Ibidem, p. 105, para. 60.

²¹³ Ibidem, p. 105, para. 61.

Os Estados signatários têm que respeitar, proteger e implementar as obrigações que assumiram.

A obrigação de implementar também implica o dever de o Estado signatário facilitar, fornecer e promover o direito à saúde.

Os Estados signatários do Pacto Internacional têm, pelo menos, onze obrigações essenciais que deverão ser cumpridas sempre.

Todas as supostas vítimas de ofensas ao direito à saúde devem ter acesso a medidas judiciais ou outras medidas adequadas no âmbito nacional, e ao uma reparação adequada.

Os juízes e os profissionais do direito em geral devem ser incentivados a dar atenção especial às violações do direito à saúde no exercício de suas funções.

Apesar de os dois casos apresentados a seguir não envolverem a interpretação do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, eles são, assim mesmo, muito relevantes. Em ambos os juízes encontraram formas de interpretação extensiva das disposições existentes sobre direitos humanos constitucionais. Dessa forma, abriram caminho para a introdução do direito à saúde no contexto mais amplo do direito à igualdade (Canadá) e do direito à vida (Índia).

8.2 Jurisprudência relevante I: Exemplo do Canadá

A ação *Eldridge v. British Columbia*, que foi julgado pela Suprema Corte do Canadá em 1997, trata do respeito **da igualdade de direitos em conformidade com o fornecimento de serviços médicos a indivíduos com deficiência física**.²¹⁴ A análise feita neste caso é de suma importância; assim, requer uma apreciação mais detalhada. A análise é de autoria do Juiz La Forest, em julgamento unânime da Suprema Corte.

Dos Fatos:²¹⁵ Os apelantes eram surdos de nascença e se comunicavam por meio da linguagem dos sinais. Eles se queixavam que a ausência de intérpretes impedia que se comunicassem com os médicos e com outros profissionais da saúde, aumentando o risco de um diagnóstico errôneo e de tratamento ineficiente. No estado da British

²¹⁴ (1997) 3 S.C.R. *Eldridge v. British Columbia* (Attorney General) 624. O texto usado neste capítulo pode ser encontrado no seguinte site da Web: http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3_0624.html

²¹⁵ *Ibidem* Este resumo é baseado em fatos de acordo com a sentença, paras. 2-7.

Columbia, a assistência é prestada por meio de dois mecanismos básicos, a *Hospital Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, c. 180 (rebatizada posteriormente de R.S.B.C. 1996, c. 204), que reembolsa os hospitais pelos serviços médicos fornecidos ao público, e a *Medical and Health Care Services Act*, S.B.C. 1992, c. 76 (rebatizada posteriormente de *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286). Nenhum desses programas previa o reembolso para serviços de interpretação da linguagem dos sinais para deficientes auditivos. Um médico declarou em juízo que a comunicação sem um intérprete “era impossível e frustrante” e outro ressaltou que a comunicação adequada era “imprescindível durante o parto” para obter a ajuda da paciente durante o parto e reduzir o risco de complicações.²¹⁶

Os apelantes ajuizaram uma ação na Suprema Corte da British Columbia buscando, especialmente, “uma declaração de que deixar de fornecer serviços de interpretação na linguagem dos sinais, conforme previsto no Plano de Serviços Médicos” violava o art.15(1) da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá,²¹⁷ segundo a qual:

“Todos os indivíduos são iguais perante a lei e têm o direito a igual proteção e vantagens da lei, sem que possa prevalecer qualquer discriminação; sobretudo, em razão de raça, nacionalidade, origem étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência mental ou física.”

A primeira instância não deu provimento ao pedido e, em apelação, o Tribunal de Apelação da British Columbia, por maioria, determinou que a falta de serviços de interpretação nos hospitais não era discriminatória “pois a *Hospital Insurance Act* não prevê ‘nenhum benefício da lei’ de acordo com o art. 15, (1) da Carta”.²¹⁸

Obtiveram autorização para recorrer à Suprema Corte do Canadá, que julgou os diplomas legais, *Medical and Health Care Services Act* e *Hospital Insurance Act*, não compatíveis com a constituição. ***A possível violação do art. 15,(1) da Carta decorreu do poder de tomada de decisão delegado à autoridade subordinada.*** Em outras palavras, a legislação em si “implícita ou explicitamente” não proibia os hospitais (*Hospital Insurance Act*) ou Conselhos de Medicina (*Medical and Health Care Services Act*) de fornecer intérpretes, nem os proibia de considerar que tal serviço “fosse um serviço ‘médico necessário’” e, portanto, um benefício da lei”.²¹⁹

O Tribunal não deu provimento ao argumento dos apelados de que a Carta dos Direitos e Liberdades não se aplica aos hospitais. O Tribunal considerou que havia “uma ‘relação direta e ... explicitamente definida’ entre uma política de governo

²¹⁶ Ibidem, paras. 5 and 7.

²¹⁷ Ibidem, para. 11.

²¹⁸ Ibidem, para. 13.

²¹⁹ Ibidem, para. 29 (relacionado à Lei ‘*Medical and Health Care Services Act*’) e para. 34 (relacionado à Lei *Hospital Insurance Act*).

específica e a conduta atribuída ao hospital”. A suposta discriminação, isto é, a falta de interpretação da linguagem dos sinais, estava “intimamente relacionada ao sistema de fornecimento de serviço médico instituído pela legislação”.²²⁰ O fornecimento desses serviços era “uma expressão da política governamental”, com hospitais agindo “no papel de agentes do governo para o fornecimento dos serviços médicos previstos na [*Hospital Insurance*] Act. Portanto, o Legislativo [não pode] esquivar-se de suas obrigações previstas no art.15(1) da *Carta*, a saber, as de fornecimento dos referidos serviços sem discriminação, nomeando os hospitais para atingir esse objetivo.”²²¹ Segundo as disposições da *Medical and Health Care Services Act* sobre o Conselho de Medicina, não foi contestado que o Conselho de Medicina tinha que estar em conformidade com a *Carta* no exercício do poder que lhe é conferido, poder este que lhe foi delegado pelo Governo, para determinar se um serviço é um “benefício” de acordo com a lei e portanto um serviço “médico obrigatório” a ser fornecido gratuitamente.²²²

O Tribunal concluiu “que a *Carta* aplica-se à omissão dos hospitais e à do Conselho de Medicina que não forneceram intérpretes da linguagem dos sinais”, ficando pendente a determinar se a omissão infringiu o direito à igualdade dos apelantes segundo disposto no Inciso 15(1) da *Carta*. No início, o Tribunal ressaltou que, como outros direitos da *Carta*, o art. 15, (1) “deve ser interpretado de forma abrangente e útil”, pois uma constituição que incorpora declarações de direitos requer “uma interpretação ampla, impedindo o tão conhecido ‘rigor da interpretação literal’, adequado para conceder aos indivíduos a amplitude total dos direitos e liberdades fundamentais correspondentes.”²²³

O Tribunal afirmou, ainda, que o art. 15, (1) da *Carta* atende a “dois objetivos distintos, mas correlatos. Primeiramente, ela expressa um compromisso - profundamente arraigado na cultura social, política e jurídica - igual valor das pessoas e dignidade humana de todos. ... Em segundo lugar, ela exemplifica o desejo de retificar e impedir a discriminação contra determinados grupos ‘em desvantagem social, política e jurídica na sociedade’.”²²⁴ No que diz respeito à situação especial de indivíduos portadores de deficiência:

“56. Infelizmente, a história dos portadores de deficiência no Canadá está repleta de rejeição e marginalização. Indivíduos portadores de deficiência são frequentemente excluídos da força de trabalho, lhes é negado acesso a oportunidades de avanço e integração social, são estereotipados, hostilizados e rejeitados pelas instituições ... Essa desvantagem histórica foi modelada e perpetuada pela noção de que a deficiência é uma anomalia ou um defeito. Conseqüentemente, os portadores de deficiência não costumavam ser tratados com ‘a mesma

²²⁰ Ibidem, para. 51.

²²¹ Ibidem, loc. cit.

²²² Ibidem, para. 52.

²²³ Ibidem, para. 53.

²²⁴ Ibidem, para. 54.

preocupação, respeito e consideração' determinados no art. 15,(1) da *Carta*. Pelo contrário, eles são expostos a atitudes paternalísticas de pena e caridade, e a inclusão dos referidos indivíduos no âmbito social ficou condicionada à tentativa de cada um de se adequar aos padrões de normalidade física ... Uma das conseqüências dessas atitudes é a desvantagem social e econômica permanente dos portadores de deficiência. Os dados indicam que indivíduos portadores de deficiência, em comparação a indivíduos não portadores de deficiência, têm nível educacional mais baixo, são mais sujeitos a serem excluídos da força de trabalho, enfrentam índices de desemprego mais elevado e são os que recebem menos renda quando desempregados na escala de pagamento.”²²⁵

O Tribunal acrescentou que “deficientes auditivos não escaparam dessa situação” e que “a desvantagem sofrida por deficientes auditivos é decorrente das barreiras na comunicação com a população que ouve”.²²⁶

Em relação à questão da possibilidade de os apelantes terem recebido “igual benefício da lei sem discriminação” de acordo com o art. 15, (1) da *Carta*, o Tribunal ressaltou que a reivindicação anterior era “um dos ‘efeitos contrários’ da discriminação”, visto que “aparentemente, o sistema médico de British Columbia aplica-se igualmente a portadores de deficiência auditiva e àqueles capazes de escutar. Não há ‘distinção’ explícita baseada em deficiências, destinando tratamento diferenciado a deficientes auditivos.”²²⁷ O Tribunal acrescentou que o “art. 15, (1) da *Carta* protege contra esse tipo de discriminação”, uma vez que foi “destinada a assegurar uma medida de igualdade real e não meramente formal”.²²⁸ Uma conclusão desse princípio foi “que a intenção ou propósito de discriminação não constitui necessariamente uma condição para a violação do art. 15, (1) ... Basta que o *efeito* da legislação tenha sido o de deixar de conferir a alguém proteção igual ou o benefício da lei.”²²⁹

No caso *Eldridge*, as conseqüências sofridas pelos deficientes auditivos resultaram “não da imposição de um ônus não enfrentado pela maioria da população, mas sim do deixar de possibilitar que os deficientes auditivos usassem os serviços oferecidos a todos”.²³⁰ Portanto, a Suprema Corte reformou a decisão das instâncias inferiores, segundo as quais a interpretação da linguagem dos sinais era “um serviço ‘auxiliar’ não médico e distinto” e que não negava aos deficientes auditivos um benefício disponível à população ouvinte. Em sua opinião, a referida linguagem era, ao contrário, “a maneira pela qual os deficientes auditivos podiam receber assistência médica de qualidade igual à recebida pela população ouvinte”.²³¹ Ou seja, sempre que

²²⁵ Ibidem, para. 56.

²²⁶ Ibidem, para. 57.

²²⁷ Ibidem, para. 60.

²²⁸ Ibidem, para. 61.

²²⁹ Ibidem, para. 62.

²³⁰ Ibidem, para. 66.

²³¹ Ibidem, paras. 68 and 71.

necessário para uma comunicação eficiente, “a interpretação da linguagem dos sinais não deve ... ser considerada um serviço ‘complementar’”.²³²

Em resposta às sugestões dos apelados “de que o governo deve poder fornecer benefícios para a população como um todo, mas sem ter que assegurar que membros da sociedade menos privilegiados tenham os recursos necessários para tirar o maior proveito desses benefícios”. O Tribunal decidiu que “essa posição indica uma visão estreita e empobrecida do art. 15,(1). Além disso, tal visão não encontra respaldo na jurisprudência sobre igualdade proferida neste Tribunal.”²³³

Em análise exaustiva do conceito de igualdade e não-discriminação, o Tribunal ainda afirmou que “o princípio de que a discriminação pode resultar de uma omissão na tomada de medidas positivas para assegurar a grupos desfavorecidos o gozo igualitário dos serviços oferecidos ao público em geral é amplamente aceito no âmbito dos direitos humanos.” Conforme ressaltado pelo Tribunal, “também é o alicerce da jurisprudência dos direitos humanos ... que o dever de tomar medidas positivas para assegurar a integrantes de grupos desfavorecidos o gozo igualitário dos serviços oferecidos ao público em geral esteja sujeito ao princípio do atendimento razoável”, a qual, nesse contexto, “equivale ao conceito de ‘limites razoáveis’”.²³⁴

Assim, o Tribunal concluiu que “a omissão do Conselho de Medicina e dos hospitais em fornecer interpretação da linguagem dos sinais em situações em que referida interpretação for necessária para uma comunicação efetiva constitui, *prima facie*, uma violação do art. 15,(1) referente aos direitos dos deficientes auditivos. Essa omissão retira-lhes o benefício igualitário da lei e representa discriminação dos referidos deficientes auditivos em relação a indivíduos que ouvem.”²³⁵ Entretanto, a decisão do Tribunal não significa “que a interpretação da linguagem dos sinais terá que ser fornecida em toda situação médica. O padrão de ‘comunicação eficiente’ é flexível e leva em consideração certos fatores, como a complexidade e a importância das informações a serem transmitidas, e o contexto no qual a comunicação ocorrerá e o número de pessoas envolvidas ... Contudo, para portadores de deficiência auditiva analfabetos ou semi-analfabetos, talvez a interpretação da linguagem dos sinais seja necessária na maioria dos casos.”²³⁶

Por fim, o Tribunal respondeu que não a questão da possibilidade de haver alguma justificativa para essa violação *prima facie* do art. 1.º da Carta, ***segundo o qual o direito e liberdades assegurados na Carta podem estar “sujeitos apenas aos limites razoáveis previstos na lei conforme comprovado em uma sociedade livre e democrática”***(grifo nosso). As conclusões do juiz La Forest são de grande valia, uma vez

²³² Ibidem, para. 71.

²³³ Ibidem, paras. 72-73.

²³⁴ Ibidem, paras. 78-79.

²³⁵ Ibidem, para. 80.

²³⁶ Ibidem, para. 82.

que a essência desse argumento é igualmente relevante a outros grupos desfavorecidos de nossas sociedades, os quais não podem gozar de assistência médica igualitária:

“94. Em suma, em minha opinião a omissão em custear a interpretação da linguagem dos sinais não representa um ‘impedimento mínimo’ dos direitos dos portadores de deficiência auditiva em relação ao art. 15, (1), direito ao benefício igualitário da lei sem discriminação decorrente de sua deficiência física. As provas demonstram claramente que, como uma classe, os portadores de deficiência auditiva recebem serviços médicos de qualidade inferior aos recebidos pela população que ouve. Dado o papel principal da saúde na qualidade de vida de todos os indivíduos na sociedade, fornecer serviços médicos de padrão inferior aos portadores de deficiência auditiva diminui a qualidade de vida geral dessas pessoas. O Estado simplesmente não provou que essa situação desfavorável deveria ser tolerada com o objetivo de conter os gastos com assistência médica. Em outras palavras, o Estado não realizou uma ‘adequação razoável’, isto é, não tratou adequadamente da deficiência dos apelantes. Na linguagem da jurisprudência sobre direitos humanos desse Tribunal [*sic*], ele [o Estado] não tratou das necessidades apelantes e, portanto, submeteu-os a um ‘ônus não justificado’.”²³⁷

8.3 Jurisprudência Relevante II: O exemplo da Índia

O direito à vida previsto pelo art. 21 da Constituição da Índia recebeu interpretação extensiva da Suprema Corte daquele país na ação *Consumer Education & Research Centre and Others v. Union of India and Others*. Esta ação abordou os riscos à saúde e doenças relacionados ao trabalho que atingiam os empregados da indústria de amianto.²³⁸ A Suprema Corte decidiu que “o direito à saúde, assistência médica para proteger a saúde e o vigor do trabalhador no exercício de sua atividade ou durante a aposentadoria é um direito fundamental assegurado pelo art. 21, combinado com os arts. 30, (e), 41, 43, 48-A e demais artigos relacionados e essenciais aos direitos humanos que visam tornar a vida do trabalhador compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana”.²³⁹

Nota-se que, sem necessariamente adentrar as minúcias do caso, os autores da ação buscaram “suprir as necessidades e a falta de medidas reparadoras que protegessem à saúde dos trabalhadores da indústria de mineração e amianto, com instrumentos adequados para o diagnóstico e controle de uma doença fatal e silenciosa: a asbestose”.²⁴⁰ O Tribunal apreciou exaustivamente as informações sobre os perigos da exposição ao amianto e concluiu tratar-se de uma “longa e trágica cadeia de consequências médicas, jurídicas e sociais nefastas” e emitiu uma declaração lembrando

²³⁷ Ibidem, para. 94.

²³⁸ (1995) 3 Supreme Court Cases 42.

²³⁹ Ibidem, p. 70.

²⁴⁰ Ibidem, p. 47.

“os empregadores e fabricantes de sua responsabilidade jurídica e social de não por em risco seus trabalhadores, nem a comunidade, nem a sociedade”. E, ainda, que:

“O empregador ou o fabricante não está isento de responsabilidade perante os trabalhadores e a sociedade como um todo. Eles têm responsabilidades – jurídica, moral e social de fornecer medidas de proteção aos trabalhadores e às pessoas ou a todos aqueles expostos às conseqüências malélicas de seus produtos. A mera adoção de leis não possui nenhum significado nem eficácia sem recursos profissionais, industriais e governamentais e sem vontade moral e jurídica de implementar tais leis.”²⁴¹

O Tribunal, então, apreciou a ação à luz do Preâmbulo e dos arts. 38 e 21, entre outros, da Constituição da Índia. De acordo com o parágrafo primeiro do Preâmbulo, a todos os cidadãos da Índia são assegurados direitos “jurídicos, sociais, econômicos e políticos”. O art. 38 que está sob o título “Princípios Diretivos da Política do Estado” trata do dever do Estado de assegurar uma ordem social para promover o bem-estar do povo. O art. 21 garante o direito à vida.

Sobre o Preâmbulo e o art. 38 da Constituição, o Tribunal, entre outras coisas, afirmou que:

“18. ... a lei suprema, considera a justiça social o meio para se garantir que a vida seja provida de sentido e de dignidade humana... O Direito é o principal objetivo de toda sociedade civilizada, é um sistema-chave em uma dada era para atingir as exigências e as necessidades de sua época ... A Constituição dispõe que a justiça, a liberdade, a igualdade e a fraternidade são os valores supremos que instituem uma democracia igualitária, em matéria social, econômica e política. A justiça social, a igualdade e a dignidade da pessoa humana são a pedra de toque da democracia social ... A justiça social é um mecanismo dinâmico feito para mitigar o sofrimento dos pobres, dos oprimidos, dos *dalits*, das tribos e dos grupos carentes da sociedade e elevá-los à condição de igualdade para que possam viver de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana. A justiça social não é uma idéia simples nem isolada da sociedade, mas parte essencial de uma mudança social complexa para retirar o pobre etc. das dificuldades, da penúria e para tornar sua vida passível de ser vivida, para o bem da sociedade como um todo. Em outras palavras, o objetivo da justiça social é o de atingir um determinado grau de igualdade social, econômica e política que é uma expectativa legítima. A seguridade social, condições justas e humanas de trabalho e lazer para o trabalhador são parte do direito à vida e do direito de se

²⁴¹ Ibidem, pp. 66-67.

manifestar e do direito de gozar a vida com dignidade; o Estado deverá proporcionar meios e oportunidades para que se atinja, pelo menos, condições mínimas de saúde, de segurança econômica e de vida, ao mesmo tempo em que [eles] partilhem, de acordo com sua capacidade, do patrimônio cultural e social.

19. Em um país em desenvolvimento como o nosso, agravado pela insuperável e crescente falta de igualdade de classes e de oportunidade, o direito é um catalisador, um limite a ser atravessado pelos pobres etc. para alcançar a escada da justiça social ... O que lhes é devido não pode ser definido por um padrão absoluto que está em constante mudança dependendo do tempo, lugar e circunstância. A preocupação da constituição com a justiça social, tida por um processo contínuo e elástico, é a de fazer justiça em todos os setores da sociedade promovendo meios e oportunidades para extinguir os obstáculos e dificuldades que fazem o pobre etc. perecer e para assegurar a dignidade da pessoa humana. A Constituição, portanto, ordena o Estado a aplicar a justiça a todos os membros da sociedade em todos os tipos de atividade humana. O conceito de justiça social abrange a igualdade de gozar e aproveitar o conteúdo prático da “vida”. A justiça social e a igualdade se complementam para que ambas possam manter sua vitalidade. O estado de direito é, portanto, um instrumento importante da justiça social para viabilizar a igualdade de resultado.”²⁴²

Em seguida, o Tribunal afirmou que, consoante o art. 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Carta das Nações Unidas “ressalta a confiança nos direitos humanos fundamentais e na dignidade e valor da pessoa humana previstos nos Princípios Diretivos da Política do Estado, parte integrante da Constituição. A jurisprudência acerca da personalidade ou da filosofia do direito à vida previsto no art. 21 aumenta seu alcance para abranger a personalidade da pessoa humana em todos seus aspectos, incluindo a saúde que, para o trabalhador, é um bem muito valioso para que ele seja capaz de ganhar a vida, manter sua dignidade e viver com dignidade e igualdade.”²⁴³ Ainda, segundo o Tribunal:

“22. A expressão ‘vida’ prevista no art. 21 da Constituição não se refere à mera existência física ou à labuta diária. É um conceito muito mais amplo que inclui o direito à subsistência, a melhores condições de vida, a condições de higiene no trabalho e lazer ... Se o direito à subsistência não é tratado como parte integrante do direito constitucional à vida, a forma mais fácil de privar uma pessoa de sua vida seria privá-la de todos os meios

²⁴² Ibidem, pp. 67-68.

²⁴³ Ibidem, p. 68.

necessários à sua subsistência. Uma privação dessa natureza não apenas retiraria da vida da pessoa seu conteúdo e sentido, mas também impossibilitaria essa própria vida, pois descartaria aquilo que torna a vida possível de ser vivida. O direito à vida com dignidade abrange alguns aspectos da vida humana que faz com que a vida valha à pena ser vivida. O conceito ampliado de vida representaria a tradição e patrimônio cultural das pessoas humanas envolvidas.”²⁴⁴

Sobre o direito à saúde e o direito à vida do trabalhador, o Tribunal se manifestou assim:

“24. O direito à saúde do trabalhador é parte integrante do direito à vida; trata-se do direito de não apenas viver no desempenho de sua função, mas também do direito de gozar de boa saúde e vigor corporal, sem os quais o trabalhador levaria uma vida ruim. A ausência de saúde priva o indivíduo de sua subsistência. O trabalhador não deve pagar o preço de ganhar o pão de cada dia com sua própria vida ou saúde em virtude das mazelas econômicas. As ferramentas e as oportunidades previstas no art. 38 devem ser implementadas para proteger a saúde do trabalhador. Consultas e tratamento médico melhoram a saúde do trabalhador, aumenta a produção e a eficiência do trabalho. O tratamento continuado, durante o trabalho ou na aposentadoria, é um dever moral, jurídico e constitucional do empregador e do Estado. ***Assim, julgamos que o direito à saúde e à assistência médica é um direito fundamental garantido pelo art. 21, combinado com os arts. 39, (e), 41 e 43 da Constituição e é um direito que dá sentido e função à vida digna do trabalhador. O direito à vida inclui proteção à saúde e vigor do trabalhador e é o mínimo necessário para viabilizar que a pessoa humana viva com dignidade.***”²⁴⁵

Em decorrência disso, por serem a saúde e o vigor do trabalhador parte integrante do direito à vida, “o Estado, seja a União ou o Governo Estadual ou um setor da indústria, público ou privado, tomarão todas as medidas necessárias para promover a saúde, força e vigor do trabalhador durante o vínculo empregatício e lazer e saúde até mesmo durante a aposentadoria como elementos essenciais para uma vida saudável e feliz.”²⁴⁶

²⁴⁴ Ibidem, pp. 68-69.

²⁴⁵ Ibidem, p. 70; grifo nosso. O Artigo 41 da Constituição diz respeito ao direito ao trabalho, educação e assistência do governo em determinados casos; o Artigo 43 determina que o Estado deverá “procurar assegurar a todos os trabalhadores, por meio de legislação adequada ou organização econômica ou qualquer outra forma, a garantia a um padrão decente de vida e pleno direito de lazer e a oportunidades sociais e culturais para os trabalhadores”, p. 68.

²⁴⁶ Ibidem, p. 70.

Dentre as numerosas diretivas proferidas pelo Tribunal, estava a ordem para que “todas as fábricas abrangidas pela legislação trabalhista (Employees’ State Insurance Act ou Workmen’s Compensation Act entre outros) adotassem seguro de saúde obrigatório para seus empregados”.²⁴⁷

As ações julgadas pelas Supremas Cortes do Canadá e da Índia mostram que, apesar de o direito à saúde não fazer parte do direito interno destes países, o juiz não está desprovido de meios jurídicos para proteger o direito à saúde dos grupos mais vulneráveis:

- *No Canadá, isto foi alcançado em relação ao direito igual de acesso aos serviços de saúde. Neste caso, o direito à igualdade recebeu uma interpretação dinâmica e útil;*
- *Na Índia, por uma interpretação extensiva do direito à vida interpretado à luz de outras disposições constitucionais, entre elas, a da justiça social.*

9. O Papel dos Juízes, Promotores e Advogados na Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Lições Aprendidas

Como foi visto no decorrer deste capítulo, os profissionais do direito têm papel fundamental na promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Papel este que é ainda mais importante para os membros mais vulneráveis da sociedade. Apesar de ainda haver países cujo judiciário reluta em sancionar o desrespeito aos referidos direitos alegando se tratar de questões da esfera do poder executivo, tal inércia, em virtude dos problemas sociais, tem sido considerada um anacronismo, e sobretudo despida de fundamentação jurídica. Sem concluir *todas* as questões relacionadas ao exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais devem ser apreciadas pelo judiciário, este capítulo deixa claro que *muitas* questões devem sim ser apreciadas pelo judiciário e, ao menos que haja instrumentos jurídicos eficientes à disposição, principalmente, dos pobres e oprimidos, estes ou os demais grupos talvez não tenham nenhuma outra alternativa em momentos de desespero se não a de fazer justiça com suas próprias mãos com o intuito de se proteger, como aconteceu no caso da África do Sul.

²⁴⁷ Ibidem, p. 73.

10. Considerações Finais

A amplitude e a complexidade dos direitos econômicos, sociais e culturais foram responsáveis pela necessidade de optarmos por limitar este capítulo à abordagem de apenas alguns dos importantes aspectos dos referidos direitos. Este capítulo mostrou que a opinião consagrada desde a elaboração da Carta das Nações Unidas é a de que os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, estão intimamente relacionados e são necessariamente interdependentes para que atinjam sua plena consecução. Esta abordagem integrada também foi enfatizada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e mantida na jurisprudência de diversos países como ficou demonstrado.

Por meio dos Comentários Gerais, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais forneceu interpretações detalhadas das obrigações assumidas pelos Estados signatários em relação a vários dos direitos previstos pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incrementando, assim, a precisão jurídica do conteúdo normativo dos referidos direitos. Este detalhamento é uma ferramenta valiosa não apenas para os Governos, mas também para os juízes que atuam nos Estados signatários, seja na interpretação, seja na aplicação do Pacto e de outros diplomas legais.

Entretanto, esta versão mais elaborada do conteúdo das obrigações assumidas pelos Estados signatários em relação à proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais deverá, obrigatoriamente, passar de mão em mão, com o firme propósito de fazer cumprir os direitos civis e políticos, porque sem uma proteção efetiva destes últimos, os primeiros não passarão de promessas vazias.

