

ano 19 - n. 77 | julho/setembro – 2019
Belo Horizonte | p. 1-310 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v19i77
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

FÓRUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos

*Social rights and development: an
approach to judicial activism in the
Inter-American Court of Human Rights*

Ana Claudia Santano*

Centro Universitário Autônomo do Brasil (Brasil)
anaclaudiasantano@yahoo.com.br

Recebido/Received: 02.10.2019/October 02nd, 2019

Aprovado/Approved: 16.10.2019/October 16th, 2019

Resumo: O trabalho traz a questão da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e como isso pode ser analisado dentro do tema do ativismo judicial. Para tanto, em um primeiro momento, aborda-se a normativa internacional referente aos direitos sociais, tanto no sistema onusiano como no interamericano. Também se trata da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos, sendo características que permitem visualizar que é necessário um equilíbrio da tutela desses direitos, conformando uma unidade em sua proteção. Logo, passa-se a um exame mais pormenorizado da atuação da Comissão e da Corte Interamericana no sistema de monitoramento e de peticionamento para então trazer a forma como a Corte vem decidindo casos envolvendo os DESC e como a jurisprudência foi evoluindo nos últimos anos, a partir da exposição de alguns casos concretos. Ao final, argumenta-se se a atual posição da Corte poderia ser considerada como uma forma de ativismo judicial. O método utilizado foi o dialético, a partir de revisão bibliográfica e de análise de casos concretos.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* SANTANO, Ana Claudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. -, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1177.

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Curitiba-PR, Brasil). Pós-Doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela *Universidad de Salamanca*, Espanha. Curitiba, Paraná, Brasil. *E-mail:* anaclaudiasantano@yahoo.com.br.

Palavras-chave: Direitos humanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos sociais. Ativismo judicial.

Abstract: The paper raises the issue about the justiciability of economic, social and cultural rights within the framework of the Commission and the Inter-American Court of Human Rights and how this can be analyzed within the theme of judicial activism. In order to do so, in the first moment this exposes the international norms regarding social rights, both in the United Nations system and in the Inter-American system. The same is done about the indivisibility and interdependence of human rights, allowing us to see how a balance of the protection of these rights is necessary, forming a unit in its protection. A more detailed examination of the Commission's and the Inter-American Court's action in the monitoring and petition system will then be carried out, in order to bring to the fore the way in which the Court has decided cases involving ESCR and how the jurisprudence has evolved in recent years, from the presentation of some concrete cases. In the end, it is argued that the current position of the Court could be considered as a form of judicial activism. The method used was the dialectic one, plus a bibliographic review and case analysis.

Keywords: Human rights. Inter-American Commission of Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. Social rights. Judicial activism.

Sumário: **1** Introdução – **2** Os direitos sociais nos principais instrumentos internacionais de direitos humanos – **3** Indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos – **4** A atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sistema de monitoramento e peticionamento – **5** A interpretação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange aos DESC – **6** Uma breve análise de casos julgados pela Corte Interamericana no que tange aos DESC – **7** A eventual postura ativista da Corte Interamericana de Direitos Humanos – **8** Conclusão – Referências

1 Introdução

Não cabem dúvidas quanto à importância dos direitos humanos nos dias de hoje. Como construção histórica¹ ou como resultado de lutas e de conquistas,² esse conjunto de direitos permeia praticamente a totalidade da existência e da convivência humana, devendo, por isso, ter posição de destaque na sua proteção e defesa.³

Para tanto, desde o pós-guerra, houve uma proliferação de tratados internacionais de direitos humanos, bem como a construção de sistemas de proteção desses direitos. Esse levante de uma comunidade global baseada na participação de Estados soberanos na formulação desses instrumentos e desses sistemas de proteção forçou a uma reconfiguração do próprio conceito de soberania e, não raramente, embates entre os países sobre a interpretação desses direitos, como muito ocorreu com as noções de direitos de liberdade e de igualdade.

¹ Que, na visão de Carlos Santiago Nino, isso faz com que os direitos humanos sejam direitos morais muito ligados ao jusnaturalismo (Cf. SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos – Un ensayo de fundamentación*. 2. ed. amp. rev. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 14-18.

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

³ GORCZEWSKI, Clóvis; DIAS, Felipe da Veiga. A imprescindível contribuição dos tratados e cortes internacionais para os direitos humanos e fundamentais. *Sequência* (Florianópolis), Florianópolis, n. 65, p. 246, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 06 jun. 2019.

O fato é que, mesmo passados tantos anos do desenvolvimento desses direitos, a sua consagração em textos constitucionais e a consolidação de vários de seus conteúdos nos Estados, há um conjunto de direitos que seguem sem se efetivarem adequadamente, o que compromete a concretização de todo esse amálgama vital para a humanidade. São os direitos sociais.⁴

Ainda que o seu desenvolvimento se inicie no constitucionalismo mexicano, em 1917, e no alemão, a partir da Constituição de Weimar, em 1919, tais direitos ainda são carentes de completa validação, reconhecimento e realização por muitas razões,⁵ principalmente de cunho ideológico, devido justamente ao seu conteúdo, que surgiu especificamente das “profundas contradições sociais decorrentes da aplicação dos valores liberais, cujas formulações abstratas, descontextualizadas, foram logo desmascaradas”.⁶ Essa limitação em sua eficácia também é traduzida nos tratados internacionais que tutelam os direitos humanos, mas não os faz ausentes, o que permite que controles e monitoramentos sejam realizados pelas cortes internacionais na direção de uma maior proteção desses direitos que possuem profundo poder de transformação social.

É justamente sobre essa possibilidade de fiscalização desses direitos por parte das cortes internacionais que este trabalho versará. A partir de uma breve exposição histórica da inserção dos direitos sociais nos instrumentos internacionais, argumentar-se-á sobre algumas características imprescindíveis dos direitos humanos que permitem essa proteção e a sua sindicabilidade para logo passar a alguns exames de casos julgados na Corte Interamericana de Direitos Humanos, detalhando a fundamentação construída. Ao final, será feita a reflexão sobre se a construção jurisprudencial realizada pela Corte Interamericana se constitui como um tipo de ativismo judicial e que impactos isso pode causar nos sistemas de proteção de direitos humanos.

⁴ As estratégias adotadas para ampliar essa efetivação são destacadas por SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016; SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 67-96, out./dez. 2018.

⁵ Cf. MELEU, Marcelino da Silva; THAINES, Aleteia Hummes. A solidariedade como política constitucional de efetivação dos direitos humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 18, n. 73, p. 189-206, jul./set. 2018.

⁶ VALIM, Rafael. Apontamentos sobre os direitos sociais. In: MALHEIROS, Antônio Carlos; BACARIÇA, Josephina; VALIM, Rafael (Coord.). *Direitos humanos: Desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 173. O autor complementa dizendo que, muitas vezes, o discurso dos direitos sociais é usado de forma ideológica, como uma antítese – confessada ou não – do neoliberalismo, o que pode ser uma explicação “aceitável” à resistência que enfrenta esse grupo de direitos.

2 Os direitos sociais nos principais instrumentos internacionais de direitos humanos

Partindo da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante, DUDH), tem-se que há vários artigos que trazem disposições, ainda que com perfil programático, desse rol de direitos sociais, como são os arts. 22 a 26.⁷ Pela predominância de direitos com caráter liberal, a DUDH ainda é muito criticada, embora não seja possível deixar de reconhecer as suas grandes conquistas,⁸ principalmente no que tange ao estabelecimento de uma força simbólica dos direitos humanos que deve reger a convivência em sociedade e para com os Estados.⁹

No entanto, a questão ideológica já citada fica evidenciada no momento da elaboração dos pactos internacionais de direitos humanos no âmbito das Nações Unidas, responsáveis por detalhar as disposições da DUDH. A separação das matérias em dois tratados foi resultado de um acordo diplomático, uma vez que

⁷ Artigo 22º: Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.

Artigo 23º: 1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à protecção contra o desemprego.

2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social.

4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.

Artigo 24º: Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.

Artigo 25º: 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma protecção social.

Artigo 26º: 1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos.

⁸ ALVES, J. L. Lindgren. *A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade*. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_declaracao_dos_direitos_humanos_na_pos-modernidade.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁹ NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 3, ano 1, out./dez. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12542>. Acesso em: 6 jun. 2019.

as potências ocidentais insistiam no reconhecimento somente das liberdades individuais clássicas e que protegem as pessoas contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada, e, do outro lado, países do bloco comunista e os jovens países africanos desejavam conferir maior destaque aos direitos sociais e econômicos, repetindo a divisão já havida com a DUDH.¹⁰ Ao final, restou declarado que os Estados teriam por obrigação a realização de programas de ação estatal de forma progressiva “até o máximo de seus recursos”, conforme o art. 2, I, do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante, Pacto Econômico).

Já no que se refere à Organização dos Estados Americanos, a Carta da OEA, aprovada conjuntamente à Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, em 1948, é tida como um documento que estabelece metas aos Estados e que proclama, genericamente, o respeito aos direitos humanos por parte dos Estados-Membros. Há quem afirme que não existe um elenco claro de direitos subjetivos na Carta, o que pode ser debatido.¹¹ Entretanto, no que tange aos direitos econômicos, sociais e culturais (doravante, DESC), há menções expressas para os Estados que estão distribuídas em seu texto, como é o art. 30¹² e seguintes sobre desenvolvimento integral; o art. 45,¹³ que estabelece direitos sociais, como

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 292-293.

¹¹ Como é a opinião do juiz Humberto Antonio Sierra Porto, em seu voto dissidente no caso *Lago del Campo vs. Peru*, sentença de 31 de agosto de 2017.

¹² Artigo 30: Os Estados membros, inspirados nos princípios de solidariedade e cooperação interamericanas, comprometem-se a unir seus esforços no sentido de que impere a justiça social internacional em suas relações e de que seus povos alcancem um desenvolvimento integral, condições indispensáveis para a paz e a segurança. O desenvolvimento integral abrange os campos econômico, social, educacional, cultural, científico e tecnológico, nos quais devem ser atingidas as metas que cada país definir para alcançá-lo.

¹³ Artigo 45: Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos:

a) Todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, nacionalidade, credo ou condição social, têm direito ao bem-estar material e a seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, igualdade de oportunidades e segurança econômica;

b) O trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar;

c) Os empregadores e os trabalhadores, tanto rurais como urbanos, têm o direito de se associarem livremente para a defesa e promoção de seus interesses, inclusive o direito de negociação coletiva e o de greve por parte dos trabalhadores, o reconhecimento da personalidade jurídica das associações e a proteção de sua liberdade e independência, tudo de acordo com a respectiva legislação;

d) Sistemas e processos justos e eficientes de consulta e colaboração entre os setores da produção, levada em conta a proteção dos interesses de toda a sociedade;

e) O funcionamento dos sistemas de administração pública, bancário e de crédito, de empresa, e de distribuição e vendas, de forma que, em harmonia com o setor privado, atendam às necessidades e interesses da comunidade;

f) A incorporação e crescente participação dos setores marginais da população, tanto das zonas rurais como dos centros urbanos, na vida econômica, social, cívica, cultural e política da nação, a fim de

o direito ao bem-estar material, ao trabalho, à previdência social, etc.; e o art. 49,¹⁴ que trata do direito à educação.

Cabe mencionar que, por força do Parecer Consultivo sobre Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1989, §45, a Declaração é uma interpretação autêntica dos dispositivos da Carta da OEA e que, apesar de haver sido adotada como declaração, e não como um tratado, atualmente a Declaração Americana constitui uma fonte de obrigações internacionais para os Estados-Membros da OEA.¹⁵

Portanto, analisar a Carta da OEA isoladamente da Declaração Americana escapa ao marco hermenêutico estabelecido pela Corte para a interpretação dos direitos humanos no sistema interamericano, e isso impede que se separem tais documentos no momento de analisar a sindicabilidade dos DESC em um caso concreto.

Seguindo no exame dos instrumentos internacionais no âmbito interamericano, novamente se depara com a questão ideológica que gera conflitos quando o tema se relaciona com os direitos sociais. Ainda na Declaração Americana de Direitos Humanos, anterior à DUDH, traga disposições expressas sobre DESC nos seus arts. XI ao XVI,¹⁶ a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, conhecida

conseguir a plena integração da comunidade nacional, o aceleração do processo de mobilidade social e a consolidação do regime democrático. O estímulo a todo esforço de promoção e cooperação populares que tenha por fim o desenvolvimento e o progresso da comunidade;

g) O reconhecimento da importância da contribuição das organizações tais como os sindicatos, as cooperativas e as associações culturais, profissionais, de negócios, vicinais e comunais para a vida da sociedade e para o processo de desenvolvimento;

h) Desenvolvimento de uma política eficiente de previdência social; e

i) Disposições adequadas a fim de que todas as pessoas tenham a devida assistência legal para fazer valer seus direitos.

¹⁴ Artigo 49: Os Estados membros empreenderão os maiores esforços para assegurar, de acordo com suas normas constitucionais, o exercício efetivo do direito à educação, observados os seguintes princípios:

a) O ensino primário, obrigatório para a população em idade escolar, será estendido também a todas as outras pessoas a quem possa aproveitar. Quando ministrado pelo Estado, será gratuito;

b) O ensino médio deverá ser estendido progressivamente, com critério de promoção social, à maior parte possível da população. Será diversificado de maneira que, sem prejuízo da formação geral dos educandos, atenda às necessidades do desenvolvimento de cada país; e

c) A educação de grau superior será acessível a todos, desde que, a fim de manter seu alto nível, se cumpram as normas regulamentares ou acadêmicas respectivas.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer Consultivo PC-10/89, Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no contexto do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 14 de julho de 1989, Ser. A. Nº 10 (1989), par. 35-45.

¹⁶ Artigo XI. Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade.

Artigo XII. Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana. Tem, outrossim, direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade. O direito à educação compreende o de igualdade de oportunidade em todos os casos, de acordo com os dons naturais, os méritos e o desejo de aproveitar os recursos que possam proporcionar a coletividade e o Estado. Toda pessoa tem o direito de que lhe seja ministrada gratuitamente, pelo menos, a instrução primária.

como Pacto de San José da Costa Rica, reproduz a maior parte dos dispositivos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (doravante, Pacto Civil) – o que denota o seu perfil também liberal de direitos – e decidiu-se na ocasião deixar para um protocolo à parte o conteúdo sobre DESC a fim de se obter a adesão dos Estados Unidos à Convenção. Esse protocolo com o segundo conjunto de direitos somente seria aprovado na Conferência Interamericana de São Salvador, em 17 de novembro de 1988.¹⁷

Contudo, há uma previsão muito importante no Pacto de San José referente aos DESC e que não pode ser desconsiderada pelos Estados que ratificaram o instrumento. Refere-se ao art. 26 sobre desenvolvimento progressivo e que determina que os Estados-Partes se comprometem a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente 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, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. Portanto, ainda que não exista um tratamento pormenorizado de tais direitos nesse instrumento internacional, o art. 26 pode ser interpretado como uma possibilidade de seu controle e monitoramento, pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, já havendo uma jurisprudência construída nesse sentido e que será comentada na parte final deste ensaio.

No que tange ao Protocolo de San Salvador, há muitas inovações se comparado ao Pacto Econômico, o que não afasta as críticas quando se aborda a “sinceridade” dos Estados que aderiram ao tratado. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato afirma que, na época de sua aprovação, já predominava nas Américas a ideologia neoliberal expressa no Consenso de Washington, que foi adotada pelos Estados como um guia para o fortalecimento da iniciativa empresarial privada em todos os campos, o que, por conseguinte, restringia ao máximo as políticas públicas de

Artigo XIII. Toda pessoa tem o direito de tomar parte na vida cultural da coletividade, de gozar das artes e de desfrutar dos benefícios resultantes do progresso intelectual e, especialmente, das descobertas científicas. Tem o direito, outrossim, de ser protegida em seus interesses morais e materiais no que se refere às invenções, obras literárias, científicas ou artísticas de sua autoria.

Artigo XIV. Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes. Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.

Artigo XV. Toda pessoa tem direito ao descanso, ao recreio honesto e à oportunidade de aproveitar utilmente o seu tempo livre em benefício de seu melhoramento espiritual, cultural e físico.

Artigo XVI. Toda pessoa tem direito à previdência social de modo a ficar protegida contra as conseqüências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 380-381.

proteção social. A partir disso, o autor entende que os países terminam por adotar uma retórica dos senhores rurais da América Espanhola do período colonial que, diante das ordenações régias que buscavam limitar o seu poder de exploração econômica baseado no trabalho escravo ou semiescravo, dizia que “*las ordenanzas d’El Rey, Nuestro Señor, se acatan, pero no se cumplen*”.¹⁸

É justamente diante dessa adesão aparente dos Estados que surge a necessidade de se intensificar a proteção a esses direitos, que não se traduzem em mera discricionariedade estatal, mas, sim, que conformam obrigações reais dos países perante a comunidade internacional. E é por exercer o papel de controle e de monitoramento de todo o conjunto de direitos humanos que tanto a Comissão quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos possuem suficiente espaço para atuar em casos envolvendo esses direitos de cunho social. Nesse sentido, pode-se afirmar que é de pleno conhecimento dos países suas obrigações livremente assumidas nos pactos sobre os DESC. Há o conhecimento das obrigações e a sua aceitação por eles, o que impede alegar que os Estados, ou não possuem o dever de tutela e promoção dos DESC, ou não estavam de acordo com isso no momento de firmar os documentos internacionais.

3 Indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos

A clássica teoria das gerações de Karel Vasak partiu exatamente do ponto em que a DUDH consolida a sua base, no seu art. 1.¹⁹ Essa teoria é construída sob a expressão mais representativa da Revolução Francesa, *liberté, égalité et fraternité*, sendo que a primeira geração são os direitos vinculados à liberdade; a segunda reporta a direitos de igualdade; e a terceira refere-se aos direitos conectados com a solidariedade social.²⁰ No entanto, a classificação em gerações sofre forte crítica doutrinária, como a de Cançado Trindade, que lista ao menos 4 (quatro) razões para não adotá-la: (i) transmite uma falsa ideia de substituição de uma geração por outra, já que os direitos se complementam; (ii) faz parecer que uma geração é mais antiga do que a outra, o que não é verdadeiro necessariamente, como ocorre no caso dos direitos sociais e sua consolidação junto à OIT, em 1919, para somente depois, em 1948, ser aprovada a DUDH, com os direitos civis e políticos; (iii) apresenta os direitos de forma fragmentada, violando a indivisibilidade que os permeia; (iv)

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 388.

¹⁹ Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

²⁰ VASAK, Karel. A 30-Year struggle: the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. *The Unesco Courier*. Paris: Unesco, 1977. p. 29-32. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf#nameddest=48063>. Acesso em: 14 jun. 2019.

essa classificação pode afetar as novas interpretações dos direitos humanos em seu conteúdo devido ao seu encaixe pouco exato em uma das gerações, já que o direito à vida, por exemplo, pode ser tanto de defesa (1ª geração) quanto de prestação positiva estatal (2ª geração).²¹

Vale ressaltar que a doutrina mais moderna já abandonou a terminologia “gerações” e utiliza o termo “dimensões”, justamente devido a essas críticas.²²

Esses questionamentos aportados por Cançado Trindade nada mais fazem do que evidenciar algumas das mais básicas características dos direitos humanos e que devem ser resgatadas ao longo do tempo, como é a indivisibilidade e a interdependência desse conjunto de direitos. Nesse sentido, não se entende possível usufruir de liberdades plenas (antes consideradas somente a partir da abstenção estatal) sem que exista paralelamente um mínimo de igualdade social, que é possível somente com o agir estatal por meio de políticas públicas. Assim, a inércia estatal, já sublinhada e combatida no texto do Pacto Econômico, não deve ser tolerada, devendo os Estados implementar políticas públicas coordenadas entre si na busca da elevação do nível e da qualidade de vida das pessoas para que, enfim, se possa concretizar todo o conjunto de direitos humanos. Esse é o princípio da solidariedade, ou da fraternidade, no lema da Revolução Francesa.²³

É no ponto sobre as políticas públicas em prol da promoção dessa igualdade que novamente questões ideológicas surgem. Muitos países de perfil liberal receiam que isso seja uma porta para interferência em seus assuntos internos por parte das Organizações Internacionais de Direitos Humanos, além de ser uma noção contrária ao que eles têm como visão de mundo. Além disso, tanto no Pacto Econômico como no Protocolo de San Salvador, há certas restrições – de origem na *realpolitik*²⁴ ou jurídica – que impedem que todos os direitos ali contidos sejam totalmente sindicáveis, o que leva a crer que tais disposições são meras exortações aos Estados signatários, sendo apenas programas não vinculantes de ação estatal, o que não é verdadeiro.

O fato é que os direitos humanos buscam concretizar elementos para uma vida digna. Ocorre que uma vida digna é formada por todo um conjunto de direitos

²¹ Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Cançado Trindade Questiona a Tese de “Gerações de Direitos Humanos” de Norberto Bobbio*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acesso em: 14 jun. 2019. Devido a essas críticas, a doutrina sugere a utilização do termo “dimensões” no lugar de “gerações”.

²² Nesse sentido, cf. um dos primeiros autores a assim se posicionar: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 571-572. Já na doutrina estrangeira mais clássica, cf. RIEDEL, Eibe. *Menschenrechte der Dritten*. *Europäische Grundrechte-Zeitung*, p. 9-21, 1989.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 350.

²⁴ Termo que se refere mais a objetivos práticos do que a ideias. Nesse sentido, a política se torna pragmática e adaptável ao que há na realidade. Sinônimo de poder político (Cf. <https://www.britannica.com/topic/realpolitik>. Acesso em: 17 jun. 2019).

que se comunicam e se entrelaçam entre si. Não há como entender que o direito à vida possa ser assegurado somente mantendo a pessoa viva. É necessário dar condições a ela de moradia, de alimentação, de trabalho, de assistência, de educação, etc., para que ela possa ser verdadeiramente livre para exercer as suas outras liberdades.²⁵ Foi nesse sentido que Theodore Roosevelt, em seu discurso proferido no *State of the Union* de 1941 (*Four Freedoms*), afirmou que se deve libertar o homem da necessidade e do temor da insegurança (*freedom from want, freedom from fear*), dentre as quatro liberdades que devem existir.²⁶

A ideia de indivisibilidade dos direitos humanos também vem nessa linha. Significa que todos os direitos humanos possuem a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais, repita-se, para uma vida digna. Aqui, André de Carvalho Ramos entende que a indivisibilidade possui duas facetas, sendo a primeira que implica reconhecer que o direito tutelado apresenta uma unidade indissolúvel em si, e a segunda, mais difundida, é a de que não é possível proteger apenas alguns dos direitos humanos reconhecidos. É a partir dessa perspectiva que se exige dos Estados o investimento tanto nos direitos de primeira como também de segunda e terceira dimensões.²⁷ Por outro lado, a interdependência (ou inter-relação) dos direitos humanos consiste no reconhecimento de que todos eles contribuem para a realização de uma vida digna e da dignidade humana,²⁸ interagindo entre si para esse objetivo, o que regressa ao ponto da unidade (indivisibilidade) desse conjunto de direitos.²⁹

Ambas as características dos direitos humanos estão devidamente confirmadas em vários momentos e documentos. Como primeiro texto que reconhece a indivisibilidade dos direitos civis e políticos dos econômicos, sociais e culturais, há a Proclamação de Direitos Humanos da 1ª Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU, realizada em Teerã, em 1968.³⁰ Logo, a Declaração sobre o Direito ao

²⁵ Nesse sentido, cf. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

²⁶ Texto completo do discurso em: <http://voicesofdemocracy.umd.edu/fdr-the-four-freedoms-speech-text/>. Acesso em: 17 jun. 2019.

²⁷ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁸ HACHEM, Daniel Wunder; BONAT, Alan. O direito ao desenvolvimento de um projeto de vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a educação como elemento indispensável. *Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 21, p. 77-105, jul./dez. 2017.

²⁹ MEZZAROBBA, Orides; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. The principle of the dignity of human person: A reading of the effectiveness of citizenship and human rights through the challenges put forward by globalization. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 273-293, jan./abr. 2018.

³⁰ 13. Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível. A realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social (Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%Aancias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>. Acesso em: 17 jun. 2019).

Desenvolvimento, adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas (4 de dezembro de 1986), traz em seu art. 6, §2, que “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”,³¹ o que alimentou a construção teórica justamente desse direito ao desenvolvimento. E, por sua vez, a Declaração de Viena, aprovada na 2ª Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU, em 1993, repete as disposições mencionadas, reiterando que tais direitos são indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.³²

Assim, considerando toda a intensificação da proteção dada ao indivíduo, formou-se consenso, por meio desses documentos, de que, se determinado direito é violado, todos os demais ficam vulneráveis e comprometidos, e o desafio é este: concretizar os direitos de igualdade na mesma medida ou mais que os direitos de liberdade para que nenhum fique esquecido.³³

Somente para que conste, o direito ao desenvolvimento citado teve como base de construção teórica o conceito de desenvolvimento como “um amplo processo, de natureza econômica, social, cultural e política”,³⁴ junto com a preocupação sobre a existência de bloqueios à completa realização dos seres humanos e dos povos a partir da negação de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.³⁵ Com isso, deve-se haver o constante incremento do bem-estar de todos com base na participação ativa, livre e significativa dos indivíduos, tanto no desenvolvimento quanto na distribuição justa dos benefícios resultantes. Nessa linha, não é qualquer crescimento econômico que vai trazer desenvolvimento. Este só ocorrerá se a dinâmica econômica for capaz de transformar as estruturas sociais, garantindo liberdades, participação e distribuição de renda e de oportunidades de forma mais equitativa entre as diferentes pessoas que compõem a sociedade.³⁶ Ou seja, esse

³¹ Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/direito-ao-desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 17 jun. 2019.

³² 5. Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, econômico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais (Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em: 17 jun. 2019).

³³ PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 55.

³⁴ Resolução de 4 de dezembro de 1986 da Assembleia Geral das Nações Unidas.

³⁵ Para uma visão contemporânea sobre os objetivos do desenvolvimento sustentável, ver: MARTINI, Sandra Regina; WALDMAN, Ricardo Libel. Os objetivos do desenvolvimento sustentável analisados à luz da metateoria do direito fraterno e a concretização dos direitos humanos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 198-219, maio/ago. 2018.

³⁶ VACCARO, Stefania Becattini. Direito ao desenvolvimento e integração regional. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Direito constitucional e internacional dos direitos humanos*. Belo

desenvolvimento somente será possível caso se tome a sério a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

4 A atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sistema de monitoramento e peticionamento

Não há dúvida de que os continentes americanos possuem um dos quadros de desigualdade social, econômica e cultural mais complexos do mundo. A acidentada trajetória histórica de colônia, somada com as questões políticas da região, torna frequentes as violações de direitos humanos de todas as espécies, o que exige do sistema interamericano de proteção desses direitos uma postura contundente.

O sistema interamericano tem como núcleo a Organização dos Estados Americanos (OEA), que possui os 35 países independentes das Américas. A conformação do sistema está baseada em duas entidades principais, que são a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ambos os organismos podem decidir denúncias e petições individuais relacionadas às violações de direitos humanos, bem como podem impor medidas provisórias emergenciais quando um indivíduo ou um objeto de uma denúncia se encontra em risco imediato de dano irreparável. A Comissão também realiza diversos processos de monitoramento de direitos e de promoção de atividades de fomento, enquanto a Corte pode emitir opiniões consultivas sobre temas que se relacionam com a interpretação dos instrumentos interamericanos de direitos humanos por solicitação tanto da OEA como de um de seus Estados-Membros.³⁷

Fundada pela OEA por meio de Resolução em 1959, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos começou a operar em 1960, observando as condições dos direitos humanos na região através de visitas *in loco* e, em 1965, foi autorizada a processar denúncias e petições específicas de violação de direitos humanos. Os Estados-Membros da OEA, por sua vez, reconheceram a Comissão como o principal organismo de direitos humanos por meio de um protocolo à Carta da OEA, aprovado em 1967, tendo iniciado a sua vigência em 1970.³⁸

Além de organizar visitas aos países e de receber denúncias e petições, a Comissão também se encarrega de realizar alguns estudos sobre determinados

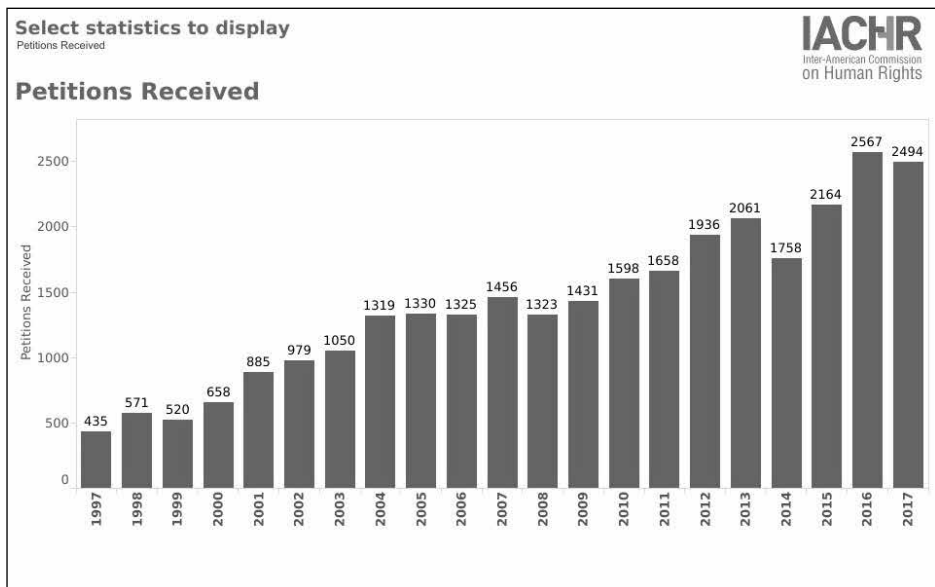
Horizonte: Fórum, 2012. p. 414-415; HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

³⁷ Disponível em: https://ijrcenter.org/regional/inter-american-system/#Inter-American_Commission_on_Human_Rights. Acesso em: 28 jun. 2019.

³⁸ A informação completa pode ser encontrada em: https://ijrcenter.org/regional/inter-american-system/#Inter-American_Commission_on_Human_Rights. Acesso em: 28 jun. 2019.

temas. Seus resultados são publicados por meio de relatórios que auxiliam o monitoramento dos direitos e apoiam eventuais medidas de precaução para a proteção de indivíduos em risco.³⁹

Indivíduos, grupos de indivíduos e organizações não governamentais reconhecidas em qualquer Estado-Membro podem apresentar denúncias ou petições relacionadas à violação de direitos humanos, previstos tanto na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem quanto no Pacto de San José da Costa Rica e em outros instrumentos regionais. Ano após ano, a Comissão recebe um número crescente de petições, como é possível observar no gráfico a seguir:⁴⁰



Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão judicial do sistema interamericano. As competências da Corte são mais limitadas que as da Comissão porque a Corte somente pode decidir casos encaminhados e previamente analisados pela Comissão, envolvendo os Estados-Membros da OEA que expressamente aceitaram a sua jurisdição.⁴¹ Assim, somente Estados-Partes

³⁹ A informação completa pode ser encontrada em: https://ijrcenter.org/regional/inter-american-system/#Inter-American_Commission_on_Human_Rights. Ainda, cf. CAMBIAGHI, Cristina Timponi; VANNUCHI, Paulo. Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): reformar para fortalecer. *Lua Nova*, São Paulo, n. 90, p. 133-163, dez. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000300006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 28 jun. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000300006>.

⁴⁰ Dados disponíveis em: <http://www.oas.org/en/iachr/multimedia/statistics/statistics.html>. Acesso em: 28 jun. 2019.

⁴¹ SALAZAR MUÑOZ, Rodrigo. Los derechos humanos en México: un reto impostergable. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 145-168, jan./abr. 2016.

e a Comissão podem apresentar casos perante a Corte.⁴² Os sete juízes da Corte são independentes, ainda que eleitos pelos Estados por meio da Assembleia Geral. Possuem mandato de seis anos, com uma reeleição.⁴³

Atualmente, 24 Estados-Membros da OEA ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo que 22 deles optaram por aceitar a jurisdição contenciosa da Corte, de acordo com o art. 62 do Pacto de San José. Contudo, em 2013, a Venezuela denunciou a Convenção e já não se submete mais à Corte devido a algumas sentenças que condenaram o país por diversas violações de direitos humanos.⁴⁴ Ainda, Trindade e Tobago denunciou a Convenção, não aderindo novamente até os dias de hoje. Igualmente, em 9 de julho de 1999, durante o governo de Fujimori, o Peru tentou retirar o seu reconhecimento da competência jurisdicional da Corte, sendo que, em 24 de setembro de 1999, a Corte proferiu uma sentença sobre competência em que decidiu que “a pretendida retirada, com efeitos imediatos, pelo Estado peruano, da declaração de reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos é inadmissível”. Essa decisão se baseou na Convenção Americana, que estabelece a possibilidade de denúncia do tratado, mas que não há previsão para a retirada do reconhecimento da competência da Corte.⁴⁵

A Corte começou a operar em 1979 e logo emitiu suas primeiras opiniões consultivas, ainda que só viesse a exercer atividade contenciosa a partir de 1986, quando a Comissão submeteu a ela o primeiro caso, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, no qual a Corte proferiu a sua primeira sentença de mérito, em 1988.⁴⁶

⁴² Informação completa pode ser encontrada em: https://ijrcenter.org/regional/inter-american-system/#Inter-American_Court_of_Human_Rights. Acesso em: 28 jun. 2019.

⁴³ Informação completa pode ser encontrada em: https://ijrcenter.org/regional/inter-american-system/#Inter-American_Court_of_Human_Rights. Acesso em: 28 jun. 2019.

⁴⁴ Informação completa sobre assinaturas e ratificações pode ser encontrada em: http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm. Acesso em: 28 jun. 2019. Além disso, a OEA já se pronunciou oficialmente sobre a decisão da Venezuela, expressando a sua preocupação em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp>. Acesso em: 28 jun. 2019. A decisão da Venezuela foi motivada pelo mal-estar entre este país e a OEA após muitos casos de condenação. Desde 1995, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu 16 sentenças contra o Estado venezuelano, pela sua responsabilidade no assassinato de 18 pescadores nas mãos de militares em 1988, no caso conhecido como El Amparo; pela repressão da revolta popular de 1989, conhecida como El Caracazo; pelo desaparecimento forçado e o assassinato de dezenas de reclusos no Centro Penitenciário de Cátia em 1992; e por interferir no trabalho dos meios de comunicação com o fechamento do canal Caracas Televisión em 2007. Ainda que alguns dos episódios tenham ocorrido antes do Chavismo, que começou em 1998, muitos dos soldados e policiais tidos como responsáveis de mortes, torturas e desaparecimentos de então eram gerais e comandantes durante o regime. Para mais detalhes, cf. https://elpais.com/internacional/2013/09/10/actualidad/1378780644_769381.html. Acesso em: 28 jun. 2019.

⁴⁵ Informação completa pode ser encontrada em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp>. Acesso em: 28 jun. 2019.

⁴⁶ Informação completa pode ser encontrada em: https://ijrcenter.org/regional/inter-american-system/#Inter-American_Court_of_Human_Rights. Acesso em: 28 jun. 2019.

Nas décadas de funcionamento da Corte, o número de casos apresentados foi maior que o dobro, considerando que muitos outros Estados aceitaram se submeter à sua jurisdição e que este órgão adjudicou um número expressivo de direitos protegidos pela Convenção Americana e os demais tratados, desde execuções extrajudiciais e casos de desaparecimentos forçados de *personas* a direitos trabalhistas, sobre a terra, liberdades em geral, etc.

Cabe destacar que as convenções internacionais de direitos humanos têm influenciado muito o campo de elaboração constitucional e de criação de políticas públicas nos Estados-Membros. Muitos deles já acatam a visão universal dos direitos afirmada nos tratados e já é possível observar mudanças reais na vida dos cidadãos que vivem sob a sua jurisdição. Não seria diferente com o sistema interamericano de direitos humanos. A atuação tanto da Comissão quanto da Corte Interamericana já pôde impactar a realidade na região e continua transformando o presente das pessoas.⁴⁷ No entanto, mesmo diante de conquistas inegáveis e com toda a força política desses órgãos de proteção, ainda há muito que se fazer no que se refere à garantia de todo o conjunto de direitos humanos.

Pode-se considerar algo recente a ação da Comissão e da Corte Interamericana no campo dos DESC. Durante esse tempo em funcionamento, a Corte deu ênfase na defesa da vida, da integridade, das liberdades, da justiça, da igualdade e dos direitos políticos, que eram – e talvez continuem sendo – muito frágeis na região. Foi a partir desse trabalho que as decisões começaram também a versar sobre os DESC.

5 A interpretação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange aos DESC

Como já se mencionou, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece direitos civis e políticos, mas não foi omissa quanto aos DESC. Ainda que de forma tímida, o art. 26 traz a aplicação progressiva de direitos sociais, e isso deve ser lido conjuntamente ao contido no Protocolo de San Salvador.⁴⁸

Essa característica programática dos DESC tem levado a Corte Interamericana a decisões que, embora reconheçam a violação de tais direitos, se utilizam do subterfúgio de vincular essa violação à afronta de outro direito (civil ou político) para legitimar a decisão e a consequente punição. Nesse sentido, a Corte tem firmado

⁴⁷ NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 3, ano 1, out./dez. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12542>. Acesso em: 28 jun. 2019.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1.356-1.388, jun. 2017.

convencimento na tese de estreita relação entre os direitos civis e políticos e os DESC, tal como atesta a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos. Para Piovesan, existe um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta dos direitos sociais mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a ideia de unidade dos direitos humanos.⁴⁹

Assim, de maneira transversa, as decisões da Corte vão dando nova roupagem ao artigo 26 da Convenção, que, por muito tempo, foi considerado um dispositivo limitado a uma simples expressão de objetivos programáticos, e não de obrigações legais vinculantes.

Ressalte-se que o posicionamento da Corte Interamericana está pautado no próprio preâmbulo do Protocolo de San Salvador, que afirma a interdependência entre os direitos humanos civis e políticos e os DESC, como já dito.

Cabe ainda destacar que, desde 1986, a Corte já afirma qual seria o seu posicionamento sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, atestando que *“los derechos económicos, sociales y culturales poseen la misma naturaleza sustancial de los derechos políticos y civiles. Todos derivan de la esencial dignidad del ser humano, todos constituyen atributos irrenunciables de la persona y todos deben ser objeto de promoción, garantía y protección a nivel regional, nacional y universal”*;⁵⁰ porém, reforça, no mesmo documento, a necessidade de se terem mecanismos específicos e diferenciados para a proteção desses direitos, algo que vem numa linha formal-positivista, que era característica na época.

Construir essa jurisprudência seria o próximo passo rumo à consolidação desse conjunto de direitos. No entanto, isso não ocorreu sem divergências entre os próprios juízes da Corte.

6 Uma breve análise de casos julgados pela Corte Interamericana no que tange aos DESC

Não é objetivo deste ensaio abordar todos os casos que tenham ligação com os DESC e que foram julgados pela Corte Interamericana a partir dessa interpretação transversal. O que se propõe aqui é uma breve análise dos argumentos trazidos em alguns casos no intuito de demonstrar a construção da jurisprudência referente à

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1.356-1.388, jun. 2017.

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1986, p. 42, par. 2. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_1986.pdf. Acesso em: 17 jun. 2019.

sindicabilidade desses direitos. Os casos foram escolhidos com base em coleta jurisprudencial realizada por Valério de Oliveira Mazzuoli.⁵¹

O primeiro caso que merece menção é *Baena Ricardo vs. Panamá*,⁵² que inicia a Corte a tangenciar a apreciação dos DESC. No caso, o Panamá foi condenado pela violação do art. 1º (dever de respeitar os direitos), art. 2º (dever de adotar disposições de direito interno), art. 8º (garantias judiciais), art. 9º (princípio de legalidade e retroatividade), art. 16 (liberdade de associação) e art. 25 (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O destaque nesse caso está na fundamentação da condenação pelo art. 16, em que a Corte entendeu que a liberdade de associação deveria ser examinada à luz da liberdade sindical, que assegura a toda pessoa o direito de determinar, sem coação alguma, se deseja ou não formar parte de uma associação sindical, com fins lícitos. Para isso, a Corte se utilizou do preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) para estabelecer que a liberdade de associação, em matéria sindical, reveste maior importância para a defesa dos interesses legítimos dos trabalhadores e que possui espaço no *corpus juris* dos direitos humanos.⁵³

Como consequência, a Corte determinou a reintegração dos reclamantes aos seus empregos públicos ou indenizações trabalhistas caso isso já não fosse mais possível. Nota-se, assim, que, mesmo não enfocando a questão pelo viés dos direitos sociais, há uma direta influência deles no desfecho do caso, o que também já demonstra que os direitos humanos são indivisíveis, uma vez que não há como proteger um sem o outro.

A análise segue com dois casos que abordam o direito à saúde, mas que, a exemplo de *Baena Ricardo vs. Panamá*, também não foram julgados especificamente pela violação de direitos sociais, mas, sim, por outros direitos. São os casos *Albán Cornejo vs. Equador*⁵⁴ e *Suárez Peralta vs. Equador*.⁵⁵ Em ambos, o Equador foi condenado pela violação dos artigos 1º (dever de respeitar os direitos), 5º (direito à integridade pessoal), 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) do Pacto de San José da Costa Rica.

Os dois casos relatam mau atendimento em hospitais e negligência médica, que levaram ao falecimento das vítimas. No entanto, a fundamentação foi elaborada no sentido de que era dever do Estado tutelar a integridade física das vítimas e seus

⁵¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional*. Sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Método, 2019.

⁵² Sentença de 2 de fevereiro de 2001.

⁵³ Ficha técnica do caso: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=222&lang=en. Acesso em: 18 jun. 2019. Ainda, cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional*. Sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Método, 2019. p. 611-614.

⁵⁴ Sentença de 22 de novembro de 2007.

⁵⁵ Sentença de 21 de maio de 2013.

familiares, prestar-lhes assistência judicial a fim de punir os responsáveis, bem como estabelecer um marco normativo para prestações de serviço de saúde e de serviços públicos prestados por particulares, assim como fiscalizá-los devidamente. Não há enfrentamento sobre o direito à saúde em si, mas se reconhece a responsabilidade do Estado pelo controle dos serviços médicos.⁵⁶

A postura da Corte muda significativamente a partir do caso *Lagos del Campos vs. Peru*,⁵⁷ o primeiro *leading case* que trata diretamente do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Como a partir desse caso a justiciabilidade dos DESC já é enfrentada diretamente, a análise se limitará a esse marco.

Partindo da noção de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, a Corte entendeu ser importante inserir na apreciação do caso o art. 26, que não foi alegado pelas partes, utilizando-se do princípio *jura novit curia*⁵⁸ para justificar a sua decisão. Logo, nos termos do art. 26, a Corte fez a sua leitura conectada com os direitos que derivam das normas econômicas, sociais e culturais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA, dizendo que isso gera, portanto, obrigações aos Estados-Membros (no caso em exame, obrigações no campo do direito à estabilidade laboral, proteção dos trabalhadores e disposição de mecanismos de reclamação e de fiscalização para garantir o acesso à justiça). A Corte também entende que é competente para conhecer e resolver controvérsias relativas ao art. 26 do Pacto de San José, considerando que o art. 1º confere obrigações gerais de respeito e garantia por parte dos Estados.

Essa inovadora visão da Corte sofreu críticas em dois votos dissidentes que merecem ser aqui trazidos como contraponto. Foram os votos dos juízes Sierra Porto e Vio Grossi, que entenderam que a Corte extrapolou a interpretação possível do art. 26 da Convenção ao reconhecer a justiciabilidade dos DESC no âmbito do Pacto de San José.

No voto do juiz Eduardo Vio Grossi, consta que ele não discorda da existência do direito à estabilidade laboral, mas que a controvérsia residia sobre a possibilidade de uma violação desse direito ser submetida ao conhecimento e resolução da Corte.

⁵⁶ Fichas técnicas dos casos: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=280 e http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=374&lang=en. Acesso em: 18 jun. 2019. Também, cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional*. Sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Método, 2019. p. 331-334; 401-403.

⁵⁷ Sentença de 31 de agosto de 2017. Ficha técnica do caso: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=434&lang=es. Acesso em: 18 jun. 2019.

⁵⁸ Segundo Rafael Nieto Navia, este é "*un principio procesal que da a los jueces facultades de traer normas de interpretación, normas procesales y principios que un demandante o un demandado hubieran podido olvidar y que el juzgador, porque los conoce, los aplica con el objeto de que, por falta de hacerlo, pudiera hacerse una errónea decisión o, si se quiere, una denegación de justicia*" (NIETO NAVIA, Rafael. La aplicación del principio Jura Novit Curia por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. In: REY CARO, Ernesto J. et al. (Dir.). *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*. Córdoba: Advocatus, 2014. p. 618-639).

Nessa linha, o magistrado afirma que os direitos que podem ser apreciados se referem a direitos “estabelecidos”, “garantidos”, “consagrados” ou “protegidos” pela Convenção, ou seja, os que estão expressos no Pacto, e que, aqui, não caberia invocar o princípio da “competência pela competência” (*Kompetenz-Kompetenz*),⁵⁹ que significa a possibilidade de a Corte determinar o alcance de sua competência, já que o princípio de direito público determina que a Corte só pode fazer o que a norma permite, o que denota uma posição positivista da questão debatida.

Ainda, Vio Grossi entende que o art. 26 traz uma obrigação de fazer aos Estados, não de resultado, e que se refere a direitos que decorrem de normas constantes da Carta da OEA que se desprendam ou se que possam inferir dela, não que ela somente consagre ou reconheça. Assim, o desenvolvimento progressivo deve ser realizado “na medida dos recursos disponíveis”, o que reforçaria a ideia de não ser uma obrigação de resultado.⁶⁰

O outro voto dissidente é do juiz Humberto Antonio Sierra Porto, que já havia se manifestado contrário à justiciabilidade dos DESC no caso *González Lluy e outros vs. Equador*. Ele destaca que não é contrário à submissão desses direitos à Corte, mas que a Convenção Americana não previu essa possibilidade por meio do art. 26. A partir disso, entende que não há nesse artigo um catálogo de direitos, mas apenas de obrigações, e que o dispositivo remete à Carta da OEA, e não à Declaração Americana, sendo que isso poderia dar desfecho distinto ao caso, uma vez que a Declaração traz referências mais claras sobre os DESC. Nesse sentido, iniciar desde a Carta da OEA uma interpretação dos DESC seria algo difícil e que gera uma dinâmica expansiva de responsabilidade internacional dos Estados. Isso se alia ao fato de que os Estado já resolveram limitar a competência da Comissão e da Corte no Protocolo de San Salvador, no art. 19, restringindo a sindicabilidade somente aos direitos sindicais e à educação. Assim, o juiz entende que o *jura novit curia* não pode ser utilizado sob qualquer circunstância, sob pena de minar a própria legitimidade da Corte. O princípio somente poderá ser usado quando houver manifesta violação de direitos humanos ou quando qualquer das partes tenham culminado em grave esquecimento ou erro, de forma que a Corte apenas sane uma possível injustiça.

Com isso, por maioria, o Peru foi condenado pela violação do art. 26 da Convenção, no que se refere ao direito à estabilidade laboral.

⁵⁹ Princípio de origem alemã e oriundo do direito arbitral, significa, nas palavras de Juan Eduardo Figueroa Valdés, “*que la justicia arbitral tiene prioridad temporal respecto a la justicia nacional para dirimir controversias sobre la existencia, validez y alcances del contrato de arbitraje*”, como um elemento de máxima eficácia à arbitragem (FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo. La autonomía de los árbitros y la intervención judicial. *Revista Arbitraje PUCP*, n. 4, p. 71-81, 2014).

⁶⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional*. Sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Método, 2019. p. 700-701.

A divisão de opiniões se repete em outro caso posterior: *San Miguel Sosa e outros vs. Venezuela*.⁶¹ A Corte novamente se utiliza do *jura novit cúria* para declarar-se competente para analisar a violação do direito ao trabalho a partir do art. 26 da Convenção,⁶² amparando-se no caso *Lagos del Campo vs. Peru*, já comentado, e terminou por condenar a Venezuela pela violação ao dispositivo. Contudo, também se repete a oposição dos juízes Vio Grossi e Sierra Porto pelas razões já explanadas também no caso *Lagos del Campo vs. Peru*.⁶³

Por outro lado, dois casos se sobressaem dos demais e se referem diretamente ao direito à saúde. São os casos *Poblete Vilches e outros vs. Chile*⁶⁴ e *Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala*.⁶⁵ O primeiro se trata de um *leading case* para o direito à saúde, que foi analisado de forma autônoma, a partir do art. 26 da Convenção. Novamente trazendo o caso *Lagos del Campo vs. Peru*, a Corte inicia a sua fundamentação com a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos e que o art. 26, por sua vez, aporta dois tipos de obrigações, sendo a primeira a adoção de medidas gerais de maneira progressiva, e a segunda, a adoção de medidas de caráter imediato. Por consequência, isso também gera a vedação ao retrocesso na primeira obrigação de realização progressiva, e que as medidas de caráter imediato devem ser eficazes para assegurar a concretização dos DESC. Ou seja, deve-se começar para seguir adiante.

Na análise do direito à saúde, a Corte se utiliza da Opinião Consultiva nº 10/89, que obriga que a interpretação da Carta da OEA seja conjunta com a da Declaração Americana, por formarem um conjunto harmônico de normas, e que ali consta expressamente o direito à saúde, no art. XI da Declaração. Ainda, outro ponto que merece destaque desse caso é que ele é o primeiro a tratar especificamente sobre os direitos dos idosos em matéria de saúde.⁶⁶

Assim, a Corte condenou – dessa vez, por unanimidade – o Chile pela violação do art. 26. Ou seja, já aparenta haver maior consenso sobre direitos mais específicos

⁶¹ Sentença de 8 de fevereiro de 2018.

⁶² Sobre a tutela de direitos dos trabalhadores pela Corte, ver também: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018.

⁶³ Ficha técnica do caso: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_348_esp.pdf. Acesso em: 18 jun. 2019. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional*. Sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Método, 2019. p. 707-708.

⁶⁴ Sentença de 8 de março de 2018.

⁶⁵ Sentença de 23 de agosto de 2018.

⁶⁶ Ficha técnica do caso: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/poblete_vilches_14_05_19.pdf. Acesso em: 18 jun. 2019. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional*. Sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Método, 2019. p. 713-715.

e que, por meio dessa interpretação sistêmica, possam ser mais acatados para a sua apreciação pela Corte.

Já no segundo caso, *Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala*, a Corte repete a fundamentação de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, trazendo o art. 26 da Convenção para integrar a sentença. As razões são praticamente as mesmas apontadas no caso *Poblete Vilches* e, novamente, por meio da interpretação sistêmica dos dispositivos legais referentes ao direito à saúde, a Corte pode conhecer e resolver casos envolvendo os DESC, ainda mais por considerar o direito à saúde autônomo e justiciável. Contudo, nesse caso a condenação da Guatemala pela violação do art. 26 não foi unânime, sendo por quatro votos a um.⁶⁷

Com essa breve exposição, foi possível verificar que, de uma postura mais contida e mais positivista-litera, a Corte passou a uma análise sistêmica mais ativa em prol dos DESC, sendo uma construção jurisprudencial que, embora não conte com a unanimidade, já consegue formar consensos em torno da necessidade de proteção desses direitos ao lado dos demais expressamente reconhecidos nos instrumentos internacionais de direitos humanos.

7 A eventual postura ativista da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Antes de adentrar esse caso específico, convém estabelecer que se entende por ativismo judicial, dentro do defendido neste estudo, como um fenômeno frequentemente caracterizado pela atuação do Poder Judiciário, que extrapola suas atribuições institucionais.⁶⁸ É certo que o conceito de ativismo judicial – o qual é complexo e que não é possível de expô-lo em diversas páginas aqui – traz em si uma conotação muito negativa, chegando, por vezes, a ser um insulto.⁶⁹ Reprova-se, desde o seu surgimento, essa extrapolação da atuação de uma Corte no que se refere às suas competências institucionais.⁷⁰

⁶⁷ Ficha técnica do caso: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf. Acesso em: 18 jun. 2019.

⁶⁸ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 72, mar./abr. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=79198>. Acesso em: 28 jun. 2019.

⁶⁹ Frase essa de Cass Sunstein: “Some people label a decision ‘activist’ when they think that the court has departed from the correct approach to the Constitution. On this view, the word ‘activist’ isn’t merely a description; it is also and always an insult. When people criticize a court for unjustifiably contracting or expanding constitutional rights, and call the contraction or expansion ‘activist’, they usually mean that the court is departing from the right understanding of the Constitution. To label a decision as activist is to say that it is wrong” (Cf. SUNSTEIN, Cass. A hand in the matter: has the rehnquist court pushed its agenda on the rest of the country?. *Legal Affairs*. Disponível em: https://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/feature_marapr03_sunstein.msp. Acesso em: 28 jun. 2019).

⁷⁰ Nesse sentido, cf. o polêmico artigo de SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court. *Fortune Magazine*, 73, XXXV, 1947. Disponível em: <http://credo.library.umass.edu/view/full/mums312-b116-i211>. Acesso em: 28 jun. 2019.

Porém, nessa linha também se reconhece que se trata de um conceito multidimensional, havendo diversas elaborações doutrinárias. Keenan Kmiec lista cinco dimensões do ativismo: i) anulação de atos normativos cuja constitucionalidade é sustentável; ii) desrespeito ao precedente (horizontal e vertical); iii) criação judicial; iv) desvio da metodologia interpretativa; v) julgamentos direcionados pelo resultado.⁷¹ Para os fins deste trabalho, a ênfase do sentido de ativismo judicial está na criação judicial, e se verificará se há, de fato, essa criação por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos que envolvam DESC.

O ativismo judicial geralmente é debatido em torno de tribunais internos, que se submetem a uma ordem jurídica interna.⁷² No caso, trata-se de um tribunal internacional que possui relação com Estados soberanos, conceito este que é produto do desenvolvimento histórico. Remete-se aqui à ideia de que o poder soberano de um Estado é aquele que não reconhece nenhum outro superior a ele.⁷³

No entanto, não parece mais ser possível sustentar – sem uma prévia reflexão – essa noção de soberania suprema quando, em pleno século XXI, as próprias relações internacionais foram alvo de intensas modificações.⁷⁴ Não se nega que a soberania dos Estados se mantém (e assim deve ser) e que deve ser considerada em seu âmbito interno e externo. Contudo, o que se coloca no debate é que, no direito internacional e nas relações exteriores, foi se formando um conjunto de normas que, a partir da expressão de sua soberania, às quais os próprios países aceitaram se submeter na busca da paz mundial. Ou seja, mantém-se essa relação horizontal entre Estados soberanos que se pautam na sua participação voluntária para estabelecer um conjunto normativo que rege a ordem internacional. E, para que se mantenha essa relação horizontal, os Estados forçosamente devem renunciar essa concepção de soberania como propriedade do poder de cada um, admitindo essa ordem normativa internacional. É essa, inclusive, a construção teórica kelseniana do direito e a sua defesa do monismo jurídico.⁷⁵

Ainda, cabe ressaltar o que Ferrajoli afirma de que há uma antinomia irreduzível entre soberania e direito, uma vez que todos estão sujeitos à lei, inclusive os Estados, não havendo um poder livre e não submetido à ordem legal, como antes se poderia entender.⁷⁶

⁷¹ KMIEC, Keenan D. The origin and Current Meaning of “Judicial Activism”. *California Law Review*, v. 92, 2004. p. 1466. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>. Acesso em: 28 jun. 2019.

⁷² ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018.

⁷³ JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954. p. 356.

⁷⁴ CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 333-376.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 18-19.

Nesse sentido, os tribunais internacionais são, na ordem externa, o que restringe a soberania dos Estados, como o que ocorreu internamente a eles com o Estado de Direito, com as constituições e com os tribunais constitucionais. Da mesma forma que os tribunais internos também foram atingidos pela judicialização, processo este que concedeu protagonismo ao Poder Judiciário e que tem como base múltiplos fatores, dentre eles a centralidade da Constituição e a sua força normativa, o que, seguramente, alterou a forma de agir do Judiciário a fim de afirmar materialmente os direitos fundamentais, os tribunais internacionais também foram atingidos pela judicialização, dando força normativa constitutiva a documentos que antes eram considerados como meramente declaratórios.⁷⁷

Aqui, podem ser verificados episódios de ativismo judicial, mas não no sentido de criação judicial, porém, sim, na reafirmação de direitos que foram, segundo o princípio da *pacta sunt servanda*, voluntariamente aceitos pelos Estados dentro do exercício de sua soberania. Ou seja, eles externaram a sua vontade na adesão aos tratados internacionais de direitos humanos e a eles se vinculam, já sendo de seu conhecimento a obrigação de efetivar todo o conjunto de direitos humanos, justamente por também saber que esses direitos são indivisíveis e interdependentes e que essas características também constam expressamente desses documentos.

Talvez o maior debate se restrinja ao princípio *jura novit curia*, que foi muito abordado no âmbito do processo penal. Como já mencionado, esse princípio permite que o tribunal chamado a julgar não se encontre vinculado à qualificação jurídica proposta na acusação ou, em outros termos, que o tribunal possa qualificar os fatos de forma distinta da arguida inicialmente,⁷⁸ e a Corte Interamericana o utiliza frequentemente para analisar casos que envolvem DESC a partir do art. 26 da Convenção.

Isso atrai a crítica de que esse princípio, criado para ajudar o juiz na aplicação da justiça e na defesa das partes, possa ter se convertido em uma ferramenta para a ampliação dos poderes dos órgãos de proteção dos direitos humanos, para além do que os Estados aceitaram ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos.⁷⁹

Porém, essa crítica considera a soberania ainda como algo supremo, não levando em conta de que essa mesma soberania submete os Estados às obrigações

⁷⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdicción constitucional: judicialización e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

⁷⁸ ALFONSO, César. El principio de coherencia y el principio *iura novit curia* en la jurisprudencia interamericana. In: AA.VV. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2011. p. 36.

⁷⁹ NAVIA, Rafael. La aplicación del principio *Jura Novit Curia* por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. In: REY CARO, Ernesto J. *et al.* (Dir.). *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Dmas de Clément*. Córdoba: Advocatus, 2014. p. 618-639.

no âmbito internacional e que isso foi livremente aceito por eles. A interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos como algo meramente declaratório faz com que, muitas vezes, os Estados se utilizem do argumento da soberania para se blindar diante das obrigações que assumiram, o que pode colocar em risco todas as conquistas no campo dos direitos humanos.

Além disso, a proteção dos direitos humanos deve ser sempre ampliada, deve ter interpretação extensiva, sob pena de gerar desequilíbrio na tutela desse conjunto de direitos, tal como já ocorre entre os direitos de liberdade e os de igualdade.

E aqui uma razão pragmática: os países devem tomar mais a sério os tratados internacionais sobre direitos humanos em seu sentido material. Posturas formais, como a adesão a todos os tratados sem que se efetive na prática em seu plano interno o que foi ratificado, é uma contradição que não pode ser aceito, mas que, lamentavelmente, ainda é o paradigma entre os países latino-americanos. E aqui entra a crítica de Cançado Trindade quando aborda o sistema de reservas de tratados. Para ele, o ideal é que exista a ratificação universal sem reservas dos instrumentos internacionais de direitos humanos para também ser possível ter operacionalidade desses direitos. A reserva de cláusulas de um tratado também é manifestação da soberania dos países, mas pode, como frequentemente ocorre, sabotar o próprio objeto do documento.⁸⁰

A atual interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange aos DESC nada mais faz do que trazer os países para dentro de obrigações já assumidas e que devem ser também tuteladas. O art. 26 da Convenção é objetivo no desenvolvimento progressivo dos direitos, o que enseja algo contínuo, iniciado e que está em desenvolvimento. No entanto, o que se verifica são Estados inertes, que não atuam na direção desse desenvolvimento, o que faz com que se violem direitos em série, colocando inclusive em risco direitos já consolidados, como os de liberdade. Não dar efetividade material a esse artigo é, também, frustrar a concretização desses direitos quando há Estados que não estão realmente comprometidos com o conteúdo dos tratados de direitos humanos, embora tenham a aparência de colaboradores somente pelo fato de terem assinado os instrumentos.

No entanto, cabe uma advertência: o princípio do *jura novic curia* não permite que se soneguem direitos e garantias dos Estados, também constantes dos mesmos instrumentos. Assim, se for de decisão da Corte trazer em sua fundamentação o art. 26, deve-se dar a oportunidade para o Estado denunciado realizar o contraditório e a ampla defesa devidamente. A proteção de direitos humanos não pode vir à custa

⁸⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Revista brasileira de política internacional*. Brasília, v. 40, n. 1, p. 167-177, jun. 1997.

de outros direitos, sob pena dos fins justificarem os meios, o que, em definitiva, não se pode permitir.⁸¹

8 Conclusão

O trabalho trouxe a questão da justiciabilidade dos DESC no âmbito da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e como isso pode ser analisado dentro do tema do ativismo judicial. Para tanto, em um primeiro momento, abordou-se a normativa internacional referente aos direitos sociais, tanto no sistema onusiano como no interamericano. Também se tratou da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos, sendo características que permitem visualizar que é necessário um equilíbrio da tutela desses direitos, conformando uma unidade em sua proteção. Logo, passou-se a um exame mais pormenorizado da atuação da Comissão e da Corte Interamericana no sistema de monitoramento e de peticionamento para então trazer a forma como a Corte vem decidindo casos envolvendo os DESC e como a jurisprudência foi evoluindo nos últimos anos, a partir da exposição de alguns casos concretos. Ao final, argumentou-se se a atual posição da Corte poderia ser considerada como uma forma de ativismo judicial.

Pois bem, assume-se neste trabalho que, dentro da concepção de ativismo como criação judicial, não há como entender que a postura da Corte Interamericana seja ativista. O que demonstra é que a Corte endurece seus julgados na mesma proporção em que as violações de direitos humanos persistem e que os países seguem sendo reincidentes, mesmo quando cientes das obrigações internacionais que aderiram voluntariamente. Na verdade, a Corte nada mais faz do que dar força normativa aos documentos internacionais, após um longo período em que se esperou que os Estados tomassem consciência, por si só, da necessidade e importância da tutela e da promoção dos direitos humanos. Os DESC compõem o amplo rol de direitos que estão consolidados nos tratados internacionais e podem ser justicializados por força do art. 26, tal e como vem decidindo a Corte, sem incorrer em criação normativa.

⁸¹ *La defensa de los derechos humanos es, por consiguiente, una labor noble. Pero, como todo, sujeta a la justicia. Dicho de otro modo, en la búsqueda del noble propósito de defender los derechos humanos no nos podemos olvidar de lo fundamental que ella es. No solamente la administrada por el Estado sino la que maneja el sistema internacional, sujeto también al debido proceso y, además, a los límites que le pusieron los Estados cuando le confiaron voluntariamente un poder superior sobre ellos mismos. Los tribunales internacionales en general y los de derechos humanos en particular deciden en única y definitiva instancia, lo que los obliga a ser mucho más cuidadosos* (Cf. NAVIA, Rafael. La aplicación del principio Jura Novit Curia por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. In: REY CARO, Ernesto J. et al. (Dir.). *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*. Córdoba: Advocatus, 2014. p. 618-639).

A única cautela que se deve ter é que, quando a Corte utiliza o princípio *jura novic curia* para trazer para a sua fundamentação o art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, deve fazê-lo sempre observando todas as garantias dos Estados denunciados e que também são de obrigatoria observância, como o contraditório e a ampla defesa, sob pena de incorrer em violações de direitos injustificáveis.

Referências

- ALFONSO, César. El principio de coherencia y el principio *iura novit curia* en la jurisprudencia interamericana. In: AA.VV. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2011. p. 23-42.
- ALVES, J. L. Lindgren. A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_declaracao_dos_direitos_humanos_na_pos-modernidade.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.
- ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos *a posteriori*. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CAMBIAGHI, Cristina Timponi; VANNUCHI, Paulo. Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): reformar para fortalecer. *Lua Nova*, São Paulo, n. 90, p. 133-163, dez. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000300006&lng=p&t&nrm=iso. Acesso em: 28 jun. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000300006>.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 72, mar./abr. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=79198>. Acesso em: 28 jun. 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1986, p. 42, par. 2. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_1986.pdf. Acesso em: 17 jun. 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer Consultivo PC-10/89, Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no contexto do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 14 de julho de 1989, Ser. A. Nº 10 (1989), par. 35-45.
- CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015.
- FERRAJOLLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo. La autonomía de los árbitros y la intervención judicial. *Revista Arbitraje PUCP*, n. 4, p. 71-81, 2014.
- GORCZEVSKI, Clóvis; DIAS, Felipe da Veiga. A imprescindível contribuição dos tratados e cortes internacionais para os direitos humanos e fundamentais. *Sequência* (Florianópolis), Florianópolis, n. 65, p. 241-272, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 06 jun. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, a. 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder; BONAT, Alan. O direito ao desenvolvimento de um projeto de vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a educação como elemento indispensável. *Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 21, p.77-105, jul./dez. 2017.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KMIEC, Keenan D. The origin and Current Meaning of “Judicial Activism”. *California Law Review*, v. 92, 2004. p. 1466. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>. Acesso em: 28 jun. 2019.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018.

MARTINI, Sandra Regina; WALDMAN, Ricardo Libel. Os objetivos do desenvolvimento sustentável analisados à luz da metateoria do direito fraterno e a concretização dos direitos humanos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 198-219, maio/ago. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional*. Sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Método, 2019.

MELEU, Marcelino da Silva; THAINES, Aleteia Hummes. A solidariedade como política constitucional de efetivação dos direitos humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 18, n. 73, p. 189-206, jul./set. 2018.

MEZZAROBBA, Orides; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. The principle of the dignity of human person: A reading of the effectiveness of citizenship and human rights through the challenges put forward by globalization. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 273-293, jan./abr. 2018.

NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 3, ano 1, out./dez. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDIO006.aspx?pdicntd=12542>. Acesso em: 6 jun. 2019.

NIETO NAVIA, Rafael. La aplicación del principio Jura Novit Curia por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. In: REY CARO, Ernesto J. et al. (Dir.). *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*. Córdoba: Advocatus, 2014. p. 618-639.

PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PIOVESAN, Flavia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1.356-1.388, jun. 2017.

RIEDEL, Eibe. Menschenrechte der Dritten. In: *Europäische Grundrechte-Zeitung*, p. 9-21, 1989.

SALAZAR MUÑOZ, Rodrigo. Los derechos humanos en México: un reto impostergable. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 145-168, jan./abr. 2016.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos – Un ensayo de fundamentación*. 2. ed. amp. rev. Buenos Aires: Astrea, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 67-96, out./dez. 2018.

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court. *Fortune Magazine*, 73, XXXV, 1947. Disponível em: <http://credo.library.umass.edu/view/full/mums312-b116-i211>. Acesso em: 28 jun. 2019.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SUNSTEIN, Cass. A hand in the matter: has the rehnquist court pushed its agenda on the rest of the country?. *Legal Affairs*. Disponível em: https://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/feature_marapr03_sunstein.msp. Acesso em: 28 jun. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Cançado Trindade Questiona a Tese de “Gerações de Direitos Humanos” de Norberto Bobbio*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 40, n. 1, p. 167-177, jun. 1997.

VACCARO, Stefania Becattini. Direito ao desenvolvimento e integração regional. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Direito constitucional e internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 411-423.

VALIM, Rafael. Apontamentos sobre os direitos sociais. In: MALHEIROS, Antônio Carlos; BACARIÇA, Josephina; VALIM, Rafael (Coord.). *Direitos humanos: Desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 173-180.

VASAK, Karel. A 30-Year struggle: the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. *The Unesco Courier*. Paris: Unesco, 1977. p. 29-32. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf#nameddest=48063>. Acesso em: 14 jun. 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTANO, Ana Claudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 273-300, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1177.
