

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS**

ANA MARIA D'ÁVILA LOPES

KARYNA BATISTA SPOSATO

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional dos direitos humanos[Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Vladimir Oliveira da Silveira, Ana Maria D'Ávila Lopes, Karyna Batista
Sposato – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-043-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de
desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional. 3.
Direitos humanos. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentação

A obra Direito Internacional dos Direitos Humanos é fruto do intenso debate ocorrido no Grupo de Trabalho (GT) de Direito Internacional dos Direitos Humanos realizado no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI em Aracajú, entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, o qual focou suas atenções na temática "Direito, Constituição e Cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio". Este tema norteou as análises e os debates realizados no Grupo de Trabalho, cujos artigos, unindo qualidade e pluralidade, são agora publicados para permitir a maior divulgação, difusão e desenvolvimento dos estudos contemporâneos dessa disciplina jurídica. Por uma questão didática, estes artigos foram divididos em eixos temáticos:

O primeiro trabalho o Direito Internacional do Meio Ambiente, compreendendo os seguintes artigos: Liziane Paixão Silva Oliveira e Luiz Ricardo Santana de Araújo Júnior tratam dos aspectos da proteção ambiental no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982. Já Alessandra Gato Rodrigues analisa o Caso Belo Monte e mundialização da justiça e suas práticas para a consolidação de um sistema de justiça em âmbito doméstico e internacional dos direitos humanos.

O segundo eixo trabalha da Universalidade dos Direitos Humanos no qual Gilmar Antonio Bedin e Juliana Bedin Grando com prioridade investigam a universalidade dos direitos humanos e o seu percurso no século XX. Monique Fernandes Santos Matos trabalha a jurisprudência da Corte EDH em relação aos direitos sociais buscando verificar se tal corte internacional contribui para a expansão harmônica destes direitos no cenário europeu, identificando ainda os principais instrumentos interpretativos e linhas de argumentação. Por sua vez Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso e Bruno Marques Teixeira respondem se os direitos humanos seriam valores mínimos a serem trabalhados por toda a sociedade internacional ou se eles permitem as peculiaridades de uma cultura.

A terceira linha apresenta o controle de Convencionalidade e a Jurisdição Internacional iniciando-se com os artigos de Alessandro Rahbani Aragão Feijó que analisa a relação entre o Brasil, os tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade, e a influência recíproca entre a hierarquia desses tratados, o modo de operacionalização desse controle e os efeitos produzidos por ele. O artigo de Eliana Maria De Souza Franco Teixeira e Luna Maria Araujo Freitas apresenta uma proposta analítica do instituto internacional de

controle de convencionalidade, a partir da ideia de que o mesmo seria potencial ferramenta de aplicação prática do discurso jus cogens perante as jurisdições internacional e nacional.

O quarto grande eixo traz para debate os Direitos Humanos e identidade. Kátia Ribeiro de Oliveira e Juventino de Castro Aguado procuraram a fluidez moderna da cultura, da economia no sentido da interdependência dos povos. Flademir Jeronimo Belinati Martins investiga os reflexos do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos na Reaquisição da Nacionalidade pelo Brasileiro Nato que a perdeu. Guilherme Vinseiro Martins e Joao Lucas Cavalcanti Lembi sistematizam as garantias processuais dos migrantes no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, abordando os limites das prerrogativas estatais em confronto com os direitos daqueles que se encontram em seu território ilegalmente. Ainda nessa temática Patricia Fernandes Bega e Yasa Rochelle Santos de Araujo fazem um reflexão e demonstram os desafios das políticas públicas de apoio aos refugiados no Brasil. Mercia Cardoso de Souza e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima demonstram o flagelo humano, que é o tráfico de pessoas para exploração sexual por meio do caso Rantsev Versus Chipre e Rússia. Ynes da Silva Félix e Karine Luize Loro refletem acerca dos Tratados Internacionais e de Direitos Humanos no enfrentamento ao tráfico de pessoas. Clarindo Epaminondas de Sá Neto e Olga Maria B Aguiar De Oliveira por fim respondem como, dentro do Sistema Interamericano de Proteção, os direitos humanos passaram a incluir a diversidade sexual como uma categoria digna de tutela internacional.

No quinto ponto tratou-se do novo constitucionalismo colonial. Juliane dos Santos Ramos Souza tece uma crítica quanto ao modelo liberal tradicional de direitos humanos sob a ótica do novo constitucionalismo latino-americano. Flávia de Ávila apresenta breves linhas sobre o desenvolvimento da colonização Europeia em territórios Latino-americanos e o processo de dominação e aniquilamento e pelo não reconhecimento de direitos dos povos originários. Já Bianka Adamatti investiga em que medida o direito internacional dos direitos humanos se constitui como resposta às causas e às consequências destes fenômenos, na medida em que consagra, como princípios centrais, a igual dignidade dos seres humanos e a não-discriminação.

Para o sexto eixo sobre Direitos Humanos e Justiça de Transição foram reservados os seguintes artigos: Alexandre Bucci e Queila Rocha Carmona dos Santos analisam o direito à memória e o direito à verdade, ambos, considerados expressões de direitos humanos. Emerson Francisco de Assis discute a conversação transconstitucional eventualmente estabelecida entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre a validade da Lei de Anistia brasileira (Lei Federal n.º 6.683/1979).

No sétimo eixo tratou-se da liberdade de expressão no âmbito internacional. José Vagner de Farias e Jorge Bheron Rocha abordam os aspectos Jurisprudenciais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativamente à Liberdade de Imprensa. Gabriela Soldano Garcez apresenta o interculturalismo pela mídia na atual realidade da globalização, abordando seu conceito e diferenças com o multiculturalismo e a informação como instrumento de Educação Intercultural.

O oitavo Eixo abordou Direitos Humanos e democracia. Nele Elenise Felzke Schonardie e Renata Maciel trataram do fundamento e evolução histórica dos direitos humanos, desde a época da Revolução Americana e Revolução Francesa, destacando a democracia como forma fundamental de concretização dos direitos humanos. Thaís Guedes Alcoforado de Moraes e Bruna Dias Coimbra questionaram se a caracterização jurídica do estupro como arma de guerra é suficiente para abarcar toda a complexidade do conflito ou se termina por obscurecer a situação de profunda desigualdade de gêneros e violência generalizada. Marcos Paulo Andrade Bianchini analisou o Programa Mais Médicos e os médicos cubanos sobre o prisma dos Tratados de Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais da Constituição da República de 1988. Amanda Querino dos Santos Barbosa e Mercia Miranda Vasconcellos Cunha refletiram sob a ótica da Filosofia da Libertação, acerca do consenso que paira sobre a proteção internacional dos direitos humanos em que entendem que o problema de efetivação não decorre de fundamentação, mas sim de proteção e de efetividade dos direitos consagrados e protegidos. Roberta Amanajas Monteiro e Heloisa Marques Gimenez fizeram uma crítica sobre o modelo de democracia fundada na racionalidade europeia, na qual a concepção de sujeito, fundamenta-se a no particularismo de homem europeu, em que o Outro, o índio está excluído da concepção de sujeito de direitos e da participação política.

Por fim o nono eixo tratou das Comunidades Tradicionais. Rodrigo Portela Gomes trabalha os impactos do Ahe estreito sob a comunidade quilombola Periperi a partir da Convenção 169 da OIT. Marilene Gomes Durães e Henrique Flausino Siqueira avaliaram um caso emblemático de expropriação do conhecimento tradicional que ocorreu nas comunidades remanescentes de quilombos do Sapê do Norte, no Estado do Espírito Santo. E Rui Decio Martins versou sobre atualidade da preocupação sobre a relação entre os direitos humanos e o uso da energia nuclear na obra de Jacques Ellul.

Boa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Ana Maria DÁvila Lopes - Unifor

Profa. Dra. Karyna Batista Sposato UFS

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira - Uninove

**A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DA
CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

**THE UNIVERSALITY OF SOCIAL RIGHTS AT THE JURISPRUDENCE OF THE
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

Monique Fernandes Santos Matos

Resumo

O presente estudo versa sobre a universalidade dos direitos sociais na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH). O objetivo principal é analisar, por extrato, a jurisprudência da Corte EDH em relação aos direitos sociais, a fim de verificar se e como tal corte internacional contribui para a expansão harmônica destes direitos no cenário europeu, identificando os principais instrumentos interpretativos e linhas de argumentação utilizados. Os métodos e as técnicas de pesquisa utilizados firmaram-se, de forma dedutiva, na revisão bibliográfica de textos de alguns importantes pesquisadores, nacionais e estrangeiros, sobre a estrutura, métodos interpretativos e jurisprudência da Corte EDH e, pontualmente, o estudo de casos selecionados de violações a direitos sociais julgados pela Corte EDH. Devido aos limites desta pesquisa, não serão analisadas em profundidade aspectos da jurisprudência da Corte EDH sobre direitos sociais que não se refiram à sua expansão harmônica nos Estados integrantes do SEDH. A principal conclusão do estudo é que as linhas gerais da jurisprudência da Corte EDH, em se tratando de direitos sociais, apontam para uma abertura à proteção judicial desses direitos, por meio de criativos métodos interpretativos, os quais possibilitam uma judiciabilidade material destes no SEDH, mas também para uma heterogeneidade em relação às espécies de direito protegidas, segundo critérios interpretativos por vezes oscilantes e aplicados de modo nem sempre transparentes.

Palavras-chave: Direito internacional dos direitos humanos, Direitos sociais, Universalidade, Corte europeia de direitos humanos, Estudos de casos.

Abstract/Resumen/Résumé

This study deals with the universality of social rights at the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR). The main objective is to analyze the jurisprudence of ECHR in relation to social rights, in order to realize whether and how such international court contributes to the harmonic expansion of these rights on the European scene, identifying the main interpretative instruments and lines of argumentation used. The methods and research techniques used have included, in a deductive way, the literature review of some important researchers, domestic and foreign texts, the structure, interpretive methods and jurisprudence of the ECHR, and occasionally, the study of selected cases of violations of social rights judged by the ECHR. Due to the limits of this research, will not be reviewed in depth aspects of the ECHR's jurisprudence of social rights which do not relate to its harmonic

expansion in the States members of the European Council. The main conclusion is that the broad outline of the ECHR's jurisprudence, when it comes to social rights, point to an opening to judicial protection of these rights through creative interpretative methods, which allow for a justiciability of these materials in the European system, but also to heterogeneity in relation to species protected right, according interpretive criteria sometimes applied oscillating and not always transparent way.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International law of human rights, Social rights, Universality, European court of human rights, Case study

1. A proteção aos direitos sociais no âmbito da CEDH

As cortes internacionais criadas no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEDH) e Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), quais sejam, Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) e Corte Interamericana de Direitos humanos (Corte IDH), respectivamente, são as mais presentes, atualmente, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), em termos de decisões proferidas em controle da aplicação pelos Estados dos direitos humanos garantidos no pactos internacionais dos quais são guardiãs, inclusive dos direitos sociais.

A despeito de serem cortes internacionais com estruturas de funcionamento muito distintas e embasarem-se em normas e métodos de interpretação também estabelecidos de modo muito particular, apresentam em comum a busca pela expansão dos direitos garantidos em seus respectivos sistemas de proteção de maneira harmônica entre os Estados submetidos à sua jurisdição. Em última análise, visam a que a promessa de universalidade dos direitos humanos positivados em tratados e outros textos jurídicos transforme-se em realidade nos estados sob sua jurisdição.

As linhas gerais da jurisprudência da Corte EDH em matéria de direitos sociais, em particular, apontam para um esforço hermenêutico de superação da exclusão formal da justiciabilidade dos direitos sociais no Conselho da Europa, com relativo êxito, uma vez que permitiu o trato detalhado de questões como, por exemplo: direito de organização sindical, negociação coletiva, direito de greve, dentre outros relacionados ao direito à liberdade sindical, o direito à educação de crianças e adolescentes de povos ciganos, o direito à saúde, o direito a benefícios sociais e previdenciários, todos originalmente excluídos do texto expresso da CEDH. Esse processo é visto como sintomático de uma permeabilidade da CEDH aos direitos sociais, por estratégia de atuação da Corte EDH, cujos contornos, ainda indefinidos ou pouco delimitados, demandam um esforço de pesquisa e compreensão pelo estudioso do campo.

A importância em analisar, ainda que de modo não exaustivo, as linhas gerais da jurisprudência de tais cortes internacionais, especialmente da corte europeia, por ser a pioneira e que mais impacta o campo é possibilitar o diagnóstico sobre o atingimento ou não dos *objetivos gerais* de expansão harmônica dos direitos sociais, em relação aos sistemas do qual fazem parte (em um fenômeno que pode ser denominado de *harmonização intrassistêmica*) e aos demais sistemas de proteção aos direitos humanos (*harmonização extrassistêmica*), possibilitando uma crescente integração e diálogo entre estes, bem como o diagnóstico, transversal, de êxito (ou fracasso) em relação a objetivos específicos à proteção judicial

(constatação de violações e reparação de vítimas) de direitos sociais garantidos na CEDH e outros instrumentos integrantes de seus sistemas, textualmente ou por interpretação jurisprudencial extensiva^{1/2}.

A *Corte Europeia de Direitos humanos* é o órgão de controle jurisdicional com competência exclusiva para interpretar os direitos e garantias previstos neste tratado, bem como analisar os casos de supostas violações a esses direitos. Sua atuação, no âmbito do Conselho Europeu, dá-se em paralelo à atuação do *Comitê Europeu de Direitos Humanos*, que é um órgão de controle não jurisdicional, composto por *experts* independentes e não por juízes, cuja missão principal é supervisionar e controlar a aplicação dos direitos previstos na *Carta Social Europeia* (CSE)³.

Esses dois órgãos de controle, com grande importância na proteção aos direitos humanos no continente europeu, e cujas atuações também servem de parâmetro para outros órgãos em outros sistemas de proteção, como o interamericano, bem como em ordenamentos jurídicos nacionais, atuam em colaboração, inclusive em matéria de direitos sociais, sendo muito frequente o uso da jurisprudência, vocabulário, métodos e critérios de interpretação dos direitos humanos desenvolvidos pela Corte EDH pelo comitê. Embora o inverso não seja tão comum, a Corte EDH interage com a atuação do comitê conforme alia a interpretação da CEDH ao sentido dado pelo Comitê aos direitos previstos na CSE, ou seja, à jurisprudência do comitê, compondo um verdadeiro sistema de interação por referências cruzadas⁴.

Especificamente quanto à proteção aos direitos sociais pela Corte EDH, é preciso pontuar que, formalmente, a CEDH protege direitos civis e políticos, e não garante direitos tipicamente sociais, ou seja, os sociais predominantemente prestacionais ficaram excluídos de seu texto, uma vez que, neste tema, apenas enuncia a proibição do trabalho forçado e o direito à liberdade sindical, como ligado ao direito de liberdade de associação⁵. A proibição do trabalho forçado e o direito à liberdade sindical, por suas feições marcantes de liberdades negativas, e

¹ Parte relevante dessas questões esta ligada ao reconhecimento da exigibilidade jurídica dos direitos sociais, aspecto também problemático do tema, que será abordado apenas de maneira transversal. Para um estudo completo do tema, e sob a óptica do direito comparado, ver, por todos, ROMAN, Diane. **La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances**. Paris: Editions A. Pedone, 2011. Tradução livre.

² Para um estudo do tema sob o enfoque do direito internacional dos direitos humanos, ver CHATTON, Gregor T. **Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels**. Genève: Schulthess Médias Juridiques SA, 2013. Tradução livre.

³ A *Carta Social Europeia* (CSE), de 18 de outubro de 1961, foi revisada em 3 de maio de 1996. Neste estudo, quando necessário, faremos referência ao texto revisado com a abreviatura CSE.

⁴ Sobre as interações entre a atuação da Corte EDH e o Comitê Europeu de Direitos Humanos, especificamente em relação aos direitos sociais, conferir ROMAN, Diane. **Les droits sociaux, “droits des pauvres” ou droits de l’Homme? In: BORGETTO, Michel (org.). Les droits sociaux, entre droits de l’Homme et politiques sociales. Quels titulaires pour quels droits?** L.G.D.J. Paris: Lextenso éditions, 2012, p. 207-221. Tradução livre.

⁵ Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), arts. 4 e 11, respectivamente.

sua simultânea ligação com o mundo do trabalho, podem ser denominados *direitos mistos*.

Os direitos ditos *tipicamente sociais*, ou *direitos sociais clássicos*, foram elencados na CSE, cuja proteção, formalmente, está a cargo do *Comitê Europeu de Direitos Humanos*, que é um órgão de controle não jurisdicional, como expomos alhures e, a princípio, não gozam de judiciabilidade no âmbito do Conselho da Europa. Tal falta de judiciabilidade dos direitos sociais no SEDH é objeto de antigas e reiteradas críticas por parte de estudiosos do sistema, ativistas de direitos humanos, organizações não governamentais, e também de outros agentes da sociedade civil, que destacam a ambiguidade do sistema em relação a tais direitos, e as diferenças, em parte injustificadas, entre os mecanismos de proteção destes e aqueles conferidos aos direitos civis e políticos.

Os críticos também destacam a influência dessa ambiguidade nos sistemas jurídicos nacionais, onde está refletida de certa maneira, dado ao controle de convencionalidade. Isso porque, dado ao caráter subsidiário da CEDH em relação aos ordenamentos jurídicos nacionais, e o controle de convencionalidade ao qual os Estados se submetem ao aderir a seus dispositivos, este fica sensivelmente afetado pela ausência de previsão expressa de direitos sociais na CEDH, eis que a eventual ausência de previsão ou aplicação de direitos sociais a nível nacional será mais dificilmente controlada pelos órgãos de proteção do SEDH.

Contudo, as interações e referências cruzadas entre a jurisprudência da Corte EDH e do Comitê Europeu de Direitos Humanos, bem como os métodos de interpretação integrativa e construtiva, desenvolvidos pela Corte EDH, no bojo de sua peculiar hermenêutica dos direitos humanos sociais, relativizam essa exclusão. Desse modo, em que pese tal limitação formal e bastante significativa da judiciabilidade dos direitos sociais no direito convencional europeu, estes, gradualmente, integraram substancialmente a jurisprudência da Corte EDH, em um relevante processo de expansão dos direitos sociais no cenário europeu.

Para os fins deste estudo, contudo, é importante buscar elementos que demonstrem se tal expansão ocorre de maneira harmônica, ou seja, de modo a favorecer a universalidade dos direitos sociais ou, ao contrário, se a atuação da Corte EDH, marcada pelo uso do mecanismo interpretativo denominado *margem nacional de apreciação* (MNA), não deixa ao puro arbítrio estatal a aplicação dos direitos sociais.

Em outras palavras, o objetivo desta análise transversal, o qual conduziu a seleção de casos e linhas argumentativas a serem destacadas, é traçar um panorama da jurisprudência da Corte EDH, enquanto órgão de controle jurisdicional do SEDH, em relação ao processo de expansão harmônica dos direitos sociais, cuja nota marcante é a judiciabilidade material dos direitos sociais (em contraposição à ausência de judiciabilidade formal dos direitos sociais no

SEDH), por uma atuação dos juízes regionais favorável à sua expansão.

Para fazer avançar a proteção dos direitos sociais, a Corte EDH lança mão de métodos de interpretação dinâmicos⁶, por permitirem uma atualização do sentido das normas convencionais, dentre eles:

(i) a interpretação integrativa dos direitos sociais ao conteúdo de direitos civis e políticos;

(ii) a interpretação construtiva do conteúdo de direitos híbridos previstos na CEDH, e

(iii) o uso da margem nacional de apreciação⁷.

Em poucas palavras, podemos afirmar que as decisões selecionadas permitem concluir que o processo de integração dos direitos sociais ao âmbito de proteção da CEDH pela interpretação integrativa e construtiva é mitigado, ou temperado, pelo uso da margem nacional de interpretação, ordinariamente considerada ampla em casos onde se discutem ações ou políticas públicas na seara dos direitos sociais, evitando-se, assim, a imposição de medidas positivas aos Estados.

Desta forma, o uso da margem nacional de apreciação, enquanto método de interpretação, pode ser apontado como um vetor contrário à permeabilidade dos direitos sociais na CEDH e, conseqüentemente, na jurisprudência da Corte EDH, a qual é favorecida pela interpretação integrativa e construtiva desses direitos.

2. A interpretação integrativa

A judiciabilidade formal dos direitos sociais no SEDH é prejudicada pela limitação textual da CEDH, eis que os sociais predominantemente prestacionais ficaram excluídos de seu

⁶ Para um estudo aprofundado dos métodos interpretativos utilizados pela Corte EDH, conferir: CASADEVAL, Josep. **El convenio europeo de derechos humanos, el tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia**. Valencia: Tirant lo blanch, 2012, p. 135-167. Tradução livre.

⁷ NIVARD, Carole. **La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen**. Bruxelas: Éditions Bruylant, 2012, p. 462-550. Tradução livre.

texto (o qual somente enuncia a proibição do trabalho forçado e o direito à liberdade sindical, como ligado ao direito de liberdade de associação), e por sua competência exclusiva em relação a esta convenção, a excluir a análise de casos baseados em violações a direitos nela ausentes (inclusive aqueles constantes da CSE).

Tais limitações demandaram um esforço criativo e original dos juízes regionais europeus que, estrategicamente voltados para a preservação da legitimidade do SEDH, a qual poderia ficar seriamente abalada pela eventual exclusão quase absoluta de proteção aos direitos sociais, criaram mecanismos de interpretação que integram substancialmente tais direitos ao âmbito de sua proteção, dentre eles a interpretação integrativa.

O cerne da interpretação integrativa está em descrever como incluídos no conteúdo material dos direitos garantidos pela CEDH outros direitos dele integrantes, decorrentes, ou tidos como condição essencial ao gozo dos direitos garantidos. Por esta via, os direitos garantidos expressamente na CEDH são interpretados de maneira ampla, e direitos sociais originalmente não previstos no texto expresso passam a ser tomados como componentes do conteúdo material da CEDH.

Uma vez que a CEDH expressamente trata de direitos civis e políticos, como já tivemos a oportunidade de expor, podemos dizer ainda que tal estratégia revela o uso da garantia desses direitos, em sua visão ampliada ou larga, para a proteção indireta de direitos sociais, tal qual é frequente em relação ao *direito à vida privada*, tido como abrangente do *direito ao trabalho* e do *direito a um meio ambiente sadio*, a incluir o *direito à saúde e assistência médica*, ou do *direito à propriedade privada* como base para a análise de casos sobre a privação ou redução de benefícios sociais ou previdenciários (as chamadas *prestações sociais*)⁸.

Outro viés integrativo dos direitos sociais ao âmbito de proteção da Corte EDH pode ser identificado como uma tendência à *procedimentalização dos direitos materiais ou substantivos*, que também ocorre em sentido inverso, como uma espécie de *substancialização dos direitos e garantias procedimentais*, rompendo com as barreiras (em grande medida artificiais) destas categorias de direitos, à medida que a jurisprudência regional vê como decorrente do *direito a um processo equitativo* (previsto no artigo 6 da CEDH), garantias que demandam um efetivo gozo de direitos sociais prestacionais, como o direito a assistência judiciária gratuita, por exemplo.

⁸ Tal estratégia argumentativa, de uso da garantia de direitos civis e políticos, em sua visão ampliada ou larga, para a proteção indireta de direitos sociais, também está presente na jurisprudência sobre o tema da Corte IDH, com as características peculiares ao SIDH, por vezes com expressas referências à jurisprudência da Corte EDH neste sentido.

Desse modo, a jurisprudência da Corte EDH tende à garantia de direitos materiais com uma argumentação baseada na ausência de observância do devido processo legal, onde o termo *processo* é entendido em sentido amplo para abranger qualquer medida ou procedimento adotado pelo Estado. Baseada nesta linha argumentativa, a Corte EDH busca identificar o conteúdo dos direitos de índole predominantemente processuais ou procedimentais integrantes, condicionantes ou incluídos em outros direitos, de índole material ou substancial, o que possibilita a proteção destes últimos, ainda que não expressamente previstos na CEDH, quando constatada a violação do direito ao processo equitativo.

A decisão da Corte EDH no caso *Airey c. Irlanda*⁹, de 9 de outubro de 1979¹⁰, demonstrou a tomada de posição da Corte EDH quanto ao reconhecimento da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pronunciando a inexistência de uma trincheira fechada entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais, em benefício à expansão destes.

Trata-se de caso no qual a vítima desejava obter a separação de corpos em relação a seu marido alcoólatra e que lhe maltratava, mas não tinha condições financeiras para contratar um advogado que conduzisse o processo, nem tampouco de fazê-lo sozinha, devido à complexidade deste. A contratação de advogado, na hipótese, não era obrigatória, mas necessária, e nenhuma assistência judiciária estava prevista pelo Estado acusado, circunstância que, na prática, impediu o acesso da requerente ao sistema judicial da Irlanda.

A Corte EDH, em sua decisão, considerou que a falta de assistência judiciária configurava um entrave ao direito a um processo equitativo (e ao papel que este deve exercer em uma sociedade democrática), com base na efetividade dos direitos garantido na CEDH e em uma interpretação evolutiva desse direito. Isso porque a decisão detalhou que os direitos garantidos convencionalmente não são teóricos ou ilusórios, ao contrário, devem ser concretos e efetivos. Desse modo, a assistência judiciária gratuita deve ser garantida, em determinadas hipóteses, como meio de assegurar a igualdade de acesso à jurisdição¹¹.

Neste sentido, a corte europeia deu os primeiros passos para o longo desenvolvimento posterior no sentido da permeabilidade material da CEDH aos direitos sociais quando decidiu que a interpretação dos direitos (civis e políticos prioritariamente) garantidos pela CEDH não

⁹ Optamos por manter o nome dos casos da Corte EDH citados neste estudo no francês, por ser um dos idiomas oficiais da corte europeia, evitando-se, com isso, traduções pouco apropriadas.

¹⁰ Ver o *Affaire Airey c. Irlanda (Requête no. 6289/73)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 15 de outubro de 2014. Tradução livre.

¹¹ LÉCUYER, Yannick. **Mémento de la jurisprudence de la CEDH**. Paris: Hachete Livre, 2012, p. 25. Tradução livre.

poderia ficar restringida pelo receio de, com isso, afetar-se a esfera dos direitos sociais, econômicos e culturais. Ao contrário, seus conteúdos devem ser atualizados de acordo com as mudanças sociais e evolução das condições de vida dos seus destinatários (em uma interpretação essencialmente dinâmica e evolutiva).

Assim, neste caso, a Corte EDH decidiu que o direito a assistência judiciária gratuita, de índole substancial e prestacional, era decorrente do *direito a um processo equitativo*, pois é indispensável para o gozo do *direito a um recurso efetivo*, em um exemplo da tendência ao fim da separação rígida entre direitos de índole processual e substancial, que não foi objeto de retrocessos na jurisprudência posterior.

No campo das prestações sociais não contributivas, o caso *Gaygusuz c. Autriche*¹², de 16 de setembro de 1996, revela bem a estratégia integrativa de direitos sociais da jurisprudência da Corte EDH, que não rejeitou a análise da controvérsia (predominantemente relativa a direitos sociais), ao contrário, reafirmou sua competência justificando-a na proteção ao *direito à propriedade privada*, ao considerar tais prestações incluídas no sentido (dilatado) da expressão *bens*, tal qual detalhada no Protocolo 1 da CEDH (art. 1).

Trata-se de importante caso sobre a recusa discriminatória em conceder uma prestação social a um estrangeiro, qual seja, o fornecimento de um abrigo emergencial destinado aos desempregados ao final do direito a uma espécie de *seguro-desemprego*, previsto na legislação nacional da Áustria, e para a qual o requerente preenchia todas as condições. Apesar disso, o benefício social foi negado à vítima pelas autoridades nacionais, sem nenhuma justificação objetiva ou racional.

Em matéria de prestações sociais, e trilhando linhas argumentativas análogas à empregada neste caso, a corte utilizou a proteção expressa da CEDH ao *direito à não discriminação* (art. 14), combinado com o artigo 1º. do Protocolo no. 1, para analisar outros casos¹³ sobre a redução destas, considerando que os beneficiários cujas prestações foram reduzidas estavam sofrendo discriminação em relação aos demais, redução em seu patrimônio e, portanto, constatar a violação, por via indireta, a este direito de cunho marcadamente social.

Trilhando esse caminho de uma *socialização da noção de bens*, a jurisprudência da Corte EDH irá privilegiar os aspectos de cada caso tocantes a direitos privados, ou seja, aqueles de natureza individual e patrimonial do direito em questão, para estender a proteção

¹² Ver o *Affaire Gaygusuz c. Autriche (Requête no. 17371/90)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 15 de outubro de 2014. Tradução livre.

¹³ Ver os casos: *Stec et al.*, de 6 de julho de 2005; *Koua Poirrez*, de 30 de setembro de 2003; *Willis*, de 11 de junho de 2000; *Asmuundsson*, de 12 de outubro de 2004; dentre outros. LÉCUYER, , 2012. *Op. cit.*, p. 25. Tradução livre.

convencional a denúncias de violações ao direito de receber prestações sociais, chegando esta às: prestações não contributivas, obrigações de contribuições para a seguridade social, questões ligadas a acidentes de trabalho, aposentadorias, ou ainda pensões por invalidez¹⁴.

Em outra aplicação do *direito à não discriminação*, a Corte EDH analisou, por exemplo, uma série de casos relacionados à educação de crianças integradas a famílias ciganas, em diversos Países da Europa, da qual é exemplo mais recente o *caso Orsus c. Croatie*¹⁵, de 16 de março de 2010, gerada em decorrência das dificuldades que estas tinham em adaptarem-se a um regime escolar de frequência e avaliações pouco compatível com suas necessidades e estilo de vida. A Corte EDH argumentou pela existência, na hipótese, de uma *discriminação indireta* em relação à população cigana, evidenciada pela desconsideração dessas necessidades na elaboração das políticas públicas de educação infantil.

Em mais uma prova da sua tendência a aceitar a judicialização dos direitos sociais, a decisão do caso citado indica a necessidade dos Estados em cujos territórios habitam povos ciganos, ou outros que tenham modos particulares de vida, de tomar medidas positivas que lhes garantam o pleno acesso ao direito à educação, levando em conta suas necessidades particulares ao elaborarem os sistemas nacionais de educação infantil. Assim, novamente estamos diante da proteção (indireta) de um direito tipicamente social, qual seja, o direito à educação, pela via da argumentação baseada em direito cuja feição principal ou tradicional é de liberdade negativa.

Como último exemplo da disposição da Corte EDH, em suas linhas argumentativas a integrar direitos sociais tipicamente prestacionais ao conteúdo dos direitos protegidos pela Corte EDH, observe-se a decisão do *caso Sidabras et Dziautas c. Lituanie*¹⁶, de 27 de julho de 2004, no qual o requerente questionou a medida estatal que o proibia de exercer diversos empregos privados. Em criativo uso interpretativo do *direito ao respeito à vida privada e familiar*, a corte de Strasbourg argumentou que tal medida retirava do requerente muitas oportunidades de obter o sustento próprio de sua família, o que atingia o desenvolvimento de sua vida privada e, portanto, constatou que houve violação ao direito protegido no artigo 8 da CEDH.

Neste ultimo caso, em que houve, na pratica, proteção ao clássico direito social ao trabalho, bem como nos demais casos citados neste tópico, as linhas gerais da jurisprudência da

¹⁴ LÉCUYER, 2012. *Op. cit.*, p. 35. Tradução livre.

¹⁵ Ver o *Affaire Orsus c. Croatie (Requête no. 15766/03)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 15 de outubro de 2014. Tradução livre.

¹⁶ Ver o *Affaire Sidabras et Dziautas c. Lituanie (Requêtes nos. 55480/00 et 59330/00)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 21 de outubro de 2014. Tradução livre.

Corte EDH apontam para a proteção de direitos sociais típicos por meio de uma hermenêutica inclusiva, integrativa de seus conteúdos no âmbito de aplicação de direitos civis e políticos protegidos na CEDH e, portanto, inseridos em sua competência material.

Essa tendência à permeabilidade dos direitos sociais no âmbito de proteção da CEDH é reforçada pelo método de *interpretação construtiva* dos direitos protegidos nesta convenção, que também alarga o espectro de espécies de direitos humanos expandidos no SEDH com base no controle jurisdicional.

3. A interpretação construtiva

O método de interpretação construtiva de direitos pode ser identificado como aquele onde o conteúdo de um direito protegido na CEDH é gradualmente ampliado para abranger outros direitos, não expressamente protegidos, mas que dele são parte integrante. Em outras palavras, poderíamos dizer que o método permite a identificação do núcleo essencial, mas também das diferentes camadas ou níveis de concretização desse direito, ao encontro da visão de que os direitos sociais, por sua complexidade específica, reúnem múltiplos direitos em seus conteúdos, alguns deles indissociáveis (os integrantes de seu núcleo essencial), e outros que podem lhes agregar níveis superiores de efetividade.

Este método, desenvolvido pela Corte EDH, beneficiou a esfera dos direitos sociais e sua judiciabilidade no SEDH, em especial em relação ao direito trabalhista, mais especificamente no campo do direito sindical, que foi objeto de uma série de decisões detalhando seus conteúdos, condições de exercício dos direitos dele integrantes, critérios de análise e limites a interferência estatal no exercício desses direitos, dentre outros assuntos.

O *direito de liberdade de associação*, previsto no artigo 11 da CEDH, expresso como abrangente do *direito à liberdade de organização sindical*, possibilitou a construção de um conteúdo amplo, a incluir, exemplificativamente, o *direito a fundar e manter organizações sindicais*, a *participar de negociações coletivas de trabalho*, e o *direito de greve*, inclusive no setor público. Essa ampliação demonstrou uma evolução na jurisprudência anterior da Corte EDH, elaborada até os anos 70, quando esta ainda recusava a interpretação do direito à liberdade sindical como abrangentes de outros direitos que não os de fundar organizações sindicais e a

elas filiar-se, atendo-se ao sentido literal da CEDH¹⁷.

Como exemplo da jurisprudência que transmitia uma interpretação restritiva da liberdade sindical, temos o caso do *Syndicat National de la Policie Belge c/ Belgique*¹⁸, de 27 de outubro de 1975, no qual foi requerente um sindicato que questionava a convencionalidade da decisão das autoridades belgas que não lhe reconheciam, apesar de sua forte representatividade, excluindo sua participação a favor de seus associados em consultas públicas. A alegação, na hipótese, foi de violação ao artigo 11 da CEDH, que prevê textualmente o direito à liberdade de reunião e associação, inclusive o de fundar sindicatos e de a eles filiar-se para a defesa de seus interesses.

Contudo, a Corte EDH não reconhece a violação denunciada pelo requerente, ao argumento esdrúxulo de que o direito a fundar sindicatos e a eles filiar-se é apenas uma forma ou aspecto peculiar do direito à liberdade de reunião e associação, o que não garante aos sindicatos nem tampouco a seus membros um tratamento específico por parte das autoridades nacionais (tal qual seria o caso do direito a ser consultado por estas). Assim, a decisão reconheceu aos Estados uma larga margem nacional de apreciação na prática do relacionamento das autoridades estatais com os sindicatos e seus filiados, cabendo aos primeiros a escolha dos métodos e instrumentos a serem disponibilizados para a atuação sindical.

Esta jurisprudência, restritiva do conteúdo do direito à liberdade sindical, foi seguida durante alguns anos pelos juízes europeus em casos que questionavam medidas atentatórias ao direito de negociar e concluir convenções coletivas de trabalho¹⁹, e ao direito de greve²⁰, até ser abandonada no final dos anos noventa²¹, ao argumento de que o direito à liberdade sindical não é estanque, e tem vocação a evoluir, conjuntamente com as transformações sociais e do dinâmico mundo do trabalho.

Neste sentido, o caso *Sigurdur A. Sirgurjonsson c. Islande*²², de 30 de junho de 1993, que trata da ação proposta por um taxista que se via exigido a filiar-se a uma associação sindical pelo Estado acusado, quanto ao descumprimento de seu direito à liberdade de associação. Ampliando e reconstruindo o sentido originalmente dado ao conteúdo do art. 11 da CEDH, a

¹⁷ THOUVENIN, Jean-Marc, e TREBILCOCK, Anne (orgs.). **Droit international social. Droit économiques, sociaux et culturels.** Tome 1 Particularités du droit international social. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2013, p. 670. Tradução livre.

¹⁸ Ver o *Affaire Syndicat National de la Policie Belge c/ Belgique (Requête no. 4464/70)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 23 de outubro de 2014. Tradução livre.

¹⁹ Ver, neste sentido, o caso *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, de 6 de fevereiro de 1976. Tradução livre.

²⁰ Ver, neste sentido, o caso *Schmidt et Dahlstrom*, de 6 de fevereiro de 1976. Tradução livre.

²¹ Ver o caso *Gustafsson*, de 25 de abril de 1996. Tradução livre.

²² Ver o *Affaire Sigurdur A. Sirgurjonsson c. Islande (Requête no. 16130/90)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 23 de outubro de 2014. Tradução livre.

Corte EDH entendeu que, além do direito de fundar organizações sindicais e a elas filiar-se (o que identificaria um *direito de associação positivo*), este abrange o direito a não filiar-se ou a desfiliar-se livremente de um sindicato (correspondente ao *direito de associação negativo*).

Esta jurisprudência firmadora de um aspecto negativo da liberdade de associação, ligado à noção de autonomia pessoal considerada como elemento essencial à liberdade de escolha decorrente do artigo 11 da CEDH foi reiterada nos casos seguintes, como no caso *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*²³, de 11 de janeiro de 2006, e prevalece até a atualidade. Neste caso, dois requerentes, obrigados a filiarem-se a um sindicato específico, beneficiário de um acordo de monopólio sindical no ramo de atividade em questão, para serem admitidos em um emprego privado, questionaram a convencionalidade da imposição.

Nesta hipótese, a Corte EDH considera a margem nacional de apreciação reduzida, contrariamente ao que ordinariamente ocorre no domínio dos direitos sociais, devido à exigência de filiação obrigatória violar a essência do direito à liberdade de associação, em seu aspecto negativo, e à existência de variadas normas internacionais (notadamente convenções da OIT), normas do SEDH, leis nacionais, e textos jurídicos de *soft law* do Conselho da Europa e do Comitê Europeu de Direitos Sociais prevendo a liberdade individual de escolha entre filiar-se ou não a sindicatos.

E também o caso *Demir et Baykara c. Turquie*²⁴, de 12 de novembro de 2008, que trouxe o importante e inédito reconhecimento do *direito à negociação coletiva* como abrangido pela liberdade sindical e associativa, em questionamento de uma medida estatal que determinou a anulação retroativa de uma convenção coletiva. Os membros de um sindicato queixavam-se da desconsideração de uma convenção coletiva de trabalho por seu empregador, a *commune de Gaziantep*, por uma suposta falta de personalidade jurídica do sindicato, da qual decorreria a incapacidade de negociar e concluir convenções coletivas.

A Corte EDH, em sua decisão, estabelece que o direito de gerir as negociações coletivas com os empregadores é um dos elementos essenciais do direito garantido no artigo 11 da CEDH, e que a livre escolha dos Estados reporta-se à organização de seus sistemas e, se for o caso, ao reconhecimento de um *status* especial aos sindicatos mais representativos. Os argumentos empregados são embasados em normas constantes em quatro pilares, que demonstram, mais uma vez, a abertura do SEDH aos outros sistemas de proteção, a saber:

²³ Ver, neste sentido, o caso *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, de 11 de janeiro de 2006. Tradução livre.

²⁴ Ver o *Affaire Demir et Baykara c. Turquie (Requête n.º. 34503/97)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 05 de novembro de 2014. Tradução livre.

(i) o *direito internacional do trabalho*, especialmente a *Convenção no. 98 da OIT sobre o direito de organização e de negociação coletiva*;

(ii) os textos de *soft law* constantes de recomendações do *Conselho da Europa* e da *Carta Social Europeia*;

(iii) o direito comunitário incluído na *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*;

(iv) a prática dos Estados nacionais, tal qual refletida em suas legislações domésticas, onde muitos deles reconheciam o direito dos servidores públicos de entabular negociações coletivas com a Administração Pública²⁵.

Seguindo o método de aferição da margem nacional de apreciação, e levando em consideração essa notável quantidade e qualidade de normas dos mais variados sistemas jurídicos prevendo o direito dos servidores públicos à negociação coletiva, a Corte EDH identificou uma coincidência de valores a favor deste direito, e passou a tomar como estreita a margem de opção estatal para regulamentar o exercício direito à liberdade sindical, neste particular.

Quanto ao *direito de greve*, e seguindo a mesma lógica argumentativa, o caso *Karaçay c. Turquia*²⁶, de 27 de março de 2007, ilustra a interpretação que identifica seu conteúdo como integrante à essência do âmbito material de proteção conferido pelo direito à liberdade sindical. O requerente, electricista, era membro da seção local do sindicato *Yapi Yol Sen*, ligado ao *Kesk* (a confederação sindical dos empregados do setor público), e participou de uma manifestação organizada por esta entidade sindical para protestar contra uma baixa nos salários dos servidores, razão pela qual foi aberto um processo disciplinar contra ele, que resulta na aplicação de uma sanção de *advertência*.

Inconformado, o requerente contesta essa punição administrativamente, argumentando que não participou do dia de greve, no qual estava trabalhando com outros colegas devido a uma inundação ocorrida em Istambul. Afirmou também que a sanção era contrária aos tratados internacionais dos quais a Turquia era signatária, e às disposições nacionais protetoras do direito sindical, pois estava sendo assediado por suas atividades de membro do sindicato local, mas o recurso do requerente foi rejeitado.

A corte EDH analisa a ingerência estatal na liberdade sindical conferida ao requerente,

²⁵ LÉCUYER, 2012. *Op. cit.*, p. 35. Tradução livre.

²⁶ Ver o *Affaire Karaçay c. Turquia (Requête n.º 6615/03)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 05 de novembro de 2014. Tradução livre.

e considera que a sanção aplicada não passou no teste do atendimento aos três requisitos para a validade da limitação dos direitos fundamentais, quais sejam: respeito à proporcionalidade, a persecução de um fim legítimo, e a necessidade da intervenção em uma sociedade democrática. Por essa razão, declarou que o Estado acusado violou o direito do requerente à liberdade de reunião pacífica, e que a sanção disciplinar não era proporcional, não buscava atingir fim legítimo, e não era necessária em uma sociedade democrática.

Desse modo, a notável reelaboração do conteúdo do direito à liberdade sindical operada pela Corte EDH demonstra que a sua jurisprudência, inclusive em matéria de direitos sociais, e centrada em uma dinamicidade que busca integrar às normas de direito humano do corpo jurídico sob sua jurisdição as evoluções de conteúdo necessárias à apreensão da própria transformação da vida social.

No entanto, os contornos ou limites dessa reconstrução jurisprudencial dos direitos garantidos no SEDH, ainda pouco definidos, são objeto de críticas a este método, assim como do método da interpretação integrativa, e aqui com vigor ainda mais renovado, eis que, nesta segunda hipótese, se trata de direitos estranhos aos expressamente previstos no texto convencional.

No caso *Demir et Baykara c. Turquia*, já analisado neste estudo, por exemplo, o Estado acusado, qual seja, a Turquia, questionou, em sua defesa, a legitimidade da interpretação construtiva que buscava inserir o direito de greve no âmbito de proteção da CEDH, argumentando que, ao aderir a esta, somente teria assentido ao sentido literal e original da liberdade de organização sindical, como liberdade de fundar sindicatos, e, portanto, tal extensão violaria seu consentimento e a soberania estatal.

A preocupação dos críticos é, portanto, com a legitimidade das decisões decorrentes dessa tendência jurisprudencial, que poderia ser afetada pela suposta falta de fidelidade deste órgão de controle ao quanto avençado pelos Estados ao aderirem à CEDH, com implicações ainda no caráter subsidiário do SEDH em relação aos sistemas nacionais.

Tal subsidiariedade, porem, é a base de outro método interpretativo largamente usado pela Corte EDH, o uso da *margem nacional de apreciação*, o qual permite averiguar, exatamente, qual a amplitude da liberdade de definição pelo Estado de medidas, legislativas ou operacionais, que digam respeito a algum dos direitos protegidos na CEDH, no âmbito do controle de convencionalidade destas, inclusive no campo social.

4. O uso da margem nacional de apreciação

Em que pese a constatação da permeabilidade substancial da CEDH aos direitos sociais construída pela jurisprudência da Corte EDH, utilizando-se dos métodos da interpretação integrativa ou reconstrutiva, e da nítida opção pelo reforço à indivisibilidade e interdependência entre os direitos humanos, o uso de um terceiro método interpretativo, desenvolvido para adequação da hermenêutica dos direitos humanos aos particularismos do SEDH, qual seja, a *margem nacional de apreciação* (MNA), demonstra a existência de uma hesitação da Corte EDH em impor aos Estados a adoção de políticas públicas voltadas à proteção de determinadas espécies de direitos sociais.

Tal é a hipótese, por exemplo, do *direito à saúde*, como bem ilustra o caso *N. c. Royaume-Uni*²⁷, de 27 de maio de 2008, no qual a consideração de que a MNA do Estado na aplicação ao *direito à proteção contra tratamento desumano e degradante* (garantido na CEDH), usado como fonte para a proteção do *direito à saúde* (não garantido expressamente pela CEDH) pelo requerente, era ampla, levou à conclusão de que não houve violação às normas convencionais.

Trata-se de caso onde uma estrangeira, oriunda do Sudão, questionou a sua expulsão ao seu País de origem pelo Reino Unido, apesar de não preencher os requisitos legais estabelecidos pelo último para sua permanência em seu território, alegando que, com a medida estatal, haveria uma grave redução de sua expectativa de vida e, conseqüentemente, o risco de sofrer tratamento desumano e degradante.

A corte europeia, em sua decisão, ressaltou a ausência de direito da requerente de permanecer no território do Estado acusado e também o fato de que a ampla MNA conferida aos Estados na aplicação do direito garantido não permitia vê-lo como fonte de obrigações positivas do Estado, ou seja, não o obrigavam internacionalmente a tomar medidas concretas para assegurar a saúde de estrangeiros ilegalmente presentes em seu território.

A mesma lógica argumentativa foi empregada em casos envolvendo demandas de políticas públicas que possibilitassem às pessoas com deficiência o seu desenvolvimento pessoal com base no *direito ao respeito à vida privada* (garantido no artigo 8 da CEDH), dentre os quais citamos o caso *Zehnalová et Zehnal c. République Tcheque*²⁸, de 14 de maio de 2002.

²⁷ Ver o *Affaire N. c. Royaume-Uni (Requête n°. 26565/05)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 05 de novembro de 2014. Tradução livre.

²⁸ Ver *Affaire Zehnalová et Zehnal c. République Tcheque (Requête n°. 38621/97)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 06 de novembro de 2014. Tradução livre.

Trata-se da ação proposta por uma requerente com deficiência física motora, que questionou à Corte EDH a inação estatal em providenciar medidas que garantissem seu acesso a órgãos públicos de sua cidade, os quais não possuíam rampa de acesso

Neste e em outros casos, a Corte EDH, aplicando frequentemente o *critério da relação direta e imediata* dos direitos sociais envolvidos com os direitos protegidos expressamente na CEDH e de cuja violação o requerente se valia para acessar este órgão jurisdicional, negou que tivesse ocorrido violação aos termos da CEDH, por falta de uma relação especial entre a medida estatal omitida e a inacessibilidade de locais públicos ou abertos ao público, e os interesses particulares relevantes da vida privada da requerente.

A Corte IDH, resolvendo a questão com a aplicação deste critério, evitou esclarecer se, com base nos direitos garantidos na CEDH, os Estados dela signatários estavam obrigados a tomar medidas positivas ou adotar políticas públicas especificamente voltadas à proteção de pessoas com deficiências físicas ou mentais.

O uso do critério da relação direta e imediata com um direito previsto textualmente na CEDH pela Corte EDH é objeto de severas críticas doutrinárias, que apontam para o seu uso como sendo ambíguo, eis que o apelo a sua aplicação não foi generalizado, e ocorre frequentemente em casos que tratam do direito à vida privada e familiar, com a relação direta entendida como ausência de violação à vida privada, em uma aplicação pouco transparente ou objetiva.

Identifica-se, assim, neste particular, que tal critério é usado, de modo ambíguo ou pouco transparente, como uma espécie de alibi para evitar-se impor aos Estados a adoção de medidas positivas que poderiam, eventualmente, mostrar-se excessivamente onerosas para o contexto econômico e social, invadindo a seara do que corresponde ao âmbito das escolhas políticas destes, o que é rejeitados pelos juízes regionais europeus²⁹.

A preocupação da Corte EDH em não formular obrigações custosas ao Estado é, de outro giro, expressamente revelada na adoção, em sua jurisprudência sobre direitos sociais, de um outro critério, denominado de *critério do fardo excessivo ou insuportável*, pelo qual os direitos garantidos na CEDH não devem ser interpretados de modo a impor um fardo excessivo ou insuportável aos Estados, a quem cabe, no uso de sua margem de apreciação, decidir sobre as políticas públicas em geral, buscando um equilíbrio entre os interesses particulares e o interesse geral, considerando-se, ainda, a situação dos recursos estatais necessários a implementá-las.

²⁹ Neste sentido, ver NIVARD, 2012. *Op. cit.*, p. 472-476. Tradução livre.

O caso *Oneriyildiz c. Turquie*³⁰, de 30 de novembro de 2004, por exemplo, ilustra bem a aplicação desse critério e sua relação com o uso da margem nacional de apreciação e a possível escassez de recursos estatais. Neste caso, discutiu-se a ausência de adoção de medidas preventivas das autoridades públicas, que poderiam ter evitado que a explosão de um imóvel contíguo atingisse a residência do requerente, destruindo-a e causando a morte de alguns dos seus familiares.

A Corte EDH decidiu, novamente, que não houve violação a direito garantido na CEDH, ressaltando que, em questões de complexa ordenação pela Administração Pública, como as em análise, existe uma gama de dificuldades sociais, conjunturais e urbanas, que devem ser avaliadas pelo Estado, no uso da margem nacional de apreciação, ao implementar as políticas públicas, não cabendo estabelecer interpretações desses direitos que imponham medidas positivas cujos custos possam prejudicar a livre administração das finanças estatais.

Em seu conjunto, as decisões em que a Corte EDH recusou o reconhecimento de violações a direitos sociais, usando a margem nacional de apreciação, demonstram uma preocupação de seus juízes em não romper com o delicado equilíbrio entre seu sistema normativo, e os sistemas nacionais, dos quais o primeiro é subsidiário, evitando interpretações que imponham medidas estatais positivas protetoras dos direitos sociais, e, com isso, a invasão do campo da vontade política.

A recusa dos juízes regionais europeus em decidir sobre questões ligadas à eleição de políticas públicas, objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, também está relacionada à manutenção da legitimidade do sistema de proteção regional. Isso porque a legitimidade deste correria risco ao serem proferidas decisões, em sentido contrário (favorecendo, em tese, a expansão dos direitos sociais), porém sem condições práticas de serem cumpridas, por se desconsiderar as circunstâncias particulares à situação econômica e estrutural dos Estados, para as quais o juiz europeu não está devidamente habilitado a analisar, nem é seu papel fazê-lo, eis que dizem respeito ao âmbito de discricionariedade administrativa.

A solução encontrada pela Corte EDH foi buscar um equilíbrio entre a necessidade de analisar casos envolvendo espectros de direitos sociais para a proteção dos direitos garantidos convencionalmente, e a distinção de seu papel de controle jurisdicional daquele realizado pelo administrador da coisa pública, usando os mecanismos da margem nacional de apreciação, e os critérios da relação direta e imediata e do fardo excessivo e insuportável.

Dessa maneira, consciente de sua missão, mas nem sempre com a coerência e a

³⁰ *Affaire Oneriyildiz c. Turquie (Requête n.º. 48939/99)*. Disponível para consulta no site www.hudoc.echr.coe.int. Consulta realizada em 06 de novembro de 2014. Tradução livre.

transparência que dela seriam esperadas, a corte tempera a permeabilidade dos direitos sociais na CEDH e, conseqüentemente, sua judiciabilidade. Assim o faz a corte, portanto, ao evitar a tomada de decisões que imponham medidas positivas aos Estados, porém atua sem hesitação para constatar violações quando o Estado, apesar de já ter garantido o direito social em seu ordenamento jurídico interno, provoca um retrocesso no nível de efetividade a ele conferido (por aplicação do princípio do retrocesso social) ou o restringe, sem uma justificativa legítima, especificamente em relação a um indivíduo ou grupo de indivíduos (em aplicação da interdição a tratamento discriminatório).

Além da ampla margem nacional de apreciação conferida aos Estados em matéria de direitos sociais, a corte pondera que, se o direito à proteção de bens particulares pode ser compreendido como aglutinador do direito a prestações sociais, ele não protege o direito a um montante específico ou o direito à manutenção da prestação social em um nível constante. Ou seja, a Corte EDH, buscando evitar que a aplicação da vedação ao retrocesso social seja levada ao extremo de inviabilizar que os Estados europeus possam alterar suas políticas de proteção e seguridade social para fazer frente às mudanças econômicas, permitiu ao legislador nacional diminuir ou variar o valor dos benefícios de prestação social³¹.

Contudo, a corte europeia, em mais um exemplo da sua postura ponderada entre a proteção de interesses particulares e interesses públicos, destaca que essas diminuições ou oscilações nos valores de benefícios de prestação social não pode ser tal monta que inviabilize a subsistência de quem deles dependa para viver. O argumento central é o de que, nessa hipótese, a proteção do interesse geral estaria impondo um encargo desproporcional ao indivíduo, o que a corte rejeita veementemente, por contrariar a própria lógica do sistema de proteção europeu e ao espírito da CEDH³².

Estas são as linhas gerais da jurisprudência da Corte EDH em matéria de direitos sociais, marcadas por uma expressa intenção de não imiscuir-se em questões afetas à eleição de políticas públicas, invadindo a seara do campo político (daí a ampla MNA conferida aos Estados), limitando-se a atuar quando os interesses individuais são injustificadamente prejudicados ou sua violação configura ato discriminatório, contrariando a ordenação social esperada em uma sociedade democrática.

5. Síntese conclusiva

³¹ Ver, neste sentido, o caso *Apostolakis c. Gréce*, de 22 de outubro de 2009. Tradução livre.

³² NIVARD, 2012. *Op. cit.*, p. 492-493. Tradução livre.

O mundo em que vivemos atualmente, dito globalizado, ainda é um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias, onde velhos problemas, em especial a persistência da pobreza, convivem com novos problemas, como a aceleração da degradação ambiental e da sustentabilidade de nossa vida econômica e social. Essas contradições podem ser verificadas tanto em Países ricos como nos mais pobres. A fragilidade do Estado em garantir que as promessas de justiça distributiva e redução das desigualdades sociais se transformem em realidade, diante das consequências da globalização econômica e crescimento das influências dos mercados, tem impacto direto sobre a teoria e prática da proteção dos direitos humanos, especialmente os ditos econômicos, sociais e culturais.

Sobre a teoria, muito ainda se discute se estamos diante de verdadeiros direitos e, portanto, dotados de exigibilidade direta diante de violações e omissões em sua proteção pelos Estados, ou se o caráter dos dispositivos que os enuncia é de meras *normas programáticas*, cujos enunciados apenas devem orientar a ação política e, portanto, não conferem direitos subjetivos aos indivíduos. Apesar dessa divergência doutrinária, é intensa a proliferação de normas domésticas (inclusive em sede constitucional), normas comunitárias (no âmbito da União Europeia), e normas internacionais (nos sistemas universal e regionais de proteção aos direitos humanos) prevendo amplo elenco de direitos econômicos, sociais, e culturais, inclusive dotando-os de mecanismos de garantia e exigibilidade.

A tônica dessa incorporação de novos direitos ao rol de direitos humanos é dada pelo princípio da indivisibilidade, reconhecido no art. 5º. da *Declaração de Viena*³³ (resultado da *Conferência de Viena de 1993 - Conferência mundial de direitos humanos da ONU*), pelo qual todos os direitos humanos devem ser garantidos em conjunto, e protegidos com a mesma ênfase, independente da categoria a que pertençam. Também contribui para essa visão a noção de que o gozo de direitos sociais, em sentido amplo, com a garantia de condições adequadas de sobrevivência e desenvolvimento para todos os seres humanos, é indispensável para o gozo de direitos civis, políticos, ou até mesmo os direitos humanos ditos de terceira geração.

Essas noções, contudo, são recheadas de controvérsias acirradas, tanto na doutrina internacionalista quanto nos planos internos aos Estados, sob a crítica de que não passaria de ingênua retórica a defesa da indivisibilidade dos direitos humanos, dado às restrições à plena eficácia e judiciabilidade dos direitos sociais.

Parte considerável dessa controvérsia foi resolvida com a ponderação de parte da

³³ O enunciado do art. 5º. da Declaração de Viena dispõe que: “*Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes, e inter-relacionados*”.

doutrina de que não são apenas os direitos sociais que exigem prestações positivas do Estado, mas sim todos os direitos, inclusive os ditos *direitos de liberdade negativas*, já que, para garanti-los, o Estado deve, além de não atingi-los, abster-se de ação que os viole, manter um aparato de fiscalização para implementá-lo, dentre outras políticas públicas, as quais demandam prestações positivas, como a manutenção dos aparatos de segurança pública, dentre outros.

Neste particular, parte da doutrina já considera a escassez de recursos (suposto fundamento do *princípio da reserva do possível*) como uma mera *retórica*, de forte cunho ideológico, e sem possibilidade de conciliação com o estágio atual de positivação dos direitos humanos. Assim, autores mais críticos a esse princípio defendem, ao menos, que haja uma inversão do ônus da prova, cabendo ao Estado acusado de violação de direitos sociais demonstrar, de modo claro e preciso, a ausência concreta de recursos financeiros para efetivar direitos sociais aos quais assumiu o compromisso de proteger.

Todas essas questões geram forte impacto no traço da universalidade, que precisa sofrer adaptações para ser aplicada aos direitos sociais, devido à complexidade destes, e também ao seu regime jurídico próprio. A própria densidade de conteúdo das espécies de direitos sociais, que abrange diversos outros direitos componentes em seu bojo, leva a tal necessidade, eis que cada Estado irá assegurar e aplicar, no plano doméstico, a espécie de direito social com um conteúdo ou nível de efetividade adaptado às suas necessidades ou opções políticas.

Assim, os direitos sociais, em sua expansão para atingir todas as pessoas em todos os lugares, serão decompostos em outros tantos direitos, e terão níveis de proteção e efetividade ainda mais diferenciados que os demais direitos humanos, devido a fatores como a diversidade cultural, escassez de recursos financeiros, e eleição de políticas públicas a eles destinadas. Em consequência, sua exigibilidade apta a configurar a responsabilidade internacional estatal por eventuais violações ficará restrita ao núcleo essencial desses direitos, entendido como o grau mínimo de proteção ao seu gozo a preservar o desenvolvimento adequado das potencialidades humana e a dignidade das condições de vida.

A aplicação dos direitos sociais, portanto, é imbricada em fatores extrajurídicos que dão a tônica de sua complexidade. Porém, o intérprete dos direitos sociais, seja este o legislador, o juiz, o administrador de políticas públicas, dentre outros, não pode perder de vista que a sua compreensão e aplicação deve ter como norte a ampliação no grau de efetividade desses direitos ou, dito em outras palavras, sua expansão progressiva, e na exata medida dos recursos humanos e financeiros à disposição do Estado.

Essa meta específica dos direitos sociais, de promover mudanças sociais ao garantir

aos indivíduos um nível mínimo de condições de vida que garanta a sua dignidade ao mesmo tempo em que permita o seu desenvolvimento, implica o desenvolvimento de uma hermenêutica própria, com métodos e instrumentos de análise adaptados a esse fim, tais como o uso de indicadores sociais qualitativos e quantitativos de resultados para a aferição do nível de acesso e gozo desses direitos, e a constatação de eventuais retrocessos ou violações.

Por outro lado, a prática dos direitos sociais demonstra uma grande ambiguidade em relação aos DESC, pois os tratados internacionais que os prevêm, em regra, contam com número reduzido de adesões (em comparação aos que elencam direitos civis e políticos), estabelecem mecanismos menos efetivos de garantia desses direitos, ao tempo em que as cortes internacionais de direitos humanos por vezes evitam a declaração de violações a DESC e, no plano doméstico, alguns tribunais constitucionais ainda hesitam em reconhecer a possibilidade de manifestação judicial quando não existem políticas públicas ou estas são insuficientes ou inadequadas para a garantia de alguma espécie dessa categoria de direitos.

Tais ambiguidades em matéria de garantias e judiciabilidade de direitos econômicos, sociais, e culturais ocorrem, portanto, tanto no sistema universal de proteção quanto nos sistemas regionais europeu e americano e ainda nos sistemas nacionais. Como descrevemos alhures, a proteção internacional aos direitos sociais, econômicos e culturais ocorre, simultaneamente e de forma complementar, nos sistemas universal e regionais de proteção (integrados aos sistemas nacionais dos Estados deles participantes), sendo que, atualmente, contamos com um sistema regional europeu, o pioneiro e mais desenvolvido nesta matéria, o sistema interamericano, dotados de particularidades decorrentes das adaptações à cultura jurídica latino-americana, e o incipiente sistema africano, ainda em fase de implementação.

No sistema universal, estruturado, prioritariamente, no seio da *Organização das Nações Unidas* (mas também em outras organizações internacionais), o documento mais importante em matéria de DESC é o *Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, que estabelece extenso rol de direitos sociais mas, contudo, somente prevê como mecanismo de controle a produção de relatórios periódicos pelos Estados signatários, destinados a informar ao *Comitê Econômico e Social da ONU* os progressos realizados na implementação desses direitos (art. 16).

O mecanismo de controle da proteção aos DESC instituído, no âmbito do *Conselho da Europa*, pela *Carta Social Europeia* (datada de 1965), também era limitado à elaboração de relatórios periódicos avaliados por um Comitê intergovernamental, até que, em 1998, entrou em vigor o *Protocolo Adicional de Reclamações Coletivas*, estipulando um procedimento específico de apuração de violações a direitos sociais, que pode resultar na emissão de uma

recomendação de constatação da violação, devendo o Estado acusado cumpri-la, elegendo os meios internos para tanto, de modo semelhante ao que ocorre com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Esse relativo avanço na proteção aos DESC no SEDH reitera o pioneirismo do continente europeu na criação de sistemas, órgãos e mecanismos de proteção aos direitos humanos como um todo, o que pode ser atribuído, em grande parte, às graves violações decorrentes dos horrores praticados nas duas grandes guerras mundiais, em sua maioria ocorridas em solo europeu, com forte impacto sobre as sociedades ali ordenadas.

A jurisprudência relativa aos direitos sociais produzida pela Corte EDH revela, neste particular, uma *permeabilidade material* dos direitos sociais no controle jurisdicional por esta exercido, por meio de originais métodos e critérios interpretativos, os quais permitem a sua integração ou identificação no conteúdo de outros direitos textualmente garantidos na CEDH, porém sempre equilibrada com a estratégia de não impor aos Estados signatários a adoção de medidas positivas custosas e que prejudiquem a sua livre administração dos interesses públicos (dosando-os com os particulares), observando os limites das finanças estatais.

Neste sentido, como uma síntese do que observamos, podemos concluir que a jurisprudência da Corte EDH contribui para a expansão harmônica dos direitos sociais nos Estados signatários da CEDH, à medida em que não evitou analisar matérias deste campo quando interligadas a direitos garantidos textualmente na convenção, superando a falta de judiciabilidade formal dos direitos sociais no SEDH. E o fez utilizando-se de uma tendência à interpretação dinâmica e evolutiva, que acompanha as mudanças sociais e não engessa a regulação jurídica das sociedades. É digno de nota, neste particular, a dosagem do controle de convencionalidade feito pelo uso da MNA, com a vantagem do juiz europeu não substituir o legislador, o administrador de políticas públicas, enfim, o aplicador nacional dos direitos sociais, único habilitado a fazer as escolhas políticas que este processo requer.

Na busca desse equilíbrio, entre supervisão e controle da ação estatal e subsidiariedade das normas do SEDH, entre proteção a interesses particulares e interesse geral, entre garantia dos direitos convencionais e liberdade de ação política, alguns métodos e critérios interpretativos ainda precisam ser aprimorados, para que seu uso seja mais consistente e transparente (como, por exemplo, ocorre com o *critério da relação direta e imediata*). Porém, a avaliação geral da jurisprudência da Corte EDH em matéria de direitos sociais é positiva, e aponta para uma tendência que favorece a expansão harmônica desses direitos no contexto europeu.

6. Referências

CASADEVAL, Josep. **El convenio europeo de derechos humanos, el tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia**. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

CHATTON, Gregor T. **Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels**. Genève: Schulthess Médias Juridiques SA, 2013.

LÉCUYER, Yannick. **Mémento de la jurisprudence de la CEDH**. Paris: Hachete Livre, 2012, p. 25. Tradução livre.

NIVARD, Carole. **La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen**. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2012.

ROMAN, Diane. **La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances**. Paris: Editions A. Pedone, 2011.

_____. **Les droits sociaux, “droits des pauvres” ou droits de l’Homme? In: BORGETTO, Michel (org.). Les droits sociaux, entre droits de l’Homme et politiques sociales. Quels titulaires pour quels droits? L.G.D.J. Paris: Lextenso éditions, 2012.**

THOUVENIN, Jean-Marc, e TREBILCOCK, Anne (orgs.). **Droit international social. Droit économiques, sociaux et culturels**. Tome 1 Particularités du droit international social. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2013.