

1. A universalidade dos direitos humanos sociais e sua hermenêutica jurídica

Este estudo tem como proposta responder ao seguinte questionamento: a interpretação e aplicação das normas jurídicas sobre direitos humanos¹ sociais (que também serão tratados apenas como *direitos sociais* neste texto), devido a seu regime jurídico próprio e sua principiologia, reclamam uma hermenêutica jurídica própria, particular, especial, de modo a garantir a sua progressiva universalização? Ou podem ser aplicados pelo intérprete da mesma forma que os demais direitos humanos, sem distinção nos critérios de julgamento, e sem comprometimento da sua efetividade perante os destinatários das suas normas?

A questão pode parecer simples, a princípio, mas tantos são os “mitos”, ideologias, e pré-compreensões ou prejuízos inautênticos, no sentido *Gaddameriano*², a envolver o tema (especialmente quando entra em debate a questão de um certo “ativismo judicial” a favor dos direitos sociais), que é preciso cautela e vagar ao pesquisá-lo, para melhor compreendê-lo. E, ainda, devemos ter sempre como norte a busca da evolução no processo de universalização dos direitos sociais, no âmbito dos diversos sistemas de proteção, enquanto principal instrumento jurídico da atualidade no combate às desigualdades sociais e injustiças materiais.

Para tanto, como fartamente denunciado pela mídia mundial e também por diversos ramos da ciência (como a política internacional, relações internacionais, economia, estatística, sociologia, história, dentre tantas outras), não foi suficiente transformar os direitos sociais em normas expressas (em nível interno, internacional, e transnacional).

Isso porque, mesmo com o estabelecimento de intrincados processos de interação e

1 Não será objeto deste artigo a polêmica em torno do conceito de direitos humanos ou, ainda, sua relação ou coincidência com o termo direitos fundamentais. Para este estudo, ambos os conceitos são utilizados como relativos a direitos essenciais à existência digna da pessoa humana, sendo os primeiros, *direitos humanos*, originados em normas internacionais (tratados ou costumes), e os segundos, *direitos fundamentais*, tomados como aqueles positivados em ordens jurídicas nacionais, em especial com sede constitucional (ver, neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.29). Também não abordaremos a problemática em torno das dimensões dos direitos humanos, nem tampouco a respeito da refutação de um fundamento absoluto para estes direitos, que são temas que desbordam os estreitos limites deste trabalho.

2 Estamos nos referindo ao jargão desenvolvido na obra de Hans-Georg Gadamer, em especial na sua obra *Verdade e Método*, *Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, onde deixa expresso que: “A tarefa de interpretação consiste em aplicar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica (...)”. E, ainda, que: “A aplicação não quer dizer aplicação ulterior de algo comum dado, compreendida primeiro em si mesma, a um caso concreto, mas é, antes, a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós, A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1997, p. 489, 504-505.

sobreposição entre tais normas, sempre visando à maior proteção do ser humano em sua dignidade (etapa que já se encontra em estágio bastante desenvolvido no *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, podendo até se falar numa “inflação normativa” nesse campo), ainda é baixo o nível de efetividade dos direitos sociais.

Ou seja, percebe-se cada vez mais a necessidade premente de buscar um grau maior de evolução no processo de contínua universalização e concretização de tais direitos, até para garantir sua existência diante da enxurrada de críticas que a *linguagem dos direitos humanos* sofre desde suas origens. Tais críticas, que ainda não foram totalmente superadas, ou talvez nunca o serão, principalmente se considerarmos que, como todos os outros direitos, mas talvez num grau mais acentuado, os direitos humanos são uma linguagem oposta a outras poderosas linguagens, são representativas de não menos relevantes forças sociais, com interesses meramente econômicos ou contrários à solidariedade social (sempre a fomentarem críticas aos direitos humanos, sejam elas justificadas ou não)³.

Quando usamos a expressão “*linguagem dos direitos humanos*”, convém destacar, o fazemos não no sentido de negar sua natureza jurídica, ou de direito posto em normas jurídicas (em um sentido positivista, a considerar que “(...) *a experiência jurídica é uma experiência normativa*”⁴), mas, apenas, por considerá-los relevantes socialmente em termos não somente jurídicos, como também devido a uma valorização da *força simbólica* desses direitos⁵ ou, ainda, afetando a seara do que Norberto Bobbio definiu como “*função promocional do Direito*”, ao defender que os direitos humanos são um meio apto a induzir a mudança social no mundo contemporâneo, por possibilitarem o estímulo e desestímulo de comportamentos.⁶

Parece notável, assim, a relação existente entre um correto uso da hermenêutica jurídica (entendida como decorrente da hermenêutica filosófica, e incluindo a advertência de que esta deve ser sempre expressão da *estrutura histórico-cultural* na qual ela se insere e se

3 As enormes distâncias a serem percorridas entre as promessas ou garantias da linguagem dos direitos humanos e sua(s) prática(s) pelos mais diversos atores sociais, nos planos domésticos e internacional, suscitam uma série de críticas aos direitos humanos, direcionadas à sua falta ou ao seu deficit de efetividade, das quais também não nos ocuparemos, dado aos limites desta pesquisa.

4 BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 15.

5 NEVES, Marcelo. **A Força simbólica dos direitos humanos**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp. 417-450.

6 Para o autor, abordando o cerne da questão do deficit de efetividade dos direitos humanos, atualmente, o problema fundamental em relação aos direitos do homem não é tanto o de encontrar seu fundamento (s), mas sim de garantir sua proteção. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43.

desenvolve, só podendo e devendo ser apreciada no respectivo contexto⁷⁾ pelos intérpretes de direitos sociais, situando-a em seu contexto próprio e sempre tendo em mira sua relevante função social, enquanto parte integrante em todos os sistemas de proteção aos direitos humanos, e o avançar do seu paulatino e (ainda) lento processo de universalização e concretização nas mais diversas regiões. Aprofundar o estudo da hermenêutica própria dos direitos sociais poderá contribuir a este processo salutar para a expansão dos direitos sociais.

Neste sentido, para esta abordagem, algumas notas sobre as características comuns a todos os direitos humanos e que, portanto, presentes no gênero, estarão também nas espécies (inclusive nos direitos sociais), são essenciais para que os conceitos e premissas desse estudo sejam bem compreendidos pelo leitor. Da mesma forma que também será útil, para aumentar as chances de comunicação segura das ideias veiculadas neste estudo, trazer algumas referências sobre ao que exatamente estamos nos referindo quando usamos as expressões “hermenêutica jurídica”, “interpretar”, e “aplicar” normas jurídicas de direitos sociais.

2. Considerações sobre uma determinada visão da hermenêutica jurídica

Para a análise desenvolvida neste estudo, abordaremos algumas noções sobre hermenêutica jurídica⁸ que conciliam as principais formulações teóricas de Wittgenstein e Stephen Toulmin, em busca de conceitos operacionais que possibilitem análises de argumentações selecionadas para fundamentar determinadas decisões jurídicas em um determinado ramo do direito⁹. cremos que o esboço teórico obtido pode facilitar a análise que ora nos propomos a fazer sobre a hermenêutica dos direitos sociais.

O traço essencial em relação à tarefa de interpretar e aplicar as normas jurídicas

7 COELHO, Inocêncio Mártires. **Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica. Fragmentos.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 157.

8 Noções sintetizadas em tese sobre a Economicização do direito concorrencial, na qual a relação entre economia e direito estudada pelo autor nesta obra (que é a publicação de sua tese de livre docência na Universidade de São Paulo) é a do uso (muitas vezes indevido ou mal aplicado) das teorias econômicas para justificar decisões sobre direito concorrencial no Brasil, balizando a análise no *positivismo jurídico contemporâneo*. ANDRADE, José Maria de. **Economicização do Direito Concorrencial.** São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 135-163.

9 Assumindo a crítica de Toulmin à lógica formal e sua proposta de uma epistemologia contemporânea, que considera a lógica como uma jurisprudência generalizada, o autor já citado articula “(...) a formação de consensos como a construção de quadros referenciais e crenças geradas pela prática social (Wittgenstein em *Investigações Filosóficas – PhU e Da Certeza – UG*) com a epistemologia de Toulmin contra a lógica formal”. Assim o faz de modo a viabilizar a análise da relação entre o uso de argumentos originados da (micro)economia na jurisprudência brasileira sobre direito concorrencial. ANDRADE, José Maria de. *Op. cit.*, p. 149.

contemporaneamente é a crítica ao existencialismo e ao representacionalismo, partindo da premissa de que: “a hermenêutica jurídica tem como função afirmar o que não pode ser dito sobre essa tarefa de interpretar e aplicar normas jurídicas”, concluindo “(...) pela inadequação da interpretação jurídica como um processo (mental) de busca de significativos preexistentes”. Neste sentido, pode-se afirmar que é de todo inútil uma hermenêutica que pesquise as razões do decidir (que seriam, em última instância, um mistério insondável), restando viável, factível, apenas a análise dos argumentos postos que justifiquem determinadas decisões (vistas como construções de normas jurídicas). Sintetizando, mostra-se indispensável um deslocamento de ponto de vista do jurista em sua análise: “Ou seja, da hermenêutica jurídica da origem dos motivos para a teoria da argumentação da análise do decidido”¹⁰.

Neste sentido, *representacionistas* são as correntes que utilizam a ideia da linguagem como representação de elementos preexistentes, de modo que, aos intérpretes das normas jurídicas, seria possível acessar dados da natureza, das coisas ou das ideias, extraindo o significado oculto do texto normativo. A visão oposta trabalha com a ideia de que a linguagem funciona em seus usos, não sendo possível cogitar sobre a existência de significados universais ou ideais das palavras (postura típica do *essencialismo*), mas sim de suas funções práticas, o que inviabilizaria a elaboração de uma espécie de lista de pautas interpretativas e argumentativas.

Outra premissa essencial e correlata a essa rejeição ao essencialismo e ao representacionalismo é a concepção da identificação do ato de interpretar ao de aplicar a norma jurídica (como um único processo, tal qual preconizam as *teorias concretizantes do direito*), concebendo-o como um *ato de vontade* ou uma *decisão jurídica*, com certa carga construtiva¹¹, mas sem resvalar na defesa de uma liberdade metodológica dos intérpretes ou de um relativismo epistemológico (o que poderia impossibilitar a análise do acerto ou não de uma determinada decisão).

A preocupação do intérprete deve ser, assim, com um *estudo da justificação*, com

10 ANDRADE, José Maria de. *Op. cit.*, p. 135.

11 Em igual sentido, destacamos, por todos, o pensamento de Rafael de Asís, para quem a postura defensora da possibilidade de alcançar uma única resposta interpretativa correta e, portanto, da ausência de discricionariedade interpretativa, implica ou em negar a indeterminação das normas jurídicas, ou em afirmar que é possível determinar o sentido correto através da utilização de recursos extrajurídicos. ASÍS, Rafael. *La interpretación de la constitución en una sociedad multicultural*. In: VIGO, Rodolfo L. (et. al.). *Interpretación e argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales*. 1ª. ed. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2011, p. 70.

uma *análise da norma-decisão*, de modo que estas possam ser comparadas com as decisões ou opiniões doutrinárias anteriormente formuladas sobre o tema, no contexto de um sistema de referências mediado por *adestramentos*, no sentido dado a este conceito pela epistemologia socializada de Wittgenstein.

O denominado *positivismo jurídico contemporâneo*, adotado no contexto das teorias positivas em sentido estrito, rejeitando-se a eleição prévia de valores (morais) a serem defendidos, protegidos, positivados (ou seja, abstendo-se de um retorno ao moralismo), é importante para analisar a questão de possibilidade de argumentos diversos (sejam estes econômicos, morais, políticos, ou de outros saberes, a depender do estudo que se queira fazer), fundamentarem decisões jurídicas concretas. Assim, apenas argumentos e fundamentos *jurídicos* devem ser aceitos como fundamento de decisões.

Nesse ponto, tal posicionamento, a favor do positivismo, e sua delimitação do campo jurídico como aquele onde o critério de acerto (ou não) de uma decisão é dado pela interpretação e aplicação de determinada(s) norma(s) jurídica(s), é salutar no campo dos direitos humanos, em especial dos sociais, por seu conteúdo essencial estar imbrincado em temas de forte carga ideológica, política e moral, muitas vezes utilizados como argumentos que, diretamente, e até de forma exclusiva, fundamentam as decisões (algumas vezes em sentido contrário ao que o intérprete pode concluir a partir da regulação jurídica do direito social).

Também muito importante é a ressalva de que, ainda que seja aceita a eleição de um objetivo (moral ou não), ou de um “norte magnético” para onde as interpretações devam ser conduzidas, este ponto de encontro deve considerar uma teoria ética cultural e historicamente considerada, minimamente adequada ao texto constitucional¹², e não mimetizar, sem crítica, teorias morais importadas de culturas jurídicas estrangeiras diversas e sem conexão alguma com o sistema normativo em que se encontra inserido.

Concordamos com a consideração do problema da eleição de um conteúdo de justiça apriorístico em relação ao direito positivo (jusnaturalismo) como relacionado a um risco metodológico da defesa de interpretações que não se baseiem em fundamentações jurídicas (e, portanto, não são submetidas ao “*teste do pedigree*”), supostamente em prol de boas intenções, sejam elas de feição moralistas, utilitaristas, ou consequencialistas (em nítida

12 Aqui considerado o caso de norma integrante de sistema jurídico nacional, o que pode ser aplicado, por analogia, às convenções internacionais estruturadoras de (sub)sistemas jurídicos supranacionais ou internacionais, no caso de norma integrante do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH).

ameaça à segurança jurídica).

Isto porque, sem tal reserva, pode ser gerado um risco de “*relativismo intencional e engajado*”, ou, “(…) *a defesa de construtivismo jurídico ilimitado (problemática dos limites da interpretação), a apologia de um realismo jurídico ou de algum consenquencialismo forte baseado em algum motivo “supra” “meta” “sobre” normativo*”¹³.

Os argumentos *de justificação*, em lugar daqueles *de motivação*, na distinção defendida por Stephen Toulmin, em seu estudo da teoria (ou *modelagem, layout*) da argumentação, ganham lugar central quando a análise das decisões jurídicas está centrada não em como o intérprete chegou às conclusões expostas, mas sim em como, após eleita a decisão, os argumentos selecionados são apresentados para lhe dar apoio¹⁴. O que também representa uma rejeição ao *ceticismo*, na medida em que se admite a possibilidade um controle ou verificação do acerto da decisão.

Desse modo, o campo da argumentação jurídica é que possibilitará um mínimo de controle do processo de interpretar e aplicar a norma jurídica (de concretizar o texto normativo transformado em norma jurídica), diante da necessidade de fundamentação das decisões e obediência às normas procedimentais estabelecidas previamente à decisão (“*deslocamento da origem da interpretação para o campo da justificativa*”)¹⁵.

Contudo, a originalidade dessa base teórica (construída sob o amparo das noções formuladas nas obras de Wittgenstein e Toulmin) leva a crer que suas premissas e jargão podem ser utilizados em outros estudos, dos mais variados ramos do direito, cujas análises estejam centradas nas justificativas das decisões jurídicas proferidas, nos tipos e natureza de argumentos eleitos para dar suporte a tais decisões, permitindo assim sua avaliação com base em critérios reproduzíveis em outros contextos e comparações.

Neste sentido, por exemplo, destaca-se a utilidade da versátil noção de “*fundo de referências adquiridas*” (proposições que, ao lado das empíricas, representariam um sistema de convicções, de proposições fundacionais), no contexto da resposta *Wittgensteiniana* ao ceticismo radical. Pois, se não é possível, assumindo-se uma *postura não repressionalista*, declarar que uma determinada interpretação corresponde a um dado certo; também não se

13 ANDRADE, José Maria de. *op. cit.*, p. 135.

14 Sobre a visão do direito como argumentação, ou a importância desta para a interpretação e aplicação das normas jurídicas ver também: ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: Editora Ariel, 2006. BRAVO, Fernando Quintana. *Interpretación y argumentación jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006. PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

15 ANDRADE, José Maria de. *Op. cit.*, p. 143.

pode deixar de reconhecer que, em todo discurso, está sendo construído um sistema de crenças a partir da prática social (*projeto de epistemologia socializada*).

Igualmente útil, em análises epistemológicas dos argumentos empregados nas mais diversas decisões jurídicas (consideradas as necessárias adaptações a um modelo pensado no regime do *common law* para uso num regime de *civil law*), o modelo básico de argumentação em Toulmin, integrado pela alegação (C), os dados que a fundamentam (D), sua garantia (G), e seu apoio (B), constitui importante contribuição do autor, a ser apropriada por outros pesquisadores com semelhantes propósitos (e que acreditem na importância do *teste do pedigree*, bem como na obrigatoriedade da fundamentação das decisões em um texto normativo vigente).

Ainda que apresentadas de maneira sucinta, essas são as premissas sobre interpretação e aplicação de normas jurídicas que precisavam ser esclarecidas, antes de iniciarmos um breve descrição do singular regime jurídico dos direitos humanos sociais, sua universalidade e principiologia, como etapas preliminares necessárias à análise proposta sobre uma adequada hermenêutica jurídica dos direitos sociais, no âmbito dos sistemas de proteção.

3. Notas sobre o regime jurídico dos direitos humanos sociais, sua universalidade e principiologia próprias

Os direitos humanos podem ser entendidos com referência àqueles direitos que decorrem diretamente do fato de que todo ser humano é único e possui uma dignidade inata, que não pode ser ignorada em nenhuma circunstância e nenhum lugar do planeta. Assim, a universalidade dos direitos, entendida como a impossibilidade de se negar esses direitos decorrentes da singularidade do humano a qualquer pessoa, parece ser a sua característica mais marcante, ao lado da indivisibilidade.

Esta segunda característica estaria ligada ao reconhecimento de que todos os direitos humanos são interdependentes e não podem garantir proteção adequada à pessoa humana, se aplicados isoladamente, independentemente de sua espécie, origem histórica, garantia jurídica, ou outros elementos acidentalmente presentes e que os diferenciem, numa visão de necessária complementariedade entre todas as espécies de direitos humanos que compõem um determinado sistema.

Em busca da promoção da universalidade dos direitos humanos, várias instituições

ligadas à proteção da pessoa humana foram criadas, nos âmbitos infranacionais, nacionais, infrarregionais, regionais e até universais, como secretarias de promoção de direitos humanos em governos estaduais ou nacionais, sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, órgãos de controle de implementação de tratados sobre o tema no sistema onusiano, organizações não governamentais com todo o tipo de espectro de atuação, dentre outras.

A ideia em torno das estruturas das organizações dessas instituições é garantir que a promessa de expansão dos direitos humanos, feita em tratados ou outros diplomas normativos, seja efetivamente cumprida, num efeito progressivo de avanço da linguagem própria dos direitos humanos pelas diversas regiões, culturas e povos do globo, até que a universalidade se transforme em realidade, ou seja, seja refletida na atuação estatal ao formular e executar políticas públicas, assim como na ação socialmente responsável de empresas e particulares e, em caso de serem judicializados os conflitos sobre a violação a direitos sociais, na jurisprudência das cortes competentes.

Contudo, já a algum tempo, a realidade tem mostrado aos estudiosos sobre o tema e também aos que com ele interagem de alguma forma, que a universalidade dos direitos humanos está longe de abandonar seu *status* de promessa ou objetivo maior da evolução dos direitos humanos, e muitas críticas contundentes a essa visão foram e estão sendo feitas, para mostrar que a universalidade pode ser, desde inatingível, ingênua, inexequível, a, se levada ao extremo, instrumento de imposição de modelos pelos Estados e culturas dominantes (argumento essencial do *relativismo cultural*), assim como causa de estagnação e até de empobrecimento e erodição da construção normativa e institucional de apoio aos direitos humanos¹⁶.

Para entendermos a característica dos direitos humanos cunhada de universalidade, é necessário uma revisão da própria origem da noção de direitos humanos, do contexto em que sua linguagem foi desenvolvida, bem como da história que permeou seus momentos de desenvolvimento marcante. Por outro lado, as críticas que se fazem à noção de universalidade precisam ser consideradas em sua análise¹⁷. Também não se pode esquecer que o conceito de

16 Neste sentido, Antonio Augusto Cançado Trindade afirma que: “O tema da universalidade dos direitos humanos e dos “particularismos” culturais tem sido objeto de debates prolongados e inconclusos nos foros internacionais (tanto acadêmicos quanto políticos)”. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume III. 1ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 303.

17 Em uma boa síntese do fundamento dessas críticas à universalidade dos direitos humanos, transcrevemos: “Estas teses ditas “culturalistas” assentam na suposta especificidade de cada cultura, considerada como um dado mutável. Os seus defensores recusam-se a admitir a existência de uma condição humana que

universalidade, aplicado aos direitos sociais terá novas feições, e novos desafios para se manter válido no contexto de busca de uma efetiva proteção da pessoa humana¹⁸.

O sentido de universalidade de direitos humanos não pode, portanto, ser dissociado da indivisibilidade desses direitos, até porque são características que se complementam e garantem melhor resultado se aplicadas simultaneamente. Assim, por exemplo, pouca efetividade resulta, para a proteção da dignidade humana, quando uma pessoa de determinado Estado tenha o direito à liberdade de locomoção garantido em seu ordenamento jurídico, se neste mesmo conjunto normativo não há uma proteção ao direito à educação, ou outro direito social (ou até mesmo se ele não é aplicado corretamente na atuação estatal, ou interpretado e aplicado na jurisprudência nacional). Em um esforço de idealização, pode-se avaliar, no exemplo ora formulado, que o direito social do qual se necessita, prioritariamente, como o acesso à educação, será essencial para o desenvolvimento pleno das capacidades humanas.

Nessa hipótese, a falta de universalidade do direito à educação, por exemplo, já que este não atingiu, teoricamente ou na prática, esta determinada porção do globo, prejudicará, irremediavelmente, o desenvolvimento digno de um ser humano, que não usufruirá, assim, da indivisibilidade dos direitos humanos, eis que só tem garantia de parte deles, e todos são interdependentes.

Assim, não se pode deixar de observar que a universalidade tem um sentido próprio quando aplicada aos direitos humanos como um todo, independentemente da classificação ou geração de direito envolvida, num sentido direcionado para a internacionalização de direitos¹⁹. Isso porque é próprio dessa lógica a noção de expansão progressiva de direitos pelos Estados ou regiões envolvidas no processo específico, com a visão de que, frequentemente, não basta a garantia de proteção humana pelo direito interno, ainda que a nível constitucional, uma vez

transcende as situações e histórias particulares, e que implica o gozo de direitos idênticos por todos os membros da “família humana”, para retomarmos o termo utilizado na Declaração Universal de 1948. A filosofia dos direitos do homem não passa, na sua opinião, de ideologia graças à qual o Ocidente tenta garantir a supremacia dos seus valores e do seu sistema político, e conseqüentemente dos seus interesses, no resto do mundo”. COMBESQUE, Marie Agnès (coord.). **Introdução aos Direitos do Homem**. Lisboa: Terramar – Editores, Distribuidores e Livreiros Ltda., 1998, p. 16.

18 Os direitos sociais, econômicos e culturais, ainda para quem defenda um esforço superior de implementação deles, não deixam de possuir essa perspectiva evolutiva, representando um feixe de obrigações aos poderes públicos, que são inexoravelmente obrigados a empreender esforços no sentido de aumentar, continuamente, o grau de efetivação deles. Contudo, não podemos aceitar que essa evolutividade seja usada, sem reservas, como escudo para impedir a responsabilização internacional de Estados que não implementem os direitos sociais previstos em seus ordenamentos jurídicos, e também nos instrumentos internacionais dos quais seja signatário, ao menos na medida em que os seus recursos financeiros permitirem.

19 Sobre o processo de internacionalização do direito ver, por todos: VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: Uniceub, 2013.

que, dentre outros motivos, é o próprio Estado quem, por vezes, viola os direitos de seus nacionais e estrangeiros sob sua ação, e a responsabilização internacional pode funcionar como desestímulo a esse comportamento ilícito²⁰.

A universalidade dos direitos humanos necessita, assim, enfrentar aspectos ligados ao fato destes envolverem processos multidimensionais, com fatores sociais, históricos, culturais, econômicos, políticos e religiosos, dentre outros, em Estados e culturas variadas e até antagônicas. Tudo isso afeta, sobremaneira, a questão da consistência nesses direitos, já que não se pode imaginar a viabilidade na aplicação de um direito em total contradição com os valores de um determinado grupo social. Sobre essas dificuldades, já mencionadas, merecem destaque a denominada *visão do mundo oriental*, que acusa a linguagem de direitos humanos de ser marcadamente ocidental e até eurocêntrica, e a crítica dos Países de maioria muçulmana, com ideias divergentes em pontos cruciais para os direitos humanos²¹.

Os direitos sociais, econômicos e culturais, por seu turno, sejam eles propriamente prestacionais e normalmente endereçados aos Estados; ou direitos de defesa, como a limitação da jornada de trabalho, normalmente endereçados aos particulares, sempre visam à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material. Tais direitos estão assegurados, em normas internas de Estados soberanos, mas também em muitos tratados internacionais, e outros diplomas normativos elaboradas por organismos internacionais, como a *Organização Internacional do Trabalho – OIT* e o *Comitê para o Desenvolvimento dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, no contexto da *Organização das Nações Unidas – ONU*.

O regime jurídico dos direitos humanos, sua lógica e principiologia próprias são aplicáveis aos direitos sociais, dado à unidade e indivisibilidade. Nesse sentido, os direitos

20 O Estado responsável pela prática de um ato ilícito segundo o direito internacional deve ao Estado a que tenha causado dano uma reparação adequada. Com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, foi desenvolvida a ideia de uma *responsabilidade internacional de Estados que violassem direitos humanos* de particulares (nacionais ou estrangeiros), quando assumido o compromisso de respeitá-los, mediante a adesão a tratados de promoção de direitos humanos. No campo dos direitos humanos, a responsabilização internacional dos Estados é, neste sentido, essencial para reafirmar a juridicidade deste conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e para a afirmação da dignidade humana. Não podemos olvidar que, desde o surgimento do Estado laico ocidental, tem-se afirmado que o Estado não é um fim em si mesmo, pois somente existe em razão da busca do bem comum dos indivíduos subordinados à sua jurisdição e império. Ao longo dos séculos, porém, tem sido patente que a *fórmula do bem comum* pode servir aos mais diversos objetivos práticos e imediatos de um determinado grupo da sociedade, encobrindo e justificando atrocidades contra os direitos mais elementares dos seres humanos sob sua potestade.

21 Neste ponto, muitos estudiosos já questionaram a utilidade do conceito de universalidade, especialmente aqueles que acreditam que a noção pode esconder interesses relacionados à dominação cultural, política e econômica (imposição de modelos), e enfraquecer a auto-determinação dos povos, já que poderá implicar restrições à soberania nacional.

sociais também estão jungidos ao princípio informador comum lastreado na dignidade da pessoa humana, tem juridicidade reforçada e, no Brasil, como na maioria dos Países, são eleitos pelas constituições como limites materiais à reforma constitucional (as chamadas cláusulas pétreas). São direitos prioritariamente endereçados aos Estados, com a ambiciosa e indissociável meta de transformação da realidade social com vistas à redução da miséria e sofrimento humanos; Portanto, tem certas peculiaridades, que justificam a adoção de princípios específicos em sua regulação.

Dentre esses princípios específicos ao regime jurídico dos direitos sociais, podemos citar: princípio da observância do núcleo essencial dos direitos sociais, princípio da utilização do máximo dos recursos disponíveis, princípio da implementação progressiva e da proibição do retrocesso social, princípio da inversão do ônus da prova, princípio da participação, transparência e *accountability*, princípio da cooperação internacional, princípio hermenêutico *in dubio pro justitia socialis*²².

Tais especificidades do regime jurídico aplicável aos direitos sociais geram novos desafios e limites à sua aplicação embasada na busca da universalidade. Inicialmente, contudo, convém ressaltar que as dificuldades teóricas e práticas para a aplicação da universalidade aos direitos humanos em geral são todas reproduzidas na aplicação da universalidade aos direitos sociais (embora a interpretação e aplicação das diferentes espécies de direitos humanos não seja idêntica), já que estes também envolvem processos de natureza variadas, e são ainda agravadas pela maior densidade normativa desses direitos.

As dificuldades começam na constatação de que, antes de imaginarmos ser possível uma determinada forma de universalização, ou mesmo aplicação uniforme de um direito humano, seja ele de qualquer espécie, inclusive social, num contexto territorial regional, é preciso que haja, inicialmente, um consenso (ainda que relativo ou parcial) sobre o conteúdo deste direito, o que tem se mostrado um verdadeiro “*calcanhar de Aquiles*” para os direitos humanos.

Assim, nem mesmo o direito à vida, que é reconhecido por muitos como o principal direito da pessoa humana tem seu conteúdo passível de delimitação sem que fortes desentendimentos entre os Estados e órgãos de controle externos surjam, pois não há consenso universal (ou até mesmo regional) sobre o momento do início da vida, nem tampouco do seu final. Isso faz com que questões como a legalização do aborto,

²² Ver GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

interrupção da gravidez de anencéfalo, eutanásia, uso de embriões humanos em pesquisas, e outros temas ligados à vida sejam considerados sensíveis, e particularmente desafiadores à pretensão universalizante dos direitos humanos, ainda que em um contexto de globalização de diversos setores das sociedades.

Por outro lado, alguns direitos, como o de não ser torturado, são mais propícios a agregarem um certo consenso sobre seu conteúdo. Tal característica não está presente na seara dos direitos sociais, pois, nestes, os processos multidimensionais necessários à sua concretização envolvem um número maior de fatores da vida humana e social, e muitos deles com um peso relativamente difícil de ser atribuído sem embates ideológicos, morais ou culturais relevantes (especialmente em um contexto de uma sociedade democrática ou em processo de democratização).

Neste sentido, por exemplo, dificilmente alcançaremos um real consenso (ainda que provisório) em torno do conteúdo do direito à saúde, à educação, ao meio ambiente de trabalho sadio, dentre outros. Aqui entram em cena, com maior peso, fatores como a história, a economia, o grau de desenvolvimento econômico, social e cultural dos Estados nacionais ou regiões envolvidos. Isso porque esses direitos são compostos de várias camadas em sua formação conceitual, positivamente, interpretação e aplicação, e também podem servir de abrigo a diversos outros direitos derivados dessas camadas.

A título de exemplo, o direito à educação, a depender do contexto social e sistema jurídico em que esteja integrado, pode englobar (ou não) o direito a ser alfabetizado, o direito à educação básica e fundamental, o direito à educação intermediária ou técnica, o direito à educação superior, o direito de acesso às fontes de conhecimento, o direito à preservação de acervos históricos e de interesse cultural, o direito a ter uma educação que respeite os valores culturais de seus povos ancestrais, o direito a ter uma educação que respeite a diversidade cultural e religiosa, dentre outros.

Assim, cada um desses direitos integrantes de camadas de conteúdo do direito à educação pode ser ou não garantido por um determinado Estado, a depender de inúmeras variáveis, como o processo de formação histórica ou social de um povo, sua capacidade política e técnica de exercer o governo, ou sua situação econômica específica, que poderá ditar ou condicionar até qual limite esses (sub) direitos abrangidos no direito à educação poderão ser garantidos internamente.

Assim, as dificuldades para a interpretação e aplicação dos direitos sociais, num

contexto de busca de sua universalidade, podem ser ainda maiores do que as existentes nas demais gerações de direitos, pois para cada um desses direitos teria de haver ao menos um relativo consenso quanto ao seu conteúdo para viabilizar a sua universalização.

Ademais, essas dificuldades também são crescentes, pois, à medida que as sociedades mudam e esses direitos ganham novas camadas, surgem novos desafios à expansão dos recém-criados direitos, que necessariamente enfrentarão novos embates em torno do seu conteúdo e adoção. Isso talvez explique o motivo dos tratados sobre direitos sociais terem número de adesões sempre inferiores aos tratados correspondentes envolvendo direitos civis e políticos, e até mesmo a bipartição desses instrumentos²³.

E talvez possa explicar também as inúmeras ressalvas que são postas, seja expressamente nas normas jurídicas garantidoras de direitos sociais, ou em argumentos em que se fundamentam interpretações e decisões encontradas na jurisprudência sobre tais direitos, quanto à possibilidade de exigibilidade judicial destes, refletidos, por exemplo, nos “princípios” ou diretrizes da *implementação progressiva* desses direitos, e ainda assim, condicionada à chamada *reserva do possível*, ou seja, à suficiência de recursos financeiros para a sua concretização.

4. Ponderações sobre a hermenêutica jurídica dos direitos sociais

Alguns aspectos jurídicos relevantes decorrem dessa maior dificuldade de aplicação da universalidade aos direitos sociais. Dentre eles, podemos citar algumas adaptações que relativizam a universalidade, como o uso da noção de *núcleo essencial de direitos*²⁴, a adoção da *margem nacional de apreciação* pela *Corte Europeia de Direitos Humanos*, o uso de mecanismos de aferição de resultados na implementação de direitos sociais, especialmente de indicadores sociais, e a aceitação da formação de padrões de efetivação (*standards*).

Neste sentido, a ideia de *núcleo essencial de direitos sociais* vem socorrer a aplicação da universalidade aos direitos sociais, à medida que pode garantir a manutenção, ainda que

23 Neste sentido, observa-se, por exemplo, que o principal diploma normativo do *Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos - SIDH*, ou seja, o *Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)*, reflete a aceitação, no sistema interamericano, da dualidade de instrumentos já existente no sistema universal da ONU, dividindo os direitos humanos em civis e políticos, e direitos econômicos sociais e culturais.

24 Sobre o tema ver a seguinte obra, resultante de adaptação de dissertação de mestrado sobre as diversas teorias e fundamentos do conteúdo essencial dos direitos sociais: SAMPAIO, Marcos. **O Conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

relativizada, dessa noção, ao preconizar que, a despeito da complexidade e densidade normativa desses direitos, seu núcleo essencial deve ser respeitado e observado em todos os sistemas jurídicos comprometidos com sua concretização, ou seja, ao menos dentre os que se dispõem a colaborar para a expansão dos direitos humanos de segunda geração.

Contudo, isso não resolve inteiramente o problema, pois o dissenso pode continuar exatamente em torno da definição de qual seria especificamente esse núcleo essencial, em relação a uma determinada espécie de direito social, em particular, e em um determinado contexto, já que estamos tratando, no âmbito do DIDH, de iniciativas entre Estados diferentes, de uma mesma região, ou até mesmo a nível universal. Assim, apesar de não ser indene de críticas, essa noção tem a utilidade de ajudar a restringir a dificuldade citada acima, sem que a pretensão à universalidade precise ser formalmente abandonada, o que em muito ameaçaria a força simbólica da linguagem dos direitos humanos.

Ainda que sem intenção de resolver especificamente a questão dos direitos sociais, a Corte EDH implementou o uso da chamada *margem nacional de apreciação*, que permite à corte abster-se de decidir casos envolvendo aspectos de direitos humanos que não considerados integrantes de seu núcleo essencial, e podem ser deixados para a livre apreciação de seu conteúdo integral e regulação pelos estados nacionais. Ou seja, os Estados integrantes do *Sistema Europeu de Direitos Humanos* tem liberdade para decidir o alcance e a forma de aplicação dos direitos sociais em seus respectivos territórios, elegendo as políticas públicas que entenderem mais adequadas aos seus contextos sociais e políticos e, também aos recursos financeiros de que dispõem.

Já a Corte IDH, em regra, rejeita a aplicação da margem nacional de apreciação em sua hermenêutica dos direitos sociais, apostando na tentativa de uma padronização da aplicação das normas de proteção à pessoa humana, no contexto regional latino-americano, como um vetor de impulsão da melhoria dos sistemas normativos internos dos Estados sob sua jurisdição, buscando um maior efetividade desses direitos.

Porém, contraditoriamente, tal fator pode ser apontado como uma possível causa do baixíssimo grau de cumprimento de suas decisões, à medida que traz um certo autoritarismo nas relações no âmbito do sistema interamericano, gerando uma crise de legitimidade para o controle da aplicação e proteção dos direitos humanos.

O processo de adaptação da interpretação e aplicação dos direitos sociais ao seu caráter universal também passa pelo *uso de mecanismos de aferição de resultados na*

implementação, já que cada Estado ou conjunto de Estados reunidos em certo arranjo jurídico aplicará de forma diferente, gradual, esses direitos, desde que mantido o núcleo essencial objeto de consenso, e de acordo com suas condições econômicas e financeiras também.

Dentre esses mecanismos, destacam-se o *direito à informação*, os *indicadores qualitativos e quantitativos de resultados* (muito importantes e valorizados pela comunidade internacional, mas ainda carentes de desenvolvimento e regulação); e o *princípio da proporcionalidade como mecanismo de aferição de retrocesso social*, possibilitando aferir se, no contexto da integralidade dos direitos sociais (vistos como um todo), o eventual recuo no gozo de algum direito é justificado pela ampliação de gozo de outro direito social (sempre tendo em vista a limitação de recursos financeiros dos Estados)²⁵.

O uso desses mecanismos pode auxiliar o intérprete na tarefa de observação do grau de efetividade desses direitos, para a posterior identificação de padrões de cumprimento pelos Estados que, analisados em conjunto com os demais fatores envolvidos no contexto específico, pode gerar um *standard* a servir de alvo para os demais. Assim como também pode servir de instrumento para a detecção de descumprimento da efetivação do núcleo essencial de algum direito, e da falta de justificativa (financeira, por exemplo) para tanto, com o objetivo de viabilizar a responsabilização internacional do Estado pela violação a direito social constatada.

Toda essa gama de possibilidades normativas, interpretativas e de aplicação concretas que as tentativas de adaptação da noção de universalidade aos direitos sociais gera podem contribuir ao processo de construção dos direitos humanos em camadas, pela fertilização ou fecundação cruzada, ambas obtidas com a aplicação do método comparativo, nas diversas fases de vida da norma internacional de proteção aos direitos humanos, e, ainda, no trabalho de interpretação e aplicação dessas normas pelos órgãos de controle, sejam estes judiciais ou não²⁶.

25 Ver, sobre o tema: GOTTI, Alessandra, 2012. *Op. cit.*

26 Utilizamos, nesta análise, os conceitos desenvolvidos em tese de doutorado de Sandrine Turgis, *Les Interactions entre les norme internationales relatives aux droits de la personne*, sobre as interações entre as normas internacionais relativas aos direitos da pessoa humana, para quem a fertilização cruzada e a fecundação cruzada são expressões de um mesmo fenômeno de troca, a primeira sublinhando o impacto das interações sobre a qualidade do solo no qual as normas internacionais prolongam suas raízes, enquanto a segunda acentua o fenômeno da reprodução destas normas. Assim, as interações entre as normas internacionais de proteção, notadamente pelo método de comparação, permitem às normas e aos órgãos de interpretação destas últimas, de encontrar um eco entre outros componentes do direito da pessoa humana ou de se apoiar sobre as concretizações já existentes para se desenvolver. O método comparativo é visto como a prática de uma técnica que repousa sobre a comparação, a confrontação, o *desvelamento* de normas ou de jurisprudências internacionais para responderem a uma problemática relativa aos direitos internacionais da pessoa humana, podendo oferecer aos atores desse direito os argumentos justificadores ou confirmadores tanto de sua existência quanto das escolhas interpretativas realizadas. Desse modo, dois dos efeitos

Desse modo, outros processos que resultam dessas adaptações são a desejável *harmonização das normas internacionais* sobre um mesmo tema afeto aos direitos humanos, o que não significa padronização ou uniformização, mas sim a busca de coerência (intra e extrasistêmica), consistência e compatibilidade com os distintos sistemas jurídicos, sob pena de causar uma estagnação e até erosão desses sistemas, na hipótese de se chegar a um quadro de total inadequação ao contexto histórico, cultural e social onde serão aplicadas.

Ademais, na esteira dessa busca, outro resultado que vem chamando a atenção no plano internacional é o crescente *diálogo de juízes*, enquanto atores essenciais na troca de conhecimentos sobre os diversos *corpus* normativos, e na harmonização destes. Ainda que não se possa ignorar a crítica sobre a falta de democracia nesse processo, a gerar o que os críticos chamam de “*monólogo de juízes*”, destacando a maior relevância dada às decisões de Países centrais e esquecimento ou rejeição da jurisprudência de Países periféricos.

O resultado mais desejado e visível dessa necessária flexibilidade e criatividade na aplicação da universalidade dos direitos sociais e no uso dos mecanismos envolvidos nesse processo, contudo, será o aprimoramento das políticas públicas relacionadas ao incremento da efetividade dos direitos sociais.

Isso porque a elaboração e implementação das políticas públicas é um processo complexo que terá proveito com o uso de mecanismos de aferição de resultados, em especial dos indicadores sociais, bem como a comparação com os standards e as melhores (e piores) práticas a serem detectadas, assim como também será beneficiado pela troca de informações promovida pela fertilização e fecundação cruzadas e o diálogo de juízes. É possível, ainda, sofrerem impacto de um provável incremento na responsabilização estatal por violação de direitos sociais, que pode surgir do uso do método comparativo.

5. Sistemas de proteção aos direitos humanos e a hermenêutica dos direitos sociais

Com variadas configurações normativas e institucionais, e fortes conexões, os sistemas de proteção e controle dos direitos humanos com atuação no campo dos direitos sociais são

decorrentes e eventualmente esperados da utilização do método comparativo são a fertilização cruzada e a fecundação cruzada, fenômenos em virtude dos quais o encontro de elementos do direito internacional da pessoa humana conduz ao enriquecimento recíproco, seja por meio do substrato que nutre as normas, seja por seu mecanismo de reprodução. TURGIS, Sandrine. *Les Interactions entre les norme internationales relatives aux droits de la personne*. Paris: Editions A. Pedone, 2010, p.19-20. Tradução livre.

variados e encontram-se em pleno desenvolvimento. Uma noção transversal de sua participação no DIDH, e no direito internacional social, é essencial para o intérprete dos direitos sociais, pois possibilitará uma hermenêutica adaptada às perspectivas de democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial.

Classificados para facilitação da sua compreensão, destaca-se a atuação de um sistema universal de proteção, integrado por organizações internacionais com vocação a receberem a adesão de todos os Estados existentes, e de sistemas regionais, idealizados no âmbito de organizações internacionais com atuação delimitadas a um certo continente ou área geográfica.

A *Organização Internacional do Trabalho*, integrante do sistema universal, foi a pioneira e mais bem sucedida organização internacional idealizada com o escopo de fomentar uma normatização internacional, no caso, em relação a direitos sociais, inicialmente de índole trabalhista, depois expandindo para outras esferas, com a previdenciária e, de modo expresso e prioritário, as conexões destes com os direitos humanos.

Também a *Organização das Nações Unidas*, e outras organizações internacionais a ela associadas, como a *UNESCO*, *OMS*, *FAO*, dentre outras, atuam em defesa da expansão dos direitos sociais, seja produzindo ambientes propícios para a aproximação entre agentes da comunidade internacional, interessados na geração de uma normatização e instrumentos coercitivos mais adequados à proteção desses direitos, seja propiciando o surgimento de textos jurídicos da chamada *soft law*. Estes últimos, de grande importância no auxílio da hermenêutica própria dos direitos sociais, criados com base na construção do diálogo social, e contando com a participação direta dos atores sociais e da sociedade civil como um todo na construção da norma para fomentar seu cumprimento.

Contudo, os sistemas de controle de caráter universal contam apenas com órgãos de caráter político ou quase jurisdicionais, e não com órgãos de natureza jurisdicional, que ficam restritos aos sistemas regionais e, no contexto europeu, também pela corte internacional integrante do *Direito Comunitário*. O TJUE, apesar de não possuir mandato específico para os direitos humanos, viu-se compelido a julgar casos que os envolve. Assim, juntamente com os sistemas jurídicos nacionais, o SEDH, instituído no âmbito do Conselho da Europa, e o direito comunitário integram o chamado *triângulo europeu de proteção aos direitos humanos*.

No contexto das Américas, por sua vez, o SIDH foi idealizado com inspiração no modelo europeu, mas temperado com as particularidades regionais, e integrado pela Corte IDH. Em ambos os sistemas regionais, destaca-se que os Estados e também os indivíduos têm

acesso a denunciar, por meio do sistema de petições individuais, violações a direitos humanos, porém o SIDH ainda mantém um filtro de processos na Comissão IDH, como ocorria no SEDH antes de ser atualizado.

A Corte EDH, em sua jurisprudência trilha um caminho de ampliar a judiciabilidade dos direitos sociais no SEDH, bastante reduzida no plano formal, pois somente os direitos civis e políticos são garantidos na CEDH, ao lado de dois direitos híbridos, como o *direito à liberdade de associação e sindical*, e o *direito a não ser reduzido à escravidão*. O *protocolo adicional à CEDH n. 1* contempla ainda o *direito à educação*, como único direito social prestacional expressamente garantido pela CEDH e exigível perante a Corte EDH²⁷.

Diante deste quadro, os juízes europeus desenvolveram métodos de interpretação dinâmicos, que permitem uma atualização constante do sentido das normas convencionais, e conferem uma judiciabilidade material aos direitos sociais no SEDH. Dentre eles, podem ser destacados:

- i) a interpretação integrativa dos direitos sociais ao conteúdo de direitos civis e políticos;
- ii) a interpretação construtiva do conteúdo dos direitos híbridos previstos textualmente na CEDH, especialmente em relação ao direito à liberdade sindical;
- iii) o uso da *margem nacional de apreciação* (MNA).

O estudo das linhas argumentativas mais frequentes nas decisões proferidas pela Corte EDH em casos de violações a direitos sociais apontam para a conclusão de que, enquanto a

27 Os casos julgados pela Corte EDH e estudados para esta pesquisa foram: Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso *Syndicat National de la Policie Belge c/ Belgique* (Requête n. 4464/70). Decisão de 30 de outubro de 1975. Caso *Airey c. Irlande* (Requête n. 6289/73). Decisão de 09 de outubro de 1979. Caso *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède (A 20)*. Decisão de 6 de fevereiro de 1976. Caso *Schmidt et Dahlstrom c. Suède (A 21)*. Decisão de 6 de fevereiro de 1976. Caso *Gaygusuz c. Autriche* (Requête n. 17371/90). Decisão de 16 de setembro 1996. Caso *Sigurdur A. Sirgurjonsson c. Islande* (Requête n. 16130/90). Decisão de 30 de junho de 1993. Caso *Gustafsson c. Suède (Requête n. 1996-II)*. Decisão de 01 de julho de 1997. Caso *Zehnalová et Zehnal c. République Tchèque* (Requête n. 38621/97). Decisão de 14 de maio de 2002. Caso *Demir et Baykara c. Turquie* (Requête n. 34503/97). Decisão de 12 de novembro de 2008. Caso *Oneryildiz c. Turquie* (Requête n. 48939/99). Decisão de 30 de novembro de 2004. Caso *Affaire Sidabras et Dziautas c. Lituanie* (Requêtes n. 55480/00 et 59330/00). Decisão de 27 de julho de 2004. Caso *Willis c. Royaume-Uni* (Requête n. 36042/97). Decisão de 11 de junho de 2002. Caso *Koua Poirrez c. France* (Requête n. 2003-X). Decisão de 30 de setembro de 2003. Caso *Karaçay c. Turquie* (Requête n. 6615/03). Decisão de 27 de março de 2007. Caso *Orsus et autres c. Croatie* (Requête n. 15766/03). Decisão de 16 de março de 2010. Caso *Kjartan Asmuundsson c. Islande* (Requête n. 2004-IX). Decisão de 12 de outubro de 2004. Caso *Stec et al. c. Royaume-Uni* (Requête n. 2005-X). Decisão de 6 de julho de 2005. Caso *N. c. Royaume-Uni* (Requête n. 26565/05). Decisão de 27 de maio de 2008. Caso *Sorensen et Rasmussen c. Danemark c. Suède* (Requête n. 2006-I). Decisão de 11 de janeiro de 2006. Caso *Apostolakis c. Grèce* (Requête n. 39574/07). Decisão de 22 de outubro de 2009.

interpretação integrativa e construtiva favorecem a judiciabilidade destes direitos, o uso da margem nacional de apreciação, em regra, a enfraquece.

A interpretação integrativa permitiu que diversos casos envolvendo a omissão estatal em garantir o acesso ou o gozo a direitos sociais, ou a sua violação direta, fossem examinados na Corte EDH, ao se entender que a conduta questionada privava o requerente do exercício de direitos, civis e políticos, garantidos na CEDH, como o direito à propriedade, à vida familiar e privada, a não sofrer tratamento cruel ou degradante, a não sofrer tratamento discriminatório, ao direito a um processo equitativo, dentre outros. Esse método é relativizado pelo uso, pouco transparente, do *critério da relação direta e imediata*.

A interpretação construtiva, por seu turno, permitiu uma reconstrução do conteúdo clássico do *direito à liberdade sindical*, em particular, para incluir em seu conteúdo o direito de associação negativo, o direito a fundar e manter organizações sindicais, o direito de greve, inclusive de servidores públicos, e o direito a celebrar acordos e convenções coletivas.

O uso da MNA, contudo, revela a preocupação da Corte EDH em não se sobrepor à atuação política de escolha de políticas públicas, evitando-se que o resultado de suas decisões seja a imposição de ações estatais indesejadas politicamente ou excessivamente custosas para os Estados (critério do fardo excessivo e insuportável).

Assim, em regra, a MNA é vista como ampla em termos de direitos sociais prestacionais, e a Corte EDH costuma declarar a violação a esses direitos apenas quando há um retrocesso acentuado e desproporcional no nível de proteção social já garantido pela legislação nacional, ou quando há uma injustificada discriminação na seleção de beneficiários.

As linhas gerais da jurisprudência da Corte IDH em matéria de direitos sociais, em sentido oposto, segundo a análise dos casos que estudamos²⁸, apontam para uma reiterada omissão em declarar a violação ao direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC, expresso na CADH, o que somente ocorre quando grupos em situação de especial vulnerabilidade social estão envolvidos, como crianças, idosos, povos indígenas e pessoas com algum tipo de deficiência. Não sendo o caso, a violação raramente é declarada, ficando a exceção com os casos de violação ao *direito à liberdade sindical* e, ainda de modo incipiente,

28 Para a seleção e análise desses casos, foi utilizado um elenco de casos sobre DESC e, ainda que parcialmente, o protocolo de análise de casos desenvolvido pelo grupo de pesquisa *Internacionalização do Direito*, coordenado pelo Prof. Dr. Marcelo D. Varela, no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. O levantamento dos casos que envolvem violações diretas a DESC, bem como a outros tipos de direitos humanos foi realizado num esforço de classificação de todos os casos já julgados pela Corte IDH, realizado no 1o. semestre de 2013 pelos integrantes deste grupo de pesquisa.

o *direito à saúde*, não por acaso os únicos contemplados com o sistema de petições individuais pelo *Protocolo de San Salvador*²⁹.

Também é frequente o uso da proteção indireta aos direitos sociais por meio de direitos civis, inspirado abertamente na jurisprudência da Corte EDH, mas aqui, segundo entendemos, de maneira injustificada, eis que a CADH, ao contrário da CEDH, expressamente prevê o *direito ao desenvolvimento progressivo dos DESC*. E, ainda de maneira mais criticável, a Corte IDH geralmente não declara a violação aos direitos sociais, usando de subterfúgios, como questões processuais (limites da lide), menção na análise de violações a direitos civis, ou ainda o reduzido número de requerentes.

Contraditoriamente, a Corte IDH frequentemente inclui em suas condenações a reparação de danos materiais e morais decorrentes da violação de direitos sociais que não foi declarada. Tudo isso desfavorece o cumprimento das decisões da Corte IDH pelos Estados condenados, e também a sua própria legitimidade.

6. Síntese conclusiva

A universalidade dos direitos sociais é o aspecto e meta mais desafiadores desta especial categoria de direitos humanos, em especial devido às particularidades dos direitos sociais que impactam diretamente em sua interpretação e aplicação. Isso gera a necessidade de adaptações de noções e instrumentos jurídicos em sua hermenêutica, o que nem sempre é observado pelo intérprete, desfavorecendo sua expansão na sociedade mundial ou *sociedade internacional alargada*, como preferem alguns juristas, especialmente os franceses³⁰.

29 Os casos julgados pela Corte IDH e estudados para esta pesquisa foram: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Villagrán Morales vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas). Caso *Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Caso *Instituto de Reeducción del Menor*. Sentencia de 02 de setiembre de 2004 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Caso *Niñas Yean Y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 08 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Caso *Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai*. Sentencia de 17 de junho de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Caso *Acevedo-Jaramillo y otros vs. Peru*. Sentencia de 07 de febrero de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas). Caso *Aguado Alfaro y otros vs. Peru*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas). Caso *Comunidade Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas). Caso *Abrill-Alosilla y otros vs. Peru*. Sentencia de 4 de marzo de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas).

30 Sobre a *sociedade internacional alargada ou ampliada*, deve ser dado destaque para a atuação das organizações internacionais, que constituem os sujeitos secundários do direito internacional, e desenvolveram o direito institucional, cada vez mais complexo e sem substituir o direito relacional clássico, de modo que a interação entre esses dois níveis de organização da sociedade internacional, aliada à gestação

Tal fator é verificado, inclusive, na jurisprudência obtida com as decisões proferidas pelos juízes regionais, incumbidos de analisar e declarar a responsabilidade internacional dos Estados violadores. Neste sentido, verifica-se que, nas jurisprudências das cortes europeia e interamericana de direitos humanos, a universalidade dos direitos sociais, traduzida em sua expansão harmônica no interior dos sistemas, é perseguida por diferentes métodos interpretativos e linhas argumentativas. Contudo, o estudo das decisões selecionadas nos levam a concluir que, em regra, no caso europeu, o processo é conduzido de modo mais equilibrado e favorecedor dessa expansão, e, no caso americano, frequentemente, é marcado por uma reiterada omissão em declarar as violações a direitos sociais.

Podemos concluir, desse modo, que a universalidade dos direitos humanos, inclusive dos sociais, é característica que integra a essência da linguagem dos direitos humanos. Contudo, sua interpretação e aplicação está longe de ser possível sem o enfrentamento de inúmeras dificuldades teóricas e práticas³¹ e, por isso, muitas são as críticas a sua influência nos sistemas de proteção à pessoa humana.

Em relação aos direitos sociais, essas dificuldades são ainda maiores, tornando, assim, indispensável o manejo de adaptações e instrumentos inovadores, como a ideia de núcleo essencial, margem nacional de apreciação, uso de mecanismos de aferição de resultados e formação de padrões de efetivação (*standards*).

A principal conclusão do estudo é que, apesar da moderna hermenêutica jurídica encontrar-se apta a instrumentalizar a interpretação e aplicação dos direitos sociais de modo a garantir sua efetividade ao destinatário da norma, uma série de mitos e pré compreensões inautênticos interferem na seleção dos argumentos selecionados nas decisões sobre o tema.

Tal fator gera um grande impacto no conteúdo das decisões, as quais, muitas vezes, são omissas em resguardar os direitos sociais, especialmente em se tratando de eventuais condenações delas resultantes (ainda que não se possa desprezar a crescente influência dessas decisões nos âmbitos domésticos dos Estados envolvidos, dado ao valor simbólico da linguagem dos direitos humanos).

As diferenças de procedimentos e normatizações dos sistemas de proteção, aliadas a

de uma sociedade civil (pelas organizações não governamentais, gera uma substituição do direito internacional meramente interestatal pelo da sociedade internacional ampliada. DECAUX, Emmanuel. FROUVILLE, Olivier. **Droit international public**. 9. ed. Paris: Éditions DALLOZ, 2014, p. 167-168. Tradução livre.

31 Sobre tais dificuldades, ver, por todos, PINHEIRO, Marcelo Ribeiro. **A eficácia e efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional: em busca da superação de obstáculos**. Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre perante a Universidade de Brasília, em 2008.

visões distintas quanto ao papel dos órgãos de supervisão e controle da aplicação das obrigações internacionais assumidas pelos Estados submetidas às suas jurisdições, impactam consideravelmente, por exemplo, as jurisprudências das cortes europeia e interamericana em matéria de direitos sociais.

Por tal razão, os mecanismos de interpretação próprios aos direitos sociais eleitos pelos diferentes sistemas de proteção devem ser conhecidos do intérprete, para possibilitar o manejo de uma hermenêutica voltada à perspectiva de democracia e cidadania na sociedade mundial. A necessidade de tal compreensão torna complexa a tarefa de promover a adequada hermenêutica dos direitos sociais, e gera outros efeitos, como as tendências à fecundação e fertilização cruzadas, ao diálogo de juízes, e pode ampliar as possibilidades de aprimoramento das políticas públicas relacionadas ao tema.

7. Referências Bibliográficas

ANDRADE, José Maria de. **Economicização do Direito Concorrencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ASÍS, Rafael. *La interpretación de la constitución en una sociedad multicultural*. In: VIGO, Rodolfo L. (et. al.). *Interpretación e argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales*. 1^a. ed. Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2011.

ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: Editora Ariel, 2006.

BRAVO, Fernando Quintana. *Interpretación y argumentación jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria Geral do Direito**. 3^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos**

Humanos. Volume III. 1ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 303.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica. Fragmentos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

COMBESQUE, Marie Agnès (coord.). **Introdução aos Direitos do Homem.** Lisboa: Terramar – Editores, Distribuidores e Livreiros Ltda., 1998.

DECAUX, Emmanuel. FROUVILLE, Olivier. **Droit international public.** 9. ed. Paris: Éditions DALLOZ, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1997.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados.** São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Marcelo. **A Força simbólica dos direitos humanos.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (coordenadores). **Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINHEIRO, Marcelo Ribeiro. **A eficácia e efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional: em busca da superação de obstáculos.** Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre perante a Universidade de Brasília, em 2008.

SAMPAIO, Marcos. **O Conteúdo essencial dos direitos sociais.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11 ed. Porto Alegre: Livraria do

Advogado Editora, 2012.

TURGIS, Sandrine. *Les Interactions entre les norme internationales relatives aux droits de la personne*. Paris: Editions A. Pedone, 2010.

VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: Uniceub, 2013.