

Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: fórmulas fracas e vazias de efetividade?

Maria Hemília Fonseca

mariahemiliafonseca@gmail.com

Doutora em Direito e Mestre em Direito das Relações Sociais, PUC-SP. Doutorado Sanduíche na Universidade de Salamanca pelo CNPq. Professora Pesquisadora na FADUSP, *campus* Ribeirão Preto.

Recebimento do artigo: 31/03/2010

Aprovado em: 12/08/2010

Resumo

As discussões no presente estudo se concentraram nos direitos econômicos, sociais e culturais. Procurou-se demonstrar que as análises que encaram tais direitos como “fórmulas fracas e vazias de efetividade” podem e devem ser superadas, já que assumem um caráter parcial. Este marco teórico reforça a unidade entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais e contribui diretamente para a exigibilidade

e justiciabilidade dos últimos. As técnicas de pesquisa utilizadas foram basicamente a bibliográfica, a jurisprudencial e a legislativa.

Palavras-chave

Direitos econômicos, sociais e culturais. Direitos civis e políticos. Tipos de obrigações. Níveis obrigacionais. “Reserva do possível”. Exigibilidade. Justiciabilidade. Corrupção.

The economics, social and cultural rights: weak and empty formulas of effectiveness?

Maria Hemília Fonseca

Abstract

The discussions in this study focused on economic, social and cultural rights. The intention is to demonstrate that analysis that consider such rights as “weak and empty formulas of effectiveness” can and must be overcome, because they take a partial character. This theoretical mark strengthens the unity between the civil and political rights and economic, social and cultural rights and contributes directly to the enforceability and justiciability of the

latter. The research techniques used were basically bibliographic, case study in jurisprudence and legislation.

Key words

Economic, social and cultural rights. Civil and political rights. Types of obligations. Levels of commitment. “Reserve of possible”. Enforceability. Justiciability. Corruption.

Sumário

- Introdução.
- 1 As obrigações positivas e negativas.
 - 2 Os níveis de obrigações.
 - 3 A chamada “reserva do possível” e a “garantia do mínimo necessário”.
 - 4 O mito da “inexigibilidade” e “injusticiabilidade” dos direitos econômicos, sociais e culturais.
 - 5 A corrupção como fator impeditivo à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.
- Notas Conclusivas.
Referências bibliográficas

Introdução

Os chamados direitos “de segunda dimensão”, aqui denominados direitos econômicos, sociais e culturais, aparecem vinculados à satisfação das necessidades mínimas dos homens e mostram-se como uma forma de proteção à sua dignidade.

Quando se faz referência a essa dimensão de direitos, surge a necessidade de um primeiro esclarecimento sobre a denominação adotada, pois as distintas expressões utilizadas para designá-los acabaram gerando uma significativa confusão conceitual.

Com uma rápida passada de olhos nos textos normativos e doutrinários, facilmente se constata que as expressões “direitos sociais”, “direitos econômicos e sociais” e “direitos econômicos, sociais e culturais” são as mais utilizadas. Mas isto não quer dizer que a opção por uma ou por outra seja uma decisão totalmente neutra desde o ponto de vista científico-sistemático.

Nas palavras de Castro Cid, a expressão “direitos econômicos, sociais e culturais”, ao fazer referência aos três tipos de direitos, apresenta um “alto grau de generali-

dade” e uma “operatividade sistemática” superiores aos das demais¹. Além do que essa foi a expressão recepcionada pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e por diversas Constituições proclamadas após a referida Declaração. Esses argumentos nos pareceram suficientes para justificar a sua adoção e, por esta razão, os estendemos à denominação “civis e políticos”².

No âmbito internacional, após a adoção da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, instaurou-se uma larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz de assegurar o reconhecimento e a observância dos direitos nela previstos³.

Optou-se pela instituição de dois instrumentos. O *Pacto Internacional de Direitos Civis - PIDCP*⁴, que, como o próprio nome indica, cuida dos direitos civis e políticos, e o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC*, que trata dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Partiu-se da ideia de que a natureza (ou os processos de implementação) desses direitos era distinta. Os *direitos civis e políticos* apresentariam um caráter imediato, seriam justiciáveis (por serem facilmente aplicados pelos tribunais) e não representariam um custo muito alto ao Estado. Já os *direitos econômicos, sociais e culturais* estariam sujeitos a uma programação e realização graduais, não seriam justiciáveis devido a sua natureza política e sua implementação seria necessariamente custosa⁵.

1 CID, Benito de Castro. *Los derechos sociales: análisis sistemático*. In: AA.VV. **Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos**. Actas de las IV jornadas de profesores de Fac. de Derecho de la Universidad de Murcia, 1981, p. 13.

2 Também denominados direitos de defesa, liberdades públicas ou de primeira dimensão.

3 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 163-164. No mesmo sentido, GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda. **La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 2003, p. 9-10.

4 Ver FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Org.). **Tratados internacionais**. São Paulo: LTr, 1999, p. 413-415. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, artigo 2º (Entrada em vigor a 23.03.1976. Aprovado pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12.12.1991. Promulgado pelo Decreto n. 592 – DOU de 07.12.1992). PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 164, 166, 167, 168, 170, 173, 175, 176, 178, 179.

5 GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda. **La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 2003, p. 9-10, fala em “naturezas distintas”. Já PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 163s-164, visualiza a referida diferença quanto aos seus “processos de implementação”.

Atualmente, o *Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*⁶ vem produzindo uma série de documentos que cuidam do sentido desses direitos e das obrigações dos Estados-Partes deles decorrentes, tentando reduzir as aparentes diferenças entre os referidos instrumentos normativos com o auxílio do trabalho interpretativo⁷.

Mesmo assim, tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial, estabeleceram-se alguns critérios para diferenciá-los, que se analisados de forma isolada acabam refletindo essa separação “teórica”, que não deixa de ter um fundo político-ideológico⁸. Nesse sentido, tornou-se amplamente difundida a idéia de que os *direitos civis e políticos* geram “obrigações negativas” para o Estado, e que os *direitos econômicos, sociais e culturais* geram “obrigações positivas”.

1 As obrigações positivas e negativas

Como se destacou acima, uma referência amplamente utilizada para diferenciar os *direitos civis e políticos* dos *econômicos, sociais e culturais* consiste em que os primeiros exigem ações “negativas” dos poderes públicos, enquanto os segundos exigem uma postura “positiva”⁹.

Nessa comparação, de uma forma geral, os autores se baseiam na teoria de Georg Jellinek, que detecta quatro *status* ao analisar “as distintas posições (relações) em que o homem pode se encontrar frente ao Estado”. De forma bastante concisa,

⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 196 e nota 202. O Conselho Econômico e Social da ONU estabeleceu um Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com a competência de examinar os relatórios submetidos pelos Estados. A função deste Comitê é análoga à função do Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. A criação do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais como órgão de aplicação se deu em 1985.

⁷ Quanto à forma adotada pelo Comitê para a elaboração destes documentos, GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda. **La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 2003, p. 27, comenta que “nos últimos anos, foram realizadas inúmeras correções, ainda que somente sob a forma de “comentários gerais”, sobre a interpretação de importantes instrumentos internacionais pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas”.

⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os Direitos Sociais*, In SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117.

⁹ CONTRERAS PELÁES, Francisco J. **Derechos sociales: teoría e ideología**. Madrid: Tecnos, 1994, p. 17. O autor destaca que: “Peter Häberle enfatiza o sentido “positivo” dos direitos sociais ao afirmar que eles não constituem limites negativos das competências estatais, mas fins e objetivos constitucionais”. O caráter ativo-prestacional dos direitos sociais é também destacado pelos italianos Cicala e Pergolesi.

o *status* passivo (*status subjectionis*) submetteria o indivíduo à vontade do Estado (ideia absolutista); o *status* negativo (*status libertatis*) garantiria ao indivíduo uma esfera de liberdade, impondo ao Estado um limite ao seu poder; o *status* positivo (*status civitatis*) asseguraria ao indivíduo o gozo de certos direitos frente ao Estado; e, finalmente, o *status* ativo daria ao indivíduo o poder de participar da formação da vontade estatal¹⁰.

Francisco J. Contreras Peláez destaca que alguns direitos frequentemente inseridos no catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais (como a liberdade sindical e o direito de greve) são, na verdade, *direitos híbridos*, pois estão historicamente vinculados à “segunda geração” dos direitos fundamentais, mas são estruturalmente afins às *liberdades negativas*¹¹. Diante disso, o *critério da “positividade” ou “negatividade” das obrigações parece ser útil quando não for interpretado em termos absolutos*¹².

Os direitos civis e políticos também podem ser caracterizados como um complexo de *obrigações negativas e positivas* por parte do Estado. Tenha-se como exemplo a proibição de prisão arbitrária, que exige uma intensa atividade estatal para o seu cumprimento e, até mesmo, a reparação de prejuízos materiais e morais nos casos em que haja a detenção ilegal¹³.

Isso implica dizer que não existem obrigações negativas “puras” (ou direitos que comportem exclusivamente obrigações negativas) e sim *uma gradativa diferença quanto à relevância que as prestações estatais possuem para um e outro tipo de direitos* (direitos civis e políticos e econômicos, sociais e culturais)¹⁴.

Dessa perspectiva, verifica-se que o caráter obrigacional “negativo” ou “positivo”, quando analisado de forma isolada, não se apresenta como um critério decisivo para diferenciar os direitos civis e políticos dos econômicos, sociais e culturais, pois existem direitos que concentram os dois tipos de obrigação e nem por isso deixam de ser caracterizados como tais¹⁵.

¹⁰ GARCÍA MACHO, Ricardo. **Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda**. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, p. 82-83.

¹¹ CONTRERAS PELÁES, Francisco J. **Derechos sociales: teoría e ideología**. Madrid: Tecnos, 1994, p. 20. O autor utiliza a denominação “direito-autonomia”.

¹² CONTRERAS PELÁES, Francisco J. **Derechos sociales: teoría e ideología**. Madrid: Tecnos, 1994, p. 21-22.

¹³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002, p. 24 e 26. No mesmo sentido, José L. Cascajo, **La tutela constitucional de los derechos sociales**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1988.

¹⁴ CONTRERAS PELÁES, Francisco J. **Derechos sociales: teoría e ideología**. Madrid: Tecnos, 1994, p. 21.

¹⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los de-*

Tais observações contribuem significativamente para a superação da tese de que os direitos econômicos, sociais e culturais são “fórmulas fracas e vazias de efetividade” e, portanto, não podem ser considerados como “verdadeiros direitos”, pois todo direito em alguma medida requer obrigações positivas e negativas para a sua efetividade. Até porque, como se verificará mais adiante, nenhuma categoria de direito é mais ou menos exigível, sendo certo que a cada direito correspondem distintos tipos de obrigações exigíveis.

É justamente nesse sentido que atualmente muito se tem discutido, inclusive no âmbito do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, acerca dos “níveis obrigacionais” dos direitos, cuja análise se situa tanto no âmbito internacional, como no campo interno dos Estados (na medida em que os mesmos direitos são positivados).

2 Os níveis de obrigações

Como já se destacou, alguns autores propõem um esquema interpretativo que consiste na definição de “níveis de obrigações” dos direitos, independentemente de sua inscrição no catálogo de direitos civis e políticos ou de direitos econômicos, sociais e culturais¹⁶.

rechos sociales, In SARLET, Ingo Wolfgang (org), **Direitos fundamentais sociais**: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado, p. 137 e 138. De fato, alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizam principalmente por exigirem do Estado ações positivas (os chamados direitos-prestação), porém isso também se passa com os direitos civis e políticos. Além disso, alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais dificilmente podem ser conceituados tão somente como prestacionais, principalmente aqueles que também regulam as relações entre particulares. Este acaba sendo um argumento contrário à exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, pois, em geral, afirma-se que por se tratar de direitos que estabelecem obrigações positivas, seu cumprimento depende da disposição de fundos e, por isso, o Poder Judiciário não poderia impor ao Estado o cumprimento de condutas de dar ou fazer.

¹⁶ A respeito do tema, ver ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002, p. 27 a 31, e nota 24. Os autores fazem uma análise do tema e indicam uma ampla bibliografia. Explicam que essa distinção foi sugerida originariamente por Henry Shue, **Rights in the US Foreign Policy**, Princeton, 1980, ainda que com alguma diferença terminológica (a autora fala de distintos “direitos” e não de distintos níveis de “obrigações”). Victor Abramovich pondera que ‘existem níveis de obrigações estatais comuns a todos os direitos (humanos), e não um tipo particular de obrigação estatal que corresponda a uma determinada categoria’ Apud GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda. **La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 2003, p. 36 e 37.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Observação Geral N. 3 de 1990, ao pronunciar-se sobre a **natureza das obrigações** que derivam do artigo 2.1. do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁷, enumera três categorias: obrigações de respeito, obrigações de proteção e obrigações de garantia, satisfação ou cumprimento¹⁸.

A **obrigação de respeitar**¹⁹ requer que o Estado se abstenha de impedir o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais; já a **obrigação de proteger**²⁰ exige do Estado a prevenção de violações desses direitos por parte de terceiros²¹; enquanto a **obrigação de cumprir**²² requer que o Estado adote medidas políticas, administrativas, fiscais e judiciais para alcançar a plena efetividade desses direitos²³.

No campo doutrinário, Daniel E. Herrendorf e German J. Bidart Campos cuidam das obrigações pertinentes aos direitos humanos e as agrupam em três classes (coincidentes com as do direito civil): omissão de conduta que viole determinado direito ou que impeça seu exercício; conduta de dar algo em benefício do titular do direito; conduta de fazer algo em benefício do sujeito ativo²⁴.

¹⁷ Fonte de pesquisa: <http://www.aaj.org.br/Pacto%20Facultativo.htm>. Data da pesquisa: 17-08-05. A adoção de medidas legislativas não esgota as obrigações dos Estados-Partes (parágrafo 4º).

¹⁸ Observación General (OG) N. 3 de 1990 – *La índole de las obligaciones de los Estados partes – párrafo 1, del art. 2 del Pacto*. Segundo as *Diretrizes de Maastricht*, os direitos econômicos, sociais e culturais impõem ao Estado três tipos de obrigações: de respeitar, de proteger e de satisfazer, e o não cumprimento de qualquer dessas três obrigações constitui uma violação a eles. Fonte de pesquisa: http://www.derechos.org/ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastricht.pdf. Data da Pesquisa: 17-08-05.

¹⁹ Esse documento cita como exemplo de infração ao direito à moradia as expulsões forçadas e arbitrárias praticadas pelo Estado.

²⁰ Da mesma forma, o Estado pode violar o **direito ao trabalho** ou determinadas condições de trabalho, equitativas e satisfatórias quando não assegura que os empregadores cumpram as normas básicas de trabalho.

²¹ É justamente nesse campo em que se localiza a mediação legislativa e que se deve considerar os efeitos desses direitos nas relações entre particulares.

²² Como exemplo cita a violação à obrigação de cumprir com os direitos econômicos, sociais e culturais o não atendimento primário à saúde daqueles que necessitam.

²³ Fonte de pesquisa: http://www.derechos.org/ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastricht.pdf. Data da Pesquisa: 17-08-05. Nesse documento faz-se referência, ainda, às obrigações de conduta e de resultado. A primeira exige ações com o propósito de assegurar o exercício de um direito específico, enquanto a segunda requer que os Estados cumpram os objetivos concretos de uma norma específica. Esclarece-se também que as obrigações pertinentes aos direitos econômicos, sociais e culturais podem ser descumpridas mediante ações comissivas (praticadas pelo Estado ou por terceiros) ou omissivas (resultantes da omissão ou descumprimento das medidas derivadas de obrigações legais assumidas pelo Estado).

²⁴ HERRENDORF E., Daniel; BIDART CAMPOS J., German. **Principios de derechos humanos y garantías**. Buenos Aires: Ediar, 1991, p. 95 e 96. Segundo esse critério, em uma relação trabalhista, o empregador deve omitir-se de realizar condutas que impeçam o empregado de cumprir sua tarefa. Deve se responsabilizar pelo pagamento de sua remuneração, o que constitui uma obrigação de dar. Também deve inscrever o trabalhador no sistema de segurida-

Assim, nota-se que o **esquema de “níveis de obrigação”** também é perfeitamente aplicável a todo o conjunto de direitos, quer sejam classificados como civis e políticos quer como econômicos, sociais e culturais. Esse marco teórico “reforça a unidade entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, pois os distintos tipos de obrigações podem ser encontrados em ambos os pares de direitos”, e também contribui diretamente para a exigibilidade e justiciabilidade dos primeiros.

Segundo o exposto até aqui, pode-se concluir que as análises que caracterizam os direitos econômicos, sociais e culturais como aqueles que exigem uma ação eminentemente “positiva” ou “prestacional” do Estado são parciais, principalmente na correlação que se faz entre “reserva do possível”, “inexigibilidade” e “injusticiabilidade”. É do que trataremos a seguir.

3 A chamada “reserva do possível” e a “garantia do mínimo necessário”

Muitas são as discussões acerca das particularidades dos direitos econômicos, sociais e culturais em relação aos direitos civis e políticos, notadamente quanto à sua efetivação que, em diversas circunstâncias, acaba sendo restringida, quando não completamente anulada, em decorrência de análises parciais como, por exemplo, aquelas que a submetem, de forma isolada, às condições econômicas vigentes em um país.

Com essa afirmação, não se está negando a interdependência desses direitos com outros fatores de natureza política, econômica e social, mas destacando-se que em diversos momentos o fator econômico acaba sendo utilizado como uma justificativa para o seu descumprimento.

No plano internacional, essas discussões são pontuadas pelo artigo 2.1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que determina:

Cada Estado-Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas²⁵.

de social, o que caracteriza uma obrigação de fazer.

²⁵ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Org.). **Tratados internacionais**. São Paulo: LTr, 1999, p. 435.

Outros importantes instrumentos normativos de âmbito regional foram celebrados com objetivo de complementar o referido Pacto e atender às particularidades de cada região no tocante a esses direitos²⁶.

Dessa ótica, há quem entenda que a ratificação desse Pacto não gera obrigações quanto à aplicação de suas disposições, mas simplesmente a adaptação progressiva de sua estrutura social, o que já origina importantes transformações no âmbito interno²⁷.

Entretanto, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seus Comentários Gerais²⁸, esclareceu que o conceito de realização progressiva deve ser interpretado à luz do objetivo geral do Pacto, que consiste no estabelecimento de obrigações concretas a cargo dos Estados-Partes. Na mesma direção, encontram-se os chamados *Princípios de Limburgo*²⁹ e as *Diretrizes de Maastricht*³⁰.

²⁶ Dentre eles, podemos citar a *Carta Social Europeia*, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* (22 de novembro de 1969), a *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. Cabe fazer menção, ainda, à *Declaração de Quito*, que destaca, dentre outros pontos, que o desconhecimento dos DESC na América Latina, em muitas ocasiões, provém de um círculo vicioso, em virtude do qual a pobreza, a iniquidade e a ausência de desenvolvimento são decorrentes de políticas econômicas que ignoram os direitos humanos (como princípios universalmente aceitos) e o fato de que esses devem pontuar os marcos econômicos de um país e não o contrário. Fonte de Pesquisa: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/desc/quito.html>. Data da Pesquisa: 17-08-05.

²⁷ VESES PUIG, Carmen Marti de. *Normas internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales*. In: **Anuario de Derechos Humanos**, marzo de 1983, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, p. 305. Ver também PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 180 e 195. Para a autora os direitos econômicos, sociais e culturais são “direitos que demandam aplicação progressiva, já que não podem ser implementados sem que exista um mínimo de recursos econômicos disponível, um standard técnico-econômico, um mínimo de cooperação econômica internacional e, especialmente, uma prioridade na agenda política nacional”. Em consequência afirma que “a natureza da obrigação é significativamente distinta da obrigação requerida pelo Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, particularmente pelo seu art. 2º, que confere aplicabilidade imediata aos direitos nele enunciados”.

²⁸ Nesse sentido, vide Informe do Comitê de DESC, UN doc. E/1991/23, pg. 83-87.

²⁹ Os “*Princípios de Limburgo* Relativos à Aplicação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. É um informe sobre a natureza e o alcance das obrigações dos Estados-Partes do referido Pacto, assim como da cooperação internacional, elaborado por um renomado grupo de expertos de direito internacional em Maastricht em 1986. Considera-se que os princípios refletem um consenso sobre ditas obrigações, In *Proyecto de Ley que establece mecanismos para la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales*, Proyecto de Ley N. 3389, propuesto por el Congresista Javier Diez Canseco, Lima-Perú, julio de 2002. Fonte de Pesquisa: <http://listas.rcp.net.pe/pipermail/vigilancia/2002-August/000448.html>. Data de Pesquisa: 17-08-05.

³⁰ *Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales - Maastricht, 22-26 de enero de 1997*. Fonte de pesquisa: http://www.derechos.org/ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastricht.pdf. Data da pesquisa: 17-08-05.

Em todos esses instrumentos, a preocupação com a escassez de recursos financeiros foi levada em consideração para atender a um ponto de vista conjuntural. Entretanto, a excessiva importância que se tem dado a esses recursos acaba impossibilitando a efetivação de muitos direitos econômicos, sociais e culturais, mediante a acomodação dos Estados às situações de vulnerabilidade de amplos setores sociais³¹.

De tal modo, muitos Estados vêm alegando que, apesar de realizarem inúmeros esforços no tocante à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, suas ações se circunscrevem à “reserva do possível”, que, por sua vez, se apresenta “como limite fático” para esta efetivação³².

Nesse rumo, fulgura a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, que ficou conhecida como “*numerus clausus*”, na qual se discutia sobre o direito de acesso à Faculdade de Medicina:

BverfGE 33, 333: Os direitos a prestações (Teilhaberechte) não são garantidos de antemão para qualquer situação existencial (arf das jeweils Vorhandene), senão que permanecem sob a reserva do possível (unter dem Vorbehalt des Möglichen), no sentido de saber o que cada qual pode razoavelmente exigir da sociedade (was der Einzene vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann). Em primeiro lugar encontra-se sob a responsabilidade do legislador avaliar a pretensão, considerando a economia orçamentária (Haushaltswirtschaft), as outras necessidades da comunidade (andere Gemeinschaftsbelange) e o dispositivo expresso do art. 109, inciso 2, da Constituição, que manda levar em conta o equilíbrio geral da economia (das Gesamtwirtschaftliche Gleichgewichts)³³.

Vale lembrar que alguns autores, ao se fixarem no argumento de que os direitos econômicos, sociais e culturais “existem sob a reserva do possível”, imprimem-lhes uma natureza meramente programática e não vinculante³⁴.

³¹ LIMA, Jayme Benvenuto Jr. **O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade**. Fonte de Pesquisa: <http://www.revistaautor.com.br/ensaios/02ext2.htm>. Data da Pesquisa: 17-08-05. Segundo o autor, esse problema não é exclusivo dos direitos econômicos, sociais e culturais; muitos direitos civis e políticos também carecem de uma ação progressiva, em razão de adentrarem profundamente no comportamento de setores da população ou até de sua maioria.

³² BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*, In SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121.

³³ Aqui devo manifestar meus sinceros agradecimentos ao Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, que gentilmente me forneceu o trecho da decisão ora transcrita.

³⁴ Neste sentido, novamente TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributação. O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 5, p. 179 e 180, para quem somente o critério topográfico estabelecido pela Constituição de 1988 no Título II “não autoriza a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais”.

Contrariamente a essa linha de pensamento, há quem afirme que a teoria da “reserva do possível” é um argumento falacioso, vestido de uma ilusória racionalidade, mas que no fundo desconsidera em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais. Assim, em virtude da integridade dos direitos humanos, o argumento da “escassez de recursos” para a não observância dos direitos econômicos sociais e culturais acaba afetando tanto estes direitos como os civis e políticos³⁵.

Traçando um ponto intermediário entre as distintas teses, os “*Princípios de Limburg*” (25-28) e a jurisprudência evolutiva do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhecem explicitamente o seu caráter obrigacional e afirmam que a escassez de recursos não exime os Estados de certas “obrigações mínimas” na sua aplicação³⁶.

O que se verifica, portanto, é que os Estados não podem recorrer às disposições relativas à “aplicação progressiva” do artigo 2.1 do Pacto (que se consubstancia na “reserva do possível”), como pretexto para o descumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais³⁷. E, se o fizerem, deverão comprovar que a obrigação não foi minimamente cumprida por motivos alheios a seu controle³⁸.

³⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os Direitos Sociais*, In SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121.

³⁶ Fonte de Pesquisa: http://www.derechos.org/ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastri-cht.pdf. Data da pesquisa: 17-08-05. É interessante destacar o posicionamento de TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributação. O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 5, p. 190, 191 e 192. O autor trabalha com a ideia de um mínimo existencial, mas se afasta da postura adotada nos Princípios de Limburg e na jurisprudência do referido Comitê. Para ele, o direito ao mínimo existencial se vincula ao *status positivus libertatis*. Diferentemente, os direitos econômicos, sociais e culturais se vinculam ao *status positivus socialis*. Este último *status* se mostra dependente da situação econômica do País e da riqueza nacional, bem como é objeto da legislação ordinária e da política social e econômica. Nessa perspectiva o “*status positivus socialis*”, ao contrário do “*status positivus libertatis*”, afirma-se de acordo “com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a ‘reserva do possível’ ou na conformidade da autorização orçamentária”. Razão pela qual os direitos econômicos e sociais não se confundem com os direitos de liberdade nem com o mínimo existencial que, por sua vez, volta-se à proteção das condições iniciais da liberdade e tem como fundamento a dignidade humana, o Estado Democrático de Direito e os princípios fundamentais previstos na CF/88. Por fim, somente este último assumiria o caráter de fundamental.

³⁷ Fonte de Pesquisa: http://www.derechos.org/ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastri-cht.pdf. Data da pesquisa: 17-08-05.

³⁸ Fonte de Pesquisa: http://www.derechos.org/ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastri-cht.pdf. Data da pesquisa: 17-08-05. Por exemplo, o fechamento temporário de uma instituição de ensino devido a um terremoto constituiria uma circunstância alheia ao controle do Estado, enquanto a eliminação de um regime de Seguridade Social sem contar com um programa de substituição adequado, demonstraria a falta de vontade política, por parte do Estado, de cumprir suas obrigações.

Assim, para determinar quais ações ou omissões constituem uma violação aos direitos econômicos, sociais e culturais, é importante distinguir entre a *falta de capacidade* e a *falta de vontade* do Estado de cumprir as obrigações que lhes são pertinentes, ainda mais quando sequer se alcançou um patamar mínimo necessário à dignidade de seus cidadãos³⁹.

Repete-se: não se pretende negar a interdependência dos direitos econômicos, sociais e culturais aos fatores políticos, econômicos e sociais vigentes em um determinado país, mas tão somente destacar que, na prática, em diversas ocasiões, a dimensão jurídica tem sido relegada a um segundo plano, na medida em que os Estados acabam se escondendo sob o manto da *obligatoriedade x disponibilidad financeira*, também conhecida como “reserva do possível”.

Centrando a discussão no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem reiterado em seus julgados que

a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade⁴⁰.

A referida Corte considerou, ainda, na decisão da Arguição de Preceito Fundamental N. 45:

(...) Caráter relativo da liberdade de conformação do Legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (...)⁴¹.

³⁹ GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda. **La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 2003, p. 11-12 e 47-48.

⁴⁰ RTJ n. 175/1212-1213. Fonte de Pesquisa: www.stf.gov.br. Data da Pesquisa: 14-02-06. Também assentou que as regras inscritas na Constituição não podem se converter em promessa incoerente, “sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”. Fonte de pesquisa: <http://www.aaj.org.br/Pacto%20Facultativo.htm>. Data da pesquisa: 17-08-05.

⁴¹ ADPF – 45. Informativo 345. Fonte de Pesquisa: www.stf.gov.br. Data da Pesquisa: 14-02-06.

Assim, reconhece-se que o ponto de partida das análises que submetem a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais tão somente à “reserva do possível” é procedente, na medida em que admitem a sua interdependência com outras questões de natureza política, econômica e social. Mas, em seu desenvolvimento, elas acabam se mostrando parciais⁴² porque não levam em conta os fatores eminentemente jurídicos da questão, especialmente as obrigações deles decorrentes, ainda que expressas em um patamar mínimo.

Nessa linha de raciocínio, um importante estudo demonstra que “todos os direitos são dispendiosos” porque todos eles pressupõem os aportes dos contribuintes para a sua efetivação e monitoramento (*All rights are costly because all rights presuppose taxpayer funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement*). Todos os direitos exigem uma resposta afirmativa do governo (*All rights are claim to an affirmative governmental response*)⁴³.

As análises referidas também desconsideram o fato de que esses direitos podem ser positivados com o caráter de fundamental em um determinado texto constitucional, e que a sua efetivação envolve mecanismos jurídicos e políticos diversos, seja na relação Estado e indivíduo seja na relação entre particulares.

Vale a pena lembrar que a relação Estado-cidadão exige uma aplicação imediata dos direitos fundamentais e, mesmo quando a norma de direito fundamental se materialize em um princípio, ou seja, em um mandamento de otimização, ela impõe a sua efetivação dentro das possibilidades fáticas e juridicamente possíveis daquele caso concreto. Já na relação entre particulares, a aplicação dos direitos fundamentais somente poderá ser imediata quando não houver disposição mediadora ou, se houver, ela não for satisfatória para a solução daquele caso.

Ainda que essas advertências sejam extremamente importantes, muitos autores apontam a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais às condições sócio-econômicas como uma das variantes que dificultam ou impedem a sua efetivação, concluindo assim que, apesar de sua proclamação formal, esses direitos não são dotados de exigibilidade e justiciabilidade⁴⁴.

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. **Constitucionalização do direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 138. Para o autor, as análises que vinculam as funções “clássicas” dos direitos fundamentais às chamadas liberdades públicas e sujeitam a sua aplicação tão somente à relação “Estado e indivíduo” não deixam de ser “análises parciais dos direitos fundamentais”.

⁴³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. Why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton, 2000, p. 43 e 44. Neste estudo, os autores contestam a utilidade da dicotomia entre direitos negativos e positivos e escrevem: “‘Where there is a right, there is a remedy’ is a classical legal maxim. (...) This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. (...) All rights are claims to an affirmative governmental response”.

⁴⁴ Neste sentido, vide J. L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, p. 29-42,

4 O mito da “inexigibilidade” e “injusticiabilidade” dos direitos econômicos, sociais e culturais

Como já se destacou, um dos problemas mais instigantes a serem enfrentados na análise dos direitos econômicos, sociais e culturais diz respeito à sua efetivação/concretização. Esta depende, em grande parte, da adoção de “múltiplas e variadas medidas em todos os campos de ação: político, jurídico, social, econômico, cultural, tecnológico”.⁴⁵

Assim, há quem defenda que a operatividade⁴⁶ jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais está limitada por diversas circunstâncias que dificultam, ou até mesmo impedem, a sua realização efetiva⁴⁷. Mas, como esclarecem Abramovich e Courtis, “o recurso à proteção do bem que se pretende tutelar constitui um elemento central na definição da noção de ‘direito’ - ainda que, como sugerimos, não o único”.⁴⁸

Para esses autores, o que qualificará um direito econômico, social e cultural como um “direito”, em toda a plenitude da palavra, não é simplesmente o fato de a conduta ter sido cumprida pelo Estado ou por particulares, senão também a possibilidade de reclamar o seu descumprimento “ao menos em alguma medida”.⁴⁹

Existem níveis de obrigações comuns a todos os direitos: estes compreendem ao menos uma obrigação de respeito, uma obrigação de proteção e uma obrigação de satisfação de tal modo que nenhuma categoria de direito é mais ou menos exigível,

Apud CID, Benito de Castro. *Los derechos sociales: análisis sistemático*. In: A.A.VV. **Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos**. Actas de las IV jornadas de profesores de Fac. de Derecho de la Universidad de Murcia, 1981, p. 168, 169 e 177.

⁴⁵ Fonte de Pesquisa: http://www.derechos.org/ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastri-cht.pdf. Data da pesquisa: 17-08-05.

⁴⁶ FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito, v. 56 – omissão de socorro – papa**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 123: “Operar. Verbo que indica o ato de executar, de praticar ou de produzir alguma coisa. Na linguagem jurídica, aplica-se o termo em todos esses sentidos, mas especialmente na acepção de produzir efeitos: ‘A sentença só opera efeitos após publicada’ (...)”.

⁴⁷ Para L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, p. 29-42, Apud CID, Benito de Castro. *Los derechos sociales: análisis sistemático*. In: A.A.VV. **Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos**. Actas de las IV jornadas de profesores de Fac. de Derecho de la Universidad de Murcia, 1981, p. 29-42. Esses direitos somente poderão ser plenamente efetivos se forem atribuídos a um número bastante limitado de cidadãos ou se os seus conteúdos forem restringidos a um nível mínimo de satisfação da correspondente necessidade.

⁴⁸ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, In SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 143 e 144.

⁴⁹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, In SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 144.

pois a cada direito correspondem distintos tipos de obrigações exigíveis⁵⁰.

É possível perceber, portanto, que o Estado tem a obrigação de efetivar tais direitos, seja por mecanismos políticos seja por jurídicos, e de resguardar o seu cumprimento nas relações entre particulares. Essa obrigação nos conduz à análise de sua “exigibilidade” e “justiciabilidade” (para alguns autores *acionabilidade*)⁵¹.

Exigibilidade pode ser definida como a “qualidade do que é exigível; que se pode exigir”⁵². Na esfera jurídica, figura como “o que pode e deve ser cobrado do devedor ou credor, em decorrência de norma jurídica, de obrigação definida”. Então, considera-se que “o mundo das relações jurídicas é marcado pela exigibilidade de atos ou omissões que fazem a tecitura do ordenamento”⁵³(g.n.)

Com o reconhecimento do caráter jurídico das obrigações decorrentes dos direitos econômicos, sociais e culturais, seja na relação Estado-cidadão seja na relação entre particulares, não se pode negar a sua exigibilidade⁵⁴ e, muito menos, a sua “justiciabilidade”, que deve ser entendida como “a possibilidade de reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento de algumas das obrigações que derivam de um direito”⁵⁵.

Em geral, os principais obstáculos apontados à justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais são: (i) a falta de ações ou garantias processuais concretas que tutelem esses direitos e (ii) a inadequação da estrutura e da posição do Poder Judiciário para exigir o cumprimento de obrigações que disponham de recursos públicos⁵⁶.

⁵⁰ Fonte de Pesquisa: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/desc/quito.html>. Data da Pesquisa: 17-08-05. Dessa forma, segundo a citada Declaração de Quito, que aponta alguns Princípios sobre a exigibilidade e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, esses direitos “são exigíveis através de diversas vias: judicial, administrativa, política, legislativa”.

⁵¹ CID, Benito de Castro. Los derechos sociales: análisis sistemático. In: AA.VV. **Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos**. Actas de las IV jornadas de profesores de Fac. de Derecho de la Universidad de Murcia, 1981, p. 173.

⁵² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1284.

⁵³ FRANÇA, R. Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito, v. 35 – execução de coisa certa – extra petita**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 245. Daí porque o traço característico da obrigação jurídica é ser exigível, o que a distingue da obrigação moral.

⁵⁴ A exigibilidade pode ser vista também como um processo por meio do qual uma pessoa ou um grupo de pessoas, titulares de direito possam exigir do Estado seu cumprimento. In *Proyecto de Ley que establece mecanismos para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Proyecto de Ley N. 3389, propuesto por el Congresista Javier Diez Canseco, Lima-Perú, julio de 2002. Fonte de Pesquisa: <http://listas.rcp.net.pe/pipermail/vigilancia/2002-August/000448.html>. Data de Pesquisa: 17-08-05.

⁵⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002 – Prólogo, p. 40.

⁵⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002 – Prólogo, p. 40.

É justamente nesse sentido que muitos autores defendem a aplicação de mecanismos jurídicos como um meio de impulsionar a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que não pode estar submetida tão somente a fatores de ordem econômica. Jean-Michel Servais, por exemplo, defende a utilização de mecanismos jurídicos nacionais e internacionais para a efetivação desses direitos como uma forma de garantir a dignidade aos cidadãos, fazendo referência às Cláusulas Sociais em Tratados Internacionais de Comércio⁵⁷.

Nessa medida, verifica-se que os Estados-Partes devem concretizar os direitos econômicos, sociais e culturais por meio de medidas administrativas, legislativas, judiciais, econômicas, sociais e educativas. A falta de programas tendentes à sua implementação, assim como a adoção de medidas que visem a sua supressão ou redução, constituem uma ofensa às suas obrigações. Eles também produzem efeitos nas relações entre particulares, daí a razão de existirem disposições mediadoras que regulamentem a sua aplicação nesse tipo de relação.

No plano interno, tal discussão assume um caráter completamente distinto a partir do momento em que esses direitos se encontrem positivados⁵⁸. Diante de tal circunstância, Robert Alexy pronuncia que a decisão essencial para os direitos fundamentais (encarados como direitos do homem positivados) é aquela que reconhece amplamente a sua força jurídica vinculativa em forma de justiciabilidade⁵⁹.

Logo, pode-se concluir que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não está alheia a outras questões de natureza política, econômica, social. Esse

⁵⁷ Muitos países além de violarem a dignidade de seus cidadãos produzem uma desvalorização do trabalho em âmbito mundial, pois o preço que conseguem imprimir às suas mercadorias, em decorrência da utilização de mão-de-obra semi-escrava, é praticamente insuperável. Assim, a palavra de ordem passa a ser competitividade e redução de custos gerados pela contratação de mão-de-obra. Daí o reflexo da atual situação encontrada no mercado de trabalho mundial e da chamada precarização do trabalho. SERVAIS, Jean-Michel Servais. **Elementos de direito internacional e comparado do trabalho**, São Paulo: LTr, 2001, p. 22. “O desejo, a vontade de identificar um denominador jurídico comum no campo do trabalho tem a sua expressão mais recente na reivindicação de se introduzir, nos tratados internacionais de comércio, a chamada cláusula social, mais precisamente, a inclusão, em acordos econômicos e financeiros de âmbito regional ou universal, de normas mínimas de trabalho a serem observadas pelos diversos parceiros comerciais. Os objetivos econômicos e sociais, mais uma vez, se confundem num emaranhado difícil de destrinçar”.

⁵⁸ Ver ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. Como se verá mais adiante, esse será um ponto importante para a discussão sobre a exigibilidade e, conseqüentemente, a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito interno do Estado brasileiro.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. In: **Revista de Direito Administrativo**, Madri, p. 67-79, jul./set. 1999, p. 74. O autor conclui que “se algumas normas da Constituição não são levadas a sério é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério, se isso uma vez causa dificuldades”.

fator circunstancial a conecta com a teoria da “reserva do possível”, desde que sejam atendidos patamares mínimos⁶⁰ de dignidade apurados concretamente em cada caso. Mas não pode se apresentar como um pretexto para o descumprimento desses direitos.

De qualquer forma, essas observações estão voltadas muito mais para a efetivação desses direitos na relação entre o Estado e os cidadãos, do que propriamente na relação entre os particulares. E é justamente neste primeiro âmbito que aparece um outro fator impeditivo à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Trata-se da existência das redes de corrupção estatal, que em muitas ocasiões esconde-se sob o manto da “reserva do possível” e, por que não dizer, da “inexigibilidade” e da “injusticiabilidade”, com o beneplácito da sociedade e dos operadores do Direito.

5 A corrupção como fator impeditivo à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais

Sabe-se que pelas redes de corrupção estatal, vultosas quantias de recursos públicos são desviadas para a satisfação de interesses pessoais de seus integrantes. De uma perspectiva concreta, é possível comprovar a sua existência, suas formas de atuar e se os recursos comprometidos com a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais são realmente desviados.⁶¹

Para chegar a tais conclusões, é preciso avaliar (i) o total dos recursos públicos arrecadados pelo Estado, (ii) a distribuição orçamentária destinada à implementação de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais, (iii) se essas verbas foram devidamente repassadas, e (iv) se o nível de efetivação desses direitos se deu na proporção esperada.⁶²

⁶⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*, In SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 122. Faz uma crítica severa à ideia do “mínimo necessário”, pois, segundo ele, “em nenhum momento se pode determinar em que reside esse ‘mínimo existencial’, caindo-se, assim, no argumento do voluntarismo político, onde o mínimo para a vida humana fica a depender da vontade do governante”.

⁶¹ SABÁN GODOY, Alfonso. **El marco jurídico de la corrupción**. Madrid: Civitas, 1991, p. 16. De uma forma geral, o autor afirma que “la corrupción no es sino la utilización de un poder otorgado por un tercero para el interés personal del cesionario, interés distinto del que persigue el titular del poder cedido”.

⁶² Sobre este tema, ver LIMA, M. Madeleine Hutyrá de Paula. *Corrupção: obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais*, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Ano 8, n. 33, Outubro-Dezembro de 2000, p. 199.

Essa lógica deixa de ser tão exata quando a quantia arrecadada⁶³ deve ser distribuída entre dois pólos diametralmente opostos - interesses públicos *versus* interesses particulares (de indivíduos ou grupos). Tal situação se agrava por causa do cenário econômico mundial extremamente restritivo, já que os recursos públicos não são “suficientes” para, ao mesmo tempo, alimentar as redes de corrupção (que envolvem todas as funções do Estado) e implementar políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais⁶⁴.

Atrás das condutas públicas ilegais existem atitudes e procedimentos que acabam gerando um ciclo de corrupção em todos os âmbitos do Estado. O termo “conduta pública ilegal” é utilizado para lembrar que toda conduta corrupta se opõe ao princípio da legalidade imposto à atuação estatal⁶⁵.

Por essa razão, “a presença de corrupção na vida pública está diretamente vinculada aos componentes éticos dos grupos sociais que a conformam, entendidos como os valores que, partindo do plano pessoal, traduzem-se em normas de condutas valoradas positivamente por esses grupos. Conseqüentemente, “por trás de todos os casos de corrupção pública, existe uma cumplicidade privada”⁶⁶.

De fato, os Estados em que tais redes de corrupção estão alastradas possuem uma capacidade financeira superior para a implementação de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais àquela oficialmente divulgada. Essa situação poderia ser alterada se houvesse uma dedicação séria à suplantação dessa prática social criminosa e ao atendimento das necessidades básicas dos cidadãos mais carentes⁶⁷.

⁶³ Excetuando-se aquelas que já estão comprometidas com as dívidas interna e externa do país e, portanto, dificilmente poderão ser desviadas.

⁶⁴ Analisando a vinculação clara entre a corrupção e a forma de orçamento do Estado adotado no Brasil, ABRAMO, Cláudio Weber. Entrevista. *Jornal do Advogado*, São Paulo, ano XXXI, n. 300, nov. 2005, p. 12-13. Ao ser questionado sobre a questão do orçamento no Brasil, respondeu: “Esse é outro fator de corrupção, que vem do fato de o orçamento não ser obrigatório no Brasil. O Executivo faz a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) – já começa errado porque deveria ser o Legislativo a fazê-la -, manda para o Congresso, onde recebe emendas. Ela é aprovada e o Executivo não é obrigado a seguir o orçamento. E pode negociar tais emendas, o que torna o orçamento um jogo de chantagens mútuas. E isso surge da não obrigatoriedade. Se o orçamento se tornar obrigatório, esse mecanismo específico de esculhambação da vida política desaparece. Na LDO para 2006 havia um dispositivo proibindo o presidente da República de descumprir emendas parlamentares. Foi vetado pelo Presidente. Por quê? Porque ele quer ter essa arma. Muito pouco tem de misterioso na corrupção. É só preciso saber para onde olhar”.

⁶⁵ SABÁN GODOY, Alfonso. **El marco jurídico de la corrupción**. Madrid: Civitas, 1991, p. 17.

⁶⁶ SABÁN GODOY, Alfonso. **El marco jurídico de la corrupción**. Madrid: Civitas, 1991, p. 15 e 57.

⁶⁷ Esta diretiva também se aplica ao contexto brasileiro, ainda que pese o alto gasto público decorrente da política econômica de juros altos para atrair capital estrangeiro especulativo e que fomenta o endividamento externo.

A falta de fiscalização eficaz da administração pública e a impunidade permitem e, de certo modo, contribuem para a prática desses atos ilícitos. A esses fatores devemos associar o completo descaso dos governantes quanto ao dever de promover a educação em seus países, pois, para esses fins ilícitos, nada melhor do que uma população alienada, com total desconhecimento de seus direitos e, principalmente, dos deveres do Estado⁶⁸.

Nesse aspecto, os operadores do Direito, convenientemente, têm se amparado em fatores políticos e econômicos, ou até mesmo em princípios como a separação dos poderes para se eximirem da parcela de responsabilidade que lhes compete quanto ao estado de pobreza em que vivem milhões de pessoas em todo o mundo.

De todas as formas, o arcabouço jurídico, político e social da maioria dos Estados que se denominam Democráticos de Direito seria satisfatório para garantir condições mínimas de dignidade aos seus cidadãos, não fosse pela corrupção moral que atinge a sociedade como um todo. Essas constatações devem ser trazidas para o cenário brasileiro, na medida em que em nossa sociedade os interesses “particulares” têm preponderado sobre o interesse da coletividade e, nessa medida, vigorado o entendimento de que “os fins sempre justificam os meios”.

Todas as discussões realizadas até aqui sobre os direitos econômicos, sociais e culturais repercutem nas posturas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais adotadas em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Notas conclusivas

As obrigações pertinentes aos direitos humanos podem se agrupar em *três classes de condutas*, coincidentes com as do direito civil, que se materializam em omissão de conduta, em conduta de dar e, por fim, em conduta de fazer⁶⁹.

⁶⁸ Fonte de Pesquisa: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/desc/quito.html>. Data da Pesquisa: 17-08-05. Na mesma direção, a Declaração de Quito aponta para a necessidade dos governos adotarem “medidas eficazes para erradicar a corrupção nas funções públicas, especialmente no manejo dos orçamentos, penalizando estas condutas”.

⁶⁹ HERRENDORF E., Daniel; BIDART CAMPOS J., German. **Principios de derechos humanos y garantías**. Buenos Aires: Ediar, 1991, p. 95 e 96. Nessas condutas, exige-se, respectivamente, que o Estado e, em determinados casos, os particulares (i) se omitam de realizar uma conduta que viole determinado direito ou que impeça o exercício deste; (ii) deem algo em benefício do titular do direito e (iii) façam algo em benefício do sujeito ativo de um determinado direito.

Seguindo essa linha de raciocínio, entende-se que elas correspondem, no plano nacional,⁷⁰ às obrigações de dar, às obrigações de fazer e às obrigações de não-fazer, que podem ser perfeitamente aplicadas aos direitos econômicos, sociais e culturais.

As orientações de Clovis Bevilacqua indicam que

os direitos obrigacionais consistem, exclusivamente, em prestações, actos positivos ou negativos, pelo que se fixam no acto, ou facto, a ser executado, e somente podem ferir a pessoa, que se acha vinculada pela obrigação no momento de ser cumprida⁷¹.

O ilustre autor esclarece que, “mesmo em outras repartições do direito, no constitucional, no administrativo, no criminal e no internacional, repercute a teoria das obrigações. Basta afirmá-lo para deixá-lo provado, tão evidente é esse asserto”⁷².

Para José Afonso da Silva, o Tratado Internacional, quando referendado, ratificado e promulgado “se torna um compromisso obrigatório do Brasil (...) e, assim, de aplicação obrigatória pelos Tribunais do país e sujeito à apreciação de sua constitucionalidade (art. 102, III, b)”⁷³.

Neste ponto, vale lembrar que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 226, em 1991⁷⁴ e promulgado pelo Decreto n. 591, em 1992⁷⁵ (DO de 07.12.1992), o que permite afirmar que o Estado brasileiro assumiu obrigações concretas quanto à realização desses direitos no plano interno, independentemente de sua posição hierárquica.

Assim, conclusivamente, reconhece-se o caráter obrigacional das normas internacionais de direitos humanos incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com natureza constitucional (e, portanto, *jusfundamental*) ou infraconstitucional. Tal perspectiva autoriza o Poder Judiciário a impor sanções, tanto ao Estado como aos particulares, quando se verifique o descumprimento de obrigações de dar, fazer e não-fazer pertinentes aos direitos econômicos, sociais e culturais.

⁷⁰ Reguladas pelo Código Civil Brasileiro de 2002, na Parte Especial, Livro I – Dos Direitos das Obrigações, Título I – Das Modalidades das Obrigações.

⁷¹ BEVILACQUA, Clovis. **Direito das obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936, p. 23.

⁷² BEVILACQUA, Clovis. **Direito das obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936, p. 24.

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 403.

⁷⁴ Data: 12.12.1991.

⁷⁵ Data: 06. 07.1992.

Referências Bibliográficas

- ABRAMO, Cláudio Weber. Entrevista. **Jornal do Advogado**, São Paulo, Ano XXXI, n. 300, Nov. 2005.
- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio De Janeiro: Renovar, 2003.
- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002.
- ADPF: 45. Informativo 345. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14 fev. 06.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Madri: Jul./Set, 1999. p. 67-79.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BEVILACQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.
- CASCAJO CASTRO, J. L. La tutela constitucional de los derechos sociales. In: CID, Benito de Castro. Los Derechos Sociales: Análisis Sistemático. In: Aa.Vv. **Derechos Económicos, Sociales Y Culturales**. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos. Actas de las IV Jornadas de Profesores de Fac. de Derecho de la Universidad de Murcia, 1981.
- CASCAJO, José L. La tutela constitucional de los derechos sociales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1988.
- CID, Benito de Castro. Los Derechos Sociales: Análisis Sistemático. In: Aa.Vv. **Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos. Actas de las IV Jornadas de Profesores de Fac. de Derecho de la Universidad de Murcia, 1981.
- CONTRERAS PELÁES, Francisco J. **Derechos Sociales: Teoría e ideología**. Madrid: Tecnos, 1994.
- EXECUÇÃO DE COISA CERTA: EXTRA PETITA. In ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. FRANÇA, R. Limongi. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977. v. 35.
- FRANÇA, R. Limongi. (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. Omissão de Socorro : Papa. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 56.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Org). **Tratados internacionais**. São Paulo: Ltr, 1999.
- GARCIA MACHO, Ricardo. **Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda**. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.
- GARCIA MORALES, Aniza Fernanda. **La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 2003.
- HERRENDORF E., Daniel; BIDART CAMPOS J. German. **Principios de derechos humanos y garantías**. Buenos Aires: Ediar, 1991.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. Why liberty depends on taxes, New York: W.W. Norton, 2000.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- LIMA, M. Madeleine Hutyra de Paula. Corrupção: Obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 8, n. 33, Outubro-Dezembro de 2000.
- LIMA, Jayme Benvenuto Jr. **O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade**. Disponível em: <<http://www.revistaautor.com.br/Ensaios/02ext2.htm>>. Acesso em: 17 ago. 05.
- RTJ n. 175/1212-1213. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14 fev. 06.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 163-164.
- SABÁN GODOY, Alfonso. **El marco jurídico de la corrupción**. Madrid: Civitas, 1991.
- SERVAIS, Jean-Michel Servais. **Elementos de Direito Internacional e Comparado do Trabalho**. São Paulo:

Ltr, 2001.

SHUE, Henry. **Rights in the US foreign policy**. Princeton, 1980.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributação: O orçamento na Constituição**. Rio De Janeiro: Renovar, 2000. V. 5.

VESES PUIG, Carmen Marti de. Normas internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales. In: **Anuario de Derechos Humanos**, Marzo de 1983, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Consultas à Internet

[Http://Listas.Rcp.Net.Pe/Pipermail/Vigilancia/2002-August/000448](http://Listas.Rcp.Net.Pe/Pipermail/Vigilancia/2002-August/000448). Html. Acesso em: 17 ago. 05.

[Http://Listas.Rcp.Net.Pe/Pipermail/Vigilancia/2002-August/000448](http://Listas.Rcp.Net.Pe/Pipermail/Vigilancia/2002-August/000448). Html. Acesso em: 17 ago. 05.

[Http://Www.Aaj.Org.Br/Pacto%20facultativo](http://Www.Aaj.Org.Br/Pacto%20facultativo). Htm . Acesso em: 17 ago. 05.

[Http://Www.Aaj.Org.Br/Pacto%20facultativo](http://Www.Aaj.Org.Br/Pacto%20facultativo). Htm. Acesso em: 17 ago. 05.

[Http://Www.Derechos.Org.Ve/Instrumentos/Sisuniversal/Directriz_Maastricht](http://Www.Derechos.Org.Ve/Instrumentos/Sisuniversal/Directriz_Maastricht). Pdf. Acesso em: 17 ago. 05.

[Http://Www.Dhnet.Org.Br/Direitos/Sip/Desc/Quito](http://Www.Dhnet.Org.Br/Direitos/Sip/Desc/Quito). Html. Acesso em: 17 ago. 05.

[Http://Www.Dhnet.Org.Br/Direitos/Sip/Desc/Quito](http://Www.Dhnet.Org.Br/Direitos/Sip/Desc/Quito). Html. Acesso em: 17 ago. 05.

[Http://Www.Dhnet.Org.Br/Direitos/Sip/Desc/Quito](http://Www.Dhnet.Org.Br/Direitos/Sip/Desc/Quito).Html. Acesso em: 17 ago. 05.

[Http://Www.Derechos.Org.Ve/Instrumentos/Sisuniversal/Directriz_Maastricht](http://Www.Derechos.Org.Ve/Instrumentos/Sisuniversal/Directriz_Maastricht). Pdf. Acesso em: 17 ago. 05.