

PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO NETO

**A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS
SOCIAIS NAS CORTES INTERNACIONAIS DE
JUSTIÇA: EM BUSCA DA PROTEÇÃO EFETIVA
DO SUJEITO TRABALHADOR NA
CONTEMPORANEIDADE**

**BELO HORIZONTE
FACULDADE DE DIREITO DA UFMG**

2016

PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO NETO

**A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS
SOCIAIS NAS CORTES INTERNACIONAIS DE
JUSTIÇA: EM BUSCA DA PROTEÇÃO EFETIVA
DO SUJEITO TRABALHADOR NA
CONTEMPORANEIDADE**

Tese de Doutorado em Direito apresentada,
sob a orientação do Professor Doutor
ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, ao
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
de Minas Gerais como exigência parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito.

**BELO HORIZONTE
FACULDADE DE DIREITO DA UFMG**

2016

A994j Azevedo Neto, Platon Teixeira de
A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais
de Justiça: em busca da proteção efetiva do sujeito trabalhador na
contemporaneidade / Platon Teixeira de Azevedo Neto. – 2016.

Orientador: Antônio Álvares da Silva
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Trabalhadores – Direitos sociais 3. Tribunais
supremos I. Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 331:342.7

A tese intitulada *A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça: em busca da proteção efetiva do sujeito trabalhador na contemporaneidade*, de autoria de PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO NETO, foi considerada _____ pela banca examinadora, composta pelos seguintes Professores Doutores:

PROFESSOR DOUTOR ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA (Orientador)

Belo Horizonte, _____ de _____ de 2016.

À Deus, toda honra e toda glória!

À minha esposa amada Patrícia, pelo nosso amor profundo, pelos nossos sonhos juntos, pelo companheirismo, pela amizade e pela nossa deliciosa interdependência!

Aos meus filhos, Lucas e Mateus, pelos quais movo montanhas e não me canso de ensinar, aprender e amar!

À minha mãe Marisa, pelo amor incondicional!

Ao meu pai Platon, pelo exemplo de profissional!

À minha vó Nancy, pela torcida extraordinária!

À minha vó Alice, por fim, uma singela homenagem a quem transbordaria de orgulho se entre nós estivesse!

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, à Jesus Cristo, nosso Senhor e Salvador!

Ao meu Orientador, Professor Doutor Antônio Álvares da Silva, exemplo de retidão e sabedoria, pelos conhecimentos transmitidos ao longo do curso e ainda pela inestimável disposição e pelo auxílio ímpar em todos momentos, inclusive nos instantes fundamentais e finais, a quem ofereço minha eterna gratidão!

Ao Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, pela imprescindível concessão da licença para capacitação, sem a qual não teria conseguido realizar este Doutorado. Sem esse investimento, que pretendo retribuir com meu esforço nos próximos anos e com a socialização do conhecimento adquirido entre meus colegas e servidores do TRT18, não teria sido possível chegar até aqui. Por isso, agradeço a todos magistrados da 18ª Região, e especialmente aos Excelentíssimos Senhores Desembargadores que votaram a favor da concessão da minha licença: Aldon do Vale Alves Taglialegna, relator do respectivo pedido administrativo, Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque, Elvecio Moura dos Santos, Gentil Pio de Oliveira, Mário Sérgio Bottazzo, Paulo Pimenta, Daniel Viana Júnior, Geraldo Rodrigues do Nascimento e Iara Teixeira Rios. Aproveito para agradecer a todos os servidores da Presidência do TRT18, da Diretoria Geral do TRT18, na pessoa de Ricardo Lucena, amigo que não poderia deixar de demonstrar meu respeito e minha enorme gratidão, da Corregedoria, na pessoa do amigo Marcelo Marques, da Escola Judicial, nas pessoas de Gil e Keyla, e a todos os demais servidores e servidoras do TRT18 com quem tive contato nesses mais de dez anos de casa. Nesse instante também agradeço aos meus amigos e amigas dos outros tribunais onde atuei, TRT10 (DF e Tocantins), com uma menção especial aos amigos Noemia e Grijalbo, e no TRT8 (Pará e Amapá) à amiga Alda Couto.

Agradeço ainda, de forma muito especial, ao Professor José Carlos Remotti Carbonel, da Universidade Autônoma de Barcelona, que gentilmente me recebeu para as pesquisas naquela instituição, pelas valorosas conversas e pelo valioso material compartilhado.

Ao amigo Professor Doutor Saulo de Oliveira Pinto Coelho, meu respeito, minha admiração e minha imensa gratidão!

Ao amigo Professor Doutor Ney Stany Moraes Maranhão, irmão na fé, meus sinceros agradecimentos por toda a ajuda!

Ao amigo Professor Doutor Guilherme Guimarães Feliciano, pela sabedoria transmitida, pelo exemplo de dedicação e retidão!

Ao caro Professor Doutor Márcio Luís de Oliveira, por todas as lições de Direito Internacional!

Também a minha imensa gratidão e admiração aos Professores Doutores Pedro Augusto Gravatá Nicoli, Renato César Cardoso, Marcelo Cattoni, Maria Rosaria Barbato, aos quais agradeço pelos importantes diálogos travados.

Ao Professor Doutor Antônio Gomes, pelo apoio extraordinário e pelo excepcional trabalho desenvolvido à frente do PRUNART, grupo de pesquisas que integrei e pretendo continuar integrando e colaborando cada vez mais.

Ao Professor Doutor Joaquim Carlos Salgado, por colaborar de forma inestimável para minha formação acadêmica, pelas horas prazerosas de ensino de filosofia, pela pessoa maravilhosa, pelo modelo de professor, dedico minha gratidão eterna!

Ao Professor Doutor José Luiz Borges Horta, pela amizade, pela ajuda, pela inteligência, a quem também serei pra sempre grato!

Ao Professor Doutor Arnaldo Bastos Santos Neto, meu orientador no Mestrado em Direitos Humanos na Universidade Federal de Goiás, fundamental na minha formação acadêmica, o meu muito obrigado!

Ao Professor Doutor Felipe Bampirra, pela troca de ideias e de material.

Aos eminentes professores das disciplinas do curso de Doutorado na Universidade Federal de Minas Gerais, Doutores Rodolfo Viana Pereira, Fabrício Polido, Tomaz Rosa Bustamante, Ricardo Salgado, Karine Salgado, Maria Helena Megale e Vitor Bartoletti Sartori, meus agradecimentos pela capacitação proporcionada nos temas desenvolvidos.

À minha querida prima e brilhante Professora da UFMG, Daniela Muradas, com um carinho singular.

À colega da academia Julia Borges, que certamente terá uma carreira acadêmica brilhante, pelo valoroso auxílio nas pesquisas durante a escrita da tese e ainda pela valiosa troca de ideias que colaboraram de forma singular para o resultado deste trabalho.

Ao acadêmico Ricardo Spindola, que prenuncia um futuro acadêmico promissor, o meu obrigado pelo apoio e pelo intercâmbio de ideias nos momentos finais de elaboração da tese.

À Biannka Jabrayan Schmidt, pela diligente revisão do texto final, meu agradecimento muito especial!

Aos meus familiares e de minha esposa, pela torcida vibrante, a começar pelos meus queridos irmãos Ingrid, Karen e Vinícius e, em seguida, meus tios Eliane e Fausto, minhas primas Marcela e Flávia, a família da tia-avó Haydée, Tânia, Chico, Jane, Pablo e Diego, meus cunhados Cristina e Jefferson, a Dona Judite Miranda (avó da Patrícia, minha esposa) e os tios dela, Benaias, Nilson, Paulo, Gracinha, Olívia, Beth, Leane, Leliane, Leide, Lelha, Leda, Leile e respectivas famílias.

Merece um agradecimento especial e destacado minha sogra Leise, pela acolhida em sua casa, pelo carinho comigo e com a Patrícia e pela ajuda com o nosso filho Mateus.

Também jamais poderia deixar de externar minha gratidão, de modo particular, à minha madrastra, Eliane, que me recebeu em seu escritório e me apoiou no curto período em que atuei como advogado, e ao seu sócio, Doutor José Antônio Alves de Abreu, juiz aposentado e exímio advogado, meu eterno mestre, e a todos os demais advogados e colaboradores do referido escritório, com o meu carinho e constante lembrança.

Um agradecimento carinhoso aos amigos Ralfh e Gabi, pela acolhida em momento crucial e por ter me proporcionado as condições para terminar de redigir a tese. E ainda aos amigos Jonas e Dani, André e Alessandra, Hugo e Patrícia, Maria Joana Parizzotto, Ana Célia Bites, pela calorosa recepção em nossa viagem durante a pesquisa final.

Aos meus queridos e queridas colegas do Doutorado, em especial Isabela Murta de Ávila e Romulo Valentini, que não tardaram em me ajudar nos momentos de grande necessidade, e ainda aos amigos Geraldo Magela, Cynthia Lessa, Talita, Sérgio e Flávia.

À minha querida amiga, Daniela Rodrigues Machado Vilela, pelas agradáveis conversas, pela especial amizade e pela significativa parceria acadêmica.

O meu enorme obrigado ao servidor Wellerson Alves de Roma, e a todos os demais servidores e estagiários da Secretaria da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, especialmente Rodrigo Boechat, Ana Paula, Patrícia, Sara e Karoline.

Aos amigos dos tempos de Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Ao eminente Juiz, Doutor Roberto de Figueiredo Caldas, Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela amizade e pela acolhida na visita à Corte IDH.

Ao Professor Doutor Pedro Sérgio dos Santos, Diretor da Faculdade de Direito da UFG, meu enorme agradecimento e minha especial admiração!

Aos Professores Doutores Sílzia, Pablo e Deusa, com meu respeito e minha elevada estima!

À Juíza Auxiliar da Vara do Trabalho de Jataí, Doutora Mariana Glasgow, que manteve de forma exemplar a condução da respectiva Vara durante o meu período de afastamento, dando-me tranquilidade para me dedicar aos estudos.

Aos servidores da Vara do Trabalho de Jataí e aos advogados e advogadas que ali militam, pela paciência, com meu enorme apreço!

Ao meu querido amigo César Augusto Lemos, e sua esposa Thagnni, com meu carinho e meu imenso agradecimento!

Aos colegas da ANAMATRA, na pessoa de Germano Siqueira, da AMATRA18, na pessoa de Luciano Crispim e do IGT, na pessoa de Carla Zannini, e aos seus funcionários e funcionárias.

Aos confrades e congreiras da Academia Goiana de Direito, em especial ao Presidente Dr. Edemundo, e aos amigos Doutores Laudelina e Ricardo.

Aos amigos e amigas muito especiais, com quem tive maior convívio neste período, Eneida, Nara e Luiz Roberto, Sara e Élcio.

Meu enorme agradecimento e um especial abraço ao amigo Rafael Lara Martins e à esposa Danielle.

Um agradecimento especial pela amizade e pela ajuda profissional, ao Leonardo Magalhães e à sua esposa Priscila.

Aos queridos amigos e amigas que, de algum modo, ajudaram-me nessa caminhada, Ministra Delaíde, Francisco Mata Machado, Ricardo e Fernanda, Diva Júlia, Cíntia e Tacyo, Rodolfo Pamplona, Cristiano Siqueira, Rui Barbosa, Áureo Ludovico, Rodrigo Dias da Fonseca, Renata Mangili, Humberto Machado, Romulo de Freitas e Rejane, Daniel e Cristina, Carlos e Juliana, Narayana, Fabíola, Cleidimar e Flávia, Radson, Rodrigo Abou Id e Ana, Bernardo e Mara, Nehemias e Rachel, Adriano Dantas e Cândida, Ivan Tessaro e Adriana, Wilma, André Cavalcanti, Luciana, Silvana, Adib, Ericson Crivelli, Manuel Campos e Cássio Domingos.

O meu agradecimento à Nida e à Carol pelo importante trabalho realizado para a minha família.

Ao pessoal da Contato Comunicação, na pessoa de Adriana.

A alguns amigos e amigas que não poderiam ser esquecidos: João Ribeiro, Elisabete Zilá e Cleuber, de Luziânia.

À FASAM, na pessoa de Paulo Gonçalves e aos seus funcionários, especialmente Raquel Caixeta, Andrea e Tuisa.

Ao IPOG, na pessoa do Professor Leonardo Moraes.

À RedeJuris, na pessoa do Professor Geibson.

À PUC/GO, especialmente à Professora Regina Celeste.

À UNIVERSO, na pessoa da Professora Dalba.

À Editora LTr, na pessoa de Armandinho.

Aos meus queridos colegas da Comissão de Trabalho Infantil e de Estímulo à Aprendizagem do Tribunal Superior do Trabalho, Ministras Kátia Arruda e Maria de Assis Calsing, Ricardo Tadeu, Maria Zuíla, Andréa Nocchi, José Roberto Oliva, Zéu Sobrinho e José Gervásio.

Ao amigo Fabiano Coelho, pela parceria na supra citada Comissão e na elaboração da CLT pela Editora Rideel.

Um especial agradecimento ao colega e amigo Ranúlio, pela leitura atenciosa do meu livro sobre Trabalho Decente, que me ajudou a evitar alguns erros nessa tese.

Ao Professor Lluís, pelas aulas de espanhol e ao Professor Gabriel Huiban, pelas aulas de inglês.

Aos advogados Pedro Buralli, Matheus Henrique e Tiago Cardoso, pela valiosa atuação em casos especiais. À advogada Selmara, também pela importante ajuda.

Aos amigos e amigas da Igreja da Vitória, comandada pelo querido Pastor Antônio Carlos, em especial os queridos José Carlos e Cristiene, Luiz Onofre e Ângela, e aos membros da Igreja Batista Brasileira em Washington (EUA), dirigida pelo Pastor Carlos Mendes.

Aos amigos do Condomínio Housing de Goiânia.

Ao Clube Atlético Mineiro e sua fantástica torcida!

À Carmen Morte-Gomez, pela valiosa recepção na Corte Europeia de Direitos Humanos em Estrasburgo, na França.

À Biblioteca da Corte Europeia de Direitos Humanos, na pessoa de sua chefe, Geneviève Woods.

À Biblioteca Conjunta da Corte Interamericana e do Instituto Interamericano de Direito Humanos, especialmente nas pessoas de Ana Rita Ramírez, Hannia Sánchez López e Julliana Saborío Arguedas.

À Biblioteca do STF, meus agradecimentos às seguintes pessoas: Maria Tereza, Amanda, Tiago, Joedson, Murilo e Márcio.

À Biblioteca do TST, pela gentil atenção dos servidores Gilberto Alves e Wilton Fidelis.

À Biblioteca do Senado, pelo valioso material disponibilizado.

À Biblioteca do TRT18, meus sinceros agradecimentos a Carlos Novaes de Castro, Márcia Cristina, Carmem Barbosa Lemos e Rayane Bastos Feitosa.

À Biblioteca da Faculdade de Direito da UFMG, por todo o apoio nas pesquisas e pelos indispensáveis empréstimos.

Ao Daniel Cerqueira, pela recepção em Washington e pelo acesso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e ao Rodrigo Victor da Paixão, pela visita à Organização das Nações Unidas, em Nova York.

Enfim, a todos os meus especiais amigos e amigas que estiveram comigo durante essa caminhada, aos quais peço desculpas porque deixo de citar nominalmente todos. Certamente vocês sabem a importância que possuem em minha vida e que jamais deixaria de expressar a minha gratidão pelo companheirismo, pela paciência e pela solidariedade! Sintam-se todos abraçados!

LISTA DE ABREVIATURAS

CADHP – Convenção Africana de Direitos Humanos e dos Povos
CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos
CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CLS – Comitê de Liberdade Sindical da OIT
Corte ADHP – Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos
Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
DCP – Direitos Civis e Políticos
DESC – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECOSOC – Conselho Econômico e Social da ONU
FIDA – Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola
OEA – Organização dos Estados Americanos
OIT – Organização Internacional do Trabalho
ONU – Organização das Nações Unidas
OUA – Organização da Unidade Africana
PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
SIDH – Sistema Interamericano de Direitos Humanos
SEDH – Sistema Europeu de Direitos Humanos
SADH – Sistema Africano de Direitos Humanos
STF – Supremo Tribunal Federal
TEDH – Tribunal Europeu de Direitos do Homem
TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia
TPI – Tribunal Penal Internacional
TST – Tribunal Superior do Trabalho
TUE – Tratado da União Europeia
UA – União Africana
UE – União Europeia

“O sentimento do direito abandonado pelo poder que deveria protegê-lo busca os meios para obter a satisfação que a imprudência, a má vontade e a impotência lhe negam.”

(Rudolf Von Ihering)

RESUMO

O Direito é um sistema criado pelo homem, num dado momento histórico e conforme as necessidades do ser humano, com a finalidade de realizar a justiça – entendida esta como promotora de igualdade substancial –, o que passa, necessariamente, pela concretização dos direitos sociais. Nesse sentido, a justiciabilidade direta e plena desses direitos se afigura como medida imprescindível à tutela dos bens jurídicos por eles envolvidos, sendo forçoso alcançar uma compreensão evolutiva essencial à superação do reducionismo advindo, em grande medida, de conflitos ideológicos e obtusidade conceitual. Partindo das críticas desferidas à juridicidade dos direitos sociais, a tese avança desconstruindo os discursos liberais arrefecedores de tais *standards* de proteção e edifica um arcabouço teórico-normativo favorecedor desses direitos. Após a análise da normatividade internacional acerca dos direitos sociais, incluindo os laborais, passa-se ao contexto desafiador das cortes supranacionais na salvaguarda desses direitos, que deve ser efetuada mediante uma interpretação teleológica e evolutiva das normas nacionais, comunitárias e internacionais, com vistas à sobrelevação da dignidade como vetor principiológico de todos os demais. Por fim, a tese deságua na busca pela tutela concreta do sujeito trabalhador na contemporaneidade, abarcando a proibição do trabalho escravo e infantil, a proteção contra a discriminação, a promoção da liberdade sindical, a garantia do direito de greve, a tutela do emprego e o respeito ao migrante. Por todo o exposto, espera-se que a salvaguarda do trabalhador na seara internacional seja maximizada pela rede de proteção criada pelos sistemas global e regional de direitos humanos, que devem agir em conjunto e interligados, a fim de lograrem elevada efetividade nessa tarefa.

Palavras-chave: justiciabilidade – direitos sociais – cortes internacionais – sujeito trabalhador – direitos humanos laborais

ABSTRACT

The Law is a human system invented in a certain moment in history and in accord with human needs, and it aims to bring about justice – understood as substantial equality tool – and that necessarily goes through solidifying social rights. In that sense, the straight and complete justiciability of rights is an indispensable measure for the legal rights' remedies, and we must achieve an essential evolutionary understanding in order to surpass the reductionism that comes from the ideological conflicts and the conceptual dullness. Starting from the social rights juridicity's reviews, the thesis goes on deconstructing the fresh liberal rhetoric of the protection standards, and assembles the theoretical-normative outlines of those rights. After the analysis of the social rights' international normativity, including labor law rights, we analyze the challenging scenario of the supranational courts in protecting those rights. That protection must be made through a purposeful and evolutionary interpretation of the national, communitarian, and international norms, placing dignity as the underlying principle to guide all other rights. Finally, we search for a concrete protection of the contemporaneous worker, a protection that bans slave and child labor, outlaws discrimination, promotes freedom to unionize, ensures the right to strike, protects the employment, and respects immigrants. For all the above, we expect to make the worker protection in the international scene stronger through the shielding web created by the global and regional systems of human rights, that should work together in order to bring about effectiveness in that task.

Keywords: justiciability – social rights – international courts – worker subject – labor human rights

RESUMEN

El Derecho es un sistema hecho por el hombre, en un momento histórico determinado, y según las necesidades del ser humano, con el fin de lograr la justicia - entendida como un promotor de la igualdad sustantiva - que implica necesariamente la realización de los derechos sociales. En este sentido, la justiciabilidad directa y plena de esos derechos parece tan indispensable como la protección de los intereses legales de ellos mismos, y siendo inevitable llegar a un entendimiento evolutivo esencial para superar el reduccionismo que surge en gran parte de los conflictos ideológicos y torpeza conceptual. A partir de las críticas que recibe la legalidad de los derechos sociales, los avances de la tesis llega a la deconstrucción de discursos liberales contrarios a tales normas de protección para construir un marco teórico y normativo que favorece a estos derechos. Después de analizar la normatividad internacional sobre los derechos sociales, incluyendo el derecho al trabajo, sigue con el difícil contexto de los tribunales supranacionales en la salvaguardia de estos derechos, que debe ser efectuada por una interpretación teleológica y evolutiva de las normas nacionales, comunitarias e internacionales, con los puntos de vista de la dignidad como vector principiológico de todos los demás. Por último, la tesis se centra en la búsqueda de protección concreta del sujeto trabajador en contemporaneidad a la prohibición del trabajo forzoso y también infantil, la protección contra la discriminación, la promoción de la libertad de asociación, la garantía del derecho de huelga, la protección del empleo y el respeto por el migrante. Respecto a lo mencionado anteriormente, se espera que la protección de los trabajadores en el contexto internacional se maximiza mediante la red de seguridad creado por los sistemas globales y regionales de derechos humanos, que deben actuar en conjunto e interconectados con el fin de lograr un gran efectividad en esta tarea.

Palabras clave: justiciabilidad - derechos sociales - cortes internacionales - sujeto trabajador - derechos humanos laborales

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
------------------	----

PRIMEIRA PARTE – ANÁLISE TEÓRICA

CAPÍTULO I – DEFINIÇÃO E ALCANCE DOS DIREITOS SOCIAIS

1.1 Em busca de um conceito de Direito contemplador dos direitos sociais	24
1.2 Existem direitos sociais?	28
1.3 Direitos sociais: humanos ou fundamentais?	39
1.4 Supostas dicotomias entre os "direitos sociais" e os "civis e políticos" e outros argumentos que visam enfraquecer aqueles direitos	51
<i>1.4.1 Argumentos jurídicos e gerais</i>	53
1.4.1.1 Os direitos sociais são sempre positivos ou podem também ser negativos? Exigem custos elevados ou podem também ser "cost-free"?	53
1.4.1.2 Os direitos sociais são constituídos por normas meramente programáticas ou também podem demandar exigência imediata?	57
1.4.1.3. São os direitos "sociais" <i>vagos</i> , e os "civis e políticos", precisos? Os direitos "sociais" são de maneabilidade complexa, e os "civis e políticos", de fácil manejo?	61
1.4.1.4 Os direitos "sociais" são ideológicos, enquanto os "civis e políticos", não-ideológicos? Estão os direitos "sociais" eivados de carga política, enquanto os direitos "civis e políticos" estariam desprovidos de politicidade?	62
1.4.1.5 Os "direitos sociais" são justiciáveis?	63
1.4.1.6 Os "direitos sociais" são meras aspirações, enquanto os "direitos civis e políticos" são verdadeiros?	67
1.4.1.7 Os "direitos sociais" são também direitos da pessoa individual?	68
<i>1.4.2 Os demais argumentos utilizados para enfraquecer os direitos sociais: "argumentos econômicos e políticos"</i>	69
4.2.1 Argumentos econômicos	69
4.2.2 Argumentos políticos	74
1.5 Da indivisibilidade dos "direitos humanos" como característica niveladora dos "direitos sociais" em relação aos "direitos civis e políticos"	81
1.6 Os "direitos sociais" num mundo globalizado	83

CAPÍTULO II – ARCABOUÇO TEÓRICO-NORMATIVO PROTETIVO DOS DIREITOS SOCIAIS

2.1 Prolegômenos	86
2.2 Sistemas global e regional de proteção dos direitos sociais	89
2.2.1 <i>Questões gerais</i>	89
2.2.2 <i>Sistema global</i>	90
2.2.2.1 Normas emanadas da ONU	90
2.2.2.2 Normas provenientes da OIT	102
2.2.2.2.1 <u>Precedentes históricos</u>	102
2.2.2.2.2 <u>A criação da OIT e a normatização dela advinda</u>	103
2.2.3 <i>Sistemas regionais de proteção dos direitos sociais</i>	108
2.2.3.1 Considerações gerais	108
2.2.3.2 Sistema interamericano de proteção dos direitos sociais	109
2.2.3.3 Sistema europeu de proteção dos direitos sociais	121
2.2.3.4 Sistema africano de proteção dos direitos sociais	127
2.3 A normatividade internacional e a possível “Interconvencionalidade”	131

SEGUNDA PARTE – ANÁLISE PRÁTICA

CAPÍTULO III – O PAPEL DAS CORTES INTERNACIONAIS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 Intróito	139
3.2 Pressuposto de atuação eficaz das cortes internacionais: a revisitação do conceito de soberania	139
3.3 A atuação das cortes internacionais de justiça nos contextos global e regional de tutela dos direitos humanos	143
3.3.1 <i>A proteção dos direitos sociais no âmbito global</i>	143
3.3.1.1 Corte Internacional de Justiça	144
3.3.1.2 Órgãos ligados à ONU	150
3.3.1.3 Mecanismos de controle da OIT	154
3.3.2 <i>A proteção dos direitos sociais nos sistemas regionais</i>	156
3.3.2.1 Questões gerais	156
3.3.2.1.1 <u>O sistema interamericano e a proteção aos direitos sociais</u>	156

3.3.2.1.1.1 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua atuação na tutela dos direitos sociais	157
3.3.2.1.1.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e o seu papel dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)	167
3.3.2.2 O sistema interamericano e o controle de convencionalidade no Brasil	172
3.3.2.3 A tutela dos direitos sociais no cenário europeu	177
3.3.2.3.1 <u>Corte Europeia de Direitos Humanos ou Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH)</u>	178
3.3.2.3.2 <u>Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)</u>	185
3.3.2.4 A proteção dos direitos humanos na África	186
3.3.2.4.1 A <u>Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos</u>	186
3.3.2.4.2 <u>Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos</u>	190

CAPÍTULO IV – EM BUSCA DA PROTEÇÃO EFETIVA DO SUJEITO TRABALHADOR NA CONTEMPORANEIDADE

4.1 Questões introdutórias	193
4.2 Direitos humanos laborais	201
4.2.1 <i>A proteção contra o trabalho forçado como direito humano laboral</i>	201
4.2.2 <i>A proibição do trabalho infantil como direito humano laboral</i>	208
4.2.3 <i>A proibição da discriminação no trabalho como direito humano laboral</i>	213
4.2.4 <i>A liberdade sindical como direito humano laboral</i>	220
4.3 Outros direitos importantes para a proteção do trabalhador em nível internacional	232
4.3.1 <i>Direito à greve</i>	232
4.3.2 <i>Proteção ao emprego</i>	238
4.4 A tutela ao trabalhador migrante como um dos pontos de convergência do “hexágono garantidor”	246

CONCLUSÕES	256
-------------------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	262
---	-----

INTRODUÇÃO

A *justiciabilidade dos direitos sociais* é um dos temas mais importantes da atualidade na seara jurídica geral. Seja em âmbito local, seja no cenário global, o assunto tem instigado os estudiosos do Direito e desafiado os intérpretes e aplicadores das normas nacionais e internacionais. Essas questões, portanto, justificam o desenvolvimento da presente tese.

Antes de avançarmos, importa esclarecer o que é *justiciabilidade*. A nosso ver, pode ser definida como o *reconhecimento de um direito pelos tribunais enquanto apto a ser analisado em seu mérito*, ou seja, a *justiciabilidade* se verifica quando o direito se encontra passível de reclamação perante uma corte de justiça. Nesse sentido, um direito é *justiciável* quando logra atravessar o filtro da admissibilidade e passa a ser admitido para julgamento. Em especial, a *justiciabilidade* pode ser *direta* ou *indireta*. É *direta* quando o direito postulado transpõe sozinho o exame preliminar e caminha para ser discutido como questão de fundo e *indireta* quando atravessa a barreira da admissibilidade acoplado a outro direito.

Por que a *justiciabilidade direta dos direitos sociais* tem sido um problema? Porque os direitos sociais têm sido normalmente examinados pelas cortes internacionais pela via indireta, o que, muitas vezes, impede que o direito seja tutelado. Na Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, quando o direito à saúde, à educação ou ao trabalho é tratado, isso se faz pela via oblíqua, atrelando-se a pretensão de um bem social a um ou mais direitos civis, como o direito à vida, à liberdade ou à integridade física e psíquica. Assim, a *justiciabilidade indireta* tem sido bastante frequente. De tal maneira, a menos que estejam acoplado a direitos civis, com raras exceções, os *direitos sociais* não chegam isolados nas decisões tomadas pelas cortes internacionais, muitas vezes barrados em preliminares de incompetência *ratione materiae*.

A questão enfrentada na tese pode ser, então, analisada sob diversos aspectos. Ao se examinar o papel das cortes internacionais exige-se um intercurso pelo Direito Internacional. Ao se aprofundar na temática dos *direitos sociais*, pode-se seguir o caminho do Direito Constitucional (entendidos como *direitos fundamentais*) ou da Filosofia do Direito ou ainda do Direito Internacional, conforme a análise (nesse caso são tidos como *direitos humanos*).

A terminologia utilizada ainda difere conforme o campo. Normalmente, o Direito Constitucional trata os *direitos sociais* como *direitos fundamentais*, enquanto o Direito Internacional se lhes refere como *direitos econômicos, sociais e culturais (DESC)*. No presente

texto, utilizaremos a denominação *direitos sociais*, de forma indistinta, em relação às demandas de progresso social, como educação, saúde e trabalho. **Assim, em nossa tese, referir-nos-emos a *direitos sociais*, seja quando estivermos tratando de *direitos econômicos, sociais e culturais (DESC)*¹ (na ordem internacional ou regional), seja ao analisarmos os *direitos fundamentais constitucionais* (na ordem local ou comunitária).**

Considerando o nosso objetivo de investigar a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e da Corte Internacional de Justiça (Haia), principalmente, é imprescindível palmilharmos pela Filosofia do Direito e pelo Direito Internacional Público. Não obstante, como é cediço, a construção teórica dos *direitos sociais* também passa pelo Direito Constitucional.

De tal modo, pretendemos definir o que sejam esses chamados *direitos sociais*. Buscaremos compreender a essência desses direitos, quais os limites e as suas possibilidades de aplicação. É preciso, pois, perquirir sobre a classificação deles como *humanos* e/ou *fundamentais*, qual a interpretação mais adequada a lhes ser atribuída e qual o seu conteúdo para alcançarmos o nosso escopo.

Desde já, é importante perceber que a efetivação dos *direitos sociais* leva em conta o homem como centro e destinatário do direito em geral, implicando ganho não só para a sociedade humana, mas também para a natureza e sobrevivência do planeta. Com a promoção da educação, a garantia da saúde, o respeito ao trabalho e a realização dos demais *direitos* considerados *sociais*, certamente haverá ganho para toda a sociedade. Resta indubitável que, elevando-se o nível de instrução, teremos seres mais conscientes de seu papel, com a saúde preservada haverá ganhos à qualidade de vida deles, e com trabalho e moradia decentes o desenvolvimento de todos se torna inexorável.

Educação, saúde, trabalho, moradia, ou seja, bens protegidos pelos *direitos sociais*, entre outros, compõem a estrutura básica de vida do ser humano. Então, não podem ser relegados a segundo plano na proteção judicial. Logo, razão não há para a tutela da propriedade em detrimento da saúde, por exemplo. Este direito é tão essencial quanto aquele. Dessa forma, a proteção dos *direitos sociais* põe-se como uma questão de equalização, a fim de se buscar a igualdade substancial inviabilizada ao longo de séculos de dedicação à salvaguarda de *direitos civis e políticos*.

¹ Utilizaremos *direitos sociais* ou *direitos econômicos, sociais e culturais (DESC)* quando estivermos nos referindo aos direitos previstos nas ordens global e regional e *direitos sociais fundamentais* em relação à ordem local (constitucional).

Outro ponto necessário é a discussão da *juridicidade dos direitos sociais*. Indaga-se: os *direitos sociais* são efetivamente direitos? Para se chegar à uma resposta, impõe-se retroagir e procurar um conceito de Direito que abarque uma concepção de *direitos sociais* mais consentânea com a teoria mais abalizada da contemporaneidade.

Faz-se mister, além disso, examinar os discursos disseminados ao longo de décadas, passando pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que acabaram por enfraquecer o reconhecimento dos *direitos sociais* como tais, e tendo como marco divisório a Declaração da ONU de 1948, quando, de fato, eles começaram a se firmar. Desde já, crucial salientar que o reconhecimento doutrinário de “gerações” de *direitos humanos*, classificando os *direitos sociais* como direitos de “segunda geração”, sem que houvesse ainda uma plena realização dos direitos de “primeira geração”, colocam os *direitos sociais* num compasso de espera, ou seja, num porvir, contribuindo para sua inefetividade, o que não é, nem de longe, adequado.

Na contramão desse entendimento, concebe-se acertadamente o direito ao trabalho, à saúde e à educação, entre outros *direitos sociais*, como prementes e presentes, não se podendo aguardar indefinidamente para realizá-los. A prevalecer aquela ideia negativa logo acima destacada, os *direitos sociais* seriam direitos de um futuro incerto e imprevisível, postergados a um plano indeterminado de concretude, escoando em branco o tempo de vida daqueles possíveis detentores desses direitos na atualidade.

Outras falácias assaz utilizadas para arrefecer a concretude dos *direitos sociais* reforçaram algumas características parciais daqueles direitos como se fossem absolutas. As afirmações reiteradas e constantes em diversos textos jurídicos internacionais e nacionais de que os *direitos sociais* são exclusivamente positivos, custosos, programáticos e meramente progressivos tiram a possibilidade de eficácia desses direitos. Não só isso: também um esvaziamento de conteúdo contribui para a sua baixa efetividade.

Numa concepção autoritária de Estado, evidentemente, não existe proteção efetiva aos *direitos sociais*, pois na visão cega de poder é inconcebível haver erro por parte do Estado. Por outro lado, num Estado Democrático de Direito é possível que um cidadão lesado pelo Poder Público possa acionar a via judicial a fim de postular uma reparação e, enfim, obtê-la.

Pretende-se demonstrar, assim, que esses discursos negativos ecoam no tecido normativo e reverberam na seara jurisprudencial. Com isso, as normas reproduzem discursos vazios e as decisões chancelam uma intencionalidade liberal conservadora. Na realidade, os

direitos sociais possuem outras características que precisam ser reveladas. São, ao mesmo tempo, positivos e negativos, podem ser custosos ou não, são concomitantemente imediatos e progressivos, de fácil concretização ou não, o que revela um caráter poliédrico, característico de todos os *direitos humanos*, incluindo os chamados *civis e políticos*.

Nessa toada, segue-se um itinerário para a pesquisa. Em primeiro lugar, questiona-se: é possível conceituar o Direito de modo a abraçar os direitos sociais no contexto atual? Em segundo lugar, como devem ser classificados os direitos sociais? Depois, pergunta-se: qual o papel das cortes internacionais de justiça dentro desse cenário? E, por fim, como pode se dar a proteção aos direitos dos trabalhadores em todo esse conjunto?

Assim sendo, a presente pesquisa é tanto prática quanto teórica. Quanto ao primeiro aspecto, envolve consulta a fontes diretas – como decisões de órgãos inseridos no contexto do sistema de proteção e efetivação dos direitos sociais, além de análises dos diplomas legais relacionados ao tema – e indiretas – reflexões dogmáticas científicas sobre a metodologia e a casuística dos referidos órgãos. Ainda, no que diz respeito ao aspecto prático, o acesso às fontes ocorreu por meio das seguintes técnicas: revisão bibliográfica, observação participativa, bem como análise lógico-sistemática e histórica de textos legais. No que diz respeito ao aspecto teórico, a pesquisa ocorreu com base em fontes diretas – reflexões de autores clássicos e contemporâneos, cujas obras estão relacionadas direta ou indiretamente à temática da tese. Nesse sentido, a pesquisa teórica foi, basicamente, realizada por meio de revisão bibliográfica.

Em termos de itinerário metodológico, o aspecto teórico teve primazia cronológica ao prático, pois, por meio do confronto de perspectivas teóricas a respeito dos direitos sociais, logrou-se uma posição suficientemente fundamentada para passar à análise da casuística das Cortes e dos demais órgãos dos Sistemas Internacionais de proteção e efetivação dos direitos sociais. No desfecho da pesquisa, desenvolveu-se um exame dos considerados direitos humanos laborais, bem como os principais direitos que se agregam a estes para compor uma rede de proteção do sujeito trabalhador em nível internacional.

De tal forma, a tese foi dividida em *duas* partes principais: uma predominantemente teórica, com um capítulo sobre a natureza dos *direitos sociais* e um segundo sobre o arcabouço normativo protetivo desses direitos e outra prevalentemente prática, tendo um capítulo sobre o papel e a atuação das cortes internacionais na tutela desses direitos e um segundo específico sobre a salvaguarda dos direitos dos trabalhadores em âmbito global. Serão, portanto, quatro capítulos em duas partes gerais.

Seguindo essa estrutura, teremos um *primeiro capítulo* tratando, primeiramente, do conceito de Direito, da definição e classificação dos direitos sociais, intentando investigá-los de forma crítica e filosófica, com base nos autores da contemporaneidade que logram vislumbrar aspectos mais consentâneos com a necessidade de evolução desses direitos a fim de lhes assegurar maior efetividade. Esquadrinharemos os aspectos jurídicos, econômicos e políticos conectados à realização dos multicitados direitos, a fim de explicitar e combater as falácias utilizadas para atrofiar a musculatura dos *direitos sociais* enquanto instrumentos de corporificação da justiça substancial.

Nesse contexto e em todo o restante, iremos nos valer, indubitavelmente, das lições transmitidas pelo nosso Orientador, Professor Doutor Antônio Álvares da Silva, bem como dos principais debates travados pelos autores na contemporaneidade em relação aos *direitos humanos* e *fundamentais* e sua efetividade no cenário global, sem descuidar das questões relacionadas à globalização e às crises mundiais.

Desenvolveremos a nossa tese analisando, no *segundo capítulo*, as normas amparadoras da tutela dos direitos sociais em âmbito internacional, seja as emanadas pelas agências como a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos, e ainda pela União Europeia, mas também e, especialmente, as provindas da Organização Internacional do Trabalho, de especial importância para a defesa dos trabalhadores em âmbito global.

Assim, serão envidados esforços para a enunciação de um aparato teórico-normativo de proteção dos direitos sociais, levando-se em conta, para sua interpretação, uma compreensão axiológica. Nessa toada, à exposição dos textos normativos seguir-se-á uma análise multifacetária, visando estabelecer um diálogo com as principais teorias da contemporaneidade. Portanto, nesse ponto da tese, mostraremos as normas existentes acompanhadas de uma hermenêutica, a nosso sentir, mais adequada.

No *terceiro capítulo*, buscaremos examinar o papel das cortes internacionais na consolidação dos *direitos sociais*. Para tanto, traremos à lume a estrutura desses órgãos com vistas a definir as potencialidades e os limites dos tribunais de justiça internacionais, bem como o desenrolar de sua produção jurisprudencial de modo a poder abarcar a tutela dos *direitos sociais* em geral. Iremos nos valer, ainda, das contribuições dos principais órgãos de controle dos *direitos humanos*, como complemento à atuação das cortes, a fim de evidenciar a ampla possibilidade de tutela desses direitos.

Nesse degrau da tese, servir-nos-emos das experiências obtidas com as visitas realizadas à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em San José (Costa Rica), e ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em Estrasburgo (França), bem como os estudos na Universidade Autônoma de Barcelona e os produtivos diálogos com o Professor José Carlos Remotti Carbonell, desta renomada instituição de ensino.

O nosso estudo abarcará a Corte de Haia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Não mencionaremos o Mercosul e outros blocos regionais, pela falta de tribunal ativo especializado em direitos humanos e também pela baixa produção normativa e insignificante eficácia de suas disposições nessa seara.

A análise também virá acompanhada, certamente, do exame das principais decisões adotadas pelas cortes internacionais relativamente aos *direitos sociais*, tentando evidenciar o potencial transformador dos tribunais no enfrentamento das demandas inter-relacionadas às necessidades básicas do ser humano. A esse exame, agregar-se-á uma visão ampliada do papel desses tribunais, bem como o potencial de salvaguarda dos órgãos de justiça que lhes pode ser atribuído.

Enfim, como *quarto e último capítulo*, estudaremos a proteção do sujeito-trabalhador na contemporaneidade, mormente pelas atuações já desenvolvidas no âmbito das cortes internacionais, como também pelas possíveis ações diante do quadro normativo existente. O diagnóstico será desenvolvido sob sete aspectos: 1) proibição ao trabalho forçado; 2) proibição ao trabalho infantil; 3) proteção contra discriminação; 4) promoção da liberdade sindical; 5) direito à greve; 6) tutela do emprego e 7) proteção ao trabalhador migrante. São pontos importantes na luta pelo resguardo dos direitos dos trabalhadores em âmbito global. Os seis primeiros compõem o que será chamado de “hexágono garantidor” dos direitos do trabalhador em nível internacional. O sétimo e último terá como pontos de convergência os seis primeiros com vistas à máxima salvaguarda do trabalhador migrante.

Especialmente os quatro primeiros tópicos acima elencados compõem os pressupostos negativos do chamado *trabalho decente* definidos pela Organização Internacional do Trabalho e serão considerados como os direitos humanos laborais em sede internacional. E para uma efetiva proteção do sujeito trabalhador na contemporaneidade, sobretudo num mundo globalizado, como o presente, faz-se mister complementar duas questões também importantes, que são a *proteção ao emprego*, tema relacionado à dignidade humana, e a *greve*, maior expressão de manifestação do trabalhador. Por fim, a *tutela ao trabalhador migrante*,

indispensável num atual contexto de grande migração, motivado não somente pela busca de melhores condições de vida, mas também pela fuga por motivos políticos e/ou religiosos, entre outras situações, revelar-se-á um dos pontos de congruência dos seis primeiros direitos do trabalhador na contemporaneidade. Enfim, os seis primeiros pontos e o último aspecto contemplam as principais salvaguardas do labor humano na atualidade.

Insta esclarecer que o direito de fornecer trabalho a todos não pode ser imposto ao Estado, porém à medida que o trabalhador é contratado há sim uma obrigação estatal em assegurar condições dignas de labor e é assim que a tese busca a sua especificada conclusão, pela possibilidade de garantia dos direitos dos trabalhadores pelas cortes internacionais. *Assim, nas próximas linhas, desenvolveremos a defesa da **justiciabilidade direta e plena dos direitos sociais**, seguindo em busca da tutela efetiva do sujeito trabalhador na contemporaneidade.*

PRIMEIRA PARTE – ANÁLISE TEÓRICA

CAPÍTULO I – DEFINIÇÃO E ALCANCE DOS DIREITOS SOCIAIS

“Um homem se humilha / Se castram seu sonho /
Seu sonho é sua vida / E vida é trabalho / E sem o
seu trabalho / Um homem não tem honra / E sem
a sua honra / Se morre, se mata”

(Gonzaguinha)

1.1 Em busca de um conceito de Direito contemplador dos direitos sociais

A compreensão meramente positivista do Direito é incompatível com um entendimento dos *direitos sociais*² passível de tutela pelas cortes internacionais de justiça. Isso porque a positivação desses direitos tem ocorrido de forma meramente enunciativa, sem que haja um roteiro de aplicação ou que lhes sejam dados contornos definidos. Para um positivista é simples: quando um direito não está claramente posto e delimitado, ele não pode ser reconhecido. Por isso, faz-se mister empreender uma hermenêutica axiológica, mais consentânea com a evolução histórica dos *direitos sociais* nas últimas décadas.

Não se pode desconsiderar, efetivamente, o desenrolar histórico e a crescente consciência humana sobre os direitos do homem. Esses direitos são, na realidade, direitos históricos, ou como defende Bobbio, direitos “nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”³.

² Os direitos sociais são tratados nesta tese de forma genérica e equivalente aos chamados direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), embora se possam separar especificamente os direitos sociais em sentido estrito (trabalho, saúde, educação, moradia, etc.) dos econômicos (direito do consumidor, livre iniciativa, entre outros) e ainda dos culturais (identidade cultural e preservação do patrimônio cultural, por exemplo). De modo geral, segundo Sisay Alemahu Yeshanew, os direitos econômicos, sociais e culturais contemplam um padrão adequado de vida, incluindo o direito ao trabalho e às condições favoráveis de labor, o direito à saúde, à educação, à alimentação, à água, à moradia e ainda o direito à participação na vida cultural e ao gozo dos benefícios do progresso científico, literário e artístico. (YESHANEW, Sisay Alemahu. **The justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 1)

³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

Para Del Vecchio: “Não podemos nos limitar exclusivamente ao estudo do Direito Positivo, porque, de tal maneira, chegaríamos a renegar nossa própria consciência, a mutilá-la, pois a privaríamos da investigação do justo como puro ideal”.⁴ Ou seja, a limitação ao estudo das normas postas nos impede de alcançarmos o justo e de evoluirmos rumo ao desenvolvimento. Assim também adverte Ihering:

O homem positivista, realista, despojado de toda aspiração ideal, que não enxerga na injustiça mais que o dano ao seu próprio interesse, compreende, não obstante, perfeitamente essa relação que tem sido estabelecida entre o direito concreto e a lei, e que pode se resumir no seguinte: Meu direito é todo o direito: defendendo-o, defendo todo o direito que tem sido lesado ao ser o meu direito lesado. Pode parecer paradoxal, e é por isso muito justo afirmar de maneira oposta à crença dos legisladores. A lei, segundo a ideia que temos dela, não é nada absolutamente na luta pelo direito, e não se trata nesta luta da lei abstrata, senão de sua forma material, de um daguerreótipo qualquer, ao qual aquela não faz mais do que se ajustar, sem que seja possível feri-la imediatamente em si mesma. Não desconhecemos a necessidade técnica desta maneira de ver; porém isso não deve nos impedir de reconhecer a justiça da opinião contrária que, ao colocar a lei e o direito numa mesma linha vê como consequência da lesão do segundo um ataque feito à primeira [...].⁵

Dessarte, é por meio de uma constante luta que se alcançará o direito justo. E a justiça não está necessariamente manifestada exteriormente como dado *a priori*. No ensinamento metafórico *iheringiano*, o sentimento do Direito é comparado à raiz em uma árvore: se a raiz se danifica, se cresce num terreno arenoso ou se estende entre pedras, será fraca a árvore. O que se vê é apenas a copa e o tronco, porém as influências destruidoras das leis viciadas e injustas alcançam a raiz, onde se encontra a força moral do povo. “Aqueles que se contentam em considerar as coisas superficialmente e não querem ver além da beleza da vista de cima, não

⁴ No original: “No podemos limitarnos exclusivamente al estudio del Derecho positivo, porque, de tal manera, llegaríamos a renegar de nuestra conciencia, a mutilarla en cuanto la priváramos de la investigación de lo justo como puro ideal”. Tradução livre do autor. (DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofía del Derecho**. Novena edición española corregida y aumentada. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1969, p. 281)

⁵ No original: “El hombre positivista, realista, despojado de toda aspiración ideal, que no ve en la injusticia más que el daño hecho a su propio interés, comprende, no obstante, perfectamente esa relación que he establecido entre el derecho concreto y la ley, y que puede resumirse diciendo: Mi derecho es todo el derecho: defendiéndolo, defiando todo el derecho que ha sido lesionado al ser lesionado el mío. Puede parecer esto paradójico, y es por lo tanto muy justo afirmar esta manera de ver opuesta a las creencias de los legislas. La ley, según la idea que nos hacemos de ella, no es nada absolutamente en la lucha por el derecho, y no se trata en esta lucha de la ley abstracta, sino de su forma material, de un daguerrotipo cualquiera, al cual aquélla no hace más que ajustarse, sin que sea posible herirla inmediatamente en sí misma. No desconocemos la necesidad técnica de esta manera de ver; pero eso no debe impedirnos reconocer la justicia de la opinión opuesta, que colocando la ley y el derecho en una misma línea, ve como consecuencia de una lesión del segundo un ataque hecho a la primera”. Tradução livre do autor. (IHERING, Rodolfo Von. **La lucha por el derecho**. Granada: Editorial Comares, 2008, p. 62).

podem ter a menor ideia do veneno que desde a raiz sobe à copa”⁶. A escravidão, o extermínio dos judeus, as limitações aos direitos políticos das mulheres e outras aberrações estiveram amparadas por normas, o que denota a incorreção de uma análise meramente positivista do Direito. A luta pelos direitos sociais passa, pois, por uma construção axiológica, porquanto a dogmática não contempla a necessária efetividade desses direitos.

De fato, as leis são passageiras e nem sempre são justas. Mas o valor do justo é duradouro e permanece durante longo período na consciência individual, na consciência coletiva dos povos e, singularmente, no sentimento da vítima da injustiça⁷. Esse reconhecimento da alteridade, de colocar-se no lugar do outro, do lesado, do renegado, é fundamental para a compreensão do Direito com vistas à realização do *Direito Social*.

Nesse diapasão, assumimos a concepção de Direito de Gustav Radbruch. Para este filósofo, “o Direito só pode ser compreendido no âmbito da atitude referida ao valor. O Direito é uma manifestação cultural, isto é, um fato relacionado a um valor”⁸. O Direito posto somente se valida nos fundamentos da justiça. No fim, “o conceito de direito é um conceito cultural, quer dizer, um conceito de uma realidade referida a valores, uma realidade cujo sentido é o de estar a serviço de valores”⁹.

E o conceito de justiça *radbruchiano* vai ao encontro da finalidade do *direito social: a igualdade*. Consoante as lições de Radbruch, justiça significa igualdade. E a forma originária da justiça encontra-se na justiça distributiva, em direção à qual se deve orientar o conceito de Direito¹⁰. Ou seja, a efetiva realização da justiça dá-se no campo do direito público, envolvendo uma coletividade, quando se objetiva corrigir erros históricos de desigualdade social. A injustiça em relação aos *direitos sociais* não se dá somente em relação às pessoas afetadas pela distribuição disforme, mas também no que se refere à própria categoria dos *direitos sociais* em

⁶ No original: “*Los que se contentan con considerar las cosas superficialmente y no quieren ver más que la belleza de la cima, no pueden tener la menor ideal del veneno que desde la raíz supe a la copa*”. (IHERING, Rodolfo Von. **La lucha por el derecho**. Granada: Editorial Comares, 2008, p. 70).

⁷ MÁRQUEZ, Marta Albert. **Derecho y valor: una filosofía jurídica fenomenológica**. Madrid: Ediciones Encuentro, 2004, p. 63.

⁸ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Marlene Holzhausen; Revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 11.

⁹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Marlene Holzhausen; Revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, p. 41.

¹⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Marlene Holzhausen; Revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, p. 50.

si, renegados durante séculos da mesma proteção reconhecida aos direitos civis, estes defendidos pelos discursos liberais¹¹.

Conforme as lições de Peces-Barba Martínez, o pensamento clássico de um Estado mínimo em que os cidadãos deveriam agir apenas conforme seus próprios interesses não deixava espaço para a solidariedade e a fraternidade numa sociedade que se movia apenas pela perspectiva do lucro. Porém, no curso do século XVIII, iniciou-se a construção intelectual de uma mentalidade aberta aos *direitos sociais*, o que se consolidou no século XX, após a Segunda Guerra Mundial. Difundiu-se a ideia da busca da igualdade entre os homens. As relações sociais deveriam estar, nessa nova visão, calcadas na amizade, no amor, na ajuda recíproca e na cooperação. Nesse contexto, os *direitos sociais* passaram a ser encarados não mais como simples reivindicações morais, mas como exigências de um patamar mínimo de humanização a fim de alcançar uma justa condição humana¹². Efetivamente, essa ideia de igualdade como direito fundamental de todos os seres humanos “é um dado recente da história da humanidade, só tendo surgido no século vinte, embora houvesse antes o reconhecimento de que o tratamento desigual de pessoas e segmentos sociais era fonte de injustiças”.¹³

O que se busca, então, é uma consciência jurídica que contenha o valor do justo. Nas lições de Joaquim Carlos Salgado, o justo “exige a objetividade e a transubjetividade para o outro. É no justo que se encontra a realização da consciência moral como jurídica, pois nesse âmbito axiológico a consciência é um nós”. De tal modo, a consciência se afigura como uma universalização do *eu* concretamente, um *nós* concreto. Nesse momento da consciência jurídica, a lei é objetivamente posta por um *nós* e, de tal forma, “a lei não é mais produto de uma subjetividade e universalidade abstrata do eu transcendental, mas adquire objetividade e universalidade concreta como lei posta por todos concretamente”.¹⁴

Portanto, o Direito deve ser concebido como um sistema criado pelo homem, num dado momento histórico e conforme as necessidades sociais, para realização da justiça, entendida esta como realizadora de igualdade, o que passa, necessariamente, pela concretização

¹¹ Cesarino Júnior, ao analisar a expressão *Direito Social*, ensina que essa terminologia foi cunhada justamente para se opor ao direito individualista, oriundo da Revolução Francesa. De tal forma, o sentido de “humanização do Direito”, de se voltar para a sociedade, embora comum a todos os ramos, ganha especial contorno dentro do Direito Social. (CESARINO JÚNIOR, A. F. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980)

¹² MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Diritto Sociali: Origini e concetto*. Sociologia del Diritto: **Rivista quadrimestrale**, XXVII, n. 1, p. 33-50, 2000, *passim*.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Igualdade de direitos – conquista da humanidade. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista (Coord.) **Direitos humanos: entre a utopia e a contemporaneidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 289.

¹⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. **A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 32-33.

dos *derechos sociales* enquanto aparato garantidor de dignidade¹⁵ e de um padrão mínimo de vida para todo ser humano.

1.2 Existem direitos sociais?

Fernando Atria¹⁶, em artigo intitulado *¿Existen derechos sociales?*¹⁷, provoca intenso e acalorado debate sobre a juridicidade dos *derechos sociales*. Começa a discussão trazendo à baila uma epígrafe de Wittgenstein que diz: “Se um leão pudesse falar, não o entenderíamos”. Assim, Atria sustenta que aqueles que defendem um tipo de socialismo a abarcar *derechos sociales* estariam como um leão a refletir suas pretensões políticas por meio da linguagem do Direito, tergiversando ao construir uma fala jurídica consubstanciada em suas aspirações políticas. Além disso, para esse autor, “se a noção de direito é entendida por referência à ideia

¹⁵ Sobre o conceito de dignidade, vale trazer, desde já, o de Ingo Sarlet, ao qual aderimos: a dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73)

¹⁶ A opção metodológica por centrar a discussão em torno das argumentações de Fernando Atria se deve à sua posição mais transparente e conceitual, direcionada de forma contrária à defesa dos direitos sociais como passíveis de justiciabilidade e tutela pelas cortes, com o que, evidentemente, não concordamos, mas que serve de importante contraponto às compreensões contemporâneas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Cronologicamente, outros autores o antecederam com posições antagônicas à visão dos direitos sociais como nivelados aos direitos civis e propugnadores de proteção equivalente. Podemos mencionar Thomas Marshall, que, sobretudo em sua obra *Citizenship and Social Class*, traça uma nítida separação entre os direitos assim chamados de primeira e segunda gerações. Para Marshall, os direitos sociais possuem um estatuto jurídico ambíguo e são raramente justiciáveis. Ademais, dependem de um sistema de provisão e de políticas públicas. A sua visão se atém, entretanto, mais a uma questão histórica e institucional do que ontológica, como no caso de Fernando Atria. (MARSHALL, T. H. **Citizenship and Social Class**. Cambridge: University Press, 1950). Como regra geral, a distinção entre “rights” e “policies” marcou o final do século XIX e início do século XX nos Estados Unidos, sobretudo com as manifestações sociais em defesa dos direitos trabalhistas, com greves e outros movimentos, o que acabou gerando a vedação às “Labor Injunctions”. Outro autor que pode ser citado é Ernst-Wolfgang Böckenförde que, em seus *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, opõe também, de forma muito clara, o universo do Direito e da Política. Segundo ele, os direitos fundamentais tendem a assegurar a participação nos bens materiais, como o trabalho, a moradia, a educação e à saúde e esses direitos se dirigem ao Estado, mas não com um pretensão de não-intervenção, como nos casos dos direitos civis e políticos, mas como pretensão de realização. Todavia, para ele, caso se permitisse ao juiz, a aplicação direta dos direitos fundamentais mediante a concessão de pretensões jurídicas concretas e reclamáveis, este passaria a exercer, concomitantemente, os papéis de legislador e de administrador. Chega a ser categórico ao asseverar que os direitos sociais fundamentais não encerram pretensões juridicamente reclamáveis (ou seja, não seriam justiciáveis), pois não representam direitos imediatos. (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndes. Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993) De toda forma, a posição cristalina de Fernando Atria a respeito dos direitos sociais e a profunda discussão por ele suscitada justificam a sua escolha como antagonista desse direitos.

¹⁷ ATRIA, Fernando. *¿Existen Derechos Sociales?* **Discusiones**, número 4, p. 15-59, año 2004.

de direito subjetivo no sentido jurídico do termo, a noção de direitos sociais é uma contradição em termos”¹⁸. Chega a dizer que a expressão "direitos sociais" seria tão contraditória quanto a “solteiro-casado”¹⁹. Ou seja, para ele, não existe um direito subjetivo a um *derecho social* e, portanto, numa visão restrita, “direito social” seria um contradição em si. Segundo o mencionado autor, para haver um direito subjetivo²⁰, é necessário que o titular do direito se encontre numa posição de poder que lhe permita exigir coativamente o cumprimento da obrigação pelo devedor. Em síntese, pode-se falar em direito subjetivo quando: (i) houver uma obrigação; (ii) cuja exigibilidade está juridicamente mediada pela declaração de vontade de outra pessoa; e (iii) que seja reconhecida ou criada pelo direito em atenção ao interesse dessa outra²¹.

Efetivamente, como se observa, a construção *atriana* do conceito de direito subjetivo está fundada numa concepção privatística de direito, compreensão bastante arraigada no ensino jurídico tradicional. Contudo, os direitos sociais não fazem parte do direito privado; na melhor das hipóteses, constituir-se-iam uma forma mista entre direito público e direito privado. Mais recentemente, o direito social tem sido visto de forma autônoma ao direito público e ao privado²².

Assim, uma definição de direito subjetivo calcada em elementos obrigacionais próprios do direito privado não abarcará, certamente, o direito social.

¹⁸ No original: “*si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos*”. Tradução livre do autor. (ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? **Discusiones**, n. 4, p. 15-59, año 2004, p. 15)

¹⁹ ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? **Discusiones**, n. 4, p. 15-59, año 2004, p. 40.

²⁰ Leciona J. Dabin, em sua magnífica obra *El Derecho Subjetivo*, que o maior opositor à própria ideia da existência de um direito subjetivo, qualquer que seja, é León Duguit, que defendia não haver outro direito que não o objetivo e que, de qualquer ponto de vista, a noção de direito subjetivo seria vazia de sentido. De toda forma, segundo Duguit, todos estariam submetidos a um direito objetivo, tanto os indivíduos, quanto os funcionários estatais e os governantes. Kelsen, pelas lições de Dabin, defende que o direito tomado como regra específica, previsto de coação, não pode ser outra coisa senão uma ordenação estabelecida pelo Estado. Assim, inexistente lugar para um direito subjetivo concebido como prerrogativa do indivíduo. De outro lado, surgiram as correntes que admitiam a existência de um direito subjetivo, mas segundo compreensões diferentes. Foram resumidas a três teorias por Dabin: 1) *doutrina da vontade* (Windscheid) – o elemento essencial característico do direito subjetivo se encontra na vontade do sujeito; 2) *interesse protegido* (Ihering) – o direito subjetivo se volta, no caso, ao interesse tutelado, ou seja, foca no objeto da proteção e não na vontade do sujeito; 3) as *doutrinas mistas* (Jellinek, Michoud, Ferrara e Saleilles) – que se baseavam na combinação dos elementos interesse e vontade, sendo esta (a vontade) meio necessário e típico para a realização daquele (o interesse). Após classificar os direitos subjetivos em direitos da personalidade, direitos sobre as coisas materiais (direitos reais), direitos imateriais (intelectuais) e direitos pessoais (obrigacionais ou de crédito), Dabin coloca o problema do uso do próprio direito subjetivo, em certos casos com fins egoísticos e em algumas situações com uma função social. Enfim, mais do que um problema de conceituação ou de classificação, o uso pode servir a desvios de poder e abusos que precisam ser considerados para análise da própria legalidade do direito subjetivo. (DABIN, J. **El derecho subjetivo**. Traducción de Francisco Javier Osset. Granada: Editorial Comares, 2006)

²¹ ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? **Discusiones**, n. 4, p. 15-59, año 2004, p. 21-22.

²² KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 216.

Segundo Ferreira Filho, assim como as liberdades públicas, *os direitos sociais também são direitos subjetivos*. Entretanto, assevera não serem “meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de *exigir*. São direitos ‘de crédito’”. Ressalva que existem direitos que são poderes de *agir*, como o direito ao lazer, porém as constituições sempre os encaram como deveres do Estado, ou seja, “poderes de exigir prestação concreta por parte deste”²³.

Então, o que seriam os direitos subjetivos? Michel Villey relembra o festejado conceito de direito de Hugo Grotius e formula uma definição com base nele, entendendo-o como uma qualidade moral atribuída a uma pessoa, ou seja, uma faculdade de ter ou fazer qualquer coisa²⁴. Nessa batida, o termo "direito" adjetivado com a palavra “subjetivo”, conquanto nos remeta a uma relação com um indivíduo apenas, atualmente é concebida de forma ampliada para abarcar o “direito subjetivo” de um grupo, classe ou categoria, e não somente o de indivíduo em face de outro, e ainda contra o próprio Estado, pois é simples faculdade de ter ou fazer algo. Assim, por força desse alargamento conceitual contemporâneo, a associação entre direito subjetivo e direito social torna-se perfeitamente possível.

Francisco Bastida nos oferece ainda uma compreensão de direito fundamental como direito subjetivo no sentido de *empoderamento jurídico* (ou autorização para postular, o que se aproxima da ideia de justiciabilidade perseguida nessa tese) que se faz valer diante de um Poder Público ou particular, o que se adequa perfeitamente ao direito social enquanto fundamental:

Em suma, um direito fundamental é antes de tudo um direito subjetivo, ou seja, um empoderamento jurídico (conteúdo do direito) que a Constituição atribui a um sujeito para que possa se defender, assegurar ou exercer determinadas expectativas (objeto do direito). Esse empoderamento consiste na possibilidade de, com a força normativa da Constituição, exigir a um terceiro, seja o Poder Público ou um particular, o cumprimento de um dever, de agir em uns casos, ou de se abster, em outros.²⁵

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 49-50.

²⁴ VILLEY, Michel. **Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Valparaíso: Ediciones Universitarias, 1976, p. 25.

²⁵ No original: “*Em suma, un derecho fundamental es ante todo un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la constitución, atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho). Ese apoderamiento consistirá en la posibilidad de, con la fuerza normativa de la constitución, exigir a un tercero, sea un poder público o un particular, el cumplimiento de un deber (de actuar, en unos casos, o de abstenerse de actuar, en otros).*” Tradução livre do autor. (BASTIDA, Francisco J. ¿ Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos. **Derechos sociales y ponderación**. 2. ed.. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 103-149, 2009, p. 116-117).

A fim de espancar qualquer dúvida, Peces-Barba Martínez também considera os *direitos sociais* como direitos subjetivos, pois, dentro da relação jurídica correspondente, tem-se, de um lado, o titular do direito (sujeito ativo, no caso, o indivíduo) e, de outro, o obrigado pelo mesmo direito (sujeito passivo, a Administração Pública): “Na perspectiva do obrigado, *B* tem o dever de exigir *X* em favor de *A*. Se tomamos como exemplo o direito à educação, o dever diz respeito à Administração Pública competente”²⁶. Celso Lafer esclarece que os *direitos sociais*, “como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los”.²⁷ Nas palavras de Peña Freira, existe uma estrutura básica no direito social, que está composto por uma relação nuclear consistente no direito do titular de obter um bem, recurso ou serviço do sujeito passivo, que é o Estado, e há o correlativo dever de tomar as medidas necessárias para o efetivo cumprimento desta obrigação.²⁸

Melhor ainda seria tentar não reduzir tudo a direitos subjetivos e a deveres jurídicos. Hohfeld sustenta ser esse um dos maiores obstáculos à compreensão clara e à solução verdadeira dos problemas jurídicos, pois a oposição direitos/deveres não se mostra adequada para resolver certas questões ligadas, *verbi gratia*, a expectativas de direitos, interesses coletivos, trusts, etc. Na realidade, “as relações jurídicas estritamente fundamentais, no final das contas, são *sui generis*”.²⁹ Por isso, as tentativas tradicionais de classificação dos direitos fundamentais são insatisfatórias. O direito subjetivo não tem sempre um dever correlato, pois, em certos casos, o oposto do direito subjetivo é o “não-direito”. Em dadas situações, o direito subjetivo assume o sentido de privilégio (ou liberdade) para tratar com outras pessoas sem que haja direito concomitante de terceiros a interferir na pretensão. Se existe ou não razão na pretensão, é uma questão de *justiça e conveniência*. O correlativo lógico do privilégio é

²⁶ No original: “*Nella prospettiva dell’obbligato, B ha il dovere di eseguire X in favore di A. Se prendiamo come esempio il diritto all’istruzione, il dovere spetta alla Pubblica Amministrazione che ne abbia la competenza*”. Tradução livre do autor. (MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Diritti sociali: origini e concetto*. Sociologia del diritto. **Rivista quadrimestrale**, XXVII, n. 1, p. 33-50, 2000, p. 45)

²⁷ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 127.

²⁸ FREIRE, Antonio Manuel Peña. Consideraciones sobre la estructura y la garantía de los derechos sociales. In: CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos; IRIGONHÉ, Márcia de Moura. (Orgs.) **Constitucionalismo em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 159.

²⁹ No original: “*las relaciones jurídicas estrictamente fundamentales, después de todo, son sui generis*”. Tradução livre do autor. (HOHFELD, W. N. **Conceptos jurídicos fundamentales**. Mexico, D. F.: Distribuciones Fontamara, 1992, p. 45)

constituído pelo “não-direito” dos terceiros. Isso não significa que tenham um *dever* de não interferir.³⁰

Sob outro prisma, Atria suscita ainda outra discussão acerca da vinculação dos *derechos sociales* a uma tradição socialista. Esses direitos seriam, para ele, uma manifestação de uma forma superior de comunidade, em que cada um contribui de acordo com suas capacidades e recebe de acordo com suas necessidades (Marx). Admite o autor, todavia, também uma concepção liberal dos direitos sociais: “A distinção entre (a eliminação da) pobreza e da desigualdade nos dá a chave para distinguir entre uma concepção que chamarei de ‘liberal’ e uma ‘socialista’ dos direitos sociais”³¹.

É certo que uma visão de direitos sociais está mais próxima de uma teoria política socialista do que de uma liberal ou capitalista, mas nenhuma exclui a possibilidade de se contemplar *derechos sociales*. Atrelá-los ao socialismo é forma de renegar a possibilidade de efetivação desses direitos em qualquer outro sistema político. Ao nosso sentir, não existe incompatibilidade entre capitalismo ou socialismo e a tutela de *derechos sociales*, havendo apenas uma diferença de grau de priorização, mas não impossibilidade de defesa. Nesse ponto, vale trazer à baila os fundamentos de Fabrizio Politi:

Os direitos sociais não são a negação do (todo ou parte dele) estado de direito, mas sim uma resposta elaborada dentro desse mesmo estado de direito a problemáticas específicas (política e social) do século XIX (e dos XX) no que dizem respeito aos elementos formais do estado de direito e que constituem os elementos distintivos e caracterizantes do mesmo (princípio da legalidade, separação de poderes, o conceito de direito, a independência dos juízes, a garantia dos direitos fundamentais). Nenhum dos elementos essenciais do Estado de direito é negado pela afirmação dos direitos sociais, que tendem, ao invés de reforçar o papel da lei (em relação à fase organizacional, de específica atuação desta) bem como o papel do juiz (e, sobretudo – mas não só – em caso de omissão parcial ou total do legislador).³²

Portanto, os *derechos sociales* são cabíveis em qualquer cenário político, desde que se pretenda encontrar uma harmonização entre os seres historicamente favorecidos e os explorados, e que se objetive uma equalização com vistas às melhores condições de vida para

³⁰ HOHFELD, W. N. **Conceptos jurídicos fundamentales**. Mexico, D. F.: Distribuciones Fontamara, 1992, passim.

³¹ No original: “La distinción entre (la eliminación de la) pobreza y desigualdade nos da la clave para distinguir entre una concepción que llamaré ‘liberal’ y una ‘socialista’ de los derechos sociales”. Tradução livre do autor. (ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? **Discusiones**, n. 4, p. 15-59, año 2004, p. 32)

³² POLITI, Fabrizio (2006). Os direitos sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre - RS, ano 6, n. 20, p. 37-65, jul./set. 2012, p. 45.

todos.

Cumprindo ainda acrescentar que a oposição entre *derechos sociales* e Estado Liberal parte de outras duas premissas erradas: “a primeira considera que a intervenção estatal sempre se materializa em uma limitação da liberdade do indivíduo; a segunda que o Estado Liberal é caracterizado pela ausência de uma função social”.³³ De fato, o Estado pode agir para proteger os indivíduos, porém ele não é separado da sociedade civil. Na realidade, os *derechos sociales* pressupõem os direitos de liberdade e se põem ainda “como uma ‘realização’ das liberdades tradicionais, pois tornam efetiva a ‘libertação’ do indivíduo, garantindo o respeito da dignidade de cada pessoa e o pleno gozo da liberdade proclamada”.³⁴

Nessa esteira, Carlos Bernal Pulido se propõe a refutar os argumentos de Atria. A sua crítica começa justamente pela pretensão *atriana* de encaixar os *derechos sociales* exclusivamente num terreno socialista. E apresenta irretocável dado: as constituições da Espanha e de outros países da América Latina [incluindo o Brasil] beberam de princípios do Estado Social de Direito, e não de concepções socialistas, mas, ainda assim, apresentaram um rol significativo de *derechos sociales*. E nem por isso houve negação ao direito das liberdades³⁵. Outra reflexão trazida à baila por Bernal atine ao tipo de objeto desses direitos: “uma prestação a cargo do Estado, e na maneira em que se precisa quando existe uma vulneração destes direitos”³⁶. A diferença estrutural entre os **derechos sociales** e os **derechos de liberdade** não importa uma existência destes e uma inexistência daqueles, mas tão somente um modo característico de configuração. O maior problema se encontra, segundo Bernal, numa concepção de *derechos sociales* como normas meramente programáticas, o que se lhes negaria qualquer caráter vinculante, realizando apenas uma função política de fonte de inspiração ao legislador. Outra questão seria a indeterminação dos direitos à educação, saúde, moradia e trabalho, vistos como fins perseguidos pelo Estado, mas não como um direito concreto. De todo modo, essas circunstâncias não possuem “capacidade suficiente para justificar uma negação de caráter

³³ POLITI, Fabrizio (2006). Os direitos sociales. **Derechos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre - RS, ano 6, n. 20, p. 37-65, jul./set. 2012, p. 47.

³⁴ POLITI, Fabrizio (2006). Os direitos sociales. **Derechos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre - RS, ano 6, n. 20, p. 37-65, jul./set. 2012, p. 47-8.

³⁵ PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales? De Fernando Atria. **Discusiones**, n.4, p. 99-144, año 2004, p. 108-109.

³⁶ No original: “una prestación a cargo del Estado, y en la manera en que se precisa cuándo existe una vulneración de estos derechos”. Tradução livre do autor. (PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales? De Fernando Atria. **Discusiones**, n.4, p. 99-144, año 2004, p. 116).

jurídico a estas disposições”³⁷. Na realidade, os fins perseguidos pelos *derechos sociales* são de carácter obrigatório para o Estado, bastando que seja apresentado o caso concreto para que se defina a existência da obrigação ou não. A ausência de uma determinação *a priori* não significa a impossibilidade de caracterização diante de uma situação prática.

Efetivamente, a história se encarregou de desmitificar a vinculação entre *derechos sociales* e a concepção marxista-socialista, pois as primeiras leis sociais surgiram “em estados longe do socialista e o eclipse do sistema comunista soviético mostrou que os direitos sociais nas Constituições do mundo ocidental do segundo pós-guerra nasceram e se desenvolveram de acordo com seu conteúdo específico”. Algumas das resistências relativas a esses direitos podem ter vindo de um temor comunista ou de uma leitura equivocada, atrelando-os à negação dos direitos à liberdade e à propriedade.³⁸

Outro a contestar a fala de Atria foi Juan Antonio Cruz Parcero, que parte de alguns pontos fundamentais. Em *primeiro lugar*, alude ao problema estrutural do direito subjetivo porque a concepção *atriana* remete a um modelo relacional simples para explicar a linguagem dos direitos, enquanto existe uma distinção necessária entre “ter um direito” e “ter uma garantia”. Atria somente vislumbra a possibilidade do direito de um cidadão frente a outro, e não de uma demanda de um indivíduo contra a comunidade. Em *segundo plano*, Cruz Parcero rebate a distinção *atriana* entre Moral, Política e Direito, por estar embasada numa visão positivista, superada no contexto contemporâneo, defendendo que as pretensões igualitárias podem se apresentar como direitos. Enfim, reconhece os problemas sociais resultantes das disputas judiciais, porém afirma que nem todo uso da linguagem jurídica em direção aos direitos sociais pode ser considerado irracional³⁹.

Gargarella também rebate as alegações de Atria referindo-se à evolução histórica constitucional dos países que seguiram a esteira da Constituição Mexicana no século XX ao introduzirem *derechos sociales* em suas constituições. Certo que houve resistências à compreensão desses direitos e os avanços ainda são tímidos, porém reconhece a atuação vanguardista de alguns juízes:

³⁷ No original: “*capacidad suficiente para justificar una negación de carácter jurídico a estas disposiciones*”. Tradução livre do autor. (PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales? De Fernando Atria. **Discusiones**, n.4, p. 99-144, año 2004, p. 119)

³⁸ POLITI, Fabrizio (2006). Os direitos sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre - RS, ano 6, n. 20, p. 37-65, jul./set. 2012, p. 42.

³⁹ PARCERO, Juan Antonio Cruz. Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales. **Discusiones**, n. 4, p. 71-98, año 2004, p. 73-74.

Para dizer em outros termos, tendemos a ignorar as complicações próprias deste “enxerto”, desconhecendo as esperadas resistências que se tornariam gerais nesse corpo “enxertado” – um corpo que não estava preparado para receber aqueles direitos e que, na verdade, mostrava-se preparado a reagir contra eles. Obnubilados pela parte do direito que nos interessava ficamos cegos ao “todo”, ignorando a natureza do “animal” sobre o qual se operava. O resultado foi, então, o que conhecemos, ou seja, aquele em que os direitos sociais passaram a ser desvirtuados por juízes que consideraram tais direitos “não operativos” ou “meramente programáticos”. Não se pode deixar de reconhecer, evidentemente, os (poucos) avanços que se tem dado em toda a América Latina graças ao ativismo de alguns bons advogados e organização, e à boa disposição de alguns (poucos) juízes.⁴⁰

Percebe-se, pois, que não se está a discutir a “existência ou não” dos *derechos sociales*, mas, sim, a forma como se deve proceder à interpretação de tais direitos, associada a uma visão de vanguarda ou conservadora, porém é indubitável a presença deles em textos normativos, sejam constitucionais ou internacionais, na atualidade. Ocorre que o entendimento eclipsado por séculos de doutrina liberal e de uma política obsoleta embaraçam a compreensão da evolução histórica consagrada ao longo do século XX, sobretudo após as Constituições Mexicana e de Weimar, no campo constitucional, e a Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948, na seara internacional.

Atria responde à crítica de Bernal propugnando por uma distinção entre o jurídico e o político:

Para que possamos falar da aplicação jurídica de um conceito, é necessário primeiro que esse conceito seja suscetível de ser aplicado juridicamente, ou seja, mediante uma força de raciocínio que possa ser entendida como *jurídica*. O raciocínio jurídico, por sua vez, tem como condição a existência de uma certa autonomia do raciocínio moral e político. Em outras palavras, requer a distinção entre o jurídico e o político e moral.⁴¹

⁴⁰ No original: “Para decirlos en otros términos, tendimos a ignorar las complicaciones propias de este ‘injerto’, desconociendo las esperables resistencias que iban a generarse desde el cuerpo ‘injertado’ – un cuerpo que no estaba preparado para recibir a aquellos derechos y que, más bien, se mostraba preparado para reaccionar contra los mismos. Obnubilados por la ‘parte’ del derecho que nos interesaba quedamos ciegos al ‘todo’, ignorando la naturaleza del ‘animal’ sobre el que se operaba. El resultado fue entonces el que conocemos, es decir, uno en que el que los derechos sociales pasaron a ser desvirtuados por jueces que consideraron a los mismos derechos ‘no operativos’ sino ‘meramente programáticos’. Por supuesto, no quiero desconocer los (pocos) avances que se han dado en la materia, en toda Latinoamérica, y gracias al activismo de algunos buenos abogados y organizaciones, y la buena disposición de algunos (pocos) jueces.” Tradução livre do autor. (GARGARELLA, Roberto. Derecho y disociación. Un comentario a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. *Discusiones*, n.4, p. 61-70, año 2004, p. 67).

⁴¹ No original: “Para que podamos hablar de la aplicación jurídica de un concepto lo primero que es necesario es que ese concepto sea susceptible de ser aplicado juridicamente, es decir, mediante una forma de razonamiento que pueda ser entendida como jurídica. El razonamiento jurídico, por su parte, tiene como condición la existencia de una cierta autonomía del razonamiento moral y político. En otras palabras, él requiere la distinción entre lo

Ou seja, com esse argumento voltamos ao início do capítulo, quando dissemos que uma visão positivista prejudica a compreensão dos *derechos sociales*. Ora, a separação rígida entre Direito e Política e entre Direito e Moral nos remete a uma análise purista defensora do Direito isolado de qualquer interferência política. Todavia, a mencionada teoria fraquejou diante dos absurdos nazistas e de outras justificações para normas vigentes, porém injustas. Por mais que se possa defender a autonomia científica do Direito, impossível contestar a constante inter-relação entre Direito e Política, assim como entre Moral e Direito. O conteúdo normativo provém de tomadas de decisões políticas, e é impossível desconsiderar as discussões anteriores subjacentes às normas, sejam elas constitucionais ou internacionais. Verdade que existe “uma certa autonomia entre o raciocínio moral e jurídico”, ou entre o próprio Direito e a Moral, contudo essa relativa autonomia não pode servir a justificar um discurso negador da existência de *derechos sociales*. Por isso, afirma Luigi Ferrajoli:

Com a incorporação nas Constituições de princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e dos direitos fundamentais, desaparece o principal traço distintivo de positivismo jurídico: a separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça.⁴²

Ainda vale trazer à fiveleta os sábios argumentos de Manuel Atienza nesse particular, ao considerar que, em geral, se o Direito de um Estado Democrático: “[...] é legítimo e, em consequência, que se devem obedecer suas normas é porque se entende que esse Direito assegura (ainda que de forma imperfeita) valores morais: uma certa liberdade, uma certa igualdade, uma certa justiça”.⁴³ Atienza ainda rememora, na mesma passagem, os movimentos sociais contrários a leis injustas, como no caso das manifestações da década de 1960 nos Estados Unidos da América para reclamar direitos civis e opor-se à discriminação racial.

Por sua vez, as críticas de Cruz Parceró Atria rebate dizendo que as divergências são meras “escaramuças”. Sobre a diferença entre “ter direitos” e “ter garantias”, sustenta que,

jurídico y lo político o moral”. (ATRIA, Fernando. Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales. **Discusiones**, n. 4, p. 145-176, año 2004, p. 150).

⁴² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro - RJ, ano 5, n. 17-18, p. 75-90, jan./jul. 2010, p. 76.

⁴³ No original: “es legítimo y, en consecuencia, que deben obedecerse sus normas, es porque se entiende que ese Derecho asegura (aunque sea imperfectamente) valores morales: una cierta libertad, una cierta igualdad, una cierta justicia”. Tradução livre do autor. (ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona, Ariel, 2014, p. 103).

conquanto direito subjetivo e ação judicial sejam coisas distintas, para o Direito estão sempre juntas. No tocante à igualdade como pretensão universal, defende ser importante acabar com a fome e o analfabetismo, porém a busca da igualdade universal exige mais do que isso. Afirma não conseguir enxergar contra quem se pode imputar a culpa pela corrupção das elites, a desnutrição, o abuso de poder, as guerras, problemas que afetam o cumprimento dos direitos humanos. Ademais, advoga a tese de que eventual disputa judicial sobre o direito à educação não implica necessariamente uma questão de justiça, pois “é possível que atendidas as circunstâncias não seja justo obrigar a alguém dar educação a outro, ou que seja justo que certas pessoas recebam mais educação que outras, etc.”⁴⁴.

Em relação à Gargarella, Atria retruca asseverando haver hoje uma visão liberal dominante na política atual. E a comunidade política resultante dessa consciência preponderante não possui interesse próprio independente dos interesses e do bem-estar dos seus membros. Complementa: “A posição que esbocei aqui pode perfeitamente ser (e de fato, em sua melhor versão, é) individualista em sentido metodológico”. E finaliza no mesmo contexto: “Viver em uma sociedade verdadeiramente humana é um bem para os sujeitos que pertencem a ela, mas não para a comunidade distinta delas”⁴⁵.

Com base nessa relevante discussão contemporânea acerca da juridicidade ou não dos direitos sociais, podemos concluir o seguinte: *(i) o direito social não pode ser considerado uma contradição em termos, porque a definição de direito subjetivo não se restringe a uma obrigação de um indivíduo frente a outro, mas também do indivíduo frente ao Estado, quando se torna necessário garantir um direito referente a valores arraigados na sociedade; (ii) os direitos sociais estão assegurados em normas constitucionais de diversos países capitalistas*⁴⁶,

⁴⁴ No original: “*es posible que atendidas las circunstancias no sea justo obligar a alguien a dar educación a otro, o que sea justo que ciertas personas reciban más educación que otras, etc.*”. Tradução livre do autor. (ATRIA, Fernando. Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales. **Discusiones**, n. 4, p. 145-176, año 2004, *passim*).

⁴⁵ No original: “*La posición que he esbozado aquí puede perfectamente ser (de hecho, en su mejor versión, es) individualista en sentido metodológico; [...] “Vivir en una sociedad verdaderamente humana es un bien para los sujetos que pertenecen a ella, no para la comunidad como una distinta de ellos”.* Tradução livre do autor. (ATRIA, Fernando. Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales. **Discusiones**, n. 4, p. 145-176, año 2004, p. 176).

⁴⁶ A título exemplificativo, na Constituição Federal Brasileira de 1988, os direitos sociais estão arrolados no art. 6º. Na Constituição da África do Sul, os direitos laborais estão garantidos no art. 23, o direito à moradia adequada no art. 26, e o direito à educação no art. 29. Na Constituição Argentina, estão previstos no art. 14 os seguintes direitos: ao trabalho (em suas diversas formas), aos benefícios da seguridade social e à moradia digna. Já na Constituição Boliviana, o acesso à saúde, à educação e ao trabalho é uma função do Estado (art. 9º); inclusive, as Sessões II e III do Capítulo V tratam, respectivamente, do direito à saúde e à seguridade social, e direito ao trabalho e ao emprego. A Constituição Chilena tutela os seguintes direitos: saúde no art. 9º, educação no art. 10º, liberdade de trabalho no art. 16º, e seguridade social no art. 18º. Na Constituição Colombiana, o trabalho, a saúde e a educação estão dispostos nos arts. 25, 49, 67. Ademais, na Constituição Venezuelana, a saúde (art. 83) e a educação (art. 102) são considerados direitos humanos e deveres sociais fundamentais; não obstante, tal texto

*bem como em normas internacionais atuais*⁴⁷, não se podendo atribuí-los o rótulo de direitos assegurados exclusivamente em sistemas socialistas; (iii) a discussão sobre eventual justiça de um direito social, como a suscitada por Atria, não pode ser obstaculizada por entendimento contrário ao reconhecimento do direito no mérito. Essa é justamente a questão da *justiciabilidade*. Entender um direito como *justiciável* é reconhecê-lo como direito capaz de ser julgado. *Mutatis mutandis*, seria como um pedido juridicamente impossível. Se a pretensão de fundo será deferida ou não *são outros quinhentos*. Todavia, argumentar que, numa hipótese concreta, o fato de não ser justo deferi-lo implicaria impedimento à sua postulação é, isso sim, uma contradição.

Cabe esclarecer que não se está aqui a pregar uma transformação da política por meio do direito, mas, sim, a compreender o direito a partir de uma evolução política. Ou seja, toda a argumentação *atriana* está fulcrada numa análise liberal e conservadora do direito. Entretanto, como restou claro, outra leitura é possível. De tal forma, a partir de uma visão mais ampla, progressista, considerando os *direitos sociais* como garantias da sociedade expressas hoje nas normas existentes em âmbito constitucional e internacional, torna-se evidente o reconhecimento deles como verdadeiros direitos e aptos a serem enfrentados pelas cortes de todo o planeta.

Remetendo-nos ao leão de Wittgenstein, citado por Atria⁴⁸, estamos concordes quanto à necessidade de falarmos a mesma língua, mas, antes de tudo, precisamos ter a mente aberta, pois, assim como o leão não possui o raciocínio do homem, o ser humano com o pensamento de um leão – cego às vicissitudes sociais e à necessidade de melhor equalização e focado apenas em seus interesses próprios e em sua sobrevivência – jamais conseguirá compreender a amplitude dos direitos sociais e a sua importância no atual mundo globalizado.

constitucional também tutela a maternidade (art. 76) e o direito ao trabalho (art. 87). Em âmbito europeu não é diferente, a Constituição Espanhola garante o direito à educação no art. 27, o direito ao trabalho no art. 35, o direito à seguridade social no art. 41, e o direito à saúde no art. 43. Na Constituição Italiana todos os cidadãos tem direito ao trabalho (art. 4º) que é tutelado em todas as suas formas e aplicações (art. 35); além disso, a saúde é considerada um direito fundamental do indivíduo (art. 32). Por fim, a título exemplificativo, a Constituição Portuguesa institui os direitos ao trabalho, à saúde e à maternidade (com proteção especial durante a gravidez), em seus arts. 58º, 64º, 68º, respectivamente. Site: www.idcc.org.br: Acesso em 04 de outubro de 2016.

⁴⁷ Entre outras normas, na Convenção Americana de Direitos Humanos, sobretudo no artigo 26, em diversos artigos do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), no artigo 2 do Protocolo adicional à Convenção Europeia de Direitos Humanos e em Declarações da ONU e da OIT.

⁴⁸ ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? **Discusiones**, n. 4, p. 15-59, año 2004, p. 15.

1.3 Direitos sociais: humanos ou fundamentais?

Ao longo de séculos da história da humanidade, as regras se limitaram, basicamente, às punições dos delitos praticados pelos indivíduos e a alguns direitos civis. Antes do século XVIII, não se cogitava de direito à saúde, nem à educação, tampouco à moradia. O trabalho forçado foi permitido durante grande parte da história da humanidade⁴⁹.

Conforme leciona Osvaldo Ferreira de Carvalho, “a ideia de direitos sociais remete aos primórdios do capitalismo industrial. Neste período histórico, preconizavam-se relações econômico-sociais libertas de cláusulas jurídicas, com o mercado produzindo os insumos básicos para a sua autorregulação”.⁵⁰ O surgimento dos *direitos sociais* esteve, nesse contexto, “atrelado, de um lado, ao capitalismo embrionário, que, organizado com base em uma economia de mercado liberta de amarras jurídicas, produziu relações trabalhistas tirânicas [...]; e, de outro, pelos movimentos de resistência e de afirmação de direitos”.⁵¹

Todavia, o Direito formado no Estado Liberal, concebido numa ideia contratualista e centrado no direito à propriedade, foi refratário à consideração dos *direitos sociais* como *direitos humanos*, já que tais direitos nasceram como resposta à desigualdade social e econômica promovida pela sociedade liberal. Temiam os liberais sofrer ameaça à propriedade e ao contrato, com o avanço das conquistas sociais.⁵²

A proclamação dos direitos do homem eclodiu como medida de emancipação com vistas à uma estabilidade permanente e segura. Contudo, essa função estabilizadora nunca foi alcançada, pois “o elenco dos direitos do homem contemplados nas constituições e nos instrumentos internacionais foram-se alterando com a mudança das condições históricas”.⁵³

Não obstante as constantes vicissitudes, é possível identificar um núcleo de direitos, alguns reiteradamente presentes em declarações e constituições estatais, outros que foram

⁴⁹ Conforme as lições de Renato César Cardoso, “a escravidão é parte inerente de toda a história antiga, seja a egípcia, a grega ou a romana”. Complementa o referido autor asseverando que: “Tais civilizações atingiram graus indiscutivelmente elevados de desenvolvimento, apoiadas em imensa estrutura produtiva escravagista que permitia que as classes favorecidas se ocupassem da guerra, da religião, da filosofia ou da ciência, conforme sua vocação”. (CARDOSO, Renato César. **O trabalho e o direito**. 2. ed. Belo Horizonte: RTM, 2010, p. 22)

⁵⁰ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Uma dogmática emancipatória dos direitos sociais. **Fórum Administrativo**, Ano 15, n. 172, jun. 2015, p. 60.

⁵¹ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Uma dogmática emancipatória dos direitos sociais. **Fórum Administrativo**, Ano 15, n. 172, jun. 2015, p. 60-61.

⁵² BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. **Quaestio Iuris**, v. 4, n. 1, p. 488-512, p. 491.

⁵³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 123-124.

surgindo e se consolidando em tempos mais recentes. De fato, a história revela, cronologicamente, o surgimento, em primeiro lugar, de direitos ligados às liberdades (direitos civis e políticos), relativamente aos direitos chamados de *humanos*, e, em segundo lugar, dos assim considerados *direitos sociais*. Daí a consagrada terminologia “geração de direitos”, que deve ser compreendida apenas para fins históricos, e jamais como ordem axiológica de prevalência. Aliás, a nosso ver, um dos grandes erros da humanidade foi priorizar os direitos civis em detrimento dos sociais. Fosse o contrário, teríamos preparado melhor o terreno para todos os demais direitos, incluindo os assim chamados hoje de primeira e de terceira geração.

Porém, a realidade é que a Declaração de 1789 se preocupou com a propriedade e a liberdade, deixando de lado a saúde, a educação e o trabalho. Pelas lições de Osvaldo Ferreira de Carvalho, “o primeiro documento histórico com maior significação no campo dos direitos sociais foi a Constituição Francesa de 1848, em que aparece, teorizado, de maneira mais direta, o caráter universal dos direitos sociais”.⁵⁴ No mencionado texto constitucional, em seu artigo 13, verifica-se a garantia da “*liberdade do trabalho*”, o estímulo ao desenvolvimento do trabalho pelo “*ensino primário gratuito, a educação profissional*”, bem como a “*assistência às crianças abandonadas, aos enfermos e aos idosos sem recursos e sem famílias que os possam ajudar*”.⁵⁵

Em seguida, considerando a importância histórica, pode-se realçar a *Encíclica Rerum Novarum*, de 1891, que se dispôs a tratar da “condição dos operários”. Embora com fortes críticas ao socialismo e defesa ferrenha à propriedade particular, inclusive considerando-a “direito natural”, o referido texto emanado do Vaticano pelo Papa Leão XIII reconhece a dignidade pelo trabalho, pois este “honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a vida”. Além disso, estabelece como dever o pagamento de salário conforme uma “justa medida” e preconiza que o Governo deve servir “aos governados e não vice-versa”. Condena as jornadas extenuantes em trabalhos pesados, defende que “a duração do descanso deve medir-se pelo dispêndio das forças que ele deve restituir”, combate o trabalho infantil, sustenta a necessidade da educação da criança, assim como censura o labor da mulher que não

⁵⁴ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Uma dogmática emancipatória dos direitos sociais. **Fórum Administrativo**, Ano 15, n. 172, jun. 2015, p. 61.

⁵⁵ No original: “*liberte du travail*”; *enseignement primaire gratuit, l’éducation professionnelle; assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne peuvent secourir*. Tradução livre do autor. (FRANÇA. **Constituição (1848)**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1848-ii-republique.5106.html>>. Acesso em: 11 set. 2016)

se lhe adapte. Por outro lado, recrimina as greves⁵⁶. De qualquer forma, não se pode desconsiderar a relevância do texto para a época.

Os primeiros *direitos sociais* surgem, na verdade, como forma de proteção aos trabalhadores, seja diante dos infortúnios decorrentes do exercício do trabalho, seja para fazer frente aos patrões de forma a regular as condições laborais, assegurando a dignidade humana⁵⁷. Nessa esteira, os direitos coletivos justtrabalhistas passam a ser considerados direitos fundamentais sociais, pois o princípio da dignidade da pessoa humana embasa esses direitos “que visam relativizar a situação de desequilíbrio típica da sociedade industrial, objetivando uma equiparação material dos cidadãos”⁵⁸. Conforme leciona Peces-Barba, é no curso do século XIX, porém, que “[...] *haverá a construção intelectual dos conteúdos de uma mentalidade social e dos direitos sociais, aperfeiçoada e desenvolvida [...]*”. Nessa época, “[...] *aparecerão os aspectos fundamentais da ideologia do Estado Social, do qual os direitos sociais são o núcleo basilar*”.⁵⁹

Entretanto, a consolidação dos *direitos sociais* se dá no século XX, com a inauguração de um modelo de Estado de Bem-Estar Social, principiado pela Constituição Mexicana de 1917 e seguida pela Constituição de Weimar, que assegurou “a sistematização e o reconhecimento, em termos definitivos, desses direitos”.⁶⁰ Na seara internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 enunciou, por sua vez, os direitos ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho, à proteção contra o desemprego (art. 23, 1), à não-discriminação no trabalho (art. 23.2), à remuneração justa e satisfatória (art. 23.3), à organização de sindicatos (art. 23.4), ao repouso e ao lazer (art. 24), à saúde (art. 25), à educação (art. 26), à cultura (art. 27)⁶¹, lançando os holofotes mundiais às questões sociais. Por mais que se possa questionar o caráter obrigatório da referida Declaração, é inegável o seu simbolismo para todas as nações. Nas palavras de Jayme de Altavila, a Declaração Universal de 1948

⁵⁶ VATICANO. **Encíclica Rerum Novarum**. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 11 set. 2016.

⁵⁷ CARBONELL, Miguel; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Los derechos sociales y su justiciabilidad directa**. México, D. F.: Editorial Flores, 2014, p. 14.

⁵⁸ GOMES, Maíra Neiva. **Reflexões sobre o sindicalismo contemporâneo**: estudos em homenagem a Marcos Marçal. Belo Horizonte: RTM, 2011, p. 82.

⁵⁹ No original: “*si avrà la costruzione intellettuale dei contenuti della mentalità sociale e dei diritti sociali, perfezionati e sviluppati*”; “[...] *compariranno gli aspetti fondamentali dell’ideologia dello Stato sociale, di cui i diritti sociali sono il nucleo basilare*”. Tradução livre do autor (MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Diritti sociali: origini e concetto*. Sociologia del diritto. **Rivista quadrimestrale**, XXVII, n. 1, p. 33-50, 2000, p. 38).

⁶⁰ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Uma dogmática emancipatória dos direitos sociais. **Fórum Administrativo**, Ano 15, n. 172, jun. 2015, p. 61.

⁶¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2016.

“constitui a página mais brilhante do pensamento jurídico da humanidade e, em tese, o diploma de sua maior conquista”⁶².

Enfim, pode-se afirmar, sem exagero, que a crônica do processo histórico dos chamados *direitos humanos* significa a da história moral da humanidade⁶³. E se pode declarar, ainda, que, num espaço de poucas décadas, os *direitos sociais* saíram das sombras e da margem do discurso dos *direitos humanos* e também da jurisprudência dos tribunais para ocupar um crescente lugar central nas discussões dos humanos direitos.⁶⁴ Isso tem sido observado nas teorias construídas ao longo dos últimos anos, bem como nas providências adotadas pelas cortes internacionais na proteção em relação às ações e omissões dos Estados relativamente a esses direitos⁶⁵. Conquanto tenham sido catalisados nos últimos tempos, houve certa demora durante décadas para esse justo reconhecimento, o que se deu sobretudo após e por causa da Segunda Guerra Mundial. Ou seja, esse movimento decorreu de um processo histórico. Como já acentuado, o Direito é uma realidade cultural criada pelo homem para regular as relações em sociedade e, como tal, viver em permanente evolução. Enquanto parte do sistema, isso não poderia se dar de forma diversa com os sociais direitos.

O que seriam, então, direitos humanos e direitos fundamentais?

Começemos por uma análise da expressão “direitos humanos”, que já foi bastante criticada. A terminologia foi bombardeada, de modo mais contundente, primeiramente, por Edmund Burke, que, em sua obra *Reflexões sobre a Revolução na França*, defende, entre outras ideias, que os direitos do homem são apenas *pretextos*, que “se apresentam sob a aparência enganosa de um bem real”⁶⁶, e depois por Karl Marx, que, sobretudo nas obras intituladas *Sobre a questão judaica*, *Crítica do programa de Gotha* e *A sagrada família*, esta última junto de

⁶² ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989, p. 243.

⁶³ CAVIEDES, Antonio Poch y Gutiérrez. **La protección de los derechos humanos**: jurisprudencia de la comisión y tribunal europeo de derechos del hombre (prólogo). Barcelona: Editorial Hispano Europea, p. 9.

⁶⁴ LANGFORD, Malcolm. The justiciability of Social Rights: from practice to theory. **Social Rights Jurisprudence**: emerging trends in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 3.

⁶⁵ Segundo Langford, as providências adotadas pelos tribunais na tutela dos direitos sociais vão desde o retorno ao fornecimento de água, à suspensão de despejos forçados, à provisão de medicamentos, ao restabelecimento de benefícios sociais, à matrícula forçada de crianças pobres em escolas até à determinação de políticas públicas para pessoas desabrigadas, com fome e para tratamento e combate a doenças endêmicas, bem como a garantia de proteção contra poluição industrial. (LANGFORD, Malcolm. The justiciability of Social Rights: from practice to theory. **Social Rights Jurisprudence**: emerging trends in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 3-4)

⁶⁶ BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução na França**. Tradução de José Miguel Nanni Soares. São Paulo: Edipro, 2014, p. 157.

Engels, enfrentara de forma direta as perspectivas burguesas acerca do direito⁶⁷, tentando desmitificar a pretensa universalidade dos direitos humanos. Na análise *marxiana*, sob a máscara de uma suposta generalidade defensora desses direitos, estavam subjacentes os interesses do indivíduo egoísta burguês. Ou seja, debaixo de uma suposta benéfica abstração, havia um sujeito de direitos humanos sem uma identidade concreta. As determinações humanas reais eram “sacrificadas no altar do homem abstrato, sem história nem contexto”⁶⁸. Assim, o “homem universal abstrato” era desvelado pelo indivíduo possessivo atomizado, num jogo de cena interesseiro e oportunista. Segundo Marx, os chamados *direitos humanos* “nada mais são do que os direitos do *membro da sociedade burguesa*, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade”⁶⁹. E sobre o direito à propriedade, com muito mais ênfase, desferira críticas contundentes: “[...] é o direito de desfrutar a seu bel prazer (*à son gré*), sem levar outros em consideração, independentemente da sociedade, de seu patrimônio e de dispor sobre ele, é o direito ao proveito próprio”⁷⁰.

Observa-se, contudo, que as desaprovações *marxiana* e *engelsiana* aos chamados *direitos humanos* foram construídas num cenário de desolação. José Damião de Lima Trindade debruçou-se sobre o assunto e publicou obra específica intitulada *Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels*, em que defendeu ser a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* uma “proclamação revolucionária *burguesa*”. Em vez de assegurar direitos que poderiam diminuir as desigualdades, como o sufrágio universal, a igualdade entre os sexos, o

⁶⁷ Importa esclarecer que a resistência *marxiana* era contra a expressão do direito em si, mas não contra as lutas pelas demandas sociais e pela melhoria das condições dos trabalhadores, por óbvio. De todo modo, em sua visão, o direito era usado como forma de opressão. Segundo ele, o direito de propriedade surgiu como modo de apropriação do trabalho por parte do capitalista, gerando, por outro lado, a impossibilidade de o trabalhador se apropriar do seu próprio produto. Em suas palavras: “*Originally, the rights of property seemed to us to be grounded in man’s own labour [...] Now, however, property turns out to be the right on the part of the capitalist to appropriate the unpaid labour of others or its product and the impossibility of the worker of appropriating his own product. The separation of property from labour thus becomes the necessary consequence of a law that apparently originated in their identity.*” (MARX, Karl. **Capital**. V. 1. Nova Iorque: Penguin Classics, 1992, p. 729) Conforme a interpretação de Robert Fine, Marx realiza uma crítica social às formas econômicas e não apenas uma crítica interna à teoria econômica. O seu argumento central era de que as relações sociais de produção constituíam a base da sociedade em que se fundamentavam formas econômicas como valor, dinheiro e capital. Assim, conforme os pensamentos da obra *marxiana*, as mesmas relações sociais de produção que transformavam produtos do trabalho humano em mercadoria eram os que transformavam os exploradores em portadores de direito. Ou seja, a mesma sociedade que concebia a ideia de direitos era a que sustentava o trabalho como mercadoria. Eram duas faces da mesma moeda. (FINE, Robert. **Lecture on Marx’s critique of rights: sociology of Human Rights**. Disponível em: <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/sociology/staff/robertfine/home/teachingmaterial/humanrights/lecturepodcast/marxs_critique_of_rights.pdf> Acesso em: 03 out. 2016).

⁶⁸ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 171.

⁶⁹ MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Tradução de Daniel Bensaïd e Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 48.

⁷⁰ MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Tradução de Daniel Bensaïd e Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 49.

direito ao trabalho, entre outros que foram “vítimas” de um silêncio eloquente, a *Declaração* limitou-se a assegurar o poder àquele que tinha alcançado o seu espaço no Estado, o burguês⁷¹. Todavia, a situação mudou bastante até os dias de hoje. É certo que Marx realizou um bom diagnóstico da época, porém se equivocou quanto ao prognóstico. Direitos antes alijados foram consagrados nas declarações mais recentes. O direito ao trabalho, o sufrágio universal e a igualdade entre os sexos, entre outros, ignorados antes, foram externados na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Não há dúvidas, também, da maior “legitimidade” da Assembleia Geral das Nações Unidas. Porém, algumas críticas persistem, como a prevalência de interesses da comunidade ocidental, sobretudo em relação às posições defendidas pelos países europeus e os da América do Norte, especialmente.

Algumas críticas – como bem destaca Bobbio⁷² – não procedem. A proclamação dos direitos eram, na realidade, expressão da exigência de limites ao superpoder do Estado, necessidade universal, apesar de, na época, beneficiar estritamente a burguesia. A Declaração consagrou o princípio do garantismo, assegurando que ninguém poderia ser acusado, preso ou detido, senão nos casos e na forma da lei (artigo 7º), ou seja, todos os cidadãos devem usufruir desse benefício, independentemente do regime político a que estão submetidos. Além disso, as declarações não se enrijeceram, ao contrário, foram turbinadas com *direitos sociais*, o que fez sepultar a alegação de que a proclamação dos direitos do homem estava voltada à satisfação dos direitos individuais, deixando de assegurar condições que pudessem diminuir as desigualdades, melhorar as condições de trabalho e assegurar o sufrágio universal, entre outras.

Enfim, embora haja resistência e objeção ao termo “direitos humanos”⁷³, é inegável a consolidação dessa expressão em âmbito mundial. Os *direitos humanos* resultam de indiscutível

⁷¹ TRINDADE, José Damião de Lima. **Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels**: emancipação política e emancipação humana. São Paulo: Alfa-Omega, 2011, p. 44-45.

⁷² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 125-128.

⁷³ Amartya Sen sintetiza a crítica contemporânea aos direitos humanos em três vertentes: i) *crítica da legitimidade* – reflete o receio de que os direitos humanos confundam consequências de sistemas legais, que conferem às pessoas direitos bem definidos, com princípios pré-legais, que não podem dar a uma pessoa um direito juridicamente exigível. Assim, nessa concepção, “os seres humanos nascem na natureza sem direitos tanto quanto nascem sem roupa; os direitos teriam de ser adquiridos por meio da legislação, como as roupas são adquiridas de quem a faz”; ii) *crítica da coerência* – relaciona-se à *forma* assumida pela ética e pela política dos direitos humanos. Por essa linha, direitos são pretensões que requerem deveres correlatos. Segundo esse entendimento, pode ser muito bonito “afirmar que todo ser humano tem direito a alimento ou a serviços médicos, mas, se não houver sido caracterizado nenhum dever específico de um agente, esses direitos não podem realmente ‘significar’ grande coisa”; iii) *crítica cultural* – enxerga os direitos humanos como pertencentes ao domínio da ética social. Por essa corrente, municida sobretudo pelo ceticismo dos valores asiáticos quanto aos direitos humanos, não existem valores universais, por isso não há se falar em universalidade destes direitos, havendo, na realidade, um *multiculturalismo*. (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 292-299)

“conquista histórica e política” e logram solucionar “problemas de convivência coletiva *dentro* de uma comunidade política”.⁷⁴ Hoje os *direitos humanos*, ao contrário de outrora, “constituem um poderosíssimo instrumento nas mãos dos mais desfavorecidos, e através deles se pode chegar a colocar contra a parede ou atrás das grades militares autoritários, ditadores de toda ordem, ou milionários prepotentes”.⁷⁵

Conforme destaca Vladimir Oliveira de Silveira, “os direitos humanos são hoje categorias jurídicas cotidianas”.⁷⁶ Não fosse pelo trabalho incansável de intelectuais na defesa da dignidade humana, inclusive pela consideração desta como direito subjetivo de qualquer indivíduo em qualquer nação (até mesmo dos apátridas), não haveria a consagração desse termo que, de certo modo, reflete “o fruto agridoce de injustiças sofridas por indivíduos, grupos e povo, ou ainda a bandeira de inúmeros heróis anônimos que enfrentaram o poder estabelecido”.⁷⁷ Profunda e poética é a reflexão de Antônio Álvares da Silva acerca dos *direitos humanos*:

Direitos humanos que a cada dia mudam seria contradição. Mas também direitos humanos que se apresentam previamente ao direito objetivo dos povos para influenciá-lo e trazer-lhe elementos éticos necessários à sua validade para além do campo estritamente jurídico pode redundar numa contradição. Suporíamos então algo de imóvel, uma espécie de sol permanente, que encheria de força os Direitos de cada povo.⁷⁸

Segundo Pedro Pablo Camargo, os *direitos humanos* são, em termos singelos, as faculdades que “todo ser humano tem pelo fato de existir. Tais faculdades são, ao mesmo tempo, as que o homem possui como ente individual e como ente social, ou seja, como membro da sociedade, que é o conjunto de seres humanos que habitam a Terra”.⁷⁹ Os *direitos humanos*

⁷⁴ CELSO, Lafer. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 147.

⁷⁵ No original: “*constituyen un poderosísimo instrumento en manos de los más desaventajados, que a través de los mismos pueden llegar a poner contra la pared o detrás de las rejas a militares autoritarios, a dictadores de toda clase, o a prepotentes millonarios*”. Tradução livre do autor. (GARGARELLA, Roberto. Derecho y disociación. Un comentario a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. **Discusiones**, n. 4, p. 61-70, año 2004, p. 63)

⁷⁶ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direitos humanos**: conceitos, significado e funções. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

⁷⁷ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direitos humanos**: conceitos, significado e funções. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

⁷⁸ ÁLVARES DA SILVA, Antônio. Prefácio. In: AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **O trabalho decente como um direito humano**. São Paulo: LTr, 2015, p. 15.

⁷⁹ No original: “*todo ente humano tiene por el hecho de ser. Tales facultades son, al mismo tiempo, las que el hombre tiene como ente individual y como ente social, esto es, como miembro de la sociedad, la cual es el conjunto de seres humanos que habitan la Tierra*”. Tradução livre do autor. (CAMARGO, Pedro Pablo. **La protección**

estão “geralmente associados à proteção dos indivíduos do exercício do controle estatal em certas áreas de suas vidas. Estão direcionados à criação de condições pelos Estados para ajudar os indivíduos a desenvolverem todo o seu potencial”⁸⁰, sustenta Jackbeth Mapulanga-Hulston. Portanto, entende-se, assim, que os *derechos humanos* estão relacionados às faculdades de todo ser humano em prol de sua dignidade.

É certo que nenhuma expressão sobreviverá imune a críticas na esfera jurídica, porém acreditamos que os *derechos sociales* se identificam bastante com a expressão *derechos humanos*, entendidos estes, na atualidade, como “exigências morais contra aquelas pessoas que possam contribuir para evitar as violações de direitos, especialmente os mais poderosos e com maior influência”.⁸¹ Inegável, outrossim, que os *derechos humanos* constituem hoje “um discurso e uma prática poderosos no Direito Nacional e no Internacional”.⁸²

Também não há dúvida de que os direitos sociais se encaixam no termo geral *derechos humanos*, expressão esta que, vale salientar, é mais usada no terreno do direito internacional. Logo, os direitos sociais são parte dos *derechos humanos* quando nos referirmos ao Direito Internacional Público.

Derechos humanos e derechos fundamentales possuem alguns pontos comuns. Para Alexy, “as raízes dos direitos fundamentais na história das ideias políticas são as mesmas dos direitos humanos”.⁸³ Para esse festejado autor, os *derechos fundamentales* são, efetivamente, *derechos*. E os direitos a algo, segundo ele, são relações normativas entre três elementos: o titular (a), o destinatário (b) e o objeto (G). Se essa relação triádica se representar mediante o operador “R” relativo ao direito, então a forma mais geral de um enunciado sobre um direito se expressa assim: RabG. Se por *a* se entende o cidadão, por *b*, o Estado e por *G*, a omissão de intervir na vida, na liberdade ou na propriedade, tem-se um direito de liberdade, segundo a tradição liberal.

jurídica de los derechos humanos y de la democracia en America: los derechos humanos y el derecho internacional. Mexico D. F., Cia. Editorial Excelsior, 1960, p. 3)

⁸⁰ No original: “*Human rights are usually associated with the protection of individuals from the exercise of state control in certain areas of their lives. They are also directed towards the creation of societal conditions by the state to help individuals develop to their fullest potential*”. Tradução livre do autor. (MAPULANGA-HULSTON, Jackbeth K. Examining the justiciability of Economic, Social and Cultural Rights. **The International Journal of Human Rights**, v. 6, n. 4, winter 2002, p. 30).

⁸¹ No original: “*exigencias morales contra aquellas personas que pueden contribuir a evitar las violaciones de los derechos, especialmente aquellos más poderosos y con mayor influencia*”. Tradução livre do autor. (PARCERO, Juan Antonio Cruz. Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales. **Discusiones**, n. 4, p. 71-98, año 2004, p. 89).

⁸² DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 22.

⁸³ No original: “*las raíces de los derechos fundamentales en la historia de las ideas políticas son aquellas de los derechos humanos*”. Tradução livre do autor. (ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 31).

Ao contrário, se se tratar de um direito fundamental social, *G* representa a garantia do mínimo existencial.⁸⁴

Além disso, ainda segundo Alexy, os direitos fundamentais podem ser analisados sob três diferentes concepções: formal, material e procedimental. A primeira (formal) se baseia na maneira em que está disposta a normatividade do Direito positivo, ou seja, se estão catalogados como tais na constituição. Na segunda concepção (material), os direitos fundamentais são vistos como direitos do indivíduo, enquanto o Estado é seu destinatário. Buscam-se, nesse caso, sua essência e origem, identificando-se, de certo modo, com os direitos humanos. Trata-se, assim, de direitos que foram levados ao Direito positivo “com o propósito ou a intenção de dar uma dimensão positiva aos direitos humanos. Por conseguinte, os direitos fundamentais *devem representar* direitos humanos transformados em direito constitucional positivo”⁸⁵. Por fim, a concepção procedimental enlaça elementos formais e materiais e se refere ao processo democrático de sua elevação ao nível da constituição. Por sua importância, a constitucionalização dos direitos fundamentais exige maioria parlamentar qualificada.⁸⁶ Nesse diapasão, esses direitos exurgem como “garantias de institucionalização de um processo legislativo democrático, fundado na autonomia jurídica, pública e privada, e realizador da pretensão jurídico-moderna segundo a qual os destinatários das normas são seus próprios autores”.⁸⁷

No âmbito constitucional nacional, o termo utilizado de forma mais adequada é “direitos fundamentais”. Assim, quando consagrados nas constituições, os direitos sociais são considerados *direitos fundamentais*. Enquanto tal, o direito social também reflete a pluralidade de considerações, a diversidade que, na lição de Márcio Iorio Aranha, caracteriza o direito fundamental. Assim, é da “essência dos direitos fundamentais, e condição de sua existência, a pluralidade de revelações deles oriundas. O conteúdo simbólico (*Symbolgehalt*) dos direitos fundamentais é norte indicador de pluralidade de decisões”.⁸⁸ Desse modo, a essência de direito

⁸⁴ ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 19-20.

⁸⁵ No original: “*con el propósito o la intención de darles una dimensión positiva a los derechos humanos. Por consiguiente, los derechos fundamentales deben representar derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo*”. Tradução livre do autor. (ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 28)

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 21-31.

⁸⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 173.

⁸⁸ ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 117.

plural permanece. O que muda na caracterização enquanto *humano* ou *fundamental* é apenas o instrumento de exteriorização e o órgão no qual pode ser buscado o seu reconhecimento: enquanto *direitos humanos*, nas cortes internacionais, na hipótese de *direitos fundamentais*, nos tribunais nacionais. Porém, essa é uma distinção meramente terminológica, de pouca relevância no campo prático.

E ainda há quem defenda, como Joaquín Muñiz, que os direitos humanos podem estar também positivados em nível nacional: os *direitos humanos* incluem tanto os direitos positivados (em âmbito nacional ou internacional) quanto as “exigências morais ou naturais que se reclamam como direitos básicos”, enquanto os *direitos fundamentais* seriam “os direitos subjetivos positivos especialmente protegidos dentro do ordenamento jurídico de um Estado”.⁸⁹ Canotilho sustenta, por sua vez, que:

*As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.*⁹⁰

A dogmática constitucional é relativizada por Zagrebelsky. O conteúdo das constituições é “líquido”, “fluído”, face ao interesse pluralista das partes que atuam na vida constitucional concreta. “O único conteúdo ‘sólido’ que uma Constituição pluralista deve defender rigorosa e decididamente contra as agressões de seus inimigos é o da pluralidade de valores e princípios”.⁹¹

Francisco Bastida responde à questão se os *direitos sociais* são *direitos fundamentais*. Parte de uma “fundamentalidade” externa (metajurídica) e de outra interna (jurídica). Quanto à

⁸⁹ No original: “*exigencias morales o naturales que se reclaman como derechos básicos*”; [...] “*los derechos subjetivos positivos especialmente protegidos dentro del ordenamento jurídico de un Estado*”. Tradução livre do autor. (MUÑIZ, Joaquín Rodríguez-Toubes. **La razón de los derechos**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 27)

⁹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 517.

⁹¹ No original: “*El único contenido ‘sólido’ que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios*”. Tradução livre do autor. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 17).

“fundamentalidade” externa, esclarece que o constitucionalismo possui raízes no modelo “jusracionalista” tomando o sentido positivo ao se formalizar num Estado Constitucional. Enquanto o Estado Liberal se caracterizava por uma separação radical entre Estado e sociedade, a constituição surgia como norma que materializava o contrato social, igualando os indivíduos, que eram, no princípio, livres e iguais por natureza, por meio da sociedade civil. Assim, a “fundamentalidade” dos direitos ganhava um sentido antropocêntrico: “Serão ‘fundamentais’ os direitos entendidos como mais básicos ou essenciais ao ser humano”.⁹² A “fundamentalidade” interna, por sua vez, remete-nos à positividade das constituições democráticas, que atuam como fontes dos direitos fundamentais e também como próprias guardiãs ao proibirem a livre disposição sobre direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Assim, os direitos sociais serão como fundamentais se gozarem de “fundamentalidade” interna, ou seja, possuírem as características próprias da “fundamentalidade” da norma constitucional, e de externa, se em seu conteúdo incluir a dimensão objetiva dos direitos propriamente fundamentais.⁹³

Os *derechos humanos* são, enfim, os direitos positivados no plano internacional e que se traduzem em exigências morais reclamadas como direitos básicos, servindo o vocábulo também para expressar condições relacionadas à dignidade, liberdade e igualdade das pessoas, enquanto os *derechos fundamentales* seriam os direitos humanos positivados no plano estatal.⁹⁴ Presentes as “fundamentalidades” externa e interna, inexiste óbice a considerar os direitos sociais como *derechos humanos fundamentales*.

Para Marcelo Galuppo, os direitos humanos se transformam em direitos fundamentais, sem abrir mão de sua pretensão de legitimidade, no momento em que “o Princípio do discurso se transforma em Princípio Democrático, ou seja, quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade”.⁹⁵

⁹² No original: “Serán ‘fundamentales’ los derechos que se entiendan como más básicos o esenciales del ser humano. Aquellos que se consideren inherentes al desarrollo de su personalidad”. (BASTIDA, Francisco J. ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos. **Derechos sociales y ponderación**. 2. ed.. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 103-149, 2009, p. 109).

⁹³ BASTIDA, Francisco J. ¿ Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos. **Derechos sociales y ponderación**. 2. ed.. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 103-149, 2009.

⁹⁴ GÓMEZ, M.^a Isabel Garrido. **Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho**. Madrid: Dilex, 2007, p. 18-19.

⁹⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 233.

Nessa toada, os direitos sociais podem se caracterizar como *humanos* ou *fundamentais*, conforme o instrumento normativo e o tribunal em que são pleiteados: *humanos*, se assegurados em normas internacionais e postulados em cortes internacionais, e *fundamentais*, se garantidos em textos constitucionais e requeridos a tribunais internos, ou até mesmo, neste último caso, *humanos fundamentais*, sendo que, de todo modo, em qualquer caso, mantêm a sua essência de mais lídima e pura expressão da justiça, como quer que sejam classificados.

Os *direitos sociais* garantem, assim, uma “liberdade fática”, pois não há sentido em uma “liberdade jurídica” que não possa ser exercida na prática⁹⁶. Por isso, com precisão, o objeto típico dos direitos fundamentais sociais, nas lições de Cristina Queiroz, “vem constituído pelo chamado ‘mínimo de existência material’ (*materielle Existenzminimum*) como medida de menor grau de proteção como no caso, v. g., da educação ou dos serviços de saúde”.⁹⁷

Ademais, consoante a profunda reflexão de Menelick Carvalho Netto, os direitos fundamentais não são apenas um texto, um pacto fundador inerte, mas, sim, os reflexos “de nós mesmos e o reconhecimento recíproco de nós mesmos como identidades individuais e como cidadãos co-partícipes e co-responsáveis por nossa vida em comum”.⁹⁸ Nesse diapasão, é melhor nos percebermos como um problema do que nos fecharmos e deixarmos de nos enxergar como partes de um processo em permanente construção e perdermos a nossa capacidade de aprender com as nossas experiências e com as nossas vivências. Assim, “o nosso objetivo deve ser sempre o de nos tornarmos reflexivamente pessoas cada vez melhores, seja como sujeito coletivo, seja como identidade constitucional ou como povo”.⁹⁹ E, nessa esteira, o *direito social* como *fundamental* e revelador de um sentimento plural, manifesta-se, no entender de Gurvitch, como um direito de comunhão, realizado não como uma forma hierárquica de dominação, mas

⁹⁶ Amartya Sen elenca alguns tipos de liberdades instrumentais que contribuem, direta ou indiretamente, para a liberdade global que as pessoas possuem para viver como desejariam e, entre elas, estão as *oportunidades sociais*, que seriam as disposições que a sociedade estabelece nas áreas da educação, saúde, etc., e que repercutem na liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor, e ainda acabam influenciando, inclusive, na participação econômica e política do cidadão. (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 58-61).

⁹⁷ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 50.

⁹⁸ NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 155.

⁹⁹ NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 155.

como expressão de uma “força social”, numa situação de colaboração.¹⁰⁰ Nesse tocante, vale ainda trazer à baila as argutas palavras de Bidart Campos:

Quando sabemos que nossas comunidades registram altos índices de pobreza, indigência e miséria, e que nesse espaço de falências é onde estão ausentes os direitos sociais, urge resgatá-los para que o direito de viver com dignidade não seja uma frase ou um slogan, mas sim uma realidade.¹⁰¹

Enfim, os *direitos sociais* são os que mais se coadunam com a ideia de *direitos humanos e fundamentais*, já que realizadores dos ideais de dignidade, igualdade e, ainda, de liberdade fática, ou seja, objetivam a verdadeira emancipação humana.

1.4 Supostas dicotomias entre os "direitos sociais" e os "civis e políticos" e outros argumentos que visam enfraquecer aqueles direitos

A justiciabilidade pode ser vista como uma questão de permeabilidade ou não. A aceitação de certos argumentos como suficientes para se permitir a transposição das barreiras da admissibilidade é fundamental para o desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC). Craig Scott, em texto intitulado *Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Conventions on Human Rights*, refuta os argumentos daqueles que defendem a separação dos Pactos Internacionais entre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) como de nítida distinção entre os direitos justiciáveis (aqueles contidos no PIDCP) e os não-justiciáveis (constantemente do PIDESC). Na realidade, existe inegável interdependência entre eles. Apesar disso, existem autores que insistem nessa divisão, como se os direitos tivessem características puras. O autor mencionado rechaça essa ideia, fundamentando que as normas de direitos humanos contemplam diferentes categorias de direitos, conforme cada situação particular¹⁰².

¹⁰⁰ GURVITCH, Georges. **L'idée du droit social**: notion et système du droit social - histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 15.

¹⁰¹ No original: "Cuando sabemos que nuestras comunidades registran altos índices de pobreza, indigencia y miseria, y que en ese espacio de falencias es donde están ausentes los derechos sociales, urge rescatarlos para que el derecho a vivir con dignidad no sea una frase o un slogan, sino una realidad." Tradução livre do autor. (CAMPOS, German J. Bidart. Los derechos sociales. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 3, p. 671-678, jan./jun. 2004, p. 678).

¹⁰² SCOTT, Craig. Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Conventions on Human Rights. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 27, n. 3, p. 831-849, fall 1989, passim.

Ida Elisabeth Koch, referindo-se ao texto de Craig Scott, acima citado, traz à baila as nove supostas dicotomias entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Os DESC e os DCP estariam, assim, diferenciados pelos seguintes paralelos: 1) os **direitos econômicos sociais e culturais** seriam *negativos*, enquanto os **civis e políticos**, *positivos*; 2) os primeiros demandariam *elevados recursos*, e os segundos não (*cost-free*); 3) os **sociais** seriam *progressivos*, e os **civis e políticos**, *imediatos*; 4) aqueles seriam *vagos*, e estes, *precisos*; 5) enquanto os **direitos civis e políticos** seriam de *fácil manejo*, os **econômicos, sociais e culturais** seriam de *maneabilidade complexa*; 6) os primeiros seriam *ideológicos*, e os segundos, *não-ideológicos*; 7) os **sociais** seriam direitos *políticos*, e os **civis e políticos** – por mais que pareça um paradoxo –, *não-políticos*; 8) os **direitos sociais** não seriam *justiciáveis*, e os **civis e políticos**, sim, seriam *justiciáveis*; e, por fim, 9) os **direitos sociais** seriam meras *aspirações ou objetivos*, enquanto os **civis e políticos**, direitos *verdadeiros*, “direitos jurídicos”.¹⁰³ Por tudo isso, a autora afirma: “Não é sem razão que a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais é contestada”.¹⁰⁴

Por sua vez, Jeff King elenca ainda uma série de argumentos contrários aos direitos sociais e os classifica em **bons e maus argumentos**. Seriam argumentos mais fracos, segundo ele, aqueles defensores das seguintes teses: 1) os direitos sociais *não são direitos humanos*; 2) os tribunais *não podem decidir sobre questões de política*; 3) as cortes *não podem analisar direitos positivos*; 4) eventuais decisões sobre direitos sociais constituiriam *violação à separação de poderes*. Por sua vez, constituir-se-iam argumentos mais fortes aqueles que se baseiam em questionar: 1) a *legitimidade democrática* – a alocação de recursos deve ser discutida de forma ampla e popular; 2) *policentricidade* – algumas questões requerem a compreensão de um vasto número de variáveis interconexas, como situações de crise, de desemprego, de limitação de recursos, entre outras; 3) *expertise* – as decisões sobre questões complexas exigem experiência para considerar todas as circunstâncias envolvidas, como segurança de um medicamento no que diz respeito à saúde, qualidade da educação e repercussão no mercado de trabalho; 4) *flexibilidade* – as situações podem variar de acordo com o momento, e diversas razões podem justificar eventuais mudanças de entendimento; 5) *alternativas* – sem

¹⁰³ KOCH, Ida Elisabeth. The justiciability of indivisible rights. *Nordic Journal of International Law*, v. 72, n. 1, p. 3-39, 2003, p. 5-9.

¹⁰⁴ No original: “*It is not without reason that the justiciability of economic, social and cultural rights is disputed*”. Tradução livre do autor. (Koch, Ida Elisabeth. The justiciability of indivisible rights. *Nordic Journal of International Law*, volumen 72, n. 1, p. 3-39, 2003, p. 4)

dúvidas, segundo o referido autor, há uma necessidade de justiça do Estado Social, mas por que olhar primeiro para os tribunais? Eles também possuem as suas deficiências, afirma¹⁰⁵.

Em nossa tese, intentaremos desconstruir esses fundamentos que visam desqualificar a juridicidade e a justiciabilidade dos direitos sociais. Observa-se que, basicamente, os argumentos contrários aos direitos sociais se classificam em jurídicos, políticos e econômicos. Juridicamente, questiona-se a própria juridicidade dos direitos sociais, sob a alegação de que não se trata de verdadeiros direitos. Ou, então, ataca-se a sua inclusão entre os *direitos humanos* ou os põe a um segundo plano. Politicamente, indaga-se sobre a legitimidade dos tribunais dentro do sistema estatal para poder decidir acerca de matérias relacionadas às políticas públicas. Economicamente, perquire-se sobre a limitação dos recursos de modo a atender todas as necessidades básicas do ser humano contempladas nos direitos sociais. São todos argumentos válidos, mas que podem ser perfeitamente refutados.

1.4.1 Argumentos jurídicos e gerais

Examinaremos, a seguir, os argumentos jurídicos e, entre eles, as dicotomias entre os **direitos sociais** e os **direitos civis e políticos** anteriormente mencionadas, após o que analisaremos os argumentos econômicos e políticos usados para bombardear os direitos sociais. Como se verá, os argumentos se interpenetram e não se pode separá-los de forma bem definida. Os argumentos políticos e econômicos interferem, sem dúvida, no modo como o direito é interpretado, por isso eles também são referidos entre os fundamentos jurídicos trazidos na discussão dos direitos sociais.

1.4.1.1 Os direitos sociais são sempre positivos ou podem também ser negativos? Exigem custos elevados ou podem também ser "cost-free"?

Lindgren Alves denuncia que “ainda hoje é voz corrente em meios acadêmicos, e na própria ONU, a interpretação de que os direitos humanos ‘de primeira geração’ são mais facilmente realizáveis do que os demais por exigirem do Estado apenas *prestações*

¹⁰⁵ KING, Jeff. **Judging social rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 4-8.

negativas".¹⁰⁶ Ou seja, bastaria ao Estado, no caso dos direitos civis e políticos, deixar de praticar um ato para que tais direitos fossem observados. Sabe-se, entretanto, que essa argumentação é altamente falaciosa.

Em relação ao argumento dos custos, que podem ser considerados também do ponto de vista econômico, Stephen Holmes e Cass Sustein demonstram à exaustão como os direitos chamados de civis são altamente custosos.¹⁰⁷ Segundo eles, "todos os direitos são positivos"¹⁰⁸. Isso porque todos os direitos requerem medidas para defendê-los: "direitos são custosos porque remédios são custosos".¹⁰⁹ Efetivamente, os altos valores despendidos pelas nações, incluindo o Brasil, para funcionamento dos tribunais, a fim de se assegurar o acesso à justiça, bem como os gastos com defensorias públicas para se garantir a todos o direito de petição e de defesa, os recursos destinados à manutenção das Forças Armadas, assim também as despesas para manutenção das polícias a fim de se preservar o direito à liberdade e à propriedade, entre outros, evidenciam os elevados custos para proteção dos direitos civis, o que faz cair por terra a alegação de que se trata de direitos meramente negativos.¹¹⁰

Em certo sentido, evidentemente, "os direitos fundamentais sociais constituem obrigações de prestação *positivas* cuja satisfação consiste num *facere*, uma 'ação positiva' a cargo dos poderes públicos".¹¹¹ Porém, essa perspectiva não faz esgotar o manancial ainda indeterminado de situações geradoras de direitos sociais. Na realidade, tanto os direitos chamados de civis quanto os denominados de sociais podem ser "positivos" e "negativos",

¹⁰⁶ ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 105.

¹⁰⁷ A título de exemplo, no ano de 1996, conforme o Orçamento dos Estados Unidos da América, pelos dados constantes do livro de HOLMES e SUSTEIN, foram gastos nas Cortes de Apelação dos EUA o montante de 303 milhões de dólares, já no sistema federal prisional americano 2 bilhões e 465 milhões de dólares, e ainda com o departamento de defesa e o serviço militar americano o total de 20 bilhões e 497 milhões de dólares, enquanto com educação elementar, secundária e vocacional 1 bilhão e 369 milhões de dólares, mostrando a disparidade dos gastos com a proteção das liberdades em detrimento do sistema educacional. (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depend on taxes**. New York: Norton & Company, 2000)

¹⁰⁸ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depend on taxes**. New York: Norton & Company, 2000, p. 48.

¹⁰⁹ No original: "*all rights are positive*"; e "*rights are costly because remedies are costly*". Tradução livre do autor. (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depend on taxes**. New York: Norton & Company, 2000, p. 35-43).

¹¹⁰ A título de exemplo, no Brasil, no ano de 2014, somente em relação às despesas dos tribunais foram gastos aproximadamente 68,4 bilhões de reais, sendo que cerca de R\$14,2 bilhões com a Justiça do Trabalho e R\$4,7 bilhões com a Justiça Eleitoral, segundo os dados do relatório "Justiça em Números", do Conselho Nacional de Justiça. Com a educação básica, em 2015, foram despendidos por volta de 4,3 bilhões de reais, e com a educação profissional e tecnológica cerca de R\$3,8 bilhões. Gastou-se mais com a educação superior, um montante aproximado de R\$10,5 bilhões. Somente com o aperfeiçoamento do SUS, no mesmo ano, investiu-se mais de 20 bilhões de reais. São números que demonstram que o peso dos tribunais é elevado em comparação com os gastos com outros direitos, como educação e saúde. (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Disponível em: <www.portaldatransparencia.gov.br>. Acesso em: 17 de set. 2016).

¹¹¹ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 25.

dependendo do modo de sua proteção. São duas facetas de uma mesma moeda. Por exemplo, no que pertine à educação, pode-se exigir do Estado, em certas circunstâncias, a prestação de serviços escolares (sentido positivo), como também este pode ser compelido, em determinado caso, a não discriminar um certo indivíduo em relação à educação fornecida aos demais de seu grupo (sentido negativo). No caso do Direito do Trabalho, o Estado pode ser chamado a reintegrar servidores públicos indevidamente dispensados (demanda que exige ação estatal, revelando o aspecto positivo) ou ser obrigado a não interferir em greves nem impedir a liberdade sindical (o que exige omissão – aspecto negativo).

Nessa esteira, Abramovich e Courtis elencam uma série de situações que descontroem a falácia das prestações negativas em relação aos direitos chamados de civis e políticos:

O respeito de direitos tais como o devido processo, o acesso à justiça, o direito a casar-se, o direito de associação, o direito de eleger e ser eleito supõe a criação das respectivas condições institucionais por parte do Estado (existência e manutenção de tribunais, estabelecimento de normas e registros que tornem juridicamente relevante a decisão nupcial ou o ato de associação, convocação a eleições, organização de um sistema de partidos políticos etc). Inclusive aqueles direitos que parecem ajustar-se mais facilmente à caracterização de ‘obrigação negativa’, ou seja, os que requerem uma limitação da atividade do Estado a fim de não interferir na liberdade dos particulares – por exemplo, a proibição de detenção arbitrária, a proibição do estabelecimento de censura prévia à imprensa ou a proibição de violar correspondência e papéis privados implicam numa imensa atividade estatal destinada a que outros particulares não interfiram nessa liberdade e no restabelecimento da liberdade ou na reparação do prejuízo uma vez produzida uma interferência indevida, de modo que a contrapartida do exercício destes direitos será dada pelo cumprimento de funções de polícia, segurança, defesa e justiça por parte do Estado.¹¹²

Por outro lado, os direitos tidos como “positivos” também possuem o seu aspecto negativo. Isso quando, *verbi gratia*, em relação ao direito à saúde, exige-se do Estado não causar danos à saúde¹¹³, ou se o obriga a não impedir que determinados indivíduos estudem¹¹⁴ ou

¹¹² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 32.

¹¹³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 33.

¹¹⁴ Nesse ponto, merece menção o "Caso das Crianças Yean e Bosico *versus* República Dominicana" julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em que, de certo modo, o direito à educação assume uma dimensão negativa. Na causa em questão, a República Dominicana foi acusado de violar diversos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos, entre eles o direito de igualdade perante a lei. Embora a questão envolvesse o direito à educação, a situação não foi enfrentada por esse viés, reforçando o problema da justiciabilidade dos direitos sociais na CIDH. De todo modo, a situação também envolve a discriminação no direito à educação (aspecto negativo). No caso em tela, as crianças Yean e Bosico ficaram impossibilitadas de

mesmo quando se o impede de interferir em uma greve. Nessa toada, tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos sociais comportam obrigações negativas e positivas. Vale ainda acrescentar que nem sempre as obrigações positivas exigem a oferta de recursos para sua prestação. Em certos casos, o *múnus público* pode se caracterizar “pelo estabelecimento de uma relação direta entre o Estado e o beneficiário da prestação. O Estado pode assegurar o gozo de um direito através de outros meios, nos quais podem se tornar parte ativa outros sujeitos responsáveis”.¹¹⁵

Por exemplo, o direito à livre associação pressupõe uma obrigação estatal de se reconhecer esse direito, sem que necessariamente isso importe em prestação. Ou seja, basta apenas uma norma permissiva ou facultativa. Assim também algumas regulações relacionadas aos direitos trabalhistas e sindicais possuem essa característica, de se reconhecer um direito social, sem que, de outro lado, haja, indispensavelmente, um dispêndio de recursos governamentais. Abramovich e Courtis ilustram:

O estabelecimento de um salário mínimo, o princípio que estabelece igualdade de remuneração perante igualdade de tarefas, a obrigatoriedade de descansos, da jornada de trabalho limitada e das férias pagas, a proteção contra a demissão arbitrária, as garantias dos delegados sindicais para o cumprimento de gestão etc., teriam pouco sentido se fossem exigíveis somente ao Estado quando este atua como empregador. Frente a economia de mercado, o conteúdo destas obrigações estatais é o de *estabelecer uma regulação que se estenda aos empregadores privados*.¹¹⁶

Gerardo Pisarello¹¹⁷ reforça dizendo que, no caso do direito ao trabalho, muitas situações revelam esse caráter de obrigações negativas, como na liberdade de expressão dos trabalhadores ou no estabelecimento de mecanismos adequados de consulta e participação nas

frequentarem escola porque se tratavam de filhas de pais haitianos, embora as mães fossem dominicanas e tivessem nascido em solo dominicano, onde prevalece a regra do *ius soli*. Tudo em razão da dificuldade de obterem o registro civil de nascimento, sobretudo em razão de forte preconceito que sofriam em virtude da origem dos pais. O Estado acabou sendo condenado, não pela violação ao direito à educação (o que confirma o problema da justiciabilidade), mas pela violação dos direitos à nacionalidade e à igualdade perante a lei, que certamente repercutiram no direito à educação, mas não foram assim tratados. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso das Crianças Yean e Bosico versus República Dominicana**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/d147e8e6485dbe1fedded517fe67972f.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016)

¹¹⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 42.

¹¹⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 44-45.

¹¹⁷ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 61.

decisões empresariais, situações de vital importância à dignidade laboral, porém não implicam, necessariamente, custos para o Estado, do qual apenas se espera disposição para resolver essas questões. Christian Courtis, por sua vez, sentencia: “Todo direito – independentemente de sua classificação como direito civil, político, econômico, social ou cultural – requer *tanto* abstenção quanto ação Estatal, e não há praticamente direito algum que não demande recursos para ser implementado ou protegido”.¹¹⁸

Logo, não merece prosperar o discurso falacioso de que **os direitos civis e políticos** são negativos, enquanto os **direitos econômicos, sociais e culturais** (DESC) são sempre positivos. Ambos são, concomitantemente, positivos e negativos, seja porque, de um lado, podem exigir recursos para sua garantia, seja porque, de outro, muitas vezes basta uma omissão estatal para a sua proteção.

1.4.1.2 Os direitos sociais são constituídos por normas meramente programáticas ou também podem demandar exigência imediata?

Ultrapassado o entendimento *desjuridicizador* dos direitos sociais e evidenciado que podem ser eles positivos ou negativos, impõe-se-nos enfrentar outro argumento enfraquecedor de tais direitos. Sustentam alguns que eles não passam de normas programáticas, ou seja, não são direitos exigíveis de imediato. A se entender assim, serviriam apenas como promessas a serem realizadas num futuro incerto, ao bel-prazer do Estado.

Segundo Canotilho, para alguns autores, efetivamente, as normas consagradoras de direitos sociais são “*normas programáticas*”. Desse modo, as constituições condensariam, nessa espécie de normas, “princípios definidores dos fins do Estado, de conteúdo eminentemente social”.¹¹⁹ Adverte ainda que o fato de os direitos econômicos, sociais e culturais dependerem, em alguns casos, da ação do Estado, leva-os a apresentar um déficit de exequibilidade e de justiciabilidade, remetendo a problemática para a seara da “política social”, reduzindo, assim, o princípio da democracia econômica, social e cultural a uma *linha de direção da atividade estatal*. Para ele, as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias são dotadas de aplicabilidade direta, pois são dotadas de densidade normativa

¹¹⁸ COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma breve exploração. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 490.

¹¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 545.

suficiente, e os direitos sociais, como o direito à educação, seriam dependentes de prestações, não havendo um direito subjetivo *self executing*.¹²⁰

Parte da resistência se deve à interpretação dada à linguagem utilizada pelas normas constitucionais e internacionais quando discorrem sobre direitos sociais. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo, no capítulo relativo aos DESC, intitula o artigo 26 como “desenvolvimento progressivo”. Em tal dispositivo, fica estabelecido que os Estados Partes devem se **comprometer a adotar providências** a fim de conseguir *progressivamente* a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, na *medida dos recursos disponíveis*, por via legislativa ou por outros meios apropriados.¹²¹

Ora, para se alcançar *progressivamente*¹²² a plena efetividade dos direitos, por um raciocínio lógico, não se deve estagnar no *ponto zero*. A Convenção não afirma que os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser realizados *progressivamente*, mas, sim, que a sua plenitude será obtida gradativamente. Ou seja, devem ser assegurados crescentemente até que todos os alcancem. Outra leitura equivocada é interpretar a *medida dos recursos disponíveis* como “nada pode ser feito até que existam todos os recursos”. Não! Diferentemente, todos os recursos disponíveis devem ser ofertados até que sejam esgotadas todas as possibilidades de se assegurarem, na plenitude, os direitos sociais. Evidentemente, ao se extinguirem os recursos, que a exigência também o seja. Até que isso não ocorra, investimentos devem ser feitos em prol dos direitos sociais.

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que elenca uma série de direitos sociais (trabalho, liberdade de organização sindical, alimentação, vestimenta, moradia, educação, saúde, cultura), estabelece que cada Estado Parte se *compromete a adotar medidas, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, o pleno exercício dos direitos reconhecidos* no referido Pacto (artigo 2º). Da mesma forma, a progressividade é para alcance do pleno exercício dos direitos sociais, e não para “*startar*” a proteção de tais direitos. O indivíduo residente no Estado Parte

¹²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 524-526.

¹²¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 11 set. 2016.

¹²² Segundo o Dicionário Aurélio, progressividade é a qualidade de progressivo, que é algo que encerra progressão, que, por sua vez, significa sucessão ininterrupta e constante dos diversos estágios de um processo. Ou seja, somente se pode entender progressividade como movimento sucessivo, crescente, incompatível com a estagnação ou o retrocesso.

precisa se alimentar hoje, morar hoje, vestir-se hoje, receber educação hoje, ter saúde hoje, ou seja, a necessidade é atual, embora a realização plena de todos os direitos para todos possa ser gradual.

Nesse diapasão, um problema que poderia ser atribuído às normas internacionais relativamente aos direitos sociais seria a “falta de especificação concreta do conteúdo dos direitos sociais”. Como asseveram Abramovich e Courtis, essa indeterminação constitui “obstáculo à judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais, uma vez que a exigência de um direito em âmbito judicial supõe a determinação de seu descumprimento – extremo que se torna impossível se a conduta devida não é inteligível.”¹²³ Contudo, tal característica não difere das demais normas constitucionais ou de tratados de direitos humanos, “uma vez que é norma de maior nível de generalidade dentro da ordem jurídica”.¹²⁴

A norma constitucional brasileira não peca dessa falha referentemente aos direitos sociais¹²⁵. No artigo 6º da Constituição Federal Brasileira de 1988, está disposto: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição”. A Carta Magna elenca todos esses bens (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, etc.) como *direitos*, sem qualquer ressalva, exceto ao mencionar que o seu exercício dar-se-á *na forma da Constituição*, que não é limitadora, mas especifica em diversos dispositivos o conteúdo desses direitos. Assim, por exemplo, o artigo 7º assegura vários direitos ligados ao trabalho, o artigo 196 é expresso ao afirmar que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, a educação está assegurada como direito no art. 205 do Texto Constitucional, e assim por diante, ou seja, não há qualquer razão para se entender que os direitos sociais previstos na Constituição Brasileira sejam meramente programáticos, ao contrário, são direitos expressamente previstos passíveis de realização imediata e plenamente *justiciáveis*.

¹²³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 153.

¹²⁴ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 155.

¹²⁵ Efetivamente, estamos concordes com Marcia Andrea Bühring que afirma: os direitos sociais não são meras normas programáticas, pois não se pode encarcerar os direitos fundamentais sociais nesse conceito frágil e patético, eis que os valores sociais são os pilares do Estado Democrático de Direito. Entende-se por norma constitucional programática a que não recebeu do constituinte uma suficiente normatividade para que possa ser aplicada, o que não é o caso da Constituição Brasileira, expressa e detalhada no que tange aos direitos sociais. Ainda que, em alguma hipótese, haja necessidade de uma legislação integradora, a norma não pode ser considerada, só por isso, programática. (BÜHRING, Marcia Andrea. *Direito social: proibição de retrocesso e dever de progressão*. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 56-73, jan./jun. 2015, p. 58)

No mesmo sentido, Nikitas Aliprantis assevera, com maestria, que a afirmação de que os direitos sociais são gradualmente realizáveis obscurece o fato de que o reconhecimento de um direito social significa, de forma incontestável, a aceitação de seu núcleo essencial. Como exemplo, cita o direito ao trabalho, que contém como peça, dentro de seu núcleo, o assentimento de que os seres humanos devem possuir um labor relativamente estável e que lhes forneça meios relativamente estáveis de subsistência. Se o mercado de trabalho coloca os trabalhadores numa situação excessivamente precária e as autoridades não fazem nada para impedir, fica evidente a violação a esse núcleo, podendo a questão, então, ser judicializada. Logo, conclui o autor: “É errado afirmar que os direitos sociais são realizados gradativamente. Na verdade, eles são colocados em prática por etapas, mas o seu núcleo é imediatamente gerado e este núcleo é diretamente justiciável”.¹²⁶

Afirme-se: os direitos sociais não são meras normas programáticas, (muito embora haja quem considere), não se pode encarcerar os direitos fundamentais sociais no conceito frágil e patético das normas programáticas, “uma vez que os valores sociais são os pilares do Estado Democrático de Direito”. Até porque, entende-se por norma constitucional programática as que não receberam do constituinte uma “suficiente normatividade para que possam ser aplicadas, quando se faz necessário que a produção ordinária complete as matérias nelas traçadas”, ou seja, aquela em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos, mas sim, limita-se a definir princípios unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado, pois, nem pelo fato de uma regra constitucional “contemplar determinado direito cujo exercício dependa da legislação integradora não a torna, só por isso, programática”.¹²⁷

Logo, em razão da previsão nos textos normativos internacionais e constitucionais e da possibilidade de aplicação imediata do “núcleo” dos direitos sociais, sendo a progressividade meta para o alcance pleno desses direitos, entendemos pela exigibilidade imediata dos direitos sociais.

¹²⁶ No original: “*It is wrong therefore to say that social rights are created gradually. They are put into practice in stages but their core is created immediately and this core is directly justiciable*”. Tradução livre do autor. (ALIPRANTIS, Nikitas. The social rights are full and justiciable rights! **Managerial Law**, v. 47, 2005, p. 198).

¹²⁷ BÜHRING, Marcia Andrea. Direito social: proibição de retrocesso e dever de progressão. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 56-73, jan./jun. 2015, p. 58.

1.4.1.3. São os direitos "sociais" *vagos*, e os "civis e políticos", precisos? Os direitos "sociais" são de maneabilidade complexa, e os "civis e políticos", de fácil manejo?

Uma das falácias mais fáceis de refutar é a de que os **direitos sociais** seriam vagos e, por outro lado, os **civis e políticos** seriam precisos. Ora, que precisão existe no direito à liberdade e mesmo no direito à propriedade? Tantas especificações, tantas variáveis podem surgir na análise desses direitos! O que pode ser feito em nome da liberdade de imprensa, ou sob o argumento da liberdade de pensamento ou mesmo na proteção da propriedade desprovida de sua função social? Por outro lado, não é difícil perceber que uma criança de uma comunidade tenha direito a igual educação que outra do mesmo local e que não pode ser discriminada em razão de sua raça, crença ou nacionalidade, ou que um trabalhador migrante devidamente documentado¹²⁸ goze dos mesmos direitos de um trabalhador nacional laborando nas mesmas condições.

Esse argumento está em parte embasado na assertiva de que os DESC estariam definidos em tratados de direitos humanos e, como tais, seriam abertos e imprecisos, por natureza. Todavia, “a linguagem das previsões de direitos humanos que consagram direitos civis e políticos é quase sempre semelhante – e, às vezes, chega a ser mesma – à linguagem das previsões de direitos humanos que consagram os DESC”.¹²⁹ Indubitável a dificuldade de determinação do conteúdo dos direitos sociais, assim como dos direitos civis e políticos, mas não é esse um obstáculo intransponível para a efetivação desses direitos. Efetivamente, “a abertura semântica não pode significar, por si só, a perda dos efeitos normativos que possam derivar dos direitos sociais”.¹³⁰

Na realidade, a diferença cinge-se ao desenvolvimento histórico que cada ramo teve. Enquanto as cortes nacionais e internacionais se dedicaram, ao longo de décadas, à interpretação e casuística dos direitos civis e políticos, os direitos sociais foram condenados ao oblívio, tendo algumas aplicações esparsas a partir da Declaração de 1948 e, somente a partir da década de 1990, principalmente, recebeu o devido tratamento. De tal modo, justifica-se a

¹²⁸ A discussão sobre os direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados reveste-se, contudo, de maior complexidade.

¹²⁹ COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma breve exploração. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 489.

¹³⁰ No original: “*La apertura semántica no puede significar, por sí sola, una pérdida de los efectos normativos que pueden derivar de los derechos sociales*”. Tradução livre do autor. (CARBONELL, Miguel; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Los derechos sociales y su justiciabilidad directa**. México, D. F.: Editorial Flores, 2014, p. 22).

dificuldade de determinar a “precisão” dos direitos sociais, pois é com a prática que os direitos, sobretudo os humanos, ganham os seus contornos e limites.

A mesma sorte segue o raciocínio de que os direitos sociais seriam complexos, e os civis e políticos, de fácil manejo. A dificuldade de se conceituar e de se delimitar é a mesma em ambos os casos.

1.4.1.4 Os direitos "sociais" são ideológicos, enquanto os "civis e políticos", não-ideológicos?

Estão os direitos "sociais" eivados de carga política, enquanto os direitos "civis e políticos" estariam desprovidos de politicidade?

É preciso, antes de tudo, buscar compreender o que seja ideologia. Segundo Manuel Atienza, a expressão “ideologia” é ambígua, utilizada com, pelo menos, dois significados diferentes. No primeiro sentido, “as ideologias são os sistemas de ideias, as concepções de mundo que funcionam como guia para ação no campo da política, do Direito ou da moral, assim como a projeção que tais ideias têm na consciência dos indivíduos”.¹³¹ Explica que o uso se dá aqui de forma neutra, meramente descritiva, como ao dizer que o liberalismo, o socialismo e o anarquismo são ideologias políticas, enquanto o jusnaturalismo e o juspositivismo são ideologias jurídicas. Por outro lado, há um prisma que, por sua vez, assume um sentido pejorativo, referindo-se a um conhecimento deformado da realidade, a um fenômeno de falsa consciência. Há ainda uma outra visão do termo que se traduz na forma de estudar ou de representar um bem ou objeto: “o conhecimento que temos sobre as coisas, sobre o mundo, é, em maior ou menor medida, sempre ideológico: nenhuma ciência pode nos dar um conhecimento perfeito e absolutamente objetivo da realidade”.¹³² Com razão, as nossas visões, a nossa compreensão de mundo, a nossa história interferem em nosso olhar “ideológico” e nos fazem palmilhar caminhos metodológicos de acordo com ideias prévias.

Assim, é impossível retirar totalmente a carga ideológica ou política de qualquer direito, mormente quando se trata de direitos humanos ou fundamentais. Na realidade, ao longo

¹³¹ No original: “*Las ideologías son los sistemas de ideas, las concepciones del mundo que funcionan como una guía para la acción en el campo de la política, del Derecho e de la moral, así como la proyección que tales ideas tienen en la conciencia de los individuos*”. Tradução livre do autor. (ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2014, p. 145).

¹³² No original: “*El conocimiento que tenemos sobre las cosas, sobre el mundo, es, en mayor o menor medida, siempre ideológico: ninguna ciencia puede darnos un conocimiento perfecto u absolutamente objetivo de la realidad*”. Tradução livre do autor. (ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2014, p. 146).

do tempo, houve uma “preferência ideológica” pelos direitos civis e políticos, conforme sustenta Pisarello: “a primazia dos direitos civis e políticos se converteu, sobretudo, em preferência pelos direitos patrimoniais, começando pela propriedade privada e pela livre iniciativa”.¹³³ Desse modo, houve uma opção política que não contrapunha liberdade a igualdade – como se podia pensar –, mas sim *direitos civis e patrimoniais a igualdade social*.¹³⁴

De tal forma, inexistente razão à acusação de correlação exclusiva entre ideologia e política e os direitos sociais, pois os civis e políticos, assim como os demais, decorrem de opções políticas e ideológicas. Os *direitos sociais*, enquanto direitos (conforme reconhecemos anteriormente), protegem bens jurídicos exigíveis perante os tribunais. Isso significa que as ideologias, quaisquer que sejam, bem como as políticas, que são circunstanciais, não retiram a juridicidade desses direitos que já estão consagrados em diversas normas nacionais e internacionais.

1.4.1.5 Os "direitos sociais" são justiciáveis?

*A questão da justiciabilidade*¹³⁵ se coloca como central em nossa tese. Impedir a entrada de uma discussão na fase de admissibilidade de um processo judicial perante uma corte internacional resulta num direito natimorto. Portanto, o que se propõe defender é a justiciabilidade plena dos *direitos sociais* mediante uma construção interpretativa que considera o ser humano como sujeito de direito internacional e destinatário de toda a proteção devida.

¹³³ No original: “*La primacía de los derechos civiles y políticos sobre los derechos sociales se convirtió, sobre todo, en preferencia por los derechos patrimoniales, comenzando por la propiedad privada y la libertad de empresa*”. Tradução livre do autor. (PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 42).

¹³⁴ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, loc. cit.

¹³⁵ Justiciabilidade deriva do verbo transitivo “justiçar”, que na sua forma mais elementar, significa “fazer justiça” e que, num modelo de legalidade, se logra pela via institucional. Como adjetivo verbal, cumpre a função de qualificar um substantivo e, em tal sentido, se pode falar em “direitos justiciáveis”. A justiciabilidade está ligada à exigibilidade. Desta forma, se a exigibilidade pretende a realização de um direito, a justiciabilidade busca que tal realização se faça pela via de uma reclamação ante às instâncias que administram justiça. No fundo, trata-se da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais mediante as ferramentas que pode oferecer a justiça distributiva. A justiciabilidade supõe, portanto, uma pretensão formulada numa ação em face de um sujeito obrigado e, ao mesmo tempo, um órgão decisório que, satisfeitas determinadas circunstâncias, resolva a controvérsia. (LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 84-85) Sisay Yeshanew esclarece que a justiciabilidade pode ser entendida como uma qualidade dos direitos que depende principalmente do conteúdo normativo dos direitos e das obrigações correlatas, e a sujeição desses a um órgão independente com poderes para julgar questões individuais e coletivas e impor medidas reparatórias em caso de violação. (YESHANEW, Sisay Alemahu. **The justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 1-3).

Com razão, Abramovich e Courtis afirmam:

Mesmo os principais direitos econômicos, sociais e culturais tendo sido consagrados em diversas constituições e - no plano internacional - em numerosos instrumentos, seu reconhecimento universal como direitos plenos não se alcançará até superar os obstáculos que impedem sua adequada judicialização, entendida como possibilidade de demandar perante um juiz ou tribunal de justiça o cumprimento ao menos de algumas das obrigações que se derivam do direito.¹³⁶

De uma forma condensada, a falta de justiciabilidade dos direitos sociais nos tribunais deve-se, basicamente, a um tripé denegatório¹³⁷: 1) baixa densidade normativa; 2) reserva do possível; e 3) reservas do legislador e do administrador. A primeira questão foi antes examinada. As demais serão mais profundamente examinadas quando os argumentos políticos e econômicos forem abordados adiante. No entanto, importa salientar, desde já, que a justiciabilidade está efetivamente ligada a um pensamento conservador e a uma preocupação com a perda de espaço e de poder das elites ao se priorizar melhor distribuição da renda com o atendimento das necessidades básicas do ser humano. Efetivamente, o enfrentamento desse tripé denegatório exige uma mudança de paradigma.

Por isso, conforme advoga Flávia Piovesan, “a idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância”.¹³⁸ De todo modo, é claro que a “exigibilidade dos direitos sociais é um processo em vias de construção, que requer a visualização de caráter jurídico das obrigações do Estado na matéria”.¹³⁹ Felizmente a justiciabilidade vem sendo progressivamente conquistada, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Indubitável que o desenvolvimento de uma metodologia judiciária favorável

¹³⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 47.

¹³⁷ LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**, ano 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. 2009, p. 51-52.

¹³⁸ PIOVESAN, Flávia. Proteção e justiciabilidade dos direitos sociais nos sistemas global, regional e local. **Ideias legais**. Campo Grande: Escola Superior da Magistratura do TRT 24ª Região, Edição Especial, p. 17-54, 2009, p. 22.

¹³⁹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 189.

aos direitos sociais pode contribuir para o entendimento do próprio sentido de justiciabilidade.¹⁴⁰

Assim, a baixa densidade normativa pode ser questionada. Por mais que, no momento atual, a justiciabilidade direta possa ser difícil de concretização quanto aos DESC em razão da pouca quantidade de normas a amparar, de forma expressa, esses direitos, por meio de uma justiciabilidade indireta, uma pletera de direitos econômicos, sociais e culturais vêm sendo reconhecidos por meio de uma interpretação ampliada das hipóteses e ainda de um entendimento de que os direitos humanos são indivisíveis e merecem um tratamento adequado e conjunto. Nessa batida, o direito ao trabalho pode ser assegurado em nome da convivência familiar ou do direito ao tratamento igualitário entre nacionais e imigrantes, o direito à educação pode ser reconhecido pela via do direito à nacionalidade e ao tratamento igualitário entre as pessoas, e o direito à saúde, também de forma ilustrativa, pode ser garantido na proteção à vida e da integridade física e psíquica.

No tocante à alegada “reserva do possível”, sem prejuízo de tratamento mais exaustivo adiante, é forçoso reconhecer que os *direitos sociais* podem exigir, sim, amplos e dispendiosos investimentos, contudo, como já demonstrado, a proteção dos direitos civis e políticos exigem, outrossim, altos recursos, e nem por isso foram descurados ao longo da história. Como sustenta Sisay Yeshanew, os problemas relativos ao cumprimento das decisões não podem conferir aos direitos o título de não-justiciáveis.¹⁴¹ A verdade é que a tutela de quaisquer direitos exige gasto estatal, mas é certo que a priorização dos *direitos sociais* pode trazer resultados benéficos exponenciais, porquanto promotores de desenvolvimento, enquanto os *direitos civis e políticos* somente garantem, de regra, o *status quo*, sem colaborar, necessariamente, para o progresso social.

Como bem salienta Amartya Sen, se a exequibilidade fosse condição necessária para que as pessoas tivessem algum direito, todos os direitos seriam absurdos, já que seria impossível proteger a vida e a liberdade de todos contra a transgressão dos outros. De fato, ainda que um direito não possa ser realizado por inteiro, ele continua demandando uma atuação que remedie o problema. A não realização integral desse direito, por si só, não transforma um direito reivindicado num não-direito. Ao contrário, justifica uma ação social maior ainda. De fato, “a

¹⁴⁰ ROBITAILLE, David. Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux. *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, Trimestriel, 24^e année, n. 93, p. 221-250, 1^{er} janvier 2013, p. 223.

¹⁴¹ YESHANEW, Sisay Alemahu. *The justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System*. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 41.

exclusão de todos os direitos sociais e econômicos do santuário interior dos direitos humanos, reservando espaço apenas para as liberdades formais e outros direitos de primeira geração, procura traçar na areia uma linha difícil de manter”.¹⁴²

Relativamente ao terceiro elemento do chamado “tripé denegatório”, qual seja, as reservas do legislador e do administrador, existem argumentos no sentido da falta de legitimidade democrática dos juízes ao concederem tutela aos direitos sociais, em razão da separação dos poderes. No entanto, esse fundamento é refutado diante da compreensão contemporânea de que “os poderes estatais não são independentes entre si”.¹⁴³ Conforme bem acentua Liana Cirne Lins: “Se, de um lado, a separação de poderes é garantia democrática, de outro, não se esqueça, o sistema de freios e contrapesos só funciona em regime de interdependência e não de independência dos poderes, com o necessário controle recíproco”¹⁴⁴, sendo função do Judiciário garantir a exequibilidade do direito aplicável.

De forma contundente, Christian Courtis objeta a alegação de falta de justiciabilidade dos DESC:

[...] a suposição geral de que os DESC não são justiciáveis como categoria em virtude de alguma impossibilidade inerente de definição de seu conteúdo parece ignorar a evidência de quase um século de funcionamento de tribunais do trabalho e de jurisprudência maciça em áreas como seguridade social, saúde ou educação perante tribunais de todas as regiões do mundo.¹⁴⁵

Complementa Gerardo Pisarello que a justiciabilidade de um direito (sobretudo quando se trata de um direito humano ou fundamental) não pode ser tomada como uma questão de “tudo ou nada”. É um conceito gradual que varia de acordo com o contexto e que não se esgota na possibilidade de um órgão jurisdicional sancionar diretamente o órgão omissor ou que se outorgue incondicionalmente a qualquer pessoa o direito pretendido independentemente da

¹⁴² SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottman, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 419-420.

¹⁴³ LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**, ano 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. 2009, p. 70.

¹⁴⁴ LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**, ano 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. 2009, p. 70.

¹⁴⁵ COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma breve exploração. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 489.

circunstância que se lho postule.¹⁴⁶ Isso repercute, inclusive, na própria justiciabilidade desses direitos, como advoga David Robitaille, ao afirmar que a discussão dos DESC “no direito internacional, e talvez no direito nacional de certos países acordantes, dão a importância que o direito internacional dos direitos humanos possui no desenvolvimento de sua ordem jurídica”.¹⁴⁷

*Essa é uma questão fundamental para a compreensão de nossa tese. O que estamos a defender – e é importante que isso fique muito claro – é a **justiciabilidade dos direitos sociais**, ou seja, a admissibilidade desses direitos como hábeis a serem examinados pelos tribunais, e não, necessariamente, o deferimento deles em quaisquer condições, pois se faz indispensável um crivo apurado e uma análise detalhada, caso a caso, das circunstâncias em que são postulados. Enfim, ser **justiciável** não significa que o direito pretendido será necessariamente acolhido.*

1.4.1.6 Os "direitos sociais" são meras aspirações, enquanto os "direitos civis e políticos" são verdadeiros?

Os direitos sociais são meras aspirações enquanto os direitos civis e políticos são verdadeiros? A resposta a essa pergunta já está clara, pelo que restou esposado anteriormente. Não há motivo para diferenciar direitos **sociais** dos direitos **civis ou políticos**. Os DESC são direitos tanto quanto os DCP. Ambos têm a aspiração de se tornarem plenos, mas é impossível afirmar sobre a plenitude de qualquer direito atualmente. E imagina-se que isso jamais ocorrerá diante do dinamismo e da complexidade das relações sociais. Enfim, os **direitos sociais** são direitos, e não meras aspirações, assim como os **direitos civis e políticos**.

¹⁴⁶ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 88-89.

¹⁴⁷ No original: “[...] *droit international et, peut-être, en droit national de certains pays accordant l’importance qu’il se doit au droit international des droits de la personne dans le développement de leur ordre juridique*”. Tradução livre do autor (ROBITAILLE, David. Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux. **Revue Trimestrielle des droits de l’homme**, Trimestriel, 24^e année, n. 93, p. 221-250, 1^{er} janvier 2013, p. 223).

1.4.1.7 Os "direitos sociais" são também direitos da pessoa individual?

Acrescentamos mais uma última suposta dicotomia, não suscitada por Ida Koch nem mesmo por Craig Scott, mas que é abordada por outros autores, qual seja: os direitos **sociais** estariam ligados apenas à coletividade, enquanto os **civis e políticos** seriam direitos do indivíduo? Embora o adjetivo “sociais”, que consta no plural, remeta-nos à ideia de coletividade, de grupo, é um equívoco pensar que os *direitos sociais* somente se referem à uma categoria ou comunidade. Na realidade, conquanto possam tomar perfis grupais ou coletivos, esses direitos podem ser individuais e postulados em petições singulares por qualquer pessoa.¹⁴⁸

Nessa esteira, Abramovich e Courtis exemplificam que a violação direito à saúde pode gerar a promoção de uma ação individual alegando a falta de produção de uma vacina específica ou a negação de um serviço médico indispensável à sobrevivência da pessoa. Do mesmo modo, situações discriminatórias em relação ao acesso à educação e ainda a discriminação na concessão de benefícios de assistência social podem dar ensejo a reclamações individuais.¹⁴⁹ No terreno juslaboral, discriminações perpetradas no serviço público e em relação a imigrantes podem provocar petições individualizadas, denotando também um modo de buscar individualmente esses direitos, conforme o caso. Como bem salienta Carlo Artur Basílico:

O adjetivo “sociais” não qualifica esses direitos para distingui-los dos direitos “individuais”. Apenas omite-se o adjetivo “individuais” para ressaltar a função desses direitos, que é o de realização da justiça *social*, vale dizer, direitos que se colocam a serviço de cada pessoa (individualmente) *como instrumento de sua promoção social* mediante a melhoria de suas condições humanas materiais, educacionais, culturais, elevando-a tanto no aspecto biológico quanto psicológico. Pode-se afirmar, com certeza, que os direitos sociais são direitos *individuais* que realizam a *justiça social* em prol dos seres humanos carentes em razão de alguma deficiência física ou psíquica.¹⁵⁰

¹⁴⁸ A Corte Interamericana de Derechos Humanos possui posicionamento expresso a esse respeito, conforme relata Manuel Robles, ao informar que a Corte IDH já declarou que os DESC possuem uma dimensão tanto individual quanto coletiva (ROBLES, Manuel E. Ventura. *Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 564)

¹⁴⁹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 54.

¹⁵⁰ BASILICO, Carlo Artur. Direitos Sociais – Questões conceituais e efetividade. **Interesse Público**, ano XVI, n. 83, 2014, p. 203.

Portanto, os *direitos sociais* podem assumir tanto um caráter individual, quando violados na esfera particular e postulados individualmente, quanto coletivo, se afeto a um grupo ou a toda sociedade.

1.4.2 Os demais argumentos utilizados para enfraquecer os direitos sociais: "argumentos econômicos e políticos"

Rememorando as críticas aos direitos sociais referidas por Jeff King¹⁵¹, podemos, em síntese, no tocante aos temas ainda não examinados, dizer que os autores contrários à justiciabilidade dos DESC sustentam que o reconhecimento dos *direitos sociais* violaria a separação de poderes, significaria afronta à legitimidade democrática, estaria sujeito a circunstâncias subjetivas de visão e conhecimento por parte do magistrado e, ainda, significaria uma priorização dos tribunais em detrimento de outras instituições. Além disso, argumentos econômicos, como a limitação da disponibilidade de recursos para fazer face ao cumprimento dos direitos sociais, são utilizados para retirar a viabilidade de suas demandas. Entre esses, o mais conhecido recebeu a expressão de “reserva do possível”.

Enfrentaremos primeiramente os argumentos econômicos e depois voltaremos aos políticos, estes últimos, sem dúvida, assaz substanciais.

1.4.2.1 Argumentos econômicos

Leciona Falsarella¹⁵² que a expressão “reserva do possível” (em alemão, *Vorbehalt des Möglichen*) foi inaugurada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1972, quando se analisaram cláusulas de admissão em cursos superiores de Medicina sob alegação de violação à Lei Fundamental alemã, que dispunha sobre a liberdade do exercício profissional. Naquele contexto, tinha ocorrido um exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de Medicina e, em razão disso, foram estabelecidas limitações para a admissão de alunos. Ponderava-se que a limitação ao acesso às universidades caracterizaria infringência ao direito à liberdade de ofício.

¹⁵¹ KING, Jeff. **Judging social rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 4 et seq.

¹⁵² FALSARELLA, Christiane Mina. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. **Advocacia e Direito Público** (aspectos processuais, constitucionais, tributários e trabalhistas). Coordenador: Nilton Carlos de Almeida Coutinho. Belo Horizonte: Del Rey, p. 46-55, 2013, passim.

Não obstante, a referida Corte concordou com a restrição, sob o fundamento de que os *direitos sociais* relativos a prestações estatais estavam sob a “reserva do possível”. No entanto, tal expressão foi utilizada não em um sentido exclusivamente financeiro¹⁵³, mas também no sentido de haver limitação àquilo que é racional se exigir do Estado e, por conseguinte, da sociedade. A mencionada locução “reserva do possível” acabou se difundindo como justificadora de restrições à concretização dos direitos sociais.

Por outro lado, Flávio Galdino nos conclama a uma teoria pragmática do Direito, em que se busca um contato mais próximo deste com a realidade em que atua, mas sem excluir parâmetros éticos, em obra com subtítulo assaz emblemático: *Direitos não nascem em árvores*. O referido autor rechaça a possibilidade de afirmação de um direito fundamental sem levar em conta os custos para sua realização, sustentando que “um pouco de pragmatismo não faz mal a ninguém”. Sustenta que o Direito deve ter conexão com a realidade, “a fim de que ele não seja tão esquizofrênico”.¹⁵⁴ E conclui: “O direito existe para regular a vida das pessoas. Para tentar tornar essas vidas mais felizes. E, para alcançar essa finalidade, de quase nada adianta construir *realidades artificiosas* [...]”.¹⁵⁵

É bem certo que abusos podem ser cometidos no afã de se efetivarem direitos sociais¹⁵⁶, como a determinação de fornecimento de medicamentos de altíssimo valor ou de tratamento médico em montante astronômico a uma única pessoa, o que poderia comprometer as contas públicas em detrimento de toda a coletividade. Ou até mesmo num desvirtuamento de propósitos, sob o falso pretexto de tutela de direitos, pode haver má destinação de dinheiro

¹⁵³ No Brasil, a teoria da “reserva do possível” é relacionada, na maioria das vezes, somente ao aspecto da limitação de recursos financeiros e pouco se invoca o sentido da racionalidade em relação ao que é razoável se exigir do Estado.

¹⁵⁴ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 333-336.

¹⁵⁵ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 333.

¹⁵⁶ Ana Paula Ávila e Mariana Wierzchowski denunciam decisões “que implicam a alocação de recursos públicos, independentemente de qualquer previsão orçamentária ou da fixação das prioridades que as políticas públicas devam atender”. Este tipo de conduta judicial, consoante a compreensão das articulistas, expressa uma modalidade de “ativismo judicial”, que é chamada de judicialização das políticas públicas. Segundo elas, ninguém discute a efetividade dessa manifestação, eis que reiteradas decisões deste tipo promoveram diversos avanços na implementação de políticas públicas em diversos municípios, sobretudo na área da saúde. Todavia, também conforme o entendimento das autoras, parece indiscutível que este seja um meio de ampliação à participação do Judiciário na realização da justiça e na concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal. De fato, o fim visado por tais decisões tem dignidade constitucional: a justiça social e a proteção da pessoa e do direito à saúde. Para elas, contudo, o meio utilizado pode restringir outras normas de igual estatura, notadamente aquelas relacionadas à separação e harmonia entre os Poderes, ao princípio democrático e ao direito de igualdade entre cidadãos. (ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WIERZCHOWSKI, Mariana Ruschel. “Fair play” judicial na efetivação dos direitos sociais: da crítica ao ativismo judicial concretista à defesa do controle material das leis orçamentárias pelo Poder Judiciário. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 07, n. 23, p. 192-225, abr./jun. 2013, p. 195)

público. Porém, a “reserva do possível” não pode ser utilizada de antemão como alegação para se negar o exame de casos concretos. Não existem direitos absolutos. A vida, bem maior de todos, pode ser tirada em legítima defesa. Os direitos, quaisquer que sejam, incluindo a liberdade, a segurança e a intimidade, podem sofrer restrições, e não poderia ser de outra maneira com os direitos sociais. Não se trata, de um lado, de se exigir o impossível e, de outro, tampouco de se deixar de fazer algo porque nem tudo é possível. Nesse ponto, é imprescindível o equilíbrio, ou seja, garantir o essencial e evitar os absurdos.

De fato, conforme salienta Ingo Sarlet, inapropriado cogitar-se da reserva do possível como elemento integrante dos direitos fundamentais, pois esta é, na verdade, apenas “uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais”, que também poderá atuar, por outro lado, como garantia dos próprios direitos fundamentais, como, por exemplo, na hipótese de conflitos entre direitos desse nível, “observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”.¹⁵⁷

Evidentemente, as possibilidades fáticas e jurídicas devem ser consideradas. Assim, quando um cidadão busca um direito de defesa, “o preceito da proporcionalidade é aplicado no sentido da proibição do excesso”.¹⁵⁸ O legislador e o administrador estão compelidos a empreender ações para granjear limites mínimos (proibição da não-suficiência). O Estado “é limitado de um lado por meio dos limites superiores da proibição do excesso e de outro lado por meio de limites inferiores da proibição da não-suficiência”, sentencia Paulo Gilberto Cogo Leivas.¹⁵⁹ Sob outro prisma, Jane Pereira sustenta que a restrição a “admissão da restringibilidade dos direitos fundamentais traz consigo um inevitável paradoxo”. Se, por um lado, “a constitucionalização dos direitos visa a fazê-los atuar como mecanismos de contenção do poder estatal, a noção de que o Estado pode limitá-los surge como uma aparente contradição do caráter vinculante que as normas de direitos fundamentais devem ostentar”.¹⁶⁰

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 305.

¹⁵⁸ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 283.

¹⁵⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, loc. cit.

¹⁶⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 297.

Vicente de Paulo Barretto, de forma mais enérgica, dispara contra o discurso da “reserva do possível”:

Outro argumento falacioso refere-se ao custo dos direitos sociais. Chamada, também, de falácia da “reserva do possível” representa um argumento preponderante no projeto neoliberal contemporâneo. Vestida de uma ilusória racionalidade, que caracteriza a “reserva do possível” como o limite fáctico à efetivação dos direitos sociais prestacionais, esse argumento ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais. Não podemos nos esquecer do alto custo do aparelho estatal administrativo-judicial necessário para garantir os direitos civis e políticos. Portanto, a escassez de recursos como argumento para a não observância dos direitos sociais acaba afetando, precisamente em virtude da integridade dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos, como os direitos sociais. Estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos.¹⁶¹

Deveras, não passa de engodo o pretexto dos altos custos para negar a concretude dos direitos sociais.¹⁶² Como salientado atrás, quando tratamos da dicotomia positivos/negativos e custosos/não-custosos, os DESC possuem as mesmas características dos DCP, podendo haver distinção quanto à preponderância de um ou outro atributo, porém é indubitável a necessidade de gastos para a realização de quaisquer direitos, sejam eles civis, políticos, econômicos, sociais, culturais ou de qualquer outra natureza, bastando que seja preciso qualquer ação estatal para concretizá-los.

Stephen Holmes e Cass Sustein são categóricos: “direitos não podem ser protegidos ou executados sem apoio e financiamento públicos”.¹⁶³ Segundo eles – e demonstram com números o que sustentam –, o direito à liberdade contratual não custa menos que o direito à saúde, o mesmo se podendo afirmar quanto à defesa da liberdade de expressão em comparação

¹⁶¹ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. **Revista Quaestio Iuris**, v. 4, n. 1, p. 488-512, 2011, p. 500.

¹⁶² No Brasil, um estudo divulgado pela associação Auditoria Cidadã da Dívida, com base nas informações do Senado Federal (sistema Siga Brasil), indica que 40,30% (R\$ 718 bilhões) do orçamento executado no ano de 2013 destinaram-se a pagamentos de juros e amortizações de dívida, enquanto que as áreas sociais como previdência social (24,11%), educação (3,70%), trabalho (3,85%) e saúde (4,29%), somadas, não atingiram sequer os 40% da execução orçamentária. Mostra-se urgente, portanto, que a execução orçamentária seja pautada pela satisfação dos direitos sociais: caso contrário, caberá atuação do Poder Judiciário no intuito de garantir a proteção dos direitos dotados de jusfundamentalidade. (CASTRO, Karina Brandão. O papel do orçamento na efetivação de direitos sociais. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 131-148, ago. 2014, p. 142).

¹⁶³ No original: “*Rights cannot be protected or enforced without public funding and support*. Tradução livre do autor. (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depend on taxes**. New York: Norton & Company, 2000, p. 15).

com o direito à moradia digna. “Todos os direitos reclamam cobertura do tesouro público”.¹⁶⁴ Chegam a dizer que os direitos possuem “dentes”. E é por meio de políticas públicas que os direitos são realizados. E quando não assegurados devidamente, cabe aos tribunais o papel de exigí-los compulsoriamente.¹⁶⁵ *De facto*, não existe uma restrição *in abstracto* para a realização dos direitos sociais pelos tribunais, pois sua realização não está condicionada aos recursos destinados pelo orçamento, diferentemente das políticas públicas que se sujeitam às previsões orçamentárias.¹⁶⁶ Por conseguinte, a referida cláusula não pode ser invocada “com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a efetivação e concretização dos direitos sociais. Ademais, ela encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial”.¹⁶⁷

Observa-se, assim, que a argumentação de que os DESC são mais custosos que os DCP não merece prosperar. O altíssimo custo com tribunais, defensorias públicas e advogados dativos para se garantir o acesso à justiça, o dispêndio de recursos com as polícias a fim de assegurar proteção ao direito à liberdade e à propriedade, o elevado custo do sistema eleitoral para se escoltar os direitos políticos denotam que tudo se resume a uma questão de prioridade, e não de impossibilidade. A destinação majoritária de recursos para a tutela de direitos civis e políticos é uma questão de política pública, mas isso não está imune a certo controle pelos tribunais, num sistema de freios e contrapesos, mesmo porque a função das cortes é assegurar que os direitos sejam cumpridos.

Efetivamente, como bem salienta Carlo Artur Basílico, as questões econômicas não podem servir de obstáculo ao reconhecimento dos *direitos sociais*:

As condições, as limitações, e todas as demais vicissitudes que possam enfrentar, devem ser tratadas como fatos externos aos próprios direitos, como sói acontecer em relação a todos os demais direitos subjetivos. O que lhes é externo (como as supostas limitações de ordem financeira) não podem contaminar sua essência, a de verdadeiros direitos. As contingências devem situar-se no plano da eficácia, e devem sujeitar-se a tratamento teórico e probatório semelhante a todas as circunstâncias de fato que se apresentam na

¹⁶⁴ No original: “*All rights make claims upon the public treasury*”. Tradução livre do autor. (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depend on taxes**. New York: Norton & Company, 2000, loc. cit).

¹⁶⁵ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depend on taxes**. New York: Norton & Company, 2000, p. 17-19.

¹⁶⁶ BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014, p. 221.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Thiago Ferraz de; LOPES, Maísa de Sousa. A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 40, n. 2, p. 51-76, jul./dez. 2015, p. 64.

aplicação dos demais direitos (como, por exemplo, a alegação de insuficiência de recursos, que compete ao Estado provar suficientemente, no curso do processo, porque se trata de fato que em tese poderia ser alegado como óbice à eficácia do direito, não como óbice ao reconhecimento de que se trata de um direito existente e válido).¹⁶⁸

Portanto, a insuficiência de recursos não pode ser utilizada como argumento *a priori* para a negativa dos *direitos sociais*, devendo ser analisada a situação fática para a verificação da possibilidade ou não da exigência pretendida. Com mais razão ainda quando se trata da justiciabilidade, pois esta se encontra em momento prévio ao juízo de mérito, não devendo ser obstada sob o fundamento da escassez de recursos. Enfim, a incapacidade econômica é matéria de fundo, cabendo ao Estado alegá-la e prová-la no momento oportuno.

1.4.2.2 Argumentos políticos

Gargarella adverte para a ideia que chegou a se espalhar nos últimos anos de que existe um processo de “inflação de direitos” que coloca em sério conflito o sistema político majoritário. Esse ataque, fundado em forte valor negativo, ganha maior tonicidade em relação às constituições latino-americanas. Todavia, a tomada de decisões referentes à inclusão de direitos em âmbito constitucional tem observado certas regras procedimentais básicas de democracia que fazem cair por terra os discursos contrários à constitucionalização dos *direitos sociais*. Os direitos constitucionais, oriundos de um sistema democrático e seguindo procedimentos adequados de tomadas de decisões, devem ser considerados como incondicionais, de modo que a Administração Pública deve respeitá-los, embora isso não impeça que, em alguns contextos, sejam desenvolvidos de modo mais ou menos pleno. Exemplifica-se: em uma sociedade com alto número de doentes à beira da morte, deve ser dada atenção prioritária a tais necessidades face a outras necessidades sérias, porém menos urgentes, ou ainda numa sociedade com larga tradição de discriminação racial, devem ser utilizados maiores recursos para eliminar, de forma prioritária, todo tipo de preconceito.¹⁶⁹ Logo, diante da urgência dos direitos sociais e da autônoma tomada de decisões por parte dos parlamentares

¹⁶⁸ BASILICO, Carlo Artur. Direitos Sociais – Questões conceituais e efetividade. **Interesse Público**, ano XVI, n. 83, 2014, p. 199.

¹⁶⁹ GARGARELLA, Roberto. Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia. **Los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 3-18, 2003, p. 3-5.

constituintes, inexistente fundamento para se negar aplicabilidade aos direitos sociais positivados em textos constitucionais.

As críticas não param por aí. Agustín Gordillo canhoneia a concepção aberta dos chamados DESC. Segundo ele, ninguém duvida de que chega a ser politicamente belo e poeticamente atrativo sustentar que todos têm direito a ter satisfeitas suas necessidades básicas em qualquer campo, seja na saúde, moradia, educação, cultura e progresso. Todavia, tais pretensões não estariam ligadas a um “direito” no sentido jurídico do termo, e as pretensões com base em tais aspirações não seriam suscetíveis de êxito em um tribunal de justiça, em qualquer parte do mundo. Complementa dizendo que os argumentos se fundam em considerações políticas, axiológicas, sociológicas, éticas, morais, religiosas ou em princípios universais, porém não possuem amparo jurídico.¹⁷⁰

Também se defende que os *derechos sociales* constituem “planejamentos para adiante, de natureza prospectiva, dependendo de tomada de decisões políticas para o futuro”¹⁷¹, retomando a ideia de que seriam meramente prestacionais, não se realizando sem uma política, um serviço e uma rubrica orçamentária prévia.¹⁷² Como se não bastassem as acusações de violação da separação de poderes, falta de legitimidade democrática e falta de preparo dos magistrados para enfrentamento das questões, também se sustenta que o Judiciário deveria apenas aplicar as leis, e não lhe caberia interferir em políticas públicas. Abramovich e Curtis ainda reconhecem:

O Poder Judiciário é o menos adequado para realizar planejamentos de política pública, o marco de um caso judicial é pouco apropriado no debate de medidas de alcance geral, a discussão processual gera problemas de desigualdade com as pessoas afetadas pelo mesmo descumprimento e que não participam do julgamento, o Poder Judiciário carece de meios compulsórios para a execução forçada de uma sentença que condene ao Estado a cumprir com a prestação omitida em todos os casos envolvidos ou também para ditar a regulamentação omitida, a substituição de medidas gerais por decisões ad hoc efetuadas pelo juiz no caso particular pode também resultar em fontes de desigualdades indesejáveis etc.¹⁷³

¹⁷⁰ GORDILLO, Agustín. **Derechos humanos**. 3. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. VI-34.

¹⁷¹ MOREIRA, Reinaldo Daniel. A efetivação judicial dos direitos sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 19, v. 75, p. 309-333, abr./jun. 2011, p. 317.

¹⁷² MOREIRA, Reinaldo Daniel. A efetivação judicial dos direitos sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 19, v. 75, p. 309-333, abr./jun. 2011, loc. cit.

¹⁷³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Derechos sociales são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 53.

Os próprios autores, entretanto, refutam algumas dessas alegações. Defendem que: 1) não se pode admitir que o Estado simplesmente deixe de cumprir qualquer obrigação referente aos direitos sociais; 2) considerando a regra geral de que o Estado cumpre parcialmente esses direitos, está aberta a porta para o questionamento judicial de eventual tratamento desigual aos indivíduos¹⁷⁴; 3) ainda que a sentença não seja cumprida pelo Estado, não se pode desconsiderar o valor da ação judicial que declare a mora estatal e o reconhecimento moral de que não cumpre com suas obrigações em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais; 4) a falta de mecanismos ou de garantias judiciais adequadas não significa a impossibilidade de serem os direitos sociais postulados perante os tribunais, ao contrário, há necessidade, justamente, de se criarem as ferramentas eficientes para fazer prosperar tais demandas.¹⁷⁵

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁷⁶, a objeção relativa à separação de poderes deve observar que a atribuição das funções legislativa, executiva e jurisdicional não é estanque, sobretudo num sistema em que existe o sistema de “freios e contrapesos”, que possibilita fiscalização recíproca e a imposição de limitações que retiram caráter absoluto de qualquer órgão. Dessarte, não há óbice ao Judiciário, dentro da sua função, de determinar a realização de políticas públicas se tal medida está assegurada por normas constitucionais ou internacionais vigentes em cada país. Conforme sustenta Pedro Nicoli, ao tratar do Direito Internacional Social¹⁷⁷, o que vale, *mutatis mutandis*, em linhas gerais, para os DESC, cresce “a ideia de um Estado garantidor de desenvolvimento, com uma ascendente intervenção do poder público nas relações privadas. A noção de Direito Social desponta justamente ‘como a aplicação prática da teoria da solidariedade’”.¹⁷⁸

¹⁷⁴ A alegação de discriminação é bastante enfrentada pelas cortes internacionais como fundamento para a justiciabilidade dos direitos sociais, permitindo-se, assim, o enfrentamento de questões pertinentes ao trabalho, à educação e à saúde como forma de promover um tratamento justo e igualitário entre os indivíduos em iguais condições.

¹⁷⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 52-55.

¹⁷⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. **Revista de Direito do Estado**, ano 4, n. 13, p. 133-169, jan./mar. 2009, p. 138-139.

¹⁷⁷ Para o autor, o Direito Internacional Social abrange, além do direito ao trabalho, proteções trabalhistas individuais e coletivas, acesso à seguridade social, saúde, educação, ciência, lazer, cultura e o que mais se reconheça necessário para a consecução da justiça social. (NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Fundamentos de Direito Internacional Social**: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2016, p. 141).

¹⁷⁸ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Fundamentos de Direito Internacional Social**: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2016, p. 134.

Para tanto, é fundamental que a hermenêutica dos direitos humanos, compreendendo os DESC, atenda a quatro princípios gerais, segundo Flávia Piovesan: (i) *interpretação teleológica* – busca a realização de objetivos e propósitos consagrados em comandos constitucionais e internacionais, mirando na afirmação da dignidade e na prevenção do sofrimento humano; (ii) *interpretação efetiva* – importância de conferir máxima efetividade às previsões concernentes aos direitos sociais; (iii) *interpretação dinâmica e evolutiva* – o alcance e o significado dos direitos não podem ficar confinados e estagnados nas concepções do momento de elaboração dos respectivos instrumentos normativos, devendo ser concebidos como *living instrument*, refletindo as transformações sociais¹⁷⁹; e (iv) *proporcionalidade* – justo equilíbrio entre o interesse geral e as demandas de tutela dos direitos fundamentais¹⁸⁰. Portanto, sendo espécie dos direitos fundamentais, aos *direitos sociais* também deve ser “aplicável o princípio da máxima efetividade e da força normativa, que pregam, em síntese, a máxima eficácia daqueles, independentemente de posituação no texto constitucional ou infraconstitucional”.¹⁸¹

Miguel Carbonell e Eduardo Mac-Gregor sustentam, por sua vez, que as sociedades contemporâneas enfrentam novos riscos, ausentes nas sociedades chamadas de pré-modernas, como o desemprego, a crise da família, o fator gênero e a imigração, além de desenvolvimentos tecnológicos que repercutem no mercado de trabalho e no número de acidentes e nas doenças derivadas desses riscos sociais.¹⁸² Assim, não se pode desconsiderar a situação de crise e o efeito – às vezes avassalador – na realização dos *direitos sociais*, porém crises e dificuldades financeiras não podem ser utilizadas como argumento para retrocessos sociais, tampouco para a retirada de direitos, quando muito para suspensão temporária de avanços.

Pascual Sala Sanchez palmilha a mesma trilha ao asseverar que as restrições lineares de direitos sociais já configurados como direitos subjetivos significaria reduzi-los à condição

¹⁷⁹ Além disso, não só a interpretação deve ser dinâmica e evolutiva, como também, por outro lado, deve-se estar atento à proibição do retrocesso, conforme defende a Professora Daniela Muradas em importantíssima obra denominada *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho* (REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010).

¹⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. Proteção e justiciabilidade dos direitos sociais nos sistemas global, regional e local. **Ideias legais**. Campo Grande: Escola Superior da Magistratura do TRT 24ª Região, Edição Especial, p. 17-54, 2009, p. 32-34.

¹⁸¹ DANTAS, Adriano Mesquita. Globalização e precarização do mercado de trabalho: o problema da efetivação da garantia de emprego contra despedida arbitrária ou imotivada. In: DANTAS, Adriano Mesquita; CANIATO, Marcelo Rodrigo; REIS, Sérgio Cabral dos. (Orgs.) **Poder Judiciário e Desenvolvimento Socioeconômico**: Obra em homenagem ao XVI CONAMAT. São Paulo: LTr, 2012, p. 12.

¹⁸² CARBONELL, Miguel; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Los derechos sociales y su justiciabilidade directa**. México, D. F.: Editorial Flores, 2014, p. 8-10.

de meras declarações programáticas, mesmo que em tempos de crise.¹⁸³ Assim, eventuais restrições pontuais devem ser precedidas de raciocínio exauriente, de modo a estabelecer uma justificada ponderação entre a necessidade da medida e os efeitos sobre a realidade social. Ademais, cabe ao Estado o ônus de provar a exigência de determinadas condutas no contexto de instabilidade econômica.

Sob outro prisma, é certo que a tradição no cumprimento de direitos humanos contribui para a solidificação dos direitos em cada país. Nas nações da União Europeia, o respeito aos *direitos sociais* é, em regra, maior do que na América Latina e na África, em virtude de um desenvolvimento histórico e da formação de uma cultura de respeito aos direitos da pessoa humana.

De todo modo, a realização dos direitos sociais cria um **círculo virtuoso**. Consoante o respaldado entendimento de Fabrizio Politi:

Os direitos sociais estão buscando a afirmação da igualdade substancial, com vista a tornar efetivo para cada indivíduo o gozo das proclamadas liberdades sob o pressuposto da necessidade de proteger a dignidade do homem que, libertado apenas por necessidades primárias, pode (desfrutar da liberdade e portanto) participar da vida social e política (com a plena afirmação, portanto, também do princípio democrático, que é enriquecido porque quanto mais cada cidadão participar plenamente na sociedade, mais o princípio democrático poderá ser considerado satisfeito e realizado).¹⁸⁴

Como dissemos na introdução à tese, a satisfação de direitos sociais como o trabalho, a educação, a saúde e a moradia geram resultados positivos para todos, melhorando a consciência em geral, a qualidade de vida, e promovendo o desenvolvimento humano.¹⁸⁵ O efeito multiplicador é inegável, repercutindo noutros direitos, como a liberdade e a segurança. O respeito ao trabalho e a satisfação de necessidades básicas implicam melhores condições de atuação na vida política, proporcionando ampliação na participação democrática e reflexos na

¹⁸³ SANCHEZ, Pascual Sala. **La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica**. Valencia: Universitat de Valencia, 2014, p. 69.

¹⁸⁴ POLITI, Fabrizio (2006). Os direitos sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre - RS, ano 6, n. 20, p. 37-65, jul./set. 2012, p. 61.

¹⁸⁵ Para Amartya Sen, o exercício das liberdades dependem de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde). O desenvolvimento, por sua vez, “requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”. (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 16-17)

satisfação pessoal e na cidadania. Assim, uma sociedade que investe na dignidade busca dar acesso a todas as formas de cobertura social e garante as condições mínimas de vida. O Poder Público que possui responsabilidade social cobre todas as situações de vulnerabilidade social. Portanto, “agindo desta maneira, o Estado está obedecendo ao fim maior de uma Nação, que é a garantia da dignidade da pessoa humana como norte embasador da liberdade, igualdade, justiça e bem-comum”.¹⁸⁶

Definitivamente, o Direito não pode estar totalmente separado da Política. É por meio do Direito que as organizações políticas atuam para a melhoria das condições de vida. Nas palavras de Peces-Barba Martínez, “os direitos, com seus valores e princípios, fazem parte do conteúdo de justiça de uma sociedade democrática moderna e têm como escopo contribuir para a realização da máxima humanização de cada pessoa, em qualquer circunstância histórica”.¹⁸⁷ Ainda segundo o autor, os instrumentos jurídicos são usados pelas instituições políticas para favorecer o desenvolvimento da dignidade, a transmissão de cultura e a própria ideia de bem, de virtude e de felicidade. Ou seja, o Direito serve à Política e esta, àquele, ambos com o objetivo comum de promover o bem-estar social e o desenvolvimento humano.

Rememorando as críticas aos direitos sociais referidas por Jeff King, podemos, em síntese, no tocante aos temas não antes tratados, dizer que os autores contrários à justiciabilidade dos DESC sustentam que o reconhecimento desses violaria a separação de poderes, significaria afronta à legitimidade democrática, estaria sujeito a circunstâncias subjetivas de visão e conhecimento por parte do magistrado julgador e ainda significaria uma priorização dos tribunais em detrimento de outras instituições.

As mesmas respostas dadas anteriormente – demonstrando que as críticas sofridas pelos direitos sociais também podem ser atribuídas aos direitos civis – podem ser agora ofertadas em relação a tais alegações. Idêntica legitimidade para se decidir sobre a liberdade de pensamento ou de expressão, sobre a propriedade, segurança ou direitos políticos possui os tribunais ao se referirem às questões de trabalho, educação, saúde ou moradia¹⁸⁸. Entre o papel

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Kátia Cristina Santos de. Direitos sociais como direitos humanos – uma análise a partir do conceito mínimo existencial. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista (Coord.) **Direitos humanos: entre a utopia e a contemporaneidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 282-283.

¹⁸⁷ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba, *Diritto Sociali: Origini e concetto*. Sociologia del Diritto. **Rivista quadrimestrale**, XXVII, n. 1, p. 33-50, 2000, p. 46.

¹⁸⁸ De todo modo, para se chegar a um ideal de legitimidade judicial em nosso país, seria melhor que os juízes fossem eleitos no Brasil, ao menos em relação ao Supremo Tribunal Federal. É o que defende com maestria Antônio Álvares da Silva em seu texto “Eleição de Juízes para o Supremo Tribunal Federal”. O autor defende que “a vantagem da eleição está na publicidade e na visibilidade da escolha”. Ademais, “o juiz eleito não será juiz do partido, mas sim do povo. A eleição e a temporaneidade do mandato o torna independente e livre”. Arremata o eminente Antônio Álvares da Silva: “O Direito não tem elementos para possibilitar ao juiz uma escolha com

das cortes está o de assegurar o cumprimento de todos e quaisquer direitos, e, não havendo diferença conceitual e substancial entre os DESC e os DCP – como antes demonstrado –, motivo não há para se afirmar que os tribunais podem avançar em uns e nos outros não. O que falta, sim, é uma melhor difusão dos direitos sociais e uma maior capacitação em relação às normas internacionais e os seus mecanismos de efetivação. Com toda razão, o que vale inclusive para o Brasil, Nadia de Araujo afirma: “É preciso fazer com que esses temas passem a ser estudados de forma rotineira nos cursos jurídicos e também nas escolas de formação profissional das carreiras jurídicas, como magistratura, ministério público e demais operadores.”¹⁸⁹

Por isso, a presente tese ganha relevância, já que se propõe a servir como instrumento de difusão das normas internacionais e da atuação das cortes, não somente no ambiente acadêmico, mas também para os magistrados brasileiros, a fim de colaborar na preparação destes e de todos os demais membros da comunidade jurídica. Efetivamente, os operadores do direito devem estar abertos a um permanente debate público, calcado num “constante repensar os fundamentos da convivência política, pautada por um ato de respeito às distintas visões de mundo, como marca do caráter inclusivo da cidadania no postulado do Estado Democrático de Direito”.¹⁹⁰

Sem prejuízo da capacitação acima propagada, faz-se necessário, outrossim, para viabilidade jurídica da garantia dos direitos sociais mediante processos judiciais, conforme sustenta Loreci Nolasco, “uma participação mais ativa e dialógica, mediante uma performance processual sofisticada e ética, destinada ao entendimento mútuo, ainda que para tanto se imponham e sofram essa imposição do juiz, limites a ações estratégicas que visem apenas ao êxito na ação”¹⁹¹. Efetivamente, na seara internacional, mormente face ao enfrentamento de questões como a soberania, é imprescindível um diálogo entre as cortes e os países, a fim de se buscar entendimento recíproco e a melhor forma de cumprimento dos direitos. Igualmente, no terreno nacional, é possível empreender uma atuação ativa e dialógica e não mais fria e distante,

elementos estritamente jurídicos. É preciso que tenha arejamento, inteligência e, principalmente, formação política, jurídica e filosófica para que haja equilíbrio e bom senso na decisão que há de tomar” (ÁLVARES DA SILVA, Antônio. Eleição de juízes para o Supremo Tribunal Federal. In: PAULA, Carlos Alberto Reis de; SILVA, Antônio Álvares da (Orgs.). **Ética: justiça e trabalho no século XXI**. Belo Horizonte: RTM, 2013, p. 115-124).

¹⁸⁹ ARAUJO, Nadia de. A influência das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. In: DIREITO, Menezes Alberto Carlos; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. (Coord). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo** – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: RENOVAR, 2008, p. 591.

¹⁹⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 173.

¹⁹¹ NOLASCO, Loreci Gottschalk. O regime jurídico dos direitos sociais. **Revista jurídica UNIGRAN**. Dourados, v. 7, n. 14, p. 153-172, jul./dez. 2005, p. 156.

abandonando-se uma estratégia tradicional, com vistas a uma solução dialogada e, por conseguinte, mais efetiva. Os juízes não podem perder o seu senso crítico, sob pena de se transformarem em “soldados aos quais se impõem uma disciplina que, desprezando a essência dos direitos humanos, serve apenas para revigorar as bases de uma guerra, que é sempre um ato sem razão”.¹⁹²

Ao assumir esse papel desafiador, o Judiciário deve, como bem sustenta Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira em relação ao processo constitucional – mas o que vale também para a atuação das cortes internacionais –, assegurar o contraditório e o devido processo legal. Em suas palavras: “é preciso lembrar que o juiz não está sozinho no exercício das suas atribuições”¹⁹³. Ademais, a atividade jurisdicional deve se realizar “**através de discursos jurídico-processualmente institucionalizados de aplicação jurídico-normativa**”.¹⁹⁴

Ou seja, agindo de forma democrática, dialogada, e respeitando os princípios constitucionais e as normas internacionais, conforme o caso, os tribunais de justiça, sejam internos ou do sistema global, podem atuar para realizar os direitos sociais, contribuindo para a realização da tão desejada igualdade substancial. Em decorrência dessa atuação, com a devida atenção dada a esses direitos, é possível a criação de uma força centrífuga de modo a impactar positivamente nos demais direitos.

1.5 Da indivisibilidade dos "direitos humanos" como característica niveladora dos "direitos sociais" em relação aos "direitos civis e políticos"

A indivisibilidade dos *direitos humanos* foi proclamada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, quando tratou de forma indistinta dos valores liberdade e igualdade e elencou tanto *direitos civis e políticos* quanto *econômicos, sociais e culturais* em seu bojo. De forma expressa, a Proclamação de Teerã, manifestada na Conferência Internacional ocorrida em 1968, adotou a indivisibilidade dos direitos humanos, enunciando a impossibilidade da

¹⁹² MAIOR, Jorge Luiz Souto. O exercício da magistratura: ciência e arte para a concretização dos direitos sociais. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Orgs.) **Contemporaneidade e trabalho: aspectos materiais e processuais** – Estudos em homenagem aos 30 anos da AMATRA 8. São Paulo: LTr, 2011, p. 35.

¹⁹³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Prestação jurisdicional e Estado Democrático de Direito: contribuição para uma compreensão constitucionalmente adequada da jurisdição. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, número 85, p. 103-123, jul. 1997, p. 115.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Prestação jurisdicional e Estado Democrático de Direito: contribuição para uma compreensão constitucionalmente adequada da jurisdição. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, número 85, p. 103-123, jul. 1997, p. 120. Grifo no original.

realização dos DCP sem os DESC (artigo 13). Na mesma linha a Declaração de Viena de 1993 ao afirmar categoricamente que todos os direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados (artigo 5).

Sendo assim, não há qualquer fundamento para uma teoria que vise desqualificar ou rebaixar os direitos econômicos, sociais e culturais. A consideração dos *direitos sociais* como *direitos humanos* leva necessariamente à compreensão de que esses direitos se encontram num mesmo patamar de importância e exigem a mesma proteção que os direitos civis e políticos. Portanto, é necessário abandonar as teorias preconceituosas que minimizam a relevância dos DESC, a fim de colocá-los no seu devido degrau de relevância dentro do contexto histórico atual, mormente porque decorrentes de um processo de evolução da sociedade internacional. Consoante as lições de Sidney Guerra:

Não se pode olvidar que as normas protetivas dos direitos humanos se apresentam com natureza de *jus cogens*, com a conseqüente e progressiva afirmação da perspectiva universalista do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja base axiológica da dignidade da pessoa humana impõe ao Direito Internacional o reconhecimento a todo ser humano, em qualquer parte e em qualquer época, de um mínimo de direitos fundamentais.¹⁹⁵

Assim, para os universalistas, os direitos humanos decorrem da dignidade humana, enquanto valor intrínseco à condição humana. Nessa perspectiva, procura-se albergar o mínimo ético irreduzível.¹⁹⁶ Por mais que se reconheça a pluralidade de culturas, não se pode negar, ao menos, a pretensão de universalidade dos direitos humanos, o que é necessário para a consideração do homem como centro e destinatário da tutela desses direitos.

Nessa trilha, conforme explica Osvaldo Carvalho, perfilha-se uma concepção contemporânea de direitos humanos que abarca tanto *direitos civis* quanto *direitos sociais*, concebidos ambos como unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam. A indivisibilidade dos *direitos humanos* faz com que todos os seus componentes passem a ter a mesma proteção, diante da essencialidade deles à efetivação de uma vida digna. De tal forma, incabível qualquer cisão,

¹⁹⁵ GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

¹⁹⁶ PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 673.

decomposição ou separação desses direitos. Essa interdependência leva a uma conexão que gera uma recíproca dependência. Assim, um direito somente pode alcançar uma eficácia plena com a realização simultânea dos outros. Por conseguinte, para se conceber uma sociedade realmente livre, faz-se necessário garantir o desenvolvimento pleno da personalidade humana por meio da realização dos bens sociais, como trabalho, educação, saúde e moradia. Enfim, somente com o reconhecimento integral de todos *direitos humanos* é “possível assegurar a existência de cada um deles, já que sem a efetividade do deleite dos direitos humanos sociais os direitos humanos liberais (civis e políticos) se reduzem a meras categorias formais”.¹⁹⁷

Portanto, seguindo a linha da indivisibilidade dos *direitos humanos*¹⁹⁸, impõe-se o reconhecimento da *justiciabilidade plena dos DESC*, como medida de coerência dentro do sistema internacional de *direitos humanos*. Sendo esses direitos indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, careceria de qualquer lógica o entendimento que contemplasse a justiciabilidade exclusiva dos DCP, pois seria o mesmo que conferir identidade apenas a um gêmeo siamês, ignorando a existência do outro. Se são indivisíveis e interdependentes entre si todos os *direitos humanos*, torna-se necessário suplantando o entendimento que relega a segundo plano os DESC, elevando-os ao seu devido descansilho.

1.6 Os "direitos sociais" num mundo globalizado

Como último tópico deste primeiro capítulo, trazemos a lume a questão da globalização, pois de crucial importância para a compreensão da humanização do direito internacional. Conforme Baumann enuncia, a “globalização” está na ordem do dia, consistindo numa expressão que se transformou num lema. Ainda conforme o autor, “globalização” é, para alguns, “o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa

¹⁹⁷ CARVALHO, Osvaldo Ferreira. Direitos humanos sociais: dever estatal de promoção e garantia dos direitos sociais e sua concretização judicial. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 77-90, jan./jun. 2012, p. 83 - 84.

¹⁹⁸ Tese acolhida, de forma expressa, pela Corte Europeia de Direitos Humanos que entende não haver uma distinção clara entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Por isso, para o TEDH, todos os direitos humanos são justiciáveis. De tal forma, negar a invisibilidade dos direitos humanos seria falta de realismo, pois a sociedade internacional, através da ONU, tem sustentado essa posição. (MELLO, Celso A. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 14, 2002, p. 58-59)

infelicidade”. Mas é, para todos, “o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira”.¹⁹⁹

Do ponto de vista histórico, segundo Maurício Godinho Delgado, “globalização” ou “globalismo” corresponde à fase do sistema capitalista afluente no último quartel do século passado, caracterizada por “uma vinculação especialmente estreita entre os diversos subsistemas nacionais, regionais ou comunitários, de modo a criar como parâmetro relevante para o mercado a noção de globo terrestre e não mais, exclusivamente, nação ou região”.²⁰⁰

Gonçal Mayos, por sua vez, leciona que a globalização pode se manifestar sob vários aspectos. A globalização econômica pode se revelar no âmbito financeiro, a tecnológica, no terreno da comunicação, assim como a globalização também pode estar propagada no turismo, evidenciada nos riscos epidêmicos e, ainda, caracterizada na circulação dos trabalhadores. De todo modo e de forma geral, a globalização acaba sendo um efeito da ação humana, algo essencialmente humano, algo desejado, ainda que inconscientemente.²⁰¹

Dessarte, esse fenômeno acaba se espraiando por todas as áreas da vida humana, e não poderia ser diferente no Direito. Esse processo de aproximação, que, mais cedo ou mais tarde, acabará por gerar maiores semelhanças e identidades entre os homens, tem como resultado inexorável a consideração da dignidade da pessoa humana como elo entre todos os seres racionais do planeta.

Outra consequência é a necessária ligação entre todos os indivíduos, de forma solidária. Nesse sentido, a realização plena dos *direitos sociais* se torna um compromisso nosso, exigindo um esforço conjunto e universal para que todos alcancem condições mínimas de vida. De tal forma, conforme Nilton Bonder:

Você só poderá ser livre se eu for. Você só será respeitado se eu for. Você só poderá ter segurança pessoal se eu tiver. Você só não será escravo se eu não for. Você só conhecerá a igualdade se eu for um igual. Você só terá liberdade de locomoção se eu tiver. Você só terá liberdade de pensamento se eu tiver. Você só encontrará repouso e descanso se eu encontrar... Enfim, para que eu possa tocar a minha vida com arte, preciso da sua paz, da sua liberdade – seja

¹⁹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 7.

²⁰⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego**: Entre o Paradigma de Destruição e os Caminhos de Reconstrução. São Paulo: LTr, 2008, p. 12.

²⁰¹ MAYOS, Gonçal. Genealogía de la globalización. **Revista Umbral**, Universidad de Puerto Rico, n. 5, p. 51-76, nov. 2011, p. 52-54.

de expressão, de religião, de locomoção, de pensamento etc. Tenho por seus direitos (que também são meus) um interesse profundo.²⁰²

Num mundo globalizado, os *direitos sociais* se realizam dentro de um ambiente de cooperação e de apoio mútuo. Assim, “como o esforço de todos beneficia a cada um, todos devem auxiliar-se ou socorrer-se uns aos outros. Tal auxílio ou socorro é evidentemente tão mais imperativo quanto mais grave a necessidade por que passa o semelhante”.²⁰³ Por isso, os *direitos sociais* são um problema nosso e, como tal, devem ser assegurados pelos tribunais internos e internacionais, a fim de que se alcance o desenvolvimento humano, que não pode ser concebido sem a disseminação de bens essenciais, como o trabalho, a saúde e a educação.

²⁰² BONDER, Nilton. Em busca da Declaração Universal dos Interesses Humanos. In: ALENCAR, Chico (Org.) **Direitos mais humanos**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 60.

²⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 51.

CAPÍTULO II – ARCABOUÇO TEÓRICO-NORMATIVO PROTETIVO DOS DIREITOS SOCIAIS

“Não sou brasileiro / Não sou estrangeiro / Eu não sou de nenhum lugar / Sou de lugar nenhum”

(Titãs)

2.1 Prolegômenos

O filósofo Immanuel Kant conseguiu imaginar, em pleno século XVIII, quando não se podia cogitar, como se pode hoje, de um *direito internacional dos direitos humanos* – apesar das recentes Declarações de Direitos da Virgínia (1776) e do Homem e do Cidadão (1789) naquela época –, um estado de paz entre os homens. Sustentava Kant que os homens viviam, à época, num estado de guerra, pois, conquanto não houvesse uma “explosão das hostilidades”, havia sempre uma “ameaça constante”. E para se instaurar um “estado de paz”, seriam necessárias, pelo menos, três coisas: 1) que as constituições dos Estados fossem republicanas; 2) que o *direito das gentes* se fundasse numa *federação* de Estados livres; 3) que o *direito cosmopolita* se limitasse às condições de *hospitalidade* (direito de ser respeitado em território estrangeiro) universal.²⁰⁴ Explica Bobbio:

Kant sabia muito bem que a mola do progresso não é a calma, mas o conflito. Todavia, compreendia que existe um limite para além do qual o antagonismo se faz demasiadamente destrutivo, tornando-se necessário um autodisciplinamento do conflito, que possa chegar até a constituição de um **ordenamento civil universal**. Numa época de guerras incessantes entre Estados soberanos, ele observa lucidamente que a “liberdade selvagem” dos Estados já constituídos, “por causa do emprego de todas as forças da comunidade nos armamentos, das devastações que decorrem das guerras e, mais ainda, da necessidade de manter-se continuamente em armas, impede, por um lado, o pleno e progressivo desenvolvimento das disposições naturais, e, por outro, em função dos males que daí derivam, obrigará nossa espécie a buscar uma lei de equilíbrio entre muitos Estados que, pela sua própria liberdade, são antagonistas, bem como a estabelecer **um poder comum que**

²⁰⁴ KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Tradução de Bárbara Kistensen. Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006, *passim*.

dê força a tal lei, de modo a fazer surgir um ordenamento cosmopolita de segurança pública.²⁰⁵

O próprio Kant logrou enxergar um avanço no “estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos terrestres”, de tal modo que, como resultado, a violação do direito em um ponto da terra repercutia em todos os demais, surgindo, assim, a ideia de um Direito Cosmopolita, não como representação fantástica nem extravagante, mas como complemento ao código não-escrito do Direito Político e do Direito de Gentes em um “Direito Público da Humanidade”, complementar à paz perpétua, “ao constituir-se em condição para a contínua aproximação a ela”.²⁰⁶

Soraya Nour explica que, até Kant, concebiam-se duas dimensões do direito: o direito estatal (interno de cada Estado) e o direito das gentes (que compreendia as relações estatais e a dos indivíduos de um Estado com os de outro). Kant acrescentou uma terceira dimensão: o direito cosmopolita, ou seja, um direito dos cidadãos do mundo, que considerava cada indivíduo como membro de seu Estado e, concomitantemente, membro de uma sociedade cosmopolita. Nesse contexto, alcançaríamos uma categoria de totalidade sistemática, unindo os Estados, do ponto de vista interno, e os indivíduos em suas relações com os de outros Estados, criando-se uma terceira categoria, ao mesmo tempo nova com sua característica singular e síntese das outras duas. Já pensava Kant que a Terra não seria uma superfície fechada sobre si mesma, sendo inexorável a proximidade espacial entre as pessoas.²⁰⁷ E, no mundo globalizado atual, com muito mais razão.

Nessa esteira, o que se propõe, nesta tese, é a construção das bases para esse “Direito Público da Humanidade”, ou “Direito Cosmopolita”, ou qualquer outro nome correspondente, um Direito que considere o homem como sujeito de direito universal e, apesar das particularidades culturais, compreenda a dignidade humana como um valor pertencente a cada ser humano, independentemente de sua origem ou lugar que habite circunstancialmente. Essa é uma evolução possível, como efeito viável de uma globalização que avança a galope.

Cumprir observar que a própria ideia *kantiana* de dignidade do ser humano proporciona essa condição de “cidadão cosmopolita, isto é, cidadão titular de direitos que devem ser

²⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 136-137 (grifos nossos).

²⁰⁶ KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Tradução de Bárbara Kistensen. Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006, p. 82.

²⁰⁷ NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 54-55.

respeitados independentemente de sua nacionalidade, raça ou crença”. Pode-se afirmar, nesse contexto, reitera-se, que qualquer violação à dignidade individual é sentida pelo restante da humanidade. Assim, “o respeito à dignidade do ser humano se traduz na garantia de direitos que lhe são fundamentais, os direitos humanos, direitos estes que têm uma pretensão de validade universal”.²⁰⁸ Karine Salgado ainda esclarece:

Quando Kant elaborou o seu projeto, ele não levou em consideração a possibilidade de existência de outras figuras de direito internacional que não os próprios Estados e a liga entre eles. O que se viu no século XX, contudo, foi uma proliferação de inúmeros organismos de direito internacional que alteram a estrutura organizacional prevista por Kant e interferem nas próprias relações entre Estados. [A] criação de organizações internacionais que reúnem sob a égide diversos Estados é fator típico, embora não exclusivo, da modernidade. [...] Este fenômeno não foi previsto por Kant ou, ao menos, não foi levado em consideração em seus textos. Embora somente os Estados e a liga dos povos sejam considerados por Kant no âmbito do projeto para a paz perpétua, não se pode considerar o projeto comprometido diante das novas instituições que figuram nas relações internacionais. Não só a atualidade como também a própria efetivação do projeto continuam pertinentes ao contexto contemporâneo. [É] importante observar que Kant sempre idealizou uma organização internacional capaz de solucionar os conflitos entre os Estados de maneira pacífica, segundo o direito, como acontece com os conflitos particulares dentro de um Estado. [...] [A] liga das nações almejada por Kant vem sendo instituída desde a criação da ONU. A estrutura do direito internacional contemporâneo se aproxima, sob muitos aspectos, do direito das gentes de Kant. [...] Conforme Kant havia prescrito, os Estados têm cada vez mais se submetido a um direito internacional, o que não significa um esvaziamento de seu papel, já que eles continuam exercendo a função central nas relações internacionais.²⁰⁹

Assim sendo, o que vamos tratar no presente capítulo envolve justamente a produção normativa levada a cabo por essas organizações internacionais, com enfoque no terreno dos direitos sociais, e tem como pano de fundo a dignidade humana, como um valor vetor, que se espalha por todos os lugares e por todos os seres, e que alcança cada um, independentemente de sua proveniência ou condição social. Passada a Revolução Industrial, e após duas Guerras Mundiais, podemos dizer que, com a criação da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, chegamos próximo de um “Direito Cosmopolita”, como entendia Kant. Inegável que este filósofo lançou as sementes para a concepção dessa situação jurídica vivenciada atualmente. Mas há também muito a fazer e a construir. Por isso, ao final desse capítulo, sugeriremos a junção das produções normativas gestadas no âmbito global e regional, a fim de

²⁰⁸ SALGADO, Karine. **A paz perpétua de Kant**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008, p. 219

²⁰⁹ SALGADO, 2008, p. 203-204.

intentar modelar um sistema universal de proteção dos direitos humanos que considera as situações locais, mas busca uma essência comum de respeito à vida e à integridade humanas.

2.2 Sistemas global e regional de proteção dos direitos sociais

2.2.1 Questões gerais

No capítulo anterior, observou-se que os *direitos sociais* constituem uma realidade na atualidade. Não se configuram como meras quimeras, expectativas de direito, mas, sim, como direitos consubstanciados em normas constitucionais e internacionais. De todo modo, a efetividade desses direitos somente pode se concretizar com uma hermenêutica afirmadora da realidade e perseguidora de sua finalidade, pois a interpretação que não se propõe a acompanhar a evolução histórica joga por terra a construção de um aparato protetivo da pessoa humana no cenário social.

Nessa trilha, propomo-nos, nesse capítulo, a trazer a lume as principais normas asseguradoras dos *direitos sociais*, acompanhadas de uma interpretação que visa preservar os sujeitos de direito, especialmente o trabalhador em âmbito regional e global. Vale também examinar a força das normas internacionais, a fim de rediscutir as formas de salvaguarda possíveis nos mais diversos contextos, incluindo em momentos de crise.

Assim, pretendemos explorar o que se chama de “força vinculante do Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Esse consagrado ramo do Direito Internacional, que será nosso objeto de estudo, doravante, “consiste no *conjunto de direitos e faculdades* previsto em normas internacionais, que assegura a dignidade da pessoa humana e beneficia-se de garantias internacionais institucionalizadas”.²¹⁰ A evolução nas últimas décadas desse ramo do Direito “é impressionante: desde a Carta de São Francisco de 1945 e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, dezenas de tratados e convenções consagraram a preocupação internacional com a proteção de direitos de todos os indivíduos, sem distinção”.²¹¹

²¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos e responsabilidade internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 598.

²¹¹ RAMOS, 2008, p. 598.

Dessarte, mais do que um emaranhado de normas dispersas e esparsas, faz-se mister considerar a normativa internacional como um sistema de proteção que considera as especificidades de cada região, mas que não deixa de mirar objetivos comuns, que são de toda a sociedade global. Ainda que existam nuances de cada parte continental, particularidades culturais, diferenças econômicas e sociais, enxerga-se um tronco idêntico a guiar o intérprete, pois, à medida que se avança o tempo e se amplia a globalização, as identidades também aumentam e as necessidades se aproximam.

Logo, ao enunciar as normas dos sistemas regional e global de tutela dos direitos humanos, objetivaremos elucidar os eixos comuns, proporcionando a identificação da linha contempladora dos direitos sociais de caráter evolutivo. De tal modo, poderemos propiciar uma perspectiva mais consentânea com a realidade vivente, em busca de maior justiça social.

2.2.2 Sistema global

2.2.2.1 Normas emanadas da ONU

A configuração atual das relações internacionais, de modo geral, inicia-se com o fim da Segunda Guerra Mundial e com a assinatura da Carta das Nações Unidas em 1945. Na mesma Carta é criada a Corte Internacional de Justiça, como “principal órgão judiciário das Nações Unidas” (artigo 92)²¹². A nosso ver, o mesmo respeito nutrido pelos países à referida Corte, institucionalizada na mencionada Carta, deve ser observado em relação aos preceitos que ela contém. Isso porque os compromissos assumidos não denotam um discurso vazio, e sim um propósito real de “manter a paz e a segurança internacionais”, conforme dispõe o seu artigo 1º.

Naquele documento também começou a ser desenhado o formato referente às pretendidas condições sociais e econômicas dos países-membros a partir daquele instante. Dispõem, a respeito, os artigos 55 e 56 da Carta das Nações Unidas:

Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no

²¹² A Carta foi incorporada ao nosso ordenamento interno pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. BRASIL. **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas **favorecerão:**

a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;

b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e

c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Artigo 56. Para a realização dos propósitos enumerados no Artigo 55, **todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.**²¹³

Nota-se que ali já se encontra o embrião dos posteriores *direitos sociais*, consagrados noutros documentos subsequentes. Por meio da Carta, as Nações Unidas se comprometeram a agir, em conjunto ou separadamente, em cooperação com a própria ONU, para lograr o objetivo de obter melhores condições de vida e de bem estar, com respeito à igualdade e com vistas ao desenvolvimento econômico e social. Além disso, expressaram o respeito universal e efetivo aos direitos humanos e “também deixou explícito que a proteção dos direitos humanos é um meio importante para assegurar a paz”²¹⁴.

Principia-se ali, então, a interpretação contemporânea a ser dada aos direitos sociais, como parte integrante dos direitos humanos, que requerem uma análise histórica e evolutiva. Se outros preceitos da Carta e de suas Emendas são integralmente observados, como a estrutura dos órgãos da ONU, o funcionamento da Assembleia Geral, do Conselho de Segurança, entre outros, assim também o ajuste feito na Carta em relação ao objetivo de se procurar níveis mais altos de vida, trabalho efetivo, progresso e desenvolvimento também deve ser rigorosamente exigido, refletindo-se, inclusive, na proibição do retrocesso.

Assim, a visão coesa da Carta desafia uma concepção mais vanguardista. Conforme sustenta Cançado Trindade, há hoje um consenso de que a Carta da ONU, felizmente, “não é um tratado como qualquer outra convenção multilateral nem tampouco uma ‘constituição’; é um tratado *sui generis*, a ser interpretado como tal, que dá origem a uma complexa entidade internacional que passa a ter ‘vida própria’”.²¹⁵ Portanto, a Carta tem um papel especial na formação do atual cenário de proteção dos *direitos humanos*.

²¹³ BRASIL. **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 30 set. 2016. Grifos nossos.

²¹⁴ GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 90.

²¹⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das organizações internacionais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 20.

Todavia, é a partir da Declaração de 1948²¹⁶ que se começa a “desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção”²¹⁷. A Declaração Universal da ONU é um marco especificamente, também, em relação aos *direitos sociais*, antes praticamente olvidados nas declarações supranacionais. Desenvolve-se, assim, um processo de universalização desses direitos com um aparato de proteção compartilhado pelos Estados em busca de um consenso para construção de um patamar civilizatório mínimo. Nesse contexto, a participação de organismos internacionais é imprescindível, passando pelas diversas organizações e abrangendo atores estatais e não-estatais.

Nas palavras de Cançado Trindade, a DUDH de 1948 “constitui um ímpeto decisivo no processo de *generalização* da proteção dos direitos humanos [...], permanecendo como fonte de inspiração e ponto de irradiação e convergência dos instrumentos de direitos humanos a nível global e regional”.²¹⁸ A referida Declaração acaba por inovar a gramática dos direitos humanos, introduzindo as características de indivisibilidade e universalidade em seus direitos. Conforme tratado no penúltimo tópico do capítulo I, os *direitos humanos* são indivisíveis, e como tais, a garantia dos DESC é condição *sine qua non* para a realização dos DCP, além de serem interdependentes e inter-relacionados. Além disso, pretendem ser universais, pois clamam pela extensão a todos seres racionais, “sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana”.²¹⁹

Como afirma Antonio Cassese, a Declaração Universal é – e não poderia ser diferente – fruto de várias ideologias, além de ser “*o ponto de encontro e de enlace de concepções diferentes do homem e da sociedade*”²²⁰. Não constitui uma simples “amplificação” de textos nacionais, em nível mundial, mas, sim, uma “adaptação” desses textos num contexto

²¹⁶ Na avaliação de Paul Kennedy, a Declaração Universal de 1948 foi a mais importante aposta jamais feita em favor da prescrição internacional dos direitos humanos e da dignidade humana. Foi qualificada de imediato como a “Carta Magna” da humanidade e traduzida em quase todos os idiomas, assim como foi ainda impressa em único cartaz distribuído nas escolas e bibliotecas de todo o planeta. (KENNEDY, Paul. **El Parlamento de la Humanidad**. Traducción de Ricardo García Pérez. Barcelona: Debate, 2007, p. 237)

²¹⁷ PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 10.

²¹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1.

²¹⁹ PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação dos direitos humanos. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Coord.) **Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 139.

²²⁰ No original: “*el punto de encuentro y de enlace de concepciones diferentes del hombre y de la sociedad*”. (CASSESE, Antonio. **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**. Barcelona: Editorial Ariel, 1993, p. 55)

pluricultural, heterogêneo e dividido. Assim, a DUDH respeita a necessidade de se dirigir a bilhões de pessoas, de várias culturas, religiões e tradições sociais, bem como observa os anseios das instituições políticas diferentes.²²¹

Pode-se ainda dizer que a DUDH é uma “tela palpitante de todos os pronunciamentos jurídicos [...] em prol da melhoria moral, política, religiosa, cultural e material da sociedade humana”. Há mais: “os seus conceitos confirmam a legitimidade de cada matéria discutida com liberdade e com fundamento. Não há no texto uma expressão vazia ou uma superfluidade”.²²² Conseqüentemente, os seus preceitos devem ser respeitados por representarem o desejo das nações de um mundo melhor.

Conquanto se possa discutir a natureza vinculante da DUDH, é certo que o procedimento empregado para se chegar ao consenso obtido na Assembleia Geral de 1948 reveste-a de legitimidade. José Vicente Chust esclarece que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é fruto do trabalho de uma comissão que, através do diálogo, chegou a uma série de conclusões e deliberações, proporcionando legitimidade e validade ao documento em virtude do procedimento utilizado e do respeito internacional à entidade que a promoveu²²³. Portanto, considerando as origens e o processo, a DUDH possui valor considerável nas relações jurídicas internacionais. Segundo as lições de Valério Mazzuoli:

A Declaração não é tecnicamente um *tratado*, pois não passou pelos procedimentos tanto internacionais como internos de celebração de tratados. Seria, *a priori*, somente uma “recomendação” das Nações Unidas, adotada sob a forma de *resolução* de sua Assembleia Geral, a consubstanciar uma ética universal em relação à conduta dos Estados no que tange à proteção internacional dos direitos humanos. Mas apesar de não ser um tratado *stricto sensu*, pois nascera de *resolução* da Assembleia Geral da ONU [...], o certo é que a Declaração Universal deve ser entendida, primeiramente, como a interpretação mais *autêntica* da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais” [...]. Em segundo lugar, é possível (mais que isso, é *necessário*) qualificar a Declaração Universal como norma de *jus cogens* internacional [...]. Para nós, a Declaração Universal de 1948 *integra* a Carta da ONU, na medida em que passa a ser sua interpretação mais fiel, no que tange à qualificação da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais”. Daí o motivo de a Declaração de 1948 ser referida em todo o mundo, ao longo de

²²¹ CASSESE, Antonio. **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**. Barcelona: Editorial Ariel, 1993, p. 55.

²²² ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989, p. 253.

²²³ CHUST, José Vicente Mestre. **Los derechos humanos**. Barcelona: Editorial UOC, 2007, p. 36.

mais de 60 anos de sua adoção, como um código ético universal de direitos humanos.²²⁴

Assim, não se pode desconsiderar o valor da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 no cenário internacional. Há de se conferir algum sentido aos compromissos assumidos pelos países na Assembleia Geral das Nações Unidas daquele ano. *De tal forma, impõe-se uma releitura das Declarações firmadas pelos Estados-membros da ONU, assim como da OIT, para que se possa exigir o efetivo cumprimento das manifestações de vontade expressas pelos atores internacionais no conteúdo dessas Declarações, apesar da forma delas.*

No que tange à justiciabilidade, de fato, não se pode suscitar perante uma corte internacional, de regra, como fundamento único de um direito, um preceito expresso numa declaração. O pedido certamente esbarrará na competência material da corte, que, em geral, somente admite uma demanda se o pleito se fundar em tratado ou convenção. Entretanto, é plenamente possível a utilização de um dispositivo constante de uma norma desprovida de força obrigatória como argumento para decisão em tribunal supranacional. Ou seja, não se pode simplesmente desprezar o estudo das declarações, recomendações e outros instrumentos de força não-cogente, ao fundamento de que são irrelevantes para o estudo dos casos submetidos a tais cortes. Ademais, o conteúdo das declarações acaba ressoando em instrumentos de força cogente, como os pactos, tratados e convenções.

Cumprindo ainda salientar que a DUDH foi adotada em 10 de dezembro de 1948 e contou com a aprovação unânime de 48 Estados e 8 abstenções. Não houve qualquer questionamento ou reserva aos seus preceitos, o que confere à DUDH “o significado de um código e plataforma comum a serem seguidos pelos Estados. A Declaração Universal reflete os parâmetros mínimos para a salvaguarda da dignidade humana, ou seja, o mínimo ético irredutível a ser observado pela comunidade internacional”²²⁵.

Nesse diapasão, apesar da natureza, a Declaração emanada da ONU revela a preocupação e o comprometimento dos Países-membros com diversas questões sociais reafirmadas noutros instrumentos seguintes de maior exigibilidade. Vale, assim, trazer à baila os *direitos econômicos, sociais e culturais* expressos naquele documento: direito ao trabalho, livre escolha de emprego, condições justas e favoráveis de labor, proteção contra o desemprego,

²²⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 953-954. Grifos do autor.

²²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 19.

igualdade de remuneração por igual trabalho, remuneração justa e satisfatória, livre organização sindical (artigo XXIII), repouso e lazer, limitação da jornada e férias remuneradas periódicas (artigo XXIV), direito a padrão de vida capaz de assegurar saúde e bem-estar, incluindo alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, além de segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência, assim como proteção à maternidade e à infância (artigo XXV), direito à instrução, sendo gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais (artigo XXVI), direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios (artigo XXVII)²²⁶.

Nos dizeres de Norberto Bobbio, a Declaração de 1948 contém uma afirmação de direitos que é, concomitantemente, *universal e positiva*:

Universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até contra o próprio Estado que os tenha violado.²²⁷

Assim, esse processo impulsionado com a Declaração está em pleno curso e, cada vez mais, se pode observar a proteção dos indivíduos contra a ação de outros e do próprio Estado, amparada por tribunais internacionais. *Na verdade, a tutela efetiva do cidadão, o que inclui o sujeito trabalhador, quando é o Estado o órgão ofensor, somente se pode dar por meio de um órgão destacado daquele agressor, já que não se pode esperar que sempre se “corte na própria carne”. Daí a importância desse estudo, daí a relevância das cortes, daí a necessidade de se avançar na pesquisa sobre a justiciabilidade.*

Em razão disso, as Declarações de Direitos não devem ser concebidas como meros ideais.²²⁸ Isso porque existe a obrigação dos Estados-membros da ONU de realizarem um

²²⁶ PIOVESAN, Flávia. **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 16-19.

²²⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30.

²²⁸ Segundo Josephk Wronka, existem três tipos de *direitos humanos*: direitos como ideais, direitos normatizados e direitos exercitáveis. Declarações e afirmações de direitos encaixam-se na primeira categoria. São meros objetivos da sociedade. A Declaração Universal de Direitos Humanos serve como exemplo de direito como ideal, apenas enunciado as metas de igualdade e de justas condições de trabalho. (WRONKA, Joseph. **Human rights and social policy in the 21st century: a history of the idea of human rights and comparison of the United Nations Universal**

mínimo existencial, independentemente dos demais compromissos que tenham assumido. Assim, a despeito de ter sido adotada com caráter não-vinculante, houve disposição, à época da DUDH, de se granjear atributo compulsório ao Pacto com mecanismos de exigibilidade. Todavia, esse objetivo somente foi atingido dezoito anos depois, em 1966, com os Pactos de Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Apesar de a fragmentação dar margem a uma ideia contrária à indivisibilidade, nota Guillermo Escobar Roca²²⁹ que os seus respectivos preâmbulos são quase idênticos.²³⁰

Philippe Texier historia que, nos trabalhos preparatórios da Declaração Universal de 1948, não havia prévia intenção de separação dos direitos humanos em dois braços. Ocorreu que, naquele mesmo ano, por meio da Resolução nº 217, a Assembleia Geral das Nações Unidas pediu à Comissão de Direitos Humanos que elaborasse um projeto de Pacto. Todavia, após longas e difíceis negociações, a referida Comissão considerou que os DESC eram bastante complexos para serem inseridos num instrumento que versava sobre aplicação dos DCP, e assim, por proposta do Reino Unido e dos Estados Unidos, foram elaborados dois Pactos, em vez de um. Mediante forte oposição no bloco ocidental, que argumentava o caráter programático dos DESC, houve a divisão, atribuindo-se a este um aparato menos protetor que aos DCP.²³¹

Ainda assim, a ratificação de dois Pactos por quase todos os Estados-membros acabou por recuperar, praticamente, o consenso obtido em 1948. De toda forma, a diferença de grau de vinculação dos Pactos, o que poderia justificar a separação, está superada com o estabelecimento do Protocolo Facultativo ao PIDESC, de 2008, que cria um sistema de exigibilidade semelhante ao PIDCP.²³²

Declaration of Human Rights with United States federal and state constitutions. Lanham: University Press of America, 1998, p. 30) Não obstante esse entendimento, inclinamo-nos ao posicionamento de que as Declarações encerram sérios compromissos daqueles que as celebraram.

²²⁹ ROCA, Guillermo Escobar. *Indivisibilidad y derechos sociales: de la declaración universal a la constitución*. In: BECERRA, Manuel Terol; QUESADA, Luis Jimena (Dir.). **Tratado sobre protección de derechos sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 76.

²³⁰ Em ambos se reconhece, de forma geral, que o ideal do ser humano livre, liberto do medo e da miséria, somente pode ser realizado se forem criadas condições que permitam a cada um gozar tanto dos direitos cíveis e políticos quanto dos direitos econômicos, sociais e culturais, reforçando o que dissemos alhures que não há como pensar em liberdade efetiva sem a realização dos DESC.

²³¹ TEXIER, Philippe. *Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal*. In: **Construyendo una agenda para la justicia de los Derechos Sociales/CEJIL**. San José, Costa Rica: Centro por la Justicia y el Desarrollo Internacional, 2004, p. 13-14.

²³² ROCA, Guillermo Escobar. *Indivisibilidad y derechos sociales: de la declaración universal a la constitución*. In: BECERRA, Manuel Terol; QUESADA, Luis Jimena (Dir.). **Tratado sobre protección de derechos sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 76.

E caso se pudesse discutir a divisibilidade dos direitos humanos pela adoção dos dois Pactos em 1966, a ideia teria caído por terra com a Proclamação de Teerã, em 1968, como já salientado, e que declarou: “sendo os direitos humanos e as liberdades fundamentais indivisíveis, a plena realização dos direitos políticos e civis é impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais”²³³. Anos mais tarde, de forma ainda mais categórica, a Conferência de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera-se, publicou Declaração em que constam em seu artigo 5º os seguintes dizeres, *ipsis litteris*: “Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”.²³⁴

Portanto, a evolução histórica reforça o entendimento de que os direitos sociais são dotados de exigibilidade integral, imediata e real, diferentemente do que se apregoa em diversas obras de cunho liberal e conservador. Em âmbitos global e regional, como se verá, pululam dispositivos amparadores da salvaguarda desses bens jurídicos, o que não implica, entretanto, a sua verdadeira efetividade na prática. De qualquer maneira, assim como a normatividade foi construída ao longo do tempo, a concretude também só pode ser alcançada com a evolução progressiva da compreensão do verdadeiro caráter dos direitos sociais e com avanço na jurisprudência das cortes internacionais.

É importante enfatizar que o PIDESC²³⁵ prevê uma série de direitos sociais, como o direito ao trabalho (artigo 6º), remuneração justa, segurança e higiene no trabalho, lazer (artigo 7º), direito de fundar sindicatos e de se filiar ao sindicato de sua escolha, direito de greve (artigo 8º), previdência social (artigo 9º), proteção à maternidade (artigo 10), entre outros²³⁶. A maior discussão sobre sua aplicabilidade, contudo, reside em seu artigo 2º, que dispõe:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais,

²³³ DIAS, Clarence. **Indivisibilidade**. Tradução de Paulo Fukuhara. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/textos_dh/artigo03.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

²³⁴ CONFERÊNCIA DE DIREITOS HUMANOS - VIENA - 1993. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 30 set. 2016.

²³⁵ Ratificado pelo Brasil em 1992 (BRASIL. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 set. 2016)

²³⁶ Laura Salamero Teixidó adverte para a deficiência dos mecanismos de controle estabelecidos no PIDESC. Enquanto o PIDCP previu a criação do Comitê de Direitos Humanos, o PIDESC não mencionou a instituição de um comitê encarregado em velar pela sua aplicação, e simplesmente previu um sistema de informes que os Estados deveriam remeter ao Secretário Geral que deveria transmitir cópias ao Conselho Econômico e Social para exame conforme o disposto no Pacto. A vagueza do PIDESC a respeito da função de supervisão dos informes proporcionou sérias dúvidas sobre o órgão que deveria se encarregar de fiscalizar o seu cumprimento. Restou claro que o Conselho Econômico e Social sozinho não foi capaz de atender às expectativas. A fim de cumprir esse mister, o referido Conselho criou no ano de 1985 o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que passou a cumprir o papel de fiscalizar e controlar o cumprimento do PIDESC. (TEIXIDÓ, Laura Salamero. **La Protección de los Derechos Sociales en el Ámbito de Naciones Unidas**: El nuevo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2012, p. 25 et seq.)

principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.²³⁷

Isso porque a afirmação de que os Estados Partes adotarão medidas *até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente [...] o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto*, pode levar à interpretação de que as condutas estatais para a observância dos direitos sociais devem ser graduais, o que não se coaduna com a interpretação mais adequada no enfrentamento das questões envolvendo tais direitos. *De outro modo, impõe-se uma leitura diversa, qual seja, a de que os direitos sociais devem ser imediatamente respeitados e que se deve lutar para que estejam, o quanto antes, ao alcance de todos.*

Por exemplo, certos direitos contemplados no PIDESC não demandam qualquer conduta progressiva²³⁸. Em nosso entender, essa imediatidade também alcança os direitos trabalhistas. Salvo a disposição referente à elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar desenvolvimento e o pleno emprego produtivo, de natureza nitidamente progressiva, os direitos laborais constantes do PIDESC podem ser cumpridos e, outrossim, exigidos sem a necessidade de gradualidade. Assim, *verbi gratia*, a não-discriminação salarial, um salário mínimo digno, férias periódicas remuneradas, descanso, lazer, liberdade sindical e o direito de greve são passíveis de exigibilidade inopinada.

Em relação aos direitos que requerem atividade progressiva, ainda assim não se pode enxergar a progressividade como algo indefinido, sem contornos. Ao contrário, é possível estabelecer critérios para o seu emprego. Nessa trilha, defende acertadamente Flávia Piovesan:

²³⁷ BRASIL. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

²³⁸ Os assim chamados “Princípios de Limburgo” também contemplam a aplicabilidade imediata de certos direitos sociais. Esses princípios foram adotados em reunião ocorrida em Maastricht, no ano de 1986, em que participou um grupo de *experts* em direito internacional, convocados pela Comissão Internacional de Juristas, a Faculdade de Direito da Universidade de Limburgo, e por outras instituições, com o objetivo de interpretar o PIDESC. O encontro contou com a participação de membros de 29 países e incluiu organizações, com a OIT, OMS e UNESCO. Consideraram os presentes que os direitos econômicos, sociais e culturais fazem parte do direito internacional dos direitos humanos e que são objeto de obrigações específicas contratadas no contexto de vários instrumentos internacionais (princípio 1). Além disso, manifestaram o entendimento de que os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes (3). A respeito da progressividade, asseveraram que, embora a plena efetividade dos direitos se alcance gradualmente, a aplicação de alguns direitos pode ser imediata, enquanto outros direitos podem se fazer justificáveis ao longo do tempo (princípio 8). Especificamente, entenderam que a proibição contra a discriminação exige plena e imediata aplicação (princípio 22). Cf.: <http://www.cc.gob.gt/ddhh2/docs/Instrumentos/Internacional/Limburgo.pdf>. Acesso em 30. set. 2016.

Da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social, como também de proibição da inação ou omissão estatal, na medida em que é vedado aos Estados o retrocesso ou a inércia continuada no campo da implementação de direitos sociais. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas, voltadas à garantia de tais direitos, cabendo ao Estado o ônus da prova. Isto é, em face do princípio da inversão do ônus da prova, deve o Estado comprovar que todas as medidas necessárias – utilizando o máximo de recursos disponíveis – têm sido adotadas no sentido de progressivamente implementar os direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no Pacto. Outro relevante princípio atém-se ao componente democrático a guiar a formulação e a aplicação de políticas públicas sociais, com destaque à participação, à transparência e à *accountability*.²³⁹

A Recomendação Geral nº 3 do Comitê de Direitos Humanos da ONU deslinda o sentido do artigo 2º do PIDESC. Reconhece que “o artigo 2º é de particular importância para uma total compreensão do Pacto e deve ser examinado como tendo uma relação dinâmica com todas as suas demais disposições”. Ao encontro do que proclamamos antes, assevera: “ainda que o Pacto contemple uma progressiva realização e reconheça as dificuldades derivadas dos limites dos recursos disponíveis, ele também impõe várias obrigações que são de implementação imediata”²⁴⁰. Logo, o falacioso discurso de que os direitos sociais caracterizam-se exclusivamente pela progressividade não deve, de vez, prosperar. A Observação Geral nº 20 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais da ONU também reforça a necessidade de se garantir o exercício de cada um dos direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no PIDESC, sem qualquer discriminação, vedando qualquer conduta que vise anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade dos direitos reconhecidos no Pacto.²⁴¹

O Protocolo Facultativo ao PIDESC²⁴², de todo modo, surgiu na tentativa de se propiciar maior capacidade de verificação de cumprimento dos DESC, por meio do Comitê de

²³⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 245.

²⁴⁰ PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 134.

²⁴¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Observaciones generales**. Disponível em: <https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

²⁴² Adotado pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 2008, tendo entrado em vigor na ordem internacional em 5 de maio de 2013. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx>>. Acesso em: 3 out. 2016)

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Reafirma tal documento a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. Ademais, institui um mecanismo de comunicação ao referido Comitê por pessoas ou grupos de pessoas que se julguem vítimas de algum Estado-Parte no que se refere a qualquer dos *direitos econômicos, sociais e culturais*, sujeitando-se a alguns requisitos de admissibilidade: a) deve ser feita no prazo de um ano após o esgotamento dos recursos internos, exceto se ficar demonstrado que não foi possível realizar a comunicação dentro desse prazo; b) se referir a fatos posteriores à entrada em vigor do Protocolo, podendo ter ocorrido antes desde que tenham continuado após o início da vigência deste; c) a questão não pode ter sido anteriormente examinada pelo Comitê ou noutro processo internacional; d) a comunicação deve ser compatível com as disposições do Protocolo; e) a comunicação não pode ser manifestamente infundada, ou insuficientemente fundamentada, tampouco basear-se exclusivamente em notícias difundidas por órgãos de imprensa; f) a comunicação não pode se caracterizar em abuso de direito; e, por fim, g) deve ser escrita e não pode ser anônima. Para que seja aplicado o Protocolo, o Estado Parte deve declarar que reconhece a competência do Comitê.

Além do PIDESC e do Protocolo Facultativo, outras normas específicas podem contribuir para a tutela dos *direitos sociais*. Especificamente, podem ser mencionadas a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e, ainda, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Convenção Internacional sobre a Proteção de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, entre outros instrumentos internacionais de grande relevância. Essas outras normativas favorecem a salvaguarda inclusive dos direitos dos trabalhadores, vedando a discriminação, protegendo-os contra o trabalho forçado e o trabalho infantil e, também, contra a exploração dos trabalhadores migrantes²⁴³.

Conforme leciona Sidney Guerra, o alto número de documentos internacionais provenientes da ONU em matéria de direitos humanos elevou a dignidade da pessoa humana

²⁴³ Como sustenta Micheline Ishay, “o grande número de documentos internacionais sobre direitos humanos no final do século XX parece sugerir a aparição de uma oportunidade história para a melhoria das instituições supranacionais, em contraposição às organizações internacionais formadas em Estados enfraquecidos. A santidade da fortaleza nacional foi minada fortemente pela globalização da economia mundial, pela comunicação de massa, pelo aumento da crise ambiental, pela explosão demográfica nas regiões mais pobres do planeta, pela difusão irreversível da moderna tecnologia na indústria de armas (inclusive possibilidades de destruição de massa) e pela disseminação de conflitos étnicos e religiosos dentro dos Estados” (ISHAY, Micheline. Introdução. **Direitos Humanos: Uma Antologia – Principais Escritos Políticos, Ensaios, Discursos e Documentos desde a Bíblia até o Presente**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006, p. 45.)

ao rol de “principais interesses da sociedade internacional”. Complementa: “Há, portanto, uma visão de que a sociedade internacional forma um todo e os seus interesses predominam sobre os dos Estados individualmente”²⁴⁴. *Logo, a proteção dos direitos humanos em nível internacional deve ter como mira sempre a dignidade da pessoa humana, sendo que a sociedade internacional deve ser considerada em sua totalidade. Ainda que existam sistemas parciais (regionais), a tutela dos direitos sociais há de ser considerada como uma questão internacional voltada à valorização do ser humano, devendo ser tratada de forma geral e considerando a evolução histórica humana de maneira global e não parcial.*

Se os direitos humanos estão num patamar de igualdade, também a sua efetividade deve ser igual. Ainda que uns direitos impliquem maiores gastos do que outros para o atingimento de sua plenitude, necessário se torna ativarmos o percurso até todos eles. Divergimos, pois, de Guillermo Escobar Roca quando distingue efetividade, exigibilidade e justiciabilidade. Para esse autor, existe uma disputa terminológica quando se trata de *direitos sociais*, entendendo que a indivisibilidade exige igual efetividade, mas, segundo ele, isso não significa que todos os direitos devam contar com idênticas garantias. Afirma que “parece claro que a efetividade de uns direitos se logra melhor com umas garantias que com outras. Quiçá a garantia judicial não seja sempre necessária e do Direito Internacional não se diz com clareza que *todos* os direitos humanos devam ser *igualmente* justiciáveis”²⁴⁵. Ao contrário, entendemos que, se não existe diferença na essência entre os *direitos humanos*, não há também desigualdade no tocante à possibilidade de reclamação de seus direitos componentes.

Portanto, e esse é um dos pontos fulcrais da nossa tese, se os direitos são iguais, nenhuma razão há para dissímil justiciabilidade. Se atualmente não existem mecanismos para a justiciabilidade direta de todos os direitos sociais, não há também dúvida quanto à necessidade de justiciabilidade universal dos direitos humanos, ainda que pela via indireta. Entendimento distinto promove injustificável discriminação e contribui para fazer cambalear os direitos sociais.

²⁴⁴ GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95.

²⁴⁵ No original: “*Parece claro que la efectividad de unos derechos se logra mejor con unas garantías que con otras. Quizás la garantía judicial no sea siempre necesaria y del Derecho internacional no se deduce con claridad que todos los derechos humanos deban ser igualmente justiciables*”. Tradução livre do autor. (ROCA, Guillermo Escobar. Indivisibilidad y derechos sociales: de la declaración universal a la constitución. In: BECERRA, Manuel Terol; QUESADA, Luis Jimena (Dir.). **Tratado sobre protección de derechos sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 76)

2.2.2.2 Normas provenientes da OIT

2.2.2.2.1 Precedentes históricos

Antoine Zarb, em sua obra *Les institutions spécialisées du système des Nations Unies et leurs Membres*, conta-nos que um dos precursores conscientes da necessidade de haver uma proteção eficaz aos trabalhadores e de haver uma regulamentação internacional foi Robert Owen, que defendeu essa tutela já em 1816²⁴⁶. Pouco tempo depois, em 1818, uma ação internacional em favor da proteção legal e internacional dos operários preconizou a criação de uma “Comissão de Trabalho”. A partir desse momento, aos poucos foram se desenvolvendo legislações nacionais de proteção, sobretudo destinadas a regulamentar o labor infantil, feminino e a jornada de trabalho. Em 1866, houve um Congresso Internacional de Trabalhadores, quando foi adotada uma resolução propondo uma legislação internacional sobre trabalho, resolução esta recuperada nos congressos seguintes à Primeira Internacional. Particularmente, em 1897, dois congressos internacionais, um em Zurique (1897), que reuniu os delegados das associações operárias, socialistas e católicas, e outro em Bruxelas (setembro de 1897), incluindo, principalmente, economistas, demandaram a criação de uma legislação internacional sobre trabalho.²⁴⁷

Nesse contexto, durante o Congresso de Legislação Trabalhista de Paris, em 1900, foi criada uma “Associação Internacional pela Proteção Legal dos Trabalhadores”, que tinha como uma de suas missões provocar a reunião das conferências internacionais de trabalho para se garantir a preparação técnica dos governos através de conferências diplomáticas. Em seguida, em 1901, foi instituído o Escritório Internacional do Trabalho, financiado por contribuições voluntárias e subsídios do governo, que proporcionaram a fundação de um centro de estudos e de pesquisas sobre a questão do trabalho. Posteriormente, foi instaurado um Conselho Federal para observar as relações de trabalho. A Conferência Internacional sobre as regulações laborais ocorrida em Berna, em 1906, estabeleceu limitações às jornadas de trabalho, com especial atenção às mulheres, crianças e adolescentes, entre outras medidas. Com o início da Primeira

²⁴⁶ ZARB, Antoine H.. *Les institutions spécialisées du système des Nations Unies et leurs Membres* Paris : Éditions A. Pedone, 1980, p. 7.

²⁴⁷ ZARB, Antoine H.. *Les institutions spécialisées du système des Nations Unies et leurs Membres* Paris : Éditions A. Pedone, 1980, p. 7-9.

Guerra Mundial, foram interrompidas as atividades da Associação²⁴⁸. E, com o seu fim, foi possível a gestação da Organização Internacional do Trabalho, logo após o seu epílogo, em 1919.

2.2.2.2.2 A criação da OIT e a normatização dela advinda

A instituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi prevista na parte XIII do Tratado de Versalhes e denotou “o anseio da sociedade internacional em ver respeitados determinados direitos sociais do trabalhador, o que seria alcançado com a instituição de uma representação que albergasse todos os interesses envolvidos”, tendo, desde sua gênese, uma concepção tripartite, e como alvo permanente a melhoria das condições de trabalho, concebendo este não como uma mercadoria, permitindo-se ainda queixas em relação a eventuais descumprimento de obrigações assumidas pelos seus Estados membros.²⁴⁹ Com a OIT, a “questão social – até então um tema exclusivo da política interna de alguns Estados que haviam iniciado a regulação da relação entre o capital e o trabalho – foi trazida ao centro da agenda internacional no imediato período do pós-conflito armado”.²⁵⁰ É “a mais antiga Agência Especializada das Nações Unidas. É a única com o sistema tripartite de forma igualitária na construção de princípios e regras do direito trabalhistas os empregadores, trabalhadores e governos”, o que revela seu aspecto plural e democrático.²⁵¹

As convenções internacionais emanadas da OIT são consideradas como tratados. Esse regime jurídico de suas convenções está disposto na sua Constituição.²⁵² A Declaração da Filadélfia, adotada em 1944, como anexo à sua Constituição, é considerada um dos mais

²⁴⁸ ZARB, Antoine H.. **Les institutions spécialisées du système des Nations Unies et leurs Membres** Paris : Éditions A. Pedone, 1980, p. 10.

²⁴⁹ GARCIA, Emerson. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos** – Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 19.

²⁵⁰ CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010, p. 26.

²⁵¹ GOMES, Ivanna dos Santos. Atividade normativa da OIT: convenções, recomendações e sua contribuição para o direito internacional do trabalho. In: LAGE, Emerson José Alves; LOPES, Mônica Sette Lopes (Org.). **O direito do trabalho e o direito internacional**, questões relevantes: homenagem ao professor Osiris Rocha. São Paulo: LTr, 2005, p. 114 - 115.

²⁵² LOPEZ, Justo. Libertad sindical. ALVAREZ, Eduardo et al. **Derecho Colectivo del Trabajo**. Buenos Aires: La Ley, 1998. p. 96.

relevantes instrumentos internacionais, sendo interessante observar que ela “serviu de modelo para a Carta das Nações Unidas e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos”.²⁵³

Os princípios fundamentais expressos na Declaração de Filadélfia, de 1944, constituem o sustentáculo de toda a normativa vindoura em matéria laboral. Além disso, os objetivos da OIT e de todos os organismos defensores dos direitos humanos correspondem aos princípios ali enunciados, que sustentam a assertiva de que “o trabalho não é uma mercadoria”. A afirmativa aparentemente singela embasa a defesa do valor trabalho e assegura uma compreensão das relações laborais sob a perspectiva do sujeito trabalhador, com o máximo respeito à sua dignidade. Além disso, outros importantes preceitos estão contemplados em sua principiologia: a liberdade de expressão e de associação, o risco da penúria para a prosperidade geral e a necessidade do esforço internacional, envolvendo empregados e empregadores, visando ao bem comum.²⁵⁴

A Declaração de Filadélfia ainda proclama que a paz, para que seja duradoura, deve se assentar sobre a justiça social. Além disso, anuncia como obrigação da OIT, junto às nações mundiais, a colaboração em programas que objetivem o pleno emprego, a elevação dos níveis de vida, a percepção de salário que corresponda às necessidades básicas do trabalhador, o direito à negociação coletiva, a proteção da saúde dos trabalhadores, a proteção da infância e da maternidade, entre outras medidas necessárias para o desenvolvimento social²⁵⁵. Como se observa, as bases para o progresso social geral encontram-se na harmonia e na melhoria das relações laborais. Encontra-se adequado ainda acrescentar que os princípios da Declaração de Filadélfia são vetores de toda a normatividade juslaboralista e se espraiam por todos os demais instrumentos. Na arguta conclusão de Daniela Muradas:

Enfim, a Declaração da Filadélfia afigura-se como um dos mais importantes diplomas internacionais já produzidos na seara juslaboral, em razão da densificação normativa do princípio justiça social operada internacionalmente, precisando-lhe o sentido e alcance.

Além disso, a Declaração da Filadélfia expressa o sentido histórico da ordem internacional de promover a progressão jurídica das condições sociais dos trabalhadores, à medida que ampliou significativamente o catálogo normativo,

²⁵³ CONSTITUIÇÃO OIT E DECLARAÇÃO DE FILADÉLFIA. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/constitui%C3%A7%C3%A3o-oit-e-declara%C3%A7%C3%A3o-de-filad%C3%A9lfia>>. Acesso em: 30 set. 2016.

²⁵⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT e outros tratados**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 29.

²⁵⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT e outros tratados**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 29-30.

com a consagração de regras e princípios não expressados no documento constitutivo originário da OIT.²⁵⁶

Assim como afirmamos em relação à Declaração da ONU, a Declaração de Filadélfia não pode ser desconsiderada em razão de seu formato, pois enuncia as bases de toda a sistemática normativa juslaboralista, sendo guia interpretativo para outros instrumentos internacionais. Sabe-se ainda que, ao longo de sua história, a OIT publicou dezenas de convenções que possuem força obrigatória para os países que as ratificarem.

Cumprir enfatizar que as Convenções da OIT “destacam-se pela sua força jurídica obrigatória. É a fonte formal do Direito Internacional do Trabalho”. Exsurge, assim, a indispensabilidade do Estado de seguir os seus preceitos em razão de sua adesão a este tipo de tratado multilateral. Essa obrigatoriedade em cumprir a Convenção, por conseguinte, “não fere a soberania estatal, já que o próprio ato de ratificar não é obrigatório”.²⁵⁷ Ademais, vale salientar que, no caso das convenções da OIT, elas se encontram ainda robustecidas pela aprovação e assinatura dos representantes de empregadores e trabalhadores, além dos representantes dos países-membros.

Não convém aqui mencionar todas as convenções da OIT²⁵⁸, por não ser o propósito desta tese, porém cabe citar as *8 Convenções Fundamentais*²⁵⁹, que se relacionarão diretamente com os tópicos a serem analisados no capítulo IV do presente texto. São elas: *a de número 29*, que trata do trabalho forçado e impede que qualquer trabalho ou serviço seja feito mediante ameaça, ao qual foi agregado recentemente o Protocolo nº 29, de 2014, instaurando medidas para se prevenir o trabalho forçado, sobretudo mediante a educação e a informação; *a de número 105*, em que os membros da OIT se obrigam a adotar medidas eficazes para a eliminação imediata e completa do trabalho forçado ou obrigatório; *a 138*, sobre a idade mínima para admissão a emprego; *a 182*, sobre as piores formas do trabalho infantil; *a 100*, que trata da igualdade de remuneração entre homens e mulheres em labor de igual valor; *a 111*, sobre a

²⁵⁶ REIS, Daniela Muradas. **Contributo ao Direito Internacional do Trabalho**: a reserva implícita ao retrocesso sócio-jurídico do trabalhador nas convenções da Organização Internacional do Trabalho. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 182.

²⁵⁷ GOMES, Ivanna dos Santos. Atividade normativa da OIT: convenções, recomendações e sua contribuição para o direito internacional do trabalho. *In*: LAGE, Emerson José Alves; LOPES, Mônica Sette Lopes (Org.). **O direito do trabalho e o direito internacional**, questões relevantes: homenagem ao professor Osiris Rocha. São Paulo: LTr, 2005, p. 121.

²⁵⁸ São dezenas de convenções, sendo a última de número 189, sobre o trabalho decente de trabalhadores e trabalhadoras domésticos.

²⁵⁹ CONVENIOS. Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000::NO>>. Acesso em: 3 out. 2016.

proibição de discriminação em geral em matéria de emprego e ocupação, e, por fim, a *de número* 98, sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva, e a 87, sobre liberdade sindical²⁶⁰.

O nosso objetivo não é anunciar a existência de convenções da OIT, as quais são de conhecimento geral, mas, sim, de buscar sustentar uma interpretação que lhes proporcione uma devida inserção no cenário internacional. O descumprimento das convenções por parte dos Estados-membros²⁶¹ não tem implicado as devidas reprimendas nem tem sido objeto de efetiva responsabilidade governamental. Todavia, faz-se necessário que as cortes internacionais passem a examinar com maior frequência as convenções da OIT, pois são tratados multilaterais de observância obrigatória²⁶². Superada a barreira da justiciabilidade dos direitos laborais pelos critérios a seguir definidos, primeiramente no âmbito global pelo PIDESC e, depois, nos regionais, pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), pelas cartas em vigor na União Europeia e pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), e por outros instrumentos correlatos, o caminho está aberto para análise e utilização das convenções da OIT nas demandas propostas perante as cortes internacionais que tratem das violações aos objetos das referidas normas.

E não só isso. As declarações e recomendações da OIT²⁶³, assim como as observações e solicitações das Comissões de Peritos e do Comitê de Liberdade Sindical precisam ser devidamente respeitadas pelos Estados-membros daquela Organização, como parte do compromisso realizado ao se adotar a Constituição da OIT e de se filiar a esta entidade. Logo, não se pode fazer simplesmente tábula rasa das deliberações tomadas durante as Conferências Internacionais do Trabalho.

²⁶⁰ A única Convenção entre as fundamentais que não foi ratificada pelo Brasil até então.

²⁶¹ Atualmente são 187 Estados-membros. (LISTA POR ORDEN ALFABÉTICO DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA OIT. Disponível em: < <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm>>. Acesso em: 2 out. 2016)

²⁶² Valerio Mazzuoli cita, por exemplo, que “a Convenção Americana não exclui a possibilidade de **leis internas** ou outras **convenções internacionais** ampliarem o seu âmbito material de incidência, a fim de garantir **para mais** os direitos e liberdades nela reconhecidos [...]” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 43, 2013, p. 86)

²⁶³ Valério Mazzuoli esclarece que as recomendações da OIT possuem peculiaridades que as transformam em verdadeiras normas internacionais *sui generis*. Explica: “Ao contrário do que sucede com as demais recomendações conhecidas em Direito Internacional Público, que não criam obrigações jurídicas para os Estados que as adotam, as recomendações da OIT caracterizam-se por impor aos Estados-membros dessa organização internacional certas obrigações, ainda que de caráter **formal**. Tal decorre do estatuído no art. 19, §6º, alíneas b e d, da Constituição da OIT, que **obriga** cada um dos seus Estados-membros submeter a recomendação à autoridade interna competente para que esta, baseando-se na conveniência e oportunidade da recomendação, a transforme em lei ou tome medidas de outra natureza em relação à matéria nela versada” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 43, 2013, p. 88. Grifos do autor)

Entre as declarações proclamadas pela OIT, merece destaque a *Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*²⁶⁴. Nesse documento²⁶⁵, a OIT reafirma a sua convicção de que “a justiça social é essencial para garantir uma paz universal e permanente”. Ademais, declara, textualmente, que “todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição os princípios relativos” aos direitos objeto das oito Convenções fundamentais, que incluem os quatro objetivos estratégicos do trabalho decente, a saber: a) liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Pedro Nicoli explica que a referida Declaração lança “o conceito de ‘*core labour standards*’ (normas fundamentais do trabalho), incorporado pela OIT como um dos pilares nos seus programas de atuação”.²⁶⁶ Acrescenta o referido autor²⁶⁷ duas outras importantes Declarações ao “quadro de análise do objeto contemporâneo do Direito Internacional do Trabalho”: a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social²⁶⁸, cuja versão original de 1977 foi revista em 2000 e em 2006, e ainda a Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Justa, de 2008²⁶⁹. A primeira convida as empresas multinacionais a contribuírem positivamente para o progresso econômico e social, através do esforço para aumentar as oportunidades e os níveis de emprego, inclusive priorizando a estabilidade neste, para coibir a discriminação, investir na formação profissional, cuidar da segurança e da saúde, eliminar o trabalho infantil, respeitar a liberdade sindical e o direito de sindicalização, entre outras condutas. Possui a grande virtude de envolver atores não-estatais na luta pelo *trabalho decente*, chamando-os à responsabilidade para o atingimento dos escopos da Organização. A segunda reafirma os preceitos da Declaração de 1988 e ainda busca estimular

²⁶⁴ Já por nós analisada, sob outro enfoque, na obra “O Trabalho Decente como um Direito Humano”, publicada pela Editora LTr, em 2015.

²⁶⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.** Disponível em: <http://www.ilo.org/public/ednglish/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 3 out. 2016.

²⁶⁶ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Fundamentos de direito internacional social: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2016, p. 105.

²⁶⁷ NICOLI, 2016, p. 104.

²⁶⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social.** Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_211136.pdf. Acesso em: 3 out. 2016.

²⁶⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Justa.** Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/---documents/genericdocument/wcms_336918.pdf. Acesso em: 3 out. 2016.

a promoção do emprego, a ampliação das medidas de proteção social, o incentivo ao diálogo social, e ainda estabelece que os quatro objetivos estratégicos do *trabalho decente* (eliminação do trabalho escravo e infantil, combate à discriminação e garantia da liberdade sindical) são “indissociáveis, interdependentes e se reforçam mutuamente”²⁷⁰.

A compreensão das declarações como simples *soft laws*²⁷¹ não colabora para os avanços necessários ao terreno do Direito Internacional do Trabalho. Isso porque desconsidera o valor delas enquanto expressão das vontades dos Estados-membros e dos demais partícipes na adoção de medidas para realização da justiça social. *Ademais, há de se salientar a natureza tripartite da OIT, que acaba por compromissar também atores não-estatais, que também celebram essas manifestações de vontade, ou seja, se para os Estados existem obstáculos, como da soberania, para os empregados, empregadores e outros atores, não. Isto é, esses atores não-estatais, participantes ativos das decisões da OIT, precisam fazer valer os ajustes assumidos perante essa Organização, para que a.s suas participações façam sentido.*

2.2.3 Sistemas regionais de proteção dos direitos sociais

2.2.3.1 Considerações gerais

Existem em pleno funcionamento hoje os sistemas interamericano, europeu e africano. Apesar de haver um esboço de um sistema árabe²⁷² e a proposta de um sistema asiático, atualmente, eles não possuem relevância suficiente para justificar um estudo separado. De tal forma, limitar-nos-emos à análise dos primeiros três. Cumpre observar que o exame deles se

²⁷⁰ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Justa**. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336918.pdf. Acesso em: 3 out. 2016.

²⁷¹ Ivanna dos Santos Gomes esclarece que: “O *Soft Law* não é considerado propriamente como fonte formal de Direito, ele se apresenta como uma área cinzenta (*grey area*), pois não pode ser sumariamente desprovido de juridicidade internacional, como também não está classificado como uma fonte obrigatória e reconhecida de expressão de Direito Internacional” (GOMES, Ivanna dos Santos. Atividade normativa da OIT: convenções, recomendações e sua contribuição para o direito internacional do trabalho. *In*: LAGE, Emerson José Alves; LOPES, Mônica Sette Lopes (Org.). **O direito do trabalho e o direito internacional**, questões relevantes: homenagem ao professor Osiris Rocha. São Paulo: LTr, 2005, p. 124)

²⁷² Leciona Sidney Guerra que o sistema árabe tem como documentos principais a Declaração Universal Islâmica de Direitos Humanos, de 1981, e a Carta Árabe dos Direitos do Homem, adotada pelo Conselho da Liga dos Estados Árabes em 15 de setembro de 1994, no Cairo, Egito, que carece, todavia, de efeitos jurídicos. Ademais, consoante as lições de Guerra, os direitos humanos, em regra, apresentam-se para os povos árabes como um poder derivado de um poder divino, produzindo situações complexas para alguns segmentos da população, como o das mulheres. (GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 164)

justifica pela intenção de demonstrar que os sistemas, de certa forma, interpenetram-se, pois todos atuam para preservar os direitos dos seres humanos. A “americanidade”, “europeidade” ou “africanidade” são circunstanciais, porém a mesma motivação e a mesma necessidade de tutela dos respectivos cidadãos deve existir em todos os grupos, mormente num mundo globalizado.

Pelas lições de Flávia Piovesan, esses sistemas regionais de proteção “buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais”, o que faz consolidar “a convivência do sistema global da ONU com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos”.²⁷³ Na prática, o que vem ocorrendo é que os sistemas regionais têm proporcionado os maiores avanços na promoção da dignidade humana. A verdade é que “os principais sistemas criados na Europa, na América e, posteriormente, na África mantêm uma relação mais direta com os indivíduos cujos direitos são violados, acolhendo a sua cultura e a sua história na atuação de seus órgãos”.²⁷⁴ Em parte, isso pode ser explicado porque os consensos são mais difíceis de serem obtidos no plano global do que no setor regional.

Dentro desse contexto, passa-se, em seguida, ao estudo dos principais textos normativos existentes nos sistemas americano, europeu e africano. A ordem de análise se justifica porque o sistema americano importa mais a nós, brasileiros, por isso, vem em primeiro lugar. Em segundo, virá a análise do sistema europeu, pelas semelhanças com o nosso, e do qual, em grande parte, o nosso deriva. Por último, o formado mais recentemente e, portanto, o mais incipiente.

2.2.3.2 Sistema interamericano de proteção dos direitos sociais

Conta-nos Scott Davidson que as origens do moderno sistema interamericano remontam à criação da União Internacional de Repúblicas Americanas na Primeira Conferência Internacional dos Estados Americanos, ocorrida em Washington-DC, EUA, entre 2 de outubro de 1889 e 9 de abril de 1890. A União Internacional não era uma organização internacional no

²⁷³ PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação dos direitos humanos. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Coord.) **Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 140.

²⁷⁴ GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Coleção para entender. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 45.

sentido como temos hoje, mas um sistema para facilitar trocas de informações comerciais e resolução pacífica de conflitos entre os Estados-Membros. Em 1910, numa conferência realizada em Buenos Aires, decidiu-se mudar o seu nome para União Pan-Americana. As atuações continuaram prevalentemente no âmbito econômico e essencialmente nas searas não-políticas e não-militares. Até 1938, foram realizadas conferências com a participação dos países-membros sob os auspícios da União Pan-Americana. Entretanto, com o advento da Segunda Guerra Mundial, começaram a surgir consultas sobre questões relacionadas a guerra, paz e segurança. Com o fim da Segunda Guerra, uma conferência especial foi realizada na Cidade do México, com o objetivo de solucionar essas demandas. Em 1945, a ONU assumiu o protagonismo das questões referentes ao término dos conflitos bélicos. Assim, à União Pan-Americana restou um papel secundário nesse ponto. De todo modo, foi realizada uma Conferência no México em que foram reafirmados os conceitos de solidariedade, segurança e autodefesa coletivas entre os países membros, adotando-se o Ato de Chapultepec, que foi transformado, em 1947, no Tratado Inter-Americano de Assistência Recíproca, mais conhecido como “Rio Treaty”. Este Tratado acabou sendo o precursor da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), adotada em Bogotá, na Colômbia, em 1948.²⁷⁵

Nesse contexto, a Organização dos Estados Americanos (OEA) foi criada com o objetivo de alcançar a paz e a justiça, fomentar a solidariedade e defender a soberania, a integridade territorial e a independência de seus membros, conforme dispõe o artigo 1º de sua Carta²⁷⁶. Os propósitos essenciais da Organização dos Estados Americanos estão expressos no artigo 2 do mencionado documento, incluindo a garantia da paz e da segurança continentais, a promoção e consolidação da democracia representativa, o estímulo ao desenvolvimento econômico, social e cultural, e a erradicação da pobreza. Os princípios dos Estados americanos, por sua vez, encontram-se externados no artigo 3 da mencionada Carta, sublinhando-se que a eliminação da pobreza é considerada “parte essencial da promoção e consolidação da democracia representativa e constitui responsabilidade comum e compartilhada dos Estados americanos” (alínea ‘f’), “a justiça e segurança sociais são bases de uma paz duradoura” (alínea

²⁷⁵ DAVIDSON, Scott. **The inter-american human rights system**. Vermont: Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 1-3.

²⁷⁶ Foi posteriormente reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, de 1967, pelo Protocolo de Cartagena das Índias, de 1985, pelo Protocolo de Washington, de 1992, e ainda pelo de Manágua, de 1993.

‘j’) e a “cooperação econômica é essencial para o bem-estar e para a prosperidade comuns dos povos do Continente” (alínea ‘k’).²⁷⁷

O sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos se iniciou, por sua vez, com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na mesma 9ª Conferência Americana de Bogotá, em 1948, antes citada. Em seu preâmbulo, a Declaração Americana proclama que todos os homens nascem livres e iguais em dignidades e direitos e todos devem proceder fraternalmente uns para com os outros. Entre os direitos nela previstos em seus artigos, encontram-se: a proteção à mulher gestante, bem como à criança (artigo VI), o direito à saúde por meio de medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos (artigo XI), direito à educação, inspirada nos princípios da liberdade, moralidade e solidariedade humanas (artigo XII), direito à cultura, incluindo o direito de participar da vida cultural da coletividade, de gozar das artes e de desfrutar dos benefícios resultantes do progresso intelectual e das descobertas científicas, (artigo XIII), direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação (artigo XIV), ao descanso, ao recreio e à oportunidade de aproveitar utilmente o seu tempo livre (artigo XV) e à previdência social, de modo a ter proteção contra o desemprego, a velhice e à incapacidade (artigo XVI)²⁷⁸. Mais uma vez importa considerar que a Declaração não pode ser tida como letra morta, por representar as intenções dos países membros da OEA em relação ao desenvolvimento humano. Ademais, as declarações costumam inspirar outros instrumentos internacionais e também constituições locais.

No âmbito interamericano, impende sobrelevar ainda a Carta da Organização dos Estados Americanos, que constitui as bases da referida Organização. Nesse documento, os Estados-membros da OEA afirmam que estão seguros de que o sentido genuíno da solidariedade americana se fundamenta num regime de liberdade individual e de justiça social, amparados no respeito aos direitos essenciais do homem. Estabelecem como princípios, entre outros, a erradicação da pobreza e a promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural. Outrossim, reafirma o princípio de que a justiça e a segurança sociais formam os pilares para uma paz duradoura. Em seu artigo 12, os Estados-partes declaram que os direitos fundamentais

²⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

²⁷⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

dos Estados não são suscetíveis de menoscabo de forma alguma.²⁷⁹ Consequentemente, os dispositivos normativos que se referem à atuação dos Estados Americanos devem ser interpretados considerando os princípios e as diretrizes adotados pela Carta da OEA, de modo que os direitos fundamentais sejam contemplados em sua máxima efetividade, visto que não podem ser, de forma alguma, diminuídos.

Conforme acentua Bárbara Monduzzi, “a obrigatoriedade de determinada norma depende muito mais do interesse aliado à força de determinado ente estatal ou representante da sociedade internacional do que de um ordenamento internacional instituído”.²⁸⁰ De fato, as normas podem ser respeitadas mesmo se desprovidas de força cogente ou, por outro lado, ser descumpridas ainda que possuam valor obrigatório. A nosso sentir, a disposição em respeitar os compromissos assumidos perante a sociedade internacional, em qualquer documento normativo e em qualquer lugar, deve nortear a atuação dos países.

De qualquer forma, quando se trata de uma convenção, não restam dúvidas quanto à sua exigibilidade para os países que a firmam. E a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)²⁸¹, firmada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, goza, indubitavelmente, desse atributo da obrigatoriedade²⁸². Mas peca, no entanto, pela carência de dispositivos protetivos dos direitos sociais. O único dispositivo que trata dos direitos econômicos, sociais e culturais é o artigo 26, sem falar nos artigos 15 e 16, que permitem albergar direitos sindicais. Todavia, a referida Convenção deve ser interpretada em sua totalidade e em conjunto com outras normas internacionais. É nesse sentido que deve ser realizada a hermenêutica dos *derechos sociales* em âmbito americano.

²⁷⁹ **Documentos básicos em matéria de derechos humanos en el Sistema Interamericano**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 247-283.

²⁸⁰ MONDUZZI, Bárbara Menezes. Cogência e aplicabilidade das normas de direitos humanos. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de (Coordenador e Colaborador). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o Direito Constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 337-348, p. 344.

²⁸¹ Consoante as lições de Ian Brownlie, a Convenção Americana inspirou-se na Convenção Europeia, na Declaração Americana de Direitos do Homem de 1948 e no Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, tendo como resultado um conjunto muito completo de disposições. (BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Tradução de Maria Manuela Farrajota et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 599).

²⁸² Ratificaram a Convenção Americana os seguintes países: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai. Venezuela denunciou a Convenção em 2012, passando a denúncia a surtir efeito em setembro de 2013. Trinidad e Tobago havia denunciado em 1998, valendo a partir de maio de 1999. (SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/index.html#5/z>>. Acesso em: 15 set. 2016).

Ao interpretar a CADH, é importante levar em conta, inicialmente, o disposto em seu artigo 29, que trata do roteiro interpretativo das normas da própria Convenção. Referido dispositivo estabelece que:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.²⁸³

Dessa maneira, qualquer análise limitativa dos *direitos sociais* é proibida pelo artigo 29 da CADH. Ou seja, parte-se do princípio de que a hermenêutica do artigo 26 (único que trata dos *direitos sociais*, sem contar os dispositivos que escudam os direitos sindicais) deve ser a mais ampliativa possível, de modo a evitar qualquer óbice ao gozo e exercício de direito reconhecido de acordo com as leis dos Estados Partes (artigo 29, "b", da CADH), o que significa que devem ser observados e cumpridos os *direitos sociais* previstos nas constituições dos Países-membros. A maior parte dos países da América mantém em seus textos constitucionais dispositivos contempladores desses direitos, o que deve ser rigorosamente respeitado.

Em segundo lugar, o artigo 1º da CADH contempla o compromisso dos Estados-Partes em relação ao respeito aos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, bem como a obrigação de garantir o pleno exercício dos direitos nela previstos, sem qualquer tipo de discriminação. Assim, a interpretação do artigo 1º deve se dar à luz do princípio *pro homine*.²⁸⁴ Ademais, a vedação à discriminação não se atém às pessoas envolvidas, mas também aos próprios direitos que não podem ser relegados a segundo plano, quaisquer que sejam.

Terceiro, dispõe o artigo 2º da CADH que, caso os direitos não estejam assegurados por disposições legislativas, os Estados-Partes devem se comprometer a adotar medidas legislativas que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos, o que elimina a

²⁸³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

²⁸⁴ **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentário. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, p. 669.

possibilidade de se entender a progressividade como algo meramente programático. De tal modo, a omissão estatal em adotar medidas que garantam os *direitos econômicos, sociais e culturais*, por si só, configura uma violação à Convenção, ainda que tal obrigação tenha que ser modulada.²⁸⁵

Um quarto caminho pode ser palmilhado através do artigo 8º da CADH, que estabelece as garantias judiciais. Assim, a recusa em ouvir uma suposta vítima, o obstáculo ao exercício de garantias, a inobservância de prazo razoável para solução das demandas internas pode ensejar uma reclamação à CIDH, inclusive na esfera trabalhista, como dispõe expressamente o artigo 8º, I, do Pacto de San José da Costa Rica. Referindo-se ao mencionado dispositivo, Carlos Vicente Rengifo sustenta: “Mediante o expediente descrito, direitos como os referentes à saúde, à educação, ao trabalho e ao meio ambiente saudável poderiam ser objeto de tutela judicial internacional. Tratar-se-ia de uma modalidade de tutela indireta”.²⁸⁶

Diante desses considerandos iniciais, de que a interpretação do artigo 26 deve se dar com a observância dos artigos 29, 1, 2 e 8 da própria CADH, vamos ao seu texto integral:

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.²⁸⁷

Cumprе salientar, de plano, que a progressividade constante do artigo 26 não pode ser lida como um salvo-conduto aos Estados para que as ações em busca dos direitos sociais se posterguem indefinidamente. Diferentemente, a noção de progressividade implica a obrigação

²⁸⁵ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Comentario. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, p. 670.

²⁸⁶ No original: “*mediante el expediente descrito, derechos como los referentes a la salud, la educación, el trabajo y el medio ambiente sano podrían ser objeto de tutela judicial internacional. Se trataría de una modalidad de tutela indirecta*”. (RENGIFO, Carlos Vicente de Roux. La protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano. In: OS RUMOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 282).

²⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

de avançar do modo mais diligente e eficaz possível até a plena efetividade dos DESC e importa ainda na proibição de regressividade, isto é, na vedação da adoção de medidas de retrocessão²⁸⁸.

Assim, a progressividade deve ser lida de acordo com alguns parâmetros: 1) o Estado não pode se encontrar no *ponto zero*, ou seja, infringe o artigo 26 aquele que não tiver alguma proteção a qualquer direito social; 2) também é vedada a estagnação, pois a progressividade deve ser tida sempre como um *andar pra frente*, ou seja, a recusa em tomar providências ao longo do tempo viola o artigo 26 da CADH; 3) ao adotar alguma medida que constitua um avanço, *não se pode mais retroceder*, salvo se por um motivo plenamente justificado, que busque preservar outro direito humano; 4) o progresso deve ser *proporcional ao desenvolvimento* do País, ou seja, não se pode admitir crescimento econômico sem a devida contrapartida relativa aos direitos sociais; 5) *A progressividade deve ser suficiente*, isto é, o melhoramento deve corresponder ao máximo dos recursos disponíveis pelo Estado²⁸⁹.

No que tange à justiciabilidade, a proibição da regressividade serve como importante canal para o ingresso no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, pois o argumento de retrocesso tem servido à admissão de demandas tanto pela Comissão Interamericana quanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Desse modo, está contemplada a possibilidade de tutela de direitos sociais. Aliás, a proibição de regressividade ainda traz outro mecanismo benéfico, qual seja a necessidade de inversão do ônus da prova em desfavor do Estado. Assim, no caso de adoção de medidas regressivas, cabe ao Estado interessado demonstrar que se justificam as condutas adotadas²⁹⁰.

Outro ponto importante no que tange à interpretação do artigo 26 é o significado da expressão “na medida dos recursos disponíveis”. Comparando a CADH ao PIDESC, este utiliza

²⁸⁸ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Comentario. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, p. 673.

²⁸⁹ A título de exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme nos conta Flávia Piovesan, acatou o princípio da vedação do retrocesso social, enunciando serem insusceptíveis de rebaixamento os níveis sociais já alcançados e protegidos pela ordem jurídica, atuando em múltiplas dimensões. Assim, de um lado, pôde-se destacar seu caráter estático, em que se supõe a efetividade dos direitos sociais já assegurados pela ordem jurídica em perspectiva dinâmica e, de outro, o princípio se referiu à impossibilidade de modificação do *status quo* em sentido negativo, sendo correlato lógico do princípio de progresso da proteção à pessoa humana, com a melhoria das condições sociais, mediante o aperfeiçoamento da ordem jurídica. (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 673)

²⁹⁰ Tal entendimento é reforçado pelo disposto no parágrafo 10 da Observação Geral nº 3 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Observaciones generales.** Disponível em: <https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3>. Acesso em: 2 out. 2016)

os termos “até o máximo de seus recursos disponíveis” quando se refere à obrigação dos Estados de adotar medidas para o pleno exercício dos DESC. Apesar da diferença vocabular – enquanto este usa as palavras “até o máximo”, aquela se serve dos termos “na medida de” –, entendemos que não pode ser conferida outra interpretação a não ser aquela que contemple a máxima efetividade aos direitos sociais.

Realizando uma interpretação histórica, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU esclarece que a frase “até o máximo dos recursos disponíveis” significava a intenção, segundo os redatores do Pacto, de se referir tanto aos recursos existentes dentro do Estado como àqueles postos à disposição pela comunidade internacional, mediante a cooperação e assistência internacionais²⁹¹, ou seja, mais abrangente do que, a princípio, se possa parecer.

Com o propósito de examinar as medidas tomadas pelos Estados Partes, no que tange à progressividade, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (o que vale para todo o sistema global e ainda para os regionais) afirma ser preciso levar em conta os seguintes critérios: 1) até que ponto as medidas adotadas foram deliberadas, concretizadas e orientadas com vistas ao desfrute dos DESC; 2) se o Estado exerceu suas faculdades discricionárias de maneira não discriminatória, e não arbitrária; 3) se a decisão do Estado Parte de não atribuir recursos se ajusta às normas internacionais de direitos humanos; 4) caso existam várias opções em matéria normativa, se o Estado se inclinou para a opção que menos limitava os direitos reconhecidos no Pacto; 5) o marco cronológico em que se adotaram as medidas; 6) se as medidas consideraram a situação precária das pessoas e dos grupos menos favorecidos e marginalizados, e se foram dadas prioridades às situações graves ou de risco.²⁹²

Julieta Rossi e Victor Abramovich²⁹³ chamam atenção para duas posições que lhes parecem incorretas em relação à interpretação do artigo 26 da CADH: *uma* que a considera não operativa, limitando-o a uma simples expressão de objetivos programáticos não-justiciáveis, e *outra* que, por outro lado, pretende converter o artigo numa varinha mágica para a solução de todos os problemas de justiciabilidade em relação aos DESC. Rebatem, então, o extremo que desconsidera entender a progressividade como uma exigência de gradualidade e de não-

²⁹¹ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Comentario. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, p. 675.

²⁹² CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Comentario. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, p. 675-6.

²⁹³ ROSSI, Julieta; ABRAMOVICH, Victor. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **Revista Estudios Socio-Jurídicos**, p. 34-53, abril, año/vol. 9, número especial, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia, p. 37-48.

regressividade e que toma o dispositivo no sentido meramente principiológico não vinculante para ação futura dos Estados e o outro extremo que enxerga direitos implícitos ignorados na deliberação dos países que a firmaram.

Mas existe um sentido na existência do artigo 26 da CADH que não pode ser desprezado. Realizando-se uma construção um pouco complexa, mas não sem solidez, o referido dispositivo pode servir como mecanismo de proteção dos DESC para a sua tutela judicial internacional. Traçando-se um itinerário desde a Carta da OEA, passando pela Declaração Americana e pelo Protocolo de San Salvador, pode-se recorrer ao citado artigo 26 para a tutela dos *direitos sociais*.²⁹⁴ Ademais, a compreensão do texto deve observar o contexto atual e a necessidade de consolidar a justiça social, fundada no respeito aos *direitos humanos*, conforme estabelece o Preâmbulo da CADH.

Assim, por meio de uma leitura adequada, o artigo 26 serve como porta de entrada para os *direitos sociais* na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse ponto, ater-nos-emos aqui à interpretação da norma, sendo que, no capítulo seguinte, entraremos na análise das decisões que envolvem tais direitos, mencionando as que utilizam o citado dispositivo convencional. Cumpre esclarecer que a justiciabilidade dos *direitos sociais* pode se dar por via direta pelo artigo 26, mas também é possibilitada pela incidência de outros artigos da CADH, pelo caminho lateral. Por conseguinte, os *direitos sociais*, incluindo os trabalhistas, podem ser protegidos se atados a outros direitos previstos na multicitada Convenção. Por exemplo, o direito à vida e à integridade pessoal constantes nos artigos 4º e 5º da CADH, respectivamente, podem servir como escudo para a proteção do direito à saúde, o artigo 6º, da proibição da escravidão e da servidão como bastião para o trabalho livre, o artigo 11, da proteção da honra e da dignidade para o trabalho digno, que não ofenda a honra, a intimidade e a dignidade do trabalhador, entre outras hipóteses.

Sem rodeios, Laurence Burgorgue-Larsen e Amaya Úbeda de Torres chegam a dizer que os direitos civis e políticos acabam sendo o “cavalo de Tróia” do juiz para construir, a partir deles, uma proteção “pretoriana” dos DESC. Dessa forma, o artigo 26 acaba sendo relegado a um segundo plano na construção da jurisprudência da Corte IDH. Assim, dá-se margem à

²⁹⁴ RENGIFO, Carlos Vicente de Roux. La protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano. In: **Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 284.

justiciabilidade indireta, como consequência do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos.²⁹⁵

De toda forma, ainda que de maneira esparsa, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem aceitado a justiciabilidade do artigo 26 da CADH. Todavia, outros aspectos desse preceito convencional precisam ser analisados: a) quais direitos estão protegidos por esse dispositivo?; b) quais tipos de obrigações derivam de tais direitos? c) que implicações tem o princípio da progressividade?²⁹⁶ Acerca da progressividade, discorreremos à exaustão anteriormente. No entanto, a primeira e a segunda questões ainda estão em aberto no campo regional.²⁹⁷ Não há dúvidas de que os direitos ao trabalho, à saúde e à educação, pelo menos, podem ser albergados pelo que se pode inferir do artigo 26 (em seus termos, os Estados-Partes se comprometem a adotar providências para alcançar “a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura”). Da mesma maneira, as obrigações decorrentes ainda precisam ser estabelecidas. Porém, alguns critérios já podem ser especificados. Por exemplo, a discriminação no tratamento a qualquer direito está sempre protegida. Ou seja, fornecer educação a apenas alguns por motivo discriminatório dá azo à ação judicial. Além disso, reduzir o nível dos direitos, como já vimos, também propicia uma atuação jurisdicional. Portanto, mecanismos existem para dar concretude ao multicitado artigo 26 da CADH.

A Convenção Americana de Direitos Humanos também proporciona a defesa da liberdade sindical, por meio do disposto em seus artigos 15 e 16, que albergam o direito de reunião e a liberdade de associação, respectivamente. O artigo 15 assegura o exercício do direito de reunião pacífica e sem armas, permitindo apenas as restrições necessárias numa sociedade democrática, em razão de interesses da segurança nacional, da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral públicas. Por sua vez, o artigo 16 garante o direito de associação livre,

²⁹⁵ BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. **Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Pamplona: Thomson Reuters, 2009, p. 65.

²⁹⁶ CARBONELL, Miguel; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Los derechos sociales y su justiciabilidade directa**. México (D.F.): Editorial Flores, 2014, p. 111.

²⁹⁷ No plano internacional, Cañado Trindade identifica “como elementos justiciáveis, por exemplo, do direito à educação, a própria liberdade em matéria educacional, o direito de acesso – sem qualquer discriminação – às instituições educacionais públicas, e o direito à educação primária (obrigatória) gratuita, - elementos estes que não só formam objeto da jurisprudência internacional sob os tratados de direitos humanos mas também já têm sido aplicados no ordenamento jurídico interno de muitos países. Outra ilustração é fornecida pelo direito à saúde, - sobretudo em seus aspectos atinentes à não-discriminação e ao devido processo legal, - tido como justiciável por já ter sido aplicado por tribunais e órgãos de supervisão [...] E o direito à moradia adequada tem se mostrado passível de tratamento judicial em áreas distintas (geralmente ligadas às chamadas ‘forced evictions’, ou à discriminação no acesso à moradia, ou a condições inadequadas de moradia ou a falta desta última [...]” (TRINDADE, Antônio Augusto Cañado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991, vol. I, p. 382).

inclusive para fins laborais, com praticamente as mesmas limitações do direito de reunião, além das restrições subjetivas aos membros das forças armadas e das polícias.²⁹⁸ Ainda no tocante à proteção ao trabalho, a CADH veda o trabalho forçado em seu artigo 6.

Para superar de vez a acusação de baixa densidade normativa e de falta de especificação quanto ao conteúdo dos *direitos sociais* por parte da CADH, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mais conhecido como “Protocolo de San Salvador”²⁹⁹, veio minimizar as dificuldades na justiciabilidade dos DESC. Dessa forma, o sistema interamericano passou a dispor de um instrumento normativo dotado de indiscutível exigibilidade e de considerável especificidade para tutelar os *direitos sociais*, inclusive os laborais, em seu âmbito.

No preâmbulo do “Protocolo de San Salvador”, os Estados-Partes reafirmam o propósito de consolidar no Continente, dentro do quadro de instituições democráticas, um regime de liberdade e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos. Além disso, observam uma estreita relação entre os *direitos econômicos, sociais e culturais* e os *civis e políticos*, sendo que suas bases encontram-se no reconhecimento da dignidade da pessoa humana e, por isso, exige-se a sua tutela e promoção permanente. Consideram ainda que os *direitos econômicos, sociais e culturais* vêm sendo reconhecidos em instrumentos internacionais pretéritos, tanto de âmbito universal quanto regional. Entre os direitos nele previstos, sobretudo na parte social e cultural, podemos destacar a obrigação de não discriminação (artigo 3), o direito à saúde, entendida esta como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social (artigo 10), direito à alimentação (artigo 12), direito à educação (artigo 13) e o direito aos benefícios da cultura (artigo 14).³⁰⁰

Relativamente ao direito ao trabalho, o Protocolo de San Salvador veio assegurar o desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita, por parte do trabalhador,

²⁹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 362-363.

²⁹⁹ Adotado na cidade de São Salvador, em El Salvador, no ano de 1988, foi ratificado pelo Brasil em 1996. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Protocolo de San Salvador**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em: 2 out. 2016)

³⁰⁰ **Documentos básicos em matéria de derechos humanos en el Sistema Interamericano**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 79-90. Conforme Manuel Robles, o Protocolo de San Salvador veio preencher um vazio histórico deixado pela Convenção Americana de Direitos Humanos em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais. (ROBLES, Manuel E. Ventura. Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 550).

de forma a oportunizar os meios para uma vida digna e decorosa, além de externar o compromisso dos Estados em relação ao pleno emprego (artigo 6º). De maneira assaz detalhada, o referido Protocolo dispôs acerca das medidas legislativas a serem tomadas pelos Estados a fim de proporcionar condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho: a) remuneração mínima que garanta subsistência digna e decorosa sem discriminação; b) direito do trabalhador de seguir sua vocação e de trocar voluntariamente de emprego; c) direito à promoção; d) estabilidade no emprego; e) segurança e higiene no trabalho; f) proibição de trabalho noturno, insalubre ou perigoso para menores de 18 anos; g) limitação da jornada de trabalho; h) repouso, gozo do tempo livre, férias e feriados nacionais remunerados (artigo 7º). Dedicou o artigo 8º aos direitos sindicais, estabelecendo que os trabalhadores possuem direito de organizar sindicatos e de se filiarem aos de sua escolha e de permanecerem filiados, bem como resta permitido aos sindicatos a formação de federações e confederações, assim também de formar organizações sindicais internacionais, além de constar expressamente o direito de greve.³⁰¹

Conquanto tenha contemplado rol extenso de direitos, o Protocolo de San Salvador prevê expressamente a aplicação do sistema de petições individuais à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos apenas ao artigo 8º, alínea ‘a’ (liberdade sindical), e ao 13 (direito à educação), conforme disposto em seu artigo 19, 6:

Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado-parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.³⁰²

Em razão dessa suposta limitação, assevera Juana Kweitel ser controversa a avaliação do referido Protocolo, pois de um lado elenca “com maior precisão o conteúdo dos direitos reconhecidos e as obrigações dos Estados”³⁰³ e de outro restringe as matérias alegáveis perante o sistema interamericano mediante petições individuais. Todavia, apesar dessa aparente

³⁰¹ PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 1.323-1.324.

³⁰² PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 1.328.

³⁰³ KWEITEL, Juana. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988) Protocolo de San Salvador. In: PIOVESAN, Flávia. **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 1.330.

dicotomia interna, a leitura mais adequada do Protocolo de San Salvador leva à conclusão de que inexistente restrição tão aguda às demandas, limitando-se-as tão somente às violações à liberdade sindical e ao direito à instrução. Pelo prisma da justiciabilidade direta, é possível que haja alegação nesse sentido, contudo é possível, pelo caminho da justiciabilidade indireta, aceder à Corte Interamericana de Direitos Humanos e ter o direito albergado pelo disposto no Protocolo de San Salvador, mesmo que noutro dispositivo que não os artigos 8, 'a' e 13.

Portanto, os diversos textos normativos interamericanos proporcionam a justiciabilidade indireta dos direitos sociais, sobretudo com a utilização dos diversos dispositivos citados da CADH e do Protocolo de San Salvador, o que não afasta a possibilidade de se defender a justiciabilidade plena e direta desses direitos, seja por força dos artigos 6, 15, 16 e 26 da CADH, seja no Protocolo de San Salvador por aqueles países que o firmaram, de forma ampla e não com as limitações de seu artigo 19, 6.

2.2.3.3 Sistema europeu de proteção dos direitos sociais

Se existe desafio à justiciabilidade direta dos *direitos sociais* no âmbito do sistema interamericano, mais ainda no sistema europeu. Isso porque a Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, adotada na Europa, em sua redação original, não contemplava expressamente qualquer direito social. Não obstante, e por mais paradoxal que pareça, a atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), com sede em Estrasburgo (França), tem sido satisfatória e, por conseguinte, a efetividade dos *direitos sociais* tem sido assaz significativa no palco europeu, como se verá no próximo capítulo da tese. Tal fato se explica também pela justiciabilidade indireta, que permite a entrada dos casos no referido tribunal e o julgamento do mérito das ações.

Efetivamente, a chamada Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) foi adotada em Roma, em 1950³⁰⁴, e contempla uma série de direitos, como o direito à vida (artigo

³⁰⁴ A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi modificada por quatorze protocolos até o momento. Os Protocolos de Emenda, sujeitos às ratificação de todos os Estados-membros, são os de número 3, 5, 8, 11 e 14. Os Protocolos adicionais, que incluem direitos não garantidos previamente na Convenção e obrigam somente os que forem ratificados, são os Protocolos de números 1, 4, 6, 7, 12 e 13. Os Protocolos 9 e 10 são também adicionais, mas não têm caráter substantivo, pois não acrescentam novos direitos ao catálogo já reconhecidos pela Convenção. O primeiro deles se refere unicamente à legitimação ativa perante o Tribunal, e o segundo, à maioria requerida pelo Comitê de Ministros em condição de adotar uma decisão definitiva e vinculante acerca de se houve ou não violação da Convenção nos casos em que o assunto não tiver sido colocado perante o Tribunal. Finalmente, o Protocolo número 2 atribuiu jurisdição consultiva ao Tribunal a fim de que o Comitê de Ministros do Conselho de

2º), a proibição da tortura (art. 3º) e do trabalho forçado (4º), o direito à liberdade e à segurança (5º), o direito a um processo equitativo (6º), o direito ao respeito pela vida privada e familiar (8º), a liberdade de associação (11), a proibição de discriminação (14), entre outros. Como salientado, inexistente dispositivo que preveja expressamente a tutela de um direito social, salvo o disposto no artigo 2º do Protocolo nº 1, de 1952, portanto posterior à Convenção, mas que integra o sistema e assegura o direito à instrução, além da proteção à liberdade sindical, contemplada, de certo modo, no artigo 11 da Convenção, que trata da liberdade de associação em geral. De todo modo, pela rota oblíqua, os *direitos sociais* vêm sendo assegurados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por diversas vias, como na proteção à vida, proibição do trabalho forçado, respeito à vida familiar e, inclusive, no campo das indenizações trabalhistas, pela garantia de um processo com prazo razoável.

No tocante ao direito do trabalho, de forma expressa e direta, a liberdade sindical resta protegida, como dito acima, pelo artigo 11 da mencionada Convenção. Tal dispositivo assegura a liberdade de reunião pacífica e a liberdade de associação, incluindo o direito de fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa de seus interesses. Dispõe ainda a Convenção que o exercício desse direito somente pode ser objeto de restrição no caso de exigências de segurança, defesa da ordem, prevenção de crime, proteção da saúde ou da moral, além da necessidade de tutela de direitos e liberdade de terceiros. No aspecto subjetivo, permite restrições aos membros das forças armadas, da polícia e da administração estatal.³⁰⁵

M^a Reyes Pérez Alberdi confirma que, na jurisprudência ditada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), sediado em Estrasburgo, os *direitos sociais* vêm sendo tutelados pela faceta dos chamados *direitos de liberdade*. O artigo 11 da Convenção Europeia, por exemplo, que reconhece a liberdade de associação e o direito de reunião pacífica, abarca a liberdade de fundar sindicatos para a proteção dos interesses dos trabalhadores, como acima destacado. E o TEDH tem evoluído seu entendimento para admitir tanto uma dimensão positiva (que inclui o direito de fundar associações) quanto a dimensão negativa (que abrange o direito de não filiação e coíbe as condutas antissindicais). No que tange ao direito à educação, as decisões do TEDH têm sido pontuais, porém espera Pérez Alberdi, com o que concordamos veementemente, que a compreensão do direito ganhe uma dimensão muito maior, servindo de

Europa possa formular ditames sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção ou de seus Protocolos. ([Prontuario de Jurisprudencia Social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Antonio V. Sempere Navarro \(Director\). Lourdes Meléndez Morillo-Velarde \(Coordinadora\). Pamplona: Editorial Aranzadi, 2009.](#), p. 115-116).

³⁰⁵ PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 1.437.

base para se entender que a proibição ao trabalho infantil encontra-se implicitamente proibida no conteúdo do direito à educação.³⁰⁶

Leciona Cançado Trindade que, paralelamente à Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), foi adotada, em 1961, a Carta Social Europeia, incorporando direitos econômicos e sociais. Complementa:

Deduz-se dos trabalhos preparatórios desta última, aos quais se associou a OIT, que apesar da vinculação e do caráter complementar dos dois tratados, a celebração de ambos, consagrando mecanismos de implementação distintos para as duas “categorias” de direitos, alimentou a convicção de que seria difícil assegurar a aplicação dos direitos econômicos e sociais mediante um controle judicial ou quase-judicial comparável ao previsto pela Convenção Europeia de 1950.³⁰⁷

Além da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e da Carta Social de 1961, encontramos, no âmbito da União Europeia, outros importantes documentos de defesa dos direitos humanos: 1) a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em dezembro de 2000; 2) a Diretiva 2000/43CE do Conselho da UE, de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, protegendo, portanto, contra a discriminação; 3) a Resolução do Parlamento Europeu sobre o respeito aos Direitos do Homem na União Europeia (1997); e 4) a Resolução do Conselho e dos representantes dos governos dos Estados-membros relativa à luta contra o racismo e a xenofobia (1990).³⁰⁸

É importante ainda salientar que o sistema europeu possui uma particularidade. Diferentemente do sistema americano, em que os blocos regionais estão praticamente sem força, como no caso do Mercosul, e não possuem órgãos jurisdicionais ativos, a União Europeia³⁰⁹ se submete a outro tribunal, além do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

³⁰⁶ ALBERDI, M^a Reyes Pérez. La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. TRATADO SOBRE PROTECCIÓN DE DERECHOS SOCIALES. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 320-323.

³⁰⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991, vol. I, p. 356.

³⁰⁸ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 164.

³⁰⁹ Valerio Mazzuoli esclarece que a União Europeia atualmente se encontra regida por vários instrumentos jurídicos: o Tratado de Lisboa, o Tratado da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, além de trinta e sete protocolos adicionais e mais a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Trata-se, assim, de um modelo bastante avançado de interpretação, superior até mesmo ao modelo confederativo. Porém, não se pode dizer tratar-se de um Estado Federal, eis que a sua regência se faz por meio de Tratados, e não

(TEDH), que é o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), com sede em Luxemburgo, conforme se examinará, mais detalhadamente, adiante. E, como base normativa, este observa, entre outros instrumentos normativos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Esta, por sua vez, contempla gama maior de direitos, pois, além das proteções mais comuns, como a tutela da vida, da integridade, proibição de tortura e de trabalho escravo, a Carta da União Europeia prevê expressamente o direito à educação no artigo 14º, o direito ao trabalho no 15º, a proteção contra despedida sem justa causa no 30º, proibição do trabalho infantil 32º, proteção da saúde 35º, além de outros.³¹⁰

Entende Sidney Guerra que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia representa grande avanço na salvaguarda dos direitos humanos fundamentais ao prever expressamente os direitos econômicos e sociais. Nesse diapasão, a mencionada Carta constitui “o mais ambicioso texto sobre os direitos humanos no velho continente por abarcar os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, representando a síntese dos valores comuns dos Estados-membros da União Europeia”.³¹¹

Cumpra ainda salientar que o Tratado da União Europeia³¹² confirma, em seu preâmbulo, a adesão aos direitos sociais fundamentais conforme definido na Carta Social Europeia firmada em Turim, em 1961, e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989. Além disso, destaca a solidariedade entre os povos, dentro do respeito à história, à cultura e suas tradições. O referido Tratado ainda afirma reconhecer os direitos, liberdades e princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais

por meio de uma Constituição propriamente dita. De toda forma, a “União Europeia é, atualmente, a *única* organização supranacional existente, o que é devido ao fato de estar dotada de um poder *superior* ao das autoridades estatais dos seus respectivos Estados-membros. Na supranacionalidade, os Estados transferem parte de suas competências legislativas para um órgão supranacional que, de acordo com um princípio de competência por atribuição, aprova regulamentos e diretivas que se aplicam uniformemente (e com primazia) em todo o espaço da União Europeia. [...] Tais características somadas dão à União Europeia uma especial força normativa e um papel de destaque no cenário mundial, na medida em que se situam como a única a deter o *status* de organização supranacional atualmente” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 707-710).

³¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da união europeia**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016.

³¹¹ GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 143.

³¹² Adotado em Maastricht, em 7 de fevereiro de 1992, e entrou em vigor em 1º de novembro de 1993. Revisado pelos Tratados de Amsterdã, de 2 de outubro de 1997, e de Niza, de 26 de fevereiro de 2001. A última revisão se deu pelo Tratado de Lisboa, adotado em 13 de dezembro de 2007, e que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009. (TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, TRATADO DE FUNCIONAMIENTO Y OTROS ACTOS BÁSICOS DE LA UNIÓN EUROPEA. Vigésima edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2016).

da União Europeia, enunciando expressamente que esta **terá o mesmo valor jurídico que os tratados**.³¹³

Verifica-se, assim, que o sistema europeu de proteção dos direitos sociais encontra-se integrado e fortemente respaldado pelo Tratado da União Europeia (TUE) e pelos demais documentos regionais. No âmbito laboral, o respeito aos trabalhadores encontra-se fortemente amparado nas diversas normas, incluindo o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). A proteção ao trabalhador migrante encontra-se assegurada no artigo 45 deste Tratado, que assegura a livre circulação de obreiros dentro da União Europeia, protegendo-os de qualquer tipo de discriminação e limitações, salvo as justificadas por razões de ordem pública.³¹⁴

Pedro Gómez Caballero e Mercedes Zarzalejo Carbajo esclarecem que a livre circulação de trabalhadores regulada pelo TFUE deve ser concebida como uma “concretização do direito geral reconhecido aos cidadãos da União Europeia de circular e residir livremente no território dos Estados membros”.³¹⁵ Na realidade, a livre circulação consiste num direito subjetivo que inclui, mas também transcende, o direito do trabalhador, tornando-se um princípio de organização do mercado, que permite a entrada, residência e trabalho em qualquer país da União Europeia. Abrange ainda o direito dos trabalhadores da UE de ter as mesmas condições de emprego do que os nacionais, inclusive no que toca ao salário e às demais questões envolvendo o trabalho.³¹⁶

A Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989³¹⁷, reforça ainda mais essa preocupação da UE com a tutela dos *direitos sociais*, incluindo os laborais. Em primeiro lugar, a Carta assegura o direito à livre circulação dos trabalhadores da Comunidade Europeia em todo seu território, salvo limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança e saúde públicas. Depois, defende a liberdade de escolha e de

³¹³ TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, TRATADO DE FUNCIONAMIENTO Y OTROS ACTOS BÁSICOS DE LA UNIÓN EUROPEA. Vigésima edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2016, p. 43-49.

³¹⁴ TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, TRATADO DE FUNCIONAMIENTO Y OTROS ACTOS BÁSICOS DE LA UNIÓN EUROPEA. Vigésima edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2016, p. 109-110.

³¹⁵ No original: “[...] concreción del genérico derecho reconocido a los ciudadanos de la Unión Europea de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”. Tradução livre do autor. (CABALLERO, Pedro Gómez; CARBAJO, Mercedes Zarzalejo. La libre circulación de los trabajadores. Los desplazamientos temporales de los trabajadores. **Manual de Derecho Social de la Unión Europea**. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 86).

³¹⁶ CABALLERO, Pedro Gómez; CARBAJO, Mercedes Zarzalejo. La libre circulación de los trabajadores. Los desplazamientos temporales de los trabajadores. **Manual de Derecho Social de la Unión Europea**. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 86-87.

³¹⁷ Adotada pelos Chefes dos Estados-membros da Comunidade Europeia reunidos em Estrasburgo, em 9 de dezembro de 1989.

exercício profissional e dispõe que os empregos devem ser remunerados de forma justa. Ainda em relação ao emprego, assegura o direito contra a retenção, penhora ou cessão dos salários, com exceção de disposições nacionais que mantenham os meios necessários para sustento próprio e da família. Em terceiro lugar, propugna pela melhoria das condições de vida e de trabalho dos obreiros da Comunidade Europeia, mediante a adoção de medidas que proporcionem progresso aos aspectos laborais, como no tocante à jornada e ao trabalho sazonal. Além disso, prega a liberdade de associação e de negociação coletiva, bem como o direito à informação, consulta e participação dos trabalhadores. Protege contra a discriminação por questões de gênero e busca a tutela das crianças, dos adolescentes, das pessoas idosas e das pessoas com necessidades especiais³¹⁸.

Vale ainda salientar que, com a assinatura do Tratado de Lisboa, em 2007, houve um reforço do funcionamento da União Europeia a partir de 2009, quando ele entrou em vigor, emendando o seu Tratado de criação, rebatizado como Tratado de Funcionamento. Com o Tratado de Lisboa, a União Europeia reafirmou sua política de caráter horizontal, de coesão econômica, social e territorial, com vistas à redução das diferenças regionais e com o objetivo de continuar os avanços sociais, econômicos e culturais. Uma de suas grandes virtudes foi dotar a União Europeia de uma declaração de direitos, comuns a todos os cidadãos europeus, constituindo um passo importantíssimo para a absorção dos valores próprios do constitucionalismo. Assim, os direitos expressos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia foram introjetados no Tratado de Funcionamento da União Europeia, que assumiu feição de Constituição, inaugurando uma nova ordem política para a região.³¹⁹

Assim sendo, embora a Convenção Europeia dos Direitos Humanos tenha sido pouco específica em relação aos direitos sociais, criando óbices à justiciabilidade direta, os demais instrumentos normativos agregaram disposições acerca desses direitos, permitindo uma ampla proteção no território europeu. De tal forma, a justiciabilidade indireta dos direitos sociais vem sendo amplamente exercitada, porém a direta também tem sido possível, seja pelo artigo 11 da citada Convenção, seja pelo artigo 2º do Protocolo nº 1, ou mesmo pela Carta dos

³¹⁸ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores**. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2016.

³¹⁹ ZAMORA, Miguel Agudo. Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. **Tratado sobre protección de derechos sociales**. Manuel Terol Becerra; Luis Jimena Quesada (Directores). Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 366.

Direitos Fundamentais da União Europeia e de seu Tratado de Funcionamento, mormente sob a nova égide instaurada após o Tratado de Lisboa.

2.2.3.4 Sistema africano de proteção dos direitos sociais

O sistema regional africano eclodiu com a Organização da Unidade Africana (OUA), em 1963, a qual se transformou em União Africana (UA) no ano de 2001. Com exceção do Marrocos, que abandonou a Organização em 1984, todos os Estados da África compõem a União Africana³²⁰. O Ato Constitutivo da União Africana ressalta, em seu preâmbulo, a luta pela independência e dignidade humana. Entre os objetivos da UA está a promoção e proteção dos direitos humanos e dos povos (artigo 3º). Em seus princípios encontra-se a busca da justiça social para garantir um desenvolvimento econômico equilibrado (artigo 4º)³²¹.

Posteriormente, em 1981, foi proclamada a Carta Africana de Direitos Humanos e Direitos dos Povos (CADHP), em Banjul, na Gâmbia³²². A referida Carta reconhece os direitos *econômicos, sociais e culturais* ao lado dos *civis e políticos*. Nos dizeres de Sidney Guerra, “a consagração de um texto de proteção dos direitos humanos no continente africano é motivo de júbilo e alegria principalmente em razão da manifestação de vontade de ‘Estados novos’ em promover o bem-estar e a dignidade de sua população”.³²³ A inclusão dos DESC é significativa, “na medida em que enfatiza a indivisibilidade dos direitos humanos e a importância de questões de desenvolvimento, que obviamente são importantes no contexto africano”.³²⁴

A indissociabilidade entre os DESC e os DCP, expressa desde o preâmbulo da Carta, desafiou o ponto de vista negativo anterior em relação aos DESC prevalente na África antes da Carta de Banjul, segundo Sisay Yeshanew.³²⁵ Isso fez com que eles deixassem de vez o *status*

³²⁰ PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 1.461.

³²¹ PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 1.461-1.462.

³²² Esclarece Ian Brownlie que embora a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos apresentasse grandes semelhanças com as duas predecessoras Europeia e Americana, possuía também características próprias. Nela encontraram-se previstos não só os direitos de “cada indivíduo”, como também seus deveres (capítulo II). (BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Tradução de Maria Manuela Farrajota, et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 600)

³²³ GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

³²⁴ PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 1.469.

³²⁵ YESHANEW, Sisay Alemahu. **The justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 89.

de não-justiciáveis, pois a previsão expressa derrubava qualquer tentativa de minar a justiciabilidade dos DESC no solo africano. Efetivamente, na Carta de Banjul passaram a figurar de modo explícito o “direito de trabalhar em condições equitativas e satisfatórias e de perceber um salário igual por um trabalho igual” (artigo 15), o direito à saúde (artigo 16), à educação (artigo 17) e o direito ao desenvolvimento econômico, social e cultural no artigo 22³²⁶.

Conforme Sisay Yeshanew, a Carta Africana de Direitos Humanos e Direitos dos Povos (CADHP) possui duas características importantes: a primeira é conter todos os direitos, sejam os econômicos, sociais e culturais, sejam os civis e políticos, num só documento e, ainda, dispor dos mesmos mecanismos de proteção e promoção para ambas categorias, e a segunda é trazer não apenas os direitos e liberdades, mas também os deveres individuais³²⁷. Quanto à inclusão dos deveres na Carta, Marcolino Moco sustenta não ser muito adequada a inserção de deveres num instrumento como esse, além de informar que alguns autores chegam a afirmar que tal acréscimo seria um modo de favorecer os violadores dos direitos humanos na África, oferecendo-lhes mais uma via para justificação de seus atos e omissões. Não obstante, preferimos acreditar, por outro lado, acompanhado do entendimento do próprio Moco, que os deveres “podem até constituir um elemento positivo das tradições africanas colocados ao serviço da harmonização social, nas difíceis condições do estabelecimento das instituições modernas no continente africano”.³²⁸

Quanto às medidas de salvaguarda dos DESC e demais direitos na Carta Africana de Direitos Humanos e Direitos dos Povos (CADHP), os artigos 30 a 44 cuidam da criação e modo de funcionamento da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que será objeto de detalhamento no próximo Capítulo. É importante salientar, desde já, que, no caso da Carta Africana, segundo Marina Feferbaum, não existem sanções expressas na hipótese de violações aos direitos humanos, por não serem os mecanismos vinculantes. De qualquer maneira, “a eficácia do sistema criado pela Carta Africana não reside no plano jurídico, mas sim no plano político. O *power of shame* ou *power of embarrassment*, centralizado pela opinião pública, é seu principal instrumento”.³²⁹ Aliás, essa espécie de “coerção” política existe nos outros sistemas também e é fundamental para o sucesso dos mecanismos de proteção dos direitos

³²⁶ PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 1.513-1.516.

³²⁷ YESHANEW, Sisay Alemahu. **The justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 87.

³²⁸ MOCO, Marcolino. Direitos Humanos: as particularidades africanas. In: CRUZ, Domingos da (Org.). **África e Direitos Humanos**. Jundiaí: Paco Editorial, 2014, p. 36.

³²⁹ FEFERBAUM, Marina. **Proteção internacional dos direitos humanos: análise do sistema africano**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81.

humanos, diante da necessidade de consentimento prévio dos Estados para sujeição aos órgãos de controle.

Uma característica ímpar da Carta Africana de Direitos Humanos e Direitos dos Povos (CADHP) é a consagração dos direitos dos povos. Pelas lições de Marcolino Moco, alguns juristas entendem que essa referência se deve à especificidade do continente em que os direitos são pensados, sempre do ponto de vista de uma comunidade, e não a partir de um indivíduo isolado, enquanto, para outros, seriam direitos anteriores à independência das nações e que se deveriam transferir para a esfera dos Estados depois do colonialismo. O autor se inclina para a corrente – o que também entendemos acertadamente – que compreende que os “direitos dos povos” reconhecidos na mencionada Carta “são um instrumento de reforço dos direitos consagrados universalmente” e que contemplam uma situação em que o Estado Africano corresponde geralmente “a um mosaico de povos ‘obrigados’ a saltar etapas de desenvolvimento institucional para abraçarem o projecto da nação moderna ainda em formação”.³³⁰

Ainda como instrumento normativo no sistema africano, merece menção o Protocolo à Carta de Banjul sobre o estabelecimento de uma Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos³³¹. Embora não preveja direitos, como os outros Protocolos Adicionais anteriormente estudados, a instauração da Corte por meio desse documento no âmbito africano é motivo de júbilo, pois proporcionou o aumento do sistema de garantias dentro do solo africano. O estudo da Corte Africana e de suas decisões no tocante aos *direitos sociais* será objeto de exame, no entanto, no próximo capítulo.

É possível observar, desde já, que a taxa de normatividade nos sistemas regionais é inversamente proporcional à efetividade. Enquanto no sistema africano encontra-se expressa a previsão dos DESC, no documento que serve de base à justiciabilidade das demandas na Corte Africana de Direitos Humanos, o sistema europeu é praticamente omissivo no tocante a eles (isso quando nos referimos à Convenção Europeia de Direitos Humanos). Contudo, enquanto se observa maior efetividade dos DESC neste sistema, aquele possui alto índice de violação. *Portanto, conclui-se que a observância não está relacionada à positivação dos direitos, mas, sim, ao grau de maturação cultural de cada nação ou bloco.*

³³⁰ MOCO, Marcolino. Direitos Humanos: as particularidades africanas. In: CRUZ, Domingos da (Org.). **África e Direitos Humanos**. Jundiaí: Paco Editorial, 2014, p. 35.

³³¹ Adotado em Addis Abeba, na Etiópia, em 1998. Entrou em vigor em janeiro de 2004.

As palavras de Marina Feferbaum reforçam essa ideia de que “a África pouco evoluiu no sentido de transformar os direitos positivados nos vários tratados internacionais de que é parte em algo mais que meras palavras impressas em papel”, apesar de uma razoável maturidade da jurisprudência do sistema africano, fruto de mais de duas décadas de atuação da Comissão Africana de Direitos Humanos e Direitos dos Povos. Realmente, existe um considerável déficit de efetividade na proteção dos direitos humanos em solo africano, mormente em razão da ineficiência de mecanismos de *enforcement* das decisões, deixando a cargo da política as soluções para os problemas existentes.³³²

Com todas as críticas que possam ser dirigidas ao sistema africano, é certo que, como dizem Christof Heyns e Magnus Killander, o simples fato de existir, na África, um sistema regional de proteção dos direitos humanos já é algo louvável, o que “proporciona um ponto de permeabilidade para que o direito internacional dos direitos humanos exerça sua função, o que não aconteceria caso tal sistema não existisse”.³³³ De mais a mais, “a atual formação do sistema regional africano no que se refere às normas reconhecidas e aos mecanismos de implementação que foram seguidos [...] são provavelmente bem adequadas ao ambiente africano”. Ainda cumpre salientar que o sistema de proteção é recente e pode evoluir bastante nos próximos anos. À vista disso, merece crédito a disposição dos Estados Africanos em fazerem valer os direitos humanos em seus territórios.

Enfim, no que se refere à possibilidade de justiciabilidade direta dos direitos sociais, o sistema africano ganha disparado. As disposições expressas nos artigos 15, 16 e 17 referentes ao direito ao trabalho, à saúde e à educação, respectivamente, não deixam dúvidas quanto à possibilidade de acionamento direto da Corte Africana no caso de violação a esses direitos. Consequentemente, ao menos no papel, os africanos possuem os mecanismos para tutela efetiva de seus direitos, inclusive no que diz respeito à salvaguarda dos trabalhadores.

³³² FEFERBAUM, Marina. **Proteção internacional dos direitos humanos**: análise do sistema africano. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111.

³³³ HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. O Sistema Regional Africano de Direitos Humanos. **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. Coordenação geral Flávia Piovesan. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 1.502-1.503.

2.3 A normatividade internacional e a possível “Interconvencionalidade”

Conforme prenunciamos na parte exordial do presente capítulo, estamos próximos de um “Direito Cosmopolita”. A Declaração da ONU de 1948 é uma demonstração de que é possível obter um consenso na sociedade internacional, ainda que tal documento não tenha a força cogente necessária para se poder exigir dos Estados a realização de seu conteúdo, mas, ainda assim, o texto deve ser exaltado. Observa-se, ainda, no cenário global, cada vez mais, uma aproximação dos textos das declarações, das cartas e das convenções extraídas dos encontros diplomáticos. O que se conclui também é que as deliberações refletem o contexto histórico em que são tomadas. Portanto, pode-se afirmar que os sistemas global e regional, mesmo mantendo suas identidades, caminham para o respeito da dignidade humana como elemento comum. Nas palavras de Flávia Piovesan:

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos.³³⁴

Assim sendo, no campo internacional, o objetivo por todos partilhado encontra o ingrediente comunitário na promoção da dignidade humana, com vistas à máxima efetividade dos *direitos humanos*. Igualmente, no terreno constitucional, verifica-se na realização dos direitos fundamentais a preocupação e o norte dos estudiosos e de seus operadores. Dessarte, podemos identificar características equivalentes no trato dos *direitos humanos e fundamentais*, assim como nos documentos enunciadores desses, seja no caso das convenções, seja no caso das constituições.

³³⁴ PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 670.

Canotilho chega a apontar para uma característica do sistema constitucional contemporâneo que denomina de interconstitucionalidade.³³⁵ Esse modelo, segundo ele, pode gerar duas autodescrições (no sentido *luhmanniano*, entendido como produção de um texto através do qual uma determinada organização identifica a si própria): a) caráter de autorreferência, como reveladora das identidades nacionais que “as *várias* constituições dos *vários* países reentram em formas organizativas superiores”³³⁶. Nessa batida, os textos constitucionais nacionais preservam a memória e a identidade política; b) *manutenção do valor e função das constituições estaduais*, que promovem a descida do “castelo” (Estado fechado) para a “rede” (formada por normas constitucionais nacionais e por normas europeias constitucionais ou de valor constitucional), sem perder as identidades originárias, porém relativizando os “princípios estruturantes da estabilidade (soberania interna e externa, independência, hierarquia de normas, competência das competências)”³³⁷. Ainda segundo as lições de Canotilho, a interconstitucionalidade pode expressar também uma *intraorganizatividade*, como *necessidade autodescritiva* da organização superior (no caso concreto, da organização da União Europeia), e uma *interculturalidade*, como forma de realçar uma questão básica, a de *partilha* de cultura, de “ideias ou formas de encarar o mundo e os outros”³³⁸. Além disso, a interconstitucionalidade sugere *intersemiotividade*, que não dispensa a investigação e descoberta de um conjunto de regras relativas à produção e interpretação dos textos constitucionais e dos discursos e práticas sociais referentes a elas. Assim, as constituições nacionais seriam “dimensões relevantes de uma *hermenêutica jurídica europeia*”.³³⁹

³³⁵ Alessandra Silveira elucida que o termo “interconstitucionalidade” incorpora uma proposta teórica a partir da qual *pode e deve* estudar-se o processo de integração europeia, ocupando-se, pois, do enquadramento/tratamento da fenomenologia do “pluralismo constitucional” ou das “constituições em rede”. Acrescenta que a expressão surge da necessidade de enquadrar o fenômeno da interação reflexiva entre normas constitucionais de distintas fontes, implicando atuação em rede para a solução de problemas constitucionais (sobretudo jusfundamentais) comuns. Segundo a autora, o termo interconstitucionalidade “reproduz, de forma bastante mais feliz do que a conhecida expressão anglo-saxônica constitucionalismo multinível (*multilevel constitutionalism*), a ideia de um modelo de interconexão onde não há espaço para níveis que pressupõem hierarquia”. (SILVEIRA, Alessandra. *Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial*. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto (Coords.); SOLSONA, Gonçal Mayos; CARBONELL, José Carlos Remotti; JÚNIOR, Moacir Henrique; MOKANO, Yanko (Orgs.). **Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de integração no mundo global**. 1. ed., v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC, 2015, p. 21-24).

³³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brancosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 268.

³³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brancosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 269.

³³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brancosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 271.

³³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brancosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 277.

As características de identidade, intraorganizatividade, interculturalidade e intersemiotividade também podem, de certa forma, ser encontradas nos pactos e convenções colhidos nos sistemas global e regional. Por exemplo, a Convenção Americana sofreu influência da Europeia, já a Africana, mais recente entre elas, foi influenciada pelas demais. A Declaração da ONU de 1948 foi, de algum modo, inspiradora para todas. Embora revelando particularidades, os sistemas se interpenetram e se complementam³⁴⁰.

Conforme preconiza Konrad Hesse, a “Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que um simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas”.³⁴¹ Assim como a constituição possui um caráter de pluralidade e externa as forças sociais e políticas intrínsecas ao sistema, a convenção também manifesta os consensos e as diversidades. Ao fim, a sociedade mundial revela um acoplamento único, interconectado pelo humanismo. Nesse diapasão, o humanismo irrompe no mundo contemporâneo como um desdobramento fundamental para revalorizar a pessoa como bem supremo. Esse movimento decorre do estado de crise originado pelo desencadeamento da violência ocorrida nas grandes guerras que assolaram o mundo e a subsequente degradação do valor da pessoa humana, conforme sentenciam Juan Carlos Hitters e Oscar Fappiano.³⁴²

No contexto atual, chamado de “turboglobalização” por Gonçal Mayos Solsona, os fenômenos “inter”, de fato se *inter*-relacionam. São resultados do momento ao menos três “inters”: a interculturalidade, a interconstitucionalidade e a interdisciplinaridade, na visão de Mayos. Ousaremos acrescentar mais um adiante, noutra contexto: a “interconvencionalidade”. Por ora, pela preleção de Mayos, esses fenômenos “inter” acabam por diagnosticar e exigir complexas estratégias de integração e diálogo que transcendem a justaposição de suas fronteiras e representam um salto qualitativo em muitos processos que são fruto da competência internacional. Com isso, é possível passar de um multiculturalismo para um interculturalismo,

³⁴⁰ Caçado Trindade relata que os dois tribunais internacionais de direitos humanos mais antigos se reuniram pela primeira vez com a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos em Estrasburgo nos dias 08 e 09 de dezembro de 2008. Caçado Trindade testemunhou o evento, o primeiro a reunir os três tribunais internacionais de direitos humanos hoje coexistentes, e informa ter havido “um diálogo produtivo entre os presentes, sobre questões de interesse comum como acesso à justiça, medidas provisórias de proteção e formas de reparação, entre outras”. (TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *A Contribuição dos Tribunais Internacionais à Evolução do Direito Internacional Contemporâneo. O Direito Internacional e o primado da justiça*. Renovar: Rio de Janeiro, 2014, p. 25)

³⁴¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

³⁴² HITTERS, Juan Carlos; FAPPIANO, Oscar L. *Derecho internacional de los humanos* - tomo I, vol. I. Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 46 - 47.

facilitando o diálogo inter-regional, a fim de minimizar os conflitos políticos-culturais e sua “virulência”.³⁴³

Marcelo Neves, por sua vez, numa outra perspectiva, afirma que “a sociedade mundial constitui-se como uma conexão *unitária* de uma *pluralidade* de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade. Trata-se de uma *unitas multiplex*”³⁴⁴. Isso não se confunde com a ordem internacional, que diz respeito fundamentalmente às relações entre Estados. “A ordem internacional é apenas uma das dimensões da sociedade mundial”³⁴⁵ Inicialmente, para ele, o constitucionalismo se apresenta como *semântica* político-jurídica reveladora da pressão estrutural que diferencia política e direito no terreno da sociedade multicêntrica emergente e, ao final, a tendência “aponta para o surgimento de um constitucionalismo internacional ou supranacional no plano global”³⁴⁶. Acrescenta ainda que não só a sociedade se caracteriza por ser mundial, mas também o seu sistema jurídico se configura como multicêntrico, na medida em que o centro de uma ordem jurídica constitui uma periferia e eles dialogam e se interpenetram. O transconstitucionalismo faz, assim, emergir, uma “fertilização constitucional cruzada”, onde as cortes se citam reciprocamente. Nesse sentido, arremata Marcelo Neves:

[...] fala-se de “conversação” ou “diálogo” entre cortes, que podem se desenvolver em vários níveis: por exemplo, entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (supranacional) e os tribunais dos Estados-membros, entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (internacional) e as cortes nacionais ou o TJCE, entre cortes nacionais etc. Essa “conversação” (que constitui, a rigor, comunicações transversais) perpassando fronteiras entre ordens jurídicas não deve levar a uma ideia de cooperação permanente entre ordens jurídicas, pois são frequentes os conflitos entre perspectivas judiciais diversas. No limiar, toda “conversação” entre cortes carrega em si o potencial de disputa.³⁴⁷

³⁴³ SOLSONA, Gonçal Mayos. Interconstitucionalidad e Interculturalidad como modelos de “fenómenos inter”. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto (Coords); SOLSONA, Gonçal Mayos; CARBONELL, José Carlos Remotti; JÚNIOR, Moacir Henrique; MOKANO, Yanko (Orgs.). **Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade**: desafios, âmbitos e níveis de integração no mundo global. 1. ed., v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC, 2015, p. 146-157.

³⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 26.

³⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 26-27.

³⁴⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 85.

³⁴⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 117-119.

Todavia, ressalvas precisam ser feitas à análise transconstitucional. Conforme a profunda análise de Saulo Coelho, esses fenômenos transconstitucionais podem guardar em si nem sempre uma dimensão dialógica e dialética, e podem estar sujeitos a “autoritarismos e a uniformizações (ou diluições político-sociais nem sempre suficientemente respeitadoras da diversidade cultural, da autodeterminação política e da equidade social”³⁴⁸. Saulo Coelho sustenta ser mais apropriado o tratamento da questão pela vertente do “*constitucionalismo multinível*”³⁴⁹, que se caracteriza por reconhecer:

[...] a existência de uma pluralidade de núcleos institucionais irradiadores de jurisdição constitucional, com existência de diferentes níveis de autonomia entre os mesmos; preserva-se porém a ideia de um posicionamento hierárquico mínimo na linguagem constitucional por meio da qual se construiria a desejada *unidade na diversidade* que pretende a constitucionalidade democrática complexa; e busca-se regular com maior precisão possível os lugares de interseção desses diferentes níveis jurisdicionais, com o que se estabelece um modelo de pluralidade de sistemas constitucionais dotados de pluralidade de *inputs* e *outputs* recíprocos. Porém, são tendencialmente viabilizadores de um controle do sentido constitucional por parte das estruturas do topo do complexo jurisdicional.³⁵⁰

Mutatis mutandis, percebe-se a possibilidade de construção de um “convencionalismo multinível” no plano internacional. Guardadas as especificidades regionais e as identidades culturais, torna-se viável a concepção de uma “interconvencionalidade” entre os sistemas regionais e global de proteção dos direitos humanos, que observe tanto a interação entre as convenções e tratados internacionais quanto as pretensões normativas, como forma de fomentar

³⁴⁸ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Considerações sobre as tendências interdisciplinares e interconstitucionais do discurso jurídico contemporâneo: macrofilosofia dos fenômenos ‘inter’ e aportes ao Direito. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto (Coords); SOLSONA, Gonçal Mayos; CARBONELL, José Carlos Remotti; JÚNIOR, Moacir Henrique; MOKANO, Yanko (Orgs.). **Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade**: desafios, âmbitos e níveis de integração no mundo global. 1. ed., v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC, 2015, p. 380-381.

³⁴⁹ O autor ainda destaca os avanços obtidos pelos Professores Teresa Freixes e José Carlos Remotti Carbonel, da Universidade Autônoma de Barcelona, na construção da reflexão sobre o constitucionalismo multinível, cuja expressão visa “caracterizar e explicar a complexa dinâmica da convivência de diferentes centros de decisão e jurisdição num ambiente político e juridicamente integrado”. (COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Considerações sobre as tendências interdisciplinares e interconstitucionais do discurso jurídico contemporâneo: macrofilosofia dos fenômenos ‘inter’ e aportes ao Direito. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto (Coords); SOLSONA, Gonçal Mayos; CARBONELL, José Carlos Remotti; JÚNIOR, Moacir Henrique; MOKANO, Yanko (Orgs.). **Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade**: desafios, âmbitos e níveis de integração no mundo global. 1. ed., v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC, 2015, p. 382-383, nota de rodapé).

³⁵⁰ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Considerações sobre as tendências interdisciplinares e interconstitucionais do discurso jurídico contemporâneo: macrofilosofia dos fenômenos ‘inter’ e aportes ao Direito. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto (Coords); SOLSONA, Gonçal Mayos; CARBONELL, José Carlos Remotti; JÚNIOR, Moacir Henrique; MOKANO, Yanko (Orgs.). **Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade**: desafios, âmbitos e níveis de integração no mundo global. 1. ed., v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC, 2015, p. 382-383.

o funcionamento e aprimoramento dessas estruturas de acordo com a normatividade protetiva desses direitos. Sem pretender que as partes se dissolvam no todo, busca-se uma “unidade na diversidade”, tendo como elemento convergente a dignidade da pessoa humana. Pode-se, dessa forma, arquitetar o desenvolvimento humano de uma maneira plural, democrática e inclusiva, respeitando as diferenças, mas se voltando às origens, confluindo ao elemento comum que existe em cada um de nós.

Assim, constata-se componentes coincidentes nos documentos internacionais, reveladores dessa identidade humana universal. Comparando-se os principais documentos de cada sistema no que se refere aos *direitos sociais* (no sistema global, o PIDESC – Pacto Internacional, de 1966; nos regionais, a CADH – Convenção Americana, de 1969, a CEDH – Convenção Europeia, de 1950, e a CADHP – Carta Africana, de 1981), percebe-se a preocupação de todos eles de garantir um trabalho livre (artigo 6º do PIDESC, artigo 6º da CADH, artigo 4º da CEDH e artigo 5º da CADHP), de coibir a discriminação (artigo 7º do PIDESC, artigo 1º da CADH, artigo 14 da CEDH e artigos 18 e 28 da CADHP), e de assegurar o direito de se associar livremente (artigo 8º do PIDESC, artigo 16 da CADH, artigo 11 da CEDH e artigo 10 da CADHP), entre outras semelhanças.

Além disso, todos os documentos normativos possuem a dignidade como princípio norteador (o PIDESC, em seu preâmbulo, considera que, conforme os princípios enunciados na Carta das Nações Unidas, a liberdade, a justiça e a paz social no mundo têm por base o reconhecimento da **dignidade** inerente a todos os membros da família humana e, ainda de forma mais categórica, reconhece que todos os direitos essenciais decorrem da **dignidade** inerente à pessoa humana; a CADH assegura a toda pessoa o direito ao reconhecimento de sua **dignidade**, em seu artigo 11; a CEDH, em seu Protocolo nº 13, também se refere à **dignidade** inerente a todo ser humano, e a CADHP considera, no preâmbulo, a **dignidade** como um dos objetivos essenciais para a realização das legítimas aspirações dos povos africanos, além de assegurar o direito ao respeito da **dignidade** inerente à pessoa humana, em seu artigo 5º).

É importante observar, ainda, sobretudo no campo dos *direitos sociais*, que as normas proclamadas nos diversos sistemas da sociedade internacional dependem não somente do lugar, mas também do momento histórico. A Convenção Europeia, mais antigo documento dos citados acima, foi mais tímida em relação aos *direitos sociais* previstos expressamente, todavia o sistema europeu evoluiu para contemplar novos desses direitos a partir de outros textos normativos, enquanto a Carta Africana, mais recente, foi mais abundante na positividade deles. Vale salientar que os Protocolos Adicionais têm buscado conferir maior proteção aos bens

jurídicos sociais. À vista disso, percebe-se uma evolução histórica gradativa no sentido de aumentar a tutela e, portanto, de ampliar os mecanismos de justiciabilidade dos direitos sociais.

No tocante à pretensa “interconvencionalidade”, sabemos que existe significativa diferença entre o sistema vigente hoje na União Europeia e na sociedade internacional, todavia cremos ser possível, futuramente, uma normatividade internacional que contemple as diferenças, mas que possibilite uma proteção universal aos *direitos sociais* de forma efetiva. É possível, no futuro, que haja, inclusive, uma Justiça Global para salvaguarda desses direitos.³⁵¹ Voltando ao início do capítulo, uma federação de Estados seria a alternativa para a instituição de normas globais e para a criação de um órgão judiciário global. Na mesma linha, Osvaldo Guariglia sustenta que o marco elaborado pela tradição *kantiana* de “cosmopolitismo de Estados” constitui a via mais promissória para se alcançar algum dia, de forma universalmente aceitável, uma Justiça Global.³⁵²

Ronald Dworkin, num de seus últimos textos, supôs um tribunal internacional com jurisdição sobre todas as nações do mundo. Porém, para emanação das normas de caráter global sugeriu um parlamento composto por todos os países, possuindo cada um direito a apenas um voto. Assim, segundo ele, seria possível legislar de forma mais democrática, sem que a normativa internacional se embasasse apenas no interesse das nações mais poderosas. Para o

³⁵¹ Em palestra proferida no II Colóquio Internacional de Direitos Humanos, em São Paulo, em maio de 2002, Alejandro Garro defendeu que: “Entre os sistemas regionais, não há a possibilidade deles concorrerem. Ou seja, se os direitos humanos são violados no Brasil, não se pode entrar com uma ação na Comissão Africana nem na Comissão Européia. Isso é claro. É entre o sistema regional e o sistema universal que a questão se apresenta: por exemplo, inicia-se uma ação com base na Convenção Internacional para a Eliminação de Toda Forma de Discriminação Racial ou com base na Convenção contra a Tortura ou na Convenção Interamericana para Evitar a Tortura, ou convém ir a outro tribunal? Vários outros aspectos também devem ser levados em consideração: (A) os direitos e liberdades assegurados em um tratado não necessariamente figuram em outro; (B) a linguagem é normalmente a mesma, mas cada tribunal entende de um modo diferente qual é o âmbito da proteção do direito; (C) sob certos tratados de Direitos Humanos, os direitos e liberdades protegidos são incompatíveis com os direitos e liberdades protegidos em outros tratados. Isso implica, e já é uma realidade, que a defesa de uma causa, em relação à qual se pode reclamar perante mais de um tribunal e com fulcro em mais de um tratado, pode acontecer do cumprimento de um tratado implicar violação de outro”. Acrescentou ainda que hoje não há, lamentavelmente, “um tribunal supranacional que unifique as jurisprudências de todos os tratados dos Direitos Humanos que existem, bem como os critérios de interpretação de cada um deles. Veja que é preciso fazê-lo cada um dentro de seu próprio país. E assim, a melhor maneira de conseguir um resultado positivo, é começar a escutar-nos uns aos outros; isto é, o que está fazendo o Comitê das Nações Unidas em Genebra sobre interpretar o que é tortura ou interpretar o que é uma violação à liberdade de expressão. É preciso que os delegados em Washington escutem, leiam, informem-se acerca dos critérios que têm outros tribunais para tomarem suas próprias decisões. Esse, creio, é um tema importante. A princípio, havia preocupação somente com os precedentes em seu próprio país; hoje em dia, é muito importante ver o que fazem os outros para que possamos chegar a um sistema de proteção dos direitos humanos mais harmônico”. (GARRO, Alejandro. **Um estudo comparativo dos sistemas regionais de proteção em Direitos Humanos.** Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/a_pdf/garro_sistemas_regionais.pdf>. Acesso em: 4 out. 2016)

³⁵² GUARIGLIA, Osvaldo. **En camino de una justicia global.** Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 15.

referido filósofo, o sistema *westfaliano* peca justamente pela falta de um órgão legislativo com poder para resolver as questões surgidas dos confrontos entre as nações. Desse modo, a solução das questões internacionais dar-se-ia com a aplicação de um princípio nomeado por ele de princípio da “saliência”: um número significativo de estados, envolvendo uma população significativa, desenvolveria um código consensual de práticas, seja por tratado ou outra forma de coordenação, havendo, assim, uma maior legitimidade na ordem internacional como um todo. Isso garantiria a integridade dos princípios constitucionais das nações. Esse princípio propiciaria, inclusive, uma explicação melhor para as fontes do direito internacional contidas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça do que a teoria do consentimento³⁵³. Dessarte, por meio desse esforço imaginativo *dworkiniano* alcançaríamos as bases para uma normatividade global e para um sistema de proteção universal dos direitos humanos.

Enquanto esse dia não chega, é possível a construção de uma interpretação das normas que considere a dignidade como ponto central e o ser humano como cidadão do mundo. As normas, sejam elas regionais ou advindas de um sistema global, devem priorizar a proteção à pessoa humana, independentemente de sua origem. Ademais, os diálogos entre as cortes podem favorecer esse humanismo e essa compreensão amalgamada de todas as individualidades.

Portanto, respeitada a interculturalidade existente na sociedade universal, propomos a análise dos sistemas global e regionais de proteção dos direitos humanos de forma coordenada e integrada, sem que um se sobreponha ao outro, mas que todos dialoguem, tendo a dignidade como ponto convergente, formando-se, assim uma “interconvencionalidade”, marcada por uma “norma fundamental”, qual seja a de que “todos devem respeitar a dignidade humana”.

³⁵³ DWORKIN, Ronald. **A New Philosophy for International Law**. Disponível em: <http://www.wzb.eu/sites/default/files/u32/r_dworkin_a_new_philosophy_for_international_law_ccfls_2013.pdf>. Acesso em: 4 out. 2016.

SEGUNDA PARTE – ANÁLISE PRÁTICA

CAPÍTULO III – O PAPEL DAS CORTES INTERNACIONAIS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

“You may say, I'm a dreamer / But I'm not the only one / I hope someday you'll join us / And the world will be as one”

(John Lennon)

3.1 Intróito

Após a análise teórica da juridicidade dos direitos sociais e do aparato normativo de salvaguarda desse tipo de direitos, passamos à parte prática da nossa tese, que cuidará da atuação das cortes internacionais e dos demais órgãos complementares do sistema tutelar dos direitos humanos, seja no tocante aos direitos sociais em geral (neste capítulo), seja mais especificamente em relação aos direitos laborais nos planos regionais e internacional (no próximo).

3.2 Pressuposto de atuação eficaz das cortes internacionais: a revisitação do conceito de soberania

O saudoso Baracho ensinava que a origem da palavra “soberania” provém do termo “*soperanus*”, que era “empregado para designar uma posição de supremacia irresistível”.³⁵⁴ Um dos teóricos que mais se debruçou sobre o tema da soberania foi Jean Bodin, em seus livros sobre a república. Segundo ele, a soberania é “O PODER ABSOLUTO E PERPÉTUO de uma República”³⁵⁵. Além disso, Bodin considerava que a soberania não estava limitada “nem em

³⁵⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Soberania. In: HORTA, JOSÉ LUIZ BORGES (Org.). **Direito e Política**: ensaios selecionados. Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 80.

³⁵⁵ BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: livro primeiro. Tradução, introdução e notas José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011, p. 195. Caixa alta no original.

poder, nem em responsabilidade, nem por tempo determinado”.³⁵⁶ A soberania em Bodin, segundo Baracho, consistia no poder juridicamente ilimitado sobre cidadãos e súditos. Não a concebia, no entanto, como uma forma de autorização geral em branco, “mas um conjunto de Direitos especificados, tal como o direito à legislação, à decisão sobre a guerra e a paz, à nomeação dos funcionários do poder judiciário supremo, o direito do indulto, o direito à fidelidade e à obediência, e ainda a decisão sobre moedas”.³⁵⁷ Bodin reconhecia, no entanto, apesar desse atrelamento à ideia de poder absoluto, que até mesmo o Príncipe soberano estava obrigado a respeitar as suas convenções. Em suas próprias palavras, afirma que o soberano Príncipe “está adstrito aos contratos por ele feitos, seja com seu súdito, seja com o estrangeiro, pois como ele é garante perante os súditos das convenções e obrigações mútuas que têm uns para com os outros, com mais forte razão é devedor da justiça em seu fato”³⁵⁸. Ou seja, mesmo em sua visão rigorosa acerca do conceito de soberania, Bodin entendia que, firmado um tratado internacional, este deveria ser cumprido.

Lívia Silva esclarece que a noção de soberania em Bodin carregava um resquício religioso medieval, o que foi abandonado com Hugo Grócio ao ceder espaço à razão. Pela teoria de Grócio, no plano externo, os Estados gozavam de uma posição de igualdade e dependência, enquanto no plano interno era concebido um *poder supremo* cujos atos não estavam sujeitos a nenhum outro *direito*. Nesse contexto, o Estado era considerado o titular do *poder comum*. Porém, o titular próprio, na realidade, era o próprio dirigente, ou seja, o governante. “Pode-se, assim, dizer que a soberania em Grócio retrocede para assumir os contornos de um direito privado do governante”.³⁵⁹

Outro filósofo a abordar o tema foi Hegel. A soberania, em seu pensamento filosófico, existia enquanto *subjetividade* certa de si mesma e enquanto *autodeterminação* abstrata da vontade, na medida em que era desprovida de fundamento. Assim, o elemento individual do Estado enquanto tal era apenas *um*. Para ele, o poder – e toda a capacidade de decidir dele derivada – se concentrava num só indivíduo, que era o monarca.³⁶⁰ Sob outro prisma, entendia

³⁵⁶ BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: livro primeiro. Tradução, introdução e notas José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011, p. 198.

³⁵⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Soberania. In: HORTA, JOSÉ LUIZ BORGES (Org.). **Direito e Política**: ensaios selecionados. Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 117.

³⁵⁸ BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: livro primeiro. Tradução, introdução e notas José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011, p. 228.

³⁵⁹ SILVA, Lívia Matias de Souza. Soberania: uma reconstrução do princípio, da origem à pós-modernidade. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**: Interface com o Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 32.

³⁶⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia do Direito**. Tradução de Paulo Meneses et al. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2010, p. 262.

por “soberania do povo” a forma da *república* e, no caso mais determinado, “a da democracia (pois por república se concebem outras múltiplas misturas empíricas, que não fazem parte, além disso, de uma consideração filosófica), assim em parte, não se pode mais falar de tal representação [como na monarquia]”.³⁶¹

Cumprir observar que a teoria *hegeliana* se desenvolveu num contexto de monarquia constitucional, em que se buscou legitimar o princípio monárquico, sem, contudo, desconsiderar a soberania popular consagrada no período revolucionário. Localizou-se a soberania, assim, no limiar entre os dois primeiros paradigmas constitucionais, aproximando-se da concepção de Estado Social, pois não defendia simplesmente direitos individuais, mas também direitos da coletividade, voltados à proteção do todo. Nesse diapasão, Hegel rompeu “com a tradição individualista da sociedade e do Estado sustentada por seus antecessores, haja vista conceber o indivíduo como ser social”.³⁶²

A ideia de soberania estatal absoluta persistiu até o fim da Segunda Guerra Mundial, quando, nas lições de Mazzuoli, sofreu “um abalo dramático com a crescente preocupação em se efetivar os direitos humanos no plano internacional, passando a sujeitar-se às limitações decorrentes da proteção desses mesmos direitos”³⁶³. Karine Salgado defende que, se, por um lado, a instituição da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem “quebraram” o valor absoluto que a soberania externa exprimia, por outro, o reafirmaram, uma vez que a própria efetividade desta nova ordem internacional se apoiou no poder dos Estados, ou seja, a garantia de respeito aos preceitos de direito internacional tem sustentáculo na própria soberania dos estados. Em função da carência de um poder supra-estatal com força para subjugar os Estados, pode-se dizer que há ainda uma dependência da ordem internacional em relação aos Estados, o que nos leva a concluir que, embora a ideia de soberania, tanto interna quanto externa, tenha se alterado, “ela não se corroe a ponto de se tornar um valor esquecido pela nova ordem internacional, dado que esta ainda se respalda, de certa forma, nela”.³⁶⁴

Todavia, conforme Mazzuoli, “à medida em que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada

³⁶¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia do Direito**. Tradução de Paulo Meneses et al. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2010, p. 265.

³⁶² SILVA, Lívia Matias de Souza. Soberania: uma reconstrução do princípio, da origem à pós-modernidade. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**: Interface com o Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 37.

³⁶³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos. In: **Soberania**: antigos e novos paradigmas. GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz (Coords.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 347.

³⁶⁴ SALGADO, Karine. **A paz perpétua de Kant**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008, p. 197.

contratante, eles *restringem* sua soberania”.³⁶⁵ Isso também ocorre quando um Estado aceita a competência contenciosa de uma corte internacional, pois, sem abrir mão totalmente de sua soberania – ao contrário, justamente porque a detém, pode relativizá-la –, submete-se à decisão de um órgão jurisdicional. Ao nosso sentir, as cortes internacionais podem, a par de punir o Estado violador, melhorar a condição deste, já que respeitar os *direitos humanos* é um privilégio, é um sinal de maturidade estatal. De fato, um país cumpridor dos *direitos humanos* goza de respeitabilidade perante a sociedade internacional.

Divergimos pontual e parcialmente de Mazzuoli quando afirma que a noção de soberania é irreconciliável com a proteção internacional dos direitos humanos, tendo como fundamento “uma dinâmica que implica necessariamente na abdicação ou afastamento daquela noção em prol da proteção do ser humano”.³⁶⁶ Na realidade, a soberania absoluta, sim, é incompatível com o Direito Internacional dos Direitos Humanos em sua concepção contemporânea, contudo podemos vislumbrar uma porosidade na soberania, permissiva a uma tutela humanística. Por isso, torna-se necessário revisitar o conceito de soberania.

Baracho já admitia a relatividade da soberania na relação entre o Estado e outras instituições.³⁶⁷ Ney Maranhão, por sua vez, enxerga a soberania estatal fragilizada atualmente, como consequência da velocidade das informações e da planetarização da economia, que “acarretaram um inevitável e perigoso enlace integrativo entre todas as nações”.³⁶⁸ Emerson Garcia sustenta ainda que a doutrina exaltadora da soberania mostrou-se “incompatível com o paulatino reconhecimento da condição de sujeitos de Direito Internacional a entes outros que não os Estados soberanos, como é o caso da Santa Sé e das organizações internacionais”. Acrescenta que somente os Estados podem ter soberania, mas eles não são os únicos entes com personalidade internacional. Desde a cunhagem por Bodin, profundas modificações ocorreram

³⁶⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos. In: **Soberania: antigos e novos paradigmas**. GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz (Coords.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 348. Grifo do autor.

³⁶⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos. In: **Soberania: antigos e novos paradigmas**. GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz (Coords.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 354.

³⁶⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Soberania. In: HORT, JOSÉ LUIZ BORGES (Org.). **Direito e Política: ensaios selecionados**. Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 109.

³⁶⁸ MARANHÃO, Ney Stany Moraes. Pós-modernidade Versus Neoconstitucionalismo: Um debate contemporâneo. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Coords.) **Contemporaneidade e trabalho: aspectos materiais e processuais – Estudos em homenagem aos 30 anos da AMATRA 8**. São Paulo: LTr, 2011, p. 53.

na compreensão acerca da amplitude da soberania. Muito se evoluiu até alcançar o reconhecimento da existência de regras que transcendem a vontade do Estado.³⁶⁹

Conforme defende Marcelo Di Rezende, “a soberania do Estado, contextualizada na economia e na sociedade globalizada, que impera contemporaneamente, é cada vez mais limitada”, diante da concepção de que os indivíduos são também sujeitos de Direito Internacional.³⁷⁰ Nesse contexto, a soberania deve ser vista com a relatividade necessária para se permitir a coexistência dos aparatos de proteção dos direitos humanos. Nas sábias lições de Cançado Trindade, “a dinâmica da vida internacional contemporânea, movida pela consciência humana, tem se cuidado de afastar a visão tradicional de que as normas internacionais derivam inteiramente da 'vontade livre' dos próprios Estados”. Complementa: “Nesse início do século XXI, temos o privilégio de testemunhar e o dever de promover o processo histórico de *humanização* do direito internacional, que, em conformidade com o novo *ethos* dos nossos tempos”, vem legitimar o direito internacional contemporâneo.³⁷¹

Portanto, o velho paradigma do Direito Internacional de atuação das cortes circunscrito à resolução voluntária de conflitos³⁷² ficou superado. À vista disso, a atuação das cortes internacionais na contemporaneidade deve considerar a permeabilidade da soberania, a fim de lograr eficácia na salvaguarda dos direitos humanos, o que inclui os direitos sociais. Dessa maneira, com esse conceito relativizado, a atividade das cortes pode ser mais eficaz.

3.3 A atuação das cortes internacionais de justiça nos contextos global e regional de tutela dos direitos humanos

3.3.1 A proteção dos direitos sociais no âmbito global

O sistema global de proteção dos direitos humanos compõe-se de diversos órgãos, entre eles a Corte Internacional de Justiça e diversos organismos ligados às Nações Unidas.

³⁶⁹ GARCIA, Emerson. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos** – Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 7-8.

³⁷⁰ REZENDE, Marcelo di. **A aplicabilidade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil**. Goiânia: Editora da PUC Goiás, 2013, p. 101.

³⁷¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 121-122

³⁷² ALTER, Karen J. **The new terrain of international law: courts, politics, rights**. Princeton: Princeton University Press, 2014, p. 6.

Analisaremos, neste tópico, a referida Corte e a sua atuação na área dos direitos sociais, bem como a atividade das outras entidades no auxílio à promoção e proteção dos direitos humanos – em especial os sociais – na esfera planetária.

3.3.1.1 Corte Internacional de Justiça

A Corte Internacional de Justiça (CIJ)³⁷³, com sede em Haia (Holanda), é o principal órgão judicial da Organização das Nações Unidas (ONU) e está encarregada de decidir as controvérsias entre os Estados e de emitir opiniões consultivas conforme o Direito Internacional.³⁷⁴ Veio para substituir a antiga Corte Permanente de Justiça, que havia na época da Liga das Nações, antecessora da ONU. Foi estabelecida na Carta das Nações Unidas (artigos 92 a 101), em 1945, e começou a funcionar em abril de 1946. Compõe-se de quinze magistrados independentes eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (que, neste caso, não possui direito de veto), para um período de nove anos, não podendo haver mais de um juiz do mesmo país. Na composição da CIJ, busca-se a representação das diversas formas de civilização e dos principais sistemas jurídicos do mundo³⁷⁵.

Da mesma forma que na antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, o art. 31 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça admite a possibilidade de nomeação de juízes *ad hoc*. Decorrente de arbitragem, tem por fim garantir a igualdade entre os Estados, permitindo a nomeação de um novo magistrado, ainda que temporário, para compor o banco de juízes quando o Estado não possuir um representante nacional entre os Membros da Corte. Com isso, busca-se aumentar a confiança das partes no tribunal, pois esses juízes temporários estariam mais familiarizados com as particularidades da situação do Estado não representado. Mas, por incrível que pareça, não se exige que o juiz nomeado seja, necessariamente, nacional do Estado

³⁷³ Leciona Cançado Trindade: “A CIJ veio a existir juntamente com as Nações Unidas, a partir da decisão tomada, no sentido da criação de um tribunal internacional novo, pela Conferência de São Francisco de 1945. A própria Carta das Nações Unidas (artigo 92) se refere à CIJ como “órgão judicial principal” das Nações Unidas. Seu Estatuto, no entanto, baseou-se amplamente no Estatuto da anterior CPJI, originalmente redigido por um Comitê Consultivo de Juristas (convocado pela Liga das Nações), em junho-julho de 1920. Mas a CIJ se distingue de sua predecessora, pois se incorporou às Nações Unidas, e seu Estatuto constitui parte integrante da Carta das Nações Unidas: os dois devem ser tidos como um todo”. (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Contribuição dos Tribunais Internacionais à Evolução do Direito Internacional Contemporâneo. O Direito Internacional e o primado da justiça*. Renovar: Rio de Janeiro, 2014, p. 14-15)

³⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/>>. Acesso em: 15 set. 2016.

³⁷⁵ Na composição atual (2016), os quinze juízes se distribuem pelos continentes: 3 da África (Marrocos, Somália e Uganda), 3 das Américas (Brasil, Estados Unidos e México), 4 da Europa (Eslováquia, França, Itália e Reino Unido), 4 da Ásia (China, Índia, Japão e Rússia), e 1 da Oceania (Nova Zelândia).

que o designou (e muitas vezes não é). Assim, a utilização de um juiz *ad hoc* é uma faculdade concedida às partes, sendo que a sua participação reste limitada ao julgamento daquele caso específico.³⁷⁶

Segundo o Estatuto da CIJ (artigo 2º), os magistrados titulares devem ser escolhidos entre pessoas que gozem da mais alta consideração moral e que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais altas funções judiciais em seus respectivos países ou que sejam jurisconsultos de reconhecida competência em matéria de direito internacional.³⁷⁷ A Corte possui um Presidente e um Vice-Presidente, eleitos entre seus pares para um mandato de três anos, além de um Secretário (artigo 21 do Estatuto da CIJ). O Tribunal de Haia pode funcionar em sessão plenária ou em câmaras³⁷⁸, compostas de três ou mais magistrados, para julgar determinadas matérias, **como litígios relacionados a questões de trabalho**, trânsito ou comunicações (artigo 26 do Estatuto da CIJ).

Todos os países membros da ONU podem recorrer à CIJ, que pode atuar em casos contenciosos ou através de Pareceres Consultivos, solicitados pelos órgãos da ONU e por alguns organismos especializados. A Corte aplica, em primeiro lugar, as convenções e tratados internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de direito. Subsidiariamente, recorre às decisões judiciais e à doutrina de autores renomados. Todas as sentenças da Corte são definitivas e insuscetíveis de apelação. Se alguma parte não concordar, resta apenas a possibilidade de solicitar uma interpretação ou revisão (se houver fato novo determinante). O descumprimento da sentença pode ser comunicado ao Conselho de Segurança da ONU que pode fazer recomendações ou decidir sobre as medidas a serem adotadas para cumprimento da decisão da CIJ.³⁷⁹

A jurisdição contenciosa da Corte está restrita aos Estados que a aceitam, podendo ser admitida para um caso específico, nos termos do artigo 36 do Estatuto da CIJ³⁸⁰. As controvérsias podem versar sobre: a) interpretação de um tratado; b) qualquer questão de direito internacional; c) existência de fato que constitua violação de obrigação internacional; ou d) natureza ou extensão por reparação devida por inobservância de obrigação internacional (art.

³⁷⁶ MARQUES, D Miguel Ângelo. **Corte internacional de justiça (CIJ): estrutura e competência**. Disponível em: <<http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2016/08/MARQUES-Miguel-%C3%82ngelo.-CIJ-Estrutura-e-compet%C3%A2ncia.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

³⁷⁷ Atualmente, entre os juízes da Corte, está um brasileiro, Antônio Augusto Cançado Trindade, membro do Tribunal desde 2009.

³⁷⁸ Na versão espanhola do Estatuto da CIJ (artigo 26) são chamadas de “Salas”.

³⁷⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Corte Internacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 6 out. 2016.

³⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. **Estatuto**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>>. Acesso em: 6 out. 2016.

36). Em seus julgamentos, a CIJ deve aplicar, conforme o disposto no art. 38 de seu Estatuto: i) as convenções internacionais; ii) o costume internacional; iii) os princípios gerais de direito); e iv) as decisões judiciais e as doutrinas de autores renomados.

Desde 1946, a Corte proferiu mais de 100 sentenças³⁸¹, e as principais questões dirimidas referem-se a violações de direito humanitário internacional, fronteiras terrestres, delimitações marítimas, soberania territorial, não-ingerência em assuntos internos dos Estados, relações diplomáticas, nacionalidade e direito econômico. Leonardo Nemer Caldeira Brant explica a importância da sentença da CIJ:

A autoridade da sentença da C.I.J pode ir além das partes e do caso decidido, tendo em vista sua aptidão para revelar ou inspirar a formação do direito internacional. [O] art. 38, §1º d(d), do Estatuto da C.I.J., prevê o caráter não vinculante das decisões jurisdicionais precedentes e, por consequência, sua utilização como meio de auxiliar de determinação das regras de direito. Essa interpretação formal está de acordo com o previsto no art. 59 do Estatuto da C.I.J e se justifica no fato de que, temendo que o precedente vinculante aportasse à Corte uma grande influência sobre o desenvolvimento do direito internacional, os Estados delegaram à principal jurisdição das Nações Unidas a competência exclusiva para declarar o direito e não para cria-lo.³⁸²

Embora definitivas e inapeláveis, é possível pedir revisão das sentenças proferidas pela CIJ se surgir um fato novo decisivo e desde que o desconhecimento dele não tenha se dado por negligência da parte interessada (artigo 61 do Estatuto da CIJ). Todavia, esse expediente não obteve “a mesma aceitação que a demanda de interpretação, e a revisão permaneceu como um recurso de natureza excepcional e raramente utilizado no âmbito da principal jurisdição das Nações Unidas”, conforme ensina Leonardo Nemer Caldeira Brant.³⁸³

Conforme disposto nos artigos 65 a 68 do Estatuto da CIJ, esta pode emitir opiniões consultivas a respeito de qualquer questão jurídica, por solicitação de qualquer organismo autorizado pela Carta das Nações Unidas, ou de acordo com suas disposições. As solicitações

³⁸¹ Quase todas foram integralmente cumpridas pelos Estados envolvidos. Conforme o disposto no artigo 94 da Carta das Nações Unidas, cada membro se compromete a cumprir a decisão da CIJ em todo litígio em que for parte. Se uma das partes deixar de cumprir as obrigações impostas na sentença, a outra parte pode recorrer ao Conselho de Segurança da ONU, que poderá, se necessário, fazer recomendações ou impor medidas para tornar concreto o objeto da decisão. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-xiv/index.html>>. Acesso em: 6 out. 2016)

³⁸² BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. O Alcance do Consentimento como Fundamento da Autoridade da Sentença da Corte Internacional de Justiça. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patrícia; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (Coord). **Estudos: Direito Público – Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso**. Prefácio Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Lex Magister, 2012, p. 476-477.

³⁸³ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte Internacional de Justiça e a construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte: O Lutador, 2005, p. 431-432.

devem ser feitas por escrito. Tão logo receba uma solicitação de opinião consultiva, o Secretário da Corte deve notificar todos os Estados que tenham direito de comparecer perante a Corte, bem como as organizações internacionais pertinentes. A Corte pronunciará suas opiniões consultivas em audiência pública, observando-se prévia notificação ao Secretário Geral das Nações Unidas e aos representantes dos Membros das Nações Unidas, de outros Estados e das organizações internacionais diretamente interessadas. No exercício das funções consultivas, a Corte se guiará pelas disposições do Estatuto que regem o procedimento em matéria contenciosa, na medida em que a própria Corte as considere aplicáveis.³⁸⁴ Já foram proferidas pela CIJ mais de 30 opiniões consultivas.

Algumas características dessa Corte, no entanto, dificultam a defesa dos direitos sociais, embora não a impeçam. Uma delas é que não possui a função de examinar demandas apresentadas por particulares, mas somente por Estados³⁸⁵. Nos sistemas regionais americano, europeu e africano, as ações podem ser protocoladas por pessoas físicas, embora no sistema interamericano tenha que passar necessariamente pela Comissão antes de chegar à Corte respectiva. Ocorre que as queixas relativas aos direitos sociais, normalmente, são feitas por indivíduos, com a pretensão de terem seus bens jurídicos respectivos preservados. Raramente os Estados se arvoram em reclamar de outro nesse particular, a menos que se sintam lesados pelo descumprimento de um tratado por outro. Por isso, a atuação da CIJ nesse tema tem sido muito restrita.

De toda forma, embora rara a tratativa do tema, podemos citar uma opinião consultiva e uma decisão em matéria contenciosa que, de certo modo, tratam direta ou indiretamente de questões sociais.

³⁸⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. **Estatuto**. Disponível em: <<http://www.un.org/es/documents/iccjstatute/chap4.htm>>. Acesso em: 6 out. 2016

³⁸⁵ Cançado Trindade critica a limitação da CIJ aos casos interestatais. Segundo o doutrinador e juiz da Corte de Haia: “O caráter exclusivamente inter-estatal do contencioso ante a CIJ definitivamente não se tem mostrado satisfatório. Ao menos em alguns casos, relativamente à condição de indivíduos, a presença destes últimos (ou de seus representantes legais), para apresentar, eles próprios, suas posições, teria enriquecido o procedimento e facilitado o trabalho da Corte. Recordem-se, como exemplos a esse respeito, o caso clássico *Nottebohm* sobre dupla nacionalidade (Liechtenstein *versus* Guatemala, 1955), e o caso relativo à *Aplicação da Convenção de 1902 sobre a Guarda de Menores* (Holanda *versus* Suécia) [...], ou ainda os casos *Breard* (Paraguai *versus* Estados Unidos, 1998) e *LaGrand* (Alemanha *versus* Estados Unidos). Em todos esses casos, não há como deixar de reconhecer que o elemento predominante é precisamente a situação concreta de seres humanos, e não meras questões abstratas de interesse exclusivo dos Estados litigantes em suas relações *inter se*. A artificialidade do caráter exclusivamente inter-estatal do contencioso ante a CIJ é, pois, claramente revelada pela própria natureza de determinados casos submetidos à sua consideração”. (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e a capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: JORNADAS DE DERECHO INTERNACIONAL. Washington, D.C.: Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 2002, p. 311-347, p. 324). Certamente há o receio de que a abertura para peticionamento individual aumente demasiadamente a entrada de demandas na CIJ, como ocorreu no TEDH, o que poderia inviabilizá-la. Todavia, nada impede que haja um aprimoramento de seu sistema, a nosso ver.

Na Opinião Consultiva nº 2867 da CIJ, o Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola (FIDA) solicitou à CIJ que se pronunciasse acerca de um julgamento realizado pelo Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho³⁸⁶. No caso, um membro da equipe do Mecanismo Global da Convenção das Nações Unidas de combate à desertificação nos países afetados por seca grave ou desertificação (Srta. S-G) firmou contrato de trabalho que teve prazo de vencimento expirado em 15 de março de 2006. Com a não renovação do contrato, a demandante formulou pedidos em órgãos do FIDA para que fosse reintegrada aos órgãos do mencionado Mecanismo Global, o que foi rejeitado pelo Presidente do Fundo. A trabalhadora apresentou queixa ao Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho pedindo a sua reintegração por um período mínimo de 2 anos no antigo posto ou equivalente, além de compensação pelas perdas decorrentes da não renovação do contrato de trabalho. No julgamento, o Tribunal Administrativo da OIT anulou a decisão do Presidente do FIDA e ordenou o pagamento de danos morais e custos, em valores correspondentes aos salários do período pretendido. O Conselho Executivo do FIDA questionou o julgamento do Tribunal Administrativo da OIT, tendo sido o respectivo pedido de Opinião Consultiva recebido pela Secretaria da CIJ em 26 de abril de 2010. Após analisar a situação, a CIJ entendeu, ao final, ser válida a decisão adotada pelo Tribunal Administrativo da OIT.³⁸⁷

Em relação à decisão em questão contenciosa, vale trazer à baila o caso conhecido como “*Jurisdictional Immunities of the State*”³⁸⁸, envolvendo Itália e Alemanha. Na situação debatida, a Alemanha alegou que a Itália teria violado seu direito internacional à imunidade de jurisdição ao admitir e julgar ações cíveis intentadas contra aquela nação nos tribunais italianos, que buscavam reparação por danos causados por violações de direito humanitário internacional, supostamente cometidas pelo Reich alemão durante a Segunda Guerra Mundial. A questão envolveu trabalho forçado durante a guerra. Por maioria, a CIJ entendeu que a Itália violara o direito à imunidade do Estado alemão ao admitir ações reparatórias por danos contra o direito humanitário em face desse Estado no âmbito de sua jurisdição doméstica e, ainda, que aquela violação ocorrera em razão de atos de constrição determinados e considerados executáveis pelos

³⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. **Opinião Consultiva nº 2867**. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2015/04/CASO-N.-2867.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2016.

³⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. **Opinião Consultiva nº 2867**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/146/16872.pdf#view=FitH&pagemode=none&search=%222867%22>>. Acesso em: 6 out. 2016.

³⁸⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. **Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=143&p3=4>>. Acesso em: 6 out. 2016.

tribunais italianos em face de bens do Estado alemão. Também por maioria, a Corte considerou que o Estado italiano deve adotar medidas, legislativas ou de outra natureza, para garantir que seus tribunais cessem a violação, bem como se abstenham de praticar atos futuros de violação ao direito à imunidade de jurisdição do Estado alemão. Por unanimidade, a CIJ rejeitou os demais pedidos formulados pela Alemanha. Apesar da decisão plenária da CIJ, vale destacar o voto dissidente do juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade. No caso, o magistrado lembrou que a regulamentação jurídica do trabalho forçado ao tempo da Segunda Guerra Mundial encontrava-se repousada na Convenção nº 29 da OIT. Ressaltou que a referida Convenção deixava claro que os prisioneiros de guerra não podiam ser empregados em atividades desconectadas com operações de guerra ou trabalhos insalubres e perigosos. Além disso, tinham direito de se queixar, sendo que as formas de trabalho mais árduas não poderiam ser usadas como medidas disciplinares. O juiz também salientou que a Convenção nº 29 da OIT e a Convenção sobre Abolição do Trabalho Forçado, de 1957, fazem parte integrante do domínio do *jus cogens*. Cançado Trindade também ressaltou que:

O regime do trabalho forçado, organizado pela Alemanha Nazista, poderia ser equiparado à “escravidão”, dada a presença de elementos constitutivos desse crime, nomeadamente, a sujeição de uma parte da população de um território ocupado, com vistas a realizar trabalhos forçados ou compulsórios, destinados a ser permanentes, e realizados em condições similares à escravidão sob a autoridade de pessoas privadas. As autoridades nazistas alemãs tinham como política deixar morrer os trabalhadores forçados exaustos; algumas vezes, elas matavam os trabalhadores forçados quando não mais podiam trabalhar. Tais circunstâncias fazem com que sua política se enquadre na definição da “escravidão”.³⁸⁹

Assim, embora vencido, Cançado Trindade declarou que a constatação de graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário é critério valioso para a remoção de qualquer barreira à jurisdição, diante do imperativo de se buscar a realização da justiça. De tal modo, era irrelevante se o ato violador era governamental ou um ato privado perpetrado com aquiescência do Estado. E arrematou: “A imunidade do Estado não existe no domínio da reparação por graves violações dos direitos fundamentais da pessoa humana”³⁹⁰.

³⁸⁹ MAIA, Catherine; PRADO, Rafael do. **Opinião dissidente do juiz Cançado Trindade junto ao acórdão da Corte Internacional de Justiça, de 3 de fevereiro de 2012, no caso das imunidades jurisdicionais do Estado (Alemanha c. Itália; Grécia (interveniente))**: tradução do original em língua inglesa para língua portuguesa. Disponível em: <<http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6470/Opinio%20dissidente.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 6 out. 2016.

³⁹⁰ MAIA, Catherine; PRADO, Rafael do. **Opinião dissidente do juiz Cançado Trindade junto ao acórdão da Corte Internacional de Justiça, de 3 de fevereiro de 2012, no caso das imunidades jurisdicionais do Estado**

De tal modo, conquanto seja rara a atuação da CIJ, as situações citadas denotam a possibilidade de enfrentamento de questões envolvendo direitos sociais pela referida Corte. Miguel Montejo³⁹¹ acrescenta ainda que a Corte Internacional de Justiça, nas suas duas competências – contenciosa e consultiva –, tem interpretado os direitos humanos, incluindo os laborais, definindo as obrigações dos Estados em relação a eles. O autor menciona a opinião consultiva da CIJ sobre as *consequências legais da construção do muro no território da Palestina ocupada*, onde se assinala que a construção do muro significa a violação de uma série de direitos, inclusive o direito ao trabalho. Quanto à competência contenciosa, cita o caso *Barcelona Traction*, em que se estabelece a diferença entre as obrigações de um Estado em relação a outros e as obrigações de um Estado frente à comunidade internacional em seu conjunto, reconhecendo deveres *erga omnes*, como a proibição da escravidão e da discriminação como princípios relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Enfim, como acima demonstrado, não se pode desprezar a possibilidade de ação da CIJ na preservação dos direitos sociais. Cumpre salientar que, na visão de Cançado Trindade, a jurisprudência internacional, de modo geral, vem refletindo essa busca corrente pela implementação mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais, o que vem sendo demonstrado pelos “consideráveis avanços logrados nos últimos anos pela concepção da *indivisibilidade* dos direitos humanos”³⁹². Nada impede que a CIJ venha a ser chamada a resolver algum conflito relativo aos trabalhadores migrantes, grande problema mundial atual, oportunidade que terá para fazer valer a força e seu vanguardismo.

3.3.1.2 Órgãos ligados à ONU

Além da Corte Internacional de Justiça, faz-se importante, em âmbito global, destacar também o papel dos organismos que integram a ONU e contribuem para a proteção dos direitos humanos, especialmente os sociais. Apenas compreendendo o sistema de tutela como uma rede

(*Alemanha c. Itália; Grécia (interveniente)*): tradução do original em língua inglesa para língua portuguesa. Disponível em: <http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6470/Opinio%20dissidente.pdf?sequence=1>. Acesso em: 6 out. 2016.

³⁹¹ MONTEJO, Miguel F. Canessa. Los derechos humanos laborales em el derecho internacional. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, v. 23, n. 1, p. 115-144, I Semestre 2012, p. 127.

³⁹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 55.

interconectada e interligada é possível assegurar uma salvaguarda efetiva dos direitos sociais, incluindo os trabalhistas.

É certo que as organizações internacionais, uma vez criadas, passam a ter “vida própria”, e, como pessoas jurídicas de Direito Internacional, passam a externalizar suas próprias decisões por meio de resoluções, de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis. Ao adaptar-se às exigências dos novos tempos, não se conformam a que suas atividades se exaurem nas expressamente previstas, originalmente, em suas cartas constitutivas.³⁹³

O Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC) é um exemplo de atuação que não ficou restrita ao modelo original. O ECOSOC foi instituído pela Carta das Nações Unidas, em seu Capítulo X, com a função de realizar estudos e elaborar relatórios a respeito de assuntos internacionais de caráter econômico, social, cultural, sanitário e outros temas conexos e fazer recomendações a respeito dessas questões à Assembleia Geral, aos membros das Nações Unidas e aos organismos especializados. Além disso, o Conselho (ECOSOC) tem por objetivo promover os direitos humanos, podendo, outrossim, convocar conferências internacionais sobre temática de sua competência (artigo 62). A referida Carta autoriza que o Conselho crie comissões para a promoção dos direitos humanos e para desempenho de suas funções.³⁹⁴

Além dos misteres acima assinalados, o ECOSOC possui o papel de servir como fórum central para o exame dos problemas econômicos e sociais internacionais, de natureza mundial e interdisciplinar. Deve ainda coordenar as atividades dos organismos especializados mediante consultas e por meio da elaboração de recomendações à Assembleia Geral e aos membros das Nações Unidas. Ademais, pode celebrar consultas às organizações não-governamentais que se ocupem dos assuntos pertinentes ao Conselho.³⁹⁵

O ECOSOC desenvolveu, ao longo dos anos, sua compreensão acerca do conteúdo dos DESC e das obrigações impostas aos Estados por meio de suas Observações Gerais, sendo uma das principais a de número 3, que contém os princípios gerais a respeito das obrigações estatais no que concerne ao PIDESC.³⁹⁶

³⁹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das organizações internacionais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 528.

³⁹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-x/index.htm>>. Acesso em: 6 out. 2016.

³⁹⁵ RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA ONU Y DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE REFUGIADOS. México, D. F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, tomo V, p. 42-43.

³⁹⁶ BILCHITZ, David. **Poverty and Fundamental Rights: the Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights**. Oxford: University Press, 2008, p. 183.

Roberto Garretón narra que, em 1946, o mencionado Conselho Econômico e Social (ECOSOC) da ONU, em conformidade com o artigo 68 da Carta das Nações Unidas, criou a Comissão de Direitos Humanos, numa primeira composição com 9 peritos, que passou depois, no mesmo ano, a um total de 18, sendo um por Estado membro do ECOSOC. Também em 1946, o ECOSOC autorizou a Comissão a se subdividir em Comissões sobre liberdade de imprensa, proteção das minorias e prevenção de discriminação, sendo que essas duas últimas se fundiram numa subcomissão de prevenção de discriminação e proteção das minorias. Essa subcomissão tem trabalhado realizando estudos à luz da DUDH e fazendo recomendações para prevenir discriminações. Grupos de trabalho têm sido criados para auxiliar na atuação, podendo ser mencionado, em especial, o referente às formas contemporâneas de escravidão. Em 1990, seus membros passaram a 53, de forma a permitir uma representação mais equitativa dos grupos regionais.³⁹⁷

Apesar de o PIDESC não ter criado um órgão de controle específico, coube ao ECOSOC a tarefa de constituir um Comitê com o fito de levar a cabo as funções de vigilância do cumprimento dos DESC pelos Estados membros da ONU. Conta-nos Joaquín Rivera que, da década de 1950 à de 1980 do século passado, os países que se opuseram à criação do Comitê DESC – curiosamente – foram os socialistas, justamente aqueles que defendiam uma visão social dos direitos humanos através do PIDESC. Por outro lado, os Estados Unidos, que sustentavam uma posição liberal, foram partidários da criação do Comitê DESC, juntamente com as nações da América Latina e de outros países europeus. Não obstante, na presidência de Ronald Reagan, os EUA votaram contra a resolução que estabeleceu o mencionado Comitê.³⁹⁸

Nesse contexto, o Comitê DESC se estabeleceu em virtude da Resolução 1985/17, de 28 de maio de 1985, advinda do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, a fim de desempenhar as funções de supervisão do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais conforme disposto na Parte IV deste.

Um dos objetivos principais do Comitê DESC é estabelecer um diálogo construtivo por meio do sistema de relatórios como forma de auxiliar os Estados a cumprir as obrigações derivadas do PIDESC. Desse modo, o Comitê DESC assinala aos Estados as áreas de preocupação e faz as respectivas recomendações, sem necessidade de recorrer a declarações

³⁹⁷ GARRETÓN, Roberto. La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal. In: LÓPEZ, DANILO ERNESTO FLORES (Comp.). **Estudios sobre Derechos Humanos**. San Salvador, El Salvador: FESPAD, 2004, p. 107-135, p. 117-118.

³⁹⁸ MEJÍA RIVERA, Joaquín A. **La exigibilidad de los DESC en el ámbito convencional de la ONU**. Tegucigalpa: Editorial Casa San Ignacio, 2011, p. 153.

formais de não cumprimento ou de violação, como é feito num sistema de comunicações individuais. Por sua vez, esse sistema de comunicações ou petições individuais possui caráter facultativo e, geralmente, é considerado como meio mais efetivo para garantir a proteção dos direitos humanos.³⁹⁹

Em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, o Comitê DESC da ONU tem consolidado uma estrutura tripartida das obrigações quanto a esse tipo de direitos. Segundo o Comitê, o que tem sido abraçado pela doutrina, é preciso: 1) respeitar; 2) proteger e 3) cumprir os direitos econômicos, sociais e culturais. Sobretudo em relação ao cumprimento, a atuação das cortes internacionais se faz fundamental. Conforme Christian Courtis, a obrigação de *respeitar* os DESC importa no cumprimento de uma obrigação de caráter negativo por parte de qualquer órgão ou funcionário estatal ou de uma instituição pública. A obrigação de *protegê-los*, por sua vez, é observada com a adoção de medidas legislativas ou de outra índole destinadas a impedir que terceiros (particulares, grupos, empresas, entidades, etc.), diminuam o desfrute dos DESC. Por fim, a obrigação de *cumprir* se refere a três situações específicas: i) facilitar (os Estados devem adotar medidas positivas que permitam e ajudem os particulares e as comunidades a exercerem os DESC); ii) promover (os Estados devem difundir informações de modo adequado a respeito dos DESC); iii) garantir – e aqui entra o papel indispensável dos tribunais protetores dos direitos humanos quando o Estado se mostra insuficiente para tanto – (implica o dever de fazer efetivos os DESC nos casos em que os particulares ou grupos não estão em condições de exercerem por si mesmos esses direitos com os meios disponíveis).⁴⁰⁰

De tal forma, sem prejuízo da atuação das cortes internacionais de justiça, a atividade desses outros organismos internacionais colaboram para a efetiva proteção dos direitos sociais, inclusive pela análise dos relatórios dos países no que se refere ao cumprimento dos DESC, assim como pelas recomendações que podem ser feitas por esses órgãos complementares.

³⁹⁹ MEJÍA RIVERA, Joaquín A. **La exigibilidad de los DESC en el ámbito convencional de la ONU**. Tegucigalpa: Editorial Casa San Ignacio, 2011, p. 161-162.

⁴⁰⁰ COURTIS, Christian. Prólogo. **Manual sobre justiciabilidade de derechos sociales para jueces de Iberoamérica**. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2009, p. 31-33.

3.3.1.3 Mecanismos de controle da OIT

Embora faça parte da ONU, a OIT, pela importância na proteção dos direitos laborais, merece um tópico separado.

Vale salientar, *ab ovo*, que a OIT nunca se importou com a divisão teórica e artificial entre as categorias de direitos contidas nos dois Pactos Internacionais da ONU. Nessa toada, os mecanismos de supervisão da OIT têm reiterado frequentemente que os direitos contidos em suas normas somente podem ser gozados quando os direitos humanos forem respeitados de modo geral na sociedade, conforme as lições de Lee Swepston.⁴⁰¹

Conforme a sua Constituição, a OIT possui três órgãos essenciais: uma Conferência Geral constituída por representantes dos Estados Membros, um Conselho de Administração e uma Repartição Internacional do Trabalho (artigo 2º). Além desses, possui um Tribunal Administrativo (no tópico da CIJ tratamos de uma decisão proferida por este). Ademais, é importante salientar que, de acordo com o mesmo artigo 37, em seu item 1, “quaisquer questões ou dificuldades relativas à interpretação da presente Constituição e das convenções ulteriores concluídas pelos Estados-Membros, em virtude da mesma, serão submetidas à apreciação da Corte Internacional de Justiça”.⁴⁰²

De acordo com Cançado Trindade, a OIT se destaca, de modo singular, por suas atividades de controle plasmadas num sistema de fiscalização aplicável tanto às sucessivas convenções e numerosas recomendações adotadas pela OIT como em relação a determinadas normas enunciadas em sua Constituição.⁴⁰³

Assim, entre seus órgãos, a OIT possui Comitês que auxiliam na supervisão de suas normas. O trabalho deles, no entanto, baseia-se mais no diálogo e na pressão pacífica do que em sanções propriamente ditas. Juridicamente, não existe tribunal internacional dentro da OIT que tome decisões vinculantes a respeito de suas normas (embora o artigo 37 de sua Constituição autorize a criação de um órgão judicial para resolver questões ligadas à

⁴⁰¹ SWEPSTON, Lee. Justiciabilidad de derechos económicos, sociales y culturales: la experiencia de la OIT. In: CONSTRUYENDO UNA AGENDA PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES. San José: CEJIL, 2004, p. 25-47, p. 27.

⁴⁰² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição (Declaração de Filadélfia)**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 6 out. 2016.

⁴⁰³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das organizações internacionais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 569.

interpretação de suas convenções)⁴⁰⁴. Essa lacuna existente em relação ao seu feixe normativo acaba sendo suprida, de certo modo, pelas cortes internacionais, porém ainda de forma muito esporádica e tímida. De qualquer maneira, não se pode desprezar o importante trabalho realizado pelos organismos de supervisão que auxiliam na busca da conformidade entre a legislação dos países membros e a normatividade emanada da OIT.

Um dos órgãos é a Comissão de Peritos da OIT para Aplicação das Convenções e Recomendações, que, conforme Buerghenthal, possui um papel pioneiro na supervisão do cumprimento dos tratados de direitos humanos. Por isso, segundo ele, o referido órgão merece um lugar especial entre os mecanismos de proteção internacional.⁴⁰⁵ Essa Comissão tem desenvolvido, inclusive, uma “jurisprudência” abrangente a respeito das convenções e recomendações da OIT. Além dessa Comissão, sobressai-se o Comitê de Liberdade Sindical⁴⁰⁶ da OIT, que se caracteriza por ser um órgão tripartite do Conselho de Administração, composto por nove membros titulares (três representantes dos governos, três dos trabalhadores e três dos empregadores) e nove suplentes (divididos da mesma forma), além de um presidente independente. Tem por função examinar as queixas de violação da liberdade sindical e submete as suas conclusões e recomendações ao Conselho de Administração. Podem ser apresentadas queixas independentemente se o Estado está ligado às convenções relacionadas à liberdade sindical.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO E DIREITO INTERNO: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011, p. 67.

⁴⁰⁵ BUERGENTHAL, Thomas. **The inter-american human rights system**. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087817.pdf>, p. 23. Acesso em: 6 out. 2016.

⁴⁰⁶ Historia Lee Swepston que, em 1947, a Conferência Internacional do Trabalho adotou, como resultado de iniciativas do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), uma resolução pela qual convidou o Conselho de Administração a examinar a possibilidade de criar um órgão especial para a proteção dos direitos sindicais, dada a sua importância. Em janeiro de 1950, o Conselho de Administração decidiu, assim, criar uma Comissão de Investigação e Conciliação em matéria sindical para examinar queixas apresentadas pelo referido Conselho quando considerar uma investigação justificada e o Governo consentir com isso (caso não tenha ratificado a Convenção sobre liberdade sindical). Esse consentimento, no entanto, inviabilizou a atuação da Comissão por muitos anos. Surge, nesse contexto, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT como órgão de filtro para a mencionada Comissão. Na prática, começou a recomendar rapidamente ao Conselho de Administração que advertisse os Governos sobre as anomalias que verificava. E, assim, passou o CLS a examinar as queixas sem requerer o consentimento do Governo aludido, o que proporcionou o funcionamento adequado do Comitê. Para funcionamento, o CLS da OIT se compõe de nove titulares e nove suplentes, e se reúne três vezes por ano, em Genebra. As queixas somente podem ser apresentadas por Governos ou por organizações de empregadores ou trabalhadores. O CLS examina casos relativos à legislação aplicável aos sindicatos, negociação coletiva e greve, e mais frequentemente questões relativas a medidas concretas que afetem sindicatos e, em particular, os trabalhadores (SWEPSTON, Lee. *Justiciabilidad de derechos económicos, sociales y culturales: la experiencia de la OIT*. In: *CONSTRUYENDO UNA AGENDA PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES*. San José: CEJIL, 2004, p. 25-47, p. 35-37).

⁴⁰⁷ MANUAL SOBRE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES INTERNACIONALES DEL TRABAJO. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1995, p. 36.

Dessa forma, a OIT auxilia no cumprimento dos direitos laborais, mediante seus mecanismos de supervisão que, de certa forma, acabam suprimindo a falta de um tribunal internacional especializado na aplicação das normas advindas da referida *Organização*.

3.3.2 A proteção dos direitos sociais nos sistemas regionais

3.3.2.1 Questões gerais

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos cobrem três partes do mundo atualmente: África, América e Europa. Assim, se os direitos não são respeitados internamente em algum país desses continentes, entram em cena os sistemas global e regional de tutela. Nessa toada, os sistemas regionais africano, americano e europeu compõem os modelos de integração regional, sendo que, no caso da África, a sua organização matriz está na União Africana (UA), no da América, na Organização dos Estados Americanos (OEA) e, no da Europa, no Conselho da Europa. Existem organismos de integração regional em outras partes do planeta, mas sem uma atribuição específica de proteção para os direitos humanos em funcionamento. Os sistemas regionais permitem que se leve em conta os valores da região, apesar do risco disso comprometer a ideia de universalidade dos direitos humanos. Por outro lado, a vantagem desses modelos se encontra nos mecanismos de cumprimento de seus tratados.⁴⁰⁸

3.3.2.1.1 O sistema interamericano e a proteção aos direitos sociais

O elemento normativo que permite a justiciabilidade dos direitos sociais no sistema interamericano advém das regras jurídicas criadas pela OEA. É importante considerar que o marco identitário de uma regra como integrante do aparato normativo do sistema interamericano é a sua origem ou criação, e não sua aplicação dentro desse sistema. Isso responde a uma necessidade heurística que permite identificar *o interamericano* no âmbito normativo e distingui-lo do normativo em outros sistemas internacionais de proteção dos

⁴⁰⁸ HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparación Esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: una actualización. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, año 3, n. 4, p. 165-173, 2006, p. 165-166.

direitos humanos. Acresce-se que esse elemento normativo não inclui as normas de âmbito doméstico dos Estados. Por outro lado, abrange as normas de *ius cogens*, o costume internacional, tratados, declarações, princípios gerais de direito, resoluções adotadas no marco da OEA, atos unilaterais de Estado e normas de direito emergente (*soft laws*).⁴⁰⁹ Cumpre salientar que o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH) conecta Estados marcados pela exclusão social, além de abranger alguns países que possuem “democracias em fase de consolidação, resquícios de regimes ditatoriais, e uma cultura marcada pela violência e impunidade. Tais fatores impõem à América Latina um duplo desafio: romper com um legado ditatorial e consolidar o regime democrático”.⁴¹⁰

Nesse contexto, o sistema interamericano de Direitos Humanos compõe-se pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que serão detalhadas adiante. Passamos, primeiro, ao estudo da Corte.

3.3.2.1.1.1 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua atuação na tutela dos direitos sociais

Relata Manuel Robles que o primeiro indício de uma clara vontade de se ter uma proteção internacional dos direitos humanos no sistema interamericano se deu na Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz, ocorrida na Cidade do México, em 1945. Por meio da Resolução XL, encomendou-se ao Comitê Jurídico Interamericano a redação de um anteprojeto de “Declaração de Direitos e Deveres Internacionais do Homem”, a fim de que fosse analisado pela Conferência Internacional de Jurisconsultos, que não chegou a ocorrer. De todo modo, o anteprojeto foi submetido na 9ª Conferência Internacional Americana, celebrada em Bogotá, no ano de 1948⁴¹¹. Nesse contexto, ocorreu o marco inicial, de fato, do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em tal Conferência. Mais tarde, em 1959, foi criada a Comissão

⁴⁰⁹ LA JUSTICIABILIDADE DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 12-16.

⁴¹⁰ GOMES, Eduardo Biacchi; MORAES, George Rezende. A capacidade processual dentro da Corte Interamericana de Direitos Humanos como instrumento de concretização de direitos. In: DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA AMÉRICA DO SUL. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 54.

⁴¹¹ ROBLES, Manuel E. Ventura. Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 537.

Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que teve sua primeira sessão em 1960. Em 1965, a Comissão já estava autorizada a examinar reclamações e petições a casos específicos de violações aos direitos humanos. Como veremos mais adiante, seu papel e sua demanda cresceram exponencialmente no decorrer do tempo. A Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, começando a vigor em 1978, quando o número mínimo de ratificações foi atingido. Junto da Convenção, foi instituída a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).⁴¹² A partir de sua criação, a Corte tem se destacado no cenário internacional por suas decisões, especialmente aquelas referentes à sua função consultiva, quando promove a interpretação da CADH, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica. A sua atuação, no entanto, depende da aceitação de sua jurisdição pelo Estado envolvido, que deve ser expressa.⁴¹³

Assim, a Corte IDH, com sede em San José, em Costa Rica, constitui um dos três tribunais regionais de proteção dos direitos humanos, ao lado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Corte ADHP). Compõe-se de sete juízes⁴¹⁴, nacionais dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, eleitos a título pessoal entre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam

⁴¹² VELOSO, Pedro Augusto Franco. Efetivando o Sistema Interamericano: Os Procedimentos Para Acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Trâmite Até a Corte. In: OLIVEIRA, Márcio Luís (Coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos** – Interface com o Direito Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 106 e 107.

⁴¹³ ARAUJO, Nadia de. A influência das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. In: DIREITO, Menezes Alberto Carlos; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. (Coord.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo** – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: RENOVAR, 2008, p. 576.

⁴¹⁴ A quantidade de juízes da Corte IDH precisa ser revista, a nosso ver. Enquanto a Corte Europeia, como se verá, é composta de um juiz de cada nacionalidade do Conselho da Europa, a Corte IDH possui apenas sete juízes. Desse modo, resta inviabilizada a necessária representatividade plural de uma corte internacional. Ademais, a origem dos juízes, normalmente, não representa as diversas classes e culturas, prejudicando a defesa de certos ideais. Nesse sentido, merecem ser destacadas as críticas de José Luiz Quadros de Magalhães: “É necessário recuperar a ideia do pluralismo metodológico para entendermos a novidade do direito plurinacional e da repetição do direito internacional moderno. O importante para garantir a diversidade não é simplesmente garantir a diversidade de nacionalidade dos juízes que integram as cortes (tribunais) internacionais. De nada adianta a existência de juízes de diferentes nacionalidades se estes juízes estão falando do mesmo lugar. Nada muda se juízes mexicanos, brasileiros, franceses, ingleses, indonésios, angolanos ou qualquer outra nacionalidade participam de tribunais internacionais, se estas pessoas, estes juízes, estão falando do mesmo lugar, da mesma tradição teórica, da mesma percepção do mundo. Um tribunal internacional neste sentido moderno é muito pobre, pois a diversidade se resume a um aspecto formal de nacionalidades distintas. Quando falamos em diversidade, estamos falando em compreensões de mundo diferentes, em paradigmas distintos, em epistemologias e filosofias diversas” (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Estado plurinacional e direito internacional. Coleção Para Entender. Coordenador da Coleção: Prof. Leonardo Nemer Caldeira Brant. Curitiba: Juruá, 2012, p. 88).

nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos (artigo 52). O mesmo dispositivo proíbe a coexistência de dois juízes de mesma nacionalidade. Segundo as regras da Convenção, somente os Estados-partes e a CIDH podem submeter casos à decisão da Corte (artigo 61). A competência da Corte se refere a qualquer caso relativo à interpretação e à aplicação dos dispositivos da CADH, desde que os Estados-partes envolvidos tenham reconhecido a competência dela, seja por declaração especial ou por convenção especial, e, ainda, desde que esgotados os procedimentos perante a mencionada Comissão (artigos 48, 49, 50, 61 e 62 do Pacto de San José da Costa Rica)⁴¹⁵.

A Corte IDH tem por objetivo interpretar e aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos. Possui funções contenciosa⁴¹⁶ (artigo 62 da CADH) e consultiva (artigo 64). Segundo o seu Estatuto, possui um Presidente e um Vice-Presidente eleitos entre os pares para um mandato de dois anos, podendo haver reeleição (artigo 3). Também possui um Secretário, que será eleito para um período de cinco anos, podendo ser reeleito (artigo 7). A Corte realiza sessões ordinárias em datas previamente fixadas e também podem ser convocadas sessões extraordinárias pela Presidência, por iniciativa própria ou a pedido da maioria dos juízes. O quórum para deliberação é de cinco juízes (artigo 14). A Corte realiza audiências para instrução dos processos, que, em geral, são públicas, salvo se o Tribunal entender pertinente que sejam privadas. Todavia, as deliberações são secretas (artigo 15) e posteriormente publicadas. As decisões são tomadas por maioria dos juízes presentes e, em caso de empate, prevalece o voto da Presidência (artigo 16). São definitivas e irrecorríveis, além de serem vinculantes para os Estados que aderiram à competência contenciosa da Corte. Excepcionalmente, em qualquer fase do processo, quando se tratar de casos de extrema gravidade e urgência ou quando for necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte pode, *ex officio*, ordenar medidas provisórias que entender pertinentes (artigo 63.2 da CADH).⁴¹⁷

Juana Rivas elenca os direitos humanos que permitem a proteção direta dos DESC perante a Corte IDH: proibição da escravidão e da servidão (artigo 6º da CADH), liberdade de

⁴¹⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

⁴¹⁶ Atualmente (2016), são vinte os Estados que reconhecem a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai.

⁴¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Regulamento**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

associação (artigo 16 da CADH), proteção à família (art. 17 da Convenção) e os direitos da criança (art. 19 da mesma Convenção). No que concerne à proteção indireta, a Corte, segundo a autora, tem desenvolvido uma importante jurisprudência. Essa proteção está vinculada “a uma interpretação transversal da dignidade da pessoa humana, que compreende os supostos nos quais a análise de caso se sustenta na interpretação do conteúdo e alcance dos direitos entendidos tradicionalmente como civis e políticos”.⁴¹⁸

Entre os casos decididos pela Corte IDH referente aos DESC, merece relevo o caso conhecido como dos “Cinco Aposentados (Pensionistas) *versus* Peru”. Na situação fática em questão, a demanda foi apresentada pela CIDH à Corte IDH com base no artigo 51 da CADH, para se verificar se o Estado peruano violara os artigos 21 (direito à propriedade privada), 25 (proteção judicial) e 26 (desenvolvimento progressivo) da CADH⁴¹⁹, entre outros dispositivos. O exemplo é um dos poucos em que o artigo 26 é examinado expressamente, embora não tenha sido considerado violado. Na situação analisada, as vítimas recebiam benefícios previdenciários conforme a legislação peruana, mas essas prestações perderam substancialmente o poder de compra com o passar dos anos. O sistema que era público passou a ser privado e, em dado momento, a aposentadoria foi reduzida a 1/6 do montante que percebia. A competência da Corte IDH ficou estabelecida porque o Peru é Estado Parte na Convenção Americana e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 1981. No mérito, a Corte IDH reconheceu a violação ao direito à propriedade, por causa da mudança arbitrária dos valores das pensões e do não cumprimento das sentenças internas por parte do Peru. Quanto ao artigo 25 da CADH (proteção judicial), este também fora violado, na medida em que foram descumpridas as sentenças proferidas pela Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça do Peru, mesmo depois de quase oito anos de sua emissão. Para a Corte IDH, os fatos ocorridos causaram danos aos pensionistas, uma vez que diminuiriam a qualidade de vida deles ao reduzirem substancialmente os seus recebimentos de maneira arbitrária, considerando ainda o descumprimento das sentenças a eles favoráveis. Importa salientar o conceito de qualidade de

⁴¹⁸ RIVAS, Juana María Ibañez. La dignidad humana y los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **El respecto a la dignidad de la persona humana**. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2015, p. 183-211, p. 199.

⁴¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Cinco Aposentados (Pensionistas) versus Peru**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=en>. Acesso: em 6 out. 2016.

vida, denominador comum dos DESC. Por isso, a Corte IDH estimou que o dano moral causado deveria ser reparado conforme a equidade.⁴²⁰

O ponto mais relevante da sentença (especialmente para a nossa tese) é a abordagem feita em relação ao artigo 26 da CADH. A Corte IDH, apesar de reconhecer que houve redução do valor das pensões, não considerou que houve violação do mencionado dispositivo, porque entendeu que o desenvolvimento progressivo dos DESC deve ser levado em conta em relação ao conjunto da população, e não especificamente a um grupo limitado de aposentados, como era o caso. Christian Courtis critica tal entendimento, asseverando que a Corte IDH não possui competência para analisar informes sobre a situação dos DESC nos países sujeitos à sua jurisdição, tampouco para avaliar o gozo desses direitos sobre o “conjunto da população”. A obrigação da Corte, diz o autor, a leva a avaliar reclamações individuais ou plúrimas, e dificilmente pode se colocar diante de uma situação que envolva o conjunto populacional sem individualizar as vítimas concretas.⁴²¹

Ao final, a Corte IDH considerou violados os artigos 1.1 e 2 da CADH, pois o Estado peruano infringira as obrigações de respeitar os direitos e as liberdades reconhecidos no âmbito da Convenção, além de ter deixado de dar efetividade às disposições do direito interno, bem como entendeu ter havido infringência aos artigos 21 e 25 da mesma Convenção e condenou o Peru a pagar indenizações às vítimas.

Vale ressaltar o voto concordante fundamentado do juiz Sergio García Ramírez, mormente no que diz respeito à progressividade dos DESC. Segundo o julgador, o tema é novo e a Corte IDH ainda não teve a “oportunidade de entrar de cheio nesta última matéria”. Além disso, afirmou:

Cabe supor que a Corte poderá examinar esta relevante matéria no futuro. Haverá ocasião, pois, de sublinhar novamente a hierarquia destes direitos, que não possuem menor categoria que os civis e políticos. A rigor, ambas as categorias se complementam mutuamente e constituem, em seu conjunto, o “estatuto básico” do ser humano na hora atual. O Estado, comprometido a observar sem condição nem demora os direitos civis e políticos, deve aplicar o maior esforço à pronta e completa efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, dispondo para tanto dos recursos a seu alcance e evitando retrocessos que prejudicariam esse “estatuto básico”.

⁴²⁰ ROBLES, Manuel E. Ventura. Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, n. 56, p. 139-156, jul./dic. 2012, p. 151.

⁴²¹ COURTIS, Christian. La jurisprudencia de la Corte IDH. **Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario**. Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, p. 658.

Este caso não permitiu avançar em tema tão relevante, pelas razões mencionadas ao final do capítulo IX da Sentença.⁴²²

A nosso sentir, a Corte IDH perdeu uma grande chance de reconhecer a violação dos DESC pela via do artigo 26 da CADH. Ao constatar que o Estado peruano tomou medida que resultou na redução de um direito social, ficou claro que a progressividade prevista no mencionado artigo 26 foi desconsiderada. O impacto social da medida é muito maior do que o percebido na esfera restrita das vítimas e de suas famílias, pois a lesão a um direito humano representa uma afronta à dignidade humana, sendo toda a sociedade afetada, e não somente os indivíduos diretamente atingidos. Portanto, entendemos que a Corte IDH precisa evoluir nesse ponto, e acreditamos que isso acontecerá no futuro, seguindo a tendência de fortalecimento dos direitos sociais nos dias atuais.

No caso "Acevedo Buendía e outros *versus* Peru"⁴²³, a Corte IDH também considerou que houve descumprimento estatal aos valores ordenados pelos órgãos judiciais internos, mas disse que não encontrava motivos para declarar o descumprimento do artigo 26 da CADH. De todo modo, segundo Laurence Burgorgue-Larsen, o caso em tela faz parte do rol das “grandes decisões” da Corte de San José porque é a primeira sentença que toma posição clara acerca do alcance da cláusula de progressividade.⁴²⁴

A referida demanda foi submetida pela CIDH à Corte IDH em razão de denúncia feita por integrantes da Associação de Desempregados e Aposentados da Controladoria Geral da República do Peru (273 supostas vítimas no total) que pretendiam receber, em suas condições de aposentados, valores equivalentes ao do pessoal da ativa, ou seja, queriam paridade. Reconheceu-se que os direitos afetados seriam os protegidos pelos artigos 21 (direito à propriedade) e 25 (proteção judicial) da referida Convenção. Superada a exceção preliminar de incompetência *ratione materiae* e, com base nas provas, a Corte IDH, constatando que houve inobservância de decisão de tribunal interno que reconheceria a redução indevida das pensões das vítimas, deferiu danos morais e restituição de custas a elas. Além disso, determinou que o

⁴²² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Cinco Aposentados (Pensionistas) versus Peru.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=en>. Acesso: em 6 out. 2016.

⁴²³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Acevedo Buendía y otros vs. Peru.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 7 out. 2016.

⁴²⁴ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: TRATADO SOBRE PROTECCIÓN DE DERECHOS SOCIALES. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 477.

Estado peruano desse cumprimento total às sentenças de seu Tribunal Constitucional. Ainda merece destacar que a Corte IDH mandou publicar trechos da sentença no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, o que denota uma intenção de adoção de medida também pedagógica e exemplar.

Vale direcionar agora os holofotes para o voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez na hipótese vertente. Afirmou o magistrado reconhecer que a jurisprudência da Corte IDH tem sido muito limitada, até hoje, em referência aos DESC. Segundo ele, o tratamento deriva não somente de uma restringida justiciabilidade explícita, mas também da característica dos casos que chegam ao conhecimento do tribunal e que constituem o marco dentro do qual se move. Ademais, asseverou que a Corte IDH tem examinado questões referentes aos direitos sociais através de exames de violações de direitos reconhecidos na CADH, seja quando relacionados aos direitos de propriedade, tutela da integridade (atinentes à saúde) e medidas de proteção às crianças. Assim, na visão dele, a Corte IDH tem avançado nas questões relativas aos DESC. Na situação em exame, para ele, ao menos, a Corte declarou a competência para se pronunciar em relação ao artigo 26 da CADH, embora tenha rejeitado a incidência no mérito.

De fato, não se pode deixar de considerar um progresso o reconhecimento da competência e a menção expressa ao artigo 26 da CADH (o que não deixa de configurar uma justiciabilidade direta, pois conforme dissemos alhures, a justiciabilidade não impõe a acolhida do direito, mas sim o seu enfrentamento), porém entendemos, mais uma vez, que a Corte IDH poderia ter dado um passo adiante ao reconhecer a violação também ao mencionado dispositivo. Se a justiciabilidade dos direitos sociais tem sido realizada de forma indireta, mormente nos casos em que é reconhecida a regressividade, está na hora de evoluir e declarar a infringência da normativa. Se os receios em relação aos DESC estão no estabelecimento de medidas que impactam demasiadamente o orçamento, cai no vazio o argumento contrário a eles quando a sua proteção compreende-se adotada por outro caminho, sendo que o resultado é o mesmo.

No caso "Ximenes Lopes *versus* Brasil"⁴²⁵, não chegou a haver alegação de violação direta ao artigo 26 da CADH, mas, sim, aos artigos 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade

⁴²⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Ximenes Lopes vs. Brasil**. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C no. 149. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 7 out. 2016. Importante observar no caso o depoimento das testemunhas ouvidas, que relataram avanços no sistema de saúde brasileiro em virtude da demanda em questão. Por exemplo, a testemunha Pedro Gabriel Godinho Delgado, Coordenador Nacional do Programa de Saúde Mental do Ministério da Saúde, declarou que foram criados serviços extra-hospitalares para tratar de doentes com transtornos mentais sem necessidade de hospitalizar o paciente e diversas outras medidas em razão do debate provocados no país pelas condições de vida dos pacientes do sistema psiquiátrico. A testemunha Luiz Odorico Monteiro de Andrade, ex-Secretário Municipal de Saúde de Fortaleza contou que foram feitas reestruturações administrativas no âmbito municipal para ajustar as políticas do SUS. Afirmou que a qualidade do serviço melhorou. Restou claro, assim, que houve repercussão do caso no sistema de

peçoal), 8 (direito a garantias judiciais) e 25 (direitos a proteção judicial) da Convenção, tudo em razão das supostas condições desumanas e degradantes sofridas pelo paciente Damião Ximenes Lopes, uma pessoa com incapacidade mental, em hospital brasileiro, além de supostos golpes e ataques contra a integridade pessoal dele por parte de seus funcionários desse hospital psiquiátrico, que era privado, mas operava dentro do marco do sistema do SUS. A vítima veio a óbito em decorrência das condições sofridas. Na situação, embora não tenha sido considerada a violação do artigo 26 da CADH, a Corte IDH considerou que os Estados têm o dever de assegurar uma prestação médica eficaz às pessoas com incapacidade mental.⁴²⁶ Na sentença, ao final, após a prova dos fatos alegados, a Corte IDH reconheceu parcialmente a responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação aos direitos à vida e à integridade pessoal, com base nos artigos 4.1, 5.1 e 5.2 da CADH, combinados com artigo 1.1, que dispõe sobre a obrigação dos Estados de respeitar os direitos previstos na Convenção, e mandou pagar indenização aos familiares da vítima, além de determinar a publicação da sentença no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, tudo por unanimidade. Cumpre ainda salientar que a decisão da Corte IDH determinou que o Estado brasileiro continuasse desenvolvendo programa de formação e capacitação para pessoal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermagem, auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas a programas de saúde mental e que devem tratar de pessoas com transtornos mentais.

No caso acima narrado, observou-se uma série de avanços decorrentes da sentença, apesar do alto preço pago pela vítima. Além do reconhecimento da responsabilidade estatal, os impactos se fizeram sentir nas políticas públicas em relação à saúde mental no sistema de saúde brasileiro. A decisão paradigmática teve de ser publicada em jornais do país, constituindo medida pedagógica, preventiva de novas ações ou omissões similares. Mesmo considerando que as cortes internacionais não constituem a panaceia para todos os males, é evidente, a nosso ver, que o papel desempenhado se afigura assaz relevante, pois a possibilidade de condenação em âmbito internacional serve como uma forma de pressão para evitar novas condutas graves por parte dos Estados no terreno dos direitos humanos.

Outro caso mencionado por Flávia Piovesan é o das “Niñas Yean y Bosico *versus* República Dominicana” (citado também por nós em nota de rodapé no capítulo I da tese), em que a Corte IDH “enfatizou o dever dos Estados no tocante à aplicação progressiva dos direitos

saúde brasileiro, denotando o impacto do procedimento e da decisão da Corte IDH na política pública brasileira de saúde.

⁴²⁶ VERA, Oscar Parra. **Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano**. México, D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, p. 45-46.

sociais, a fim de assegurar o direito à educação, com destaque à especial vulnerabilidade de meninas”⁴²⁷, conforme as palavras dessa autora. Como se observa, a justiciabilidade dos DESC, ainda que de forma direta, tem sido uma realidade, como assevera Renata Lazarte. Acrescenta que, embora a judicialização indireta tenha sido positiva, teria sido necessário que o sistema venha a abrir a porta para a judicialização direta dos DESC⁴²⁸.

Mais uma situação emblemática que não pode deixar de ser citada é o caso "Gonzales Lluy e outros *versus* Equador", em que o Estado equatoriano foi acionado sob a acusação de ter cometido violação aos direitos humanos das vítimas, e que envolve direito à educação. No contexto fático, a criança Talía Lluy foi privada de seu direito à instrução em razão de discriminação por ser portadora do vírus HIV. O caso foi decidido levando-se em conta, primeiramente, os direitos à vida e à integridade pessoal. A Corte IDH também mencionou a disponibilidade, acessibilidade e qualidade do serviço médico local. Considerou ainda o estado de vulnerabilidade em que se encontravam as vítimas. No tocante ao direito à educação, a Corte decidiu ter competência para o caso, conforme artigo 19(6) do Protocolo de San Salvador, estando a situação abrangida pelo artigo 13 do mesmo Protocolo. Ao final, o Estado demandado foi considerado pela Corte IDH violador dos artigos 4 e 5 combinados com o artigo 1.1 da CADH, inclusive por inobservância ao dever de fiscalizar a prestação dos serviços de saúde, bem como dos artigos 8.1, pela infringência às garantias judiciais do prazo razoável do processo, e 25.1, pela afronta à proteção judicial, além de ser responsável pela violação ao direito à educação, reconhecido no Protocolo de San Salvador, e foi condenado a indenizar a vítima, de várias formas, inclusive pelo fornecimento de moradia por um período, pagamento dos estudos, indenização por danos morais e materiais, e ainda a capacitar funcionários da área da saúde sobre melhores práticas e direitos dos pacientes com HIV, entre outras medidas.

À vista disso tudo, constata-se que a Corte IDH, quando provocada, embora não tenha logrado chegar à justiciabilidade direta dos DESC, tem realizado a proteção dos direitos sociais de forma indireta. Avanços ainda podem ser dados. De toda forma, a cada sentença, a Corte fica mais conhecida. No caso "Ximenes Lopes *versus* Brasil", a repercussão foi retumbante e contribuiu para uma melhora do sistema de saúde brasileiro, especificamente no tocante ao

⁴²⁷ PIOVESAN, Flávia. Diálogo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: desafios da reforma. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 315.

⁴²⁸ LAZARTE, Renata Bregaglio. ¿Verdadera indivisibilidad? Las consencias de las judicialización indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). **A eficácia nacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 278.

tratamento dos transtornos mentais dos pacientes⁴²⁹. Concordamos com Pedro Veloso que assevera: “O Sistema Interamericano só mostrará os resultados almejados quando for parte perene do cotidiano de todos os países, de seus tribunais, sua administração e seu povo”⁴³⁰. De todo modo, impõe-se reconhecer que as conquistas, para serem permanentes, precisam ser gradativas. Assim, a Corte IDH vem cumprindo o seu papel na proteção dos direitos sociais, havendo espaço para que amplie a sua atuação e para que se torne mais efetiva, sobretudo quando se dispuser a enfrentar continuamente a justiciabilidade dos DESC de forma direta.

Como regra geral da justiciabilidade indireta no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, Amélia Regina Mussi Gabriel esclarece:

Os peticionários têm apresentado perante a Comissão ‘petições híbridas’ em que se misturam violações a direitos civis e políticos (que garantem o acesso à Comissão) e a direitos econômicos, sociais e culturais, como estratégia útil para o pronunciamento da Comissão em face das reiteradas violações a tais direitos. Afinal, os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes, e, por consequência, não podem ser tratados e cobrados de forma disparatada.⁴³¹

Na realidade, esse estratagema da justiciabilidade indireta seria desnecessário se houvesse um trabalho mais adequado de interpretação. Evidentemente, de todo modo, não haveria dúvida sobre o seu cabimento se houvesse uma evolução normativa, emendando-se a CADH para se incluir expressamente um rol de DESC ou ampliando-se o sistema de peticionamento individual do Protocolo de San Salvador para se permitir a reclamação direta de todos os direitos nele previstos. De toda forma, se apenas a entrada é obstaculizada, deve-se evoluir para se deixar chegar à questão de fundo sem que, necessariamente, o DESC venha acoplado a um DCP. Se o direito pode ser protegido por via indireta, a mesma lógica faz com

⁴²⁹ Sobre os impactos, cumprimento da decisão e reflexos na legislação e nas políticas públicas de saúde no Brasil, recomenda-se: ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. **Caso Damiano Ximenes Lopes: Mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/15/1000169-caso-damiao-ximenes-lopes-mudancas-e-desafios-apos-a-primeira-condenacao-do-brasil-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 7 out. 2016.

⁴³⁰ VELOSO, Pedro Augusto Franco. Efetivando o Sistema Interamericano: Os Procedimentos Para Acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Trâmite Até a Corte. In: OLIVEIRA, Márcio Luís (Coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos** – Interface com o Direito Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 119.

⁴³¹ GABRIEL, Amélia Regina Mussi. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais Sociais. In: LUNARDI, Soraya (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. Coleção Fórum de Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 31.

que seja pela via direta. Portanto, passou da hora de se superar esse óbice injustificável e se permitir a tutela dos DESC pelo caminho normal.

Por fim, sobre o impacto das decisões da Corte IDH, ressalta Robles que os casos resolvidos por ela costumam se converter em casos emblemáticos e servem como fonte de inspiração doutrinária e jurisprudencial para os tribunais nacionais, já que tratam de questões transcendentais que requerem solução à luz da Convenção Americana. Assim, as decisões tomadas pela Corte IDH têm um impacto que extrapola os limites específicos de cada caso concreto. As suas decisões influenciam os países da região, através de reformas legais ou mudança da jurisprudência local, que incorporam os *standards* fixados pela Corte IDH ao direito interno.⁴³² Por isso, não há dúvidas de que grandes vantagens podem ser extraídas de sua atuação.

3.3.2.1.1.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e o seu papel dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁴³³ foi criada pela Resolução III, na 5ª Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores da América, celebrada em Santiago de Chile, em 1959, com o fim de suprir parcialmente a carência de órgãos encarregados de velar pela observância dos direitos humanos no SIDH. Conforme o artigo 112 da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), a função principal da CIDH é promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, ainda, servir como órgão consultivo da OEA nesta matéria. Conquanto a CIDH tenha sido originariamente concebida como órgão tão somente de promoção dos direitos humanos, desfrutando de posição *sui generis* dentro do sistema da OEA, foi por meio de outra resolução (a de número n. XXII), da II Conferência Interamericana do Rio de Janeiro, de 1965, “que teve sua competência ampliada para inclusive receber petições ou comunicações sobre violações de direitos humanos”.⁴³⁴

⁴³² ROBLES, Manuel E. Ventura. Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, n. 56, p. 139-156, jul./dic. 2012, p. 143.

⁴³³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Información sobre el Sistema**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/como-acceder-al-sistema-interamericano/denuncias-consultas>>. Acesso em: 16 set. 2016.

⁴³⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das organizações internacionais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 324.

A CIDH compõe-se de sete membros escolhidos, a título pessoal e com atuação independente, pela Assembleia Geral da OEA. Assim, os seus membros não representam seus países, e sim os Estados membros da OEA. Enquanto a Corte IDH é composta por juízes, a CIDH é integrada por comissionados. Estes são eleitos para um mandato de 4 anos e aqueles são escolhidos pelos Estados Partes para um mandato de 6 anos. Viviana Krsticevic ensina que no exercício da função de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, a CIDH recebe, analisa e investiga petições individuais em que são alegadas violações a esses direitos, de acordo com os artigos 44 a 51 da CADH, artigos 19 e 20 de seu Estatuto e 22 a 50 de seu Regulamento. Além disso, apresenta casos à Corte IDH e comparece perante a esta nos litígios envolvidos. Pode, ainda, pedir aos Estados que adotem medidas cautelares para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes (além da urgência e gravidade, a medida cautelar na Comissão tem como requisito a verossimilhança da alegação)⁴³⁵, bem como ordenar a adoção de “medidas provisionais” em casos urgentes que possam causar perigo às pessoas, mesmo se o caso não for apresentado à Corte. Durante seus períodos de sessões, realiza audiências sobre os casos, medidas cautelares ou temas determinados. Tem como papel, ademais, observar a situação geral dos direitos humanos nos Estados membros e, quando considerar apropriado, publicar informes sobre a situação dos Estados específicos. Para tanto, a CIDH pode realizar visitas *in loco* a fim de constatar a conjuntura social do país – denotando também uma dimensão política em seu mister – e, posteriormente, adotar providências, se for o caso. Possui a faculdade ainda de solicitar opiniões consultivas à Corte IDH em relação aos aspectos interpretativos da CADH. Por fim, cumpre salientar que qualquer pessoa, grupo ou organização não governamental pode apresentar uma denúncia à Comissão alegando a violação de um direito protegido pela CADH e/ou pela Declaração Americana, em um dos quatro idiomas oficiais da OEA (inglês, francês, português ou espanhol), seja pela própria vítima ou por terceiro.⁴³⁶

⁴³⁵ Interessante caso que merece ser citado, inclusive porque envolve o Brasil, refere-se à medida cautelar determinada pela Corte IDH para suspender o processo de licenciamento para construção da Hidrelétrica de Belo Monte, no Pará, a fim de preservar a vida, a saúde e a integridade pessoal dos indígenas que vivem próximos ao local da obra. Apesar do embasamento da decisão, a reação do Governo Brasileiro foi agressiva, com ameaça inclusive de suspensão de sua contribuição anual à Organização dos Estados Americanos. De outro lado, o Secretário Geral da OEA respondeu que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apenas faz recomendações, que não são vinculantes, embora preferisse que as decisões da Comissão fossem acatadas. (ACOSTA-LÓPEZ, Juana; MIÑO, María Dolores; RUIZ, Alejandra Otero. La CIDH frente a los desafíos de 2011: oportunidades para el fortalecimiento del SIDH. In: ANUARIO DE DERECHO PUBLICO 2012. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales, 2012, p. 540-568, p. 560-563).

⁴³⁶ KRSTICEVIC, Viviana. El Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos. In: LÓPEZ, Danilo Ernesto Flores (Comp.). **Estudios sobre Derechos Humanos**. San Salvador, El Salvador: FESPAD, 2004, p. 137-177, p. 145-146.

Como visto, caso um particular ou organização deseje apresentar uma demanda, deve fazê-lo perante a CIDH, e não à Corte IDH diretamente. Assim, cabe à Comissão investigar as denúncias e buscar uma solução amistosa entre as vítimas e o Estado, o que geralmente ocorre mediante o pagamento de uma indenização por parte deste, quando é o caso. Apenas se não houver conciliação e se a CIDH entender que existem elementos suficientes para considerar a existência de uma violação de direitos humanos, envia a demanda à Corte IDH. Ou seja, a CIDH funciona como um órgão de filtro, passando à Corte somente aquelas ações que considera bem fundadas e em que as partes não chegaram a um acordo⁴³⁷.

Victor Abramovich comenta, no entanto, que os direitos econômicos, sociais e culturais não têm sido matéria habitual de denúncias ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Acrescenta que o tempo das ditaduras militares, com suas sequelas tormentosas, decorrentes das mortes e dos desaparecimentos, entre outras graves violações de direitos fundamentais, demandou, por um bom período, a utilização do sistema de petições individuais para tratamento dos casos vinculados à violação dos direitos civis e políticos.⁴³⁸ Essa época sombria felizmente passou para a maioria dos países da América Latina. Assim sendo, esse tipo de denúncia vem caindo, dando espaço às reclamações de violação aos direitos econômicos, sociais e culturais, como forma de buscar a melhoria das condições, tendo como fim último a igualdade material.

Conta-nos ainda Oscar Parra Vera que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem defendido a exigibilidade de alguns direitos sociais através do artigo 26 no marco de alguns casos individuais⁴³⁹. Por justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais no marco do SIDH se entende, portanto, como a possibilidade de se recorrer à CIDH e, eventualmente, à Corte IDH, como órgãos independentes e imparciais, para que, mediante um método adversarial, resolvam uma pretensão que possua um substrato fático e jurídico determinado, assim como sobre a responsabilidade internacional de um Estado obrigado pela CADH por atos ilícitos a respeito das obrigações que lhes são exigíveis no âmbito dos DESC, com vistas ao estabelecimento de uma responsabilidade internacional com consequências

⁴³⁷ CARBONELL, José Carlos Remotti. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudência**. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 116-117.

⁴³⁸ COSARIN, Victor E. Abramovich. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: LÓPEZ, DANILO ERNESTO FLORES (Comp.). **Estudios sobre derechos humanos**. San Salvador, El Salvador: FESPAD, 2004, p. 417-452, p. 417.

⁴³⁹ VERA, Oscar Parra. **Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano**. México, D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, p. 21.

jurídicas específicas, como a de cessar o ato ilícito, garantir a não reincidência, reparar os danos causados, seja através de medidas de restituição, compensação ou satisfação⁴⁴⁰.

Um exemplo que pode ser citado de situação fática analisada pela CIDH envolve o Brasil e ficou conhecida como caso “José Pereira vs. Brasil”. Segundo narram Fernanda Andrade, Isabel Machado e Raquel Nunes, as ONGs CEIL e *Human Rights Watch* apresentaram à CIDH reclamação denunciando a prática de trabalho em condições análogas à de escravo no Brasil e, em especial, na Fazenda Espírito Santo (PA), à qual afluíram inúmeros trabalhadores, ludibriados por falsas promessas, entre eles o Sr. José Pereira. Este obreiro, especificamente, ficou gravemente ferido e outro trabalhador rural foi assassinado quando tentaram escapar da fazenda no ano de 1989. A vítima José Pereira denunciou às autoridades brasileiras os abusos sofridos por ele e seus companheiros, porém as longas investigações e os procedimentos judiciais seguintes revelaram-se ineficazes no âmbito doméstico para punir os responsáveis e remediar a situação. Nesse diapasão, de acordo com a Comissão, embora os agentes estatais não estivessem envolvidos nos eventos acima relatados, o Brasil deveria ser responsabilizado por sua omissão em prevenir a ocorrência do trabalho escravo e em aplicar sanções adequadas aos culpados⁴⁴¹. Foram constatadas violações aos direitos à vida, à liberdade e à segurança pessoal, à proteção contra a prisão arbitrária, à proibição da escravidão e da servidão, a um julgamento justo e à proteção judicial. No final das contas, houve um acordo assinado pelas partes em dezembro de 2003, que garantiu ao Sr. José Pereira o recebimento de indenização pelos danos sofridos, mas também serviu para que o Brasil assumisse o compromisso de combater a escravidão em todo o território nacional⁴⁴².

Outra demanda extremamente importante para o estudo dos direitos sociais em geral é o caso de Jorge Odir Miranda Cortéz, que tramitou perante a CIDH. De acordo com o Informe nº 27/09 da CIDH, em 24 de janeiro de 2000 foi apresentada denúncia por Carlos Rafael Urquilla Bonilla, alegando responsabilidade internacional da República de El Salvador em

⁴⁴⁰ LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 105.

⁴⁴¹ Vale observar que, no presente momento, corre perante a Corte IDH outra denúncia de omissão no combate ao trabalho escravo contra o Brasil. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comunicado de Imprensa. **CIDH apresenta caso sobre o Brasil à Corte IDH.** Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2015/045.asp>>. Acesso em: 7 out. 2016) Vide também: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/trabajadores_da_fazenda_brasil_verde.pdf>. Acesso em: 7 out. 2016.

⁴⁴² ANDRADE, Fernanda; MACHADO, Isabel Penido de Campos; NUNES, Raquel Portugal. O sistema interamericano de direitos humanos como instrumento para defesa dos direitos trabalhistas. In: DIGNIDADE HUMANA E INCLUSÃO SOCIAL: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010, p. 526-527.

prejuízo de Jorge Odir Miranda Cortéz e outras vinte e seis supostas vítimas, que eram portadoras do vírus HIV, e afirmando ter havido violação a dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, a saber: direito à vida (artigo 4º), integridade pessoal (artigo 5º), igualdade perante a lei (artigo 24), proteção judicial (artigo 25), direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 26), entre outros. Os postulantes alegaram que o Estado era responsável pela violação do direito à vida, à saúde e ao desenvolvimento da personalidade das supostas vítimas, na medida em que não subministrou os medicamentos necessários para impedir a morte e melhorar a qualidade de vida deles. Acrescentam que foram discriminados no Instituto Salvadorenho de Seguro Social. As vítimas recorreram à Justiça de El Salvador, mas houve demora irrazoável para decisão, segundo os peticionantes. Em sede de admissibilidade, a CIDH entendeu que faltou ao Estado o dever de adequar sua legislação interna às obrigações internacionais de direitos humanos. Tais fatos constituem, segundo a Comissão, violação ao artigo 25 da Convenção, assim como aos artigos 2 e 24 da CADH, porém entendeu não ocorrer violação ao artigo 26 da CADH. Na análise da questão de fundo, mais precisamente no parágrafo 105, a CIDH fez constar: “Cabe destacar que o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais implica para os Estados Partes na Convenção Americana a obrigação de não tomar medidas regressivas a tais direitos”.⁴⁴³ Acrescentou ainda que o PIDESC não permite retrocesso em relação à saúde. No entanto, a CIDH, no mérito, considerou que não houve violação ao direito à saúde. Por outro lado, reconheceu que o Estado salvadorenho agiu com demora, exurgindo daí a sua responsabilidade internacional. Nesse sentido, recomendou ao Estado que adotasse medidas para modificação da legislação em matéria de proteção à saúde, dotando-a de maior singeleza, rapidez e efetividade, como requer a CADH, bem como reparasse adequadamente às vítimas pela lentidão na adoção de medidas.

Embora não tenha a CIDH reconhecido violação direta ao direito à saúde, a repercussão do caso foi grande no país demandado e gerou medidas positivas no tratamento de pessoas portadoras do vírus HIV em El Salvador e nos demais países da América Latina onde a situação foi conhecida. As políticas voltadas aos doentes com HIV/AIDS ganharam força pelo simples fato de ter corrido a referida demanda perante a CIDH, o que denota a importância da atividade desses órgãos na proteção dos direitos sociais.

⁴⁴³ No original: “Cabe destacar que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) conlleva para los Estados partes en la Convención Americana la obligación de no tomar medidas regresivas en lo relativo a tales derechos”. Tradução livre do autor. (ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/ElSalvador12249.sp.htm>>. Acesso em: 7 out. 2016.

Merecem relevo, ainda, as palavras de Cançado Trindade sobre o legado da Comissão Americana de Direitos Humanos. Destaca o festejado autor a função preventiva exercida pela Comissão que influencia diretamente a atividade legislativa estatal. Afirma textualmente que, em decorrência das recomendações da CIDH de caráter geral dirigidas a determinados governos, ou formuladas em seus relatórios anuais, “foram derogados ou modificados leis, decretos e outros dispositivos que afetavam negativamente a vigência dos direitos humanos”⁴⁴⁴. Ademais, cumpre ainda salientar a atuação da CIDH de conclamar “**os Estados-membros da OEA a incorporarem em suas Constituições certas categorias de direitos (e.g., em matéria trabalhista) e a harmonizarem suas leis respectivas com os preceitos contidos nas Convenções e recomendações da OIT**”⁴⁴⁵. Dessarte, fica evidenciada a importância da CIDH não somente pela sua atuação concreta nas demandas por ela processadas, mas também por seu papel de exortar os Estados a cumprirem as normas internacionais, incluindo as advindas da OIT, sobressaltando sua posição de defensora dos direitos sociais e, especialmente, os laborais.

3.3.2.2 O sistema interamericano e o controle de convencionalidade no Brasil

Embora seja uma questão relativamente lateral aos propósitos da tese, não se pode deixar de tratar, pela sua importância de modo geral – sobretudo para a sociedade brasileira –, do controle de convencionalidade das normas internacionais no Brasil.

Segundo Ernesto Rey Cantor, existem duas classes de controle de convencionalidade que podem ser realizadas em âmbito americano: 1) *internacionalmente*, que também se manifesta sob duas formas: i) quando o Poder Constituinte de um país elabora uma nova Constituição ou realiza uma reforma constitucional, ou quando o legislador aprova uma lei ou ainda o administrador edita um ato administrativo incompatível com o artigo 2 da CADH (dever de adotar disposições de direito interno), violando os direitos humanos reconhecidos nesta convenção; e ii) quando ocorre incompatibilidade entre a jurisprudência, práticas administrativas ou judiciais em relação à Convenção; 2) e *nacionalmente*, quando um juiz de um país deixa de aplicar o direito interno e aplica a convenção ou outro tratado mediante um

⁴⁴⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das organizações internacionais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 327.

⁴⁴⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das organizações internacionais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 327. Grifos nossos.

exame de confrontação normativa (direito interno *versus* tratado) em um caso concreto e profere uma decisão judicial protegendo os direitos da pessoa humana.⁴⁴⁶

Quanto ao controle de convencionalidade *internacional* em nosso âmbito regional, manifesta-se Cançado Trindade:

A significação e o alcance de um experimento como o da Convenção Americana sobre Direitos Humanos podem ser medidos por seus possíveis efeitos jurídicos no direito *interno* dos Estados-partes. A esse respeito, cabe recordar o artigo 2 da Convenção, pelo qual “se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.⁴⁴⁷

Internamente, por sua vez, o controle de convencionalidade sobre uma norma constitucional permite afirmar que o princípio constitucional da supremacia da Constituição se desgastou diante do exame de confrontação normativa com um tratado internacional, submetendo a Constituição, por conseguinte, a um tratado de direitos humanos. Dessarte, a Constituição local passou a estar submetida ao direito positivo internacional.⁴⁴⁸ Mais especificamente, o controle interno de convencionalidade seria, então, o poder conferido ou reconhecido a determinados órgãos jurisdicionais para verificar a congruência entre os atos internos – assim, essencialmente, as disposições domésticas de alcance geral: constituição, leis, regulamentos, etc. – e as normas de direito internacional⁴⁴⁹ (sobretudo as referentes ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e, no caso brasileiro especialmente, as dispostas no Direito Interamericano, incluindo a CADH).

Em nosso terreno constitucional, dois dispositivos possuem especial importância para a questão da convencionalidade. O primeiro deles é o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal

⁴⁴⁶ CANTOR, Ernesto Rey. **Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos**. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2008, p. 48-49.

⁴⁴⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das organizações internacionais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 449.

⁴⁴⁸ CANTOR, Ernesto Rey. **Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos**. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2008, p. LIII.

⁴⁴⁹ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coords.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 767-804, p. 769.

brasileira de 1988, que estabelece: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁴⁵⁰. E o segundo dispositivo é o §3º do mesmo artigo, que preconiza: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.⁴⁵¹

Roberto de Figueiredo Caldas⁴⁵², em brilhante artigo sobre o tema, advoga a seguinte tese em relação ao parágrafo segundo acima citado:

O dispositivo claramente incorpora os tratados internacionais ao conjunto dos direitos fundamentais. Entretanto, ainda existem debates sobre a formalidade constitucional desses instrumentos. A doutrina defende um *status* hierárquico constitucional, o que o Supremo Tribunal Federal não aceitou até o advento da Emenda Constitucional 45/2004. *Materialmente*, parece inegável que os direitos humanos reconhecidos por tratados internacionais integram o núcleo de direitos fundamentais, do que se extrai do dispositivo transcrito. Foi nesse sentido que se posicionou o professor e juiz Caçado Trindade, proponente desse dispositivo perante a Assembleia Nacional Constituinte, segundo quem entender o contrário tornaria o §2º do artigo 5º inócuo e sem efetividade, contrariando o princípio da máxima eficácia da Constituição.⁴⁵³

Em seu voto em separado no caso Ximenes Lopes, o juiz Caçado Trindade ainda critica as restrições do parágrafo 3º do artigo 5º supramencionado. Segundo ele, a disposição de somente atribuir o caráter de constitucional aos tratados de direitos humanos com aprovação por maioria de 3/5 da Câmara dos Deputados e do Senado Federal representa um retrocesso ao modelo aberto consagrado pelo referido parágrafo 2º, que foi de sua autoria. Ademais, esse passo atrás poria em risco, segundo ele, a interrelação e a indivisibilidade dos direitos protegidos no Estado demandado, que ficariam ameaçados pelo possível excesso de formalismo ou hermetismo jurídico, contaminado pelo obscurantismo⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁴⁵¹ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁴⁵² Juiz brasileiro, atual Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁴⁵³ CALDAS, Roberto de Figueiredo. O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, año XIX, Bogotá, p. 393-415, 2013, p. 397.

⁴⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Ximenes Lopes vs. Brasil**. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C no. 149. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 7 out. 2016.

Efetivamente, tais dispositivos receberam curiosa interpretação do Supremo Tribunal Federal na questão incidental discutida na análise da possibilidade de prisão do depositário infiel no ordenamento jurídico atual, que deu origem à Súmula Vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”⁴⁵⁵. Roberto Caldas relata ter sido apertada a vitória da tese da inexistência de índole constitucional dos tratados sobre direitos humanos, prevalecendo a tese da supralegalidade para o Supremo no caso em tela. De todo modo, na questão de fundo, o STF aplicou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).⁴⁵⁶ Apesar do nosso entendimento pelo *status* constitucional dos tratados, não se pode negar a importância da decisão para a jurisprudência nacional.

Conforme evidenciado, o controle de convencionalidade possui grande relevância para o direito brasileiro. No que tange aos direitos sociais, a ausência de liberdade sindical plena no Brasil, face ao disposto no artigo 8º, II, da nossa Carta Magna, em desconformidade com diversos preceitos contidos em normas internacionais, e eventuais retrocessos nos direitos trabalhistas⁴⁵⁷ podem desafiar a aplicação do artigo 26 da CADH em âmbito brasileiro.

De modo geral, defende Roberto Caldas que cabe aos tribunais supremos ou aos constitucionais a última palavra no âmbito interno quanto à constitucionalidade e, à Corte Interamericana de Direitos Humanos a última palavra quanto ao controle de convencionalidade da CADH. Mas esse controle não prescinde do seu exercício em âmbito interno. Na realidade, trata-se de “um esforço conjunto a ser obtido pelo trabalho convergente das instâncias internacional e nacional, o que demanda a superação de todo e qualquer obstáculo que venha a impedir a implementação da Convenção Americana de Direitos Humanos”.⁴⁵⁸

Valério Mazzuoli avança ainda mais e exorta a aplicação das convenções e recomendações da OIT no plano doméstico, atendendo-se ao princípio *pro homine*, com a primazia da norma que, “no caso concreto, mais proteja o trabalhador sujeito de direitos”.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 25**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 7 out. 2016.

⁴⁵⁶ O julgamento se deu nos Recursos Extraordinários 349703 e 466343 e no Habeas Corpus 87585. O STF, nesses casos, entendeu aplicável a CADH e também reconheceu a incidência do PIDCP e da Declaração Americana dos Direitos Humanos.

⁴⁵⁷ Como está sendo prenunciado pelo atual Governo brasileiro, capitaneado pelo Presidente da República, Michel Temer.

⁴⁵⁸ CALDAS, Roberto de Figueiredo. O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, año XIX, Bogotá, p. 393-415, 2013, p. 414.

⁴⁵⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 43, p. 71-94, 2013, p. 93.

Ademais, segundo o referido autor – pensamento ao qual aderimos –, o magistrado trabalhista deve exercitar a aplicação imediata das convenções da OIT, invalidando as leis internas com elas incompatíveis, realizando, assim, o “chamado **controle de convencionalidade** das leis na modalidade **difusa**”⁴⁶⁰. Mas é preciso ainda ampliar a capacitação dos magistrados brasileiros para aplicação das normas internacionais.⁴⁶¹

Afirma André Ramos que há ainda muito a fazer no Brasil, o que é demonstrado pelo cenário interno de violência e desrespeito aos direitos humanos. Informa que existem de cem casos contra o Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os recentes casos perante a Corte Interamericana (Caso Urso Branco, Damião Ximenes, Gilson Carvalho e Febem de São Paulo) evidenciaram a necessidade de adoção de medidas imediatas voltadas a prevenir novas violações e a reparar os danos causados às vítimas⁴⁶². Entende o referido autor, para se evitar futuras condenações na Corte IDH, ser “necessária a conscientização de todos os agentes públicos, e, entre eles, os magistrados, da necessidade de cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos”.⁴⁶³

⁴⁶⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 43, p. 71-94, 2013, p. 92.

⁴⁶¹ Pesquisa feita no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro realizada, nos anos de 2004 e 2005, constatou que apenas a minoria dos juízes conhece bem a arquitetura institucional criada para proteção e promoção dos direitos humanos nos âmbitos da ONU e da OEA. Pelos resultados colhidos, 59% dos magistrados disseram conhecer superficialmente os Sistemas de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, 20% declararam não saber como eles funcionam e somente 16% afirmaram conhecê-los. Sobre as decisões das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos, 56% responderam que eventualmente possuem tais informações, 21% responderam que raramente, 13% afirmaram que frequentemente e 10% declararam que nunca obtiveram informações a respeito de tais decisões. Segundo os autores da pesquisa, “o desconhecimento dos Sistemas de Proteção Internacional dos Direitos Humanos apresenta-se como um importante obstáculo à plena efetivação dos direitos dessa natureza no cotidiano do Poder Judiciário. E isso porque o desconhecimento do funcionamento de tais Sistemas de Proteção mostra-se intimamente ligado à ausência de uma *cultura jurídica* que confira a merecida importância teórica e prática ao tema, assim como à não-aplicação das normativas relativas aos direitos humanos” (CUNHA, José Ricardo; SILVA, Alexandre Garrido da; FRANÇA, Lívia Fernandes; NORONHA, Joanna Vieira. A justiciabilidade dos direitos humanos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. In: DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI: cenários de tensão. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009, p. 303-319, p. 311). Nesse contexto, um dos propósitos da presente tese é colaborar para a difusão do conhecimento dos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos, incluindo entre os magistrados brasileiros que, por ventura, tiverem acesso ao texto.

⁴⁶² Acresce-se o caso “Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil”, em trâmite na Corte IDH, que envolve trabalho escravo em solo brasileiro (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/trabalhadores_da_fazenda_brasil_verde.pdf>. Acesso em: 7 out. 2016)

⁴⁶³ RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos e responsabilidade internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 619.

Víctor Bazan informa que a Corte IDH vem utilizando, na plenária, a expressão “controle de convencionalidade”, transmitindo um sinal aos magistrados internos dos Estados-Partes da CADH [o que inclui o Brasil] em relação à faceta do exame de convencionalidade praticável em sede interna.⁴⁶⁴ Enfim, torna-se necessário, antes de tudo, conhecer a normativa internacional e, depois, realizar efetivo controle de convencionalidade, como medida imprescindível à efetivação dos direitos sociais no Brasil.

3.3.2.3 A tutela dos direitos sociais no cenário europeu

De 1954 a 1998, existiu, no âmbito europeu, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, que recebia denúncias referentes a violações de direitos humanos. Com o Protocolo à Convenção Europeia de Direitos Humanos nº 11⁴⁶⁵, a Comissão foi extinta, tratando apenas, por mais um ano, dos casos que haviam sido declarados admissíveis até a entrada em vigor daquela norma (artigo 5º do referido Protocolo). As petições pendentes na Comissão que ainda não tinham sido declaradas admissíveis até a data da entrada em vigor do mencionado Protocolo foram encaminhadas ao TEDH. Assim, a proteção dos direitos humanos passou às mãos deste, exclusivamente. Antes, funcionavam em conjunto. O sistema interamericano, por sua vez, seguiu funcionando com uma Comissão e uma Corte. E o sistema africano que tinha somente uma Comissão foi complementado com uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos naquele mesmo ano de 1998.⁴⁶⁶ Ao lado do TEDH, existe o Tribunal de Justiça da União Europeia, que possui, entre outras funções, a de fiscalizar o cumprimento dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia. Embora não seja parte estritamente do sistema de direitos humanos, optamos por trazer o TJUE para a nossa análise pela importância que de que se reveste esse tribunal e também para que pudesse se completar todo o aparato de tutela aos direitos sociais no âmbito europeu.

⁴⁶⁴ BAZÁN, Víctor. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coords.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 569-598, p. 576.

⁴⁶⁵ Disponível em: <http://www.dgpi.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/protocolo-n-11-a/downloadFile/file/STE_155.pdf?nocache=1200588832.93>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁴⁶⁶ HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparación Esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: una actualización. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, año 3, n. 4, p. 165-173, 2006, p. 166.

3.3.2.3.1 Corte Europeia de Direitos Humanos ou Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH)

A ideia de se criar um sistema de proteção de direitos humanos de âmbito regional na Europa se deveu a existência de dois grandes movimentos de opinião que marcaram o período posterior a Segunda Guerra Mundial: o ativismo dos direitos humanos e o projeto de reconstrução europeia. Nessa esteira, houve uma série de iniciativas políticas para construir um arcabouço comum normativo no território europeu. A primeira ação foi levada a cabo num encontro ocorrido entre 7 e 10 de maio de 1948 e que ficou conhecido como “Congresso da Europa”. Naquela ocasião foram gestados os embriões do futuro Conselho de Europa e da União Europeia. Decorrentes de propostas da Comissão Política ali instaurada, foi sugerida a constituição de uma Assembleia Europeia para estabelecer uma Carta de Direitos Humanos e um Tribunal de Justiça Europeu. Outro colóquio se sucedeu em Bruxelas, em fevereiro de 1949, onde foi elaborado um Projeto de Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Tendo como ponto de partida a DUDH, os congressistas de Bruxelas decidiram contemplar apenas as disposições de conteúdo estritamente jurídico dessa Declaração, sendo que eventuais demandas seriam dirigidas a uma Comissão Europeia de Direitos Humanos, cabendo ao tribunal idealizado solucionar apenas as questões que não fossem conciliadas por esta. Portanto, nesse contexto histórico foi concebido o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).⁴⁶⁷

O TEDH surgiu, assim, investido de um papel pioneiro, com uma importância duplamente considerável: a de proteger os direitos humanos e de abarcar extensão geográfica de grande magnitude⁴⁶⁸. Hoje, por sua vez, o TEDH é considerado o “centro nervoso de um sistema de proteção dos direitos humanos que se irradia nos ordenamentos jurídicos dos Estados membros”⁴⁶⁹. Mais do que isso. Michael Goldhaber chega a dizer que o TEDH tem se tornado a “Suprema Corte Europeia”⁴⁷⁰. Com a função de interpretar a CEDH⁴⁷¹, o referido tribunal

⁴⁶⁷ NAVARRO, Antonio V. Sempere (Dir.); MORILLO-VELARDE, Lourdes Meléndez (Coord.). **Prontuario de Jurisprudencia Social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2009, p. 103-111.

⁴⁶⁸ Cerca de 800 milhões de pessoas se encontram atualmente debaixo de sua jurisdição.

⁴⁶⁹ No original: “*centro niervoso de um sistema de proteccion de los derechos humanos que se irradia en los ordenamientos juridicos de los Estados miembros*”. Tradução livre do autor. (NAVARRO, Antonio V. Sempere (Dir.); MORILLO-VELARDE, Lourdes Meléndez (Coord.). **Prontuario de Jurisprudencia Social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2009, p. 135)

⁴⁷⁰ GOLDHABER, Michael D. **A People’s History of the European Court of Human Rights**. New Brunswick: Rutgers University Press, p. 1-2.

⁴⁷¹ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 8 de out. 2016.

possui a missão de ser o braço judicial do Conselho da Europa, que, por sua vez, distingue-se da União Europeia, vale esclarecer. O TEDH não possui natureza penal em sentido estrito, sendo uma corte civil na qual os indivíduos acionam os seus países sob a alegação de violação aos seus direitos humanos.⁴⁷²

Os juízes do TEDH, em número igual ao de Estados-membros ratificadores da CEDH, são eleitos pela Assembleia Parlamentar para um mandato de nove anos, sem direção a reeleição, e com término automático do mandato aos 70 anos (artigos 22 e 23 da CEDH)⁴⁷³. A decisão proferida pelo TEDH é definitiva. Todavia, há um sistema de recurso para o próprio órgão sem correspondência no sistema americano. Dentro de um aparato de proteção de direitos humanos, é um aparato singular, sendo que o “direito ao recurso individual representa o elemento mais significativo do sistema europeu de proteção convertendo-se em uma característica fundamental da cultura jurídica europeia”⁴⁷⁴.

Outro aspecto inovador do sistema europeu é a existência de sentenças “piloto”, que servem como modelos para casos análogos⁴⁷⁵. As reiteradas violações de dispositivos da Convenção devidas a problemas estruturais existentes nos Estados-partes são causa de uma elevada carga de trabalho do TEDH. Em casos semelhantes, então, o TEDH é obrigado a repetir a mesma decisão que poderia ser evitada se o Estado se dignasse a resolver o problema. Isso é feito, atualmente, pelo procedimento chamado de sentença “piloto”, que se deve ao interesse da Corte Europeia de Direitos Humanos de estabelecer um mecanismo de tratamento específico para assuntos repetitivos que consistem em identificar o problema causador da violação, assim como as medidas que o Estado deve adotar. O método se caracteriza ainda pela atribuição da mesma solução a toda categoria de indivíduos que se encontra na mesma situação. Por isso, a

⁴⁷² GOLDHABER, Michael D. **A People's History of the European Court of Human Rights**. New Brunswick: Rutgers University Press, p. 1-2.

⁴⁷³ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 8 de out. 2016.

⁴⁷⁴ No original: “*el derecho al recurso individual representa el elemento más significativo del sistema europeo de protección convirtiéndose en una característica fundamental de la cultura jurídica europea*”. (NAVARRO, Antonio V. Sempere (Dir.); MORILLO-VELARDE, Lourdes Meléndez (Coord.). **Prontuario de Jurisprudencia Social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2009, p. 155).

⁴⁷⁵ O sistema europeu de sentenças “piloto” guarda semelhanças com procedimentos existentes no processo civil brasileiro, especialmente com o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Código de Processo Civil de 2015. (BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 8 de out. 2016).

execução da sentença pede medidas gerais a nível nacional que devem levar em conta todas as pessoas afetadas.⁴⁷⁶

Aliás, é importante, desde já, frisar que o cumprimento das decisões não se dá pelo próprio TEDH (mais uma diferença para o sistema interamericano), e sim por um Comitê (ou Conselho) de Ministros, conforme artigo 46 da CEDH. Consta desse dispositivo ainda que os Estados membros “obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes”. O Comitê (ou Conselho) de Ministros é o responsável por velar pela execução da sentença definitiva. Somente se o referido Comitê considerar que um Estado membro estiver se recusando a respeitar uma decisão do TEDH é que, após notificação da Parte e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, que a questão será submetida à apreciação da Corte para cumprimento⁴⁷⁷.

Passemos agora para análise de casos. Entre as diversas situações envolvendo direitos sociais que passaram pelo TEDH⁴⁷⁸, alguns estão ligados à liberdade sindical e às demais questões que serão analisadas no próximo capítulo, quando abordaremos os temas específicos relacionados aos direitos laborais.

Pois bem.

O direito social à educação é um dos únicos que permite a justiciabilidade direta, pois consta expressamente do artigo 2 do Protocolo de número 1 da CEDH. Sobre ele, sustenta Luis Ignacio Ortega que as discussões tidas no TEDH referentes a esse artigo deixam claro que o direito à educação não pode ser entendido como uma obrigação por parte do Estado de assegurar instrução a todos os seus nacionais⁴⁷⁹, já que poucos Estados poderiam conseguir isso na prática.

⁴⁷⁶ NAVARRO, Antonio V. Sempere (Dir.); MORILLO-VELARDE, Lourdes Meléndez (Coord.). **Prontuario de Jurisprudencia Social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2009, p. 173-174.

⁴⁷⁷ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 9 de out. 2016.

⁴⁷⁸ Só para se ter uma ideia da quantidade de processos que tramitam pela Corte, o TEDH tem julgado milhares de casos por ano e o volume tem crescido. Só no ano de 2004, por exemplo, foram proferidas 21.191 decisões e 718 sentenças (incluídas 15 sentenças da Grande Câmara). Ao fim de 2004, havia 78.000 pedidos pendentes na Corte (HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparación Esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: una actualización. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, año 3, n. 4, p. 165-173, 2006, p. 168).

⁴⁷⁹ Em princípio, a mesma regra vale para os demais direitos sociais, como saúde, trabalho, moradia, etc., pois não se cogita, nos termos como postos nas convenções internacionais atualmente – sem prejuízo de que haja avanços também nesse sentido –, que se possa exigir que os Estados, seja no sistema europeu, seja no interamericano ou africano, assegurem educação, saúde, trabalho e moradia a todos, mas que se garanta, sim, uma igualdade de acesso a todos esses bens, sem qualquer tipo de discriminação.

Ademais, examinando o referido artigo combinado com o artigo 14 da Convenção, o direito à educação deve se dar sem qualquer tipo de discriminação, inclusive quanto à língua.⁴⁸⁰

No caso relativo a determinados aspectos do regime linguístico de ensino da Bélgica (demandas de números 1474/1962, 1677/1962 e 1691/1962), o TEDH recebeu ação da Comissão Europeia de Direitos Humanos que tratou de suposta violação dos artigos 8 e 14 da CEDH e do artigo 2 do Protocolo número 1. Trata-se, pois, de hipótese de justiciabilidade direta, como dissemos antes. Pretendiam os demandantes, entre outras coisas, receber na Bélgica educação na língua francesa, já que descendentes de franceses e falantes desse idioma. Nessa situação, todavia, não foi considerada violação aos dispositivos da CEDH, asseverando o TEDH que o direito em questão não pode ser exigido em seu aspecto positivo, de fornecer educação a todos, mas o pode ser em seu aspecto negativo, de não discriminação (o que reforça a nossa tese esposada no capítulo I, de que os direitos sociais possuem também uma dimensão negativa). De todo modo, não foi constatada qualquer discriminação. O TEDH interpretou o artigo 2 do referido Protocolo no sentido que a obrigação estatal é de não impedir que as pessoas recebam instrução. Inclusive realizou uma hermenêutica histórica esclarecendo que a Assembleia Consultiva cogitou utilizar uma redação diferente ao dispositivo em questão e que seria “toda pessoa tem direito a instrução”, enquanto, por outro lado, o texto aprovado foi: “a ninguém pode ser negado o direito à instrução”. Nessa esteira, os europeus não teriam direito de exigir a instrução de acordo com suas preferências culturais ou linguísticas.⁴⁸¹ Logo, em síntese, o tribunal entendeu que não foram violados os artigos 8 e 14 da CEDH e tampouco o artigo 2 do Protocolo número 1.

Outro caso relevante do TEDH ficou conhecido como *Feldbrugge*⁴⁸². Como narrado por Victor Abramovich, a autora de nacionalidade holandesa pedira demissão do emprego em razão de uma enfermidade que a incapacitava para trabalhar. Começou a receber benefício previdenciário em razão da doença, porém, após algum tempo, um órgão administrativo suspendeu as prestações, entendendo, depois de uma perícia médica, que a demandante se encontrava apta a laborar. A vítima recorreu dessa decisão a sucessivas instâncias administrativas, sempre com resultados negativos. À Corte Europeia de Direitos Humanos a

⁴⁸⁰ ORTEGA, Luis Ignacio. Los derechos protegidos. In: EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: estudio de la Convencion y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Editorial Civitas, 1983, p. 71-127, p. 118.

⁴⁸¹ REVORIO, Fco. Javier Díaz (Comp.). **Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 123-216.

⁴⁸² TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Feldbrugge vs. Netherlands**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng>>. Acesso em: 9 out. 2016.

postulante alegou que, por falhas dos procedimentos imputáveis aos organismos públicos, incluindo as restrições à sua faculdade de participar dos processos administrativos, e pelo caráter restrito dos recursos disponíveis, não havia gozado do acesso a um procedimento que cumpria com a totalidade das garantias do artigo 6.1 a Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁴⁸³ O TEDH entendeu que houve violação ao mencionado artigo e julgou procedente a demanda, condenando o Estado a pagar a vítima indenização por não lhe ter assegurado todas as garantias no tocante à sua cobertura previdenciária. Essa é mais uma amostra da justiciabilidade indireta dos direitos sociais, pois o TEDH assegurou à vítima indenização pela ausência de provisão previdenciária em certo período da vida, mas não pelo direito em si, e sim pelo fato de não ter concedido todas as garantias que necessitava na defesa de seu direito.

Quanto ao direito social à saúde e ao meio ambiente sadio tomado como exemplo, de forma diversa, e por meio de justiciabilidade indireta, o TEDH considerou ter havido violação a dispositivo da CEDH na situação conhecida como “Caso López contra España”. Nesse exemplo, uma espanhola chamada Gregoria López Ostra, residente na cidade de Lorca, no mesmo país, recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos alegando ter sofrido problemas de saúde em decorrência da implantação de um sistema de depuração de águas e resíduos por indústrias de couro, com subvenção estatal em sua localidade. O mau funcionamento do sistema causou a emanção de gases na atmosfera, provocando odores insuportáveis e contaminação ambiental. A postulante alegou a violação aos artigos 8 (direito à vida privada e familiar) e 3 (proibição de tortura) da CEDH por causa dos prejuízos causados pelo mencionado sistema, dizendo ainda que teria havido omissão das autoridades espanholas. Após os devidos procedimentos, o Tribunal julgou procedente a ação, entendendo que houve violação ao artigo 8º da Convenção (mas não ao 3º), considerando as doenças e problemas de saúde sofridos pela vítima, até que fossem adotadas providências para mudança no sistema, que a obrigaram a mudar radicalmente de vida e, por conseguinte, determinou o TEDH o pagamento de indenização pelos prejuízos sofridos⁴⁸⁴.

Mais uma vez um direito social foi considerado em seu aspecto negativo. Um avanço necessário, no entanto, seria a responsabilização também de empresas por atos lesivos. Pelos fatos provados nessa demanda acima citada, os responsáveis diretos pelos danos foram as

⁴⁸³ COSARIN, Victor E. Abramovich. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: LÓPEZ, DANILO ERNESTO FLORES (Comp.). **Estudios sobre derechos humanos**. San Salvador, El Salvador: FESPAD, 2004, p. 417-452, p. 444.

⁴⁸⁴ REVORIO, Fco. Javier Díaz (Comp.). **Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 749-770.

empresas da região, sendo o Estado culpado por omissão. Todavia, pelo menos no processo em questão, elas saíram ilesas. É preciso evoluir para se adotar um mecanismo também de punição a atores não-estatais.

Além disso, Maria Reyes Alberdi coloca que o artigo 14 da CEDH, em combinação com outros preceitos da Convenção ou de seus Protocolos, pode servir para a incorporação de direitos sociais (proporcionando, assim, a justiciabilidade desses direitos). Cita para corroborar a assertiva o caso “Marckx contra Bélgica”⁴⁸⁵, em que o TEDH entendeu ter havido violação à CEDH pelo fato de haver desigualdade por razão de nascimento no acesso a direitos sucessórios (combinação do artigo 14 com o artigo 8 da CEDH, relativo à vida privada e familiar, e o art. 1 do Protocolo 1, relativo ao direito de propriedade). Além desse, a autora menciona o caso “Muñoz Días contra Espanha”, em que houve o reconhecimento de pensão por morte a uma mulher de origem cigana que contraiu matrimônio conforme os ritos de sua comunidade, que não são reconhecidos pela legislação espanhola. De todo modo, o TEDH assegurou o direito às prestações sociais a fim de evitar discriminação prejudicial.⁴⁸⁶

Em geral, no plano jurisprudencial europeu, conforme a análise de Cançado Trindade, aceita-se que, em relação aos DESC e aos DCP, haja a exigência de medidas positivas por parte dos Estados. Assim, por exemplo, as garantias do devido processo legal (artigo 6º da CEDH) abrangem não só questões de ordem privada, mas também as que recaem no âmbito do direito público ou do direito social (v.g., direito de exercer uma profissão, reivindicações de prestações previdenciárias) e os deveres de adotar providências para assegurar o respeito do direito à vida por meio, inclusive, de um sistema de saúde adequado, de serviços médicos e sociais mínimos.⁴⁸⁷

O TEDH tem reforçado a noção de obrigações positivas, o efeito horizontal da Convenção e ainda uma interpretação evolutiva dos direitos garantidos. A crescente diversidade dos casos tratados denota a ampliação dos direitos justiciáveis que se dirigem ao referido Tribunal, o que lhe confere ainda o papel de um Tribunal Constitucional Europeu. Além disso,

⁴⁸⁵ TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS. **Marckx contra Bélgica**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/en>>. Acesso em: 9 out. 2016.

⁴⁸⁶ ALBERDI, M^a Reyes Pérez. La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: TRATADO SOBRE PROTECCIÓN DE DERECHOS SOCIALES. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 325-326.

⁴⁸⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional. **Lecciones y ensayos**, 1997-98 – 69/70/71, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 53-103, p. 66.

tem estreitado os laços com outras jurisdições internacionais, a fim de estabelecer jurisprudências convergentes, evitando conflitos e contradições.⁴⁸⁸

Interessante comparação entre a Corte IDH e o TEDH é feita por Kai Ambos e María Laura Böhm. Segundo a visão de ambos, a Corte IDH seria audaciosa porque suas decisões têm um efeito direto, pois anula normas nacionais (por exemplo, em relação a anistias) e decide casos importantes e politicamente delicados. A CADH acaba assumindo um papel de Constituição dos Estados Americanos, da qual derivam obrigações com efeito direto sobre os Estados membros. Com isso, a interpretação da Corte IDH tem servido de exemplo para os tribunais dos países a ela submetidos. Por outro lado, o TEDH possui limitações porque suas sentenças não protegem de forma direta e imediata o direito subjetivo lesionado, na maioria das vezes. Contudo, o TEDH tem buscado favorecer uma interpretação dinâmica-teleológica da CEDH, fazendo desta um *living instrument*. Nesse sentido, tem havido avanços também no sistema europeu.⁴⁸⁹

Felipe Bambirra tem percebido avanços na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, asseverando que esta tem assumido cânones hermenêuticos específicos na efetividade dos direitos humanos, buscando a aplicação do princípio da interpretação teleológica, de modo a garantir que seja cumprido o desiderato da CEDH, assim como tem realizado uma hermenêutica dinâmica e evolutiva, interpretando a Convenção não a partir da sua elaboração, mas como instrumento vivo (*living instrument*), “atualizando-a para as exigências e condições de possibilidade de cumprimento de direitos no momento da aplicação; e da proporcionalidade”.⁴⁹⁰

Após os exemplos acima mencionados de tratamento dos direitos sociais pelo TEDH e demais observações, passamos ao estudo da Comissão Europeia de Direitos Humanos, valendo esclarecer que outros casos envolvendo o tribunal e relativos aos direitos laborais serão examinados no capítulo IV.

⁴⁸⁸ NAVARRO, Antonio V. Sempere (Dir.); MORILLO-VELARDE, Lourdes Meléndez (Coord.). **Prontuario de Jurisprudencia Social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2009, p. 187-188.

⁴⁸⁹ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?, p.1057-1088. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coords.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1057-1068.

⁴⁹⁰ BAMBIRRA, Felipe Magalhães. **O Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014, p. 345.

3.3.2.3.2 Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)

Voltamos a esclarecer que o Tribunal de Justiça da União Europeia não faz parte propriamente do Sistema de Direitos Humanos. Apesar disso, o TJUE, instituído em 1952, tem tido importante papel na proteção dos direitos fundamentais, o que, na prática, acaba por também colaborar na tutela dos direitos humanos de modo geral. Entre suas funções, o TJUE interpreta e visa aplicar uniformemente a legislação da União Europeia. Possui em sua composição um juiz de cada país da União Europeia. Diferentemente do TEDH, sediado em Estrasburgo (França), o TJUE tem sede em Luxemburgo. Além de interpretar a legislação da União Europeia, seja por meio de esclarecimentos quanto à aplicação desta ou quanto à validade da legislação nacional em relação a da União Europeia, ao TJUE⁴⁹¹ possui ainda as seguintes tarefas, entre outras: 1) aplicar a legislação europeia se descumprida por um país da UE; 2) anular atos legislativos europeus que infringirem tratados da UE ou direitos fundamentais; 3) obrigar órgãos europeus (por exemplo, o Parlamento ou o Conselho) a agirem em determinadas circunstâncias no caso de omissão legislativa; e 4) aplicar sanções pecuniárias às instituições da União Europeia, inclusive no caso de lesão à qualquer pessoa ou empresa no âmbito da Europa.⁴⁹²

O TJUE, inclusive, influencia bastante as decisões do TEDH, e a influência recíproca ficará cada vez mais forte, sobretudo em razão da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em que a União Europeia aderiu à CEDH (artigo 6.2 do Tratado da UE).⁴⁹³ Isso também poderá ser observado, exemplificativamente, no caso "Konstantin Markin contra Rússia", que será estudado no próximo capítulo. Esse diálogo entre as cortes e a preocupação de se evitarem contradições revela uma "interjurisdicionalidade" das cortes internacionais no sentido de criar um ambiente mais favorável à instituição de uma rede de proteção dos direitos humanos em nível global. A sentença do TJUE que influenciou a decisão do TEDH citada foi adotada no caso conhecido como "Pedro Manuel Roca Álvarez contra Sesa Start España ETT S/A", em que o TJUE, em sentença de 30 de setembro de 2010, reconheceu à vítima o direito ao período de "amamentação", na forma de redução de jornada em meia hora, reconhecido somente às

⁴⁹¹ Sobre a sua composição, competência e procedimentos: UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Justiça:** composição, competência e procedimentos. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-05/cjue_fr.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁴⁹² UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)**. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁴⁹³ UNIÃO EUROPEIA. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>>. Acesso em: 8 out. 2016.

mulheres. O TJUE concluiu que as situações de um homem e de uma mulher trabalhadora são equivalentes, sobretudo no caso de pais e mais de crianças pequenas, sendo comparável a necessidade que ambos possuem para ocuparem-se dos filhos. O Tribunal Europeu entendeu que o período para “amamentação” estava desvinculado do fato biológico da amamentação materna, já que se poderia fornecer o leite à criança de forma artificial, além de considerar o período como uma medida de conciliação familiar, sendo que o tempo de atenção à criança deve ser garantido tanto ao pai quanto à mãe.⁴⁹⁴

Em recente decisão⁴⁹⁵ envolvendo direitos laborais, o TJUE decidiu questão prejudicial formulada pelo Tribunal Superior de Justiça do Madrid sobre a conformidade da legislação espanhola no tratamento de indenização pela extinção contratual de trabalhadores temporários no caso de contratos sucessivos, entendendo ser discriminatória distinção entre trabalhadores fixos e temporários na hipótese. Estabeleceu, assim, que os tribunais espanhóis devem conceder, na resolução de seus feitos, indenização equivalente nos casos de despedida por causas objetivas, mesmo em se tratando de contratos temporários.

Portanto, como se observa, o Tribunal de Justiça da União Europeia (sem equivalente efetivamente ativo no âmbito americano e africano) pode auxiliar na tutela dos direitos humanos e fundamentais no cenário europeu.

3.3.2.4 A proteção dos direitos humanos na África

3.3.2.4.1 A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos

O Sistema Africano de Direitos Humanos e dos Povos (SADH) compõe-se, atualmente, pela Comissão Africana e pela Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Embora aquela tenha sido prevista na Carta de Banjul e esta tenha sido criada depois, vamos começar pela análise da Corte, que foi instituída pelo Protocolo Adicional à Carta de Banjul. A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Corte ADHP) entrou em funcionamento

⁴⁹⁴ JÁVEGA, Consuelo Chacartegui. **Dignidad de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Barcelona: Bomarzo, 2013, p. 27.

⁴⁹⁵ Decisão do TJUE de 14 de setembro de 2016. (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **María Elena Pérez López contra Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid)**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2Btravailleurs%2Btemporaires&docid=183300&pageIndex=0&doclang=fr&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=134464#ctx1>>. Acesso em: 8 out. 2016.

efetivamente em 2006⁴⁹⁶, com a eleição de seus juízes.⁴⁹⁷ Esse Tribunal, de âmbito continental, estatuído pelos Estados Membros da União Africana (UA), possui a função de proteger os direitos humanos e dos povos na África⁴⁹⁸, e integra os três sistemas regionais em funcionamento. Sobre a importância do surgimento da Corte Africana, leciona Marcolino Moco:

Um aspecto relevante, que surge com a criação do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, consiste na alteração formal da natureza jurídica das decisões e do órgão de controlo. Aqui, está-se a referir ao facto de as decisões da Comissão terem o valor de meras recomendações, sem carácter jurídico obrigatório, o que decorre do silêncio da Carta Africana e da doutrina e jurisprudência universal; enquanto para o Tribunal se prevê que as suas decisões sejam de carácter obrigatório, sob o ponto de vista jurídico, decorrendo isso não só do compromisso da ordem jurídica que é assumido pelos Estados Partes”.⁴⁹⁹

A Corte complementa e reforça a Comissão Africana na missão de fiscalizar o cumprimento da referida Carta, de acordo com o artigo 2º do Protocolo da Carta de Banjul. Compõe-se de 11 juízes, nacionais dos Estados Membros da União Africana, eleitos entre juristas de carácter moral elevado e reconhecida prática judicial ou de competência e experiência acadêmica no campo dos direitos humanos (artigo 11).⁵⁰⁰ Possui um Presidente e um Vice-Presidente eleitos para um período de dois anos, admitida uma reeleição, segundo o artigo nono

⁴⁹⁶ Segundo a página oficial da Corte ADHP, o Tribunal iniciou as suas atividades oficialmente em Adis Abeba, na Etiópia, em novembro de 2006; porém, em agosto de 2007, a sua sede foi transferida para Arusha, na República Unida da Tanzânia, onde o governo deste país disponibilizou instalações temporárias, enquanto se aguardava a construção de instalações permanentes. Entre 2006 e 2008, o Tribunal lidou principalmente com questões operacionais e administrativas, incluindo o desenvolvimento da estrutura orgânica da sua secretaria, a preparação do orçamento e a elaboração do regimento interno provisório. Em 2008, durante a sua 9ª sessão ordinária, os juízes aprovaram o regimento interno provisório do Tribunal. (UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Breve Apresentação do Tribunal**. Disponível em: <<http://www.african-court.org/pt/index.php/about-the-court/brief-history>>. Acesso em: 8 out. 2016) Sobre o Tribunal, confira também: INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS. **Practical Guide: The African Court on Human and Peoples' Rights**. Disponível em: <https://www.fidh.org/IMG/pdf/african_court_guide.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁴⁹⁷ YESHANEW, Sisay Alemahu. **The justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 162.

⁴⁹⁸ UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Breve Apresentação do Tribunal**. Disponível em: <<http://www.african-court.org/pt/>>. Acesso em: 9 out. 2016.

⁴⁹⁹ MOCO, Marcolino. Direitos Humanos: as particularidades africanas. In: CRUZ, Domingos da (Org.). **África e Direitos Humanos**. Jundiaí: Paco Editorial, 2014, p. 47.

⁵⁰⁰ UNIÃO AFRICANA. **Protocolo da Carta de Banjul**. Disponível em: <<http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Court%20Establishment/africancourt-humanrights.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2016.

do regimento interno do Tribunal.⁵⁰¹ Assim como ocorre no sistema regional europeu, os indivíduos podem, no sistema africano, levar suas demandas até a Corte. Entretanto, esta faculdade não lhes é concedida em sentido pleno, mas somente na medida em que os Estados dos quais sejam nacionais declarem, de maneira expressa, que aceitam a submissão de demandas individuais à Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Esta declaração pode se materializar no momento da ratificação do Protocolo ou, de acordo com o artigo 34, VI, em instante posterior. Isso porque o artigo 5º do Protocolo à Carta de Banjul admite a submissão de casos à Corte pela Comissão Africana, pelo Estado membro que submeteu o caso à Comissão e contra o qual o caso foi submetido na Comissão, o Estado cujo cidadão é vítima da violação aos direitos humanos e às organizações africanas intergovernamentais, e dispõe, nos seus parágrafos 2º e 3º, que o Estado-parte que tiver interesse de ter seu caso julgado pela Corte pode solicitar que dele participe e ainda que os indivíduos possuem a prerrogativa de submeter os casos à Corte desde que o procedimento esteja de acordo com o artigo 34(6) do referido Protocolo. Ou seja, mais um obstáculo à admissibilidade. Por outro lado, permite o acesso direto, diferente do SIDH que exige a passagem pela CIDH.

Como se observa acima, pela data de entrada em funcionamento, a Corte Africana de Direitos Humanos é relativamente recente⁵⁰² e não possui a mesma maturidade que as cortes europeia e interamericana. Ademais, ainda sofre certa influência de questões políticas. Em relação à África, Marina Feferbaum lembra caso de retaliação estatal pela atuação do Tribunal Penal Internacional no caso da prisão do Presidente do Sudão, que expulsou as ONGs de direitos humanos e de ajuda humanitária do país como represália à determinação pelo TPI de sua prisão.⁵⁰³ É certo que a Corte ADHP não está imune a algum tipo de vendeta. Segundo as argumentações de Feferbaum, muitos países africanos, assim como o Sudão, possuem regimes autoritários e são violadores de direitos humanos. Ainda que se invista bastante na Corte ADHP para torná-la atuante, “as barreiras políticas que cercam o sistema impedirão que consiga atingir a efetividade dos direitos humanos pela via estritamente jurídica. Naturalmente, isso não

⁵⁰¹ UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Regimento interno**. Disponível em: <http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Interim%20Rules%20of%20Court/Final_Rules_of_Court_for_Publication_after_Harmonization_-_Final_English_7_sept_1_.pdf>. Acesso em: 9 out. 2016.

⁵⁰² Publicou, até o momento, cerca de 30 sentenças e possui, ainda, aproximadamente, 100 casos pendentes. Segundo as estatísticas oficiais constantes de seu sítio na internet, a Corte ADHP resolveu 25% dos casos recebidos até hoje. (UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Contentious Matters**. Disponível em: <<http://en.african-court.org/index.php/cases/2016-10-17-16-18-21#statistical-summary>>. Acesso em: 9 out. 2016).

⁵⁰³ FEFERBAUM, Marina. **Proteção internacional dos direitos humanos**: análise do sistema africano. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113.

significa que investimentos nesse sentido não devam ser feitos, muito pelo contrário”.⁵⁰⁴ Além disso, referindo-se à proteção dos direitos humanos em seus diversos níveis, a autora afirma que “a situação dos direitos humanos na África apresenta-se com generalizada amputação” em seu nível doméstico, justamente aquele que dá, em último plano, “efetividade aos direitos humanos, mesmo quando tal efetividade resulta de uma decisão tomada, por exemplo, pela Comissão Africana. Ora, não é senão o Estado quem irá executar uma decisão tomada em nível internacional”.⁵⁰⁵

Após as análises das decisões da Corte ADHP, pôde-se constatar, lamentavelmente, que os casos envolvendo direitos sociais praticamente não chegaram a ser analisados mais detidamente. Por exemplo, no caso entre "Frank David Omary e Outros e a República da Tanzânia (*Application 001/2012*)", empregados da Comunidade do Leste Africano que alegaram não ter recebido o pagamento integral das verbas a que faziam *jus* e alegaram discriminação, violação ao direito ao trabalho e ao direito à justa remuneração, foi considerado inadmissível.⁵⁰⁶

Outro exemplo pode ser dado no caso "Urban Mkandawire contra a República de Malawi (*Application 003/2011*)", em que o demandante tinha um contrato de emprego com uma Universidade para ensinar francês, tendo sido dispensado de forma indevida. Alega violação aos artigos 4, 5, 7, 15 e 19 da Carta de Banjul. Pede indenização referente ao seu contrato de emprego. O caso foi passado à Corte ADHP pela Comissão Africana. Interessante apenas observar que a Corte ADHP menciona procedimento da CIDH em sua decisão, revelando, mais uma vez, o diálogo interinstitucional. Todavia, por questões processuais, a demanda também foi considerada inadmissível.⁵⁰⁷

Também pode ser mencionado outro caso que não chegou a ser apreciado e que poderia ser um bom palco de discussão de direitos laborais. A demanda de um Sindicato de Professores contra a República do Gabão alegando violações de direitos sindicais com base nos artigos 10

⁵⁰⁴ FEFERBAUM, Marina. **Proteção internacional dos direitos humanos**: análise do sistema africano. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113.

⁵⁰⁵ FEFERBAUM, Marina. **Proteção internacional dos direitos humanos**: análise do sistema africano. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121-122.

⁵⁰⁶ UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Frank David Omary e Outros vs. República da Tanzânia**. Disponível em: <<http://en.african-court.org/images/Cases/Judgment/Judgment%20-%20Application%20003-2011-%20Mkandawire%20v.%20Republic%20of%20Malawi%20English.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2016. MOCO, Marcolino. Direitos Humanos: as particularidades africanas. In: CRUZ, Domingos da (Org.). **África e Direitos Humanos**. Jundiaí: Paco Editorial, 2014, p. 47.

⁵⁰⁷ UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Urban Mkandawire contra a República de Malawi**. Disponível em: <<http://en.african-court.org/images/Cases/Judgment/Judgment%20-%20Application%20003-2011-%20Mkandawire%20v.%20Republic%20of%20Malawi%20English.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2016.

e 15 da Carta de Banjul foi barrada na competência da Corte. Isso porque a República do Gabão não firmou a declaração aceitando a competência contenciosa da Corte ADHP, conforme exige o artigo 34 do Protocolo Adicional à Carta de Banjul. Sendo assim, a análise restou obstada pela preliminar⁵⁰⁸.

Enfim, embora tenha merecido a menção porque faz parte dos sistemas, a Corte ADHP pouco contribuiu para o fortalecimento dos direitos humanos, ainda. Esperamos que, com o passar do tempo, a Corte possa ter papel relevante, sobretudo porque tem ao seu dispor a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que prevê expressamente os direitos sociais merecedores de proteção, tendo as melhores ferramentas para a justiciabilidade desses.

3.3.2.4.2 Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos

Na prática, o sistema africano de direitos humanos (SADH) conta com três tipos de procedimento de controle: o sistema de relatórios, as denúncias interestatais e as comunicações ou denúncias individuais, consoante leciona Montejo. A Comissão Africana de Direitos Humanos é o órgão responsável pelos três procedimentos acima. A ausência, entretanto, no sistema de relatórios africano, de algum tipo de sanção para os Estados-Partes que não remetem a informação a qual se encontram obrigados pela ratificação da Carta Africana tem feito com que o SADH se enfraqueça e a inobservância dos preceitos de sua Carta seja generalizada. Além disso, o sistema de relatórios carece de um adequado seguimento, especialmente no caso de descumprimentos graves na aplicação das normas do referido instrumento normativo pelos Estados.⁵⁰⁹ Mazzuoli adverte, no entanto, para a discussão sobre o cabimento de petições individuais à Comissão Africana de Direitos Humanos. Isso porque a Carta Africana menciona expressamente a possibilidade de um Estado demandar outro perante a Comissão (artigos 47 a 54). Na seção que trata “das outras comunicações”, exige-se a identidade do autor, mesmo que se solicite a manutenção de anonimato, o que leva a concluir que essas outras comunicações

⁵⁰⁸ UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Urban Mkandawire contra a República de Malawi**. Disponível em: <http://en.african-court.org/images/Cases/Decision/Appl. 012 - 2011 National Convention of Teachers Trade Union v. Gabon Engl.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁵⁰⁹ MONTEJO, Miguel F. Canessa. Los derechos humanos laborales em el derecho internacional. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, v. 23, n.1, p. 115-144, I Semestre 2012, p. 133.

com a necessária identificação de autoria sejam as petições individuais. Portanto, entende-se possível o peticionamento individual.⁵¹⁰

Marcolino Moco ensina que os membros da Comissão são eleitos por um período de seis anos renováveis, possuindo um Presidente e um Vice-Presidente, com mandato de dois anos, igualmente renováveis. As instalações da Comissão Africana se encontram em Banjul, até como forma de homenagem à cidade onde foi aprovada a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, e ainda para simbolizar a independência da instituição de salvaguarda dos direitos humanos em relação às estruturas de organização política continental situadas em Addis Abeba. De mais a mais, conta Moco que, apesar disso não parecer decorrer da Carta, “membros de governos dos Estados parte, representantes de Organizações Internacionais e de Organização não Governamentais têm sido convidados a participar em sessões da Comissão que de resto são públicas”.⁵¹¹

Como se pôde observar, a Corte Africana não foi prevista no texto original da Carta de Banjul, diversamente do ocorrido nas Convenções Europeia e Interamericana de Direitos Humanos.⁵¹² Assim, até porque mais antiga, a Comissão teve, ao longo de sua história, um papel mais importante que a Corte ADHP, de curta existência ainda⁵¹³. Enquanto a Corte ADHP não logrou chegar a uma decisão relevante referente a DESC, a Comissão contou com várias durante sua trajetória. Sisay Yeshanew informa, como exemplo, que, dos 71 casos que a Comissão Africana entrou no mérito no fim de 2010, 13 envolviam reclamações de violações de DESC, incluindo questões relacionadas ao direito ao trabalho, à saúde, à educação e à cultura.⁵¹⁴

Entre os casos tratados pela Comissão Africana relativos aos DESC, merecem destaque: 1) *Serac versus Nigéria*⁵¹⁵, em que a Comissão Africana examinou denúncia de exploração de reservas de petróleo sem que as empresas atuantes tivessem tido preocupação

⁵¹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1031.

⁵¹¹ MOCO, Marcolino. Direitos Humanos: as particularidades africanas. In: CRUZ, Domingos da (Org.). **África e Direitos Humanos**. Jundiaí: Paco Editorial, 2014, p. 40-41.

⁵¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1030.

⁵¹³ A sua primeira decisão foi proferida somente em 15 de dezembro de 2009, no caso *Michelot Yogogombaye vs. República do Senegal* (Caso nº 001/2008), conta-nos Mazzuoli. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.035).

⁵¹⁴ YESHANEW, Sisay Alemahu. **The justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 18.

⁵¹⁵ UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Serac vs Nigéria**. Disponível em: <<http://www.ihrda.org/wp-content/uploads/2011/02/155-96-SERAC-CESR-v-Nigeria-Portugu%C3%AAs.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2016.

com a saúde e o meio-ambiente das comunidades locais, entre outras acusações referentes ao direito à saúde, alimentação, moradia e outros direitos sociais, e declarou a República Federal da Nigéria violadora dos artigos 2, 4, 14, 16, 18(1) e 21 da Carta Africana, além de ter rogado ao Governo daquele país a interrupção dos ataques à Comunidade Ogoni e a seus líderes, conduzir investigação sobre violações de direitos humanos, garantir compensação adequada às vítimas, entre outras medidas a serem tomadas, valendo ainda destacar que a Comissão se referiu aos diferentes níveis de obrigações estatais (respeitar, proteger, promover e cumprir os direitos humanos); 2) "Malawi African Association e outros *versus* Mauritânia", em que houve alegação de diversos tipos de violação a direitos sociais, incluindo os direitos à saúde, trabalho e alimentação, sendo que a Comissão Africana reconheceu ter havido graves e diversificadas violações a direitos humanos, inclusive trabalho em condições análogas à de escravo, com a infringência de vários artigos da Carta de Banjul, e recomendou ao Governo da Mauritânia uma série de medidas para reparar as vítimas, inclusive na esfera trabalhista;⁵¹⁶ e 3) o caso "Free Legal Assistance e outros contra o Zaire", no qual a Comissão Africana entendeu ter havido violações massivas a direitos sociais, incluindo os direitos à saúde física e mental e à educação⁵¹⁷.

Portanto, a Comissão Africana tem deixado importante legado na proteção aos direitos sociais, apesar de não ter a força de uma Corte, que, por sua vez, no âmbito africano, não tem conseguido atuar a contento, sobretudo pela quantidade de casos pendentes, proporcionalmente à de casos recebidos, como antes demonstrado em sua estatística. De todo modo, a abordagem do sistema africano e a comparação entre este e os demais sistemas e os outros dois (americano e europeu) entre si e com o africano são fundamentais para demonstração da interligação de todos os sistemas e a necessidade de ação firme, conjunta e harmônica entre os órgãos judiciais e administrativos, a fim de obter máxima proteção aos direitos humanos.

⁵¹⁶ UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Malawi African Association e outros *versus* Mauritânia**. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/sessions/27th/comunications/54.91-61.91-96.93-98.93-164.97_196.97-210.98/achpr27_54.91_61.91_96.93_98.93_164.97_196.97_210.98_eng.pdf>. Acesso em: 9 out. 2016.

⁵¹⁷ UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Free Legal Assistance e outros contra o Zaire**. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/sessions/18th/comunications/25.89-47.90-56.91-100.93/achpr18_25.89_47.90_56.91_100.93_eng.pdf>. Acesso em: 9 out. 2016.

CAPÍTULO IV – EM BUSCA DA PROTEÇÃO EFETIVA DO SUJEITO TRABALHADOR NA CONTEMPORANEIDADE

“Sem trabalho eu não sou nada / Não tenho dignidade / Não sinto o meu valor / Não tenho identidade

Mas o que eu tenho / É só um emprego / E um salário miserável / Eu tenho o meu ofício / Que me cansa de verdade

Tem gente que não tem nada / E outros que tem mais do que precisam”

(Legião Urbana)

4.1 Questões introdutórias

A ausência de proteção aos direitos sociais impede o desenvolvimento humano. E o Estado possui um papel fundamental na salvaguarda desses direitos. Ressalta-se que não se está aqui a defender um Estado excessivamente protetor, mas, sim, um Estado que assuma as suas responsabilidades pelo bem-estar da população, revertendo ao real destinatário os impostos cobrados. Cabe a ele, assim, criar as condições para o progresso individual que se transformará em um sucesso coletivo. Amartya Sen, acertadamente, defende que as nossas liberdades substantivas são extremamente dependentes das circunstâncias pessoais, sociais e ambientais. De modo geral, com raras exceções, não há dúvida disso. Exemplifica o mencionado autor que, se a uma criança é negada a oportunidade de aprendizado escolar básico, ela certamente sofrerá os efeitos disso em sua juventude e, muito provavelmente, em toda sua vida. O adulto que for privado do acesso a tratamento médico pode, diante de uma doença grave, seguramente ir a óbito. Assim como o trabalhador nascido na semiescavidão encontra-se privado do bem-estar e do “potencial para levar uma vida responsável, pois esta depende do gozo de certas liberdades básicas. Responsabilidade *requer* liberdade”.⁵¹⁸

⁵¹⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 361.

Evidentemente, a responsabilidade pela criação de oportunidades e pela salvaguarda das condições básicas individuais não é exclusivamente do Estado, mas é, também e inclusive, deste. Dessarte, não se supõe, como diz Amartya Sen, um “Estado babá”, pois “há uma diferença entre ‘pajear’ as escolhas de um indivíduo e criar mais oportunidades de escolha e decisões substantivas para as pessoas, que então poderão agir de modo responsável sustentando-se nessa base”⁵¹⁹. Além do Estado, outras instituições, como organizações não governamentais, disposições de bases comunitárias, meios de comunicação, podem colaborar para a almejada liberdade substantiva individual. Portanto, a visão restrita da responsabilidade individual deve ser ampliada, com o envolvimento de outras instituições e agentes, abandonando-se a ideia de um “indivíduo posto em uma ilha imaginária, sem ser ajudado nem estorvado por outros”.⁵²⁰

É preciso, pois, que o Estado reconheça a sua responsabilidade na realização dos direitos sociais. E caso seja omissos ou insuficiente, caberá ao Judiciário determinar as medidas necessárias à salvaguarda desses direitos. Nessa trilha, é preciso reconhecer a possibilidade de se cobrar esses direitos nos tribunais, ou seja, dar espaço à justiciabilidade. Para tanto, é preciso afirmar a juridicidade dos direitos sociais. Afinal, negar a sua juridicidade atenta contra o processo democrático, sobretudo contra o principal instrumento de sua realização, a negociação, na medida em que compromete seu resultado, frustrando as expectativas geradas pela inclusão dos direitos no ordenamento positivo. A ideologia que proclama os direitos sociais como não “justiciáveis” exacerba o conflito, pois elimina as prestações sociais e a responsabilidade da sociedade na solução de seus problemas. Passada a hora de haver solidariedade no plano mundial, pois estamos todos no mesmo barco. Os Estados não podem mais simplesmente se encarregar de suas respectivas dificuldades sem se preocuparem com a questão social alheia.⁵²¹

No entanto, por uma questão metodológica, deixaremos de lado, daqui em diante, os outros direitos sociais (saúde, educação, moradia, etc.) e afunilaremos a nossa análise para nos reservarmos apenas ao direito laboral. Direito este considerado como o primeiro e confluyente de todos os demais direitos sociais. Nas palavras de Celso A. Mello, o direito do trabalho é o direito social fundamental, já que, por meio dele, obtém-se a seguridade social e quase sempre o direito à saúde. “É através da ação, isto é, do trabalho, que o ser humano se realiza. É o que

⁵¹⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 362.

⁵²⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 362.

⁵²¹ PEREIRA, Ricardo José M. de Britto. *Constituição e liberdade sindical*. São Paulo: LTr, 2007, p. 66.

lhe garante uma remuneração justa. Considero o direito ao trabalho o mais importante, ou o direito básico dos direitos sociais”.⁵²² O trabalho é a parte mais significativa do que também se chama de Direito Social. Conforme as lições de Cesarino Júnior, o Direito Social pode ser definido como um “complexo de princípios e leis imperativas, cujo objetivo é, tendo em vista o bem comum, auxiliar a satisfazer convenientemente às necessidades vitais próprias e de suas famílias, aos indivíduos para tanto dependentes do produto do seu trabalho”.⁵²³ O Direito Social ainda tem uma quádrupla significação, segundo o referido mestre: i) fazer aparecer uma individualidade concreta; ii) proteger os fracos e limitar os excessos de potência social; iii) fazer surgir nas relações um Estado pronto a intervir; e iv) restabelecer sobre um novo terreno o acordo da forma e da realidade jurídicas, mostrando a sua influência tanto no direito privado quanto no público.⁵²⁴ Assim, o Direito Social, em sentido amplo, caracteriza-se pelo fato de considerar o homem concreto e socializado, e não apenas o indivíduo despersonalizado e abstrato.⁵²⁵ O trabalho se apresenta como núcleo desse Direito Social, ou ainda na concepção de Cesarino Júnior, é do centro do Direito Social restrito.

Esse ramo jurídico chamado de Direito Social possui uma faceta internacionalista, que pode ser também chamada de Direito Internacional Social. Para Pedro Nicoli, esse ramo entendido como Direito Internacional Social abrange, além do direito ao trabalho, outras proteções individuais e coletivas e outros direitos conexos, como acesso à seguridade social, saúde, educação, ciência, lazer e cultura e tudo mais que se fizer necessário para a consecução da justiça social.⁵²⁶ Todavia, na presente tese, iremos nos ater à parte trabalhista, configurando uma abordagem relacionada ao que se chama de Direito Internacional do Trabalho.

Cumprе acrescentar que, nos últimos anos, temos assistido a uma valoração desse ramo chamado de Direito Internacional do Trabalho, que vem sendo fortalecido com o seu reposicionamento no espaço de interseção entre tal ramo do Direito e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁵²⁷ Efetivamente, a globalização econômica, a intensificação da

⁵²² MELLO, Celso A. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 14, 2002, p. 63.

⁵²³ CESARINO JÚNIOR, A. F. Sobre o conceito de direito social. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 36, n. 1-2, p. 117-132, 1941, p. 118.

⁵²⁴ CESARINO JÚNIOR, A. F. Sobre o conceito de direito social. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 36, n. 1-2, p. 117-132, 1941, p. 123.

⁵²⁵ CESARINO JÚNIOR, A. F. Sobre o conceito de direito social. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 36, n. 1-2, p. 117-132, 1941, p. 119.

⁵²⁶ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Fundamentos de direito internacional social: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016, p. 141.

⁵²⁷ MONTEJO, Miguel F. Canessa. Los derechos humanos laborales em el derecho internacional. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, v. 23, n. 1, p. 115-144, I Semestre 2012, p. 116.

migração, a saga dos refugiados, o comércio internacional e outras questões relacionadas a essas têm exigido uma internacionalização do Direito Laboral, com vistas a assegurar maior efetividade à proteção do sujeito trabalhador. Conforme salienta Rubia Alvarenga, é importante enfatizar que a tutela do direito laboral pelos humanos direitos “implica a obrigação do Estado em respeitar, proteger e implementar os direitos humanos sociais do trabalhador, sendo vedado qualquer retrocesso, com fundamento nos tratados internacionais de direitos humanos”.⁵²⁸ Portanto, são insuscetíveis de rebaixamento “os níveis sociais já alcançados e protegidos pela ordem jurídica”. E mais do que isso, o que se busca é “o progresso da proteção à pessoa humana, com a melhoria das condições sociais, mediante o aperfeiçoamento da ordem jurídica”.⁵²⁹

Nesse contexto, o Direito Internacional do Trabalho é entendido, conforme as lições de Nicolas Valtico, como uma parte do Direito do Trabalho que tem fonte internacional. Ou seja, abrange as normas jurídicas materiais estabelecidas internacionalmente, e não as regras de direito nacional aplicáveis às relações de trabalho, que são questões de direito internacional privado⁵³⁰. Doravante, a nossa análise trilhará, sobretudo, o caminho das normas internacionais, com a hermenêutica a elas pertinente, fazendo menção, quando necessário em razão do tema, às regras brasileiras.

Vale observar, contudo, que o Direito Internacional do Trabalho poderia estar mais forte se as normas internacionais laborais tivessem já alcançado um nível de maior respeito e vinculação dos Estados. Cumpre historiar que, em 1995, a OIT propôs à recém-criada Organização Mundial do Comércio (OMC) a introdução de uma cláusula social nos contratos comerciais, por meio da qual a importação de bens ficaria condicionada à observância de certas normas internacionais pela nação exportadora. Todavia, na Conferência de Cingapura (1997), a Organização Mundial do Comércio refutou a proposta. Em 1998, a OIT acabou lançando uma Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, em que os Estados membros da Organização se comprometeriam com quatro objetivos estratégicos: 1) eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; 2) erradicação efetiva do trabalho infantil; 3) fim da discriminação em matéria de emprego ou ocupação e 4) promoção da liberdade sindical e da negociação coletiva. Em 2008, a OIT proclamou, outrossim, uma Declaração sobre a Justiça

⁵²⁸ ALVARENGA, Rubia Zanotelli. A Organização Internacional do Trabalho e a Proteção aos Direitos Humanos Sociais do Trabalhador. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; LAGE, Délber Andrade; CREMASCO, Suzana Santi (Coord.). **Direito Internacional Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2011, p.135.

⁵²⁹ REIS, Daniela Muradas; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. A denúncia da Convenção n. 158 da OIT como retrocesso social: desdobramentos materiais dos passos de Arnaldo Sússekind. In: ÁVILA, Any; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho (Org.). **Mundo do trabalho: atualidades, desafios e perspectivas - homenagem ao Ministro Arnaldo Sússekind**. São Paulo: LTr, 2014, p. 29.

⁵³⁰ VALTICOS, Nicolas. **International Labour Law**. Deventer: Springer Science, 1979, p. 17.

Social para uma Globalização Equitativa, em que reforça os compromissos dos Estados Membros no sentido de promover o emprego, adotar e ampliar medidas de proteção social, promover o diálogo social, além de respeitar, promover e aplicar os princípios e direitos fundamentais no trabalho que são de particular importância para plena realização dos objetivos estratégicos supra citados, que são considerados indissociáveis e interdependentes.⁵³¹

Segundo Claudio Santos da Silva, o contexto da Declaração de 1998 da OIT foi favorecido por algumas circunstâncias:

A década de 1990, por suas especificidades, proporcionou um ambiente propício para o início de um debate sobre normas fundamentais do trabalho, tanto fora como dentro da OIT, tendo em vista, segundo a análise comum, a globalização, a revolução tecnológica e da informação, o fim da Guerra Fria e a emergência de uma economia de mercado. O crescimento econômico por si só não era suficiente para proporcionar um crescimento igualitário entre as nações que integram o sistema internacional, sobretudo no que é pertinente ao Direito do Trabalho.⁵³²

Além disso, como salienta o mencionado autor, a aprovação da Declaração da OIT reacendeu o debate doutrinário sobre a *soft law* (chamada norma branda), sendo possível argumentar que a mencionada norma se reveste da natureza de convenção (enquadrada como *hard law*), possuindo, pois “caráter promocional, e ao mesmo tempo cogente, porque vai vincular os países que não ratificaram quaisquer das convenções”.⁵³³ Nessa esteira, segundo Fernanda Andrade, “a extensão da obrigatoriedade das convenções fundamentais em sua integralidade a todos os Estados Membros, como sugere a doutrina, é de fato a interpretação mais adequada e compatível com os objetivos da Declaração de 1998”.⁵³⁴ Outras vantagens ainda podem ser vistas na Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho: i) ela chama “a atenção da comunidade internacional para a problemática dos direitos fundamentais no trabalho”; ii) possibilita a “assistência específica por parte da OIT a seus Estados Membros para que estes possam lidar com dificuldades de ordem técnica ou financeira passíveis de

⁵³¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.** Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵³² SILVA, Claudio Santos da. **A liberdade sindical no direito internacional do trabalho:** reflexões orientadas pela Convenção n. 87 da OIT. São Paulo: LTr, 2011, p. 98.

⁵³³ SILVA, Claudio Santos da. **A liberdade sindical no direito internacional do trabalho:** reflexões orientadas pela Convenção n. 87 da OIT. São Paulo: LTr, 2011, p. 107-108.

⁵³⁴ ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. **Direitos Humanos dos Trabalhadores:** uma análise da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Belo Horizonte: RTM, 2012, p. 112.

obstaculizar o cumprimento de seus compromissos internacionais"; iii) inaugura um “sistema de seguimento (*follow-up*), destinado a supervisionar, em caráter promocional, a observância dos direitos à liberdade de associação e à negociação coletiva, à não discriminação e à eliminação do trabalho forçado e infantil”.⁵³⁵

Como se observará a partir do próximo tópico, os quatro objetivos estratégicos referentes ao *trabalho decente*, assim considerados pela OIT, serão analisados como os quatro direitos humanos laborais em sede internacional, diante da universalidade, solidez e relevância desses direitos. *Mas, de fato, pode-se falar em direitos humanos laborais?* Virginia Mantouvalou, em artigo sobre o tema⁵³⁶, afirma que a questão tem atraído o interesse de advogados, acadêmicos, sindicalistas e outros ativistas. A autora, após considerar diversas visões, conclui que “a posição de que certos direitos trabalhistas são direitos humanos parece ser a única que tem primazia”⁵³⁷. A referida articulista sustenta que nem todos, mas certos direitos laborais, devem ter o *status* de *direitos humanos*, como a proibição do trabalho forçado, porque são suficientemente fortes e universais. Diz ainda que, ao aceitar que certos direitos trabalhistas são direitos humanos, leva-se em conta a ideia de que o direito do trabalho é regido por vários princípios de direitos humanos, que, por definição, são imunes a partir dos argumentos de eficiência econômica. Conferir aos trabalhadores tratamento aquém de um nível básico de proteção, porque é economicamente vantajoso, é inconsistente com a percepção de que os direitos trabalhistas são direitos humanos, sentencia Mantouvalou. Ademais, direitos laborais devem contemplar todos, incluindo trabalhadores migrantes indocumentados, conforme entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, citada pela autora, e que será objeto de estudo adiante. Outro item a ser examinado no tocante aos direitos humanos é o poder de negociação do trabalhador no contrato com o empregador, já que, por estar naturalmente subjugado, deve merecer especial proteção. Assim, ao reconhecer que certos direitos trabalhistas são direitos humanos, qualquer renúncia deve ser acompanhada de perto.⁵³⁸

Miguel Montejo complementa que “a liberdade do trabalhador requer que seja protegida não somente pela sua própria debilidade, mas também porque o empresário representa

⁵³⁵ ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. **Direitos Humanos dos Trabalhadores**: uma análise da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Belo Horizonte: RTM, 2012, p. 140.

⁵³⁶ MANTOUVALOU, Virginia. Are Labour Rights Human Rights? [Working Paper] **UCL Labour Rights Institute**, Londres, Inglaterra, 2012, p. 1-27.

⁵³⁷ No original: “*the position that certain labour rights are human rights seems to be the one that has primacy*”. Tradução livre do autor. (MANTOUVALOU, Virginia. Are Labour Rights Human Rights? [Working Paper] **UCL Labour Rights Institute**, Londres, Inglaterra, 2012, p. 24)

⁵³⁸ MANTOUVALOU, Virginia. Are Labour Rights Human Rights? [Working Paper] **UCL Labour Rights Institute**, Londres, Inglaterra, 2012, p. 24-27.

um centro de poder na relação laboral”⁵³⁹. De tal forma, este estado empresarial exige um controle de nível elevado, porque seu poder pode constituir perigo para a liberdade. Alguns direitos laborais se incluem, assim, na categoria de direitos humanos, com a peculiaridade de estarem inseridos dentro de uma relação tida entre particulares – empregadores e trabalhadores –, na qual o Estado cumpre um importante papel tutelar. Assim, “o equilíbrio do direito laboral consiste em proteger a liberdade dos trabalhadores e conseguir a estabilidade do sistema produtivo”.⁵⁴⁰

O autor acima citado arrola, nesse diapasão, os grupos de direitos laborais protegidos por normas internacionais, a saber: a liberdade de trabalho, a proibição da escravidão e da servidão, **a proibição do trabalho forçado ou obrigatório**, o direito ao trabalho, a proteção contra o desemprego, **a proteção contra a dispensa, a proibição da discriminação em matéria de emprego e ocupação**, a igualdade de remuneração por um trabalho de igual valor, a proibição da discriminação de pessoas com responsabilidades familiares, a segurança e higiene no trabalho, **o direito a condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho** (jornada máxima, descanso semanal remunerado, férias remuneradas), o direito a uma remuneração mínima, **o direito à promoção no emprego**, o direito à formação profissional, direito à informação e a consulta no seio da empresa, direito a informação e consulta nos procedimentos de dispensa coletiva, direito à tutela dos créditos em caso de insolvência dos empregadores, **a liberdade sindical**, o direito à proteção dos representantes dos trabalhadores e as facilidades para os exercícios de suas funções, a negociação coletiva, **o direito à greve**, o direito à previdência social (assistência médica, prestações pecuniárias previdenciárias, seguro-desemprego, auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão por morte, auxílio-acidente, etc.), **proteção às crianças e adolescentes**, às mulheres trabalhadoras, **aos trabalhadores migrantes** e às pessoas com deficiência.⁵⁴¹ A nosso ver, a proteção contra acidentes de trabalho em geral e especificamente em relação às doenças ocupacionais deveria ocupar mais a pauta das organizações internacionais. Embora haja convenções a respeito, esse deveria ser um tema de maior difusão e de maior preocupação dos órgãos de tutela.

⁵³⁹ MONTEJO, Miguel F. Canessa. Los derechos humanos laborales em el derecho internacional. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, v. 23, n. 1, p. 115-144, I Semestre 2012, p. 122.

⁵⁴⁰ MONTEJO, Miguel F. Canessa. Los derechos humanos laborales em el derecho internacional. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, v. 23, n. 1, p. 115-144, I Semestre 2012, p. 122.

⁵⁴¹ MONTEJO, Miguel F. Canessa. Los derechos humanos laborales em el derecho internacional. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, v. 23, n. 1, p. 115-144, I Semestre 2012, p. 116-117. Grifos nossos.

Entre os direitos acima citados, destacamos quatro que consideramos os direitos humanos laborais mais elementares (a proibição do trabalho forçado, a proteção contra o trabalho infantil – incluído na tutela geral das crianças e dos adolescentes, a vedação da discriminação e a liberdade sindical), por serem universais e de ampla aceitação, e outros dois complementares (a proteção ao emprego e o direito à greve), para formar o que passaremos a chamar de “hexágono garantidor” dos direitos do trabalhador em nível internacional. Nas bases desse “hexágono”, colocamos a proibição do trabalho forçado e do trabalho infantil, essenciais para o desenvolvimento livre e saudável do labor humano. Nas laterais se encontram a proteção ao emprego e o direito de greve como ferramentas necessárias à proteção da dignidade e das lutas do trabalhador. E, nas pontas superiores do “hexágono_garantidor”, estão a liberdade sindical e a vedação à discriminação como pontos culminantes na devida tutela ao obreiro e que se espraiam pelos demais, permitindo o fechamento de toda a proteção mínima devida ao sujeito trabalhador na contemporaneidade. Como um dos pontos de convergência de todos os seis pontos acima elencados, trataremos da tutela ao trabalhador migrante em sede internacional, considerando, portanto, o obreiro como cidadão universal, imune a qualquer tipo de discriminação.

Para realizar o estudo que será desenvolvido a seguir, serão analisados os principais instrumentos internacionais, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e as mais importantes Convenções emanadas das Nações Unidas que tratam dos temas mencionados, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), as Convenções e Recomendações da OIT, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e o Protocolo de San Salvador, quando for o caso, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e demais normas comunitárias, e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), sem prejuízo de outros documentos relevantes em cada assunto⁵⁴². Ademais, serão agregadas as bases

⁵⁴² As normas em questão podem ser encontradas nos seguintes endereços eletrônicos: <<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>_(Declaração Universal dos Direitos Humanos); <<http://www.un.org/>> (demais convenções emanadas das Nações Unidas); <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>> (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais); <<http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>> (convenções e recomendações da OIT); <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> (Convenção Americana sobre Direitos Humanos); <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm> (Protocolo de San Salvador); <http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf> (Convenção Europeia de Direitos Humanos); <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> (Carta dos Direitos Fundamentais

doutrinárias, as decisões das Cortes Europeia e Americana de Direitos Humanos e os comentários necessários à compreensão do tema.

4.2 Direitos humanos laborais

4.2.1 A proteção contra o trabalho forçado como direito humano laboral

A análise do “hexágono” garantidor dos direitos laborais mínimos em nível internacional deve se iniciar com o direito mais basilar, qual seja a tutela contra o trabalho forçado, que, na realidade, acaba por assegurar, em um de seus aspectos, a liberdade de trabalhar.

Quanto à base normativa, embora não vinculante, mas de significado simbólico incontestável, em sede vestibular, vale citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) da ONU, de 1948, ao dispor que ninguém será submetido a escravidão nem a servidão, estando proibidas todas as formas de escravatura ou tratamento desumano ou degradante (artigos 4º e 5º). Além disso, o seu artigo 23 dispõe que toda pessoa tem direito a livre escolha de seu trabalho em condições justas e satisfatórias (artigo 23). Deve-se considerar tal assertiva como um compromisso internacional assumido pelos Estados membros das Nações Unidas⁵⁴³.

Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) da ONU, de 1966 também reconhece o direito a um trabalho livremente escolhido e aceito em condições benéficas (artigo 6). No âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁵⁴⁴, o artigo 1º da Convenção nº 29⁵⁴⁵ proíbe o trabalho forçado, nos termos de seu artigo 2º. Arnaldo Süssekind noticia que a atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho com vistas à abolição do trabalho forçado ou obrigatório começou com a aludida

da União Europeia); <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>> (Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos).

⁵⁴³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁴⁴ Segundo o sítio eletrônico oficial da OIT, atualmente, quase 21 milhões de pessoas são vítimas de trabalho forçado, sendo deste total cerca de 19 milhões exploradas por indivíduos ou empresas e mais de 2 milhões pelo Estado ou por grupos rebeldes e 4,5 milhões de pessoas são vítimas de abuso sexual. Os trabalhadores migrantes e os povos indígenas são mais vulneráveis. Os ramos da economia que mais se utilizam desse deplorável sistema são agricultura, construção, indústria e entretenimento, também podendo ser encontrado no trabalho doméstico. O trabalho forçado gera na economia cerca de R\$150 bilhões de reais em lucros ilegais por ano. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Forced labour, human trafficking and slavery**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/lang--en/index.htm>>. Acesso em: 10 out. 2016)

⁵⁴⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 29**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 10 out. 2016.

Convenção, impondo aos Estados ratificadores a obrigação de “suprimir, o mais rapidamente, o emprego do trabalho forçado ou obrigatório em todas suas formas” (artigo 1, §1º).⁵⁴⁶ Em meados de 2014, a OIT adotou um Protocolo (P029)⁵⁴⁷ e uma Recomendação (nº 203)⁵⁴⁸ para complementar a referida Convenção nº 29, a fim de suprir lacunas na elaboração e na aplicação da lei e com o fito de reforçar as medições de prevenção, proteção e indenização das vítimas (o Protocolo e a Recomendação são resultantes da 103ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho). Entre as medidas propostas de prevenção ao trabalho forçado estão a educação e a melhora da informação, a promoção da liberdade sindical, a luta contra a discriminação e contra o trabalho infantil, o combate às fraudes e a tutela do trabalhador migrante, o que demonstra a “interrelacionalidade” das questões tratadas neste capítulo. A Recomendação nº 36 também abordou o tema. A OIT ainda publicou a Convenção nº 105⁵⁴⁹, buscando o combate ao trabalho forçado, com novas especificações das formas proibitivas desse tipo de labor (artigo 1º).

Na prática, no entanto, a definição de trabalho forçado na Convenção nº 29 da OIT como “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça de sanção e para o qual ela não tiver se oferecido espontaneamente”⁵⁵⁰ possui uma amplitude que oferece margem para uma série de condutas. Não à toa, a OIT continuou delimitando o tema. A edição de uma nova Convenção sobre o tema, a de nº 105 (1957), surgiu no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, numa época em que ainda se recorria a tal sistema de exploração. Mais tarde, com a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, em 1998, passou a se sustentar que “a condição de membros da OIT compele os países à obediência de tais princípios e direitos, expressos em convenções, mesmo que não as tenham ratificado” e, em seu bojo, encontra-se a obrigação de “eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório”⁵⁵¹, representando um dos quatro princípios concernentes aos direitos fundamentais no trabalho preconizados pela OIT. É importante frisar que a noção de trabalho forçado da OIT está ligada à de falta de liberdade, e não relacionada ao labor degradante, quando ocorrente de forma

⁵⁴⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 355.

⁵⁴⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Protocolo P029**. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:P029>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁴⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação nº 203**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁴⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 105**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/469>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁵⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 29**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁵¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

isolada⁵⁵². Resumindo, para a OIT, o trabalho forçado não se equipara simplesmente a salários baixos ou condições de labor precárias. Tampouco abarca situações de necessidade econômica, como ocorre quando o trabalhador se sente incapaz de deixar um posto de trabalho devido à falta real ou suposta de alternativas de emprego. Assim, deve estar ligado a uma restrição da liberdade pessoal. Possui dois requisitos, portanto: i) ser realizado sob ameaça; ii) ser involuntário.⁵⁵³

Em tese de doutorado sobre o tema, Cláudia Cruz esclarece que “muitas organizações internacionais, tanto dentro como fora do sistema das Nações Unidas, têm se preocupado em auxiliar a OIT na eliminação do trabalho forçado e compulsório”⁵⁵⁴. Conta que o Comitê Conjunto sobre trabalho forçado das Nações Unidas/OIT contribui de maneira decisiva para a identificação dos principais problemas no mundo relativos à temática, durante os anos de 1940 e 1950. Estimulou, ainda, a produção normativa proibitiva, inclusive abarcando as formas contemporâneas de escravidão. A partir daí, então, que algumas diferenciações passaram a ser feitas, como entre escravidão/trabalho escravo e trabalho forçado. A responsabilidade pela supervisão foi compartilhada entre a Organização Internacional do Trabalho e as Nações Unidas. Enquanto a OIT passou a ser a principal responsável por monitorar e supervisionar a abolição do trabalho forçado, coube às Nações Unidas a função de erradicar a escravidão em todas as suas formas. Constituiu essa divisão uma estratégia operacional, com vistas à erradicação das duas formas de exploração do ser humano.⁵⁵⁵

Flávia Piovesan acrescenta que o trabalho escravo, sob os holofotes da universalidade dos direitos humanos, viola a dignidade humana, como valor intrínseco da pessoa. E complementa: “Lembre-se que esta concepção emergiu como resposta à barbárie totalitária do Nazismo, que, com base na teoria da supremacia racial, tornou pessoas supérfluas, esvaziadas

⁵⁵² Vale lembrar que a definição de trabalho em condições análogas à de escravo no direito brasileiro é mais ampla, inclusive reconhecendo como crime no artigo 149 do Código Penal a conduta de: “reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”. (BRASIL. **Código Penal (1940)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016)

⁵⁵³ ENTENDER Y MEDIR EL TRABAJO FORZOSO EN LA ACTUALIDAD. In: **Una alianza global contra el trabajo forzoso**: Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª Reunión. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2005.

⁵⁵⁴ CRUZ, Claudia Ferreira. **Trabalho forçado e trabalho escravo no Brasil**: diferença conceitual e busca da eficácia em seu combate. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 98-99.

⁵⁵⁵ CRUZ, Claudia Ferreira. **Trabalho forçado e trabalho escravo no Brasil**: diferença conceitual e busca da eficácia em seu combate. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 98-99.

de qualquer dignidade e respeito".⁵⁵⁶ A autora ainda sustenta que a vedação ao trabalho escravo, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, deve ser absoluta, ou seja, não podem ser invocadas circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificativa para a aceitação desse tipo de labor. Tal proibição integra o núcleo do *jus cogens*, que é o direito cogente e inderrogável no âmbito internacional, compondo, segundo ela, “verdadeira cláusula pétrea internacional. Tal como o direito a não ser submetido à tortura, o direito a não ser submetido à escravidão é um direito absoluto, insuscetível de qualquer relativização ou flexibilização, a não permitir qualquer juízo de ponderação”.⁵⁵⁷

Continuando a tratar das normas, vale acrescentar que, nos âmbitos regionais, o artigo 6º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) é bastante específico ao proibir a escravidão e a servidão e ao estabelecer que ninguém pode ser constrangido a executar trabalho forçado, ressalvados os serviços exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença, o serviço militar, o imposto em caso de perigo ou calamidade e o que faça parte das obrigações cívicas normais. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos também proíbe, em seu artigo 4º, a escravatura e o trabalho forçado, excluindo a sua caracterização praticamente nos mesmos moldes da CADH⁵⁵⁸. No plano comunitário europeu, tanto a escravidão quanto o trabalho forçado restam proibidos pelo artigo 5º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Também no artigo 5º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos encontra-se proibida qualquer forma de exploração e de aviltamento do ser humano, incluindo a escravatura e tratamentos desumanos e degradantes, e, ainda, no artigo 15 encontra-se o direito do indivíduo de trabalhar em condições justas e satisfatórias⁵⁵⁹.

Esses preceitos normativos têm sido considerados na jurisprudência das cortes internacionais. Por exemplo, no caso conhecido como “Massacres de Ituango *versus* Colômbia”⁵⁶⁰. Nesse acontecido, conforme a admissibilidade feita pela CIDH, houve

⁵⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação dos direitos humanos. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 145.

⁵⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação dos direitos humanos. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 143.

⁵⁵⁸ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2016.

⁵⁵⁹ UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁶⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Massacres de Ituango *versus* Colômbia**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

responsabilidade do Estado colombiano por atos de omissão por parte da Força Pública do Município de Ituango em relação à ação de grupos paramilitares que perpetraram sucessivas incursões armadas no referido município, causando terror no local. Houve alegação de violações do direito à vida (artigo 4º da CADH) em relação a dezenove pessoas, direito da criança (artigo 19), direito à integridade pessoal (artigo 5), propriedade privada (artigo 21), garantias judiciais (artigo 8) e proteção judicial (artigo 25).

Houve ainda acusação de trabalho forçado, em que algumas das vítimas foram obrigadas a laborar sob a ameaça do grupo paramilitar. Vale observar que a Corte IDH se refere ao diálogo com o TEDH acerca do tema, incluindo a interpretação de que os tratados são instrumentos vivos (vide parágrafo 155 da decisão em tela). Em sua decisão, a Corte IDH cita expressamente a Convenção 29 da OIT nos parágrafos 157, 158 e 159. No parágrafo 168, a Corte IDH considerou que certas vítimas foram privadas de sua liberdade para trabalharem, aplicando o artigo 7º da CADH. Ao final, a Corte IDH reconheceu, por esses e outros atos, a violação ao direito à vida, à liberdade, à integridade pessoal, entre outros, determinando o pagamento de indenização às vítimas, entre outras medidas.

Uma situação envolvendo a acusação de trabalho escravo no Brasil⁵⁶¹ foi examinada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O caso ficou conhecido como “José Pereira vs. Brasil”. Nesta situação, em dezembro de 1994, as ONGs CEIL e *Human Rights Watch* apresentaram à CIDH reclamação denunciando a prática de trabalho em condições análogas à de escravo no Brasil e, em especial, na Fazenda Espírito Santo (PA), à qual afluíram inúmeros trabalhadores, ludibriados por falsas promessas, entre eles o sr. José Pereira. Este, em especial, foi gravemente ferido e outro trabalhador rural foi assassinado, ao tentarem escapar do local em 1989. O sr. José Pereira denunciou às autoridades brasileiras os abusos de que ele e seus companheiros haviam sido vítimas, mas as longas investigações e procedimentos judiciais que se seguiram se mostraram ineficazes para punir os responsáveis e remediar a situação. De acordo com a CIDH, embora os agentes estatais não estivessem envolvidos nos eventos acima relatados, o Brasil deveria ser responsabilizado por sua omissão em prevenir a

⁵⁶¹ Vale acrescentar que está em curso esta situação já na Corte IDH, em fase de instrução, uma acusação contra o Governo brasileiro, também de acusação de omissão no combate ao trabalho escravo. O caso é o de nº 12066 e é conhecido como “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil”. Para mais informações: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/trabalhadores_da_fazenda_brasil_verde.pdf>. Acesso em: 7 out. 2016.

ocorrência do trabalho forçado e em aplicar sanções adequadas aos culpados. Foram constatadas violações aos direitos à vida, à liberdade e à segurança pessoal, à proteção contra a prisão arbitrária, à proibição da escravidão e da servidão, a um julgamento justo e à proteção judicial. Houve um acordo assinado pelas partes em dezembro de 2003, que garantiu ao Sr. José Pereira o recebimento de indenização pelos danos sofridos, e também serviu para que o Brasil assumisse o compromisso de combater a escravidão em todo o território nacional.

Em relação à Corte Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, a situação mais conhecida foi chamada de “Siliadin contra França”, julgada em 26 de julho de 2005, quando o TEDH considerou violado o artigo 4º da CEDH, que dispõe sobre a proibição ao trabalho escravo ou servil. Na situação específica, a demandante chegou à França em 1994, com quinze anos e sete meses, vinda do Togo, país africano. Tinha apenas visto de turista. Combinou que trabalharia na casa de uma senhora, na França, até que pagasse a passagem. No entanto, teve seu passaporte confiscado. Essa senhora veio a se casar com um senhor no segundo semestre de 1994 e Siliadin continuou trabalhando na casa deles. Foi mantida em servidão por meses, sendo obrigada a laborar em jornada extenuante. Com o passaporte retido e em situação irregular, suportou situação de extrema exploração (sem remuneração, descanso e lazer) e esteve impossibilitada de frequentar a escola. Só tinha uma autorização para ir, eventualmente, à igreja aos domingos. Praticamente nada recebeu durante todo o tempo.

Siliadin conseguiu fugir, em dezembro de 1995, com a ajuda de uma cidadã haitiana que se hospedara na casa onde prestava serviços. A vítima acionou a justiça francesa. O Tribunal de Paris concluiu que, embora tenha sido desrespeitada a norma laboral a respeito da duração do trabalho e do tempo de descanso, a situação sofrida não seria suficiente para considerar que as condições teriam sido incompatíveis com a dignidade humana. Entendeu que não havia motivo para considerar o caso como crime. Houve recurso e o Tribunal de Apelação também opinou no sentido de não haver ferimento à dignidade humana, pois a vítima teria certa liberdade para sair de casa e de se comunicar com sua família, não havendo estado de vulnerabilidade ou dependência que justificasse maiores consequências, absolvendo os agressores. A vítima mais uma vez recorreu e o Tribunal de Cassação Francês deferiu-lhe indenização, sem reputar a situação como crime. Tanto o Tribunal de Versalhes quanto a Magistratura do Trabalho de Paris também consideraram o caso como passível de indenização, mas não criminalizaram a conduta. A situação chegou à Corte Europeia de Direitos Humanos, que reconheceu a aplicação do artigo 4º da CEDH e declarou que a vítima não tinha liberdade, nem tempo livre. Ademais, considerou que houve falha do Estado francês na proteção do direito

da vítima, expondo as deficiências da legislação francesa a respeito da escravidão, e sugerindo mudanças.⁵⁶²

A decisão do TEDH acima citada é paradigmática e constitui grande avanço na proteção dos direitos laborais, pois demonstrou atuação firme no combate ao trabalho forçado. De mais a mais, o TEDH tem se referido às modernas formas de escravidão em suas sentenças, incorporando à sua jurisprudência as recomendações da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, onde se denuncia que “os escravos de hoje são, em sua maioria, mulheres que trabalham em casas particulares, que chegam como criadas imigradas” de outro país, ou “esposas compradas por correspondência”⁵⁶³, alertando para o problema do trabalho doméstico e do tráfico de pessoas para trabalhos forçados. Sobre o trabalho forçado, sustentam ainda Laís Abramo e Luiz Machado:

O trabalho forçado é a antítese do trabalho decente. Constitui uma grave violação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no trabalho. É um fenômeno generalizado no mundo atual, e tem crescido no contexto de um processo de globalização inequitativo e marcado pela desregulamentação dos mercados de trabalho e pelo debilitamento de suas instituições. Está presente não apenas em empresas e setores informais dos países em desenvolvimento, mas também em grandes e modernas empresas, nacionais ou multinacionais e suas cadeias produtivas.⁵⁶⁴

Além disso, cumpre salientar que, muitas vezes, o trabalho escravo está associado ao trabalho infantil. Tanto no caso supracitado do Massacre de Ituango quanto no da Siliadin, havia pessoas abaixo da idade mínima permitida trabalhando (vale lembrar que Siliadin tinha 15 anos na época dos fatos, e uma das vítimas do massacre, Wilmar Torres, foi obrigado a trabalhar antes da fase adulta). Por isso, o nosso próximo ponto base do “hexágono garantidor” é o trabalho infantil.

Afirma Rodrigo Schwarz que, geralmente, “o trabalho infantil está associado às piores formas e experiências de sobre-exploração, em contextos de extrema precarização das relações de trabalho. Ademais, partiu-se “da cruel sobre-exploração da mão de obra de crianças nas

⁵⁶² SARMIENTO, Daniel; MIERES, Luis Javier; LINERA, Miguel Presno (Comp.). **Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007, p. 263-272.

⁵⁶³ No original: “*los esclavos de hoy son en su mayoría mujeres que trabajan en la mayoría de las veces en casas particulares, a las que llegan como criadas inmigradas*”; e “*esposas compradas por correspondencia*” (SARMIENTO, Daniel; MIERES, Luis Javier; LINERA, Miguel Presno (Comp.). **Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007, p. 36)

⁵⁶⁴ ABRAMO, Laís; MACHADO, Luiz. O Combate ao Trabalho Forçado: Um desafio global. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Coord.) **Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 60.

revoluções industriais, na Europa, ao trabalho infantil dos nossos dias”, sendo corriqueira a submissão das crianças a trabalhos perigosos e/ou incompatíveis com a sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. E arremata o autor, dizendo que, se a era moderna foi capaz de utilizar a criança como “um trabalhador extremamente barato e facilmente descartável, vulnerável e de baixa capacidade reivindicativa, a pós-modernidade ocupou-se de redimensionar, maximizando-a, tal sobre-exploração, até o limite do humanamente insustentável”.⁵⁶⁵

Por fim, em relação ao ponto principal do tópico, vale afirmar que a previsão em diversas fontes normativas, em âmbitos global e regional nos sistemas de proteção dos direitos humanos, de proteção contra o trabalho forçado, permite, sem pestanejar, a tutela deste trabalho como fundamental na constituição do “hexágono garantidor”, sendo a justiciabilidade direta proporcionada pelos diversos dispositivos normativos supracitados.

4.2.2 A proibição do trabalho infantil como direito humano laboral

A exploração do labor da criança é, sem dúvida, uma das mais graves violações dos direitos humanos. Por isso, constitui a nossa segunda base do “hexágono garantidor”. Embora não haja disposição expressa sobre o tema na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), vale lembrar que esta preconiza o direito a condições justas e satisfatórias de trabalho (artigo 23)⁵⁶⁶. Além disso, prega o direito a um nível adequado de educação que garanta o desenvolvimento humano e o fortalecimento do respeito aos direitos humanos (artigos 25 e 26). Porém, a ONU não ficou omissa sobre o assunto. A sua Convenção sobre os Direitos da Criança⁵⁶⁷ proíbe qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir na educação da criança, ou mesmo que seja nocivo para a sua saúde, para o desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social (artigo 32). A Declaração de Viena de 1993 também veda o trabalho perigoso às pessoas de pouca idade (artigo 48)⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Trabalho escravo contemporâneo, pobreza e trabalho infantil. In: NOCCHI, Andréa Saint Pastous; FAVA, Marcos Neves; CORREA, Lelio Bentes. **Criança e trabalho: da exploração à educação**. São Paulo: LTr, 2015, p. 86.

⁵⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁵⁶⁷ Ratificada pelo Brasil: BRASIL. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁶⁸ CONFERÊNCIA DE DIREITOS HUMANOS - VIENA - 1993. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

A proteção contra a exploração do trabalho infantil passa pela adoção e aplicação de políticas nacionais relativas à educação e à formação profissionais adequadas, para promoção e apoio ao acesso a oportunidades de emprego de pessoas jovens, em especial as mulheres. Ademais, considera que a salvaguarda das crianças se encontra contemplada no artigo 10 do PIDESC e destaca a necessidade de escudar as crianças e os adolescentes frente a todas as formas de trabalho que possam prejudicar o seu desenvolvimento e sua saúde física ou mental.⁵⁶⁹

Já no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁵⁷⁰, a questão tem sido objeto de regulamentação detalhada. A Convenção nº 138 estabelece a idade mínima para admissão a emprego ou trabalho⁵⁷¹, valendo ressaltar apenas a possibilidade de autorização para participação em representações artísticas (nos termos do seu artigo 8, 1), acompanhada da Recomendação nº 146⁵⁷². A Convenção nº 182 da OIT, por sua vez, trata da proibição das consideradas piores formas de trabalho infantil e das ações imediatas para eliminação⁵⁷³, especificadas pela Recomendação nº 190⁵⁷⁴.

Nas esferas regionais, por sua vez, a CADH estabelece, em seu artigo 19, que “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”⁵⁷⁵. Já o Protocolo de San Salvador⁵⁷⁶ é mais específico, proibindo trabalho noturno ou em atividades insalubres ou perigosas a pessoas com idade

⁵⁶⁹ COMITÉ DESC, OBSERVACIÓN GENERAL Nº 18: “El derecho al trabajo” (artículo 6 del PIDESC). In: **Manual sobre justiciabilidade de derechos sociales para jueces de Iberoamérica**. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2009, p. 387.

⁵⁷⁰ Segundo o sítio eletrônico oficial da OIT, atualmente 168 milhões de pessoas em situação de trabalho infantil no mundo, sendo 85 milhões em trabalhos perigosos (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabajo infantil**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/topics/child-labour/lang-es/index.htm>>. Acesso em: 8 out. 2016). Na América Latina e Caribe, são 13 milhões de pessoas em situação de trabalho infantil. A agricultura é o ramo da economia com maior número de crianças em situação de labor infanto-juvenil (98 milhões no mundo todo), sendo no setor de serviços (54 milhões) e na indústria (12 milhões). A título de comparação, no Brasil, são cerca de 3,3 milhões de crianças e adolescentes laborando em condições de trabalho infantil, segundo dados do IBGE (Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁷¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 138**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁷² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação nº 146**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁷³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 182**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁷⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação nº 190**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁷⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁷⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Protocolo de San Salvador**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

inferior a 18 anos e, em geral, de todo trabalho que possa colocar em perigo a saúde, segurança ou moral da pessoa. No caso de trabalhadores com idade abaixo de 16 anos, a jornada deve se subordinar às disposições sobre o ensino obrigatório e nunca poderá constituir impedimento à assistência escolar ou limitação para beneficiar-se da instrução. A CEDH também não trata do tema, apesar de o artigo 2º do Protocolo nº 1 asseverar que “a ninguém pode ser negado o direito à instrução”⁵⁷⁷. Por outro lado, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, incidente no plano comunitário, não podia ser mais clara em seu artigo 32, que dispõe: “É proibido o trabalho infantil. A idade mínima de admissão ao trabalho não pode ser inferior à idade em que cessa a escolaridade obrigatória”⁵⁷⁸. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos não menciona expressamente uma vedação, porém esta pode ser deduzida do disposto em seu artigo 18, parágrafo 3º, que obriga o Estado a assegurar proteção dos direitos da criança “tais como estipulados nas declarações e convenções internacionais”⁵⁷⁹.

Segundo a Observação Geral nº 18 do Comitê DESC, a proteção contra a exploração do trabalho infantil passa pela adoção e aplicação de políticas nacionais relativas à educação e à formação profissionais adequadas, para promoção e apoio ao acesso a oportunidades de emprego de pessoas jovens, em especial as mulheres. Ademais, considera que a salvaguarda das crianças se encontra contemplado no artigo 10 do PIDESC e destaca a necessidade de escudar as crianças e adolescentes frente a todas as formas de trabalho que possam prejudicar o seu desenvolvimento e sua saúde física ou mental.⁵⁸⁰ Conforme as lições do saudoso mestre Arnaldo Süssekind:

Não obstante as normas de tratados multilaterais de Constituições e de leis nacionais, a verdade é que milhões de menores trabalhavam, sistemática ou interpoladamente, antes da idade mínima fixada para o trabalho. Consoante concluiu a Comissão de Expertos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, “a Razão pela qual os menores procuram trabalho antes de alcançar a idade legal é a pobreza da família, quase sempre estritamente vinculada à falta de desenvolvimento do país em que vivem. Também depende de que a escolaridade não seja obrigatória e da insuficiência das instituições de ensino, de lacunas da legislação protetora dos menores,

⁵⁷⁷ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2016.

⁵⁷⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da união europeia**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁷⁹ UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁸⁰ COMITÊ DESC, OBSERVACIÓN GENERAL Nº 18: “El derecho al trabajo” (artículo 6 del PIDESC). In: **Manual sobre justiciabilidade de derechos sociales para jueces de Iberoamérica**. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2009, p. 387.

assim como de dificuldade de controlar sua aplicação pela falta de sistemas de inspeção adequados”.⁵⁸¹

De toda forma, é importante esclarecer que a pobreza ou qualquer dificuldade financeira não pode justificar o labor infanto-juvenil antes da idade permitida, sob pena de se chancelar um *círculo vicioso*, que somente será quebrado com uma mudança de cultura e de percepção dos prejuízos irreparáveis oriundos do trabalho infantil. Conforme já dissemos em outra oportunidade, não há nada mais desumano e cruel do que explorar uma criança por meio do trabalho, pois os maus-tratos e as pressões sofridas em tenra idade marcam indelevelmente toda a vida da pessoa. E não só isso. Repercutem ainda em seu meio. Afinal, “a irreparável perda dos sonhos afeta a todos e empobrece o sistema”.⁵⁸²

Flávia Piovesan também que considera que o trabalho infantil simboliza uma grave violação a direitos humanos, repercutindo também em outras graves violações, como no direito à educação, dentre outros. Segundo a autora, o labor precoce, “é reflexo da exclusão social e da negação a direitos sociais básicos [...]. Tem, ainda, o perverso efeito de ser um fator perpetuador da exclusão, da pobreza e da miséria, em afronta ao direito a uma vida digna”.⁵⁸³ Segundo a análise de Maria Zuíla Dutra:

A luta pela erradicação do trabalho infanto-juvenil não pode estar divorciada do respeito aos direitos humanos, pois a cidadania não está limitada ao poder de votar e de exercer cargos públicos, mas ao poder de exercer realmente todos os direitos universalmente reconhecidos. Dessa forma, entendemos que a afirmativa de existência dos direitos humanos implica em seu efetivo cumprimento.⁵⁸⁴

O vencedor do Prêmio Nobel da Paz, Kailash Satyarthi, ativista que teve sua luta contra o trabalho infantil reconhecida, declara que o trabalho infantil não é uma questão restrita a um país ou outro; é um problema global. As políticas internacionais, sejam de investimento ou comércio, afetam as crianças. Segundo ele, “é por isso que não existe problema nessa terra que possa ser visto ou mesmo resolvido isoladamente, porque estão inter-relacionados! Não é só

⁵⁸¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 400.

⁵⁸² AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. Convenção n. 182 da OIT: o futuro do mundo está em nossas mãos. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (Coords.). **Direito Internacional do Trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2014, p. 205-216, p. 205.

⁵⁸³ PIOVESAN, Flávia; LUCA, Gabriela de. Combate ao trabalho infantil nos planos global, regional e local. **Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região** – Amatra XV, n. 5, 2012, p. 33-34.

⁵⁸⁴ DUTRA, Maria Zuíla Lima. Trabalho infantil: caminho que perpetua a pobreza. In: NOCCHI, Andréa Saint Pastous; FAVA, Marcos Neves; CORREA, Lelio Bentes. **Criança e trabalho**: da exploração à educação. São Paulo: LTr, 2015, p. 27.

uma questão de economia global ou de mercado globalizado. Temos que pensar também em soluções globalizadas”.⁵⁸⁵ Kailash Sathartha brilhantemente arremata:

Acho que é preciso confrontar esses mitos que prevalecem na sociedade e justificam o que chamamos de paradigma triangular. Imaginem um triângulo. Em uma ponta, temos a pobreza; na outra, o trabalho infantil; e na terceira, o analfabetismo. Essas três coisas são interdependentes e geram consequências umas para as outras. Se a pobreza e o trabalho infantil persistirem, o analfabetismo também vai persistir, mas se não houver educação gratuita e de boa qualidade, o trabalho infantil e a pobreza persistirão. Em termos de solução para pobreza, por meio de reforma agrária e trabalho justo, um dos pontos mais importantes é o programa de erradicação de trabalho infantil, porque os três vértices do triângulo estão interconectados.⁵⁸⁶

Passando aos *cases*, vale informar que, em relação aos casos contenciosos que tramitaram pelas Cortes Americana e Europeia de Direitos Humanos, as decisões tomadas nas situações acima relatadas, no Massacre de Ituango e no da Siliadin, revelam a existência de trabalho infantil irregular e lesivo, entre outras violações aos direitos humanos. No caso da Corte IDH conhecido como dos “Niños de la Calle (Villagrán Morales e outros) *versus* Guatemala”⁵⁸⁷, houve relatos de trabalho infantil. Um deles, sobre a vítima Ana María Contreras, que, antes dos 13 anos, já fazia serviços domésticos. Um dos peritos ouvidos no processo chegou a afirmar que, em três países da América Latina (Colômbia, Brasil e Guatemala), existiam situações de violência sistemática contra crianças em maior situação de risco. Embora o caso não tenha abordado o trabalho infantil como questão principal, e sim do assassinato de crianças na Guatemala, ficou demonstrado que, pelo menos, três vítimas laboravam em idade inferior à permitida, evidenciando o grave problema social do labor infantil. Importante notar também que a Corte IDH demonstrou diálogo com o TEDH em relação à situação tratada. Importa dizer que a proteção às crianças na Corte IDH tem se dado por meio do artigo 19 da CADH, também considerado violado no caso dos “Niños de la calle”. A situação da Guatemala, por sua vez, de desrespeito aos direitos humanos das crianças já tinha

⁵⁸⁵ SATYARTHI, Kailash. Erradicação do trabalho infantil: desafios e perspectivas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 22-37, jan./mar. 2013, p. 23.

⁵⁸⁶ SATYARTHI, Kailash. Erradicação do trabalho infantil: desafios e perspectivas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 22-37, jan./mar. 2013, p. 23.

⁵⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Niños de la Calle (Villagrán Morales e otros) *versus* Guatemala**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 8 out. 2016.

sido observada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que constatou inclusive trabalho infantil naquele país.⁵⁸⁸

Voltando à Corte IDH, merece ainda menção o Parecer Consultivo OC-21/14⁵⁸⁹, solicitado pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, em que foi demonstrada a preocupação com a situação das crianças migrantes, inclusive em relação ao trabalho. No referido Parecer, foi destacado o número de pessoas migrantes no mundo, no ano de 2013, cerca de 230 milhões de pessoas, tendo quase 7 milhões destas abaixo de 19 de anos de idade. Ainda constaram do Parecer da Corte IDH os motivos pelos quais as crianças se deslocam internacionalmente, o que inclui razões econômicas e situações de exploração, incluindo o tráfico infantil.

Portanto, a questão exige proteção internacional. A justiciabilidade direta pode se dar no âmbito interamericano pelo artigo 19 da CADH, tendo como base ainda as convenções da OIT que tratam do tema. Também não se pode deixar de mencionar a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, que abre margem para discussão da questão em âmbito global.

4.2.3 A proibição da discriminação no trabalho como direito humano laboral

O filósofo Gustav Radbruch assevera que a justiça ordena “tratar aos iguais como iguais, aos desiguais de modo diferente, segundo a sua medida de desigualdade, mas deixa em aberto ambos os problemas: quem deve ser considerado como igual ou desigual, e de que maneira devem ser tratados?”⁵⁹⁰ De fato, a questão filosófica torna-se o grande desafio dos aplicadores do direito na contemporaneidade. A complexidade da questão envolve profundas discussões, que abarcam distribuição de renda, busca de igualdade material e ações afirmativas.

De qualquer modo, o nosso princípio reitor continua sendo a dignidade. Nas lições de Cançado Trindade, a dignidade é “o pilar básico de todos estes sistemas de proteção”. Lembra o autor que nas discussões sobre a questão da discriminação, determinadas expressões começaram a surgir como, *e.g.*, “igualdade perante a lei”, “igual proteção à lei”, e “não discriminação por força de lei”, nesta sequência. Subjacentes a elas, afirma o internacionalista,

⁵⁸⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Niños de la Calle (Villagrán Morales e outros) versus Guatemala**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁵⁸⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Parecer Consultivo OC-21/14**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁹⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Marlene Holzhausen; Revisão técnica de Sérgio Sêrvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 77.

encontram-se valores humanos. A cristalização da expressão “igualdade perante a lei” se deve a sua presença marcante no direito público interno comparado. Essas expressões vieram se associar às obrigações correspondentes do Estado, consagradas em numerosos instrumentos internacionais de direitos humanos hoje existentes. Assim, o princípio básico da igualdade e não discriminação:

[...] veio a ter uma incidência em setores distintos das relações humanas, e tem logrado avanços na eliminação da discriminação racial (final dos anos sessenta e década dos setenta), na promoção da igualdade entre os sexos (final dos anos setenta e década dos oitenta), na proteção de pessoas deslocadas (final dos anos oitenta e década dos noventa). Desde então (fim dos anos noventa) e até o presente (final de 2013), concentra-se nos desafios da condição das pessoas mais recentemente afetadas pelo empobrecimento, das vítimas de distúrbios e conflitos internos, e dos migrantes indocumentados.⁵⁹¹

Para Arnaldo Sussekind, o princípio da igualdade entre os homens perante a ordem jurídica, proclamado pela Declaração de 1789, tornou-se universal no campo do Direito, e dele irradiaram vários desdobramentos. Daí ter a Declaração de 1948 algumas normas dedicadas à matéria. Vale acrescentar que o princípio da não-discriminação também “é aplicável aos diferentes aspectos do Direito do Trabalho e da Seguridade Social, entre as quais o direito ao trabalho, a livre escolha de emprego, às condições de trabalho, ao salário igual por igual trabalho e à proteção contra o desemprego (art. XXIII)”.⁵⁹²

Yara Gurgel reforça dizendo que o princípio da igualdade e não discriminação, em conjunto com o da dignidade humana, assume papel relevante na tutela do trabalhador diante de sua fragilidade econômica e social, especialmente em relação a grupos vulneráveis. Desse modo, a questão ganha relevo “nas relações laborais, em que uma das partes é hipossuficiente no que tange à capacidade de negociação quanto às cláusulas contratuais, em decorrência da mais-valia e da aderência às imposições do empregador”.⁵⁹³

Nesse contexto, a discriminação no trabalho exsurge como terceiro direito humano laboral protegido em sede internacional, conforme nossa contagem.

⁵⁹¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 671-672.

⁵⁹² SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 358.

⁵⁹³ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 84.

No campo internacional, cumpre notar que, além do artigo XXIII acima citado pelo saudoso mestre Süsskind, a DUDH afirma a igualdade de todos perante a lei e o direito de todos a igual proteção contra a discriminação em seu artigo VII. Acrescenta-se que o PIDESC também veda a discriminação entre pessoas. Várias convenções da ONU podem ser citadas sobre o tema, destacando-se entre elas: a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, assim como a Convenção acerca da eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e a Convenção sobre igualdade de remuneração, além de uma Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas em religião ou convicções.

Especificamente em relação à mulher e às pessoas com deficiência, ensina ainda Yara Gurgel:

Em 1994 foi aprovada pela OEA a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, com vigência internacional a partir de 5 de março de 1995, tendo sido ratificada pelo Brasil no mesmo ano. [...] O art. 5º da Convenção assegura a toda mulher o pleno exercício dos Direitos Humanos de Primeira e Segunda dimensão, bem como sua proteção consagrada nos Tratados Internacionais da ONU, OEA e OIT. Destarte, é dever do Estado-parte adotar políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar a discriminação contra a mulher, com a implantação de legislação e medidas administrativas capazes de atingir tal objetivo. Além da mudança na legislação interna, os Estados-Partes se comprometem a adotar programas destinados a promover, ainda que progressivamente, o conhecimento da observância dos direitos da mulher, modificar padrões sociais e culturais que conduzem ao preconceito e à superioridade ou inferioridade de qualquer dos gêneros, que conduzam à violência contra a mulher. Além da mulher, outro grupo vulnerável que chama a atenção do Sistema Regional de Proteção é o formado por pessoas portadoras de deficiência. A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, adotada na Cidade de Guatemala, em julho de 1999 [...] tem por fundamento jurídico o Princípio da Igualdade e Não-Discriminação, sendo seu objeto a promoção e proteção dos Direitos Humanos às pessoas portadoras de deficiência. Como meio de impedir e eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, os Estados-Partes comprometem-se a adotar medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista ou de qualquer natureza, a fim de inserir essas pessoas no ambiente laboral, inclusive por meio de Ações Afirmativas.⁵⁹⁴

⁵⁹⁴ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação:** sua aplicação às relações de trabalho. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 148-150.

É certo que a discriminação no trabalho não se resume a esses casos e, atualmente, uma gama de situações vem exigindo atuação dos tribunais, como na situação de preconceito em relação à raça, credo, idade, preferência sexual, etc.

No terreno da OIT, em relação ao assunto, temos a Convenção nº 19, de 1925, concernente à igualdade de tratamento dos trabalhadores estrangeiros e nacionais em matéria de indenização por acidente de trabalho, e a de nº 118, de 1962, que exige a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros na Previdência Social, além das Convenções Fundamentais nº 100 (sobre a igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor) e a nº 111 (que proíbe a discriminação em matéria de emprego e ocupação). A Recomendação nº 90 e a nº 165 da OIT também tratam da discriminação.

Já nos sistemas regionais, a CADH, logo de plano, em seu artigo 1, prega o respeito aos direitos e liberdades das pessoas sem “discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. O seu artigo 24 também dispõe que “todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”. A CEDH possui artigo específico e detalhado proibindo a discriminação, estabelecendo que os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção devem ser assegurados “sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação” (artigo 14). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em sede comunitária, prescreve ser proibida a discriminação: “em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual”. A CADHP, no âmbito africano, traz, desde o seu preâmbulo, a preocupação em acabar com “quaisquer formas de discriminação, nomeadamente as que se baseiam na raça, etnia, cor, sexo, língua, religião ou opinião política”. Além disso, o seu artigo 3º reza que todas as pessoas devem se beneficiar de uma total igualdade perante a lei, sendo esta igualdade um direito. Por outro lado, é um dever do Estado eliminar a discriminação contra a mulher (artigo 18, §3º) e uma obrigação do indivíduo de respeitar e de considerar seus semelhantes sem nenhuma discriminação.

No que se refere aos tribunais internacionais, importante diferenciação a ser feita, nesse contexto, é entre “distinção” e “discriminação”. Baseando-se em instrumentos e decisões internacionais, conforme contam Bárbara Campos e Carina Calabria, a Corte IDH tem

defendido que o tratamento desigual conferido a indivíduos em desigualdade não constitui necessariamente ato discriminatório e, portanto, não gera ofensa à dignidade humana. Para aclarar a divisão, “foram delimitados os conceitos de ‘distinção’, que se refere a uma diferenciação compatível com a Convenção por ser razoável, proporcional e objetiva, e de ‘discriminação’, que é arbitrária e, portanto, leva a violação de direitos humanos”.⁵⁹⁵

De acordo com o Parecer Consultivo OC-18/03, da Corte IDH, “existe consenso na comunidade internacional em considerar que a proibição da discriminação racial e das práticas diretamente associadas a ela constitui uma obrigação erga omnes”⁵⁹⁶. Nesse sentido, o princípio de não discriminação assume caráter de *jus cogens*, o que significa, por seu caráter peremptório, que “estas regras fundamentais devem ser observadas por todos os Estados, tenham ou não ratificado as convenções que o contêm, já que constitui um princípio incontestável do Direito Internacional Consuetudinário”.⁵⁹⁷ Em relação à atuação da CIDH, faz-se mister trazer a seguinte informação:

[...] o Estado Brasileiro responde junto à Comissão Interamericana por crimes de racismo ocorridos na fase pré-contratual da relação de trabalho. [O] Relatório n. 66/06, caso n. 12.001, tem por mérito apontar a omissão do Estado brasileiro em garantir o pleno exercício do direito à justiça e ao devido processo legal, além de violar o dever de garantir a não discriminação por motivo de raça, no exercício do direito ao emprego, em desrespeito aos arts. 1º, 8º, 24 e 25 da Convenção Americana. No caso em questão, houve a omissão do Brasil para apurar discriminação racial perpetrada contra mulher negra ao ser recusada para preencher vaga em empresa, e em razão de constar em anúncio de emprego o requisito “cor branca” para ocupar o cargo de empregada doméstica. O Poder Judiciário estadual arquivou o processo, alegando que referida ação não se consubstancia em prática de discriminação, embora tenha sido comprovada a materialidade do tipo penal. [A]o concluir o caso, dando procedência à ação, a Comissão Interamericana determinou que o Estado brasileiro promova os Direitos Humanos consagrados na Convenção, além de reconhecer publicamente responsabilidade internacional por violação aos Direitos Humanos, devendo estabelecer valor pecuniário a ser pago à vítima a título de indenização por danos morais.⁵⁹⁸

⁵⁹⁵ CAMPOS, Bárbara Pincowska Cardoso; CALABRIA, Carina. Revisitando Pasárgada: igualdade, não discriminação e subintegração da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, ano 14, vol. 14, n. 14, p. 75-94, 2014, p. 82.

⁵⁹⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Parecer Consultivo OC-18/03**, de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos, 2003, p. 23.

⁵⁹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Parecer Consultivo OC-18/03**, de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos, 2003, p. 23.

⁵⁹⁸ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 143.

Eva Brems, por sua vez, trata da justiciabilidade indireta dos direitos sociais no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e, em relação ao direito ao trabalho, destaca alguns casos que abordam a discriminação no emprego. Para a autora, os casos abordados pelo TEDH se referem, sobretudo, à discriminação por razões que violam os direitos da CEDH. Como exemplo, cita o caso que o referido Tribunal julgou de soldados dispensados da Marinha Real Britânica em razão de homoafetividade, o que viola o direito à proteção da vida privada.⁵⁹⁹

Outro exemplo mencionado foi o caso "Thlimmenos *versus* Grécia", em que o demandante, uma testemunha de Jeová na Grécia, alegou ter sido recusado no serviço militar por razões religiosas⁶⁰⁰. Nessa situação, o TEDH considerou violado o artigo 14 da CEDH conjugado com seu artigo nono. Os fatos foram os seguintes: em 9 de dezembro de 1983, o Tribunal Militar Permanente de Atenas declarou o demandante, testemunha de Jeová, culpado por insubordinação por ter se negado a usar uniforme durante uma mobilização geral. Puniu-o com quatro anos de prisão. Em junho de 1988, o postulante prestou um exame para auditor contábil e foi aprovado em segundo lugar entre sessenta candidatos, entretanto não pôde assumir a função porque tinha sido considerado culpado por um delito. Com base nessas circunstâncias, Thlimmenos acionou o TEDH, que entendeu ter havido discriminação por motivos religiosos pelo fato de não ter usado uniforme porque sua religião o proibia e, como consequência, por ter sido punido, o que o levou a perder a chance de ascender ao cargo de auditor contábil. De tal forma, declarou o TEDH que houve violação do artigo 14 da CEDH, que proíbe a discriminação, interpretado em conjunto com o artigo 9, que dispõe sobre a liberdade de religião.⁶⁰¹ A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos constitui importante precedente no combate à discriminação, ampliando-se a tutela para a fase pré-contratual.

Mais uma decisão do TEDH vale ser trazida à baila. Trata-se do caso "Konstantin Markin contra Rússia" (Demanda nº 30078/2006).⁶⁰² Nesse caso (citado antes, ao falarmos do TJUE), o Tribunal Europeu manifestou a necessidade de eliminar as desigualdades baseadas em prejuízos irracionais, como diz Consuelo Jávega⁶⁰³. Para tanto, o TEDH recorre à normativa

⁵⁹⁹ BREMS, Eva. Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights. In: **Exploring social rights: between theory and practice**. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 135-167.

⁶⁰⁰ BREMS, Eva. Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights. In: **Exploring social rights: between theory and practice**. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 135-167, p. 153.

⁶⁰¹ SARMIENTO, Daniel; MIERES, Luis Javier; LINERA, Miguel Presno (Comp.). **Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007, p. 681-684.

⁶⁰² TRIBUNAL EUROPEU DE DEREITOS HUMANOS. **Konstantin Markin contra Rússia**. <

⁶⁰³ JÁVEGA, Consuelo Chacartegui. **Dignidad de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Barcelona: Bomarzo, 2013, p. 75-77.

e à consolidação da jurisprudência do TJUE, com o objetivo de reforçar a tutela do trabalhador. Parte-se, então, do artigo 6º do Tratado da União Europeia, que se baseia em princípios de liberdade, democracia, respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. Na sentença de 22 de março de 2012, chegou-se à conclusão de que viola a CEDH a proibição da vítima Markin – operador de rádio no campo de inteligência numa unidade do exército russo na qual mulheres ocupavam postos de trabalho equivalentes – de desfrutar uma licença por motivos familiares, como as mulheres tinham direito. Na situação fática, a esposa do demandante deu à luz, em 30 de setembro de 2005, um filho em comum. Eles haviam se divorciado e, no dia 06 de outubro daquele mesmo ano, a vítima firmou um acordo com a ex-esposa de que ficaria com a guarda dos três filhos. No dia 11 de outubro, o postulante solicitou ao chefe de sua unidade uma licença de três anos por motivos familiares. No dia seguinte, o chefe negou o pedido, considerando que a pretendida licença somente era devida às mulheres militares. Diante das circunstâncias, a vítima se permitiu desfrutar de uma curta licença, mas, no dia 23 de novembro de 2005, foi de novo convocado ao serviço. Konstantin Markin recorreu à justiça interna, mas, enquanto esgotava os recursos internos, continuava recebendo sanções disciplinares por se ausentar do posto de trabalho. O TEDH deu razão à vítima e declarou a violação aos artigos 8 e 14 do CEDH. Importante frisar que o referido tribunal embasou sua decisão ainda nas Convenções nº 111 e nº 156 da OIT, além do disposto no artigo 27 da Carta Social Europeia. Observa-se, assim, que superada a barreira da justiciabilidade, nada impede que as cortes internacionais recorram a outras fontes, como as convenções internacionais e demais instrumentos normativos de tal calibre.

Dessarte, essa visão ampliada do TEDH em relação ao preconceito no direito laboral – verificada nos exemplos acima – deve ser louvada, pois de extrema relevância para a compreensão da discriminação no trabalho em sentido geral. Embora não seja válido para o controle de convencionalidade no Brasil, nada impede que as decisões do TEDH em ações em trâmite no território brasileiro sejam citadas em casos semelhantes, como reforço ao *obiter dictum* das sentenças.

Ademais, um dos maiores problemas que devem ser superados para se alcançar uma maior justiciabilidade dos DESC é saber, em relação a cada direito particular, qual é a extensão da obrigação do Estado de prover ou satisfazer esse direito, como assevera Victor Abramovich. Assim, saber até que grau, ou em que medida, a necessidade ou interesse social ou econômico

tutelado deve ser satisfeito pelo Estado⁶⁰⁴ constitui um grande desafio para os estudiosos dos direitos sociais, inclusive na análise dos temas afetos à discriminação, pois, em alguns casos, a ação ou omissão estatal pode estar contribuindo para a discriminação, e em outros, não, a depender dos limites e das obrigações de atuação. Nessa batida, portanto, o direito de não ser discriminado deve se vincular a direitos positivos de não diferenciar as garantias conferidas pelas normas internacionais.

À vista do exposto, a justiciabilidade direta do direito à não-discriminação no trabalho é assegurada pelas diversas normas internacionais, incluindo as convenções específicas sobre diversas matérias, além das Convenções Interamericana e Europeia de Direitos Humanos, bem como da Carta Africana, sendo indiscutível a necessidade de tutela do trabalhador nesse tocante.

4.2.4 A liberdade sindical como direito humano laboral

Certa feita, Alexis de Tocqueville, afirmou que:

Depois da liberdade de trabalhar sozinho, a mais natural do homem é a de combinar seus esforços com o de seus semelhantes e trabalhar em conjunto. O direito de associação me parece tão inalienável por sua natureza quanto a liberdade individual. O legislador não pode querer destruí-lo sem atacar a própria sociedade.⁶⁰⁵

De fato, a importância da liberdade sindical é tamanha que mereceu o ápice de nosso “hexágono garantidor”. A somatória de forças em comum se faz imprescindível para as grandes conquistas no mundo jurídico, mormente na seara trabalhista. Efetivamente, a liberdade sindical é o esteio de todos os demais direitos, pois, sem essa liberdade, não há luta, e, sem luta, não há conquistas. De fato, as grandes vitórias trabalhistas somente foram obtidas com a união de energias contra a exploração capitalista.

⁶⁰⁴ COSARIN, Victor E. Abramovich. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: LÓPEZ, DANILO ERNESTO FLORES (Comp.). **Estudios sobre derechos humanos**. San Salvador, El Salvador: FESPAD, 2004, p. 417-452, p. 437-438.

⁶⁰⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. **La democracia en América**. México: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 209-210.

Cabanellas relembra que a liberdade de associação era um problema candente mesmo antes do início da Segunda Guerra Mundial. Passada esta, em novembro de 1947, a Assembleia Geral das Nações Unidas, reunida em Nova York, aprovou, por 45 votos favoráveis e 6 contra, havendo 2 abstenções, o entendimento de que a liberdade sindical “deve ser considerada um direito inalienável”⁶⁰⁶ Na Declaração Universal de 1948, veio expresso o direito de toda pessoa de fundar sindicatos e de se associar a eles para a defesa de seus interesses (artigo 23, 4)⁶⁰⁷.

Observa Lee Swepston que a Declaração Universal de 1948 possui dois dispositivos, um geral sobre o direito de associação (artigo 20) e um mais específico que assegura o direito a todo ser humano de organizar sindicato (artigo 23,4). Lembra o autor que a DUDH foi precedida por três importantes documentos: 1) a Constituição da OIT em sua redação original da Parte XIII do Tratado de Versalhes, que declarava que os Estados Partes consideravam o direito de associação como especial importância; 2) a Declaração da Filadélfia, de 1944, incorporada ao texto da Constituição da OIT em 1946 e que reafirmava a liberdade de associação como um dos princípios fundamentais em que a OIT estava baseada e caracterizada como essencial ao progresso; e 3) a Convenção nº 87, que veio no mesmo ano da DUDH. Conta Swepston que a adoção de uma convenção específica sobre liberdade sindical não foi fácil. Ele observa ainda que, embora a OIT já tivesse uma Convenção que assegurasse o mesmo direito de sindicalização na agricultura tido para os trabalhadores na indústria, curiosamente a OIT ainda não havia definido precisamente o que vinha a ser a liberdade de associação para os trabalhadores da indústria. No mesmo ano, o ECOSOC examinou relatórios de liberdade sindical da Federação Mundial de Sindicatos e decidiu sugerir à OIT que incluísse o tema em sua Conferência, o que foi feito no ano seguinte, resultando na Convenção nº 87.⁶⁰⁸

Cabanellas confirma o relato de Swepston no sentido de que a liberdade sindical generalizada não foi fácil de ser alcançada. Conta ainda que, em 1927, a X Conferência Internacional do Trabalho se reuniu em Genebra para tratar do tema, mas não chegou a um resultado prático, porque as delegações representativas dos diversos interesses de classe se opuseram às fórmulas apresentadas. As discussões que se seguiram à Conferência, os

⁶⁰⁶ CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Tomo III. Derecho colectivo del trabajo. Vol. I. Derecho sindical. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1989, p. 75.

⁶⁰⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁶⁰⁸ SWEPSTON, Lee. Human rights law and freedom of association: development through ILO supervision. **International Labour Review**, v. 137, n. 2, p. 169-194, 1998, p. 170-171.

acalorados debates e os antagonismos das delegações mostraram que a proposta foi precipitada.⁶⁰⁹

Pouco após a Segunda Guerra Mundial, em 1947, foi aprovada a Convenção sobre o direito de associação (de nº 84)⁶¹⁰, referindo-se, em termos gerais, ao direito de sindicalização, à negociação coletiva e aos procedimentos de solução de conflitos laborais. A Convenção nº 87 da OIT⁶¹¹, fulcral para a liberdade sindical, adveio no mesmo ano da Declaração Universal da ONU, em 1948, o que possui um significado especial simbólico para ambas. Cumpre ressaltar que o artigo 2º da Convenção nº 87 possui grande abrangência e dispõe que os trabalhadores e as entidades patronais têm o direito, sem distinção de qualquer espécie e sem autorização prévia “de constituírem organizações da sua escolha, assim como o de se filiarem nessas organizações, com a única condição de se conformarem com os estatutos destas últimas”⁶¹².

Portanto, a Convenção nº 87 da OIT veio assegurar o direito à liberdade na constituição das organizações e o direito do trabalhador ou da entidade patronal de se filiarem a elas. A única limitação é o estatuto da entidade. Cumpre salientar que para a liberdade preconizada pela Convenção 87 não é necessária a pluralidade sindical. Maria Rosaria Barbato exemplifica com a experiência italiana, asseverando que o pluralismo não “pode ser considerado uma consequência necessária da afirmação do próprio princípio de liberdade. E, de verdade, a experiência italiana ensina que é bem possível, em um regulamento fundado na liberdade, a escolha de um ativo unitário”.⁶¹³

Ericson Crivelli, por sua vez, conta que, próximo à época da aprovação da Convenção nº 87, a Comissão de Peritos da OIT iniciou a elaboração de um relatório especial sobre as informações recebidas acerca das convenções não ratificadas e o cumprimento da obrigação de submissão. Já em 1956, a mesma Comissão de Peritos incluiu nesses relatórios informações e análises a respeito das convenções ratificadas. Assim foi iniciada a série histórica dos Estudos Especiais, com uma análise sobre a aplicação dos princípios atinentes à liberdade sindical previsto na Convenção nº 87. Esses relatórios, concluiu Crivelli, transformaram-se em

⁶⁰⁹ CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Tomo III. Derecho colectivo del trabajo. Vol. I. Derecho sindical. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1989. p. 74-75.

⁶¹⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 84**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁶¹¹ Lamentavelmente a única entre as oito Convenções Fundamentais da OIT não ratificadas pelo Brasil.

⁶¹² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 87**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁶¹³ BARBATO, Maria Rosaria. Pluralismo Sindical Na Itália. In: MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de (coord). **Temas de Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 207.

importante instrumento de interpretação sobre a aplicação das normas da Constituição da OIT.⁶¹⁴

Especificamente em relação aos empregados públicos, a OIT publicou a Convenção nº 151 e a Recomendação nº159, resolvendo assim o problema da exclusão dessas categorias da Convenção nº 98, que tratou do direito à negociação coletiva. Além das convenções e recomendações, a Conferência Internacional do Trabalho da OIT adotou diversas resoluções, valendo destacar a que trata da independência do movimento sindical, de 1952, que enunciou certos princípios específicos sobre relações entre as organizações de trabalhadores, os governos e os partidos políticos, considerando como indispensável preservar em cada país a liberdade e a independência do movimento sindical, a fim de que este possa alcançar sua missão econômica e social independentemente das vicissitudes políticas que possam ocorrer.⁶¹⁵ _Entre as oito convenções Fundamentais da OIT, foram destacadas a de nº 87, já multicitada anteriormente, e a de nº 98, também acima mencionada, sobre a negociação coletiva e o direito de se sindicalizar. Entre as recomendações, há a de nº 163⁶¹⁶, que trata da negociação coletiva. Portanto, no plano global, existe um feixe de dispositivos que abordam o tema da liberdade sindical e permite aos trabalhadores uma ampla rede de proteção.

E ainda temos o artigo 8º do PIDESC, de 1966, que escuda a liberdade sindical e protege o direito sindical em geral. O Pacto Internacional dos DESC, ratificado pelo Brasil, é bastante abrangente e externa o compromisso das nações que o firmam em garantir, inicialmente, o direito à pessoa de fundar sindicatos com outras pessoas. Depois, assegura o direito à pessoa de se filiar ao sindicato de sua escolha. Deve-se observar apenas os estatutos da organização interessada, que tem por objetivo promover e proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício do direito à liberdade sindical só poderá ser, segundo o PIDESC, objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias. Ademais, o Pacto garante ainda aos sindicatos o direito de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de se filiar a elas. Por fim, o PIDESC protege o direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, que somente podem ser restringidas por lei, quando

⁶¹⁴ CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010, p. 80.

⁶¹⁵ PRINCIPIOS, NORMAS Y PROCEDIMIENTOS DE LA OIT EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1978, p. 5-6.

⁶¹⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação nº 163**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 10 out. 2016.

necessário, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou proteger direitos e liberdades das demais pessoas⁶¹⁷.

Assim, constata-se que o PIDESC abrange os diversos pontos da liberdade sindical. Primeiro, garante a liberdade positiva, consubstanciada no direito da pessoa de fundar sindicatos com outras. Segundo, prevê a liberdade de escolha, nela embutido o direito de não se filiar a qualquer agremiação (liberdade negativa). Terceiro, assegura o direito dos sindicatos, por sua vez, de se agremiarem em associações maiores, inclusive em âmbito internacional. Quarto, estabelece a liberdade de funcionamento das entidades.⁶¹⁸

Regionalmente, como já antes informado, a CADH assegura o direito às pessoas de se associarem livremente, inclusive para fins trabalhistas (artigo 16)⁶¹⁹. A CEDH, da mesma forma, garante o direito à liberdade de associação, incluindo o direito de fundar e de se filiar a sindicatos, além do direito à liberdade de reunião pacífica (artigo 11)⁶²⁰. Na esfera comunitária, são garantidos, outrossim, o direito à liberdade de associação sindical e à liberdade de reunião (artigo 12 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia)⁶²¹. A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos tutela o direito de associação livre e de liberdade de reunião (artigos 10 e 11)⁶²².

Na atuação dos tribunais, uma das situações da Corte IDH que merece ser sobrelevada é o caso “Baena Ricardo *versus* Panamá”, que trata de uma ocorrência em que o Governo panamenho dispensou 270 empregados que participaram de uma manifestação. Pela acusação, além da demissão arbitrária, o Estado cometeu uma sucessão de atos violadores ao devido processo legal e à proteção judicial. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, após sua

⁶¹⁷ BRASIL. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁶¹⁸ BRASIL. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁶¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

⁶²⁰ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2016.

⁶²¹ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da união europeia**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁶²² UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 10 out. 2016.

análise, decidiu recomendar a reintegração dos trabalhadores indevidamente dispensados, além do pagamento de todas as indenizações devidas pela dispensa arbitrária.

A Corte se declarou competente porque o Panamá é Estado Parte da Convenção Americana desde 1978 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 1990. O Estado panamenho se defendeu alegando que respeita os direitos humanos e que as manifestações provocadoras das demissões estavam causando danos à organização da vida social no Panamá e às instituições democráticas daquele país, constituindo grave situação de emergência nacional com ameaça à segurança do Estado. A CIDH, no entanto, em seu informe à Corte, notou que o estado de emergência não foi declarado formalmente pelo Panamá e que a conduta estatal violou o princípio da proporcionalidade.

Ouvidos testemunhas e peritos, e analisada a prova documental, a Corte IDH constatou a exigência da lei panamenha de se notificar, previamente e por escrito, a data e o motivo da dispensa. Segundo informa a decisão (parágrafo 88, 'm'), de acordo com o Código de Trabalho panamenho, para a dispensa de dirigentes sindicais, é preciso autorização dos tribunais do trabalho⁶²³. Já os outros servidores públicos – que não contavam com leis especiais e se regiam pelo Código Administrativo – tinham o direito de serem notificados, previamente e por escrito, como dito acima. Contudo, a Corte IDH concluiu que o Estado panamenho não atendeu às exigências legais no processo de dispensa e agiu violando os princípios da legalidade e da irretroatividade consagrados no artigo 9º da CADH (parágrafos 103 a 115 de sua decisão).

Além disso, a Corte IDH considerou violados os artigos 1.1, 2, 8.1, 8.2, 16, 25 da CADH, determinou a reintegração dos empregados indevidamente dispensados e o pagamento das respectivas indenizações. Como se observa, o caso possui um significado muito especial – e, por isso, mereceu o nosso debruçar de forma tão detida –, porque não somente demonstra a importância da liberdade sindical, como também revela a necessidade de tutela de outros dois direitos, que serão examinados a seguir, quais sejam: o direito de greve e a proteção ao emprego. Na situação vertente, a dispensa indevida ocorreu em razão de greve e foi dada a adequada salvaguarda do emprego às vítimas. Ou seja, de uma só vez, foram protegidos três direitos trabalhistas extremamente importantes: liberdade sindical, direito de greve e proteção ao emprego.

⁶²³ Assim como no Brasil, em que o dirigente sindical somente pode ser dispensado mediante a apuração em inquérito judicial (conforme Súmulas 197 do STF e 379 do TST).

Vale acrescentar que, no caso, a Corte analisou a liberdade de associação relacionada à liberdade sindical. Assinalou ainda que as dispensas efetivadas sem as garantias do artigo 8º da CADH trouxeram consequências graves às pessoas dispensadas e aos seus familiares e dependentes. Aplicou, assim, uma sanção ao Estado, que deixou de garantir o devido processo com as garantias contempladas na CADH.⁶²⁴

Interessante notar que a Corte IDH, na situação em exame, considerou a liberdade de associação como a faculdade de constituir organizações sindicais e colocar em marcha sua estrutura interna, atividades e programa de ação, sem intervenção das autoridades públicas. Sob outro prisma, a liberdade supõe que cada pessoa possa escolher, sem qualquer coação, se deseja ou não fazer parte de uma associação. Trata-se, pois, de um direito fundamental (parágrafo 156 da sentença de fundo, reparações e custas).

Ademais, a Corte IDH citou em sua decisão o preâmbulo da Constituição da OIT, que inclui o reconhecimento do princípio de liberdade sindical como requisito indispensável à paz e harmonia universais (parágrafo 157). O tribunal observou também que, ao despedir os trabalhadores estatais, dirigentes sindicais envolvidos nas reivindicações foram dispensados. Acabou ocorrendo despedida massiva de dirigentes.

Na opinião de Sergio García Ramírez, a Corte IDH se moveu num terreno em que existem interseções entre o regime administrativo e o laboral, no caso acima citado. Segundo ele, se, por um lado, a controvérsia possui natureza administrativa de acordo com o direito interno, a matéria conflituosa reveste-se de caráter trabalhista. De todo modo, a Corte IDH invocou considerações provenientes dos instrumentos da OIT e de resoluções da referida Organização.⁶²⁵

Cumprir acrescentar que a efetiva autonomia sindical é imprescindível para o alcance da liberdade sindical. De acordo com a compreensão de Ghione, o conjunto de direitos de constituir associações, de se filiar a elas, de escolher livremente os representantes, de exercer a administração das entidades, de elaborar estatutos é um rol não taxativo das variáveis

⁶²⁴ VERA, Oscar Parra. **Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano**. México, D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, p. 42-43.

⁶²⁵ RAMÍREZ, Sergio García. Protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales. TEXIER, Philippe. Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal. In: CONSTRUYENDO UNA AGENDA PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES/CEJIL. San José, Costa Rica: Centro por la Justicia y el Desarrollo Internacional, 2004, p. 87-113, p. 109.

fundamentais que integram o conceito de autonomia sindical, enfim, são espécies do desmembramento desse conceito único e central para a efetivação dos direitos laborais.⁶²⁶

Noutra demanda, contendo decisão exemplar, remetida pela CIDH à Corte IDH, os peticionários alegaram ter havido o assassinato do senhor Pedro Huilca Tecse ("Caso Huilca Tecse *versus* Peru"⁶²⁷) por um grupo de pessoas supostamente ligadas ao Exército, por motivos ligados à sua atuação como dirigente sindical, assim como pela posterior falta de investigação efetiva para investigar os fatos e punir os responsáveis. O Estado peruano, demandado, reconheceu, em sua contestação, embora não tenha conseguido chegar a uma solução amistosa durante o procedimento na CIDH, que existira responsabilidade estatal no fato que resultara na morte do senhor Pedro Huilca, bem como afirmou que acreditava ter havido violação a direitos sindicais, no que também houve responsabilidade do país. Considerando que o Estado se conformou com os fatos alegados, a Corte IDH simplificou o procedimento, dando por estabelecidos os fatos descritos na demanda apresentada pela Comissão (parágrafo 60 da sentença).

No processo, consta que, na gestão do ex-Presidente peruano Alberto Fujimori, após Decreto-Lei que instituiu Governo de Emergência e Reconstrução Nacional, dissolvendo o Governo e intervindo no Poder Judiciário e no Poder Público, foi publicado um Decreto-Lei conhecido como "Lei das Relações Coletivas de Trabalho", que abordava os campos da liberdade sindical, negociação coletiva e greve. Tal norma limitou o direito à sindicalização, além de enfraquecer a negociação coletiva, conduzindo, na prática, ao virtual desaparecimento de sindicatos. Naquela época, os representantes das centrais sindicais denunciaram o Estado peruano à OIT pela sua reforma laboral que considerava violadora dos direitos trabalhistas. O senhor Pedro Huilca Tecse, então Secretário-Geral da Confederação Geral dos Trabalhadores do Peru (CGTP), liderou a iniciativa, que foi seguida por representantes da Confederação dos Trabalhadores do Peru e da Central de Trabalhadores da Revolução Peruana. Três dias após a denúncia, as três entidades se uniram à Central Autônoma de Trabalhadores do Peru e convocaram uma mobilização a favor da melhoria das condições de trabalho e dos salários, assim como pela suspensão da nova "Lei de Relações Coletivas de Trabalho", acima citada.

⁶²⁶ GHIONE, Hugo Barretto. La libertad sindical revisitada: la autonomía como clave emancipatoria. **Alegatos**, año 25, n. 78, p. 387-400, may./ago. 2011, p. 393.

⁶²⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Huilca Tecse versus Peru**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 10 out. 2016.

Poucos dias depois, houve uma paralisação nacional e mais uma mobilização convocada pelas quatro entidades sindicais. Os protestos continuaram. O senhor Pedro Huilca criticou publicamente o Governo durante um evento. O então Presidente Fujimori, na mesma oportunidade, disse que as cúpulas das centrais sindicais não mandavam em seu país. Outras mobilizações ocorreram e, no dia anterior ao seu assassinato, em 17 de dezembro de 1992, o senhor Pedro Huilca Tecse comandou uma mobilização nas ruas centrais da capital peruana, Lima. No dia da sua morte, o senhor Pedro Huilca Tecse estava saindo de casa, no carro, em direção ao trabalho, quando o veículo foi cercado por um grupo de pessoas, entre oito e dez, que portavam arma de fogo, e um deles disparou contra ele, tirando-lhe a vida. Estavam com ele o enteado e a filha, saindo esta ileso e aquele, ferido. A companheira da vítima assistiu a tudo da porta de casa.

Os familiares das vítimas recorreram ao Poder Judiciário peruano, porém não lograram êxito nas compensações pretendidas. Durante o processo na Corte IDH, em 2004, submetido a um regime democrático, o Estado peruano, como já salientado, conformou-se às alegações vestibulares e foram deferidas diversas indenizações à família da vítima. Importante acrescentar que a Corte IDH invocou o Protocolo de San Salvador (que admite expressamente petições individuais para proteção dos direitos sindicais) e a Convenção nº 87 da OIT. Além disso, a Corte Americana se referiu a entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos de que a liberdade de associação não se resume a uma mera obrigação do Estado de não interferir, mas também, em alguns casos, de adotar medidas positivas para preservar os direitos dos particulares (parágrafo 76 da sentença). A Corte IDH fez constar seu entendimento de que a liberdade sindical abrange, inclusive, o poder de escolher como o indivíduo exerce essa liberdade. Ademais, se essa autodeterminação não pode ser colocada em prática, ela se perde. Considerou a Corte Interamericana, *ipsis litteris*, ainda que: “O Estado deve garantir que as pessoas possam exercer livremente sua liberdade sindical sem temor de que sejam sujeitas a violência alguma”⁶²⁸ (parágrafo 77).

Além de determinar o pagamento das devidas indenizações aos familiares da vítima, a Corte IDH mandou o Estado peruano:

⁶²⁸ No original: “*El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna*”. Tradução livre do autor. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Huilca Tecse versus Peru**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 10 out. 2016).

- a) Investigar efetivamente os fatos do caso “Huilca Tecse”, para identificar, julgar e punir os autores materiais e intelectuais da execução extrajudicial da vítima Pedro Huilca Tecse, além de divulgar amplamente o resultado do processo;
- b) realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade em relação ao caso e pedir desculpas públicas aos familiares da vítima;
- c) publicar, no Diário Oficial e em outro de circulação nacional, trechos da sentença;
- d) estabelecer uma matéria ou curso sobre direitos humanos e direito laboral, que se denomine “Cátedra Pedro Huilca”;
- e) recordar e exaltar, na celebração oficial de 1º de maio (Dia do Trabalho), a atuação do senhor Pedro Huilca Tecse em favor do movimento sindical do Peru;
- f) erigir um busto em memória da vítima;
- g) dar atenção e tratamento psicológico aos familiares do senhor Pedro Huilca.

As obrigações determinadas na sentença demonstraram a preocupação da Corte IDH em estabelecer medidas reparatórias e também pedagógicas ao Estado condenado. A memória do fato deve servir de lição para as gerações futuras, de modo a não repetir os atos danosos praticados. Busca-se com isso, outrossim, prevenir eventuais condutas que possam ser lesivas à liberdade sindical. Portanto, a decisão da Corte IDH, no caso, é paradigmática.

No TEDH, por sua vez, cumpre sobrelevar a situação conhecida como “Young, James e Webster contra Reino Unido”. Pelos fatos descritos, os senhores Young, James e Webster trabalharam em uma sociedade ferroviária britânica que realizou com três sindicatos acordos de “*closed shops*” (sindicalização obrigatória), subordinando todos os empregados a filiação a um deles. Por não aceitarem, os demandantes foram dispensados. As vítimas alegaram violação aos artigos 9 (liberdade de pensamento, de consciência e de religião), 10 (liberdade de expressão), 11 (liberdade de associação) e 13 (direito a recurso efetivo) da CEDH. O tribunal considerou que a liberdade de escolha dos trabalhadores deve ser protegida. Assim, qualquer obrigação de filiação desrespeitaria tal liberdade. Ficou provado o acordo entre a empresa e os sindicatos.

Ademais, o TEDH afirmou que qualquer ameaça de dispensa pelo fato de se filiar ou não a sindicato constitui forma muito grave de coação. Além disso, diante das circunstâncias, os sindicatos foram, de certo modo, impedidos de lutar pela defesa do interesse de seus membros em razão dos ajustes com a empresa. À vista do exposto, provada a ofensa à liberdade sindical, o TEDH, por maioria (18 votos contra 3), entendeu que houve violação ao artigo 11

da CEDH e, por unanimidade, entendeu ser desnecessário analisar a questão sob o ponto de vista dos demais artigos.⁶²⁹

Como se pôde observar, a liberdade sindical tem recebido a devida atenção das cortes internacionais. E o tema é bastante importante também para o Brasil. Isso porque o nosso país tem insistido em desrespeitar uma faceta da liberdade sindical. Sabe-se que esta liberdade pode ser vista de diversas formas, como pela autonomia para fundar sindicatos, para se filiar a eles, ou para o sindicato se autodeterminar, entre outros aspectos. É certo que o Brasil respeita a liberdade pessoal de filiação e a auto-organização interna dos sindicatos, porém não alcançou a plenitude da autonomia sindical em razão da unicidade. Importa lembrar que a única entre as Convenções Fundamentais da OIT não ratificada pelo Brasil é a de nº 87. Como vimos antes, a liberdade sindical é um princípio que necessita ser respeitado. Ademais, não garanti-la significa impedir que os trabalhadores possam lutar por seus direitos plenamente, sem amarras.

A simples pertença à OIT faz com que o país membro aceite o princípio de respeito à liberdade sindical contido em sua Constituição. Ou seja, a omissão do Brasil quanto ao tema se torna injustificada, constituindo evidente contradição à aceitação da premissa e o desrespeito ao seu desdobramento. É como alguém rejeitar parte de seu próprio corpo. De fato, “as normas internacionais do direito do trabalho precisam ser aplicadas também no Brasil. Os trabalhadores brasileiros aguardam ansiosamente a mudança da consciência jurídica, para que isso realmente se torne realidade”.⁶³⁰

Lelio Bentes Corrêa afirma, de forma cristalina, que: “a interpretação dada à Convenção n. 87 pelos Órgãos de controle da OIT não deixa margem a dúvidas quanto à sua incompatibilidade com o modelo da unicidade sindical”⁶³¹. Ademais, o autor adverte que o receio de que a ratificação da referida Convenção possa conduzir a uma fragmentação excessiva dos sindicatos não se sustenta, pois o atual modelo de unicidade já significa uma pulverização expressiva, ou seja, essa característica não mudaria, mas a democracia do sistema sindical,

⁶²⁹ REVORIO, Fco. Javier Díaz (Comp.). **Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 335-364.

⁶³⁰ FRIEDRICH, Tatyana Scheila; PASSOS, André Franco de Oliveira. Direito Internacional e Liberdade Sindical: Da Teoria Geral à Necessidade de Aplicação Prática. In: NICOLADELI, Sandro Lunard; PASSOS André Franco de Oliveira; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Org). **O Direito Coletivo, a Liberdade Sindical e as Normas Internacionais** – O direito coletivo na OIT: normas, jurisprudência e reflexões sobre a normatividade protetiva da liberdade sindical. Vol I. São Paulo: LTr, 2013, p. 32.

⁶³¹ CORRÊA, Lelio Bentes. A liberdade sindical e a Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho. In: **Temas de Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 166.

certamente, sim. E arremata: “Na Alemanha, onde vigora a liberdade sindical plena, não atuam mais de **oito** sindicatos”.⁶³² Sobre o tema, ainda afirma Maíra Gomes:

A liberdade sindical é, portanto, pressuposto elementar da construção de uma sociedade democrática que prime pela valorização do trabalho e pela dignidade do ser humano, sujeito trabalhador, imprescindível na produção de riquezas na sociedade capitalista. É, portanto, direito fundamental, reconhecido como tal pela ordem jurídica brasileira, ao ser assegurado no título II da Carta Magna brasileira, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 8º.⁶³³

Faz-se mister acrescentar que a mudança do parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal Brasileira de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ofereceu nova oportunidade ao país para alcançar a plena liberdade sindical. Isso porque a simples ratificação da Convenção nº 87 da OIT com o quórum qualificado exigido e o conseqüente *status* constitucional decorrente, por se tratar a liberdade sindical de um direito humano, abriria as portas para uma significativa mudança no sistema sindical brasileiro.⁶³⁴ De acordo com o pensamento de Cláudio Santos da Silva:

A existência da unidade sindical orgânica estará em conformidade com a Convenção n. 87 da OIT se, em um sistema de liberdade sindical, ela for decidida pelas partes. A unidade sindical, “determinada ou predeterminada na lei, fixada de cima para baixo” não está em conformidade com o princípio da liberdade sindical. Veja-se, a propósito, a seguinte manifestação do Comitê de Liberdade Sindical: Apesar de os trabalhadores poderem ter interesse em evitar que se multipliquem as organizações sindicais, a unidade do movimento sindical não deve ser imposta por intervenção do Estado, via legislativa, pois esta intervenção é contrária ao princípio enunciado nos art. 2º e 11 da Convenção n. 87. A Comissão de Peritos em Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT observou que “há uma diferença fundamental quanto às garantias estabelecidas para a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização, entre a dita situação, de uma parte, em que o monopólio sindical é introduzido ou mantido por lei e, de outra, as situações de fato, que existem em alguns países, em que todas as organizações se agrupam voluntariamente numa só federação ou confederação, sem que isto resulte direta ou indiretamente de disposições legislativas aplicáveis aos sindicatos e à criação de associações profissionais. O fato de trabalhadores e empregadores obterem vantagens, em geral, ao evitar a multiplicação do número de

⁶³² CORRÊA, Lelio Bentes. A liberdade sindical e a Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho. *In: Temas de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 166-167.

⁶³³ GOMES, Maíra Neiva. **Reflexões sobre o sindicalismo contemporâneo**: estudos em homenagem a Marcos Marçal. Belo Horizonte: RTM, 2011, p. 83.

⁶³⁴ STÜRMER, Gilberto. Relações coletivas de trabalho e liberdade sindical: uma efetivação dos direitos sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 8, p. 172-181, 2009, p. 179.

organizações competidoras, não parece suficiente, portanto, para justificar uma intervenção direta ou indireta do Estado e, sobretudo, a intervenção deste por via legislativa.⁶³⁵

Diante disso tudo, o Brasil corre sério risco de ser condenado perante a Corte IDH, algum dia, por violação à liberdade sindical. Apesar de não ter ratificado a Convenção nº 87 da OIT, a unicidade sindical brasileira prevista no artigo 8º, II, da nossa Carta Magna⁶³⁶, contraria frontalmente a Constituição da OIT (da qual o nosso País é membro) e o PIDESC (ratificado pelo Brasil), como acima visto. O direito de fundar sindicato é aqui bastante limitado, e esse ranço corporativista precisa ser quebrado.

Dessarte, não há dúvidas que o direito à liberdade sindical constitui direito humano laboral protegido em sede internacional pelo PIDESC, pela Convenção nº 87 da OIT e por outros instrumentos normativos. Constitui, assim, ponto fundamental para a tutela dos direitos dos trabalhadores, pois, sem essa liberdade, todos os outros demais direitos trabalhistas sobejam prejudicados. E diante das normas internacionais citadas, torna-se também indubitável a possibilidade de justiciabilidade direta da liberdade sindical nas cortes internacionais.

4.3 Outros direitos importantes para a proteção do trabalhador em nível internacional

4.3.1 Direito à greve

Além dos quatro direitos humanos laborais acima citados, faz-se necessário acrescentar outros três níveis de proteção para a tutela do trabalhador no cenário internacional: o direito de greve, a proteção ao emprego e ao trabalhador migrante. Sobre o direito de greve, informa-nos José Carlos Arouca que:

A Declaração dos princípios da América, firmada na Conferência de Chapultepec, México, em 1945, assinada pelo Brasil, consignou o item 11, n. 1: “As Nações americanas reiteram a necessidade de ratificar os princípios

⁶³⁵ SILVA, Claudio Santos da. **A liberdade sindical no direito internacional do trabalho**: reflexões orientadas pela Convenção n. 87 da OIT. São Paulo: LTr, 2011, p. 98.

⁶³⁶ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

consagrados nas diversas Conferências Internacionais do Trabalho e expressam seu desejo de que essas normas de Direito Social, inspiradas em elevadas razões de humanidade e justiça, sejam incorporadas à legislação de todas as Nações do Continente, RECOMENDAM: 1. Considerar de interesse público internacional a expedição, em todas as Repúblicas americanas, de uma legislação social que proteja a população trabalhadora e consigne garantias e direitos, em escala não inferior à assimiladas nas Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho, quando menos sobre os seguintes pontos: [...] g) Reconhecimento do direito de associação dos trabalhadores, do contrato coletivo e **o direito de greve**”.⁶³⁷

Cumprido acrescentar que a DUDH, de 1948, surgida pouco depois da mencionada Declaração dos Princípios da América, não chega a mencioná-lo, mas o PIDESC garante textualmente no artigo 8º, I, ‘d’, esse direito.⁶³⁸ As Convenções da OIT que tratam de liberdade sindical não dispõem expressamente sobre a greve, porém se tem entendido que na Convenção n] 87 (ainda não ratificada pelo Brasil), ao tratar da liberdade de formular o programa de ação por parte dos sindicatos, estaria previsto implicitamente o direito de greve. No Direito Constitucional Comparado, a greve é considerada direito fundamental em diversos países⁶³⁹.

Por sua vez, de volta ao âmbito da OIT, o seu Comitê de Liberdade Sindical “reconheceu o direito de greve, como meio legítimo fundamental que dispõe os trabalhadores e suas organizações para promover e defender seus interesses econômicos e sociais. Não se trata de mero fato social e sim de um direito”, afirmam Jouberto Cavalcante e Francisco Jorge Neto.⁶⁴⁰ Pelas lições de Raimundo Simão de Melo:

O Comitê de Liberdade Sindical e a Comissão de Peritos da OIT têm rejeitado a tese de que o direito de greve deva limitar-se aos conflitos de trabalho suscetíveis de finalizar uma convenção coletiva de trabalho apenas. Para esses

⁶³⁷ AROUCA, José Carlos. **Organização Sindical no Brasil** – Passado, Presente, Futuro(?). São Paulo: LTr, 2013, p. 81. Grifos nossos.

⁶³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁶³⁹ Segundo as informações prestadas por Bernd Waas, o direito de greve é garantido em diversas constituições. Muitas o asseguram explicitamente. Por exemplo, na Constituição húngara (adotada em 2011), o direito à negociação coletiva e o direito de greve estão protegidos expressamente. O mesmo ocorre na Argentina. Em outros países, a garantia ao direito de greve é implícita. Na Constituição do Japão está previsto o direito de os trabalhadores agirem coletivamente, entendendo-se a greve como um dos atos possíveis para tanto. A Constituição Alemã também não seria clara, mas existe entendimento que a greve é elemento essencial da liberdade de associação vista de forma geral. Na Finlândia, embora não seja assegurado constitucionalmente, compreende-se o direito de greve também como parte da liberdade de associação. (WAAS, Bernd. Strike as a fundamental right of the workers and its risk of conflicting with other fundamental rights of the citizens. In: XX World Congress of the International Society for Labour and Social Security Law, Santiago, 2012. **Conference paper**. Disponível em: <<http://isssl.org/wp-content/uploads/2013/01/Strike-Waas.pdf>> Acesso em: 10 de out. de 2016).

⁶⁴⁰ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. A Construção dos Direitos Fundamentais no Trabalho no Cenário Internacional. **Revista LTr**. São Paulo, v. 78, n. 3, 2014, p. 298.

órgãos, as reivindicações a se defender com a greve podem ser de três categorias: a) as de natureza trabalhista, que buscam garantir ou melhorar as condições de trabalho e de vida dos trabalhadores; b) as de natureza sindical, que buscam garantir e desenvolver os direitos das organizações sindicais e de seus dirigentes; c) as de natureza política, que tenham por fim, embora indiretamente, a defesa dos interesses econômicos e sociais dos trabalhadores.⁶⁴¹

Já no aparato de proteção regional dos direitos humanos e fundamentais, a CADH é silente, porém o Protocolo de San Salvador é expresso, no artigo 8º, ao garantir o direito de greve quando trata dos direitos sindicais⁶⁴². A CEDH não prevê, mas, no âmbito estritamente comunitário, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia entende a greve como um direito do trabalhador de recorrer a ações coletivas para a defesa de seus interesses (artigo 28)⁶⁴³, indo no mesmo sentido a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (artigo 13)⁶⁴⁴. A Carta Africana⁶⁴⁵ não trata da greve, infelizmente.

Percebe-se, então, que o direito de greve é um direito humano laboral em fase de consolidação. É fundamental ao sucesso das lutas trabalhistas, e sem essa proteção não se podem garantir conquistas efetivas. É essencial para fechar o círculo de tutela do trabalhador nas relações coletivas. Porém, ainda não está devidamente positivado. Para Zita Arocha, a greve está dentro de uma triangularidade, constituída por três eixos fundamentais, que são: a liberdade sindical, a negociação coletiva e o próprio direito de greve. Este último, por sua vez, constitui-se como uma das mais importantes conquistas da classe trabalhadora. Conforme a autora, o direito de greve configura instrumento legítimo para alcançar o efetivo reconhecimento das demandas econômicas e sociais dos trabalhadores e para se assegurar efetiva justiça na relação capital-trabalho, bem como assegurar um nível progressivo de dignidade para os trabalhadores e suas famílias.⁶⁴⁶

⁶⁴¹ MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009, p. 41.

⁶⁴² **Protocolo de San Salvador**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

⁶⁴³ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da união europeia**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016.

⁶⁴⁴ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores**. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2016.

⁶⁴⁵ UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁶⁴⁶ AROCHA, Zita Froila Tinoco. Derecho de huelga. In: MEJIÁ, Carlos Rodríguez; PÉREZ, Jorge Romero (Comp.). **Derribando los obstáculos al derecho laboral**. Volumen II. Bogotá: Equipo Jurídico CUT-CTC, 2009, p. 346-347.

Flávia Piovesan lembra o caso "Baena Ricardo e outros *versus* Panamá", tramitado na Corte IDH, como exemplo de situação que envolve o direito de manifestação (greve). Todavia, o direito ao trabalho, no exemplo, foi protegido de forma indireta, pois o eixo central da demanda girava em torno do devido processo legal. A autora afirma que "outros casos de proteção indireta de direitos sociais atêm-se à proteção ao direito ao trabalho, tendo como fundamento o direito ao devido processo legal e proteção judicial".⁶⁴⁷ Portanto, a defesa dos direitos sociais, como exaustivamente demonstrado na tese, tem ocorrido de forma indireta, apesar de o objetivo ser alcançado de qualquer forma.

Ainda sobre a greve, cumpre mencionar a resposta da Corte IDH sobre um pedido de Parecer Consultivo do Panamá que trata de diversas questões, inclusive sobre o direito de greve. No pedido, feito em abril de 2014, o Panamá, usando de sua condição de Estado Membro da OEA e da faculdade prevista no artigo 64 da CADH, postulou à Corte IDH interpretação sobre vários dispositivos da Convenção Americana e, especialmente, sobre o direito de greve.⁶⁴⁸

O então Presidente da Corte IDH, juiz Humberto Antonio Sierra Porto, em maio de 2015, publicou resolução convocando audiência pública para receber argumentos orais sobre o Pedido de Parecer Consultivo apresentado pelo Estado do Panamá. Além disso, decidiu solicitar aos Estados membros e órgãos da OEA e àqueles que apresentarem observações escritas se desejam participar da audiência pública.⁶⁴⁹

A Opinião Consultiva OC-22/16, como resposta ao pedido realizado pelo Governo do Panamá, após a audiência pública, adveio em 26 de fevereiro de 2016. Importa esclarecer que a questão principal da Consulta se refere ao alcance da proteção de alguns artigos da CADH às pessoas físicas por meio de pessoas jurídicas ou entidades governamentais legalmente reconhecidas. Em sua manifestação, sobre o direito de greve, a Corte IDH cita o Protocolo de San Salvador (artigo 8, b). E procede à uma interpretação histórica, recorrendo aos trabalhos preparatórios referidos a este Protocolo. Nas discussões que o antecederam, os direitos sindicais protegidos por petições individuais se limitariam ao direito de associação e à liberdade em sentido estrito e ao direito de educação, excluindo-se o direito de greve (parágrafo 100). Mais

⁶⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. Diálogo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: desafios da reforma. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 316.

⁶⁴⁸ PANAMÁ. **Pedido de parecer consultivo do governo da República do Panamá**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/solicitu<doc/solicitud_14_11_14_por.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁶⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de maio de 2015**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/solicitud_21_05_15_por.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

adiante, a Corte IDH diz não ser competente para casos de violação a tal direito pela restrição ao sentido dado nos trabalhos prévios ao Protocolo. Todavia, a Corte adverte para o compromisso dos Estados partes de buscar de forma progressiva a efetividade plena desse direito (parágrafo 104).

Assim sendo, a Corte IDH deixa claro que, embora não entenda admissível, até então, a justiciabilidade direta do direito de greve via Protocolo de San Salvador, a justiciabilidade indireta se torna possível pela proibição do retrocesso, embora a Corte referida tenha resistido a entrar no mérito do artigo 26 da CADH. De todo modo, não deixa de ser um avanço tal entendimento. Espera-se que a Corte progrida ainda mais, permitindo, sim, a análise direta do direito de greve como forma de se permitirem efetivamente as lutas dos trabalhadores em prol das melhorias de suas condições.

Perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, especificamente, correu o caso "Milton García Fajardo e outros *versus* Nicarágua", relacionado a uma despedida arbitrária posterior a uma greve, em que esta foi arbitrariamente declarada ilegal, sendo que os trabalhadores ficaram desempregados em virtude disso. Foram alegadas violações à integridade pessoal, ao direito de associação e à proteção e garantias judiciais. Nessa situação, a CIDH entendeu que os direitos dos trabalhadores da alfândega entram no marco de proteção dos DESC tutelados pelo artigo 26 da CADH e que, no caso específico, o Estado nicaraguense, ao invés de adotar medidas de desenvolvimento progressivo em benefício desses trabalhadores, acabou reduzindo seus direitos, ocasionando prejuízos graves a seus direitos econômicos e sociais.⁶⁵⁰

Na proteção ao direito de greve, o TEDH, por sua vez, recorre muitas vezes à OIT para reforçar seus argumentos. Vale ainda salientar que o direito de greve é reconhecido pelo Comitê de Liberdade Sindical da OIT como corolário indissociável do direito de associação sindical protegido pela Convenção nº 87 do mencionado organismo internacional. Especificamente, a violação ao direito de greve foi analisado na sentença do TEDH de 21 de abril de 2009, no caso conhecido como "Enerji Yapi-Yol". Na situação fática, o demandante era um sindicato de trabalhadores que atuava no setor de energia e serviços de infraestrutura para construção de estradas e era membro da Federação dos Sindicatos do Serviço Público. Em 13 de abril de 1996, a direção geral do pessoal a serviço do Primeiro Ministro publicou uma circular em que dizia que as greves no serviço público turco eram proibidas pela legislação, apesar de reconhecer os esforços para harmonização da legislação turca com os tratados internacionais, entre eles a

⁶⁵⁰ VERA, Oscar Parra. **Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano**. México, D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, p. 21.

Convenção Europeia de Direitos Humanos. Mesmo assim, alguns funcionários de uma empresa ligada ao sindicato fizeram greve e receberam punições.

O sindicato demandante apresentou uma demanda ao Conselho de Estado pedindo a anulação da circular, a qual foi rejeitada por esse Conselho. A questão foi levada ao TEDH, que reconheceu a violação à liberdade sindical e afirmou que o direito de greve é reconhecido pelos órgãos de controle da OIT como consequência das disposições da Convenção nº 87. Além disso, considerou que o direito de greve é meio de assegurar o exercício efetivo do direito à negociação coletiva laboral.⁶⁵¹ Raimundo Simão de Melo sintetiza:

Portanto, atualmente, o princípio do direito de greve como meio de ação das organizações sindicais acha-se reconhecido de uma maneira praticamente universal, não obstante existam problemas e reclamações perante a OIT, sendo os mais comuns: imposição de sanções penais aos participantes de greves ilegais, exigências de majorias excessivas para declarar a greve, proibição de greve de funcionários públicos que não exercem funções de autoridade em nome do Estado, mobilização compulsória de trabalhadores em greve e até mesmo proibição da greve em serviços não essenciais.⁶⁵²

Guillermo Lopes considera a greve como um direito subjetivo coletivo reconhecido aos trabalhadores para a autotutela de seus direitos e interesses, mediante o exercício de medidas de ação direta, incorporadas nas relações laborais pelos usos e costumes. Quatro aspectos ainda podem ser observados: i) a greve é um direito potestativo, porque o titular tem o poder de modificar a sua vontade através de uma situação da qual é parte outro sujeito que sofre as consequências do exercício de tal direito; ii) é um instrumento de pressão em sua essência, não podendo existir sem essa peculiaridade; iii) a greve se caracteriza pela intenção de produzir um dano ao empregador para que se sujeite à vontade dos trabalhadores, dano albergado pela lei; iv) a greve possui ainda um conteúdo múltiplo ou de execução multifacetária, pois comporta diversas formas de ação direta impostas na vida diária das relações laborais pelos usos e costumes sindicais, desde que não impliquem uma violação aos direitos da pessoa, conforme estabelecidos pela constituição do país.⁶⁵³

Portanto, a greve é um direito subjetivo fundamental, que deve abarcar todas as categorias, com as exceções cabíveis aos militares, conforme o caso, por questões de segurança nacional, porém mesmo as restrições a eles também não podem ser absolutas. Essa discussão

⁶⁵¹ JÁVEGA, Consuelo Chacartegui. **Dignidad de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Barcelona: Bomarzo, 2013, p. 75-77.

⁶⁵² MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009, p. 20.

⁶⁵³ LOPES, Guillermo. Pasado, presente y futuro del derecho colectivo del trabajo. In: ALVAREZ, Eduardo et al. **Derecho Colectivo del Trabajo**. Buenos Aires: La Ley, 1998, p. 8-9.

sobre a greve importa também ao Brasil pela falta de regulamentação legislativa do direito de greve do servidor público⁶⁵⁴. Importante lembrar que a Convenção nº 151 da OIT⁶⁵⁵ assegura o direito de sindicalização dos empregados públicos, porém não trata de greve. De todo modo, a plenitude dos direitos sindicais somente se pode dar com tríade completa: liberdade sindical-negociação coletiva-greve.

Por todo o exposto, o direito de greve se caracteriza como instrumento legítimo de pressão, sendo um direito laboral reconhecido em diversos países, e com amparo em normas internacionais. Assim, entende-se pela justiciabilidade direta desse direito, sobretudo porque se trata de uma questão fundamental para o sucesso das lutas dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, sem a qual fica inviabilizado qualquer avanço nessa seara. De todo modo, ainda que não se entenda possível a justiciabilidade direta, a indireta é indiscutível diante da necessidade da análise da progressividade dos direitos sociais.

4.3.2 Proteção ao emprego

Segundo Antônio Álvares da Silva:

A palavra “emprego”, além do sentido comum de uso ou aplicação (como o emprego do tempo, emprego de um objeto, de um vocábulo), significa também cargo, função, ocupação em serviço particular ou público, colocação e, por extensão, o lugar onde se exerce o emprego [que] é, pois, o lugar ocupado pelo trabalhador no processo produtivo. Este processo produtivo se realiza através da atividade empresarial, que organiza e dispõe da força do trabalho para atingir seus fins. A integração do trabalhador na empresa se realiza através do instrumento jurídico do contrato. Este elo, por ser de natureza obrigacional funda uma relação jurídica que pressupõe os seus objetivos. Surgem assim as figuras do empregado e do empregador, como partícipes dessa relação jurídica

⁶⁵⁴ Em razão da omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro decidiu declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício de greve no setor público e resolveu aplicar, no que couber, a Lei nº 7.783/1989, que dispõe sobre os trabalhadores da iniciativa privada. O julgamento se deu nos Mandados de Injunção de números 670, 708 e 712 que tramitaram no STF. Vale destacar trecho do Voto do Ministro Celso de Mello num dos casos: “**A omissão do Estado – que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional – **qualifica-se** como comportamento revestido de maior gravidade político-jurídica, **eis que, mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam **e também impede**, por ausência (**ou** insuficiência) de medidas concretizadoras, **a própria aplicabilidade** dos postulados e princípios da Lei Fundamental”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 712-8**. Voto do Ministro Celso de Mello, 12/4/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/MI670cm.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2016). Para mais informações: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>. Acesso em 08 out. 2016.

⁶⁵⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 151**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 9 out. 2016.

especial a que se dá o nome relação de emprego, que tem no contrato de trabalho a sua expressão no mundo do Direito.⁶⁵⁶

Conforme as sábias lições do jurista acima citado, a proteção ao emprego possui um âmbito maior do que a simples tutela contra a dispensa no Direito do Trabalho. O emprego pode ser também protegido por meio de uma política salarial melhor, com medidas anti-inflacionárias, através de condições ambientais mais puras e melhores (salubres, não perigosas), etc. Além disso, a garantia do emprego significa conceber este “como meio apto de obter a sobrevivência da classe trabalhadora, segundo as necessidades básicas em determinado período histórico que pode ser realizado, por exemplo, através de uma política salarial adequada”.⁶⁵⁷

No tocante às normas internacionais, a DUDH de 1948 proclama ser direito da pessoa a proteção contra o desemprego (artigo 23,1), sem avançar na tutela a favor do emprego⁶⁵⁸. O PIDESC, por sua vez, dispõe que os Estados partes deverão elaborar programas com vistas a alcançar o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais (artigo 6º)⁶⁵⁹.

No âmbito da OIT, pelo menos duas convenções se referem diretamente ao emprego. A primeira é a Convenção nº 122, que trata da política de emprego⁶⁶⁰. Em seu artigo 1º, resta estabelecido que os Estados membros devem se dispor a formular e aplicar política ativa visando promover o pleno emprego. Já a Convenção nº 158 é mais direta. O seu artigo 4º estabelece que não se dará término à relação de trabalho, a menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade do trabalhador ou com seu comportamento ou ainda baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.⁶⁶¹

Por sua vez, na Observação Geral nº 18 do Comitê DESC⁶⁶² da ONU, ficou consagrado que o direito ao trabalho é um direito fundamental, reconhecido em diversos instrumentos de Direito Internacional. Esse direito, amparado no PIDESC, afirma a obrigação de os Estados

⁶⁵⁶ ÁLVARES DA SILVA, Antônio. **Proteção Contra a Dispensa na Nova Constituição**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 37-38.

⁶⁵⁷ ÁLVARES DA SILVA, Antônio. **Proteção Contra a Dispensa na Nova Constituição**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 40.

⁶⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 9 out. 2016.

⁶⁵⁹ BRASIL. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁶⁶⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 122**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁶⁶¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 158**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁶⁶² Adotado no 35º Período de Sessões, em Genebra, de 7 a 25 de novembro de 2005. Observação Geral nº 18.

Partes garantirem às pessoas o direito ao trabalho livremente escolhido, e que as pessoas não sejam privadas dele de forma injusta. Todavia, não deve ser entendido como um direito absoluto e incondicional de obter emprego. Quanto à dispensa, o Comitê DESC ressalta a Convenção nº 158 da OIT, acima citada, sobre o término da relação de trabalho e que estabelece que a legalidade da dispensa, de acordo com o seu artigo 4º, necessita do_oferecimento de motivos válidos para a despedida, assim como o direito a medidas judiciais e de outro tipo no caso da ruptura contratual indevida.⁶⁶³

Em 2009, a OIT adotou, em sua 98ª Conferência Internacional do Trabalho, um “Pacto Mundial para o Emprego”, com o objetivo de orientar as políticas nacionais e internacionais para o estímulo à criação de empregos, a devida proteção dos trabalhadores e o incentivo à recuperação econômica num cenário de crise. O Pacto estabelecido pela OIT pede a governos e organização de trabalhadores e empregadores “que trabalhem unidas para enfrentar a crise mundial de emprego com políticas que estejam alinhadas com o Programa de Trabalho Decente da OIT”. Pede, ainda, a adoção de medidas para manter as pessoas em seus trabalhos. Especialmente, o Programa contém como um de seus princípios a promoção das normas fundamentais do trabalho e outras normas internacionais que favoreçam a retomada da economia e a reorganização do emprego, reduzindo a desigualdade entre homens e mulheres.⁶⁶⁴

Nesse diapasão, mister se faz trazer à baila as palavras de Amartya Sen, que, ao tratar desse cenário de crise e de disparidades econômicas, defende que: “a resposta apropriada tem de incluir esforços conjuntos para tornar a forma da globalização menos destrutiva para o emprego e o modo de vida tradicional e para ocasionar uma transição gradual”.⁶⁶⁵ Além disso, o autor acrescenta que deve haver uma responsabilidade social dos países, impondo que “as políticas econômicas sejam orientadas para proporcionar amplas oportunidades de emprego, das quais a viabilidade econômica e social das pessoas pode depender crucialmente”.⁶⁶⁶

Nas esferas regionais, a CADH não trata, mas o Protocolo de San Salvador dispõe que os Estados devem garantir em suas legislações a estabilidade dos trabalhadores em seus

⁶⁶³ COMITÊ DESC, OBSERVACIÓN GENERAL N° 18: “EL DERECHO AL TRABAJO” (ARTÍCULO 6 DEL PIDESC). In: **Manual sobre justiciabilidade de derechos sociales para jueces de Iberoamérica**. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2009, p. 381-385.

⁶⁶⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Para superar a crise: um pacto mundial para o emprego**. Disponível em: http://www.lim.ilo.org/1/wp-content/uploads/2009/12/OIT_Pacto_Mundial_PORT_web.pdf. Acesso em: 8 out. 2016.

⁶⁶⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 309.

⁶⁶⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 367.

empregos de acordo com as características das indústrias e profissões e nos casos de demissão injustificada o direito à indenização ou readmissão no emprego ou outras prestações previstas pela legislação nacional (artigo 7)⁶⁶⁷. A CEDH não é específica, mas a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia assegura o direito dos trabalhadores à proteção contra dispensa sem justa causa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais (artigo 30)⁶⁶⁸. A Carta Africana não dispõe expressamente, porém defende a dignidade humana e preconiza que toda pessoa tem direito de trabalhar em condições equitativas e satisfatórias (preâmbulo e artigo 15)⁶⁶⁹.

Em relação aos julgados das cortes internacionais, vale mencionar a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso "Sidabras e Dýiautas contra Lituânia". Na situação fática, os demandantes realizaram serviços para a KGB. E assim que houve a independência da Lituânia, trabalharam como funcionários públicos para este país. Mais tarde, entrou em vigor uma lei lituana que considerou a KGB como organização criminosa, estabelecendo restrições ao emprego. O Tribunal Constitucional lituano considerou a norma constitucional e validou a proibição aos antigos agentes da KGB de ocuparem postos públicos, por questões de segurança nacional. Os demandantes questionaram no processo junto ao TEDH, além da discriminação sofrida, a proibição deles de acesso ao emprego em setores privados, declarando que isso vulneraria o direito ao respeito à vida privada. No tocante à discriminação, o TEDH entendeu que o artigo 14 da CEDH protege pessoas que, em situações similares, são tratadas de maneira diferente, sem justificativa, no gozo dos direitos e liberdades garantidas pela Convenção. Assim, o tribunal considerou que os postulantes foram objeto de discriminação em relação às demais pessoas da sociedade lituana que não trabalharam na KGB. Além disso, a Corte Europeia declarou que a proibição legal imposta aos peticionantes afetou consideravelmente a possibilidade de desenvolverem relações com o mundo exterior e que foram criadas sérias dificuldades para que eles tivessem ganhos, com evidentes repercussões no desfrute de suas vidas privadas. Ao final, o TEDH reconheceu a violação do artigo 8º (que trata do direito ao respeito pela vida privada) em relação com o artigo 14 (que proíbe a discriminação) e determinou o pagamento de danos morais e materiais às vítimas. Portanto, constata-se que o

⁶⁶⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Protocolo de San Salvador**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

⁶⁶⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da união europeia**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016.

⁶⁶⁹ UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 8 out. 2016.

TEDH, de certo modo, reputou importante a manutenção e o acesso ao emprego afetados pela discriminação empreendida.⁶⁷⁰

No tocante à Corte IDH, podemos lembrar o caso conhecido como “Baena Ricardo e outros *vs.* Panamá”, que envolve denúncia de dispensa em massa de funcionários públicos participantes de uma paralisação com o objetivo de reivindicar melhoras no programa governamental, como já mencionado. A Corte, pelos motivos antes esposados, determinou a reintegração dos trabalhadores e o pagamento das indenizações correspondentes pela dispensa indevida.

Além da situação acima, merece destaque o caso conhecido como “Aguado Alfaro e outros *versus* Peru” ou também tratado como o caso dos trabalhadores dispensados do Congresso contra o Peru. A demanda foi apresentada pela CIDH à Corte IDH, tendo sido impulsionada originalmente por trabalhadores que alegavam ter sido injustamente dispensados. O Estado apresentou exceções preliminares, que foram rejeitadas. Uma delas quanto ao prazo de seis meses após o esgotamento dos recursos internos foi rechaçada por não ter sido devidamente alegada perante a CIDH. Também refutada a alegação estatal de vícios processuais. Rejeitada, outrossim, a preliminar de ilegitimidade ativa. No mérito, a contestação do Estado negou a procedência dos pedidos. Quanto aos fatos alegados, a prova demonstrou a ocorrência de mais arbitrariedades do ex-Presidente peruano Alberto Fujimori. A Corte IDH analisou a alegação de violação de diversos artigos da CADH, entre eles o multicitado artigo 26. No entanto, a Corte IDH se esquivou mais uma vez de enfrentar tal dispositivo, sob o argumento de que já havia reconhecido a violação aos artigos 8.1 e 25 da CADH e que o objeto não era a ilegalidade das dispensas especificamente, mas o procedimento até elas, tanto que determinou que o Estado garantisse um recurso simples, rápido e eficaz para a determinação sobre a irregularidade das demissões. De todo modo, a Corte declarou ser consciente de que as violações trouxeram consequências prejudiciais às vítimas, da mesma forma que qualquer dispensa traz efeitos ao exercício e gozo de outros direitos próprios da relação laboral (parágrafo 136). No campo das reparações, o tribunal, ao reconhecer a responsabilidade do Estado pela violação aos artigos da CADH antes mencionados, além dos artigos 1.1 e 2 da Convenção, determinou que o Estado peruano proporcionasse um julgamento rápido sobre a legalidade ou não das dispensas. Além disso, estabeleceu que o Estado deveria pagar danos morais. Portanto,

⁶⁷⁰ NAVARRO, Antonio V. Sempere (Dir.); MORILLO-VELARDE, Lourdes Meléndez (Coord.). **Prontuario de Jurisprudencia Social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2009, p. 913-920.

não foi enfrentada diretamente a questão das dispensas, mas, sim, a proteção judicial do direito ao emprego. Cançado Trindade, então juiz da Corte IDH, fez publicar voto em separado defendendo o controle de convencionalidade pelo Estado parte. Merece ser negrito, sobretudo pelos propósitos desta tese, trecho do parágrafo 7º de seu voto, em que reitera seu entendimento no sentido de que todos os direitos humanos, incluindo os DESC, são pronta e imediatamente “*exigíveis e justiciáveis*, uma vez que a interrelação e a indivisibilidade de todos os direitos humanos se afirmam nos planos não só doutrinário, mas também operativo, ou seja, tanto na doutrina como na hermenêutica e na aplicação dos direitos humanos”.⁶⁷¹ Está, mais uma vez, confirmada a justiciabilidade imediata dos direitos sociais.

A questão da proteção ao emprego também se torna especialmente importante ao Brasil em razão da equivocada denúncia, do ponto de vista formal e material, da Convenção nº 158 da OIT. Somente para lembrar, a ratificação da mencionada Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro. Todavia, durante a gestão do ex-Presidente do Brasil Fernando Henrique Cardoso, após a sua entrada em vigor, poucos meses após, por razões políticas, o então Presidente da República a denunciou unilateralmente.

Pedro Nicoli e Daniela Muradas afirmam, de forma acertada, que “a denúncia da Convenção n. 158 – além de viciada do ponto de vista formal – significa um retrocesso, vedado por tal conjunto normativo internacional e constitucional”⁶⁷². Rogam por um tratamento adequado da questão pelo STF no julgamento da ADIn nº 1.625, ainda em curso, desejo ao qual aderimos. E também concordamos com o entendimento dos autores de que, ainda que seja resolvida a questão formalmente, “mantém-se o direcionamento básico da vedação ao retrocesso. A denúncia só se poderá operacionalizar se um conjunto de mecanismos compensatórios de proteção contra a dispensa recompuser o quadro protetor”.⁶⁷³

Valerio Mazzuoli reforça essa compreensão. Segundo o festejado autor, as convenções internacionais do trabalho que versam sobre direitos humanos (notadamente direitos sociais)

⁶⁷¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Aguado Alfaro e outros versus Peru**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁶⁷² REIS, Daniela Muradas; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. A denúncia da Convenção n. 158 da OIT como retrocesso social: desdobramentos materiais dos passos de Arnaldo Süssekind. In: ÁVILA, Any; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho (Org.). **Mundo do trabalho**: atualidades, desafios e perspectivas - homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind. São Paulo: LTr, 2014, p. 34.

⁶⁷³ REIS, Daniela Muradas; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. A denúncia da Convenção n. 158 da OIT como retrocesso social: desdobramentos materiais dos passos de Arnaldo Süssekind. In: ÁVILA, Any; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho (Org.). **Mundo do trabalho**: atualidades, desafios e perspectivas - homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind. São Paulo: LTr, 2014, p. 34.

ganham *status* de norma materialmente constitucional (artigo 5º, §2º da CF/88) com a entrada em vigor. Ademais, afirma Mazzuoli: “na aplicação de uma convenção internacional do trabalho em um dado caso *sub judice*, deve o magistrado trabalhista primar por verificar qual norma **mais benéfica** ao ser humano (trabalhador) sujeito de direitos, se a normativa internacional ou a interna”⁶⁷⁴. Por fim, cumpre salientar que na aplicação das normas internacionais laborais há de se observar o princípio *pro homine*, “segundo o qual a primazia é da norma que, no caso concreto, mais proteja o trabalhador sujeito de direitos”.⁶⁷⁵

Voltando ao aspecto formal, Maria Garcia indaga: “Se a participação do Legislativo vem exigida na celebração do ato, se o tratado ou convenção somente ingressam no ordenamento jurídico via espécie legislativa específica, qual a razão de dispensar a sua manifestação na denúncia do tratado?” A autora ainda questiona: “Na desconstituição de um ato não devem comparecer as mesmas partes?” Também entendemos de forma positiva que, para denunciar, é necessária a participação do Congresso. E somos partidários da mesma explicação para a denúncia isolada e unilateral do então Presidente: “Parece que a explicação reside mais no aspecto político do que no jurídico; mais na situação apontada da perda do prestígio do Poder Legislativo, mais na exceção e na circunstancialidade do que na regra”.⁶⁷⁶ A referida autora é categórica quanto à inapropriedade da denúncia, entendendo que esta necessariamente deverá: “passar pelo crivo do Poder Legislativo – o único efetivo detentor da soberania popular e, por consequência, legítimo representante da cidadania de cada um, manifestando-se como pessoa da ordem jurídica estatal, em nível internacional.”⁶⁷⁷

De mais a mais, no tocante aos requisitos formais, cumpre ainda acrescentar que existem outros vícios apontados pela doutrina com relação à famigerada denúncia presidencial da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, entre eles a falta de consulta

⁶⁷⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 43, 2013, p. 82 et seq. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1488681/Rev.43_art.4/94b0e824-e2ae-4456-90bb-3922c1aeef35>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁶⁷⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 43, 2013, p. 82 et seq. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1488681/Rev.43_art.4/94b0e824-e2ae-4456-90bb-3922c1aeef35>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁶⁷⁶ GARCIA, Maria. Tratados Internacionais. Denúncia: Necessidade de Participação do Poder Legislativo. O princípio Constitucional da Tripartição dos Poderes. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 351.

⁶⁷⁷ GARCIA, Maria. Tratados Internacionais. Denúncia: Necessidade de Participação do Poder Legislativo. O princípio Constitucional da Tripartição dos Poderes. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 352

à população antes do ato, conforme recomenda a OIT. Como já salientado, a nova intervenção do Congresso Nacional se fazia necessária, pois, se foi o Parlamento quem aprovou a Convenção quando do processo de ratificação, também o Poder Legislativo era o responsável pela orientação quanto à denúncia.⁶⁷⁸

Importa esclarecer que a Convenção nº 158 da OIT em momento algum quis inserir no país o retorno à antiga estabilidade decenal, prejudicial tanto para o empregado quanto para o empregador. Na verdade, o que se combate é a extrema arbitrariedade na dispensa, o que efetivamente não se justifica, diante da finalidade social da empresa. Assim, a Convenção nº 158 da OIT busca proteger a relação empregatícia contra a simples despedida arbitrária ou sem justa causa.⁶⁷⁹ Estamos de acordo com o entendimento de Gabriela Delgado que defende:

Na realidade, a extinção contratual por interesse empresarial deveria fundamentar-se em motivo justificado, centrado na pessoa do empregado (algum motivo pessoal do empregado, não discriminatório e que seja diferente das hipóteses de justa causa), ou relacionado ao empregador (motivos técnicos, estruturais e econômicos ligados à empresa), conforme preceitua a Convenção n. 158 da OIT. Portanto, a causa da dispensa deveria ser motivada, de modo a proteger a figura do empregado, mas sem inibir o empregador quanto ao uso de seu *jus variandi*.⁶⁸⁰

Ademais, sustenta Noemia Porto que a força coletiva dos trabalhadores tem sido atingida com a destruição do emprego, com a extinção de postos de trabalho tradicionais, com a utilização de mão de obra, qualificada ou não, mediante pactos alternativos ao contrato de trabalho, a pretexto da autonomia da vontade. Nessa trilha, “os fatos podem mais do que as normas, que tem poder relativo sobre seu curso”⁶⁸¹. Não sendo possível ao Direito do Trabalho impedir a dispensa, evitar o desemprego e tampouco criar ocupação para todos os desempregados⁶⁸², cumpre-lhe criar obstáculos ao exercício desmedido da força do capital, a fim de equilibrar a luta capital-trabalho, impondo requisitos à dispensa arbitrária ou imotivada, que não pode se dar apenas ao bel-prazer do empresário.

⁶⁷⁸ COELI, Patrícia de Castro e Collier. Ainda a Convenção 158 e sua possível repercussão no Ordenamento Constitucional de 1988. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1246.

⁶⁷⁹ COELI, Patrícia de Castro e Collier. Ainda a Convenção 158 e sua possível repercussão no Ordenamento Constitucional de 1988. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1243.

⁶⁸⁰ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 226.

⁶⁸¹ PORTO, Noemia. **O trabalho como categoria constitucional de inclusão**. São Paulo: LTr, 2013, p.127.

⁶⁸² ÁLVARES DA SILVA, Antônio. **Flexibilização das Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 41.

Desse modo, a proteção ao emprego pode se dar por diversas formas, de acordo com o estabelecido pelas normas internacionais supracitadas e mencionado anteriormente. De tal maneira, a justiciabilidade direta do direito social à tutela do emprego está amparada regionalmente pelo Protocolo de San Salvador e globalmente pelas Convenções da OIT antes referidas. Não faltam ainda argumentos para a sua justiciabilidade indireta, seja por outros instrumentos citados, seja pela salvaguarda contra a discriminação que também impede sejam os empregados discriminados no acesso ao trabalho, na manutenção dele ou na dispensa do emprego.

4.4 A tutela ao trabalhador migrante como um dos pontos de convergência do “hexágono garantidor”

A proteção ao trabalhador migrante somente pode ser efetiva e completa se observar os seis princípios do nosso “hexágono garantidor”, que relembramos: a proibição do trabalho forçado, a vedação do trabalho infantil (nos termos da Convenção nº 138 e da nº 182 da OIT), a não-discriminação, a liberdade sindical, o direito de greve e a proteção ao emprego. Assim, a tutela ao trabalhador migrante exige, concomitantemente, a presença dos seis requisitos acima.

Efetivamente, a vulnerabilidade do migrante ao trabalho forçado é muito grande. Diante de uma necessidade – muitas vezes – enorme, o migrante se sujeita a diversos tipos de labor, sem que os direitos trabalhistas sejam devidamente respeitados. No tocante ao trabalho infantil, o relatório da III Conferência Global sobre o tema, ocorrida em Brasília em 2013, adverte para a maior efetividade de políticas pontuais, programas estruturais e que priorizem a intersetorialidade no combate ao labor infantil em contextos de migração. Nesse sentido, a elaboração de um planejamento estratégico se torna necessário para o enfrentamento da questão do migrante, pois os desencontros entre as políticas nacionais e as ações humanitárias “duplicam esforços e pulverizam as ações”. E mais um alerta é feito no tocante às políticas migratórias: elas devem ser reformuladas e redirecionadas para a proteção das crianças migrantes e de filhos de migrantes e ainda de refugiados. Enfim, “a estruturação de um sistema de proteção é fundamental para evitar a criminalização das crianças e adolescentes a partir de uma perspectiva do direito humano à mobilidade”.⁶⁸³

⁶⁸³ III CONFERÊNCIA GLOBAL SOBRE TRABALHO INFANTIL – RELATÓRIO FINAL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS. Brasília, 2013, p. 53.

Em relação à discriminação, pelo que ressalta Manuel Robles, não se pode aceitar que os Estados discriminem ou tolerem situações discriminatórias em prejuízo dos migrantes. Somente se admitem distinções entre migrantes documentados e indocumentados, ou entre migrantes e nacionais, que forem razoáveis, objetivas, proporcionais, e que não firam os direitos humanos.⁶⁸⁴ Pedro Nicoli leciona que a discriminação no trabalho pode ocorrer na admissão, no curso do contrato ou na dissolução do vínculo. No tocante especificamente ao trabalho dos migrantes, o autor salienta que a discriminação pode se dar por meio de requisitos de política migratória, por reservas de mercado e ainda pela não concessão de todas as retribuições devidas quanto ao trabalho executado.⁶⁸⁵ Além disso, e até como decorrência desse princípio da igualdade, faz-se necessário que sejam respeitados os demais direitos dos migrantes, o que inclui a liberdade sindical, o direito de greve e proteção ao emprego.

Sentencia Pedro Nicoli: “O trabalho, portanto, é indissociável do estudo do fenômeno entre os países do globo”⁶⁸⁶. Por isso, concluímos o nosso capítulo final com esse desfecho necessário e fundamental, que corrobora a necessidade de visualização do trabalhador como sujeito de direito e cidadão do mundo, mormente num cenário de globalização e fortalecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a proteção ao trabalhador migrante se materializa num contexto de humanização do Direito Internacional.

À essa altura, é importante delimitarmos o que seja trabalhador migrante e qual o nível de tutela desejamos. De acordo com Sússekind, “trabalhador migrante é aquele que se transfere para um país que não é o seu, com o ânimo de nele se integrar ou, pelo menos, de trabalhar em caráter não transitório”.⁶⁸⁷ Conforme salienta Jorge Boucinhas Filho, “os trabalhadores imigrantes estão sempre entre os mais atingidos pelas mudanças econômicas e sociais provocadas pelas grandes viradas na economia global”.⁶⁸⁸ Embora não se enquadre na definição de trabalhador migrante o que se desloca voluntariamente para laborar noutro país, a situação

⁶⁸⁴ ROBLES, Manuel E. Ventura. Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 569.

⁶⁸⁵ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2011, p. 46.

⁶⁸⁶ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2011, p. 25.

⁶⁸⁷ SUSSEKIND, Arnaldo. Proteção ao Trabalhador Migrante. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1.117.

⁶⁸⁸ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Crise Econômica e Migração de Trabalhadores: o Novo Papel do Brasil e a Premência de Maiores Estudos sobre Direito Internacional Privado do Trabalho. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Coords.) **Contemporaneidade e trabalho**: aspectos materiais e processuais – Estudos em homenagem aos 30 anos da AMATRA 8. São Paulo: LTr, 2011, p. 188.

dos refugiados – migrantes forçados – também preocupa, mormente no atual contexto de fuga em massa de países em conflito. Portanto, a questão também pode avançar, no que couber e com as necessárias limitações, para o campo dos refugiados.

É importante realizar ainda a diferenciação feita por Pedro Nicoli em sua importante obra *A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro*. Conforme leciona o referido autor, “o conceito de estrangeiro está fortemente vinculado à questão do pertencimento, e, por consequência, à dimensão negativa no momento da identificação (momento de perceber aqueles que não fazem parte de determinado grupo)”.⁶⁸⁹ Por sua vez, o imigrante é aquele “que atravessa fronteiras nacionais (o que faz dele estrangeiro), mas com intuito de permanência, o que modifica a substância de sua condição jurídica, em face de uma diferenciada inserção na sociedade”.⁶⁹⁰

Quanto às normas internacionais, na esfera da ONU, cumpre destacar a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada em 1990, e que entrou em vigor em 2003, quando alcançou o número mínimo de ratificações. Esta Convenção coíbe qualquer tipo de discriminação aos trabalhadores migrantes e aos membros das suas famílias em seu artigo 1º. Os direitos a esses trabalhadores e a suas famílias foram assegurados no art. 7º da referida Convenção e nos seguintes, incluindo a liberdade de sair do país em que se está e de regressar ao seu Estado de origem, o direito à vida, à proteção contra escravidão ou servidão, a liberdade de pensamento, consciência e religião, e o direito de participar de reuniões e atividades sindicais. Vale ainda enfatizar o disposto no artigo 25 da Convenção, que estabelece que “os trabalhadores migrantes devem beneficiar de um tratamento não menos favorável que aquele que é concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de retribuição” e em outras condições de trabalho referentes à jornada, saúde, segurança, etc., e condições de emprego, como idade mínima para admissão, trabalho doméstico, entre outras⁶⁹¹. Portanto, como se observa claramente, a mencionada Convenção tutela contra o trabalho forçado, infantil e a discriminação, protege o emprego, e assegura o direito de participar de atividades sindicais, entre as quais se pode incluir

⁶⁸⁹ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2011, p. 22.

⁶⁹⁰ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2011, p. 23.

⁶⁹¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>>. Acesso em: 10 out. 2016.

o direito de greve, contemplando, pois, de certo modo, a liberdade sindical. Ou seja, presentes nela os seis requisitos antes tratados neste capítulo.

Nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos, existem, em maior ou menor medida, uma proteção, ainda que mínima, aos trabalhadores migrantes em situação administrativa regular no país, como lembra Carmen Pérez González. Porém, existe diferenciação entre os trabalhadores com condição regular e os que se encontram em situação irregular na Europa, além do risco que sofrem estes de serem expulsos do país que estão residindo irregularmente.⁶⁹² Porém, no sistema interamericano, ainda que por meio de uma Opinião Consultiva, a Corte IDH fez questão de retirar qualquer margem de discriminação aos trabalhadores migrantes irregulares, como se verá adiante.

Em relação à OIT, merecem negrito a Convenção nº 97 e a nº 143. A primeira, de 1949, ratificada pelo Brasil em 1965 e em vigor a partir de 18 de junho de 1996, assegura aos imigrantes um tratamento que não seja inferior ao aplicado aos próprios nacionais com relação a certos assuntos, como remuneração e jornada de trabalho, idade de admissão no emprego e filiação a organizações sindicais (artigo 6º)⁶⁹³. A segunda, de 1975, ainda não ratificada pelo nosso país, trata das imigrações efetuadas em condições abusivas e da promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes. Pelo artigo 1º desta Convenção, os Estados membros devem se comprometer a respeitar os direitos fundamentais do homem de todos os trabalhadores migrantes⁶⁹⁴.

No sistema universal, ainda merece menção a Declaração de Viena, de 1993, que deu uma atenção especial à proteção do trabalhador migrante, dispondo que:

24. Deve ser dada uma grande importância à promoção e à proteção dos Direitos do homem de pessoas pertencentes a grupos que se tenham tornado vulneráveis, incluindo os dos trabalhadores migrantes.

33. A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem insta todos os Estados a garantirem a proteção dos direitos humanos de todos os trabalhadores migrantes e suas famílias.

34. A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem considera que a criação de condições que favoreçam uma maior harmonia e tolerância entre os trabalhadores migrantes e o resto da sociedade do Estado em que residem se reveste de particular importância.

⁶⁹² GONZÁLEZ, Carmen Pérez. **Migraciones irregulares y Derecho Internacional**: gestión de flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 69-70.

⁶⁹³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 97**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁶⁹⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 143**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 10 out. 2016.

35. A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem convida os Estados a considerarem a possibilidade de assinarem e ratificarem, logo que possível, a Convenção sobre os Direitos Humanos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.⁶⁹⁵

As Convenções Americana e Europeia e a Carta Africana não possuem dispositivos expressos e específicos sobre o tema.⁶⁹⁶ Cumpre ainda mencionar, no campo comunitário europeu, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que em seu artigo 45 (anterior artigo 39 do Tratado de Constituição da União Europeia), garante a livre circulação de trabalhadores, coibindo toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho. O artigo 48 (anterior artigo 42 do TCE) assegura aos trabalhadores migrantes, assalariados e não assalariados, os benefícios previdenciários, considerada a totalização de todos os períodos tomados em consideração pelas diversas legislações nacionais.⁶⁹⁷

Na seara doutrinária, vale trazer a lume as lições de Cançado Trindade, quando assevera que as migrações e deslocamentos forçados, com o conseqüente desenraizamento de tantos seres humanos, acarretam traumas, com sofrimento e abandono (às vezes com separação ou desagregação familiar), perda de bens pessoais, humilhações impostas por autoridades fronteiriças, etc. Na realidade, a chamada “globalização” da economia se fez acompanhar da persistência das disparidades, com um marcante contraste entre a pobreza dos países de origem dos migrantes e dos recursos incomparavelmente maiores das nações de destino. Os trabalhadores migrantes, particularmente os indocumentados, conforme assinalado pela Opinião Consultiva número 18 da Corte IDH – que será analisada adiante –, encontram-se um

⁶⁹⁵ CONFERÊNCIA DE DIREITOS HUMANOS - VIENA - 1993. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁶⁹⁶ Internamente, a legislação brasileira que trata do estrangeiro é obsoleta. A Lei 6.815/80, também conhecida como “Estatuto do Estrangeiro”, e a própria Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 352 a 358) contêm dispositivos que podem ser aplicáveis ao trabalhador migrante atualmente, porém urge a chegada de uma regulamentação mais consentânea com a realidade vivente, já que a regulamentação presente está defasada e não está em conformidade com as normas internacionais. Guilherme Guimarães Feliciano e Paulo Luiz Schmidt alertam para o número de trabalhadores migrantes no Brasil e para a necessidade de uma atualização legislativa nessa seara. Recorrendo aos números da Superintendência Regional do Trabalho no Estado de São Paulo, os autores informam que apenas na região metropolitana de São Paulo, em 2013, viviam 300 mil bolivianos, 70 mil paraguaios e 45 mil peruanos, sendo que uma sensível maioria estaria trabalhando em condições degradantes. De tal modo, os autores sugerem, *de lege ferenda*, posição à qual aderimos, uma evolução da legislação, com a capitulação legal dos direitos, liberdades e garantias sociais do trabalhador migrante, além da criação de uma política de ações afirmativas para absorção formal dos trabalhadores migrantes, incluindo condições especiais para fruição de benefícios previdenciários, como auxílio-doença e seguro-desemprego. (FELICIANO, Guilherme Guimarães; SCHMIDT, Paulo Luiz. Trabalhadores migrantes: o fim das ilhas de anomia?, **Revista Jurídica Consulex**, v. 18, n. 430, 2014, p. 42-43)

⁶⁹⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Constituição da União Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=PT>>. Acesso em: 10 out. 2016.

situação de grande vulnerabilidade, com risco de emprego precário, de exploração, do próprio desemprego e da perpetuação da pobreza.⁶⁹⁸

Bárbara Campos e Carina Calabria informam que o Estado mexicano foi protagonista de outro importante debate sobre as situações de vulnerabilidade em que se encontram *trabajadores* migrantes em situação irregular. Em 2001, representantes do Estado mexicano questionaram à Corte se “a qualidade migratória de uma pessoa poderia ser utilizada como justificativa para privá-la do gozo e exercício de seus direitos, como os de natureza trabalhista, e se estas privações seriam compatíveis com o dever do Estado de garantir a não discriminação”.⁶⁹⁹ Um dos desdobramentos que se seguiu foi a Opinião Consultiva nº 18, relatada a seguir.

Efetivamente, na Opinião Consultiva OC-18/03⁷⁰⁰, de 17 de setembro de 2003, solicitada pelo Estado mexicano e que trata da “Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados”, a Corte IDH entendeu que os Estados não podem condicionar a observância do princípio da igualdade perante a lei à consequência dos objetivos de suas políticas públicas, quaisquer que sejam. O Tribunal ainda considerou que o princípio de não discriminação proíbe aos Estados de negar direitos fundamentais dos trabalhadores baseando-se no seu *status* migratório. Nesse sentido, consoante o entendimento de Oscar Parra Vera, o princípio da igualdade e da não discriminação acaba se configurando como uma ferramenta fundamental para a justiciabilidade dos DESC, sendo que “a obrigação de não discriminar possui efeito imediato e seu cumprimento não pode ser evitado sob o argumento da progressividade e da escassez de recursos”.⁷⁰¹

No parágrafo 100 da Opinião Consultiva, a Corte IDH deixa claro que todos os Estados, como membros da comunidade internacional, devem cumprir com as obrigações de respeitar e garantir os direitos humanos, sem discriminação alguma, assegurando, assim, o

⁶⁹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Derecho internacional de los derechos humanos**: esencia y trascendencia (votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006). México: Editorial Porrúa. 2007, p. 57.

⁶⁹⁹ CAMPOS, Bárbara Pincowska Cardoso; CALABRIA, Carina. Revisitando Pasárgada: igualdade, não discriminação e subintegração da Jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, ano 14, v. 14, n. 14, p. 75-94, 2014, p. 84-85.

⁷⁰⁰ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinião Consultiva OC-18/03**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁷⁰¹ No original: “La obligación de no discriminar es de efecto inmediato y su cumplimiento no puede ser eludido bajo el argumento de la progresividad o de la escasez de recursos”. (VERA, Oscar Parra. **Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano**. México, D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011, p. 47)

direito à proteção igualitária perante a lei. Em decorrência disso, Cançado Trindade observa que qualquer tratamento discriminatório em relação à tutela e exercício dos direitos (inclusive laborais) gera responsabilidade internacional dos Estados. No entender da Corte IDH, o princípio fundamental da igualdade ingressou no domínio do *jus cogens*, não podendo os Estados discriminar, ou tolerar situações discriminatórias, em detrimento dos migrantes, e devendo garantir o devido processo legal a qualquer pessoa, independentemente de sua condição migratória. Os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio da igualdade perante a lei e a não-discriminação aos objetivos de suas políticas de migração.⁷⁰²

A Corte IDH também considera, no parágrafo 112, que os migrantes se encontram numa situação de vulnerabilidade como sujeitos de direitos humanos, em condição individual de ausência ou diferença de poder em relação aos não-migrantes (nacionais ou residentes). Esta condição de vulnerabilidade, segundo o tribunal, tem uma dimensão ideológica e se apresenta num contexto histórico distinto para cada Estado. Ressalta a Corte ainda os prejuízos culturais, étnicos, a xenofobia e o racismo sobre os migrantes, que levam a diversas violações aos direitos humanos (parágrafo 113).

No tocante aos direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados, a Corte IDH entende que se os migrantes são contratados para trabalhar se convertem imediatamente em titulares de direitos laborais, que não podem ser discriminados por sua situação irregular (parágrafo 136). Assim, o Estado não deve permitir que empregadores privados violem direitos dos trabalhadores, nem que a relação contratual vulnere os níveis mínimos de proteção (parágrafo 148), sendo os direitos laborais aqueles que o sistema jurídico, nacional e internacional, reconhece aos trabalhadores (parágrafo 155). Em síntese, no parágrafo 157 da Opinião Consultiva, a Corte IDH resume os direitos que possuem importância fundamental, a saber: a proibição do trabalho forçado ou obrigatório, a proibição e abolição do trabalho infantil, as atenções especiais à mulher trabalhadora, e ainda os direitos correspondentes a associação e liberdade sindical, negociação coletiva, salário justo por trabalho realizado, previdência social, garantias judiciais e administrativas, duração razoável da jornada e em condições adequadas (segurança e higiene), descanso e indenização.

⁷⁰² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La búsqueda de la realización de la justicia en la era de los Tribunales Internacionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coords.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1.351-1.412, p. 1.385-1.386.

Sobre a decisão supra declinada, seguem, por fim, os comentários de Antônio Pereira:

Partindo de uma interpretação plenamente evolutiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana considera que os trabalhadores imigrantes em situação ilegal nos países em que trabalham possuem os mesmos direitos laborais que são conferidos aos demais trabalhadores nesse Estado. Insta todos os países que revisem à imigração ou modifiquem suas leis, políticas e procedimentos relativos à imigração, o que deve ser feito para eliminar todo elemento que possa traduzir-se em discriminação de qualquer espécie, conforme os princípios e as normas estabelecidos nos tratados internacionais em que forem partes. [...] Não é admissível que um Estado tolere a contratação de trabalhadores imigrantes ilegais por empregadores que, prevalecendo das condições de vulnerabilidade do estrangeiro, o admita em suas empresas pagando-lhe salários em valores muito abaixo dos que seriam pagos normalmente aos nacionais e, ainda mais, negando-lhe o exercício de direitos laborais que decorrem exclusivamente da relação de trabalho. O Estado tem a obrigação de assegurar que tais direitos não sejam violados, não importando em que situação, perante as normas e as políticas migratórias do Estado, se encontre o imigrante.⁷⁰³

Entre os casos contenciosos da Corte IDH, vale trazer à baila aquele conhecido como “Nadege Dorzema e outros *versus* República Dominicana”, cuja sentença data de 24 de outubro de 2012⁷⁰⁴. Nesse exemplo fático, que trata do uso excessivo de forças militares dominicanas contra um grupo de haitianos, em que sete pessoas perderam suas vidas e outras tantas saíram feridas, o tribunal abordou, entre diversas questões, a situação da vulnerabilidade dos migrantes (parágrafos 152 e seguintes). Segundo a Corte, os migrantes acabam tendo seus direitos violados e seus agressores acabam saindo impunes, muitas vezes por fatores culturais ou por impedimentos normativos e fáticos que tornam ilusórios um efetivo acesso à justiça.

Na Corte Europeia de Direitos Humanos, além do caso Siliadin contra França, várias vezes citado anteriormente, em que uma trabalhadora africana foi submetida a maus tratos na França, merece menção a situação de um brasileiro, Souza Ribeiro, que residia e trabalhava na Guiana Francesa, território francês ultramarino situado na costa atlântica norte da América do Sul. O caso conhecido como “Souza Ribeiro *versus* França” teve origem na demanda de nº 22689/07, movida pelo senhor Luan de Souza Ribeiro contra o Estado francês, alegando violação ao artigo 8º da CEDH, entre outros dispositivos. O peticionante nasceu no Brasil em

⁷⁰³ PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 45, 2009, p. 116-117.

⁷⁰⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Nadege Dorzema e outros *versus* República Dominicana**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 10 out. 2016.

1988 e chegou à Guiana Francesa em 1992, aos 4 anos de idade, frequentou escola até retornar ao Brasil, em 1994. Em 1995, retornou à Guiana Francesa com um visto de turista, onde se juntou a alguns parentes. Coursou o autor escola na Guiana Francesa de 1996 a 2004. Entre outros fatos ocorridos, o requerente e sua mãe, em janeiro de 2007, foram parados em uma blitz numa estrada daquele país. O demandante não logrou provar a regularidade de sua permanência em solo francês e, por isso, foi preso. No dia seguinte foi deportado. O autor pediu a retirada da medida ao juiz do Tribunal Administrativo de Caiena, capital da Guiana Francesa, porém o julgador considerou prejudicado o pleito, uma vez que o postulante já havia sido expulso. O brasileiro Souza Ribeiro recorreu, mas o recurso foi improvido, em fevereiro de 2007, sob o argumento de que não havia sérias razões para convencer o tribunal. Em agosto de 2007, o recorrente voltou ilegalmente à Guiana Francesa. Em outubro do mesmo ano, o Tribunal Administrativo de Caiena reexaminou o pedido anterior e anulou a ordem de expulsão, considerando, inclusive, que a mãe dele tinha autorização para residir e o pai também tinha vivido na Guiana Francesa, mas não determinou a emissão de autorização de residência temporária. A autoridade competente, no ano de 2009, expediu um visto como “visitante”, que era válido por um ano, mas não lhe permitia trabalhar. Todavia, uma investigação revelou que as autoridades tinham emitido por engano o visto como “visitante” e, assim, foi expedida uma autorização para residir e trabalhar, válida por um ano, retroativa a junho de 2009. No entanto, a autorização não foi renovada por problemas na documentação. Em outubro de 2010, o autor logrou, enfim, regularizar sua situação. Ao TEDH, o brasileiro pediu 32.000 euros de danos materiais, pelos prejuízos sofridos pelo retorno ao Brasil, incluindo a impossibilidade de trabalhar e de participar de cursos de formação e mais 10.000 euros de danos morais, além dos montantes necessários para cobrir os custos da demanda e demais despesas havidas. No entanto, a Corte concedeu apenas 3.000 euros a título de danos morais e mais 12.000 euros por despesas processuais. Importante salientar que o tribunal considerou, em sua sentença, que o demandante foi privado do trabalho e, portanto, ficou certo período sem a possibilidade de se sustentar. Considera-se, assim, um exemplo de decisão que contribui para a proteção do direito de trabalhar do migrante.⁷⁰⁵

⁷⁰⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Souza Ribeiro versus França**. Disponível em: <

Assim sendo, verifica-se a necessidade inequívoca de proteção ao trabalho do migrante, mormente no mundo globalizado de hoje. Nesse contexto, valemo-nos, ainda, das sábias palavras de Pedro Nicoli:

O tratamento jurídico concreto dado ao estrangeiro, para aproximar-se da justiça, deve atravessar e superar cada um desses ditos níveis julgamentos de valor, aproximação com o outro, conhecimento ou ignorância do outro], com vistas a atingir a aceitação, acolhida e responsabilidade pelo outro, dando vazão àquilo que Lévinas chamou ‘humanismo do outro homem’. [...] Nesse panorama, coloca-se a emblemática situação do trabalho prestado por imigrantes ilegais, que desafia a soberania de um Estado na disciplina normativa da imigração, descurando de valores caros à ordem jurídica. Pode-se, por exemplo, sustentar uma aplicação restritiva de proteção trabalhista, por força da própria ilicitude da condição na qual o trabalho do imigrante não documentado é realizado. Nesse caso, um suposto bem comum da sociedade implicaria a rejeição ao “outro” em situação de clandestinidade. Ao mesmo tempo, dá-se que a universalização da proteção ao trabalho, em sua materialidade, não parece poder sucumbir a obstáculos de ordem formal, sobretudo em face de labor humano efetivamente realizado. [...] Tal posição ressona na própria vocação protetiva do Direito do Trabalho, que tem em sua gênese a preocupação da retificação efetiva de um desequilíbrio no plano dos fatos. Aqui, em reconhecimento à identidade humana e ao valor trabalho, protege-se o suposto “outro”, estendendo a ele as garantias justralhistas, conduzindo-o a uma virtual situação de igualdade com os nacionais.⁷⁰⁶

Enfim, a proteção ao migrante se impõe como medida fundamental à salvaguarda dos direitos humanos laborais, visto que convergem em todos os pontos antes declinados e considera o trabalhador como sujeito de direito universal, que merece guarida onde esteja no planeta, mormente num período de intensa globalização. A justiciabilidade direta dos direitos sociais que envolvem os trabalhadores migrantes ficou demonstrada, já que estes possuem o direito a todas as proteções devidas aos demais obreiros, sem qualquer tipo de discriminação.

⁷⁰⁶ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. A Proteção Jurídica do Trabalhador Estrangeiro como exercício de Alteridade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 113-121, 2008, p. 119-120.

CONCLUSÕES

O Direito deve ser compreendido como uma realidade cultural, em sua temporalidade, relacionado a valores, com vistas à promoção da igualdade. Nesse contexto, os direitos sociais são efetivos direitos, eis que relacionados às situações fáticas cotidianas dos seres humanos e indispensáveis a uma liberdade plena. Observou-se, no entanto, que a falta de albergue aos direitos sociais deveu-se a um discurso liberal não correspondente à realidade, pois colou a tais direitos características que não lhes eram exclusivas, como a de sempre se portarem como altamente custosos, dependerem invariavelmente de prestações positivas, serem meras aspirações desprovidas de conteúdo e serem simples ideologias.

Ademais, pôde-se observar que os direitos sociais estão positivados em normas constitucionais em diversos países e, no campo internacional, além de constarem em diversas normas, tem-se aumentado, gradativamente, a inserção desses direitos nas convenções, sobretudo, via protocolos adicionais. Ou seja, a tendência é de cada vez mais ganharem espaço nos instrumentos internacionais e de terem guarida assegurada na jurisprudência dos tribunais, seja internos, seja supranacionais.

No entanto, o aumento da positividade não corresponde necessariamente à efetividade dos direitos previstos em normas. A concretude se liga muitas vezes a questões culturais e políticas. Faz-se necessário, assim, fortalecer os mecanismos de efetivação, que passam por sistemas de fiscalização e controle. Nesse sentido, os sistemas de relatórios dos organismos, aliados às denúncias e às atuações das cortes, podem contribuir em demasia para a diminuição das desigualdades e para o conseqüente progresso social.

Dessa forma, vislumbra-se uma construção normativa nos campos global e regional a ser realizada de modo dialogado, aspirando-se à uma “interconvencionalidade”, respeitadas as diversidades culturais, mas primando pela valorização da dignidade e da consideração da pessoa como sujeito de direitos, onde quer que esteja. Nessa medida, a atuação das cortes internacionais se revela imprescindível para a salvaguarda das condições necessárias à defesa dos valores consagrados pelas normas internacionais realizadas nesse contexto.

Restou demonstrado, outrossim, que os direitos sociais constituem importante instrumento para minorar a desigualdade, valendo salientar ainda que a sua concretização afeta positivamente os demais direitos. Nessa esteira, o desrespeito aos direitos sociais gera pobreza, pobreza gera doença, doença gera morte. Esse *círculo vicioso* precisa ser quebrado. Por outro

lado, o respeito aos direitos sociais ajuda a proporcionar emancipação política, que, por sua vez, ocasiona desenvolvimento econômico e social, e deságua em progresso, o que vira um *círculo virtuoso*.

Nessa trilha, deve-se buscar a superação de todos os obstáculos à admissibilidade dos direitos sociais nas cortes de justiça, passando-se a mirar não um mínimo essencial, mas um máximo existencial, a fim de se garantir plena efetividade a todos os direitos. De tal forma, a hermenêutica dos direitos humanos, incluindo a dos direitos sociais, deve buscar sempre uma interpretação finalística e evolutiva e que assegure máxima efetividade a esses direitos, reconhecendo a importância do princípio *pro homine* como norteador para a aplicação do direito no campo internacional laboral.

Considerando os direitos humanos como indivisíveis e interdependentes e os direitos sociais como parte deles, impõe-se, assim o reconhecimento da justiciabilidade plena e direta desses direitos como medida de justiça e de valorização dos bens por eles tutelados. É preciso, assim, voltar para os preâmbulos das convenções, para os seus objetivos, para os seus princípios e finalidades. Assim como se faz no Direito Constitucional, também no Direito Internacional urge haver um retorno aos princípios. Algumas questões devem ser consideradas “cláusulas pétreas” em âmbito internacional. A proibição de regressividade deve ser guia. E se é necessário um *mover para a frente*, não temos dúvida em afirmar que a justiciabilidade plena e direta dos direitos sociais nas cortes internacionais é necessária e é apenas uma questão de tempo.

Nesse diapasão, diante da relevância dos direitos sociais e do atual contexto de globalização, a tutela desses direitos se tornou uma questão de relevo internacional, que deve ser considerada do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, e vista de forma global e não parcial, eis que a violação num determinado ponto do planeta pode impactar noutra região. Por isso, a importância do estudo – de forma integrada – dos organismos e cortes internacionais, pois a atuação deve ser realizada de maneira interligada, a fim de lograr máxima efetividade na tutela do ser humano.

Destarte, a análise concomitante dos sistemas americano, europeu e africano de direitos humanos demonstrou que a proteção global aos direitos sociais deve se dar de forma interconectada. Guardadas as especificidades locais e a evolução histórica de cada sistema, existe um tronco comum que constitui um pilar normativo de proteção a referidos direitos. Pode-se prever que, com diferentes acelerações, em um dado momento futuro da história, mormente se for mantido esse cenário de globalização (que parece um caminho sem volta), os sistemas regionais chegarão a um nível de tutela aos direitos sociais bastante semelhante. O

desenrolar da história evidencia isso. Verifica-se, tanto no sistema global, quanto nos sistemas regionais, uma positivação cada vez maior desses direitos e uma vinculação mais acentuada aos compromissos das nações na direção de uma efetiva justiça social.

Para a atuação devida das cortes internacionais, contudo, a soberania deve ser relativizada para que se permita a efetivação dos aparatos de proteção. Nesse diapasão, as cortes podem atuar com maior eficácia somente se permeabilizada a soberania estatal. Cumpre destacar que a Corte de Haia, atualmente limitada à solução de conflitos interestatais, pode ser chamada a responder em caso de eventuais conflitos decorrentes da situação dos trabalhadores migrantes e dos refugiados. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, já tem dado a sua contribuição na defesa dos direitos sociais, incluindo os laborais, como se verificou nos diversos casos citados, assim como na importante Opinião Consultiva sobre os migrantes indocumentados. Não menos relevante tem sido a atuação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, pelo que restou mostrado antes.

Entretanto, o modelo atual de composição das cortes internacionais ainda precisa ser discutido. Em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos, vale observar que ela não contempla todos os países que estão sob a sua jurisdição contenciosa. De tal forma, distante está de representar as múltiplas facetas de todas as nações americanas. Na Corte Internacional de Justiça seria muito difícil ter uma representação de todas as nações, pois se exigiria um número enorme de juízes, o que inviabilizaria o funcionamento do órgão. Porém, é preciso cogitar um aumento para abarcar uma maior representatividade. Apenas a Corte Europeia de Direitos Humanos assegura a proporcionalidade em relação aos países. Em segundo lugar, não há representação nas cortes, por meio de seus juízes, de um pluralismo cultural, o que é demonstrado na forma de escolha dos magistrados. Ou seja, não há a necessária diversidade dos juízes a permitir um diálogo plural entre os julgadores dos países com atuação nas cortes. De tal forma, torna-se ainda necessário um fortalecimento e um crescimento dos tribunais internacionais, para que a participação deles no âmbito internacional reflita a representação das mais diversas origens e compreensões de mundo. Somente assim pode-se efetivamente garantir uma proteção real dos direitos humanos, que exigem um multiculturalismo, mesmo em sua pretensão de universalidade.

Conclui-se, ainda, que alguns direitos laborais são direitos humanos e merecem uma tutela especial. Nesse sentido, a proibição do trabalho escravo e também do labor infantil, a vedação da discriminação e a liberdade sindical galgaram os postos mais elevados no arcabouço jurídico internacional laboral, sendo tidos como direitos humanos laborais. E para fechar o ciclo

mínimo de proteção do sujeito trabalhador na contemporaneidade é indispensável que sejam lhe conferidos o direito de greve e a proteção ao emprego. São esses seis direitos considerados componentes do chamado “hexágono garantidor” do sujeito trabalhador na atualidade. E a máxima proteção, sob os seis aspectos, deve ser dada não somente àquele que labora no país em que é nacional, mas também ao trabalhador migrante, muitas vezes vulnerável à exploração abusiva e à discriminação.

As condenações precisam avançar para, no futuro, alcançar também os atores não-estatais que são violadores de direitos humanos, já que seus poderes, em alguns casos, chegam a ser maiores do que de alguns Estados. Existem muitos exemplos de grandes multinacionais que possuem ganhos mais elevados do que de alguns países e também, às vezes, violações mais significativas do que de nações inteiras. Não faltam casos de empresas transnacionais que exploram trabalho escravo e infantil, e que subjagam desumanamente milhares de trabalhadores com o simples fito de ampliarem demasiadamente os seus lucros. Logo, faz-se necessário reprimir tais atividades.

Definitivamente, a responsabilidade internacional precisa se atualizar para impedir as ações desmedidas dos maus empregadores. A OIT, com sua natureza tripartite, é fórum legítimo para discutir essas repressões e pode utilizar sua força para coibir essas condutas, o que com certeza contará com o apoio dos empregadores que preservam os direitos de seus operários e com os Estados respeitadores dos direitos humanos. Já tarda uma discussão mais aprofundada e maiores avanços nessa seara. Talvez, porém, o ideal seja criar, inicialmente, políticas de sanção premial, a fim de estimular condutas positivas na proteção dos trabalhadores. As sanções premiaias costumam dar bons resultados.

Especificamente em relação ao direito do trabalhador, a justiciabilidade se torna fundamental para se garantir as condições dignas de labor, num mundo de opressão e de crescente busca pelo lucro e pela exploração do operário. A atual globalização proporciona ainda intensa migração de trabalhadores e se faz indispensável uma igualdade de direitos como forma de se reconhecer que o homem é cidadão do mundo, e que a soberania e os interesses econômicos não podem estar acima da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, imprescindível ao desenvolvimento de toda a sociedade.

Os passos traçados na presente tese são imprescindíveis, mas são apenas partes de um todo. Muito há ainda a evoluir. A prevenção de acidentes típicos e de doenças ocupacionais precisa ser incluída na pauta de discussões das organizações internacionais. As cortes também necessitam se abrir mais e serem mais conhecidas. Os juízes de todos os países carecem de

informações a respeito das normas internacionais e do funcionamento dos tribunais supranacionais. Assim, urge uma maior capacitação de todos os magistrados nessa seara.

A educação para os direitos humanos deve atingir a todos. A formação de uma consciência proativa na direção da defesa dos direitos essenciais deve se espalhar por todos os cantos. Os benefícios serão certamente sentidos, com a melhora na distribuição de renda, melhores condições de trabalho e um conseqüente desenvolvimento geral. Esse é o papel dos direitos sociais, de contribuir para a diminuição das desigualdades e do aumento de oportunidades.

Antes de terminarmos, por uma questão metodológica, passamos às respostas das questões enunciadas na introdução, e chegamos às seguintes conclusões: 1) é possível sim ter uma compreensão do Direito que abarque os direitos sociais na atualidade, o que restou acima evidenciado; 2) os direitos sociais são direitos humanos e alguns direitos laborais, por sua importância e universalidade, também podem ser enquadrados no rol de direitos humanos; 3) para a proteção desses direitos as cortes possuem um papel fundamental, sendo diversas as decisões proferidas pelos tribunais internacionais que buscaram assegurar esses direitos, como antes demonstrado; 4) as cortes internacionais, juntamente com os organismos internacionais, por meio de suas decisões e ainda dos relatórios e das fiscalizações dos órgãos de controle, podem e devem assegurar os direitos dos trabalhadores considerados estes como sujeitos de direitos também em âmbito internacional.

Enfim, tudo nas relações sociais se interpenetra. Tudo se inter-relaciona. Tudo repercute noutra esfera. Está tudo em constante mudança e movimento. De nada adianta proteger a liberdade individual e descuidar do lado social. Tampouco haverá progresso social se houver trabalho forçado ou infantil, ou se persistir a discriminação ou mesmo se os trabalhadores forem privados da liberdade sindical. Do mesmo modo, sem proteção ao emprego, ao direito à greve e ao trabalhador migrante, não se pode falar em tutela efetiva do sujeito trabalhador em qualquer esfera. São pontos que estão interligados e precisam estar todos em harmonia para um bom funcionamento da totalidade.

Por conseguinte, medidas adotadas por um Estado não surtirão efeitos se as ações forem isoladas. A ação ou omissão de um Estado, ainda mais no mundo globalizado, repercute no outro. Tampouco se poderá falar em salvaguarda da dignidade humana se uma corte agir e a outra se calar diante das violações aos direitos humanos. Todas precisam estar ativas e atuantes, sendo o diálogo interinstitucional uma boa forma de aprimoramento dos sistemas.

Ademais, os órgãos de controle devem colaborar para o adequado funcionamento do sistema. Cada peça tirada cria desequilíbrio. Portanto, o que se propõe é uma colaboração recíproca, um apoio internacional à causa dos direitos sociais. Nada funciona sozinho. É tudo parte de uma engrenagem. E a justiciabilidade dos direitos sociais é apenas um elemento, assaz importante, necessário, mas não suficiente. De todo modo, sem ele – e, por isso, desenvolvemos essa tese – não haverá aprimoramento da tutela dos bens sociais e tampouco desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMO, Laís; MACHADO, Luiz. O Combate ao Trabalho Forçado: Um desafio global. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Coord.) **Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011.

ACOSTA-LÓPEZ, Juana; MIÑO, María Dolores; RUIZ, Alejandra Otero. La CIDH frente a los desafíos de 2011: oportunidades para el fortalecimiento del SIDH. In: ANUARIO DE DERECHO PUBLICO 2012. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales, 2012, p. 540-568.

ALBERDI, M^a Reyes Pérez. La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: TRATADO SOBRE PROTECCIÓN DE DERECHOS SOCIALES. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALIPRANTIS, Nikitas. The social rights are full and justiciable rights! **Managerial Law**, v. 47, 2005.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989.

ALTER, Karen J. **The new terrain of international law: courts, politics, rights**. Princeton: Princeton University Press, 2014.

ALVARENGA, Rubia Zanotelli. A Organização Internacional do Trabalho e a Proteção aos Direitos Humanos Sociais do Trabalhador. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; LAGE, Délber Andrade; CREMASCO, Suzana Santi (Coord.). **Direito Internacional Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2011.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. Eleição de juízes para o Supremo Tribunal Federal. In: PAULA, Carlos Alberto Reis de; SILVA, Antônio Álvares da (Orgs.). **Ética: justiça e trabalho no século XXI**. Belo Horizonte: RTM, 2013.

_____. **Flexibilização das Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Prefácio. In: AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **O trabalho decente como um direito humano**. São Paulo: LTr, 2015.

_____. **Proteção Contra a Dispensa na Nova Constituição**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?, p.1057-1088. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coords.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. **Direitos Humanos dos Trabalhadores: uma análise da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. Belo Horizonte: RTM, 2012.

ANDRADE, Fernanda; MACHADO, Isabel Penido de Campos; NUNES, Raquel Portugal. O sistema interamericano de direitos humanos como instrumento para defesa dos direitos trabalhistas. In: DIGNIDADE HUMANA E INCLUSÃO SOCIAL: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010.

ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ARAUJO, Nadia de. A influência das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. In: DIREITO, Menezes Alberto Carlos; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. (Coord.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: RENOVAR, 2008.

AROCHA, Zita Froila Tinoco. Derecho de huelga. In: MEJIÁ, Carlos Rodríguez; PÉREZ, Jorge Romero (Comp.). **Derribando los obstáculos al derecho laboral**. Volumen II. Bogotá: Equipo Jurídico CUT-CTC, 2009.

AROUCA, José Carlos. **Organização Sindical no Brasil – Passado, Presente, Futuro(?)**. São Paulo: LTr, 2013.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2014.

ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? **Discusiones**, n. 4, p. 15-59, año 2004.

_____. Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales. **Discusiones**, n. 4, p. 145-176, año 2004.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WIERZCHOWSKI, Mariana Ruschel. “Fair play” judicial na efetivação dos direitos sociais: da crítica ao ativismo judicial concretista à defesa do controle material das leis orçamentárias pelo Poder Judiciário. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 07, n. 23, p. 192-225, abr./jun. 2013.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. Convenção n. 182 da OIT: o futuro do mundo está em nossas mãos. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (Coords.). **Direito Internacional do Trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2014, p. 205-216.

BAMBIRRA, Felipe Magalhães. **O Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Soberania. In: HORTA, JOSÉ LUIZ BORGES (Org.). **Direito e Política**: ensaios selecionados. Florianópolis: Conpedi, 2015.

BARBATO, Maria Rosaria. Pluralismo Sindical Na Itália. In: MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de (coord). **Temas de Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. **Revista Quaestio Iuris**, v. 4, n. 1, p. 488-512, 2011.

BASILICO, Carlo Artur. Direitos Sociais – Questões conceituais e efetividade. **Interesse Público**, ano XVI, n. 83, 2014.

BASTIDA, Francisco J. ¿ Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos. **Derechos sociales y ponderación**. 2. ed.. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 103-149.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAZÁN, Víctor. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coords.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos**: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 569-598.

BILCHITZ, David. **Poverty and Fundamental Rights**: the Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights. Oxford: University Press, 2008.

BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndes. Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: livro primeiro. Tradução, introdução e notas José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011.

BONDER, Nilton. Em busca da Declaração Universal dos Interesses Humanos. In: ALENCAR, Chico (Org.) **Direitos mais humanos**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Crise Econômica e Migração de Trabalhadores: o Novo Papel do Brasil e a Premência de Maiores Estudos sobre Direito Internacional Privado do Trabalho. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Coords.) **Contemporaneidade e trabalho**: aspectos materiais e processuais – Estudos em homenagem aos 30 anos da AMATRA 8. São Paulo: LTr, 2011.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte Internacional de Justiça e a construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte: O Lutador, 2005.

_____. O Alcance do Consentimento como Fundamento da Autoridade da Sentença da Corte Internacional de Justiça. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patrícia; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (Coord). **Estudos**: Direito Público – Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. Prefácio Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Lex Magister, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 8 de out. 2016.

_____. **Código Penal (1940)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 712-8**. Voto do Ministro Celso de Mello, 12/4/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/MI670cm.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Súmula Vinculante nº 25**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 7 out. 2016.

BREMS, Eva. Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights. In: *EXPLORING SOCIAL RIGHTS: between theory and practice*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 135-167.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Tradução de Maria Manuela Farrajota et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BUERGENTHAL, Thomas. **The inter-american human rights system**. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087817.pdf>, p. 23. Acesso em: 6 out. 2016.

BÜHRING, Marcia Andrea. Direito social: proibição de retrocesso e dever de progressão. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 56-73, jan./jun. 2015.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *TRATADO SOBRE PROTECCIÓN DE DERECHOS SOCIALES*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

_____; TORRES, Amaya Úbeda de. **Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Pamplona: Thomson Reuters, 2009.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução na França**. Tradução de José Miguel Nanni Soares. São Paulo: Edipro, 2014.

CABALLERO, Pedro Gómez; CARBAJO, Mercedes Zarzalejo. La libre circulación de los trabajadores. Los desplazamientos temporales de los trabajadores. **Manual de Derecho Social de la Unión Europea**. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho laboral**. Tomo III. Derecho coletivo del trabajo. Vol. I. Derecho sindical. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1989.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, año XIX, Bogotá, p. 393-415, 2013.

CAMARGO, Pedro Pablo. **La protección jurídica de los derechos humanos y de la democracia en America**: los derechos humanos y el derecho internacional. Mexico D. F., Cia. Editorial Excelsior, 1960.

CAMPOS, Bárbara Pincowsca Cardoso; CALABRIA, Carina. Revisitando Pasárgada: igualdade, não discriminação e subintegração da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, ano 14, vol. 14, n. 14, p. 75-94, 2014.

CAMPOS, Gérman J. Bidart. Los derechos sociales. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 3, p. 671-678, jan./jun. 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANTOR, Ernesto Rey. **Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos**. México, D.F.: Editorial Porruá, 2008.

CARBONELL, José Carlos Remotti. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudência**. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003.

CARBONELL, Miguel; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Los derechos sociales y su justiciabilidade directa**. México (D.F.): Editorial Flores, 2014.

CARDOSO, Renato César. **O trabalho e o direito**. 2. ed. Belo Horizonte: RTM, 2010.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Direitos humanos sociais: dever estatal de promoção e garantia dos direitos sociais e sua concretização judicial. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 77-90, jan./jun. 2012.

_____. Uma dogmática emancipatória dos direitos sociais. **Fórum Administrativo**, Ano 15, n. 172, jun. 2015.

CASSESE, Antonio. **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**. Barcelona: Editorial Ariel, 1993.

CASTRO, Karina Brandão. O papel do orçamento na efetivação de direitos sociais. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 131-148, ago. 2014.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. A Construção dos Direitos Fundamentais no Trabalho no Cenário Internacional. **Revista LTr**. São Paulo, v. 78, n. 3, 2014.

CAVIEDES, Antonio Poch y Gutiérrez. **La proteccion de los derechos humanos: jurisprudencia de la comisión y tribunal europeo de derechos del hombre (prólogo)**. Barcelona: Editorial Hispano Europea.

CELSO, Lafer. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

CESARINO JÚNIOR, A. F. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980.

_____. Sobre o conceito de direito social. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 36, n. 1-2, p. 117-132, 1941.

CHUST, José Vicente Mestre. **Los derechos humanos**. Barcelona: Editorial UOC, 2007.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Considerações sobre as tendências interdisciplinares e interconstitucionais do discurso jurídico contemporâneo: macrofilosofia dos fenômenos ‘inter’ e aportes ao Direito. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto (Coords); SOLSONA, Gonçal Mayos; CARBONELL, José Carlos Remotti; JÚNIOR, Moacir Henrique; MOKANO, Yanko (Orgs.). **Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de integração no mundo global**. 1. ed., v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC, 2015.

COELI, Patrícia de Castro e Collier. Ainda a Convenção 158 e sua possível repercussão no Ordenamento Constitucional de 1988. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores**. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2016.

COMITÊ DESC, OBSERVACIÓN GENERAL N° 18: “El derecho al trabajo” (artículo 6 del PIDESC). In: **Manual sobre justiciabilidade de derechos sociales para jueces de Iberoamérica**. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2009.

CONFERÊNCIA DE DIREITOS HUMANOS - VIENA - 1993. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 30 set. 2016.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 8 de out. 2016.

CONSTITUIÇÃO OIT E DECLARAÇÃO DE FILADÉLFIA. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/constitui%C3%A7%C3%A3o-oit-e-declara%C3%A7%C3%A3o-de-filad%C3%A9lfia>>. Acesso em: 30 set. 2016.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Comentario. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.

CONVENIOS. Disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000::NO>>. Acesso em: 3 out. 2016.

CORRÊA, Lelio Bentes. A liberdade sindical e a Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho. In: **Temas de Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

CRUZ, Claudia Ferreira. **Trabalho forçado e trabalho escravo no Brasil: diferença conceitual e busca da eficácia em seu combate**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013.

COSARIN, Victor E. Abramovich. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: LÓPEZ, DANILO

ERNESTO FLORES (Comp.). **Estudios sobre derechos humanos**. San Salvador, El Salvador: FESPAD, 2004, p. 417-452.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma breve exploração. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. La jurisprudencia de la Corte IDH. **Convención Americana sobre Derechos Humanos**: Comentario. Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.

_____. Prólogo. **Manual sobre justiciabilidade de derechos sociales para jueces de Iberoamérica**. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2009.

CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

CUNHA, José Ricardo; SILVA, Alexandre Garrido da; FRANÇA, Livia Fernandes; NORONHA, Joanna Vieira. A justiciabilidade dos direitos humanos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. In: DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI: cenários de tensão. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009, p. 303-319.

DABIN, J. **El derecho subjetivo**. Traducción de Francisco Javier Osset. Granada: Editorial Comares, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Igualdade de direitos – conquista da humanidade. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista (Coord.) **Direitos humanos**: entre a utopia e a contemporaneidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DANTAS, Adriano Mesquita. Globalização e precarização do mercado de trabalho: o problema da efetivação da garantia de emprego contra despedida arbitrária ou imotivada. In: DANTAS, Adriano Mesquita; CANIATO, Marcelo Rodrigo; REIS, Sérgio Cabral dos. (Orgs.) **Poder Judiciário e Desenvolvimento Socioeconômico**: Obra em homenagem ao XVI CONAMAT. São Paulo: LTr, 2012.

DAVIDSON, Scott. **The inter-american human rights system**. Vermont: Dartmouth Publishing Company, 1997.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofía del Derecho**. Novena edición española corregida y aumentada. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1969.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego**: Entre o Paradigma de Destruição e os Caminhos de Reconstrução. São Paulo: LTr, 2008.

DIAS, Clarence. **Indivisibilidade**. Tradução de Paulo Fukuhara. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/textos_dh/artigo03.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO E DIREITO INTERNO: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

DUTRA, Maria Zuíla Lima. Trabalho infantil: caminho que perpetua a pobreza. In: NOCCHI, Andréa Saint Pastous; FAVA, Marcos Neves; CORREA, Lelio Bentes. **Criança e trabalho**: da exploração à educação. São Paulo: LTr, 2015.

DWORKIN, Ronald. **A New Philosophy for International Law**. Disponível em: <http://www.wzb.eu/sites/default/files/u32/r_dworkin_a_new_philosophy_for_international_law_ccfls_2013.pdf>. Acesso em: 4 out. 2016.

ENTENDER Y MEDIR EL TRABAJO FORZOSO EN LA ACTUALIDAD. In: **Una alianza global contra el trabajo forzoso**: Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª Reunión. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2005.

FALSARELLA, Christiane Mina. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. **Advocacia e Direito Público** (aspectos processuais, constitucionais, tributários e trabalhistas). Coordenador: Nilton Carlos de Almeida Coutinho. Belo Horizonte: Del Rey, p. 46-55, 2013.

FEFERBAUM, Marina. **Proteção internacional dos direitos humanos**: análise do sistema africano. São Paulo: Saraiva, 2012.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; SCHMIDT, Paulo Luiz. Trabalhadores migrantes: o fim das ilhas de anomia?, **Revista Jurídica Consulex**, v. 18, n. 430, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro - RJ, ano 5, n. 17-18, p. 75-90, jan./jul. 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FINE, Robert. **Lecture on Marx's critique of rights**: sociology of Human Rights. Disponível em: <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/sociology/staff/robertfine/home/teachingmaterial/humanrights/lecturepodcast/marxs_critique_of_rights.pdf> Acesso em: 03 out. 2016.

FRANÇA. **Constituição (1848)**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1848-ii-republique.5106.html>>. Acesso em: 11 set. 2016.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. Consideraciones sobre la estructura y la garantía de los derechos sociales. In: CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos; IRIGONHÊ, Márcia de Moura. (Orgs.) **Constitucionalismo em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GABRIEL, Amélia Regina Mussi. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais Sociais. In: LUNARDI, Soraya (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. Coleção Fórum de Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARCIA, Emerson. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos** – Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Maria. Tratados Internacionais. Denúncia: Necessidade de Participação do Poder Legislativo. O princípio Constitucional da Tripartição dos Poderes. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Doutrinas essenciais**: Direito Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GARGARELLA, Roberto. Derecho y disociación. Un comentario a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. **Discusiones**, n. 4, p. 61-70, año 2004.

_____. Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia. **Los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 3-18, 2003.

GARRETÓN, Roberto. La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal. In: LÓPEZ, DANILO ERNESTO FLORES (Comp.). **Estudios sobre Derechos Humanos**. San Salvador, El Salvador: FESPAD, 2004, p. 107-135.

GARRO, Alejandro. **Um estudo comparativo dos sistemas regionais de proteção em Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/a_pdf/garro_sistemas_regionais.pdf>. Acesso em: 4 out. 2016.

GHIONE, Hugo Barretto. La libertad sindical revisitada: la autonomía como clave emancipatoria. **Alegatos**, año 25, n. 78, p. 387-400, may./ago. 2011.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Coleção para entender. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOLDHABER, Michael D. **A People's History of the European Court of Human Rights**. New Brunswick: Rutgers University Press.

GOMES, Eduardo Biacchi; MORAES, George Rezende. A capacidade processual dentro da Corte Interamericana de Direitos Humanos como instrumento de concretização de direitos. In: DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA AMÉRICA DO SUL. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GOMES, Ivanna dos Santos. Atividade normativa da OIT: convenções, recomendações e sua contribuição para o direito internacional do trabalho. In: LAGE, Emerson José Alves; LOPES, Mônica Sette Lopes (Org.). **O direito do trabalho e o direito internacional**, questões relevantes: homenagem ao professor Osiris Rocha. São Paulo: LTr, 2005.

GOMES, Maíra Neiva. **Reflexões sobre o sindicalismo contemporâneo**: estudos em homenagem a Marcos Marçal. Belo Horizonte: RTM, 2011.

GÓMEZ, M.^a Isabel Garrido. **Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho**. Madrid: Dilex, 2007.

GONZÁLEZ, Carmen Pérez. **Migraciones irregulares y Derecho Internacional**: gestión de flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

GORDILLO, Agustín. **Derechos humanos**. 3. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GUARIGLIA, Osvaldo. **En caminho de uma justicia global**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.

GURVITCH, Georges. **L'idée du droit social**: notion et système du droit social - historie doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle. Paris : Libraire du Recueil Sirey, 1932.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia do Direito**. Tradução de Paulo Meneses et al. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2010.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. O Sistema Regional Africano de Direitos Humanos. **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. Coordenação geral Flávia Piovesan. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

_____; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparación Esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: una actualización. **Revista Internacional de Derechos Humanos** , año 3, n. 4, p. 165-173, 2006.

HITTERS, Juan Carlos; FAPPIANO, Oscar L. **Derecho internacional de los humanos** - tomo I, vol. I. Buenos Aires: Ediar, 2007.

HOHFELD, W. N. **Conceptos juridicos fundamentales**. Mexico, D. F.: Distribuciones Fontamara, 1992.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depend on taxes.** New York: Norton & Company, 2000.

IHERING, Rodolfo Von. **La lucha por el derecho.** Granada: Editorial Comares, 2008.

INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS. **Practical Guide: The African Court on Human and Peoples' Rights.** Disponível em: <https://www.fidh.org/IMG/pdf/african_court_guide.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

ISHAY, Micheline. Introdução. **Direitos Humanos: Uma Antologia – Principais Escritos Políticos, Ensaios, Discursos e Documentos desde a Bíblia até o Presente.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

JÁVEGA, Consuelo Chacartegui. **Dignidad de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** Barcelona: Bomarzo, 2013.

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua.** Tradução de Bárbara Kistensen. Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

KENNEDY, Paul. **El Parlamento de la Humanidad.** Traducción de Ricardo García Pérez. Barcelona: Debate, 2007.

KING, Jeff. **Judging social rights.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KOCH, Ida Elisabeth. The justiciability of indivisible rights. **Nordic Journal of International Law**, volumen 72, n. 1, p. 3-39, 2003.

KRSTICEVIC, Viviana. El Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos. In: LÓPEZ, Danilo Ernesto Flores (Comp.). **Estudios sobre Derechos Humanos.** San Salvador, El Salvador: FESPAD, 2004, p. 137-177.

KWEITEL, Juana. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988) Protocolo de San Salvador. In:

LA JUSTICIABILIDADE DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

LANGFORD, Malcolm. The justiciability of Social Rights: from practice to theory. **Social Rights Jurisprudence: emerging trends in International and Comparative Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LAZARTE, Renata Bregaglio. ¿Verdadera indivisibilidad? Las consencias de las judicialización indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). **A eficácia nacional dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**, ano 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. 2009.

LISTA POR ORDEN ALFABÉTICO DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA OIT. Disponível em: < <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm>>. Acesso em: 2 out. 2016.

LOPES, Guillermo. Pasado, presente y futuro del derecho colectivo del trabajo. In: ALVAREZ, Eduardo et al. **Derecho Colectivo del Trabajo**. Buenos Aires: La Ley, 1998.

LOPEZ, Justo. Libertad sindical. ALVAREZ, Eduardo et al. **Derecho Colectivo del Trabajo**. Buenos Aires: La Ley, 1998.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Estado plurinacional e direito internacional. Coleção Para Entender. Coordenador da Coleção: Prof. Leonardo Nemer Caldeira Brant. Curitiba: Juruá, 2012.

MAIA, Catherine; PRADO, Rafael do. **Opinião dissidente do juiz Cançado Trindade junto ao acórdão da Corte Internacional de Justiça, de 3 de fevereiro de 2012, no caso das imunidades jurisdicionais do Estado (Alemanha c. Itália; Grécia (interveniente))**: tradução do original em língua inglesa para língua portuguesa. Disponível em: <<http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6470/Opinio%20dissidente.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 6 out. 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O exercício da magistratura: ciência e arte para a concretização dos direitos sociais. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Orgs.) **Contemporaneidade e trabalho**: aspectos materiais e processuais – Estudos em homenagem aos 30 anos da AMATRA 8. São Paulo: LTr, 2011.

MANUAL SOBRE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES INTERNACIONALES DEL TRABAJO. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1995.

MAPULANGA-HULSTON, Jackbeth K. Examining the justiciability of Economic, Social and Cultural Rights. **The International Journal of Human Rights**, v. 6, n. 4, winter 2002.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. Pós-modernidade Versus Neoconstitucionalismo: Um debate contemporâneo. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Coords.) **Contemporaneidade e trabalho**: aspectos materiais e processuais – Estudos em homenagem aos 30 anos da AMATRA 8. São Paulo: LTr, 2011.

MARQUES, D Miguel Ângelo. **Corte internacional de justiça (CIJ)**: estrutura e competência. Disponível em: <<http://iusgentium.ufsc.br/wp->

[content/uploads/2016/08/MARQUES-Miguel-%C3%82ngelo.-CIJ-Estrutura-e-compet%C3%Aancia.pdf](#)>. Acesso em: 15 set. 2016.

MÁRQUEZ, Marta Albert. **Derecho y valor**: una filosofía jurídica fenomenológica. Madrid: Ediciones Encuentro, 2004.

MARSHAL, T. H. **Citizenship and Social Class**. Cambridge: University Press, 1950.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba, Diritto Sociali: Origini e concetto. Sociologia del Diritto. **Rivista quadrimestrale**, XXVII, n. 1, p. 33-50, 2000.

MARX, Karl. **Capital**. V. I. Nova Iorque: Penguin Classics, 1992.

_____. **Sobre a questão judaica**. Tradução de Daniel Bensaïd e Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 43, 2013.

_____. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos. In: **Soberania**: antigos e novos paradigmas. GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz (Coords.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

MEJÍA RIVERA, Joaquín A. **La exigibilidad de los DESC en el ámbito convencional de la ONU**. Tegucigalpa: Editorial Casa San Ignacio, 2011.

MAYOS, Gonçal. Genealogía de la globalización. **Revista Umbral**, Universidad de Puerto Rico, n. 5, p. 51-76, nov. 2011.

MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009.

MELLO, Celso A. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 14, 2002.

MOCO, Marcolino. Direitos Humanos: as particularidades africanas. In: CRUZ, Domingos da (Org.). **África e Direitos Humanos**. Jundiaí: Paco Editorial, 2014.

MONDUZZI, Bárbara Menezes. Cogência e aplicabilidade das normas de direitos humanos. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de (Coordenador e Colaborador). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**: interface com o Direito Constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 337-348.

MONTEJO, Miguel F. Canessa. Los derechos humanos laborales em el derecho internacional. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, v. 23, n. 1, p. 115-144, I Semestre 2012.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. A efetivação judicial dos direitos sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 19, v. 75, p. 309-333, abr./jun. 2011.

MUÑIZ, Joaquín Rodríguez-Toubes. **La razón de los derechos**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

NAVARRO, Antonio V. Sempere (Dir.); MORILLO-VELARDE, Lourdes Meléndez (Coord.). **Prontuario de Jurisprudencia Social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2011.

_____. A Proteção Jurídica do Trabalhador Estrangeiro como exercício de Alteridade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 113-121, 2008.

_____. **Fundamentos de direito internacional social**: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2016.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. O regime jurídico dos direitos sociais. **Revista jurídica UNIGRAN**. Dourados, v. 7, n. 14, p. 153-172, jul./dez. 2005.

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant**: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

OLIVEIRA, Kátia Cristina Santos de. Direitos sociais como direitos humanos – uma análise a partir do conceito mínimo existencial. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista (Coord.) **Direitos humanos**: entre a utopia e a contemporaneidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Prestação jurisdicional e Estado Democrático de Direito: contribuição para uma compreensão constitucionalmente adequada da jurisdição. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 85, p. 103-123, jul. 1997.

OLIVEIRA, Thiago Ferraz de; LOPES, Maísa de Sousa. A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 40, n. 2, p. 51-76, jul./dez. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-xiv/index.html>>. Acesso em: 6 out. 2016.

_____. **Corte Internacional de Justiça.** Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/>>. Acesso em: 15 set. 2016.

_____. Corte Internacional de Justiça. **Estatuto.** Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>>. Acesso em: 6 out. 2016.

_____. _____. **Opinião Consultiva nº 2867.** Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2015/04/CASO-N.-2867.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2016.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Observaciones generales.** Disponível em: <https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3>. Acesso em: 2 out. 2016.

_____. **Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Disponível em: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx>>. Acesso em: 3 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos.** Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

_____. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/ElSalvador12249.sp.htm>>. Acesso em: 7 out. 2016.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

_____. _____. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

_____. _____. **Protocolo de San Salvador.** Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

_____. Comunicado de Imprensa. **CIDH apresenta caso sobre o Brasil à Corte IDH.** Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2015/045.asp>>. Acesso em: 7 out. 2016.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).** Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>.
Acesso em: 28 jul. 2014.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Acevedo Buendía y otros vs. Peru.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>.
Acesso em: 7 out. 2016.

_____. _____. **Aguado Alfaro e outros versus Peru.** Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>.
Acesso em: 8 out. 2016.

_____. _____. **Caso das Crianças Yean e Bosico versus República Dominicana.** Disponible em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/d147e8e6485dbe1fedded517fe67972f.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. _____. **Caso Huilca Tecse versus Peru.** Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>.
Acesso em: 8 out. 2016.

_____. _____. **Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil.** Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/trabajadores_da_fazenda_brasil_verde.pdf>. Acesso em: 7 out. 2016.

ORG _____. _____. **Cinco Aposentados (Pensionistas) versus Peru.** Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=en>.
Acesso em: 6 out. 2016.

_____. _____. **Información sobre el Sistema.** Disponible em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/como-acceder-al-sistema-interamericano/denuncias-consultas>>. Acesso em: 16 set. 2016.

_____. _____. **Massacres de Ituango versus Colômbia.** Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. _____. **Nadege Dorzema e outros versus República Dominicana.** Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>.
Acesso em: 8 out. 2016.

_____. _____. **Niños de la Calle (Villagrán Morales e outros) versus Guatemala.** Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>.
Acesso em: 8 out. 2016.

_____. _____. **Opinião Consultiva OC-18/03.** Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es>.
Acesso em: 8 out. 2016.

_____. _____. **Parecer Consultivo OC-18/03**, de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos, 2003.

_____. _____. **Parecer Consultivo OC-21/14**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. _____. **Regulamento**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

_____. _____. **Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de maio de 2015**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/solicitud_21_05_15_por.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. _____. **Souza Ribeiro versus França**. Disponível em: <

_____. _____. **Ximenes Lopes vs. Brasil**. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C no. 149. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 7 out. 2016.

_____. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>>. Acesso em: 8 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição (Declaração de Filadélfia)**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 6 out. 2016.

_____. **Convenção nº 29**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Convenção nº 84**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Convenção nº 87**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Convenção nº 97**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Convenção nº 105**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/469>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Convenção nº 122**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Convenção nº 138.** Disponível em: < <http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Convenção nº 143.** Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Convenção nº 151.** Disponível em: < <http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Convenção nº 158.** Disponível em: < <http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Convenção nº 182.** Disponível em: < <http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.** Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Justa.** Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/genericdocument/wcms_336918.pdf>. Acesso em: 3 out. 2016.

_____. **Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.** Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 3 out. 2016.

_____. **Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social.** Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_211136.pdf>. Acesso em: 3 out. 2016.

_____. **Forced labour, human trafficking and slavery.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/lang--en/index.htm>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Para superar a crise: um pacto mundial para o emprego.** Disponível em: <http://www.lim.ilo.org/1/wp-content/uploads/2009/12/OIT_Pacto_Mundial_PORT_web.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Protocolo P029.** Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:P029>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Recomendação nº 146.** Disponível em: < <http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Recomendação nº 163.** Disponível em: < <http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Recomendação nº 190.** Disponível em: < <http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Recomendação nº 203.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Trabajo infantil.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/topics/child-labour/lang-es/index.htm>>. Acesso em: 8 out. 2016.

ORTEGA, Luis Ignacio. Los derechos protegidos. In: EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: estudio de la Convencion y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Editorial Civitas, 1983, p. 71-127.

PANAMÁ. **Pedido de parecer consultivo do governo da República do Panamá.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/solicitud/doc/solicitud_14_11_14_por.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

PARCERO, Juan Antonio Cruz. Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales. **Discusiones**, n. 4, p. 71-98, año 2004.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 45, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Ricardo José M. de Britto. **Constituição e liberdade sindical.** São Paulo: LTr, 2007.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado.** São Paulo: DPJ Editora, 2008.

_____. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Diálogo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: desafios da reforma. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Proteção e justiciabilidade dos direitos sociais nos sistemas global, regional e local. **Ideias legais**. Campo Grande: Escola Superior da Magistratura do TRT 24ª Região, Edição Especial, p. 17-54, 2009.

_____. Trabalho escravo e degradante como forma de violação dos direitos humanos. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Coord.) **Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____; LUCA, Gabriela de. Combate ao trabalho infantil nos planos global, regional e local. **Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV**, n. 5, 2012.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

POLITI, Fabrizio (2006). Os direitos sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre - RS, ano 6, n. 20, p. 37-65, jul./set. 2012.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Disponível em: <www.portaldatransparencia.gov.br>. Acesso em: 17 de set. 2016.

PORTO, Noemia. **O trabalho como categoria constitucional de inclusão**. São Paulo: LTr, 2013.

PRINCIPIOS, NORMAS Y PROCEDIMIENTOS DE LA OIT EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1978.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales? De Fernando Atria. **Discusiones**, n.4, p. 99-144, año 2004.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Marlene Holzhausen; Revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. In: MACGREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coords.). **Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos**: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 767-804.

_____. Protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales. TEXIER, Philippe. Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal. In: CONSTRUYENDO UNA AGENDA PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES/CEJIL. San José, Costa Rica: Centro por la Justicia y el Desarrollo Internacional, 2004, p. 87-113.

RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos e responsabilidade internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA,

Antônio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REIS, Daniela Muradas. **Contributo ao Direito Internacional do Trabalho**: a reserva implícita ao retrocesso sócio-jurídico do trabalhador nas convenções da Organização Internacional do Trabalho. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

_____. **O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

_____; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. A denúncia da Convenção n. 158 da OIT como retrocesso social: desdobramentos materiais dos passos de Arnaldo Süssekind. In: ÁVILA, Any; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho (Org.). **Mundo do trabalho**: atualidades, desafios e perspectivas - homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind. São Paulo: LTr, 2014.

RENGIFO, Carlos Vicente de Roux. La protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano. In: OS RUMOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA ONU Y DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE REFUGIADOS. México, D. F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, tomo V.

REVORIO, Fco. Javier Díaz (Comp.). **Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Lima: Palestra Editores, 2004.

REZENDE, Marcelo di. **A aplicabilidade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil**. Goiânia: Editora da PUC Goiás, 2013.

RIVAS, Juana María Ibañez. La dignidad humana y los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **El respecto a la dignidad de la persona humana**. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2015, p. 183-211.

ROBITAILLE, David. Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux. **Revue Trimestrielle des droits de l'homme**, Trimestriel, 24^e année, n. 93, p. 221-250, 1^{er} janvier 2013.

ROBLES, Manuel E. Ventura. Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo** - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROCA, Guillermo Escobar. Indivisibilidad y derechos sociales: de la declaración universal a la constitución. In: BECERRA, Manuel Terol; QUESADA, Luis Jimena (Dir.). **Tratado sobre protección de derechos sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. **Caso Damião Ximenes Lopes: Mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/15/1000169-caso-damiao-ximenes-lobes-mudancas-e-desafios-apos-a-primeira-condenacao-do-brasil-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 7 out. 2016.

ROSSI, Julieta; ABRAMOVICH, Victor. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **Revista Estudios Socio-Jurídicos**, p. 34-53, abril, año/vol. 9, número especial, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia, p. 37-48.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALGADO, Karine. **A paz perpétua de Kant.** Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008.

SANCHEZ, Pascual Sala. **La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica.** Valencia: Universitat de Valencia, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMIENTO, Daniel; MIERES, Luis Javier; LINERA, Miguel Presno (Comp.). **Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007.

SATYARTHI, Kailash. Erradicação do trabalho infantil: desafios e perspectivas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 22-37, jan./mar. 2013.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Trabalho escravo contemporâneo, pobreza e trabalho infantil. In: NOCCHI, Andréa Saint Pastous; FAVA, Marcos Neves; CORREA, Lelio Bentes. **Criança e trabalho: da exploração à educação.** São Paulo: LTr, 2015.

SCOTT, Craig. Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Conventions on Human Rights. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 27, n. 3, p. 831-849, fall 1989.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução Denise Bottman, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta; Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Claudio Santos da. **A liberdade sindical no direito internacional do trabalho: reflexões orientadas pela Convenção n. 87 da OIT.** São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Livia Matias de Souza. Soberania: uma reconstrução do princípio, da origem à pós-modernidade. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**: Interface com o Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVEIRA, Alessandra. Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto (Coords); SOLSONA, Gonçal Mayos; CARBONELL, José Carlos Remotti; JÚNIOR, Moacir Henrique; MOKANO, Yanko (Orgs.). **Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade**: desafios, âmbitos e níveis de integração no mundo global. 1. ed., v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC, 2015.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/index.html#5/z>>. Acesso em: 15 set. 2016.

SOLSONA, Gonçal Mayos. Interconstitucionalidad e Interculturalidad como modelos de “fenómenos inter”. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto (Coords); SOLSONA, Gonçal Mayos; CARBONELL, José Carlos Remotti; JÚNIOR, Moacir Henrique; MOKANO, Yanko (Orgs.). **Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade**: desafios, âmbitos e níveis de integração no mundo global. 1. ed., v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. **Revista de Direito do Estado**, ano 4, n. 13, p. 133-169, jan./mar. 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT e outros tratados**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. Proteção ao Trabalhador Migrante. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Doutrinas essenciais**: Direito Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STÜRMER, Gilberto. Relações coletivas de trabalho e liberdade sindical: uma efetivação dos direitos sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 8, p. 172-181, 2009.

SWEPSTON, Lee. Human rights law and freedom of association: development through ILO supervision. **International Labour Review**, v. 137, n. 2, p. 169-194, 1998.

_____. Justiciabilidad de derechos económicos, sociales y culturales: la experiencia de la OIT. In: CONSTRUYENDO UNA AGENDA PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES. San José: CEJIL, 2004, p. 25-47.

TEIXIDÓ, Laura Salamero. **La Protección de los Derechos Sociales en el Ámbito de Naciones Unidas**: El nuevo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2012.

III CONFERÊNCIA GLOBAL SOBRE TRABALHO INFANTIL – RELATÓRIO FINAL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS. Brasília, 2013.

TEXIER, Philippe. Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal. *In: Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los Derechos Sociales/CEJIL*. San José, Costa Rica: Centro por la Justicia y el Desarrollo Internacional, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **La democracia en América**. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, TRATADO DE FUNCIONAMIENTO Y OTROS ACTOS BÁSICOS DE LA UNIÓN EUROPEA. Vigésima edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2016.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Feldbrugge vs. Netherlands**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng>>. Acesso em: 6 out. 2016.

_____. **Konstantin Markin contra Rússia**. <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["konstantin"\],"documentcollectionid":\["GRAND CHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-100926"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Marckx contra Bélgica**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/en>>. Acesso em: 7 out. 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Contribuição dos Tribunais Internacionais à Evolução do Direito Internacional Contemporâneo. **O Direito Internacional e o primado da justiça**. Renovar: Rio de Janeiro, 2014.

_____. **A humanização do direito internacional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

_____. A personalidade e a capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. *In: JORNADAS DE DERECHO INTERNACIONAL*. Washington, D.C.: Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 2002, p. 311-347

_____. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Derecho internacional de los derechos humanos**: esencia y trascendencia (votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006). México: Editorial Porrúa. 2007.

_____. **Direito das organizações internacionais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

_____. La búsqueda de la realización de la justicia en la era de los Tribunales Internacionales. *In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coords.). Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1.351-1.412.

_____. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional. **Lecciones y ensayos**, 1997-98 – 69/70/71, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 53-103.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991, vol. I.

TRINDADE, José Damião de Lima. **Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels: emancipação política e emancipação humana**. São Paulo: Alfa-Omega, 2011.

UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. **Breve Apresentação do Tribunal**. Disponível em: <<http://www.african-court.org/pt/index.php/about-the-court/brief-history>>. Acesso em: 8 out. 2016

_____. _____. **Contentious Matters**. Disponível em: <<http://en.african-court.org/index.php/cases/2016-10-17-16-18-21#statistical-summary>>. Acesso em: 8 out. 2016

_____. _____. **Frank David Omary e Outros vs. República da Tanzânia**. Disponível em: <<http://en.african-court.org/images/Cases/Judgment/Judgment%20-%20Application%200003-2011-%20Mkandawire%20v.%20Republic%20of%20Malawi%20English.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2016

_____. _____. **Free Legal Assistance e outros contra o Zaire**. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/sessions/18th/comunications/25.89-47.90-56.91-100.93/achpr18_25.89_47.90_56.91_100.93_eng.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. _____. **Malawi African Association e outros versus Mauritânia**. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/sessions/27th/comunications/54.91-61.91-96.93-98.93-164.97_196.97-210.98/achpr27_54.91_61.91_96.93_98.93_164.97_196.97_210.98_eng.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. _____. **Regimento interno**. Disponível em: <http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Interim%20Rules%20of%20Court/Final_Rules_of_Court_for_Publication_after_Harmonization_-_Final_English_7_sept_1_.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. _____. **Serac vs Nigéria**. Disponível em: <<http://www.ihrda.org/wp-content/uploads/2011/02/155-96-SERAC-CESR-v-Nigeria-Portugu%C3%AAs.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. _____. **Urban Mkandawire contra a República de Malawi**. Disponível em: <<http://en.african-court.org/images/Cases/Judgment/Judgment%20-%20Application%200003-2011-%20Mkandawire%20v.%20Republic%20of%20Malawi%20English.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Protocolo da Carta de Banjul.** Disponível em: <<http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Court%20Establishment/africancourt-humanrights.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da união europeia.** Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016.

_____. **Jornal Oficial da União Europeia.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Tratado de Constituição da União Europeia.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=PT>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça:** composição, competência e procedimentos. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-05/cjue_fr.pdf>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).** Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. **María Elena Pérez López contre Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid).** Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2Btravailleurs%2Btemporaires&docid=183300&pageIndex=0&doclang=fr&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=134464#ctx1>>. Acesso em: 8 out. 2016.

VALTICOS, Nicolas. **International Labour Law.** Deventer: Springer Science, 1979.

VATICANO. **Encíclica Rerum Novarum.** Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 11 set. 2016.

VELOSO, Pedro Augusto Franco. Efetivando o Sistema Interamericano: Os Procedimentos Para Acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Trâmite Até a Corte. In: OLIVEIRA, Márcio Luís (Coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos – Interface com o Direito Contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VERA, Oscar Parra. **Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano.** México, D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.

VILLEY, Michel. **Estudios en torno a la nocion de derecho subjetivo.** Valparaíso: Ediciones Universitarias, 1976.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

ZAMORA, Miguel Agudo. Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. **Tratado sobre protección de derechos sociales**. Manuel Terol Becerra; Luis Jimena Quesada (Directores). Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

ZARB, Antoine H.. **Les institutions spécialisées du système des Nations Unies et leurs Membres** Paris : Éditions A. Pedone, 1980.

WAAS, Bernd. Strike as a fundamental right of the workers and its risk of conflicting with other fundamental rights of the citizens. In: XX World Congress of the International Society for Labour and Social Security Law, Santiago, 2012. **Conference paper**. Disponível em: < <http://islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/Strike-Waas.pdf> > Acesso em: 08 de out. de 2016.

WRONKA, Joseph. **Human rights and social policy in the 21st century**: a history of the idea of human rights and comparison of the United Nations Universal Declaration of Human Rights with United States federal and state constitutions. Lanham: University Press of America, 1998.

YESHANEW, Sisay Alemahu. **The justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2013.