

OBRIGAÇÕES POSITIVAS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: PERSPECTIVAS PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

POSITIVE OBLIGATIONS IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW: PERSPECTIVES FOR EFFECTIVENESS OF THE ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

Paula Uematsu Arruda¹

Resumo: A Corte Europeia de Direitos Humanos, através do desenvolvimento dos seus julgados, interpreta e aplica os direitos estabelecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos usando a dogmática dos deveres de respeitar, proteger e promover. Utiliza também o critério do balanceamento como forma de conciliar o cumprimento dos Estados Partes da Convenção para com as normas estabelecidas, sem desrespeitar o limite democrático, o que confere legitimidade às suas decisões. Todo esse aparato decisório contribuiu para proporcionar efetividade aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais presentes na Convenção.

Palavras-Chave: Obrigações Positivas. Corte Europeia de Direitos Humanos. Balanceamento. Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Abstract: Through the development of its case law the European Court of Human Rights interprets and applies the rights established in the European Convention on Human Rights using the theory of the duties to respect, protect and promote. The Court also uses the balancing criteria in order to reconcile the compliance of the States parties with the norms established in the European Convention on Human Rights without disrespecting the democratic limit, which gives legitimacy to their decisions. This decision-making apparatus contributed for the effectiveness of the Economic, Social and Cultural Rights.

Keywords: Positive Obligations. European Court of Human Rights. Just Balance. European Convention on Human Rights.

Sumário: 1 Introdução. 2. Histórico da proteção dos direitos humanos no âmbito do sistema europeu de direitos humanos. 3. O desenvolvimento da dogmática dos deveres/obrigações dos direitos humanos. 4. Considerações sobre a justiciabilidade das obrigações positivas. 5. Conclusão. Referências. Jurisprudência e textos normativos.

¹ Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Mestre e Especialista em Direito Internacional pela Universidade de Lisboa. Advogada. E-mail: paulauematsu@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6602987216953839>; ORCID <http://orcid.org/0000-0002-7063-619X>



1 INTRODUÇÃO

Ao longo do processo de desenvolvimento dos sistemas internacionais dos direitos humanos, um grau de proteção menor foi conferido aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC), categorizados como direitos de segunda geração, em relação aos direitos civis e políticos, denominados de direitos de primeira geração. A teoria geracional dos direitos humanos (MARSHALL, 1950, p.14-28; VASAK, 1977 p. 29), aceita por parte da doutrina, baseia-se na suposição de que os direitos de primeira geração mereceriam uma proteção mais eficaz que os da segunda geração no seio do ordenamento jurídico internacional de proteção dos direitos humanos. Segundo uma outra corrente doutrinária a efetividade dos DESC ocorreria pela via indireta, ou seja, através dos direitos civis e políticos propagando o conceito de indivisibilidade dos direitos humanos (BREMS, 2007, p.138).

O presente estudo é crítico à essas abordagens tradicionais apresentando a dogmática que desloca o eixo do direito para os deveres/obrigações (de respeito, promoção e proteção) correlatas aos direitos humanos. Argumentamos que a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) desenvolveu uma metodologia própria de interpretação e aplicação dos direitos contidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos como forma de contornar a ausência formal dos direitos econômicos sociais e culturais.

Os julgados da Corte foram fundamentais na construção de uma visão unitária dos direitos humanos desde os casos pioneiros Airey e Caso Linguístico Belga, quando a Corte afirmou que “não há divisor de águas que separa a esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais, do campo dos direitos protegidos pela Convenção”. Argumentamos que a Corte fortaleceu a justiciabilidade desses direitos ao adotar a metodologia do balanceamento (just balance) como forma de conciliar a efetividade dos seus julgados com o respeito ao limite democrático, agindo, por vezes com deferência às escolhas dos Estados Partes.

Na primeira seção trataremos um breve histórico do desenvolvimento da proteção dos direitos humanos, em especial dos DESC, através dos instrumentos internacionais e no sistema europeu.

Na segunda seção apresentaremos a tipologia tripartida das obrigações estatais, consagrada como uma nova etapa na interpretação das normas de direitos humanos, elaborada



inicialmente por (SHUE, 1984 p.85) e (EIDE, 1995, p.9-28.) e a sua aplicação em alguns julgados da CEDH. Essa nova abordagem propõe o estudo dos direitos humanos através das obrigações de proteger, promover e respeitar envolvendo uma análise unitária que supera a tradicional divisão geracional dos direitos humanos.

Na terceira seção tratamos sobre a suposta falta de justiciabilidade das obrigações positivas sob duas perspectivas: da dificuldade em torná-las passíveis de apreciação pelos órgãos judiciais; e da visão de que as obrigações positivas deveriam ser deixadas apenas para a esfera política. Ilustramos com alguns julgados em que a Corte Europeia de Direitos Humanos utiliza a técnica do balanceamento como forma de alcançar o equilíbrio entre a efetividade dos direitos humanos protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e o limite democrático.

2 HISTÓRICO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

À época da elaboração dos principais instrumentos internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos o mundo encontrava-se polarizado e em plena guerra fria. Encontramos nestes primeiros instrumentos o reflexo dessa divisão ideológica, da “competição histórica” entre os modelos de Estado Liberal e Social com influências no Direito Internacional dos Direitos Humanos, tanto no seu desenvolvimento teórico, quanto na consagração das normas internacionais de proteção dos direitos humanos.

No campo doutrinário diversos teóricos sustentam a concepção geracional ao defender a existência de três gerações de direitos humanos: a) os direitos civis e políticos; b) os direitos econômicos, sociais e culturais; c) os direitos ecológicos e coletivos. Essa abordagem geracional é criticada por ser artificial (MIRANDA, 2006 p.36) e promover uma hierarquização e fragmentação entre os direitos humanos refletindo diretamente na sua suposta falta de justiciabilidade.

No âmbito normativo do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC) foram elaborados como dois instrumentos separados para proteção de duas categorias supostamente diferenciadas de direitos sob um mesmo sistema, o Sistema Universal da ONU. O grupo formado pelos Estados ocidentais



privilegiou os direitos civis e políticos, enquanto o grupo de países orientais conferiu maior importância aos direitos econômicos, sociais e culturais (TRINDADE, 1998 p.190). Durante as décadas de 40 e início dos anos 50, quando as Nações Unidas estava engajada em um profundo debate sobre como codificar os direitos contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas - que possuía um mandato para elaborar um instrumento juridicamente vinculativo - tinha a intenção de incluir somente direitos civis e políticos nos instrumentos. A Assembleia Geral das Nações Unidas requisitou a inclusão dos DESC conjuntamente com os direitos civis e políticos já elaborados. No ano seguinte, depois de intensos debates, a Assembleia Geral reviu o seu posicionamento requisitando à Comissão de Direitos Humanos a elaboração de dois instrumentos em separado. Esta controvérsia foi considerada a raiz genealógica da retórica contemporânea da indivisibilidade dos direitos humanos (WHELAN, 2008, p.6).

Para os membros que àquela época compunham a Assembleia Geral o fato de diferentes categorias de direitos humanos possuírem natureza diferenciada foi o fator determinante para protegê-los em dois instrumentos (EIDE, 1995, p. 9-28).

No âmbito do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 protege, predominantemente, direitos civis e políticos, os direitos sociais foram estabelecidos em um instrumento separado, a Carta Social Europeia de 1961 (atualmente estão em vigor dois tratados que conferem proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais a Carta Social Europeia de 1961 e a Carta Social Europeia Revista de 1996).

Essa divisão foi fruto de prioridades e escolhas táticas dos Estados-membros do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, os quais, no momento da elaboração da Convenção, teriam optado por um texto enxuto e não polêmico, de fácil aceitação pelos governos dos Estados. Assim, os valores que predominantemente refletiram-se na Convenção eram os valores liberais democráticos dos países da Europa Ocidental. Os direitos econômicos, sociais e culturais foram considerados muito complexos e, por essa razão, foram deixados para a Carta Social Europeia, a qual entrou em vigor somente doze anos após a adoção da Convenção (HARRIES, O'BOYLE e WARBRICK, 2009 p.3). Além disso, apesar dos dois tratados serem complementares, a consagração de dois instrumentos distintos abriu a possibilidade de criação de



dois mecanismos de controle diferenciados para cada uma das categorias de direitos, uma vez que os países contratantes acreditavam ser difícil a aplicação do mecanismo de controle judicial previsto pela Convenção Europeia de Direitos Humanos à Carta Social Europeia.

Atualmente difunde-se nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos a ideia de que sem a efetividade dos DESC os direitos civis e políticos tornam-se meras categorias formais consagrada nos instrumentos internacionais. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais (Declaração e Programa de Ação de Viena, 1983).

Para alguns autores a indivisibilidade e a interdependência proporcionariam a possibilidade de consagração de todos os direitos humanos em pé de igualdade (PIOVESAN, 2009 p.107-113). Esse tipo de abordagem esconde o fato de que interdependência e indivisibilidade são fenômenos distintos que não se confundem.

A característica da indivisibilidade não contribui para o alcance da autonomia dos DESC em relação aos direitos civis e políticos, pelo contrário, insere os mesmos em uma relação de dependência, na qual a efetividade dos primeiros ficaria dependente dos segundos.

Por outro lado, a interdependência é um fenômeno real e de suma importância para a efetividade dos direitos (SCOTT, 1989, p.779), ou seja, há um aspecto de interação e complementaridade entre eles que não pode ser ignorado.

3 O DESENVOLVIMENTO DA DOGMÁTICA DOS DEVERES/OBRIGAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Opondo-se à categorização dos direitos humanos entre dois polos distintos, SHUE (1984, p.85) elabora a pioneira teoria da “interdependência dos deveres”, que desloca o eixo da natureza do direito para a natureza dos deveres que dele deriva. Neste sentido é possível inferir que para

cada direito pode haver não apenas uma obrigação (positiva ou negativa), mas três possíveis deveres: de respeito, de proteção e de ajuda (promoção).

Pela mesma linha de raciocínio seguem van HOOF (1984, p. 106) e EIDE (1995, p. 9-28) propondo uma classificação em camadas, níveis *layers/levels* ou em dimensões de obrigações estatais correspondentes à complexidade identificadora de cada conjunto de direito (civis e políticos ou econômicos, sociais e culturais).

O dever de respeito consiste em proibir que o Estado intervenha indevidamente na liberdade e direito dos seus particulares. O Estado deve abster-se e evitar a intervenção. Quanto ao dever de proteger, ao Estado é requerido prevenir que terceiros interfiram indevidamente no gozo dos direitos e liberdades de particulares.

Já o dever de promover impõe ao Estado facilitar, fornecer e promover o acesso ao direito. Este é particularmente o caso de quando um direito é limitado ou inexistente. A maioria dos casos se refere a omissões Estatais, ou seja, o ente estatal encontra-se em uma situação onde deveria agir (por via legislativa, administrativa), mas não agiu ou quando deveria fornecer e entregar um objeto ou prestação ao cidadão, como vagas em escolas, atendimento à saúde etc.

Neste artigo seguimos a classificação apresentada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (Maastricht Guideline nº 6) que utiliza a denominação de obrigação e não de dever como fazem alguns doutrinadores. Assim, encontramos as obrigações positivas em duas hipóteses, nas obrigações de proteger e nas obrigações de promover e a obrigação negativa na obrigação de respeitar.

A obrigação de proteger é positiva, pois o Estado deve agir no sentido de proteger os indivíduos contra violações a seus direitos humanos, inclusive por parte dos particulares. Em relação à obrigação de promover, o Estado deve facilitar, fornecer e garantir o acesso ao direito.

Tomemos como exemplo o direito à vida. Sob o enfoque de um direito de liberdade (dimensão negativa) adquire o significado de respeito, por parte do Estado, aos direitos e liberdades individuais, ou seja, o Estado possui o dever ou obrigação de não interferir na esfera de liberdade dos seus cidadãos.



Por outro lado, esse mesmo direito pode assumir uma conotação de direito social (dimensão positiva) quando assume a face de proteção e promoção de uma vida digna o que significa ter acesso a serviços de saúde, moradia, alimentação dentre outros.

Utilizando o direito à educação como exemplo, o Estado possui a obrigação de não intervir no direito dos seus cidadãos terem livre acesso aos estabelecimentos de ensino (dimensão negativa), por outro lado, possui a obrigação de disponibilizar à população serviços educacionais (dimensão positiva).

Essa dupla dimensão que os direitos comportam é denominada por FREDMAN (2008, p.12) de *overlapping*. O direito à vida, usualmente caracterizado como sendo um típico direito de liberdade também possui uma dimensão positiva, ou seja, uma dimensão de direito social quando o Estado possui a obrigação de protegê-lo ou promovê-lo. Assim como o direito à educação, costumeiramente classificado como direito social, também possui uma dimensão de direito de liberdade quando a obrigação for negativa ou seja de respeito.

No entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), uma obrigação positiva é definida como sendo “aquela que na prática requer que as autoridades nacionais tomem as medidas necessárias para a salvaguarda dos direitos ou, mais precisamente, devem adotar medidas razoáveis e adequadas para proteger os direitos das pessoas” (CEDH, Caso Hokkanen vs. Finlândia, 1994).

O que distingue as obrigações positivas das negativas, segundo a CEDH é o fato de que as primeiras requerem uma intervenção estatal enquanto as segundas uma abstenção por parte dos Estados. Uma violação das obrigações positivas será, portanto, decorrência da inércia da passividade por parte das autoridades estatais.

É importante ressaltar que das obrigações positivas decorrem também as obrigações estatais de legislar e de manter instituições que assegurem a proteção dos direitos humanos. Para a realização do direito e cumprimento do Estado com suas obrigações muitas vezes são necessários o estabelecimento e a promoção de normas ou medidas administrativas. Não haveria o direito de casamento sem legislação apropriada que permita a realização deste instituto. Não há direito à educação gratuita sem legislação que institua esse direito. A Corte Europeia de Direitos

Humanos enfrentou essa questão no caso X e Y vs. Países Baixos. Y, vítima de estupro, não obteve do governo uma reparação penal satisfatória para o seu caso, uma vez que o código penal dos Países Baixos não continha nenhuma cláusula que estabelecia como crime a prática sexual com uma pessoa portadora de deficiência mental, sendo essa proteção conferida apenas pelo código civil. Perante essa omissão normativa no ordenamento jurídico, os requerentes alegaram violação do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, “direito ao respeito pela vida privada e familiar”. A Corte entendeu que este artigo comporta uma dimensão positiva:

Apesar de o objetivo do artigo 8º ser essencialmente a proteção do indivíduo contra interferências arbitrárias pelas autoridades, ele não restringe, simplesmente o Estado de se abster de tal interferência: complementando essa obrigação primária, podem existir obrigações positivas inerentes a um respeito efetivo da vida privada e familiar. Essas obrigações podem envolver a adoção de medidas desenvolvidas para assegurar o respeito à vida privada e familiar, mesmo na esfera das relações privadas entre os indivíduos” (CEDH, Caso X e Y vs. Países Baixos, 1985).

Desse modo, o Estado violou essas obrigações positivas, pois no entender da CEDH a proteção conferida pelo código civil dos Países Baixos é insuficiente, não garantindo uma proteção efetiva aos direitos humanos protegidos pelo artigo 8º, havendo uma lacuna na legislação em relação à proteção de pessoas em situação análoga a da requerente. Trata-se também de um importante reconhecimento, por parte da jurisprudência da CEDH, de que as obrigações positivas abrangem a proteção da violação aos direitos estabelecidos pela Convenção quando estes são violados por particulares.

Há também uma obrigação positiva estatal de criar e manter instituições e órgãos que são de fundamental importância para a realização dos Direitos Humanos, como o estabelecimento e funcionamento de órgãos judiciais, pois não há direito de defesa sem o aparato institucional das Cortes e Tribunais como ficou estabelecido na decisão da CEDH no Caso Airey vs. Irlanda. A requerente, senhora Airey, alegou violação do Estado da Irlanda ao artigo 6º da Convenção "direito a um processo equitativo", pois, quando pleiteou o divórcio do seu então cônjuge, ela teve que abandonar o processo judicial de divórcio por acreditar que não estava devidamente preparada para apresentar sua própria defesa perante os tribunais ingleses sem a devida assistência de um advogado. O Estado da Irlanda não dispunha, naquela época, de assistência judiciária gratuita. O governo irlandês alegou que a obrigação de prover assistência judiciária gratuita não existe uma vez que a Sra. Airey é livre para apresentar a sua própria defesa perante



os tribunais. A CEDH rejeitou esse argumento uma vez que o mero fato de alguém ser livre para defender-se perante os tribunais não implica na eficácia do direito:

A Convenção não se destina apenas a garantir direitos no plano teórico ou ilusório, mas direitos que possam ser praticados e efetivos. Deve ser apurado se o comparecimento da Sra. Airey perante o tribunal, sem a devida assistência de um advogado, seria eficaz no sentido de saber se ela poderia apresentar seu caso de forma satisfatória e adequada (CEDH, Caso Airey vs. Irlanda, 1979).

O caso Airey é importante pois estabelece que a Convenção possui a intenção de garantir não apenas direitos que são teóricos ou ilusórios, mas direitos que são práticos e efetivos. Contudo a CEDH não ignora os princípios democráticos que devem ser observados ao afirmar que “não é a função da CEDH indicar ou ditar quais medidas devem ser adotadas”, deixando claro que o artigo 6º parágrafo 1 da Convenção estabelece o direito à assistência judicial como sendo indispensável ao cumprimento do direito de acesso à justiça. Além disso, a CEDH declara que está atenta à situação de que a realização dos DESC está amplamente dependente da situação financeira dos Estados, porém a representação legal apresenta-se como compulsória aos Estados, quando tratar-se de um caso de alta complexidade. Assim, a CEDH concluiu que a senhora Airey não gozou do seu pleno direito de acesso aos tribunais, e que, portanto, o Estado violou o parágrafo 1º do artigo 6º da Convenção.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTICIABILIDADE DAS OBRIGAÇÕES POSITIVAS

Os direitos protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, classificados como sendo majoritariamente direitos civis e políticos, foram reinterpretados pela jurisprudência da Corte.

A adoção desse novo posicionamento teórico também refletiu na questão da justiciabilidade desses direitos, abrindo caminho para a legitimação das decisões da Corte sobre violações dos Estados em relação às obrigações positivas colaborando para afastar a crítica de que os DESC não seriam judicializáveis.

A discussão sobre a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, em sua dimensão positiva, comporta duas questões centrais:



a) uma suposta indeterminabilidade desses direitos refletiria na dificuldade em torná-los passíveis de apreciação pelos órgãos judiciais.

A dogmática dos direitos humanos que reflete nas obrigações de promoção, respeito e realização possui o intuito de unificar os direitos sem segregá-los ou dividi-los e, em conjunto com o uso do balanceamento, abre caminho para que os problemas da indeterminabilidade e da suposta falta de justiciabilidade dos direitos econômicos sociais e culturais sejam solucionados.

Não haveria mais que se falar em falta de densidade normativa e, portanto, de impedimentos à adjudicação das obrigações positivas por parte dos tribunais, os quais devem julgar o dever estatal de cumprir concretamente com uma determinada obrigação independentemente se ela revela um DESC ou um direito político e civil.

Utilizando a teoria desenvolvida por Alexy, a suposta indeterminabilidade das obrigações positivas desapareceria ao assumir que elas possuem a estrutura de princípio e que esses possuem um caráter *prima facie*, ou seja, em caso de colisão com outros princípios eles podem ser afastados, mas em não havendo outros princípios colidentes permanecerão plenamente válidos.

Regras são pontos fixos: elas são cumpridas ou violadas. Os princípios não são binários, no sentido de serem cumpridos ou violados, eles possuem vários graus de realização. Sua força normativa reside justamente na exigência da realização de seu conteúdo, dadas as possibilidades legais e reais, tanto quanto possível [...] o argumento da indeterminabilidade parte do princípio de que todas as normas devem, necessariamente possuir a estrutura de regras. Contudo, se considerarmos que a maioria das obrigações positivas possuem a estrutura de princípios podemos concluir que não são os princípios por si só que geram problemas de indeterminabilidade, mas a forma como a sua ponderação é feita. FREDMAN (2008, p.8).

Fazendo uso dos critérios de ponderação para decidir sobre obrigações positivas é possível que o órgão julgador se depare com questões onde certo grau de discricionariedade é atribuído ao poder público que terá liberdade para fazer escolhas quanto ao ato a ser adotado, porém cabe ao poder judiciário analisar a adequação e a razoabilidade dessas opções políticas.

O judiciário, ao auferir a responsabilidade e legitimidade das medidas adotadas pelo poder público através da técnica do balanceamento, afastaria a suposta indeterminabilidade, muitas vezes atribuída às obrigações positivas tornando-as passíveis de uma avaliação judicial. Dessa forma, as Cortes, em respeito ao princípio democrático, não invadiriam a esfera de



competência do executivo ou legislativo, mas apenas fixariam limites à discricionariedade política, agindo, portanto, legitimamente.

A Corte Europeia de Direitos Humanos adota a técnica do balanceamento desde o leading case “Caso Linguístico Belga” quando decidiu que: “Deve-se encontrar o just balance entre a proteção dos interesses gerais da comunidade e o respeito aos direitos fundamentais” (CEDH, Caso Língístico Belga, 1968). Desde então, o órgão julgador tem utilizado essa metolologia para decidir se os Estados violaram ou não uma obrigação positiva imposta pela Convenção.

O método consiste em, numa primeira etapa, avaliar as justificativas dos Estados Partes para o não cumprimento com as normas e protocolos da Convenção. Em uma segunda etapa a Corte avalia a adequação e proporcionalidade das medidas adotadas (AKANDJI-KOMBÉ, 2007, p.11).

Ao mesmo tempo que Estados possuem ampla discricionariedade na adoção das medidas que acharem necessárias para com o cumprimento das obrigações, por outro lado, um controle dessas medidas se impõe. A Corte utiliza um juízo geral de ponderação no qual considera, por um lado, a margem de autonomia e discricionariedade atribuídas aos Estados ao escolherem as medidas que julgarem necessárias para com o cumprimento das normas da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e seus protocolos e, por outro, se cumpriram ou não com as obrigações impostas (XENOS, 2012 p.204). O órgão julgador verifica se as medidas restritivas aos direitos são proporcionais ao fim visado, se não atingem a substância do direito limitando-se a regular o seu exercício (BARRETO, 2010 p.74).

A medida escolhida pelo Estado deve responder a um motivo social imperioso, pertinente e suficiente e terá de ser a menos gravosa das escolhas disponíveis, com a finalidade de atingir um equilíbrio justo (just balance) entre o interesse público e vida privada mostrando ser proporcional à finalidade almejada (BARRETO , 2010, p.74).

b) A visão de que as obrigações positivas deveriam ser deixadas apenas para a esfera política. Seria antidemocrático que juízes não eleitos pelo voto popular interviessem em questões exclusivamente políticas como nas escolhas dos outros poderes sobre prioridades na elaboração, execução e alocação de recursos de políticas públicas.



A importância da discussão sobre a teoria democrática, separação de poderes e judicial review é de extrema importância para o entendimento sobre qual papel as Cortes devem desempenhar quando instadas a decidir sobre uma obrigação positiva.

Para alguns autores o poder judiciário claramente não deveria assumir um papel político. (PALMER, 2009, p.14 e SUSTEIN, 1997, p. 329). Segundo WALDRON (1999, p.2013), um dos maiores expoentes da teoria democrática, justiciabilidade significa dar aos juízes o poder de decidir definitivamente, ou seja, de ter a última palavra sobre um determinado assunto sem que essa decisão possa ser revertida por atos de outros poderes. Para os adeptos dessa corrente, dar aos juízes o poder de decidir sobre determinadas questões, como as relacionadas aos direitos humanos comportaria um profundo desrespeito aos valores democráticos e representativos. Uma das falhas apontadas por outro grupo de teóricos, representados por ELY (1980, p.103) é que a democracia, concebida como governo da maioria, por vezes exclui a minoria do processo político. O poder judiciário desempenharia um papel fundamental na correção dessa desigualdade atuando como uma instituição fortalecedora do processo democrático.

Para outro grupo de doutrinadores o fato de os DESC serem custosos implica sempre numa decisão sobre a alocação de recursos estatais destinados ao seu cumprimento. Desta forma, sempre que a decisão envolver gastos públicos ela deve ser tomada pelo poder político, o qual é competente, segundo o princípio da separação de poderes, para decidir sobre a aplicação dos recursos públicos. Se o poder judiciário assumisse esse papel ele estaria invadindo a esfera de competência de outro poder (SHANY, 2007, p.78). Portanto, o foro judicial não seria o mais adequado para discutir e decidir questões de políticas públicas (FULLER, 1978, p.198).

Influenciada pela teoria de ALEXY (2012, p. 512), a Corte ao utiliza o balanceamento (just balance) para conciliar, por um lado os interesses do Estado e, por outro, a exigência de cumprimento para com as obrigações estabelecidas na Convenção. Dessa forma, a Corte agiria legitimamente, sem que suas decisões invadissem a esfera de competência dos poderes democraticamente eleitos pelos Estados Partes.

Os DESC sempre foram associados às obrigações sujeitas a um custo por parte do Estado. Esse argumento sempre foi muito utilizado para justificar a sua suposta falta de justiciabilidade



desses direitos. Porém, mesmo em sua dimensão de direito de liberdade, um direito pode ter um custo elevado para o Estado, não havendo, portanto, relação determinante entre DESC e custos.

No Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, os Estados Partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos possuem ampla discricionariedade na tomada de decisão em relação à alocação dos seus recursos, como destaca Xenos:

Essa margem de apreciação estatal é a manifestação do limite democrático (democratic limit) da Convenção, quando a proteção dos direitos humanos envolve alocações de recursos que não podem ser legitimamente modificados por um judiciário não eleito ou deixado a cargo de um juiz internacional. Porém, observa o autor que essa margem não se aplica quando um número manejável de indivíduos está envolvido. (XENOS, 2012, p.61).

Para Xenos o que será determinante é a quantidade de pessoas abrangidas pela demanda. O autor argumenta que quando um pequeno ou manejável número de indivíduos está indiretamente implicado em uma demanda individual, o encargo financeiro do Estado por possíveis demandas similares pode não ser desproporcional ou impossível. Nestes casos o limite democrático não se aplica preservando a legitimidade da Convenção, permitindo ao juiz da CEDH intervir e pronunciar a violação desta obrigação positiva.

O Caso Linguístico Belga é um caso exemplar envolvendo obrigações custosas (obrigação estatal de ofertar ensino em outra língua em escolas públicas) e que afetam muitas pessoas. Os requerentes, pais de alunos que vivem na Bélgica, falantes da língua francesa pleitearam que seus filhos fossem educados nesta língua nas escolas situadas em região onde o ensino estatal é oferecido em holandês alegando que houve violações, por parte do Estado Belga dos artigos 2º do Protocolo (P1-2) (direito à instrução), 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar e 14º (proibição de discriminação) da Convenção tendo a Corte decidido que

a formulação negativa do direito à instrução como confirmada pelos trabalhos preparatórios, revela que os Estados Partes não reconhecem esse direito como contendo uma obrigação de oferecer ou subsidiar, com seus próprios custos, nenhum nível ou tipo particular de instrução. (CEDH, Caso Linguístico Belga, 1968).

A Corte também decidiu que não houve violação ao direito à vida privada e familiar e de proibição de discriminação, os quais não geram uma obrigação positiva ao Estado de garantir aos estudantes o direito de ser educado na língua de seus genitores.



No entendimento da Corte as medidas adotadas pela Bélgica não são desproporcionais ou arbitrárias e sim baseadas primeiramente no fato de que naquela região a maioria da população é falante de uma mesma língua (a língua holandesa) e também no interesse público, qual seja, garantir que todas as escolas dependentes de recursos do Estado e existentes numa região unilíngue conduzam o ensino na língua que é predominante na região.

Por outro lado, no caso *L. vs. Lituânia*, no qual o requerente pleiteava do Estado o direito à realização de cirurgia de mudança de sexo, a Corte entendeu que a obrigação requerida, apesar de custosa, não afetaria muitas pessoas. A CEDH estabeleceu que, apesar das restrições orçamentárias ao serviço público de saúde terem justificado os atrasos iniciais na implementação dos direitos assegurados pelo código civil aos transexuais, quatro anos se passaram desde sua entrada em vigor devendo, portanto, ser imediatamente cumprida. Dado o fato de que poucos indivíduos estão envolvidos nesta mesma situação (certa de 50 pessoas, de acordo com estimativas extraoficiais), o encargo financeiro no orçamento estatal não seria extremamente afetado. Assim, o interesse público não seria atingido com a realização do direito pleiteado pelo requerente (CEDH, Caso *L. vs. Lituânia*, 2008).

Portanto, observamos que nos casos em que há vários indivíduos em potencial envolvidos direta ou indiretamente com a demanda, no sentido de que novas demandas similares podem ser propostas, as decisões da CEDH tendem a considerar a reserva do possível, ou seja, ponderando a influência das questões orçamentárias. Em conformidade com o princípio democrático, questões que envolvem a alocação de recursos devem ser deixadas ao poder público. Já nos casos em que há uma potencialidade menor de demandas similares serem propostas, a CEDH não aplica a reserva.

5 CONCLUSÃO

Na busca da efetividade na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais a Corte Europeia de Direitos Humanos incorporara em sua jurisprudência uma importante mudança de paradigma em relação à interpretação desses direitos adotando duas medidas que são de fundamental importância para o alcance da efetividade dos direitos protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.



De um lado, adota em suas decisões uma mudança em relação à interpretação desses direitos, abandonando a velha concepção da tipologia dos direitos humanos em detrimento de um novo modelo de interpretação das normas de direitos humanos, garantindo a autonomia dos mesmos. Essa mudança afasta o argumento da indeterminabilidade de falta de justiciabilidade invocado por alguns teóricos para justificar uma falsa diferenciação entre DESC e os direitos políticos e civis.

Por outro lado, a Corte Europeia de Direitos Humanos utiliza a metodologia do just balance. Akandji – Kombé (2007, p.11) relata que esta parece ser uma nova tendência que surge nos julgados da CEDH, a qual visa combinar os direitos estabelecidos na Convenção com princípios gerais tais como “Estado de Direito”, considerados fundamentais para a democracia e inerentes aos direitos da Convenção e seus protocolos. Ou seja, trata-se do desenvolvimento de uma metodologia de julgamento que procura legitimar as decisões evitando o confronto ou invasão da esfera de competência dos Estados Partes. Dos casos estudados observamos que a Corte, em respeito ao princípio democrático, não invade a esfera de competência dos Estados Partes, mas apenas fixa limites à discricionariedade política, agindo com deferência às escolhas políticas dos Estados.

Concluimos que a tentativa de deixar os DESC fora do âmbito de proteção da Convenção Europeia dos Direitos Humanos foi superada com a adoção pela Corte dessa técnica de interpretação e julgamento alcançando uma efetividade unitária de todos os direitos protegidos pela Convenção.

REFERÊNCIAS

AKANDJI-KOMBÉ, Jean François. **Positive Obligations under the European Convention on Human Rights – a guide to the implementation of the European Convention on Human Rights. Human rights handbooks.** Strasbourg: nº 7. Council of Europe, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012a.



_____. **Balancing, constitutional review, and representation.** Oxford University Press and New York University School of Law, n.4, v.3, p. 572–581, 2005.

BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – anotada.** Coimbra: 4º ed, 2010.

BREMS, Eva, **Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights.** In: BARAK–EREZ Daphne e M GROSS, Aeyal (org). *Exploring Social Rights – between theory and practice.* Oxford: Hart Publishing. 2007.

CHRISTOFFERSEN, Jonas. **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights (International Studies in Human Rights).** Laiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993.** Declaração nº 5, Viena, 1983. Disponível em: www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf. Acesso em: 02 fev.2020

CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Maastricht Guideline nº 6.** Ver comentário geral números 19 (2008), parágrafo 43; 18(2005), parágrafo 22; 17(2005) parágrafo 28; 16 (2005) parágrafos 18-21.

EIDE Asbjorn. **Economic, Social, and Cultural Rights as Human Rights.** In: EIDE Asbjorn. KRAUSE, Catarina, ROSAS, Allan. *Economic, Social, and Cultural Rights: a textbook.* Laiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

ELY, John Hart. **Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review.** Maryland Law Review v. 37 nº3, 1978.

_____. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review.** Harvard University Press. 1980.

ESTRASBURGO. **Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Hokkanen vs. Finlândia.** Presidente: R. Ryssdal 24 de agosto de 1994. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57911>. Acesso em 29 nov. 2020 e López Ostra vs. Espanha.



Presidente: C.A. NØrgaard. 9 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-24934>. Acesso em 20.11.2020.

_____. **Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso X e Y vs. Países Baixos.**

Presidente: R. Ryssdal. 26 de março de 1985. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57603>. Acesso em 29 de nov.2020.

_____. **Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Airey vs. Irlanda.** Presidente: G

Wiarda. 9 de outubro de 1979. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420>
Acesso em: 29. nov. 2020.

_____. **Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Linguístico Belga.** Presidente R.

Cassin, 23 jul.1968. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57525%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57525%22]}). Acesso em: 23 fev.2020.

_____. **Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso L. vs. Lituânia.** Presidente: Jean-

Paul Costa.31.mar.2008. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82243>. Acesso em 29.11.2020.

FREDMAN, Sandra F.B.A. **Human Rights Transformed: positive rights and positive duties.** New York: Oxford, 2008.

FULLER, Lon L. **The forms and Limits of Adjudication.** Harvard Law Review, Vol. 92, No. 2 (Dec. 1978).

HARRIS, David. O'BOYLE, Michael e WARBRICK, Colin. **Law of the European Convention on Human Rights.** 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2009.

KAREL, VASAK. **A 30- Year Struggle the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration on Human Rights.** The Unesco Courier, November 1977.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Citizenship and Social Class – and other essays.** Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

MIRANDA, J. **Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais.** Estoril: Principia Editora. 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.



PALMER, Ellie. **Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights ACT (Human Rights Law in Perspective)**. Irish Academic Pr, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas**. Brasília: Rev. TST, vol. 75, nº1, jan/mar 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais no Plano Internacional**. in Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez. San José, Costa Rica. Inter-American Institute of Human Rights, 1998.

SCAFF, Fernando Facury in MARTINS, Ives Gandra. **Contribuições de Intervenção e Direitos Humanos de Segunda Dimensão**. São Paulo: RT, 2002.

SCOTT, Craig. **The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of International Covenants on Human Rights** in Hein OnLine: 30 Hum. Rts. Q. 9842008, 1989.

SHANY, Yuval. **Stuck in a Moment in Time: The International Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights** in BARAK-EREZ Daphne e M. GROSS, Aeyal (org). Exploring Social Rights – between theory and practice. Oxford: Hart Publishing. 2007.

SHUE, Henry. **The Interdependence of Duties**. In ALSTON, Philips e TOMASEVSKI, Katarina. The Right to Food. Uthrecht: Netherlands Institute of Human Rights, 1984.

SUSTEIN, Cass R. **Response: From Theory to Practice** Order of the Coif Lecture: Response. Arizona State Law Journal, 29. 1997.

VAN HOOFF, G.J.H. **The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views**, in ALSTON, Philips e TOMASEVSKI, Katarina. The Right to Food. Uthrecht: Netherlands Institute of Human Rights, 1984.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford. 1999.

WHELAN, Daniel J. **Untangling the Indivisibility, Interdependency, and Interrelatedness of Human Rights**. Economic Rights Working Paper Series. Hendrix College. The Human Rights Institute. University of Connecticut, abril 2008. Disponível em:



http://www.academia.edu/641545/Untangling_the_Indivisibility_Interdependency_and_Interrelatedness_of_Human_Rights. Acesso em: 02 fev. 2020.

XENOS. Dimitris. **The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights**. London and New York: Routledge, 2012.

