

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Jânia Maria Lopes Saldanha* (Brasil)
Clara Rossatto Bohr** (Brasil)

A vulnerabilidade nas decisões da Corte Interamericana de Diretos Humanos (Corte IDH): impacto nas políticas públicas e no modelo econômico dos Estados

“Estávamos todos à mercê, que o corpo era a casa inteira,
a única garantida, no tempo vulnerável que o atendia”.
A desumanização. VALTER HUGO MÃE.

RESUMO

O trabalho investiga acerca da elaboração do conceito de vulnerabilidade na jurisprudência da Corte IDH, relacionando-o com a violação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Demonstra-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem enfrentado o tema da vulnerabilidade em inúmeros casos. Por isso tem condenado os Estados que, obrigados convencional e constitucionalmente, devem cumprir tais decisões e, por consequência, veem-se compelidos a adotar políticas públicas e assumir seu compromisso com a justiça social, malgrado adotem políticas econômicas neoliberais e assumam as feições de Estados “reguladores”.

Palavras-chave: vulnerabilidade, direitos sociais, Corte IDH, Estado social, modelo econômico.

* Pós-Doutora em Direito do IHEJ – Institut des Hautes Études sur la Justice, Paris. É coordenadora e professora do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul, Brasil. Foi professora visitante 2016/2017 no IHEAL – Institut des Hautes Études de l’Amérique Latine, Université Sorbonne Nouvelle, Paris. Advogada. jantiasaldanha@gmail.com

** Bolsista PIBIC – CNPQ – orientada por Jânia Maria Lopes Saldanha. Graduada do curso de Direito da UFSM. Membro do grupo de pesquisa Centro de Ciências Jurídicas Comparadas, Universalização do Direito e Sistemas de Justiça (CCULTIS). clararossatto96@gmail.com

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag untersucht die Herausarbeitung des Gefährdungskonzepts in der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (IAGMR) und setzt es in Beziehung zur Verletzung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten. Es wird nachgewiesen, dass sich der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte in unzähligen Fällen mit der Frage der Gefährdung befasst hat. Dabei hat er Urteile gegen Staaten ausgesprochen, die aufgrund ihrer Verfassungen oder der von ihnen unterzeichneten Abkommen zur Umsetzung solcher Entscheidungen verpflichtet sind und daher in der Verantwortung stehen, öffentliche Politikmaßnahmen im Sinne der sozialen Gerechtigkeit zu ergreifen, obwohl sie eine neoliberale Wirtschaftspolitik betreiben und sich den Anschein von „regulierenden“ Staaten geben.

Schlagwörter: Gefährdung, soziale Rechte, IAGMR, Sozialstaat, Wirtschaftsmodell.

ABSTRACT

The work researches the unfolding of the concept of vulnerability in the Inter-American Court case-law, relating it to the violation of economic, social and cultural rights. It is demonstrated that the Inter-American Court of Human Rights has faced the issue of vulnerability in numerous cases. That is why it has condemned those states which, conventionally and constitutionally bound, must comply with such decisions and, consequently, are compelled to adopt public policies and assume their commitment to social justice, in spite of adopting neoliberal economic policies and assuming the features of “regulatory” States.

Key words: Vulnerability, social rights, IACHR, Social State, economic model.

Introdução

Este texto tem por finalidade analisar o contexto histórico, político e econômico dos casos analisados pela Corte IDH em que a vulnerabilidade ou vulnerabilidade extrema são consideradas no julgamento de violações causadas, quer pela omissão, quer pela má atuação dos Estados. Dada a amplitude do questionamento optou-se por fazer um recorte substancial, centrando-se a análise no fenômeno sócio-jurídico-político da vulnerabilidade que vitimiza e mantém milhões de seres humanos à margem das riquezas e dos serviços públicos estatais.

Os fatores que produzem essa lamentável condição são variados e multidimensionais. Considerando tal característica e tendo presente que os direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), dentre o conjunto de direitos humanos previstos em textos internacionais e nas Constituições, são aqueles que mais tardiamente receberam atenção de instituições como os tribunais internos e as Cortes de direitos humanos, escolheu-se relacionar as situações de vulnerabilidade como efeito da violação desses direitos.

Ao longo dos anos, a chegada à Corte Interamericana de Direitos Humanos de demandas que denunciam a violação dos DESC tem exigido desse Tribunal a realização de uma atividade hermenêutica muito particular, tendo em vista que tais direitos estão previstos de forma muito ampla no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Embora presentes nas razões de decidir dos juízes apenas por “ricochete” – isto é, como estando em um segundo plano em relação aos direitos civis e políticos (ainda que reconhecida a universalidade e indivisibilidade das duas categorias de direitos) –, essa situação conheceu gradativas mudanças nos últimos anos, passando a ser amiúde localizados no centro das razões de decidir e relacionados a inúmeras situações de vulnerabilidade.

As decisões da Corte IDH nesse sentido têm imposto um conjunto de medidas em termos de políticas públicas, de controle de convencionalidade e de respeito aos princípios de justiça social inscritos na Convenção Americana de Direitos Humanos, e também nas Constituições, as quais interferem nas matrizes clássicas do direito público interno, assim como no sistema econômico previsto nas Cartas Políticas.

Trata-se do efeito expansivo das decisões da Corte quanto às políticas públicas internas, e de uma recomendação, com força vinculante, para que os Estados cumpram com as promessas do Estado social presentes nas Constituições e nas Convenções, ainda que na prática a força dos interesses da economia e o padrão ultraliberal do capitalismo global reduza esses mesmos Estados a agentes reguladores das forças do mercado e, ao mesmo tempo, deixe a via aberta ao predomínio da lógica concorrencial. O caminho percorrido tem como ponto de partida a análise da vulnerabilidade sob uma dupla dimensão, qual seja: a do seu reconhecimento doutrinário e a da sua construção teórica na jurisprudência da Corte IDH (Parte 1).

Em complementação a essa primeira parte, foram observados alguns poucos casos em que a vulnerabilidade e a vulnerabilidade extrema foram aplicadas em decisões da Corte de direitos humanos. Alerta-se o leitor de que os casos não foram esgotados e sequer seria essa a pretensão. A dimensão do relato extrapolaria em muito os propósitos deste texto. Mas optou-se por dar atenção a quatro países da América Latina – de distintas dimensões geográficas e com níveis de desenvolvimento também variado. Ao final, intentou-se demonstrar que as decisões condenatórias dos Estados por violação de direitos humanos econômicos, sociais e culturais são incompatíveis com Estados cujas Constituições estabelecem tanto parâmetros de justiça social embasados no modelo de Estado intervencionista, quanto previsões dos direitos econômicos, sociais e culturais em seu conjunto de direitos fundamentais (Parte 2).

PARTE I

O reconhecimento da vulnerabilidade com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) na jurisprudência da Corte IDH

As políticas estatais de proteção social, que implicam em escalas de proteção por um lado, se veem confrontadas por políticas de austeridade por outro. As primeiras têm experimentado inúmeras reduções a partir do colapso do modelo de Estado social, enquanto que as segundas fazem parte das ações governamentais em vários quadrantes, dada a imposição global dos princípios neoliberais. Disso resulta a intensificação dos fatores de vulnerabilidade e também o surgimento de novos fatores.¹ Mas a vulnerabilidade expressa de igual modo uma situação estratégica, na medida em que evidencia uma diferença situacional que reivindica formas de compensação como contenção e estabelecimento de equilíbrio entre as diferenças.² Por isso é tema que tem ocupado tanto a doutrina quanto também inúmeras instâncias internacionais (Cap. 1).

A Corte IDH tem enfrentado inúmeras situações de vulnerabilidade. Assim, ao longo dos anos teve a habilidade e a sabedoria de criar uma tipologia da vulnerabilidade latino-americana (Cap. 2).

1. O reconhecimento da vulnerabilidade: geometria variável no tempo e no espaço

Desde as obras de Amartya Sen – esse autor tratou de pensar as causas da desigualdade –,³ o problema da vulnerabilidade humana tem sido alvo de estudos avançados por parte dos teóricos em ciências humanas. Mas foi no contexto das catástrofes naturais que o termo passou a ocupar a atenção dos especialistas em ciências aplicadas.⁴ Nesse campo em particular, a vulnerabilidade foi definida e interpretada em consideração aos riscos, aos envolvidos e à capacidade de reação humana às catástrofes. Seus elementos fundamentais podem ser identificados como: a) a situação ou condição das vítimas (individuais ou em grupos); b) a

¹ Veja-se os números assustadores de exclusão indicados pelos Médecins du Monde. Disponível em <http://www.medecinsdumonde.org/Nos-Combats/Priorites-d-action>

² Samantha Besson, *La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme: l'exemple de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, em Laurence Burgorgue Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014.

³ Amartya Sen, *Repenser l'inégalité*, Paris, Seuil, 2000.

⁴ Andreas Lampis, *Vulnerabilidad y adaptación al cambio climático. Debates acerca del concepto de vulnerabilidad y su medición*. Disponível em <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/rcg/article/view/37017/43839>.

existência de uma ameaça subjacente; c) a capacidade de adaptação aos riscos e aos efeitos dos desastres.⁵

Mapear as situações de vulnerabilidade global – de várias origens – em que se encontram milhões de seres humanos é importante, do ponto de vista da sociologia, para entendê-las e nomeá-las, a fim de que sejam construídas respostas institucionais – para reduzi-las, se não eliminá-las. Para isso, do ponto de vista do direito é preciso criar condições de intervenção que amiúde são de responsabilidade dos Estados no campo específico das políticas públicas. Trata-se, assim, de um problema não apenas político, mas também, e sobretudo, normativo.

Encontrar as causas da vulnerabilidade humana pressupõe uma consideração de dupla face: observar o tempo e o espaço em que elas são produzidas. É o efeito do contexto temporal e espacial que permitirá que a vulnerabilidade seja entendida como um fenômeno que não escapa às transformações da sociedade e do próprio Estado. Essa consideração torna mais fácil compreender que os indivíduos em situação de vulnerabilidade especial, como as crianças, as mulheres, as pessoas com necessidades especiais, ou os grupos, como o dos desempregados, dos migrantes, das minorias étnicas, religiosas, sexuais, entre outros, podem encontrar-se em distintas condições de fragilidade e que exigem respostas também diferenciadas.

A condição de vulnerabilidade de pessoas ou de grupos, por reunir um caráter transversal e plástico,⁶ torna possível sua compreensão a partir de vários campos do conhecimento. É, assim, um estímulo e um desafio. Ela é de geometria variável e flutuante, porque se refere às experiências da vida e à vida em comum em relação ao campo político. Entretanto, a amplitude das situações não pode ser abordada no espaço limitado deste trabalho. Por isso, a atenção estará centrada na vulnerabilidade econômica que, como é sabido, se acentuou no quarto final do século XX em razão das transformações sofridas pelo modelo econômico mundial, que repercutiram de maneira importante nos padrões de produção, nas relações de trabalho e nos níveis avassaladores de desemprego no plano interno dos Estados.

A crise do petróleo da década de setenta daquele século modificou a dinâmica do Estado social e provocou o que pode ser denominado de vulnerabilidade econômica estrutural, a qual aportou ao século XXI, de maneira ainda mais perversa, na forma de vulnerabilidade extrema. O modelo econômico, que da feição neoliberal passa a ter a feição ultraliberal,⁷ definitivamente não oferece aos membros das sociedades a

⁵ Rosmerlin Estupiñan-Silva, La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología, em *Derechos humanos y políticas públicas*, p. 197. Disponível em https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.193-232.pdf.

⁶ Marc- Henry Soulet, La vulnerabilité, une ressource a manier avec prudence, em Laurence Burgorge-Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 11.

⁷ “No plano econômico ele envolve o neoliberalismo e seus intentos de desmantelamento do Welfare state e a consolidação da ordem espontânea do mercado. No plano

garantia de manutenção das condições minimamente dignas de vida, o que fragiliza, pouco a pouco, a existência individual e coletiva.

Por outro lado, é bom lembrar, os compromissos sociais dos Estados tiveram início na passagem do Século XIX para o Século XX com a adoção, por inúmeros países ocidentais, de um novo regime de responsabilidade por acidentes de trabalho. Foi o tempo do surgimento de um quadro normativo protetivo dos direitos dos trabalhadores no plano interno de muitos Estados, e que se destinava a reduzir as condições de vulnerabilidade dos trabalhadores, submetidos a extensas jornadas de trabalho, a condições precárias de atividades e ao gozo ínfimo de direitos.

No plano global, a constituição pioneira da OIT – Organização Internacional do Trabalho – em 1919 foi o resultado da intensa mobilização de inúmeros países para estabelecer um marco comum em matéria de proteção trabalhista. Mas o reconhecimento da justiça social como um valor – inserido no texto de inúmeras Constituições no século XX – foi expresso de maneira central no texto da Declaração da Philadelphia de 1944. A comunidade internacional, extraindo lições das tragédias produzidas pelas duas grandes guerras, afirmou solenemente que “não existiria paz durável sem justiça social”.⁸

É nessa perspectiva que a compreensão das situações de vulnerabilidade depende da consideração do contexto relacional, ou seja: os indivíduos e os grupos são vulneráveis apenas em certas condições existenciais no âmbito da vida em sociedade entre indivíduos e grupos reciprocamente, e entre esses últimos e as instituições públicas e privadas. Interessa sobremaneira a relação com o ente estatal, que é, em geral, por previsão constitucional, o responsável pela promoção do desenvolvimento econômico e pelo respeito à dignidade humana.⁹ Dessa maneira, a vulnerabilidade é, por essência, uma propriedade das relações sociais.

A geometria variável que caracteriza a vulnerabilidade econômica pode ser percebida com relação a indivíduos e grupos considerando-se os momentos e as distintas situações, como, por exemplo, o desemprego, a carência de moradia, a falta de alimentos, o reduzido e difícil acesso aos sistemas de saúde e educacional; enfim, a privação de acesso aos serviços básicos para uma vida digna e que fazem parte dos “mínimos existenciais”, como o acesso à água, à energia elétrica e ao uso do solo, entre outros.¹⁰

Evidentemente, tais situações estão relacionadas ao acesso e ao gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais que integram o direito internacional dos direitos

internacional ele se traduz pelo novo conservadorismo, ou seja: um messianismo que visa estender a lógica neoliberal ao mundo inteiro”, em Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie*, Paris, Seuil, 2010, pp. 29-30.

⁸ Alain Supiot, *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Collège de France/Fayard, 2013, p. 20.

⁹ Previsão que está na Constituição do Brasil, por exemplo, nos artigos 1.º e 3.º.

¹⁰ Fabienne Brugère, *La politique de l'individu*, Paris, République des idées/Seuil, 2013, p. 90.

humanos e que, por isso, estabelecem a responsabilidade estatal de cumpri-los, sendo hoje, também, paulatinamente imposta aos particulares – como no caso das empresas no contexto da responsabilidade social das empresas (RSE).¹¹

Assim, diante das inúmeras possibilidades de violação desses direitos, as quais submetem os indivíduos e grupos à situação de vulnerabilidade, o problema concreto é identificar tal situação com a finalidade de construir respostas efetivas para debelá-la ou reduzir seus efeitos nocivos. Ora, para aferir uma situação concreta de vulnerabilidade é preciso levar em conta que à vulnerabilidade corresponde o desejo de igualdade substancial. Ou seja: para ameaças iguais, igual vulnerabilidade. Afinal, não é difícil perceber que existem ameaças *standard*, como, por exemplo, o desemprego estrutural, a falta de moradia, a carência de acesso à saúde e à escola que, por consequência, produzem vulnerabilidades *standard* carentes de respostas mais ou menos comuns por parte dos Estados.

Porém, é também possível se afirmar que, no mundo da vida, há pessoas que são mais vulneráveis às ameaças *standard* do que outras, seja em razão de suas distintas situações pessoais, seja em razão do tempo e do espaço onde vivem. Com efeito, as alternativas criadas comumente para dar conta das vulnerabilidades gerais não são suficientes para esses indivíduos e grupos. É preciso, segundo Samantha Besson,¹² criar condições de inteligibilidade jurídica para proteger sua esfera de interesses e salvaguardá-las da situação de vulnerabilidade especial diante de ameaças que lhes são dirigidas. É o que acontece com o direito à não-discriminação, porquanto protege a igualdade de pessoas e categorias de pessoas especialmente vulneráveis. Veja-se o caso do grupo dos imigrantes indocumentados, que amiúde são discriminados pela sua condição de “estrangeiros”, pela sua condição de “indocumentados”, e que por isso têm enormes, e às vezes intransponíveis, barreiras para terem acesso a direitos econômicos sociais e culturais como o direito ao trabalho, à seguridade social e à educação.

Percebe-se um déficit geral por parte dos Estados categorizados como “em desenvolvimento” para responder ao problema do incremento das situações de vulnerabilidade. O Informe da ONU sobre desenvolvimento humano de 2016¹³ indica quatro políticas que deverão ser adotadas pelos Estados para favorecer os excluídos: a) chegar aos excluídos por meio de políticas universais; b) aplicar medidas para os grupos com necessidades especiais; c) empoderar os excluídos; d) construir um

¹¹ Alain Supiot e Mireille Delmas-Marty, *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015.

¹² Samantha Besson, *La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme: L'exemple de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*

¹³ Segundo esse relatório, na América Latina apenas Chile e Argentina estão inseridos entre os 51 países considerados com índice de desenvolvimento humano muito alto. Em *Rapport sur le développement humain 2016. Droits humains pour tous*, pp. 11 e 21. Disponível em <http://www.undp.org/content/undp/fr/home/librarypage/hdr/2016-human-development-report.html>.

desenvolvimento resiliente. As desigualdades estruturais que marcam as populações de inúmeros países estão ao centro da agenda do Horizonte 30 da ONU, para quem a necessidade de avançar para um sistema mundial mais justo pressupõe que nela esteja a previsão de reformas institucionais, a regulamentação dos mercados globais, o controle da governança das instituições multilaterais e o fortalecimento da sociedade civil.

De fato, esses são ideais a perseguir e realizar. Como massivamente ocorre na América Latina, até mesmo os Estados regidos por Constituições democráticas e que, portanto, incorporaram em seus textos o amplo catálogo dos DESC previstos nos textos internacionais, apresentam dificuldades em viabilizar o acesso das pessoas em condições de vulnerabilidade aos direitos humanos básicos.

Por a vulnerabilidade poder decorrer da negação dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais previstos nos textos internacionais protetivos dos direitos humanos, não tardou para que os tribunais regionais de direitos humanos fossem provocados para decidirem sobre tais questões, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal esse que tem desenvolvido uma jurisprudência muito particular nessa matéria.

2. A construção da tipologia da vulnerabilidade e os DESC na jurisprudência da Corte IDH

O termo vulnerabilidade não está presente nos textos das três Convenções de Direitos Humanos – europeia, americana e africana –, embora esta última faça referência no art. 22 ao direito dos povos ao pleno desenvolvimento econômico, social e cultural. Mas, como se pode constatar, a vulnerabilidade tem sido invocada perante a jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que, em face ao dever convencional e à motivação das decisões, tem sido levada a enfrentar e decidir sobre a matéria, que não só é complexa, mas polissêmica. Em boa parte dos casos julgados, quando a Corte Europeia se refere à vulnerabilidade o faz para destacar os deveres de prestações positivas dos Estados.¹⁴

A jurisprudência da CEDH demonstra que o tribunal não apenas protege os casos de vulnerabilidade geral frente à violação de direitos humanos, mas, acima de tudo, protege a vulnerabilidade especial de indivíduos e grupos com relação ao que ela identifica como obrigações especiais – a exemplo do caso dos demandantes de asilo.¹⁵ Talvez devido à omissão da vulnerabilidade nos textos normativos que orientam a atividade da Corte, assim como a de outros tribunais internacionais, ela

¹⁴ Cour EDH, Gr. Ch., 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, §§ 153-154. Disponível em hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR.

¹⁵ Cour EDH, Gr. Ch., 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, § 251. Disponível em http://www.zidhp.eu/images/cedh--affaire-mss-c_150612.pdf.

é tímida em definir claramente o que entende por vulnerabilidade. Ora afirma ser um “estado de fato a observar”, ora entende ser um “estado de fato manifesto” que não depende de prova particular.¹⁶

No âmbito da aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, para reconhecer a situação de vulnerabilidade das vítimas a Corte IDH pratica duas ações interpretativas importantes.¹⁷

Na primeira, ela analisa o “contexto da vulnerabilidade (CV)”. Na segunda, ela analisa o “sujeito vulnerável (SV)”. Para analisar o CV ela realiza: (a) um teste de vulnerabilidade destinado a verificar as limitações de acesso das pessoas aos direitos convencionais, e (b) ela analisa as dinâmicas estruturais dos Estados para respeitar os direitos convencionais, o que depende de cada realidade social.¹⁸

Por outro lado, para analisar o SV a Corte IDH considera: (a) a sensibilidade das pessoas e grupos frente às ameaças, especialmente em relação à fragilidade física e à fragilidade social. Esta última torna pessoas ou grupos sensíveis às ameaças, como os trabalhadores, os indígenas, os migrantes, os desempregados, os pobres, entre outros; (b) uma tipologia da vulnerabilidade que decorre (b1) da condição pessoal e, (b2) de uma situação específica, como a dos migrantes, dos desempregados, dos presos, etc.¹⁹

Tem relevância para responder aos propósitos deste trabalho investigar os casos levados à Corte IDH que, ao envolverem questões relacionadas à violação de direitos sociais, econômicos e culturais relacionados à situação de vulnerabilidade, repercutem nas políticas públicas dos Estados e também no modelo econômico previsto na Constituição.

Tratar do reconhecimento e previsão global dos direitos econômicos, políticos e sociais é, em primeiro lugar, afirmar a sua natureza interdependente e indivisível. No âmbito dos marcos normativos globais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é a maior expressão dessa natureza. A Declaração de Viena de 1993, em seu parágrafo 5º reproduz normativamente a interpretação doutrinária feita da Declaração Universal, ou seja: que os direitos humanos detêm aquelas duas importantes características que definem seu núcleo essencial. Em harmonia com esses dois

¹⁶ Samantha Besson, *La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme. L'exemple de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, em Burgorgue-Larsen, Laurence, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 67.

¹⁷ Essa tipologia foi criada por Rosmerlin Estupiñan-Silva. Todas as referências apresentadas neste texto são desta autora, em *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Esquisse d'une typologie*, em Laurence Bourgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, pp. 89-116.

¹⁸ Rosmerlin Estupiñan-Silva, *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Esquisse d'une typologie*, em Laurence Bourgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, pp. 89-116.

¹⁹ Rosmerlin Estupiñan-Silva, *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Esquisse d'une typologie*, em Laurence Bourgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 89-116.

textos, o Pidesc – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 –alargou a previsão de direitos humanos já prevista na Declaração Universal.²⁰

Os direitos sociais do trabalho, à justa remuneração, o direito de associar-se a sindicatos, os direitos à moradia, à educação, à previdência social, à saúde, entre outros, foram contemplados nesse texto normativo – previsões essas que obrigam moral e juridicamente os Estados a cumpri-los. Além de serem autoaplicáveis, esses direitos carregam a marca da progressividade para a sua implementação. Com esse fim, os Estados devem utilizar todos os recursos disponíveis internamente, conforme prevê o art. 2º, § 1º do Pidesc.

Um texto especial global, o Protocolo de San Salvador²¹ estabelece um conjunto de direitos econômicos, sociais e culturais que complementa o Pidesc e reforça o dever dos Estados-partes de respeitar e efetivar os direitos sociais. Nesse rol de direitos está compreendido o direito à não discriminação, ao trabalho, à sindicalização, à previdência social, à saúde, à alimentação, à educação, aos benefícios da cultura, à proteção à família, às crianças, aos idosos e às pessoas deficientes.

Em nível internacional, os Objetivos do Milênio da ONU²² são uma indicação precisa do lugar ocupado pelos direitos econômicos, sociais e culturais, na medida em que apresentam orientações para a redução da miséria e da fome, para elevar os níveis de educação, para reduzir os problemas ambientais e para melhorar o acesso e as condições de trabalho, etc. As ações de monitoramento²³ do sistema onusiano têm nos Objetivos do Milênio mais uma motivação para verificar se os Estados, apesar da margem de apreciação²⁴ que possuem, adotam todas as medidas possíveis a fim de evitar ao máximo o retrocesso social.

De fato, ao longo dos anos a dificuldade de definir esses direitos no plano interno dificultou sua juridicidade. Daí a necessidade de construir um modelo próprio para os direitos econômicos, sociais e culturais. Parte da doutrina latino-americana defende essa posição no sentido de que devem ser identificadas obrigações fundamentais vinculadas aos direitos econômicos e sociais. Para isso devem ser reconhecidas: a) a obrigação de garantir um mínimo essencial relacionado às obrigações imediatas dos Estados e que estão relacionadas ao gozo de outros direitos e; b) uma obrigação

²⁰ O Pacto, atualmente, está ratificado por 153 Estados. Disponível em https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV3&chapter=4&lang=fr.

²¹ Com entrada em vigor em 1999. Disponível em http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm

²² Disponível em <http://www.un.org/millenniumgoals/>.

²³ Relatórios que os Estados devem encaminhar descrevendo as ações administrativas, legislativas e judiciais adotadas a fim de conferir observância aos direitos reconhecidos no PIBESC. Esta parte do trabalho relativa aos DESC foi construída juntamente com Márcio Moraes Brum, ex-aluno e pesquisador do PPG em Direito da UFSM.

²⁴ Jânia Saldanha e Márcio Brum, *A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado*. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v15/v15a6.pdf>.

de progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, atentando-se para as realidades de cada Estado e ao máximo de recursos disponíveis.

Essa forte orientação interpretativa guarda um sensível contato com a substancialidade de outros direitos previstos na Convenção Americana. É justamente o que se pode perceber da jurisprudência da Corte IDH, que em sua prática jurisdicional tem feito do núcleo essencial dos direitos econômicos, sociais e culturais a luz para o reconhecimento do conteúdo mínimo essencial de outros direitos humanos, como o direito à vida. E tais decisões inevitavelmente responsabilizam os Estados, interferem em suas políticas públicas e reivindicam que seja aplicado o modelo econômico comprometido com a justiça social que as Constituições preveem.

PARTE II

A aplicação das decisões da Corte IDH pelos Estados: repercussão no direito público e no modelo econômico previsto constitucionalmente

A construção da tipologia da vulnerabilidade pode ser identificada em alguns dos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual tem enfrentado tanto casos de vulnerabilidades gerais, quanto de especiais (Cap. 3). Essas decisões têm provocado impacto no direito público interno, nas políticas públicas e no sistema econômico (Cap. 4).

3. A aplicação da jurisprudência da Corte IDH e o reconhecimento de situações de vulnerabilidade

A análise da vulnerabilidade foi necessária para mostrar que os indivíduos e grupos violados em seus direitos econômicos, sociais e culturais se encontram, em geral, em tal situação. Então, o trato desses direitos em justiça é um problema que ainda deve ser enfrentado pelos tribunais de direitos do homem. Embora a chegada dos mesmos a Corte IDH ainda seja tímida – desde o ano de 2003 –, pode-se afirmar que esse tribunal tem enfrentado inúmeros casos que denunciam a omissão dos Estados em fornecer respostas efetivas aos quadros de violações dos DESC.

Tome-se como exemplo a OC - Opinião Consultiva n. 18 de 2003,²⁵ no julgamento da qual a Corte IDH reconheceu a categoria da fragilidade social a que estão expostos os imigrantes em situação ilegal. A Corte disse que os Estados têm o dever de respeitar os direitos trabalhistas de todos os trabalhadores independentemente de

²⁵ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf, parágrafo 148 e 160.

sua condição de nacionais ou de estrangeiros, assim como também o de não tolerar as discriminações perpetradas contra esse grupo e tampouco a relação contratual de trabalho que desrespeite os *standards* mínimos internacionais. A Corte IDH acentua que os Estados devem garantir aos imigrantes a aplicação da normativa interna ou internacional que melhor proteja esses trabalhadores, considerados parte mais vulnerável na relação trabalhista – ainda mais vulneráveis do que os trabalhadores nacionais, embora se lhes deva assegurar os mesmos direitos que os atribuídos a esses últimos. Todas as medidas necessárias para que tal situação seja reconhecida e cumprida na prática devem ser adotadas pelos Estados.

A impunidade como decorrência de violências generalizadas acarretou ao grupo indígena Moiwana, do Suriname, uma condição generalizada de vulnerabilidade. Julgando o processo do mesmo nome – Moiwana vs. Suriname²⁶ –, de 2005, a Corte IDH, por meio do voto do juiz Cançado Trindade, disse que os membros dessa comunidade experimentaram um sentimento de indiferença pelo poder público e, por isso, uma perda de fé na razão e na consciência que governam o mundo. Eles sofreram pobreza e privações ante a impossibilidade de gozarem plenamente da possibilidade de se utilizarem de seus meios tradicionais e ancestrais de subsistência.

A vulnerabilidade derivada da pobreza e exclusão dos povos indígenas também foi reconhecida pela Corte IDH no caso – Yakye Axa vs. Paraguai²⁷ –, julgado em 2006. A consideração das características econômicas e sociais especiais em que se encontram os povos indígenas levou a Corte IDH a decidir que cabe aos Estados outorgar a proteção efetiva a tais grupos pela especial situação de vulnerabilidade oriunda do desrespeito ao seu direito consuetudinário, aos seus valores, usos e costumes. A Corte IDH destacou que a situação de risco e vulnerabilidade da Comunidade Indígena Yakye Axa foi provocada por negligência e debilidade em promover políticas públicas sociais apropriadas pelo próprio Estado do Paraguai. Por isso, a Corte condenou o Paraguai a disponibilizar de maneira imediata e periódica água potável, atendimento médico, alimentação, serviços sanitários e escolas.

O reconhecimento da condição de especial vulnerabilidade a que estão jogados determinados indivíduos ou grupos – seja por condição pessoal ou específica – exige dos Estados, com base nas determinações da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma atenção particular sob pena de responsabilidade internacional. Este entendimento ficou marcado por ocasião do julgamento do caso – Comunidade Indígena de Sawhoyamaxa vs. Paraguai²⁸ –, julgado em 2006, em cuja decisão foi reconhecida sua condição de extrema vulnerabilidade decorrente da pobreza extrema e inadequada satisfação dos direitos básicos, como saúde e educação.

²⁶ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf, parágrafos 79.

²⁷ Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf, parágrafos 43 e 221.

²⁸ Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf, parágrafos 154 e 182.

Mais recentemente, a Corte IDH ao julgar o caso – Furlan y familia vs. Argentina²⁹ –, do ano de 2012, reitera seu entendimento acerca da vulnerabilidade, reafirmando que por se encontrar em situação de extrema vulnerabilidade uma pessoa deve receber do Estado uma proteção especial. Por isso, não basta que os Estados se abstenham de violar direitos. É preciso que sejam proativos. Assim, segundo a Corte IDH, é imperativo que adotem medidas positivas, determinadas em face das especiais condições de vulnerabilidade do sujeito de direito, seja por sua situação especial ou pela condição particular a que esteja submetido. Nesse caso concreto, a incapacidade derivava da idade jovem da vítima, agravada pela sua pobreza e exclusão social.

Decisões dessa natureza emitidas por um tribunal internacional contra os Estados pressupõem, para que sejam de direito e de fato efetivas, que os mesmos reconheçam e respeitem tal jurisdição – adotando no plano interno todas as medidas necessárias para cumpri-las. O exercício da soberania solidária³⁰ – a nova face desse clássico atributo estatal, provocada pela ampla circularidade de relações, pela permeabilidade entre o nacional e o internacional, e pela consciência de que há um destino comum da humanidade – produz como principal consequência a imposição da responsabilidade internacional estatal quando negligencia o respeito aos Direitos Humanos e, seja por ação ou omissão, produz vulnerabilidades extremas.

Por tais razões as sentenças da Corte IDH têm provocado um profundo impacto nas políticas públicas internas e, por consequência, no modelo econômico adotado nas Constituições.

4. As repercussões das decisões da Corte IDH em matéria de vulnerabilidade no direito público interno, nas políticas públicas e no modelo econômico

A referência à vulnerabilidade, ao reconhecimento dessa condição a indivíduos e grupos pela Corte IDH, bem como às condenações de inúmeros Estados da América Latina não apenas por omissão, mas, muitas vezes, por serem agentes provocadores da condição de vulnerabilidade de indivíduos, grupos e, até mesmo, de populações inteiras, foram todos antecedentes necessários para evidenciar que tais violações descumprem os compromissos constitucionais por eles assumidos e relacionados ao modelo econômico previsto nos textos constitucionais, e que descumprem, também, seu dever essencial de prestar justiça social. Esses compromissos assumidos pelos entes estatais são violados quando, do mesmo modo,

²⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf, parágrafos 134, 201.

³⁰ Sobre o tema, ver Alain Supiot (Dir.), *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Odile Jacob, 2015, pp. 7-46.

descumprem total ou parcialmente os compromissos internacionais assumidos em matéria de respeito aos direitos humanos.

De fato, a Corte IDH tem desenvolvido nos últimos anos um importante papel em prol da implementação da cultura dos direitos humanos na América Latina. Seu protagonismo enquanto corte regional de direitos humanos é reconhecido pela doutrina jurídica latino-americana. O estímulo à cultura da convencionalidade na América Latina é atributo da Corte IDH. Assim, ela fomenta a emulação³¹ dos juízes nacionais – aplicadores natos da Convenção Americana de Direitos do Homem – que, por isso, agem com relativa independência em relação ao direito interno.

A constitucionalização do direito convencional pela Corte IDH tem sido acompanhada pela fiscalização que ela realiza sobre os atos dos Estados em cumprimento ao seu dever de convencionalidade. Com certeza, a correspondência estatal às previsões da Convenção se não produz o surgimento de um novo direito público, inevitavelmente leva à reconfiguração daquele que já existe. Nesse sentido, a relação de interdependência dos Estados produz como consequência o surgimento de um direito público “comum” na América Latina, que, segundo Armin Von Bogdandy,³² se destina a atingir três objetivos, quais sejam: a) avançar no respeito aos direitos humanos, ao estado de direito e à democracia; b) desenvolver o estado aberto e; c) construir instituições internacionais eficazes e legítimas.

Desse modo, o modelo econômico adotado pelo Estado³³ não pode estar dissociado desses outros compromissos assumidos internamente e do ponto de vista internacional para o desenvolvimento integral da pessoa humana. Nesse sentido, encontra-se na Constituição Argentina,³⁴ na alínea 19 do artigo 75, as atribuições do Congresso Nacional e a previsão explícita de que cabe a este poder prover o desenvolvimento humano e o progresso econômico com justiça social. Esse dispositivo deve ser interpretado de acordo com o texto do art. 14, que estabelece a proteção de um conjunto de direitos sociais como o trabalho, a seguridade social, o salário justo, o direito de sindicalizar-se, e a vida digna, entre outros.

Veja-se que a Constituição do Brasil, no mesmo sentido, estabelece no art. 3.º, como objetivos fundamentais da república: (a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (b) o desenvolvimento regional; (c) a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais; e: (d) a promoção do bem de todos e o fim

³¹ Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, seuil, 2006, p. 39-53.

³² Armin Von Bogdandy, *Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual*, em Armin Von Bogdandy, Hector Fix Fierro, Mariela Morales Antoniazzi (Coordenadores), *Construcción del ius constitutionale commune en America Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Unam/Maxplank Institut, 2014, p. 8.

³³ Drasticamente se limitou a análise apenas aos países envolvidos nos casos descritos no capítulo 3, aos quais foi acrescentado o Brasil como parte.

³⁴ Constituição Argentina. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/o-4999/804/norma.htm>.

de qualquer discriminação. A Constituição Brasileira possui um Título específico sobre a “Ordem econômica”, no qual estabelece que o Estado é o agente normativo e regulador da economia, e que nessa condição, entre outras atribuições, deverá zelar pela redução das desigualdades regionais e sociais. Da mesma maneira, tais previsões devem ser interpretadas em conjunto com os artigos 6.º e 7.º, que estabelecem e protegem os direitos sociais.

As previsões constitucionais do Paraguai alinham-se às anteriores. O artigo 176.º estabelece que a política econômica terá como fim fundamental a promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural. Esta Constituição contém capítulos específicos³⁵ sobre saúde, educação e cultura, e trabalho.

Finalmente, a Constituição do Suriname³⁶ estabelece, no art. 6.º do Capítulo III, das Metas Sociais, os objetivos sociais do Estado e, dentre eles, a garantia de uma política nacional para aumentar o nível de vida, uma distribuição justa e equitativa da riqueza, o partilhamento das decisões em questões de produção, desenvolvimento econômico e planejamento. O artigo 41.º da Constituição prevê que as riquezas e recursos naturais são da Nação e devem ser utilizados para promover o desenvolvimento econômico, social e cultural.

Embora sejam conhecidos os recentes movimentos de resistência de alguns Estados latino-americanos, tanto às decisões da Corte IDH quanto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como Bolívia, Equador, Venezuela e Brasil – esse último por sua resistência às decisões da Comissão no caso “Belo Monte” –, há de ser considerado que no processo de interação entre a ordem regional de direitos humanos e as ordens nacionais o conceito vertebral por excelência dos Estados – a soberania – deve ser reconfigurado para que seja possível a sua convivência com instituições internacionais legítimas, eficazes e autônomas.

Esses traços são perfeitamente perceptíveis na atuação da Corte IDH, cujo trabalho está orientado a auxiliar na consolidação de um projeto de transformação democrática da América Latina na medida em que sua jurisprudência, que a coloca na condição de um autor *lawmaker*,³⁷ irradia efeitos tanto no plano interno quanto no plano internacional.

É por isso que as decisões que reconhecem aos trabalhadores migrantes os mesmos direitos que os dos trabalhadores nacionais têm provocado transformação das normas internas migratórias – como ocorre no Brasil,³⁸ país que recentemente aprovou sua nova Lei de Migração. De outro modo, o reconhecimento da extrema

³⁵ Capítulo VI, VII e VIII. Disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm.

³⁶ Disponível em http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=209754.

³⁷ Armin Von Bogdandy, *Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual, em Armin Von Bogdandy, Hector Fix Fierro, Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Construcción del ius constitutionale commune en America Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Unam/Maxplank Institut, 2014,, p. 12.

³⁸ Trata-se da Lei 13445 de 2017.

vulnerabilidade dos indígenas e o fato de terem o direito de ver respeitado o direito à seguridade, à permanência e ao trabalho em suas terras ancestrais, bem como o direito à saúde e à educação, levou os Estados condenados a adotar políticas públicas destinadas a reduzir a condição de extrema vulnerabilidade a que historicamente esses grupos foram submetidos. Essas são medidas que exigem do Estado atitude intervencionista e a adoção de políticas públicas compatíveis com as exigências de justiça social presentes no texto das Constituições e derivadas do modelo de Estado democrático de direito e inteiramente incompatíveis com o modelo de Estado “regulador” do mercado.

O sistema latino-americano também provoca em nível estatal uma releitura dos direitos civis e políticos em termos de efetivação de igualdade estrutural.³⁹ De fato, em relação a esses domínios, ele encontra correspondência nos direitos nacionais em face do constitucionalismo social de recente criação na América Latina, o qual provocou a expansão dos deveres estatais de proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Para Ludovic Hennebel,⁴⁰ a atribuição de fiscalização da Corte IDH em processos contenciosos a fim de verificar o cumprimento efetivo de suas decisões pelos Estados, a coloca em condição similar à de uma verdadeira corte constitucional porque nenhuma lei interna ou ação estatal poderá estar em contradição com a Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, se a própria Corte tem decidido que os juízes nacionais são os primeiros com legitimidade para realizar o controle difuso de convencionalidade, será sua a última palavra nessa matéria – ainda que seu papel não seja o de uma “quarta instância jurisdicional” devido ao princípio da subsidiariedade.

Veja-se que no caso – *Bámaca Velásquez vs Guatemala*⁴¹ – a Corte afastou tratado bilateral sobre investimentos que autorizava o Estado a desapropriar terras para fins de utilidade pública, pois, segundo o direito convencional, tais acordos não justificam o desrespeito das obrigações resultantes da Convenção, reafirmando assim um conceito muito particular sobre o direito de posse e propriedade, porque neles reconhece o direito de permanência sobre o território, fundado na preservação das crenças e rituais vinculadas ao espaço ancestral. Esse é, de fato, um típico problema apresentado pelo pluralismo que afeta interesses comuns de Estados e de empresas privadas nacionais e transnacionais, e que chama a atenção acerca do modelo econômico previsto nas Constituições.

Ora, o dever de proteção previsto no sistema regional de direitos humanos obriga os primeiros a agir com cuidado para prevenir que os direitos não sejam violados

³⁹ Victor Abramovich, *Poderes regulatórios estatais no pluralismo jurídico no Brasil*. Disponível em <http://sur.conectas.org/edicao-21/poderes-regulatorios-estatais-no-pluralismo-juridico-global/>.

⁴⁰ Ludovic Hennebel, *Le cour interamericaine de droits de l'homme: entre particularisme et universalisme*, em Ludovic Hennebel e Hélène Tigroudja, *Le particularisme interaméricaine des droits de l'homme*, Paris, Éditions A. Pedone, 2009, p. 95.

⁴¹ Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_91_esp.pdf.

por actores no estatais, que invariavelmente impõem ou tentam impor seus “mandatos desregulamentadores”⁴² em nome dos interesses econômicos internacionais orientados à satisfação dos interesses e à proteção dos mercados. É nesse ponto que uma visão realista acerca dos influxos globais da economia sobre as políticas estatais deve ser direcionada à tensão entre a efetivação dos direitos humanos e os interesses econômicos.

Os milhões de seres humanos jogados à condição de exclusão comprovam que a causa dos déficits estatais para implementar os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais não decorre de uma simples resistência ao caráter vinculante dos tribunais de direitos humanos. Seria muito ingênuo acreditar, também, na ideia liberal falha de que a economia e a sociedade deveriam ser deixadas à sua conta própria, uma vez que as leis do mercado proporcionariam liberdade igual para todos e melhores condições de vida para todos. Há algo de mais sofisticado, mais profundo e mais invasivo.

Ora, se é verdade que o Estado Social teve vida apenas parcial ou incompleta na maioria dos países latino-americanos, e que foi decretada sua morte na Europa, como denunciou Joaquim José Gomes Canotilho,⁴³ deve-se ao modelo econômico neoliberal tal bancarota. Ela foi ocasionada pela emergência, desde a década de 70 do século passado, do fenômeno das privatizações de setores inteiros de serviços que tradicionalmente foram prestados pelos Estados e que trouxeram como principal consequência o esvaziamento do modelo de Estado Social. Mas era preciso travestir essas profundas mudanças na economia da vida pelo discurso associado à economia de mercado “regulada” pelo Estado, por trás do qual estava o anseio de promover a virtude cardeal neoliberal, ou seja: a concorrência. Seu pressuposto existencial sempre foi o esvaziamento do Estado Social e o fim de sua responsabilidade pela prestação de serviços públicos.

O modelo de “Estado regulador” frutificou na defesa da concorrência, agora controlada por agências reguladoras. A acerca desse fenômeno Avelãs Nunes⁴⁴ apresenta uma inteligente ironia ao dizer que o “Estado capitalista regulador”, envergonhado de ter traído seu antepassado recente, adotou o controle da atuação dos agentes econômicos, sob o argumento de salvaguardar o interesse público e, falsamente, disseminou a ilusão de que os serviços públicos ainda estariam na esfera da responsabilidade pública. Falsa ilusão porque, como se sabe, desde sua origem

⁴² Víctor Abramovich, *Poderes regulatórios estatais no pluralismo jurídico no Brasil*, Brasil, p.2. Disponível em <http://sur.conectas.org/edicao-21/poderes-regulatorios-estatais-no-pluralismojuridico-global/> p. 2.

⁴³ J.J. Gomes Canotilho, *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Editora Coimbra, 2008.

⁴⁴ Antônio José Avelãs Nunes, *As voltas que o mundo dá. Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 149-150.

o modelo de “Estado capitalista regulador”,⁴⁵ criado pelos defensores das privatizações, visava, de um lado, interditar o exercício pelo Estado de sua responsabilidade pública, e, de outro, na plena potência de sua feição liberal, buscava consolidar a economia de mercado na qual a concorrência fosse livre, como, aliás, antevira Foucault na década de 70 do século passado.

Assim, se ao longo de décadas já não é mais o Estado-providência a única instância a decidir acerca da distribuição de recursos e de políticas públicas sobre os direitos fundamentais e, em particular, dos direitos econômicos, sociais e culturais, deve-se, malgrado as fragilidades daquele modelo de Estado, enfrentar fragorosamente as posições que indicam não haver saída para as vulnerabilidades extremas em que milhões de pessoas se encontram. As previsões constitucionais que elevaram os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos fundamentais devem ser levadas a sério quanto a essa natureza constitucional e convencional, a fim de que não sejam reduzidas a “narrativas emancipadoras ilusórias”. Concorde-se em que o direito não oferece todas as respostas e tampouco pode ter tal pretensão; tampouco substitui as forças sociais e as interações plurais muito presentes na atualidade; mas mesmo assim, como refere Avelãs Nunes,⁴⁶ não é possível negar os direitos nelas consagrados, sua importância política, jurídica e civilizacional.

A própria ideia da universalização dos direitos humanos, tanto acolhida quanto combatida, deve ser levada em conta, se não pela força do direito, pela força dos fatos, os quais demonstram que, na mesma medida das violações globais de direitos humanos, existem ações para debelá-las e reivindicações dos movimentos sociais para, cada vez mais, afirmá-los. A maturidade da internacionalização/universalização dos direitos humanos, como refere Luca Mezzetti,⁴⁷ existe na razão direta da incapacidade de os Estados tutelarem os direitos fundamentais.

À medida em que os Estados passarem a usar o valor dos impostos para responder às necessidades básicas das populações, como a melhoria dos serviços de saúde e dos serviços de educação, e reduzir os níveis de desemprego, como prevêm as Constituições, seguramente a expressão “soberania solidária” será o resultado da real mudança paradigmática do direito público interno, irrenunciável e inevitavelmente reconfigurado em face do estado de interdependência entre Estados e outros atores globalizados que, em conjunto, são chamados a fazer frente a inúmeros problemas globais.

Desse ponto de vista, o mundo não pode ser visto como um “pavimento de Estados soberanos”⁴⁸ desprovidos de compromissos internacionais. Nenhum Estado

⁴⁵ Antônio José Avelãs Nunes, *As voltas que o mundo dá. Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 150.

⁴⁶ Antônio José Avelãs Nunes, *As voltas que o mundo dá. Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social*, Brasília, Lumen Juris, 2011, p. 161.

⁴⁷ Luca Mezzetti, *Teoria costituzionale*, Torino: G. Giappichelli, 2015, p. 372.

⁴⁸ Alain Supiot, *La solidarité*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 32.

pode ver-se hoje livre dos riscos das epidemias, da miséria, das catástrofes ecológicas, dos fanatismos, e no plano interno deve saber resolver as questões sociais, monetárias e orçamentárias, as pertinentes à segurança e à proteção dos direitos humanos, etc.. Tal percepção é decorrente da aceitação de que (a) há um destino comum; (b) existem problemas comuns; e (c) foram assumidos compromissos internacionais para dar a maior proteção aos direitos humanos.

Assim, os particularismos da jurisprudência da Corte IDH a que se fez referência chamam a atenção para a possibilidade de conformação do denominado *jus constitutionale commune* latino-americano que decorre, segundo Bogdandy⁴⁹, de um projeto em construção que segue uma linha evolutiva e provoca a transformação do direito público em nosso continente. Tal transformação não implica evidentemente em simplesmente romper com o que foi construído, mas em aproveitar o *aquis* da tradição jurídica para adequá-lo e atualizá-lo na perspectiva dos desafios contemporâneos.

Em outras palavras: se os Estados alargam o exercício e a afirmação de sua soberania assumindo compromissos no plano internacional, evidentemente a aplicação do direito público, limitada tradicionalmente aos espaços nacionais, experimenta os efeitos do alargamento dessas fronteiras. A intensa permeabilidade entre o local e o global, entre o interno e o internacional, e que é notadamente resultado da atuação das instituições e instâncias decisórias internacionais, modifica não apenas a paisagem da convivência social, mas também o exercício do poder público por parte dos Estados – os quais se veem compelidos a fazer ajustes internos e reformas legislativas para atender minimamente dois campos em geral em oposição e não excludentes reciprocamente: o dos direitos humanos e o da economia.

A realização de ações alinhadas a essa capacidade pressupõe, no entanto, o reconhecimento de que o espaço estatal e a atuação de suas clássicas instituições, se voltados a si próprios são, todavia, insuficientes.⁵⁰ Então, a contínua afirmação da importância dos Estados, como diz Jacques Chevallier, não elimina a sua condição de ator essencial no contexto das relações globais, mas os leva a conviver com outros atores, às vezes, tão ou mais proeminentes que inúmeros Estados.

A indevassável interdependência entre esses atores marca a necessidade de abertura dos Estados à cooperação, não apenas como resposta interna do Estado constitucional “livre e democrático” à mudança do direito internacional,⁵¹ mas, antes e sobretudo, porque a cooperação não se apresenta como uma força inteiramente

⁴⁹ Armin Von Bogdandy, *Ius constitutionale commune latinoamericanum*, Una aclaración conceptual, em Armin Von Bogdandy, Héctor Fix Fierro, Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Construcción del ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Unam/Maxplank Institut, 2014, p. 2.

⁵⁰ Armin Von Bogdandy, *Ius constitutionale commune latinoamericanum*, Una aclaración conceptual, em Armin Von Bogdandy, Héctor Fix Fierro, Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Construcción del ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Unam/Maxplank Institut, 2014, p. 7

⁵¹ Peter Haberle, *Estado constitucional cooperativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 11.

nova, dados os exemplos europeus da cooperação leal prevista no art. 4.º do Tratado da União Europeia, ou da cooperação reforçada para acelerar o processo de integração europeu. Avança-se para uma cooperação econômica ancorada na lógica cooperativa que deve zelar para não recair em uma cooperação “sem espírito”⁵² e desumanizante absorvida pela governança global.

A cooperação pressupõe a abertura à conversão e ao reconhecimento de que normas e instituições internacionais balizam políticas públicas internas, criação de novos textos legislativos e uma hermenêutica judicial convencional, ainda que deva ser assegurada, em muitos domínios, como não poderia ser diferente, a margem nacional de apreciação. É que a cultura, as tradições e as realidades locais muitas vezes são os melhores indicativos para determinar as políticas internas dos Estados.

5. Considerações finais

As construções jurisprudenciais da Corte IDH em matéria de vulnerabilidade por consequência da violação dos DESC impactam o direito público interno e o modelo econômico previsto constitucionalmente porque inevitavelmente provocam uma reconfiguração da soberania que, de solitária passa a ser uma soberania “solidária”, em face do compromisso internacional em efetivar os direitos humanos, malgrado, invariavelmente, o modelo econômico assumido pelo Estado, na prática.

Essa transformação não pode mesmo causar estranheza, pois no plano interno desde já há algum tempo a conhecida “solidariedade contratual”, com origem no direito privado, mudou de sentido quando passou ao campo dos direitos sociais no contexto dos ‘Estados providência’, e também quanto às ações da sociedade civil. Claro, não se pode ignorar os desafios ao exercício dessa soberania, devido à crise aguda que se vivencia na atualidade acerca dessa “solidariedade nacional”⁵³ seja em razão das crises financeiras, seja mais amplamente pela abertura das fronteiras à concorrência dos mercados, que é o alfa e o ômega do comércio mundial.

Preocupado em propor alternativa para o modelo de Estado social e evitar seu desmantelamento, Thomas Piketty, ao reconhecê-lo como um imenso progresso histórico europeu, afirma ser necessário imaginar o desenvolvimento de novos modos de organização descentralizados e participativos, permitindo-se também a organização do setor público de maneira mais eficaz do que atualmente, sobretudo criando-se formas inovadoras de governança.⁵⁴

⁵² Mireille Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l’océan de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2016, p. 59.

⁵³ Alain Supiot, *La solidarité*, Alain Supiot (dir.), La solidarité. Enquête sur un principe juridique, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 17.

⁵⁴ Thomas Piketty, *Le capital au XXI siècle*, Paris, Odile Jacob, 2013, p. 772.

Assim, a globalização e a existência de instituições internacionais – como é o caso da Corte IDH – provocaram uma significativa reconfiguração da soberania em sua dupla versão – estatal e popular – para agasalhar uma terceira expressão, que é a soberania transnacional. Se as duas primeiras versões expressam ainda, em parte, o modelo de Estado westphaliano, essa última indica que, sem qualquer pretensão de exclusão do Estado, o que se percebe é a sua inclusão em um complexo cenário de interdependência que faz com que a soberania seja reafirmada na forma de compromissos internacionais humanitários assumidos em tratados e convenções, e que se assumem como resistência ao modelo do Estado regulador ultraliberal “transnacional”.

Contudo, os efeitos dessa resistência (que parte de um esforço de constitucionalização comum na América Latina) no âmbito das políticas internas dos estados e, sobretudo, no direito – pelo caráter “*lawmaker*” da Corte IDH e pelo incentivo à emulação dos juízes nacionais – são assuntos ainda a serem tratados em outro trabalho. Por fim, entendemos que a atuação da Corte IDH é fundamental para que os poucos documentos que tratam dos DESC sejam evocados na defesa dos vulnerabilizados pela pobreza frente a ilegalidades oriundas da omissão ou atuação dos Estados.

Referências

- BESSON, Samantha, La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme ; l’exemple de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l’homme, em BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014.
- BOGDANDY, Armin von, *Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual, em BOGDANDY, Armin Von, Héctor FIX FIERRO, Mariela Morales ANTONIAZZI (coords.), *Construcción del ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Unam/Maxplank Institut, 2014.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014.
- ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin, La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología, em *Derechos humanos y políticas públicas*, p. 197. Disponível em https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.193-232.pdf.
- HABERLE, Peter, *Estado constitucional cooperativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.
- LAMPIS, Andreas, *Vulnerabilidad y adaptación al cambio climático. Debates acerca del concepto de vulnerabilidad y su medición*, 2012. Disponível em <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/rcg/article/view/37017/43839>.
- NUNES, Antônio José Avelãs, *As voltas que o mundo dá. Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social*, Brasília, Lumen Iuris, 2011, p. 161.

PIKETTY, Thomas, *Le capital au XXI siècle*, Paris, Odile Jacob, 2013.

SALDANHA, Jânia e Márcio M. BRUM, *A margem nacional de apreciação e sua (in) aplicação pela Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?* Disponível em <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v15/v15a6.pdf>.

SEN, Amartya, *Repenser l'inégalité*, Paris, Seuil, 2000.

SOULET, Marc-Henry, *La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence*, em BURGORGUE-LARSEN, Laurence (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014.

SUPIOT, Alain, *L'esprit de Philadelphie*, Paris, Seuil, 2010.

_____, *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Collège de France/Fayard, 2013.

_____, (dir.), *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Odile Jacob, 2015.