

## Papel dos Tribunais na Protecção dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais

- OBJECTIVOS DA APRENDIZAGEM**
- Familiarizar os participantes com os principais instrumentos jurídicos internacionais de protecção dos direitos económicos, sociais e culturais
  - Explicar aos participantes a intrínseca relação entre os direitos económicos, sociais e culturais, por um lado, e os direitos civis e políticos, por outro
  - Familiarizar os participantes com a natureza das obrigações jurídicas dos Estados Partes relativamente à garantia dos direitos económicos, sociais e culturais
  - Informar os participantes sobre o conteúdo de alguns direitos económicos, sociais e culturais
  - Discutir com os participantes a questão da justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais
  - Familiarizar os participantes com o importante papel dos tribunais nacionais na protecção dos direitos económicos, sociais e culturais
  - Sensibilizar os participantes para as possibilidades que têm, enquanto magistrados e advogados, de contribuir para a realização dos direitos económicos, sociais e culturais a nível interno

- QUESTÕES**
- De que forma são os direitos económicos, sociais e culturais protegidos e garantidos no país onde trabalha?
  - Que papel desempenham os tribunais na realização destes direitos?
  - Que mecanismos, para além dos tribunais, existem no seu país para a promoção e/ou garantia dos direitos económicos, sociais e culturais?
  - Que aspectos dos direitos económicos, sociais e culturais são particularmente relevantes no país onde trabalha?
  - Existem alguns grupos vulneráveis que necessitem particularmente de protecção jurídica na área dos direitos económicos, sociais e culturais?

- Em caso afirmativo, que grupos são esses e em que sentido necessitam de protecção especial?
- De que forma é esta protecção garantida, se for o caso? É eficaz?
- Que recurso julga que devia existir a nível interno para uma protecção eficaz dos direitos económicos, sociais e culturais da pessoa?

## INSTRUMENTOS JURÍDICOS PERTINENTES

### Instrumentos Universais

- *Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966*
- *Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948*

### Instrumentos Regionais

- *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981*
- *Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969*
- *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1988*
- *Carta Social Europeia, de 1961, e Carta Social Europeia (Revista), de 1996*

## 1. Introdução



O principal objectivo do presente capítulo consiste em descrever o importante papel desempenhado pelos órgãos internacionais de controlo e tribunais nacionais em prol da protecção dos direitos económicos, sociais e culturais a nível interno.

O capítulo começará, contudo, por explicar em linhas gerais a razão pela qual o originalmente único pacto de direitos humanos acabou por ser dividido em dois pactos, um destinado a garantir os direitos civis e políticos e o outro a proteger os direitos económicos, sociais e culturais. Descreverá depois resumidamente a intrínseca relação entre estas duas categorias de direitos, que dependem uma da outra para a sua realização mútua e efectiva. Em terceiro lugar, abordar-se-ão os direitos económicos, sociais e culturais garantidos pelos tratados de direitos humanos a nível universal e regional e analisar-se-ão as obrigações jurídicas dos Estados quanto à protecção destes direitos. Em quarto lugar, será discutida a natu-

reza jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais, incluindo a sua justiciabilidade. Seguir-se-á uma análise da interpretação dada pelos órgãos internacionais de controlo ao direito a um alojamento suficiente e ao direito à saúde. A este propósito, serão dados exemplos de jurisprudência nacional que demonstram que os tribunais são cada vez mais chamados a decidir questões na área dos direitos económicos, sociais e culturais. O capítulo termina com uma descrição do importante papel desempenhado pelos operadores judiciais na garantia de uma efectiva protecção destes direitos.

\* \* \*

Deve chamar-se a atenção para o facto de, não obstante a sua importância fundamental, não serem examinadas neste capítulo as inúmeras convenções e recomendações adoptadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, que consagram uma ampla protecção dos direitos dos trabalhadores.

## 2. A História Revisitada: Porque Existem Dois Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos?



### 2.1 PERSPECTIVA CRONOLÓGICA

As duras lições da Segunda Guerra Mundial encontram-se reflectidas na Carta da Nações Unidas, que sublinha que a paz e a estabilidade internacionais são condicionadas pela promoção:

- Da “elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento económico e social” (artigo 55.º, alínea a));
- Da “solução dos problemas internacionais económicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de carácter cultural e educacional” (artigo 55.º, alínea b));
- Do “respeito universal e efectivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (artigo 55.º, alínea c)).

É lógico que esta consciência da necessidade de satisfazer todas as principais dimensões da pessoa humana ficou também reflectida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que prevê, não só os mais tradicionais direitos civis e políticos, mas também uma série de direitos económicos, sociais e culturais como o direito ao trabalho, o direito à segurança social, o direito a um nível de vida adequado e o direito à educação (artigos 22.º a 27.º).

Com a elaboração de um pacto internacional de direitos humanos, pretendia-se traduzir os direitos de formulação genérica consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem em compromissos mais detalhados e juridicamente vinculativos. A Comissão de Direitos Humanos iniciou rapidamente os trabalhos de formulação dos direitos civis e políticos a incluir no pacto e, na sua quinta sessão, em 1949, adoptou, com 12 votos a favor e

nenhum contra, mas com três abstenções, uma resolução na qual declarava considerar que era também necessário incluir no pacto disposições relativas ao gozo dos direitos económicos e sociais<sup>1</sup>. Porém, após um debate ocorrido na sua sexta sessão, em 1950, a Comissão mudou de posição e decidiu, por 13 votos contra 2, **não** incluir os direitos económicos, sociais e culturais no primeiro pacto, que se deveria limitar aos direitos civis e políticos. Este pacto deveria ser “o primeiro de uma série de pactos e medidas a adoptar para abranger toda a Declaração Universal”<sup>2</sup>. A Comissão, que estava sob considerável pressão para demonstrar aos povos do mundo que conseguia produzir resultados tangíveis, tinha-se apercebido claramente de que seria extremamente difícil elaborar num prazo curto um documento juridicamente vinculativo que abrangesse também o complexo espectro dos direitos económicos, sociais e culturais.

Durante a quinta sessão da Assembleia Geral, em 1950, foi discutida no seio do Terceiro Comité a questão de saber se deveriam ser elaborados um ou dois pactos. A maioria foi favorável à inclusão das duas categorias de direitos num pacto único<sup>3</sup>. Por recomendação do Terceiro Comité, a Assembleia Geral adoptou a resolução 421 (V) na qual declarou que “o Pacto deve ser elaborado dentro do espírito e com base nos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem [que] olha o homem como uma pessoa, a quem pertencem indubitavelmente as liberdades cívicas e políticas, bem como os direitos económicos, sociais e culturais”. Acrescentou que “o gozo das liberdades cívicas e políticas e dos direitos económicos, sociais e culturais estão interligados e são interdependentes” e que “quando privado dos direitos económicos, sociais e culturais, o homem não representa a pessoa humana que a Declaração Universal considera o ideal do homem livre”. Por todas estas razões, a Assembleia Geral decidiu incluir no pacto sobre direitos humanos

<sup>1</sup> Documento das Nações Unidas E/1371 (E/CN.4/350), Relatório da quinta sessão da Comissão de Direitos Humanos, 1949, p. 15. O voto foi de 12 contra 0, com 3 abstenções.

<sup>2</sup> Para a discussão ocorrida no seio da Comissão de Direitos Humanos na sua sexta sessão sobre a questão da inclusão dos direitos económicos, sociais e culturais no pacto, *vide* documentos das Nações Unidas E/CN.4/SR.181 e 184-187; para o voto, *vide* o documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.186, p. 21.

<sup>3</sup> *Vide*, por exemplo, GAOR, quinta sessão, 1950, Terceiro Comité, documentos A/C.3/SR.297-299 e 313.

os direitos económicos, sociais e culturais, bem como um reconhecimento explícito da igualdade entre homens e mulheres nos direitos conexos. Apelou por isso ao Conselho Económico e Social “que solicite à Comissão de Direitos Humanos, em conformidade com o espírito da Declaração Universal, a inclusão no projecto de Pacto de uma clara expressão dos direitos económicos, sociais e culturais de uma forma que os ligue às liberdades cívicas e políticas proclamadas pelo projecto de pacto”. A resolução 421 (V) no seu conjunto foi adoptada com 38 votos a favor e 7 contra, com 12 abstenções, e a sua secção (E), que continha as disposições relativas aos direitos económicos, sociais e culturais, foi adoptada com 35 votos a favor e 9 contra, com 7 abstenções<sup>4</sup>. Por outras palavras, existia na época uma larga maioria favorável à elaboração de apenas um instrumento jurídico compreendendo os direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais.

<sup>4</sup> GAOR, quinta sessão, 1950, Reuniões Plenárias, doc. A/PV.317, p. 564, parágrafos 170 e 162.

Em resposta ao pedido da Assembleia Geral, o Conselho Económico e Social decidiu, através da resolução 349 (XII) solicitar à Comissão de Direitos Humanos que preparasse “um projecto revisto de Pacto nas linhas indicadas pela Assembleia Geral”.

Na sua sétima sessão, em 1951, e apesar da resolução da Assembleia Geral, a Comissão começou o seu trabalho pela discussão prolongada da questão de saber se os direitos económicos, sociais e culturais deviam ou não ser introduzidos no pacto, que continha já dezoito artigos sobre direitos civis e políticos<sup>5</sup>. Acabou por iniciar a elaboração de um pacto único, acrescentando aos direitos civis e políticos já existentes uma série de direitos económicos, sociais e culturais<sup>6</sup>. Porém, o debate ocorrido no seio da Comissão demonstra que a resposta à questão de saber por que razão existem dois pactos e não um único é mais complexa do que por vezes se crê.

<sup>5</sup> Para detalhes da discussão, *vide* em particular os documentos das Nações Unidas E/CN.4/SR.203-208, 237 e 248.

<sup>6</sup> *Vide* documento das Nações Unidas E/1992 (E/CN.4/640), Relatório da sétima sessão da Comissão de Direitos Humanos, 1951, Anexos, pp. 57-85.

Após examinar o relatório da Comissão, o Conselho Económico e Social, face às “dificuldades que podem resultar da consagração num único pacto de dois tipos diferentes de direitos e obrigações”, convidou a Assembleia Geral “a reconsiderar a sua decisão constante da resolução 421 E (V) de incluir num pacto artigos relativos a direitos económicos, sociais e culturais, juntamente com artigos relativos a direitos civis e políticos” (resolução 384 C (XIII) do ECOSOC).

Durante a sua sexta sessão, após uma muito longa e, em termos políticos, cada vez mais polarizada discussão que foi pontuada por uma profunda desconfiança, particularmente entre os países socialistas e alguns Estados ocidentais, a Assembleia Geral pediu ao Conselho Económico e Social “que solicite à Comissão de Direitos Humanos a redacção de dois Pactos sobre Direitos Humanos, a serem apresentados em simultâneo à consideração da Assembleia Geral na sua sétima sessão, um contendo direitos civis e políticos e o outro direitos económicos, sociais e culturais”. Os pactos deveriam ser aprovados pela Assembleia Geral ao mesmo tempo “a fim de sublinhar a unidade do fim em vista e garantir o respeito e a observância dos direitos humanos” (Resolução 543 (VI) da Assembleia Geral). A Comissão deu então início, na sua oitava sessão, em 1952, à redacção de dois pactos.

## 2.2 CONTEÚDO DOS DEBATES

Deve sublinhar-se desde o início que nem a importância dos direitos económicos, sociais e culturais nem a sua intrínseca relação com os direitos civis e políticos foram contestadas pelos intervenientes. Porém, quando a Comissão começou a trabalhar na elaboração do pacto, rapidamente se tornou evidente que a própria natureza dos direitos económicos, sociais e culturais tornava impossível discutir o seu conteúdo material sem discutir também a respectiva aplicação e, assim, se deveriam ser incluídos no mesmo pacto que os direitos civis e políticos ou num tratado autónomo.

## 2.2.1 PRINCIPAIS ARGUMENTOS EM FAVOR DE UM PACTO

O mais importante dos argumentos apresentados pelos países que defendiam um único pacto era a **necessidade de unidade dos direitos**, dado que os direitos civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais formam um todo indivisível. Alguns países acreditavam que a existência de dois pactos enfraqueceria a autoridade moral da Declaração Universal, que reflecte a interdependência dos direitos<sup>7</sup>. Estes países consideraram em geral que a distinção entre direitos civis e políticos, por um lado, e direitos económicos, sociais e culturais, por outro, era artificial e que os primeiros não teriam qualquer significado ou valor sem os segundos<sup>8</sup>. Alguns pensavam que a questão de saber se deviam ser elaborados um ou dois pactos tinha sido encerrada pela resolução 421 (V) da Assembleia Geral e não deveria ser reaberta<sup>9</sup>. Alegou-se ainda que “todos os países que se opunham a um pacto único rejeitavam automaticamente a fundamental unicidade dos direitos económicos, sociais e culturais e dos direitos civis e políticos”<sup>10</sup> e que “alguns Estados, incluindo o Canadá, a França, o Reino Unido e os Estados Unidos da América [colocaram] o seu interesse nacional acima de quaisquer outras considerações [e] estavam a tentar segregar os direitos económicos, sociais e culturais”<sup>11</sup>. Alguns países receavam também que a sugestão de que os dois pactos fossem adoptados e abertos à ratificação em simultâneo provocasse um considerável atraso na ratificação. A ideia foi

<sup>7</sup> A este respeito, *vide*, por exemplo, GAOR, quinta sessão, 1950, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.297, p. 174, parágrafos 35-41 (Polónia); pp. 175-176, parágrafos 48-60 (URSS); doc. A/C.3/SR.298, p. 178, parágrafos 9-15 (México); pp. 178-179, parágrafos 16-19 (Jugoslávia); p. 181, parágrafo 49 (Irão); pp. 182-183, parágrafos 63-65 (Iraque); GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.360, p. 81, parágrafo 44 (México); doc. A/C.3/SR.366, p. 114, parágrafos 13-14 (Indonésia); doc. A/C.3/SR.366, p. 116, parágrafos 37-40 e doc. A/C.3/SR.393, p. 275, parágrafo 46 (Cuba). Para outros países favoráveis a um pacto único, *vide*, por exemplo, GAOR, quinta sessão, 1950, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.299, p. 187, parágrafo 27 (Arábia Saudita); p. 187, parágrafo 31 (Checoslováquia); p. 188, parágrafo 40 (Argentina); p. 189, parágrafo 53 (Síria).

<sup>8</sup> *Vide*, por exemplo, documento das Nações Unidas E/CN.4/203, p. 22 (República Soviética da Ucrânia); GAOR, quinta sessão, 1950, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.297, p. 176, parágrafos 69-72 (Chile); doc. A/C.3/SR.298, p. 178, parágrafo 13 (México); GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.362, p. 91, parágrafo 23 (Iraque); doc. A/C.3/SR.368, p. 127, parágrafos 1-2 (República Soviética da Bielorrússia); p. 130, parágrafos 30-31 (Polónia); doc. A/C.3/SR.370, p. 135, parágrafo 3, e doc. A/C.3/SR.395, p. 285, parágrafos 2-4 (URSS); doc. A/C.3/SR.393, p. 272, parágrafos 10-11 (Arábia Saudita).

<sup>9</sup> *Vide*, por exemplo, GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.367, p. 123, parágrafo 24 (República Soviética da Ucrânia) doc. A/C.3/SR.368, p. 127, parágrafos 1-2 (República Soviética da Bielorrússia); p. 130, parágrafo 38 (Polónia).

<sup>10</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.365, p. 108, parágrafo 8 (Jugoslávia).

<sup>11</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.368, p. 127, parágrafo 1 (República Soviética da Bielorrússia).

rejeitada pela URSS e considerada nada mais que “uma tentativa para pôr de parte os direitos económicos, sociais e culturais”. Na sua opinião, os Estados Unidos e o Reino Unido estavam “de novo a recorrer à sabotagem e às manobras dilatórias a que tinham recorrido no caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem”<sup>12</sup>.

Existiam diferentes pontos de vista quanto ao mecanismo de aplicação de um pacto único contendo simultaneamente direitos civis e políticos e direitos económicos, sociais e culturais. Enquanto que uns queriam um mecanismo de aplicação uniforme<sup>13</sup>, outros desejavam diferentes mecanismos de aplicação para cada uma das categorias de direitos<sup>14</sup>. Na opinião da URSS, porém, “havia apenas um método de aplicação conforme ao direito internacional”, que era “a adopção pelos governos, nos seus territórios, de todas as medidas legislativas e de outro tipo necessárias para garantir aos povos o gozo de todos os seus direitos”<sup>15</sup>. Quanto ao problema da aplicação, a URSS negou também que “seja mais fácil efectivar os direitos civis e políticos porque só são necessárias medidas de ordem legislativa” e citou exemplos para fundamentar a sua posição<sup>16</sup>.

## 2.2.2 PRINCIPAIS ARGUMENTOS EM FAVOR DE DOIS PACTOS

Tal como acima referido, os países que defenderam a elaboração de dois pactos também sublinharam a intrínseca relação entre as duas categorias de direitos, bem como a necessidade de um instrumento internacional de garantia dos direitos económicos, sociais e culturais. A fim de reforçar o igual valor destes direitos, desejavam que ambos os pactos fossem abertos à assinatura em simul-

<sup>12</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.370, pp. 135-136, parágrafo 6. Sobre os receios de atraso devido à ligação dos dois pactos, *vide* também doc. A/C.3/SR.366, p. 118, parágrafo 57 (Checoslováquia) e doc. A/C.3/SR.393, p. 272, parágrafo 16 (Síria).

<sup>13</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.365, p. 108, parágrafo 9 (Jugoslávia).

<sup>14</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.360, p. 79, parágrafo 23 (Guatemala); doc. A/C.3/SR.393, p. 273, parágrafo 30 (Filipinas).

<sup>15</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.370, p. 135, parágrafo 5.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 135, parágrafo 4.

tâneo<sup>17</sup>. Porém, alguns intervenientes alertaram para o perigo de confundir “a unidade dos direitos em si mesmos com uma aplicação uniforme” porque existia “uma distinção entre a unidade dos direitos humanos no plano dos princípios e a sua separação na prática”<sup>18</sup>.

Muitos dos países que defenderam um pacto autónomo em matéria de direitos económicos, sociais e culturais<sup>19</sup> consideraram que seria preferível finalizar o pacto sobre direitos civis e políticos, uma vez que qualquer tentativa para redigir um tratado abrangendo todos os direitos poderia implicar um considerável atraso<sup>20</sup>. Contudo, o principal argumento em apoio da sua teoria foi *que*, em virtude da sua natureza específica, os direitos económicos, sociais e culturais eram mais difíceis de definir do que os direitos civis e políticos, *que* a aplicação dos direitos económicos, sociais e culturais era mais complexa e demorada *e que* seria por isso necessário um mecanismo diferente para o controlo da respectiva aplicação<sup>21</sup>. Segundo a Libéria, seria “inútil tentar incluir os direitos civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais num único instrumento”, porque, ao fazê-lo, não estaríamos a ter em conta “o desigual grau de desenvolvimento dos vários Estados que compõem a comunidade internacional”<sup>22</sup>.

Alguns países alegaram que, ao passo que medidas legislativas e administrativas adequadas seriam em princípio suficientes para proteger os direitos civis

<sup>18</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.394, pp. 280-281, parágrafo 20 (Libano).

<sup>19</sup> Quanto aos países que defenderam a elaboração de dois ou mesmo mais pactos, *vide*, por exemplo, documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.205, pp. 8-9 (Dinamarca); GAOR, quinta sessão, 1950, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.297, p. 172, parágrafo 17 (EUA); p. 173, parágrafo 29 (Países Baixos); p. 174, parágrafo 34 (Reino Unido); doc. A/C.3/SR.298, p. 180, parágrafos 39-40 (Venezuela); p. 182, parágrafo 60 (República Dominicana); doc. A/C.3/SR.299, p. 186, parágrafos 8-12 (Índia).

<sup>20</sup> GAOR, quinta sessão, 1950, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.297, p. 172, parágrafo 17 (EUA); p. 174, parágrafo 34 (Reino Unido); doc. A/C.3/SR.298, p. 182, parágrafo 60 (República Dominicana); doc. A/C.3/SR.299, p. 186, parágrafo 10 (Índia); GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.362, p. 89, parágrafo 3 (Dinamarca); p. 91, parágrafo 32 (Canadá); doc. A/C.3/SR.367, p. 123, parágrafo 25 (República Dominicana).

<sup>21</sup> *Vide*, por exemplo, a proposta da Dinamarca, in documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.205, p. 9; *vide* também, por exemplo, a posição da Austrália sobre a necessidade de uma forma diferente de aplicação dos direitos económicos, sociais e culturais in documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.203, p. 21 e GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.363, pp. 100-101, parágrafos 39-41. Numa fase inicial, contudo, a Austrália inclinava-se a favor de um pacto, *vide* documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.203, p. 21. *Vide* também documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.248, p. 10 (Reino Unido); GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.360, p. 78, parágrafos 9-12 (EUA); doc. A/C.3/SR.362, p. 89, parágrafo 3 (Dinamarca); p. 91, parágrafos 27-31 (Canadá); doc. A/C.3/SR.367, p. 121, parágrafos 3-5 (Nova Zelândia). A França considerou que os direitos económicos, sociais e culturais “tinham um carácter muito diferente e que era necessária toda uma estrutura legislativa e técnica para os traduzir na prática”, *vide* documento das Nações Unidas E/CN.4/203, p. 10.

<sup>22</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.366, p. 115, parágrafo 21.

e políticos, a protecção de muitos direitos económicos, sociais e culturais dependia, nomeadamente, dos recursos financeiros e do estado de desenvolvimento de cada país e exigia reformas sociais, planos de mais ou menos longo prazo e eventualmente cooperação internacional<sup>23</sup>. Foi também observado neste contexto que os Governos têm em geral um papel muito mais activo a desempenhar na realização dos direitos económicos, sociais e culturais, uma vez que são responsáveis pelo bem-estar material dos seus cidadãos, sendo o seu papel mais passivo na realização dos direitos civis e políticos, que apelam à contenção dos poderes governamentais exercidos sobre o indivíduo<sup>24</sup>.

Ao explicar as dificuldades acrescidas que se colocam na aplicação dos direitos económicos, sociais e culturais e a consequente necessidade de uma realização progressiva, o representante da França assinalou que o seu país tinha levado “nada menos do que quarenta anos para desenvolver um sistema mais ou menos completo de segurança social”<sup>25</sup> e que “a luta contra o analfabetismo, por exemplo, exigiu a criação de escolas e a formação de professores, tarefa que, em certos países, pode levar 20 a 25 anos”<sup>26</sup>. Segundo a França, a ratificação do projecto de pacto não seria facilitada se fosse ignorado o facto de que a realização dos direitos económicos, sociais e culturais leva sempre tempo<sup>27</sup>. Os Estados Unidos assinalaram também que direitos como a assistência médica e o acesso à educação “dependiam em grande medida de recursos financeiros, materiais e humanos, que sem dúvida não estavam disponíveis em grau suficiente em todos os países”<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> A este respeito, *vide*, por exemplo, documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.205, p. 10 (Dinamarca); GAOR, quinta sessão, 1950, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.298, pp. 177-178, parágrafos 6-8 (França) (a França tinha um “espírito aberto” quanto ao número de pactos, “embora à primeira vista pareça ser preferível a elaboração de dois documentos em paralelo”, parágrafo 7); p. 98, parágrafo 14 (França); GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.360, p. 78, parágrafos 9-13 (EUA); doc. A/C.3/SR.362, p. 91, parágrafos 30-31 (Canadá).

<sup>24</sup> *Vide*, por exemplo, documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.207, p. 10 (Dinamarca); GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.367, p. 121, parágrafo 3 (Nova Zelândia). *Vide* também a declaração da Venezuela no sentido de que “a efectiva realização dos direitos civis e políticos depende da boa vontade do Estado e dos seus súbditos; ao passo que a mesma boa vontade era em si mesma desadequada para a realização dos direitos económicos, sociais e culturais”, p. 122, parágrafo 12.

<sup>25</sup> Documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.237, p. 7.

<sup>26</sup> Documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.203, p. 11.

<sup>27</sup> Documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.237, p. 8.

<sup>28</sup> Documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.203, p. 15.

Alguns países consideraram insustentável o argumento de que os direitos civis e políticos não tinham valor em si mesmos e o Líbano sublinhou que estes direitos tinham um carácter absoluto que faltava aos outros direitos, embora fossem complementares<sup>29</sup>.

### 2.2.3 APELOS A UMA SOLUÇÃO PRÁTICA

Tal como foi observado por alguns países, parecia haver necessidade de encontrar um compromisso entre uma enumeração genérica de direitos como a consagrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e as disposições excessivamente detalhadas que impediriam muitos países de ratificar o pacto<sup>30</sup>. O Uruguai defendeu uma solução realista: “A principal preocupação era que a protecção internacional fosse imediatamente alargada ao maior número possível de direitos humanos pelo maior número possível de Estados”<sup>31</sup>. Num sentido semelhante, a França advertiu para “o perigo de um atraso excessivo na elaboração de pelo menos um primeiro projecto de pacto, por mais limitado que seja o seu âmbito”<sup>32</sup>, e sublinhou a necessidade de garantir a universalidade da Declaração Universal, através da ratificação das disposições adoptadas pelo maior número possível de países<sup>33</sup>.

Assim, ao longo dos debates, a França teve uma atitude prática, alegando que seria “um imperdoável anacronismo” não adoptar um pacto contendo direitos económicos, sociais e culturais, juntamente com direitos civis e políticos ou em separado destes. Era questão de encontrar o “caminho certo”, o que só podia ser conseguido mediante “esforços progressivos”<sup>34</sup>. O debate tinha demonstrado que o importante era “a unicidade essencial de todos os direitos humanos, unicidade que tinha inspirado a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Contudo, “essa unicidade não abrangia necessariamente as questões técnicas [e

a questão de saber se deveria existir um pacto ou dois era essencialmente técnica [uma vez que] dois ou mais pactos de direitos humanos podiam ser interligados por um padrão subjacente comum”<sup>35</sup>. A França observou também que “alguns dos partidários da unidade a todo o custo nem sempre tinham sabido respeitar os seus princípios”, nomeadamente quando “desdenharam” a inclusão no pacto da proibição da detenção arbitrária<sup>36</sup>. Por outro lado, considerou ainda que os partidários da adopção de dois pactos tendiam a exagerar as diferenças entre, por um lado, os direitos civis e políticos e, por outro, os direitos económicos, sociais e culturais, porque “entre os últimos contavam-se muitos direitos susceptíveis de aplicação imediata”<sup>37</sup>. Era importante “não ficar hipnotizado pelas diferenças na origem e no desenvolvimento dos diversos direitos e o único critério verdadeiramente válido era o de saber se, e em que condições, determinado direito podia ser aplicado”<sup>38</sup>. A adopção de dois pactos “era assim admissível por motivos de ordem prática”, uma vez que “reduziria o número de pontos de desacordo e permitiria obter maior apoio”<sup>39</sup>.

Daqui decorria logicamente que, para a França, “o problema dos direitos humanos era um problema único do ponto de vista dos princípios, mas um problema múltiplo do ponto de vista das formas que assumia”. Assim, embora falando em favor da unidade, a França considerou que “o problema mais importante não era o da unidade ou dualidade do pacto, mas o da realização dos direitos”<sup>40</sup>. Uma das principais coisas a fazer para conseguir progredir era assim desenvolver “medidas de aplicação adaptadas à natureza de cada uma das obrigações assumidas”<sup>41</sup>.

Tendo em conta “os diferentes entendimentos dos vários países acerca da sua natureza e dos métodos através dos quais deviam ser aplicados, e o facto de ser frequentemente necessário um período mais prolongado para garantir o seu gozo”, a França

<sup>29</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.370, p. 139, parágrafos 36-37.

<sup>30</sup> Vide, por exemplo, os documentos das Nações Unidas E/CN.4/SR.203, p. 20 (Austrália); E/CN.4/SR.204, p. 10 (Suécia).

<sup>31</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.365, p. 110, parágrafo 31.

<sup>32</sup> GAOR, quinta sessão, 1950, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.304, p. 211, parágrafo 8.

<sup>33</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.363, p. 98, parágrafo 12.

<sup>34</sup> GAOR, quinta sessão, 1950, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.298, p. 177, parágrafos 1-2.

<sup>35</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.371, p. 142, parágrafo 14.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 142, parágrafo 15.

<sup>37</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 142, parágrafo 16.

<sup>40</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.395, p. 286, parágrafo 7.

<sup>41</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.363, p. 98, parágrafo 12.

considerou necessário introduzir, desde logo, uma cláusula geral que previsse a realização progressiva dos direitos económicos, sociais e culturais<sup>42</sup>, proposta criticada pela Jugoslávia<sup>43</sup> mas adoptada, depois de emendada, pela Comissão<sup>44</sup>. A Austrália concordou que “o conceito de realização progressiva tinha um valor positivo e devia ser acolhido”. Observou também que “a ideia expressa pelo termo *progressivamente*, que deve ser considerado em conjunto com a expressão *pleno exercício dos direitos*, não era uma ideia estática [significando antes] que certos direitos seriam imediatamente aplicáveis, outros logo que possível” porque, ao fim ao cabo, “a imediata aplicação de qualquer direito ou medida como, por exemplo, as pensões de velhice, era uma impossibilidade prática”<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.237, p. 7.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 13; para o texto da proposta francesa, vide documento das Nações Unidas E/CN.4/618.

<sup>45</sup> Documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.237, p. 6.

#### 2.2.4 A QUESTÃO DA JUSTICIABILIDADE

No decorrer dos debates realizados durante a sétima sessão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, a Índia apoiou fortemente a elaboração de dois pactos, sublinhando que os direitos económicos, sociais e culturais diferiam dos direitos civis e políticos “na medida em que os primeiros não são justiciáveis”. Não via razões para incluir ambas as categorias de direitos num único Pacto, que “seria desequilibrado”. A Índia declarou por isso desejar que a Comissão viesse a solicitar ao Conselho Económico e Social que revise a sua decisão de incluir todos os direitos num único pacto<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> Documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.248, p. 6.

A Jugoslávia disse não poder aceitar a posição da Índia segundo a qual “alegadas violações de direitos económicos, sociais e culturais não podiam ser levadas a tribunal”. Na sua opinião, “se os governos viessem a assumir obrigações definitivas quanto à observância de tais direitos, teriam de tomar medidas legislativas ou de outra ordem para permitir a instauração de acções judiciais em caso de inobservância dos mesmos, devendo os tribunais ser competentes para conceder repara-

ção”<sup>47</sup>. A Guatemala considerou também ser “incorrecto” referir os direitos económicos, sociais e culturais como direitos não justiciáveis, como tinha sido feito no preâmbulo da proposta indiana e que tal “podia mesmo revelar-se perigoso”<sup>48</sup>. A URSS considerou esta distinção “completamente arbitrária”, acrescentando que a ideia de que os direitos civis e políticos, ao contrário dos direitos económicos, sociais e culturais, podiam ser defendidos através de acções judiciais “não era sustentável, porque em muitos países certos direitos civis e políticos, como o direito de voto, não podiam facilmente ser defendidos por intermédio de uma acção judicial instaurada pelo indivíduo”<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 13.

A Índia explicou que por “direitos justiciáveis” entendia “os direitos por cuja violação os governos podiam ser processados judicialmente”. Os governos não podiam contudo ser processados “pela não realização dos direitos económicos, sociais e culturais, porque os responsáveis podiam ser, por exemplo, os empregadores”<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 25.

A proposta formalmente apresentada pela Índia tinha a seguinte redacção<sup>51</sup>:

<sup>51</sup> Vide documento das Nações Unidas E/CN.4/619/Rev. 1.

“A Comissão de Direitos Humanos,

*Considerando* que os direitos económicos, sociais e culturais, embora igualmente fundamentais e por isso importantes, constituem uma categoria de direitos distinta dos direitos civis e políticos, na medida em que não são direitos justiciáveis;

*Considerando* que o método para a sua aplicação é por isso diferente;

*Recomenda* ao Conselho Económico e Social que reconsidere a decisão de incluir os direitos económicos, sociais e culturais no mesmo pacto que os direitos civis e políticos”.

A Comissão **rejeitou** esta proposta com 5 votos a favor, 12 contra e 1 abstenção<sup>52</sup>. Assim, a Comissão rejeitou também a

<sup>52</sup> Documento das Nações Unidas E/CN.4/SR.248, p. 26. Os seguintes países votaram a favor da resolução: Dinamarca, Grécia, Índia, Reino Unido e Estados



ideia, contida no projecto de resolução, de que os direitos económicos, sociais e culturais não são justiciáveis. Embora a Comissão tenha aceite que os direitos económicos, sociais e culturais exigem formas de aplicação diferentes das dos direitos civis e políticos, esta posição não foi assim baseada em considerações relativas à natureza justiciável ou não justiciável dos direitos económicos, sociais e culturais em si mesmos, mas no simples facto de a sua natureza exigir em muitos casos consideráveis esforços da parte dos Estados os quais, eventualmente com a ajuda das instituições internacionais, teriam de se empenhar activamente num planeamento global, coerente e de longo prazo com vista à respectiva realização.

Unidos da América; os seguintes países votaram **contra**: Chile, China, Egipto, França, Guatemala, Líbano, Paquistão, Suécia, República Soviética da Ucrânia, URSS, Uruguai e Jugoslávia; a Austrália **absteve-se**.

Mais tarde, na Assembleia Geral, alguns países, em particular Israel e a França, alertaram para os riscos de uma sobrevalorização das diferenças entre, por um lado, os direitos civis e políticos e, por outro, os direitos económicos, sociais e culturais. Israel defendeu que não eram só os direitos civis e políticos que podiam ser garantidos através da adopção de medidas legislativas ou administrativas, mas também alguns direitos económicos, sociais e culturais. A França, por seu turno, como já foi dito, considerou que “muitos” destes últimos direitos eram “susceptíveis de aplicação imediata”<sup>53</sup> e que muitos podiam também ser justiciáveis<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.360, p. 82, parágrafos 54-55 (Israel) e doc. A/C.3/SR.371, p. 142, parágrafo 15 (França).

<sup>54</sup> GAOR, sexta sessão, 1951-1952, Terceiro Comité, doc. A/C.3/SR.390, p. 254, parágrafo 30.

*Todos os direitos humanos, civis, culturais, económicos, políticos e sociais, têm igual valor e dependem uns dos outros para a sua realização recíproca.*

*Existem dois Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos devido à natureza mais complexa dos direitos económicos, sociais e culturais, que exigiu uma redacção particularmente cuidadosa e mecanismos de aplicação ajustados à sua natureza específica.*

*Face aos diferentes níveis de desenvolvimento dos Estados, o Pacto teve de prever a possibilidade de realização ↓*

*progressiva, embora esta ideia nunca tenha querido significar a inexistência de obrigações imediatas.*

*A sugestão de que os direitos económicos, sociais e culturais não são justiciáveis nunca foi aceite durante o processo de elaboração do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.*

### 3. Interdependência e Indivisibilidade dos Direitos Humanos \*

Os autores dos dois Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos deixaram claro que os direitos económicos, sociais e culturais, por um lado, e os direitos civis e políticos, por outro, não devem ser vistos como categorias de direitos mutuamente opostas, mas antes como intrinsecamente interdependentes, assim garantindo o pleno respeito de todos os direitos humanos. A importância desta premissa básica do direito internacional dos direitos humanos é constantemente confirmada na prática: nos países onde existem obstáculos ao gozo dos direitos civis e políticos é menos provável que os direitos económicos, sociais e culturais floresçam e, da mesma forma, quando os direitos económicos, sociais e culturais não são uma realidade, existe pouca margem para o pleno desenvolvimento dos direitos civis e políticos.

Embora os termos “interdependência e indivisibilidade” dos direitos humanos não constem expressamente da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o texto, a estrutura e o espírito da Declaração no seu conjunto confirmam que os autores desejaram dar igual importância a estas duas categorias de direitos. Preconizaram “um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria” (segundo parágrafo preambular). Tal como vimos mais acima, a própria Assembleia Geral sublinhou, logo em 1950, que os direitos económicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos “estão interligados e são interdependentes”, posi-

ção subsequentemente confirmada nos terceiros parágrafos preambulares do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. No terceiro parágrafo preambular do primeiro, os Estados Partes reconhecem

“que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do medo e da miséria, não pode ser realizado a menos que sejam criadas condições que permitam a cada um desfrutar dos seus direitos económicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”.

No correspondente parágrafo preambular do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, os Estados Partes reconhecem:

“que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, usufruindo das liberdades civis e políticas e liberto do medo e da miséria, não pode ser realizado a menos que sejam criadas condições que permitam a cada um gozar dos seus direitos civis e políticos, bem como dos seus direitos económicos, sociais e culturais”.

A intrínseca relação entre as duas categorias de direitos veio ulteriormente a ser reafirmada numa série de resoluções, como a resolução 41/128 da Assembleia Geral, de 4 de Dezembro de 1986, que contém a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. O artigo 6.º da Declaração diz claramente:

“1. Todos os Estados devem cooperar, com vista a promover, encorajar e fortalecer o respeito universal e a observância de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

2. Todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; igual atenção e urgente consideração devem ser dadas à realização, promoção e protecção dos direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais.

3. Os Estados devem tomar providências para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da inobservância dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos económicos, sociais e culturais”.

A Declaração e Programa de Acção de Viena, adoptada por consenso a 25 de Junho de 1993 pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, é uma confirmação ainda mais recente, por parte dos Estados Membros das Nações Unidas, dos laços que unem todos os direitos humanos. No parágrafo 5 da parte I da Declaração de Viena, os Estados Membros reconhecem que:

“5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os direitos humanos globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, económicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Dado o ênfase colocado na relação intrínseca entre os direitos económicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos, desde que se iniciaram nos anos 40 os trabalhos de redacção da Carta Internacional dos Direitos Humanos, é lógico que o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais tenha vindo a sublinhar a importância dos dois princípios seguintes na área dos ***direitos humanos e actividades de cooperação técnica***:

• O ***primeiro princípio geral*** “é o de que os dois conjuntos de direitos são indivisíveis e interdependentes. Isto significa que os esforços com vista à promoção de um conjunto de direitos devem também ter plenamente em conta o outro. As agências das Nações Unidas envolvidas na promoção dos direitos económicos, sociais e culturais devem [assim] envidar todos os esforços para garantir que as suas actividades são

plenamente compatíveis com o gozo dos direitos civis e políticos”<sup>55</sup>.

- “O **segundo princípio de relevância geral** é o de que as actividades de cooperação para o desenvolvimento não contribuem automaticamente para a promoção do respeito pelos direitos económicos, sociais e culturais. Muitas actividades empreendidas em nome do *desenvolvimento* vieram mais tarde a ser reconhecidas como mal concebidas e mesmo contraproducentes em termos de direitos humanos”<sup>56</sup>. Deve por isso ser feito um esforço deliberado para conceber os programas de desenvolvimento de forma a que os mesmos promovam de facto os direitos humanos dos indivíduos, nomeadamente o seu direito à igualdade perante a lei e à não discriminação, questões jurídicas que os tribunais nacionais estão particularmente aptos a decidir”.

A intrínseca relação existente entre os direitos económicos, sociais e culturais, por um lado, e os direitos civis e políticos, por outro, é particularmente notória em relação ao **direito à vida**, garantido pelo artigo 6.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Esta ligação não escapou ao Comité dos Direitos do Homem, que observou “que o direito à vida é com demasiada frequência interpretado restritivamente”<sup>57</sup>. Na opinião do Comité:

“A expressão o *direito à vida* é inerente não pode ser interpretada de forma restritiva e a protecção deste direito exige que os Estados adoptem medidas positivas. A este respeito, o Comité considera que será desejável que os Estados Partes tomem todas as medidas possíveis para reduzir a mortalidade infantil e aumentar a esperança de vida, especialmente através de medidas destinadas a eliminar a má nutrição e as epidemias”<sup>58</sup>.

Tendo presente esta ampla interpretação do direito à vida, o Comité dos Direitos do Homem solicita por vezes aos Estados Partes, no âmbito do exame dos seus relatórios iniciais e/ou periódicos, informações sobre as medidas que adoptaram, por exemplo, a fim de melhorar as condições de vida das pessoas e aumentar a esperança de vida<sup>59</sup>, reduzir a taxa de mortalidade infantil e satisfazer as necessidades alimentares da população<sup>60</sup>, ou proteger a população contra as epidemias<sup>61</sup>. Ao analisar o quarto relatório periódico da Mongólia em Março de 2000, o Comité dos Direitos do Homem manifestou-se preocupado com “o grave problema da mortalidade materna, em parte devido a abortos inseguros e à inexistência de serviços e unidades de planeamento familiar”<sup>62</sup>. Estas questões podiam igualmente ter sido consideradas à luz do artigo 12.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, que garante o direito a gozar “do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir”, facto que atesta a intrínseca relação existente entre este direito e o “direito à vida [...] inerente à pessoa humana” protegido pelo artigo 6.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Os direitos sindicais também ilustram a relação fundamental entre as duas categorias de direitos. Enquanto que o artigo 22.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos garante a todas as pessoas o direito à livre associação, que compreende “o direito de constituir sindicatos e de a eles aderir para a protecção dos seus interesses”, o artigo 8.º, n.º 1, alínea a) do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais reconhece o “direito de todas as pessoas de formarem sindicatos e de se filiarem no sindicato da sua escolha”. Não permitir a formação de associações, sindicatos ou associações patronais compromete seriamente a própria liberdade de associação, direito que, como foi sublinhado pela própria Assembleia Geral durante a redacção do

<sup>55</sup> Vide o Comentário Geral n.º 2 do Comité (Medidas de assistência técnica internacional (artigo 22.º do Pacto)), in documento das Nações Unidas HRI/GEN/1/Rev.5, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, p. 16, parágrafo 6 (de ora em diante designado *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*).

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 16, parágrafo 7; destaque nosso.

<sup>57</sup> *Ibid.*, Comentário Geral n.º 6 (Artigo 6.º – direito à vida), p. 115, parágrafo 5.

<sup>58</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>59</sup> Relativamente à Gâmbia, vide o documento das Nações Unidas GAOR, A/39/40, pp. 61-62, parágrafo 327.

<sup>60</sup> Relativamente ao Peru, vide o documento das Nações Unidas GAOR, A/38/40, p. 61, parágrafo 264.

<sup>61</sup> Relativamente ao Sri Lanka, vide o documento das Nações Unidas GAOR, A/39/40, p. 21, parágrafo 105; ao Congo, o documento das Nações Unidas GAOR, A/42/40, p. 61, parágrafo 230; e à Bélgica, o documento das Nações Unidas GAOR, A/47/40, p. 105, parágrafo 408.

<sup>62</sup> Vide o documento das Nações Unidas GAOR, A/55/40 (I), p. 50, parágrafo 323 (b).

artigo 22.º, tem uma importância fundamental numa sociedade democrática<sup>63</sup>.

A intrínseca relação entre os direitos sindicais e os direitos civis tem vindo a ser constantemente sublinhada pelos vários órgãos da Organização Internacional do Trabalho, em especial o seu Comité de Peritos sobre a Aplicação das Convenções e Recomendações. Por exemplo, no seu Estudo Geral sobre a Liberdade de Associação e Negociação Colectiva, o Comité assinalou que a sua experiência demonstrava “que a restrição das liberdades civis e políticas constitui uma das principais causas das violações da liberdade de associação”<sup>64</sup>. O capítulo relativo a direitos sindicais e liberdades civis chegou às seguintes conclusões:

“43. O Comité considera que as garantias enunciadas nas Convenções internacionais do trabalho, em particular as relativas à liberdade de associação, só podem ser eficazes se os direitos civis e políticos consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e em outros instrumentos internacionais, nomeadamente no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, forem genuinamente reconhecidos e protegidos. Estes princípios intangíveis e universais [...] devem constituir o ideal comum a que todos os povos e todas as nações aspiram”<sup>65</sup>.

Não há dúvida de que, para que o direito à liberdade de associação seja eficaz, os membros das associações sindicais deverão, nomeadamente, gozar de uma plena liberdade de opinião, informação, expressão e circulação e poder reunir-se livremente para discutir questões do seu interesse. Deverão ainda beneficiar de protecção contra a detenção arbitrária e, se um membro de um sindicato for ainda assim detido por qualquer razão, **tem direito às garantias de um processo justo descritas nos Capítulos 4 a 7, incluindo o direito a ser**

<sup>63</sup> Vide, por exemplo, GAOR, *décima sexta sessão*, 1961, *Terceiro Comité*, doc. A/C.3/SR.1087, p. 134, parágrafo 16 (Suécia) e doc. A/C.3/SR.1088, p. 139, parágrafo 7 (Itália). A Itália referiu-se aqui à “liberdade de associação política” que “completava as liberdades de opinião, expressão e reunião”.

<sup>64</sup> *General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (N.º 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (N.º 98), 1949* [em português: *Estudo Geral sobre os Relatórios relativos à Convenção sobre a liberdade sindical e protecção do direito sindical (N.º 87) e à Convenção sobre a Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Colectiva (N.º 98)*], Relatório III (Parte 4B), Conferência Internacional do Trabalho, Genebra, 1994, p. 13, parágrafo 23.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 21, parágrafo 43; itálico omitido.

## **tratado de forma humana conforme explicado no Capítulo 8 do presente Manual.**

Estes são apenas dois exemplos práticos da fundamental e complexa relação que existe entre, por um lado, os direitos económicos, sociais e culturais e, por outro, os direitos civis e políticos, os quais, na teoria bem como na sua aplicação prática, não devem ser considerados duas categorias de direitos autónomas e em concorrência por fundos e atenção, **mas antes parte integrante de um conjunto completo de normas jurídicas destinadas à protecção de todas as dimensões da pessoa humana, normas entre as quais existe uma contínua relação dialéctica com vista à realização da justiça, da segurança e do bem-estar de todos.**

*A evolução das normas internacionais de direitos humanos, incluindo a sua interpretação pelos órgãos internacionais de controlo, confirmou a existência de ligações fundamentais entre os direitos civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais.*

*Os Governos têm o dever jurídico fundamental de proceder simultaneamente à aplicação de todos estes direitos, que se destinam a proteger as dimensões mais fundamentais da vida humana e da pessoa humana.*

## **4. Tratados Universais e Regionais de Protecção dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais: Direitos Garantidos** \*

A presente secção contém uma lista dos principais direitos económicos, sociais e culturais garantidos pelos mais importantes tratados universais e regionais. Os tratados abrangem uma ampla variedade de direitos e a análise de todos eles ultrapassa em muito o âmbito do presente Manual. Foram assim seleccionados alguns direitos que serão objecto de análise mais detalhada nas secções 6 e 7.

Para mais informação quanto aos mecanismos de aplicação dos tratados universais e regionais de protecção dos direitos económicos, sociais e culturais, *vide* os Capítulos 2 e 3 do presente Manual.

#### 4.1 NÍVEL UNIVERSAL

##### 4.1.1 PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, DE 1966

A presente secção, dedicada ao nível universal, centrar-se-á no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, cuja aplicação é controlada pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais com base em relatórios apresentados pelos Estados Partes. Para mais informação relativa à interpretação dada pelo Comité às diversas disposições do Pacto, veja também os Comentários Gerais adoptados pelo Comité. Até 8 de Fevereiro de 2002, o Pacto tinha 145 Estados Partes. Garante, em particular, os seguintes direitos:

- Direito à igualdade e não discriminação no gozo de direitos – artigo 2.º, n.º 2 (não discriminação em geral) e artigo 3.º (entre homens e mulheres);
- Direito ao trabalho, incluindo o direito de ganhar a vida através de um trabalho livremente escolhido ou aceite – artigo 6.º;
- Direito a beneficiar de condições de trabalho justas e favoráveis, incluindo um salário equitativo e uma remuneração igual para trabalho de valor igual sem qualquer distinção; uma existência decente para os trabalhadores e suas famílias; condições de trabalho seguras e higiénicas; iguais oportunidades de promoção; repouso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho, bem como férias periódicas pagas – artigo 7.º;
- Direito de formar sindicatos e de se filiar em sindicato da sua escolha, incluindo o direito de formar federações ou confederações sindicais nacionais – artigo 8.º, n.º 1, alíneas a) e b);

- Direito à greve – artigo 8.º, n.º 1, alínea d);
- Direito à segurança social, incluindo os seguros sociais – artigo 9.º;
- Direito à protecção e assistência da família; livre consentimento dos futuros esposos para a celebração do casamento; protecção da maternidade; protecção e assistência das crianças e jovens – artigo 10.º, n.ºs 1 a 3;
- Direito a um nível de vida adequado, incluindo alimentação, vestuário e alojamento adequados, e à contínua melhoria das condições de vida – artigo 11.º, n.º 1;
- Direito ao melhor estado de saúde física e mental possível de atingir – artigo 12.º;
- Direito à educação – artigo 13.º;
- Direito de participar na vida cultural, de gozar os benefícios do progresso científico e de beneficiar da protecção dos interesses morais e materiais que decorrem de toda a produção científica, literária ou artística de que cada um é autor – artigo 15.º, n.º 1.

#### 4.2 NÍVEL REGIONAL

##### 4.2.1 CARTA AFRICANA DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS, DE 1981

A nível regional, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos garante a protecção, não só dos direitos económicos, sociais e culturais dos indivíduos, mas também dos povos (*vide* o artigo 22.º da Carta). Porém, a seguinte lista enuncia apenas os direitos dos indivíduos, que compreendem:

- O direito à não discriminação no gozo dos direitos protegidos pela Carta – artigo 2.º;
- O direito à liberdade de associação – artigo 10.º;

- O direito ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias; o direito de receber um salário igual por um trabalho igual – artigo 15.º;
- O direito ao gozo do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir – artigo 16.º;
- O direito à educação – artigo 17.º, n.º 1;
- O direito de participar livremente na vida cultural da comunidade – artigo 17.º, n.º 2;
- O direito das pessoas idosas ou deficientes a medidas específicas de protecção que correspondam às suas necessidades físicas ou morais – artigo 18.º, n.º 4.

Outras disposições do artigo 18.º da Carta não estão concebidas como direitos, mas como deveres dos Estados, por exemplo a obrigação de velar pela saúde física e moral da família (artigo 18.º, n.º 1), de assistir a família (artigo 18.º, n.º 2) e de assegurar a eliminação de toda a discriminação contra a mulher e a protecção dos direitos da mulher e da criança tal como estipulados nas declarações e convenções internacionais (artigo 18.º, n.º 3).

#### 4.2.2 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, DE 1969, INCLUINDO O PROTOCOLO ADICIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, DE 1988

No continente americano, os direitos civis, culturais, económicos, políticos e sociais ficaram consagrados, desde o início, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948. Quando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi adoptada em 1969, o Capítulo III, intitulado “Direitos Económicos, Sociais e Culturais” consistia apenas no artigo 26.º, segundo o qual:

“Os Estados Partes comprometem-se a adoptar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente económica e técnica, a fim de conseguir progres-

sivamente a plena efectividade dos direitos que decorrem das normas económicas, sociais e sobre a educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformulada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

Estes direitos foram desenvolvidos no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1988, também denominado “Protocolo de São Salvador”. Este Protocolo, que entrou em vigor a 16 de Novembro de 1966, protege em particular os seguintes direitos:

- Direito à não discriminação no exercício dos direitos garantidos – artigo 3.º;
- Direito ao trabalho, incluindo a possibilidade de obter os meios que permitam levar uma vida digna e decente – artigo 6.º;
- Direito a condições de trabalho justas, equitativas e satisfatórias, incluindo uma remuneração que, no mínimo, garanta a todos os trabalhadores e suas famílias condições de vida dignas e decentes; salário justo e igual para trabalho igual; direito à promoção; segurança e higiene no trabalho; proibição do trabalho nocturno e de condições de trabalho insalubres ou perigosas para as pessoas menores de 18 anos; limitação razoável do horário de trabalho e direito ao descanso, ao lazer e a férias pagas – artigo 7.º;
- Direitos sindicais, como o direito dos trabalhadores de organizarem sindicatos e de se filiarem em sindicato da sua escolha com vista à promoção e protecção dos seus interesses, e direito à greve – artigo 8.º, n.º 1;
- Direito à segurança social – artigo 9.º;
- Direito à saúde, “entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social” – artigo 10.º;

- Direito a um ambiente saudável – artigo 11.º;
- Direito à alimentação, que significa o “direito a uma nutrição adequada que assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual” – artigo 12.º;
- Direito à educação – artigo 13.º;
- Direito aos benefícios da cultura, incluindo o progresso científico e tecnológico – artigo 14.º, n.º 1;
- Direito à formação e protecção das famílias – artigo 15.º;
- Direitos da criança – artigo 16.º;
- Direito dos idosos a protecção especial – artigo 17.º;
- Direito da pessoa deficiente a receber atenção especial “a fim de alcançar o máximo desenvolvimento da sua personalidade” – artigo 18.º;
- Direito à negociação colectiva – artigo 6.º;
- Direito das crianças e jovens à protecção – artigo 7.º;
- Direito das mulheres trabalhadoras à protecção – artigo 8.º;
- Direito à orientação profissional – artigo 9.º;
- Direito à formação profissional – artigo 10.º;
- Direito à protecção da saúde – artigo 11.º;
- Direito à segurança social – artigo 12.º;
- Direito à assistência social e médica – artigo 13.º;
- Direito a beneficiar de serviços sociais – artigo 14.º;
- Direito das pessoas com deficiência física ou mental à formação profissional e à reabilitação profissional e social – artigo 15.º;
- Direito da família a protecção social, jurídica e económica – artigo 16.º;
- Direito das mães e das crianças a protecção social e económica – artigo 17.º;
- Direito de exercer uma actividade lucrativa no território das outras Partes Contratantes – artigo 18.º;
- Direito dos trabalhadores migrantes e suas famílias a protecção e assistência – artigo 19.º.

#### 4.2.3 CARTA SOCIAL EUROPEIA, DE 1961, E CARTA SOCIAL EUROPEIA REVISTA, DE 1996

Até 19 de Junho de 2002, a Carta Social Europeia de 1961 tinha sido ratificada por 25 Estados membros do Conselho da Europa. Consagra os direitos a seguir enumerados:

- Direito ao trabalho – artigo 1.º;
- Direito a condições de trabalho justas – artigo 2.º;
- Direito à segurança e à higiene no trabalho – artigo 3.º;
- Direito a uma remuneração justa – artigo 4.º;
- Direito de organização – artigo 5.º;
- O Protocolo Adicional de 1988 <sup>N.T.1</sup> Este Protocolo nunca chegou a ser ratificado por Portugal. entrou em vigor a 4 de Setembro de 1992 e, até 19 de Junho de 2002, tinha sido ratificado por dez Estados<sup>N.T.1</sup>. Nos termos deste Protocolo, que não prejudica as disposições da Carta Social Europeia, os Estados Contratantes consideram-se vinculados por um ou mais artigos que reconhecem os seguintes direitos:

- Direito a iguais oportunidades e a igual tratamento nas questões do trabalho e da ocupação, sem discriminação com base no sexo – artigo 1.º;
- Direito dos trabalhadores à informação e a ser consultados – artigo 2.º;
- Direito dos trabalhadores a participar na definição e melhoria das condições e do ambiente de trabalho – artigo 3.º;
- Direito das pessoas idosas a protecção social – artigo 4.º.

A versão revista da Carta Social Europeia foi adoptada em 1996 e entrou em vigor a 1 de Julho de 1999. Até 19 de Junho de 2002, tinha sido ratificada por 13 Estados. A Carta Social Europeia Revista irá substituir progressivamente a Carta original, cujas disposições actualiza e complementa. Tendo em conta os novos desenvolvimentos sociais e económicos, a Carta Revista altera certas normas e acrescenta outras. As inovações incluem, em particular, uma consideravelmente maior lista de direitos e princípios na Parte I do que os previstos na antiga Carta (31 direitos e princípios, comparados com 19 na Carta de 1961). Para além dos direitos retirados do Protocolo Adicional de 1988, as inovações mais importantes são nomeadamente:

- O direito à protecção em caso de despedimento – artigo 24.º;
- O direito dos trabalhadores à protecção dos seus créditos em caso de insolvência do seu empregador – artigo 25.º;
- O direito à dignidade no trabalho – artigo 26.º;
- O direito dos trabalhadores com responsabilidades familiares à igualdade de oportunidades e de tratamento – artigo 27.º;
- O direito dos representantes dos trabalhadores à protecção na empresa e facilidades a conceder-lhes – artigo 28.º;

- O direito à informação e à consulta nos processos de despedimento colectivo – artigo 29.º;
- O direito à protecção contra a pobreza e a exclusão social – artigo 30.º;
- O direito à habitação – artigo 31.º.

*Os direitos económicos, sociais e culturais garantidos pelas normas internacionais de direitos humanos abrangem vastas áreas e aspectos essenciais da vida humana, como o direito ao trabalho e a condições de trabalho favoráveis, o direito a um nível de vida adequado, o direito a um adequado estado de saúde física e mental, o direito à educação e o direito das famílias e crianças a assistência especial.*

*O gozo de todos estes direitos está condicionado pelo respeito do princípio da igualdade perante a lei e na aplicação da lei.*

## 5. Obrigações Jurídicas dos Estados no Domínio da Protecção dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais \*

### 5.1 PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, DE 1966

#### 5.1.1 OBSERVAÇÕES INICIAIS

Os deveres jurídicos gerais dos Estados Partes no cumprimento das obrigações assumidas em virtude do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais estão consagrados no artigo 2.º, que tem a seguinte redacção:

“1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos económico e



técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.

2. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma baseada em motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, qualquer outra situação.

3. Os países em vias de desenvolvimento, tendo em devida conta os direitos do homem e a respectiva economia nacional, podem determinar em que medida garantirão os direitos económicos no presente Pacto a não nacionais”.

Deve assinalar-se em geral que, ao contrário do artigo 2.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, que impõe um dever de **realização imediata** dos direitos garantidos, o artigo 2.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais permite a **realização progressiva** dos direitos reconhecidos. Porém, tal como resulta claramente dos debates ocorridos durante o processo de elaboração dos Pactos, resumidos na secção 2, seria, não só uma excessiva simplificação, mas também juridicamente incorrecto, concluir que o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais só implica deveres de realização progressiva, sem qualquer obrigação de agir imediatamente. A natureza dos direitos em si mesmos, a forma como as normas que os consagram estão redigidas, as declarações de quem participou na redacção e as opiniões manifestadas até à data pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais demonstram que a natureza e o âmbito das obrigações jurídicas assumidas pelos Estados Partes aquando da ratificação do Pacto ou da adesão ao mesmo são muito mais dinâmicas. Esta é uma conclusão lógica, tendo em conta o facto de, não obstante os múltiplos problemas económicos e sociais que os Governos enfrentam, o Pacto ter funcionado e continuar a funcionar como um instrumento jurí-

dico que visa uma constante melhoria das condições de vida das pessoas em todo o mundo.

Conforme assinalado pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais num dos seus primeiros comentários gerais, as obrigações jurídicas consagradas no artigo 2.º do Pacto compreendem **“obrigações de meios e obrigações de resultado”**<sup>66</sup>. Isto significa nomeadamente que, “embora o Pacto preveja a realização progressiva e reconheça os constrangimentos resultantes da limitação dos recursos disponíveis, **impõe também várias obrigações de efeito imediato**”<sup>67</sup>. Uma destas obrigações imedia-

tas é o compromisso, constante do artigo 2.º, n.º 2, de garantir que os direitos previstos no Pacto são exercidos sem discriminação<sup>68</sup>. Uma segunda obrigação “é o compromisso, constante do artigo 2.º, n.º 1, de *agir*, o qual, em si mesmo, não está subordinado ou limitado por outras considerações”<sup>69</sup>. Conforme observado pelo Comité, o sentido pleno da expressão pode ser apreendido comparando o texto em inglês<sup>N.T.2</sup> com as versões francesa e espanhola, segundo as quais os Estados Partes se comprometem “a agir” (em francês: “s’engage à agir”) e “a adoptar medidas” (em espanhol: “a adoptar medidas”)<sup>70</sup>. Esta obrigação jurídica significa que:

“embora a plena realização dos direitos pertinentes possa ser alcançada progressivamente, devem ser dados passos nesse sentido num prazo razoavelmente curto após a entrada em vigor do Pacto para os Estados em causa. Esses passos devem ser **deliberados, concretos e orientados** tão claramente quanto possível para o cumprimento das obrigações reconhecidas no Pacto”<sup>71</sup>.

Às obrigações de meios e de resultado tem de ser acrescentada uma terceira obrigação, a **de tornar efectivos os deveres jurídicos relevantes, nomeadamente através da disponibilização de vias internas de recurso**. Estes três aspectos das obrigações jurí-

<sup>66</sup> Vide Comentário Geral n.º 3 (Natureza das obrigações dos Estados Partes – artigo 2.º, n.º 1), *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 18, parágrafo 1; destaque nosso.

<sup>67</sup> *Ibid.*, loc. cit.; destaque nosso.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 18, parágrafo 2.

<sup>N.T.2</sup> A versão inglesa do Pacto utiliza a expressão “to take steps”, que pode ser traduzida por “tomar medidas” ou “dar passos”. A versão oficial portuguesa segue contudo de perto o texto em francês, empregando a palavra “agir” (“Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir [...]”).

<sup>70</sup> *Ibid.*, loc. cit.

dicas dos Estados Partes estão interrelacionados e sobrepõem-se em certa medida mas, tal como sublinhado pelo Comité, têm características distintas que descreveremos em seguida.

### 5.1.2 OBRIGAÇÃO DE MEIOS

Quanto aos meios que os Estados Partes devem utilizar para cumprir a obrigação de *agir*, o artigo 2.º, n.º 1 do Pacto refere-se a “todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas”. Embora caiba aos próprios Estados Partes avaliar que medidas são mais “apropriadas”, para além da *legislação*, para dar cumprimento às obrigações assumidas em virtude do Pacto, o Comité defende que tais medidas “compreendem medidas *administrativas, financeiras, educativas e sociais*, mas não se limitam a elas”<sup>72</sup>.

Uma outra medida considerada “apropriada” pelo Comité é “a disponibilização de recursos judiciais relativamente a direitos que possam, em conformidade com o sistema jurídico nacional, ser considerados justiciáveis. O Comité observa, por exemplo, que a adequada promoção do gozo dos direitos reconhecidos, sem discriminação, será muitas vezes conseguida em parte através da disponibilização de recursos judiciais ou outras vias de recuso eficazes”<sup>73</sup>. Para além disso, existem diversas disposições do Pacto, nomeadamente os artigos 3.º, 7.º, alínea a) i), 8.º, 10.º, n.º 3, 13.º, n.º 2, alínea a), 3 e 4 e 15.º, n.º 3, “que parecem susceptíveis de aplicação imediata por órgãos judiciais e outros em muitos sistemas jurídicos nacionais. Qualquer sugestão de que as disposições indicadas são inerentemente não executórias parece difícil de sustentar”<sup>74</sup>.

### 5.1.3 OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

A “principal obrigação de resultado” consagrada no artigo 2.º, n.º 1 “consiste em agir *de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto*”<sup>75</sup>. Porém, conforme sublinhado

pelo Comité, o facto de o Pacto permitir a “realização progressiva” dos direitos, isto é, a sua “realização ao longo do tempo”, “não deve ser mal interpretado no sentido de esvaziar a obrigação de todo o seu significado”<sup>76</sup>. O Comité descreve esta obrigação nos seguintes termos:

“É por um lado um necessário instrumento de flexibilidade, que reflecte as realidades do mundo e as dificuldades enfrentadas por todos os países para assegurar uma plena realização dos direitos económicos, sociais e culturais. Por outro lado, a expressão deverá ser interpretada à luz do objectivo geral, na verdade a razão de ser, do Pacto, que consiste em estabelecer obrigações claras para os Estados Partes quanto à plena realização dos direitos em causa. Impõe assim uma obrigação de caminhar o mais depressa e o mais eficazmente possível no sentido desse objectivo. Para além disso, quaisquer medidas deliberadamente regressivas na matéria têm de ser cuidadosamente analisadas e necessitam de ser plenamente justificadas por referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do pleno uso dos máximos recursos disponíveis”<sup>77</sup>.

O Comité é ainda de opinião que todos os Estados Partes têm “a obrigação fundamental mínima de assegurar a satisfação de, pelo menos, níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos” garantidos pelo Pacto, sem o que este último “seria em larga medida privado da sua razão de ser”<sup>78</sup>. Nas palavras do Comité, isto significa, por exemplo, que:

“um Estado Parte onde um significativo número de indivíduos seja privado de bens alimentares essenciais, de cuidados primários de saúde fundamentais, de abrigo e habitação básica, ou das mais fundamentais formas de educação está, *prima facie*, a incumprir as suas obrigações à luz do Pacto”<sup>79</sup>.

A este respeito, o Comité indicou também que, uma vez que o artigo 2.º, n.º 1 exige que cada Estado Parte “tome as medidas necessárias *no máximo dos seus recursos disponíveis*”, um Estado

deverá, para poder imputar <sup>80</sup> *Ibid.* o incumprimento das suas <sup>81</sup> *Ibid.*, p. 20, parágrafo 11. obrigações fundamentais mínimas a uma indisponibilidade de recursos, “demonstrar que foram feitos todos os esforços para utilizar todos os recursos à sua disposição, numa tentativa de cumprir, a título prioritário, essas obrigações mínimas”<sup>80</sup>. Porém, tal como referido pelo Comité, “mesmo quando os recursos disponíveis são manifestamente inadequados, o Estado Parte continua a ter a obrigação de tentar garantir o mais amplo gozo possível dos direitos pertinentes nas circunstâncias em causa”<sup>81</sup>.

#### 5.1.4 OBRIGAÇÃO DE TORNAR EFECTIVOS OS DIREITOS: PREVISÃO DE VIAS INTERNAS DE RECURSO

No Comentário Geral n.º 9, relativo à aplicação interna do Pacto, <sup>82</sup> *Ibid.*, p. 58, parágrafo 1. o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais desenvolveu algumas das afirmações constantes do Comentário Geral n.º 3. Observou em particular que o Pacto, ao exigir que os Governos tornem efectivos os direitos que garante “por todos os meios apropriados”, adopta uma abordagem ampla e flexível que permite que sejam tidas em conta as especificidades dos sistemas jurídicos e administrativos de cada Estado, bem como outros factores relevantes<sup>82</sup>. “Mas esta flexibilidade coexiste com a obrigação de cada Estado de utilizar todos os meios à sua disposição para tornar efectivos os direitos reconhecidos no Pacto. A este respeito, deverão ter-se presentes as exigências fundamentais das normas internacionais de direitos humanos. Assim, as normas do Pacto deverão ser reconhecidas de formas apropriadas no âmbito da ordem jurídica interna, os indivíduos ou grupos lesados deverão ter acesso a formas adequadas de reparação ou a vias de recurso apropriadas, e deverão ser criados meios adequados para garantir a responsabilização do Governo”<sup>83</sup>.

Na opinião do Comité, “as questões relativas à aplicação interna do Pacto deverão ser consideradas à luz de dois princípios de direito internacional”:

- Em **primeiro** lugar, nos <sup>84</sup> *Ibid.*, p. 58, parágrafo 3. termos do artigo 27.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, um Estado Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento das obrigações assumidas em virtude de um tratado; assim, para dar efeito às obrigações impostas por um tratado, “deverá modificar a sua ordem jurídica interna conforme necessário”<sup>84</sup>;
- Em **segundo** lugar, de <sup>85</sup> *Ibid.*, pp. 58-59, acordo com o artigo 8.º <sup>parágrafo 3.</sup> da Declaração Universal dos Direitos do Homem, “toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”; embora o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais não exija directamente que os Estados Partes estabeleçam via internas de recurso para alegadas violações das suas disposições, o Comité considera que “um Estado Parte que procure justificar a inexistência de quaisquer vias internas de recurso para violações de direitos económicos, sociais e culturais terá de demonstrar que tais vias de recurso não constituem *meios apropriados* no sentido do artigo 2.º, n.º 1 [...] ou que, face a outros meios utilizados, são desnecessárias. Isto será difícil de demonstrar e o Comité considera que, em muitos casos, os outros meios utilizados podem revelar-se ineficazes se não forem reforçados ou complementados com vias judiciais de recurso”<sup>85</sup>.

Dos Comentários Gerais do Comité, pode concluir-se que, **regra geral, a aplicação eficaz do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais exige a disponibilização de vias internas de recurso para aqueles que consideram que os seus direitos foram violados pelo Estado**. O facto de este Pacto, ao contrário do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, não prever expressamente a obrigação de instituir vias legais de recurso ou outras para as pessoas lesadas traduz

a relutância dos autores em se sujeitar a queixas individuais numa área que depende, numa considerável medida, de recursos financeiros e do estado de desenvolvimento de cada país. Esta relutância veio recentemente a ser confirmada pelas dificuldades encontradas no processo de elaboração de um protocolo facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais destinado a criar um procedimento internacional de queixa para indivíduos e grupos<sup>N.T3</sup>.

<sup>N.T3</sup> O Grupo de Trabalho de composição aberta encarregado de examinar opções relativas à elaboração de um Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais foi estabelecido pela resolução 2002/24 da Comissão de Direitos Humanos, de 22 de Abril. Reuniu pela primeira vez em Genebra, de 23 de Fevereiro a 5 de Março de 2004, sob a presidência da portuguesa Catarina de Albuquerque.

*Os Estados Partes no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais não podem justificar o incumprimento das disposições do Pacto com base na sua legislação interna.*

*Os Estados Partes no Pacto têm uma **obrigação de meios** e deverão, em particular, tomar todas as medidas legislativas, administrativas, financeiras, educativas e sociais que sejam adequadas para tornar efectivas as disposições do Pacto.*

*Os Estados Partes têm também uma **obrigação de resultado**, no sentido de que devem caminhar tão rápida e eficazmente quanto possível no sentido da realização dos direitos consagrados no Pacto, utilizando ao máximo os recursos à sua disposição.*

*Cada Estado Parte tem o dever jurídico de garantir **imediatamente** as **obrigações mínimas fundamentais** decorrentes de cada um dos direitos consagrados no Pacto.*

*Mesmo em situações de manifesta insuficiência de recursos, os Estados Partes têm de provar que estão a tentar garantir o máximo gozo possível dos direitos consagrados no Pacto.*

*Os Estados Partes têm o dever jurídico de tornar efectivas as disposições do Pacto utilizando todos os meios à sua disposição. Este dever compreende a previsão de **meios de reparação ou vias de recurso** que permitam aos indivíduos reclamar efectivamente os seus direitos económicos, sociais e culturais a nível interno.*

## 5.2 CARTA AFRICANA DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS, DE 1981

O artigo 1.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos define as obrigações jurídicas dos Estados Partes relativamente a todos os direitos, deveres e liberdades consagrados na Carta, incluindo os direitos económicos, sociais e culturais. Isto significa que os “reconhecem” e “comprometem-se a adoptar medidas legislativas ou outras para os aplicar”. Nem esta disposição nem as disposições que definem os direitos em questão sugerem qualquer outra coisa senão o dever jurídico de cumprir as obrigações jurídicas **imediatamente**.

## 5.3 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, DE 1969, E PROTOCOLO ADICIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, DE 1988

No artigo 1.º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, os membros da Organização de Estados Americanos (OEA) optaram por uma **abordagem progressiva**, segundo a qual os Estados Partes

“comprometem-se a adoptar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente económica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta o seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efectividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo”.

Embora esta abordagem seja progressiva, é também claramente orientada para os resultados, uma vez que os Estados Partes “comprometem-se a adoptar as medidas necessárias” a fim de alcançar “a plena efectividade dos direitos reconhecidos” no Protocolo.

## 5.4 CARTA SOCIAL EUROPEIA, DE 1961, E CARTA SOCIAL EUROPEIA REVISTA, DE 1996

Pode dizer-se em termos gerais que a revisão da Carta Social Europeia de 1961 não pretendeu

representar “uma diminuição do nível de protecção por ela conferido” mas que, pelo contrário, “a reforma implicaria a consideração, tanto dos desenvolvimentos dos direitos sociais

<sup>86</sup> Vide *European Social Charter: Explanatory Report* [em português: “Relatório Explicativo da Carta Social Europeia] (ETS N.º 163), no website do Conselho da Europa: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/163.htm>.

<sup>87</sup> *Ibid.*, loc. cit.

e económicos reflectidos em outros instrumentos internacionais e na legislação dos Estados Membros, como de problemas sociais não abrangidos pelos outros instrumentos internacionais em vigor”<sup>86</sup>. Concordou-se ainda em que “todas as emendas foram feitas tendo presente a necessidade de garantir a igualdade de tratamento dos homens e das mulheres”<sup>87</sup>.

Relativamente às obrigações jurídicas concretas, ambas as versões da Carta Social Europeia, de 1961 e 1996, estabelecem um regime específico de compromissos que permite aos Estados Contratantes proceder à aplicação progressiva dos direitos consagrados. Porém, embora cada Parte Contratante aceite considerar a Parte I de cada Carta “como uma declaração que fixa os objectivos cuja realização assegurará por todos os meios úteis” (artigo 20.º, n.º 1, alínea a) da Carta de 1961 e artigo A da Carta de 1996), ***ambas as Cartas definem também as obrigações essenciais que todos os Estados têm de aceitar ao tornarem-se Partes.***

À luz da Carta de 1961, os Estados Contratantes obrigam-se a ficar vinculados a pelo menos **cinco** dos seguintes artigos:

- Direito ao trabalho – artigo 1.º;
- Direito de organização – artigo 5.º;
- Direito à negociação colectiva – artigo 6.º;
- Direito à segurança social – artigo 12.º;
- Direito à assistência social e médica – artigo 13.º;
- Direito da família à protecção social, jurídica e económica – artigo 16.º;

- Direito dos trabalhadores migrantes e suas famílias à protecção e assistência – artigo 19.º.

Para além disso, os Estados Partes têm de se obrigar a ficar vinculados por um total de, pelo menos, 10 artigos ou 45 parágrafos numerados (artigo 20.º, n.º 1, alínea c)).

Nos termos da Carta Revista de 1996, o número de obrigações mínimas foi aumentado e os Estados Contratantes têm de aceitar ficar vinculados por pelo menos **seis** dos artigos fundamentais, tendo sido acrescentados os dois artigos seguintes à lista consagrada na Carta original:

- Direito das crianças e jovens à protecção – artigo 7.º;
- Direito a iguais oportunidades e a igual tratamento nas questões do trabalho e da ocupação, sem discriminação com base no sexo – artigo 20.º.

Os Estados Contratantes deverão depois aceitar ficar vinculados por um número suplementar de disposições em número não inferior a 16 artigos ou 63 parágrafos numerados no total (Parte III, artigo A).

Os Estados Contratantes deverão assim concordar em vincular-se a um considerável número de disposições, a ser aplicadas desde o dia da ratificação da Carta em causa e são, naturalmente, livres para aumentar o número de disposições a que desejam vincular-se em qualquer momento posterior (*vide* artigo 20.º, n.º 3 da Carta de 1961 e artigo A, n.º 3 da Carta de 1996).

*A Carta Social Europeia adopta uma abordagem híbrida dos deveres jurídicos internacionais, na medida em que impõe aos Estados Contratantes um certo número de direitos imediatamente aplicáveis, permitindo-lhes por outro lado proceder à aplicação progressiva de outros direitos.*

## 6. Direitos Económicos, Sociais e Culturais: São Eles Justiciáveis? \*

Tal como referido na subsecção 2.2.4, a questão da justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais foi discutida no âmbito da elaboração do Pacto. Embora alguns Governos tenham na altura, no seio da Comissão de Direitos Humanos, votado a favor de uma resolução que negava expressamente a justiciabilidade desses direitos, os Estados em causa estavam em clara minoria. Outros países sublinharam a inexactidão e mesmo o perigo de rotular os direitos económicos, sociais e culturais como não justiciáveis e a França assinalou que muitos aspectos destes direitos seriam justiciáveis. Meio século volvido, não existe ainda na prática unanimidade quanto à competência que os tribunais nacionais têm ou devem ter para decidir casos que envolvam alegadas violações de direitos económicos, sociais e culturais. Esta incerteza ficou patente num *Workshop* sobre a Justiciabilidade dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, com Particular Referência a um Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, realizado em Genebra, Suíça, em Fevereiro de 2001. Foi organizado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e a Comissão Internacional de Juristas. Os relatórios apresentados ao *Workshop* demonstram que os tribunais nacionais são cada vez mais chamados a decidir causas relativas a direitos económicos, sociais e culturais, como o direito a um alojamento suficiente e o direito à igualdade perante a lei. Interpretada em conjunto com uma análise objectiva dos direitos em causa, esta evolução demonstra que a questão da justiciabilidade não é clara e que as decisões quanto a saber se determinados direitos em concreto se prestam ou não a escrutínio judicial podem ter mais a ver com a vontade política do que com o direito *stricto sensu*.

Um interessante paralelo indica que o mesmo argumento se aplica também, em certa medida, na área dos direitos civis e políticos. As questões relativas à legalidade do exercício pelos Governos dos poderes de emergência em tempos de crise foram muitas vezes consideradas não justiciáveis,

mas os Tribunais Europeu e Americano de Direitos Humanos, em particular, demonstraram que a declaração de estado de excepção e a imposição de restrições extraordinárias ao exercício de direitos humanos, em derrogação de obrigações jurídicas internacionais, são questões justiciáveis que têm de ser examinadas à luz das obrigações assumidas pelo Estado em causa em virtude dos tratados<sup>88</sup>.

Relativamente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, o Comité competente analisou a questão da justiciabilidade em conexão com o papel das vias judiciais de recurso no Comentário Geral n.º 9. Embora o Comité considere que “o direito a um recurso eficaz não necessita de ser interpretado no sentido de exigir sempre um recurso judicial” e que “os recursos administrativos serão, em muitos casos, adequados”, é também de opinião que

“sempre que um direito previsto no Pacto não possa ser plenamente eficaz sem alguma intervenção do poder judicial, são necessárias vias judiciais de recurso”<sup>89</sup>.

Neste Comentário Geral, o Comité lamenta que, ao contrário do que sucede com os direitos civis e políticos, “se parta demasiadas vezes do princípio” de que os recursos judiciais não são essenciais relativamente a violações dos direitos económicos, sociais e culturais, embora “esta discrepância não seja justificada, quer pela natureza dos direitos, quer pelas disposições pertinentes do Pacto”<sup>90</sup>. O Comité observa que deixou já claro “que considera que muitas disposições do Pacto são susceptíveis de aplicação imediata”, por exemplo os artigos 3.º, 7.º, alínea a) i), 8.º, 10.º, n.º 3, 13.º, n.º 2, alínea a), 13.º, n.º 3, 13.º, n.º 4 e 15.º, n.º 3<sup>91</sup>. Estas disposições, que o Comité cita *a título de exemplo*, consagram os seguintes direitos:

- Direito à igualdade entre homens e mulheres no gozo de direitos – artigo 3.º;

<sup>88</sup> Para mais informação sobre esta questão, vide o Capítulo 16 do presente Manual.

<sup>89</sup> *Compilação de Comentários Gerais das Nações Unidas*, p. 60, parágrafo 9.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 60, parágrafo 10.

<sup>91</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

- Direito a um salário equitativo e a uma remuneração igual para trabalho de valor igual – artigo 7.º, alínea a) i);
- Direito de formar sindicatos que possam funcionar livremente; direito à greve – artigo 8.º;
- Direito das crianças e dos jovens a medidas especiais de protecção e assistência, a ser adoptadas sem discriminação – artigo 10.º, n.º 3;
- Direito de todos a uma educação primária gratuita e obrigatória – artigo 13.º, n.º 2, alínea a);
- Direito dos pais ou tutores legais a escolher para os seus filhos estabelecimentos de ensino diferentes dos públicos a fim de assegurar a respectiva educação religiosa e moral em conformidade com as suas convicções – artigo 13.º, n.º 3;
- Direito das pessoas singulares e colectivas a estabelecer e dirigir instituições de ensino em conformidade com as normas jurídicas – artigo 13.º, n.º 4;
- Liberdade indispensável à investigação científica e à actividade criativa – artigo 15.º, n.º 3.

Relativamente à questão da justiciabilidade dos direitos consagrados no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, o Comité acrescentou o seguinte:

“É importante, a este respeito, distinguir entre a justiciabilidade (que se refere a questões que são adequadamente resolvidas pelos tribunais) e normas executórias (susceptíveis de aplicação pelos tribunais sem qualquer mediação). Embora a abordagem geral de cada sistema jurídico deva ser tida em conta, não existe qualquer direito previsto no Pacto que não possa, na grande maioria dos sistemas, ser considerado como possuidor de pelo menos algumas dimensões justiciáveis significativas. Sugere-se por vezes que as questões que envolvem a afectação de recursos devem ser

deixadas para as autoridades <sup>92</sup> *Ibid.*

políticas e não para os tribunais. Embora as competências de cada um dos poderes do Estado devam ser respeitadas, é importante reconhecer que os tribunais estão já em geral envolvidos num considerável número de questões com importantes implicações em termos de recursos. A adopção de uma classificação rígida de direitos económicos, sociais e culturais que os coloque, por definição, fora da competência dos tribunais seria assim arbitrária e incompatível com o princípio segundo o qual os dois conjuntos de direitos humanos são indivisíveis e interdependentes. Comprometeria também drasticamente a capacidade dos tribunais para proteger os direitos dos grupos mais vulneráveis e carenciados da sociedade”<sup>92</sup>.

Quanto à natureza executória <sup>93</sup> *Ibid.*, p. 61, parágrafo 11. das disposições do Pacto, o Comité assinalou que “o Pacto não nega a possibilidade de que os direitos que consagra seja considerados executórios nos sistemas que prevêem essa opção. Na realidade, durante o processo de redacção do Pacto, tentativas para nele incluir uma disposição específica com o objectivo de estabelecer que seria considerado «não executório» foram fortemente rejeitadas”<sup>93</sup>. O Comité prossegue dizendo o seguinte:

“Na maioria dos Estados, a determinação do carácter executório ou não da norma de um tratado será uma questão que cabe aos tribunais decidir, não ao poder executivo ou legislativo. Para desempenhar essa função com eficácia, os tribunais competentes deverão ter consciência da natureza e das implicações do Pacto e do importante papel dos recursos judiciais na sua aplicação. Assim, por exemplo, quando os Governos estão envolvidos em processos judiciais, devem promover interpretações da legislação interna que tornem efectivas as obrigações impostas pelo Pacto. De forma semelhante, a formação dos operadores judiciais deve ter plenamente em conta a justiciabilidade do Pacto. É especialmente importante evitar qualquer ideia apriorística de que as normas devem ser consideradas não executórias. Na verdade, muitas delas estão definidas em termos

que são pelo menos tão claros <sup>94</sup> *Ibid., loc. cit.* e específicos como os constantes de outros tratados de direitos humanos, cujas disposições são regularmente consideradas executórias pelos tribunais”<sup>94</sup>.

À luz do que ficou dito nas secções precedentes, a questão de saber se os direitos económicos, sociais e culturais se prestam a determinação judicial pode ser resumida da seguinte forma:

*Nem a natureza dos direitos económicos, sociais e culturais nem a redacção do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais ou os seus trabalhos preparatórios podem ser invocados para negar a justiciabilidade de tais direitos.*

*Pelo contrário, muitos aspectos dos direitos em causa são susceptíveis de determinação judicial.*

*Os Estados Partes no Pacto deverão prever vias judiciais de recurso contra alegadas violações de direitos económicos, sociais e culturais, sempre que essas medidas sejam necessárias para a realização efectiva de tais direitos. Essas vias de recurso deverão existir a par de recursos administrativos adequados.*

*A classificação dos direitos económicos, sociais e culturais como não justiciáveis representa uma negação da indivisibilidade e interdependência destes direitos e dos direitos civis e políticos.*

## 7. Estudo de Um Caso I: O Direito a um Alojamento Suficiente



### 7.1 OBSERVAÇÕES INTRODUTÓRIAS

As secções seguintes apresentarão dois direitos: **o direito a um alojamento suficiente** e **o direito à saúde**, começando por analisar a interpretação que lhes é dada pelos competentes órgãos interna-

cionais de controlo e dando depois exemplos de decisões proferidas por tribunais internos quanto ao seu gozo ou ao gozo de alguns dos seus aspectos.

A descrição completa dos múltiplos papéis que os tribunais nacionais podem ter na realização dos direitos económicos, sociais e culturais está para além do âmbito do presente capítulo. Porém, regra geral, tanto os tribunais comuns como os tribunais administrativos de muitos países pronunciam-se sobre uma multiplicidade de questões relativas, por exemplo, a diversas formas de segurança social como a assistência aos doentes, idosos e pessoas com deficiências, aos direitos das minorias à cultura, ao direito a um alojamento suficiente, e a questões de igualdade e não discriminação. Para além disso, os tribunais do trabalho podem ter como função julgar casos relativos a direitos laborais, como a liberdade de associação e o direito a negociação colectiva dos sindicatos, o direito à greve e os acidentes de trabalho. Embora a lei interna possa não prever expressamente, por exemplo, o direito à alimentação ou o direito a um alojamento suficiente nos mesmos termos que as normas internacionais de direitos humanos, pode ainda assim estabelecer garantias jurídicas que permitam aos juízes nacionais obter o mesmo efeito material ou efeitos análogos. Os direitos económicos, sociais e culturais constituem, por outras palavras, uma área do Direito na qual os tribunais desempenham um importante papel, a par dos procedimentos administrativos.

Os direitos analisados em seguida foram seleccionados em virtude dos seus contornos jurídicos algo difíceis, se comparados com outros direitos económicos, sociais e culturais que são mais facilmente aceites como susceptíveis de ser objecto de decisão judicial, por exemplo a lista relativamente longa de direitos dos trabalhadores.

### 7.2 PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: ARTIGO II.º, N.º I

O direito a um alojamento suficiente, depois de reconhecido no artigo 25.º da Declaração Universal



dos Direitos do Homem, foi incorporado no artigo 11.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais como uma componente do direito a um nível de vida suficiente. A nível universal, o direito à habitação está também consagrado, em particular, no artigo 5.º, alínea e) iii) da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, no artigo 14.º, n.º 2, alínea h) da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e no artigo 27.º, n.º 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança. A nível regional, apenas a Carta Social Europeia Revista de 1996 garante expressamente o direito à habitação (artigo 31.º).

O direito à habitação foi também afirmado em muitos outros documentos, como o artigo 8.º, n.º 1 da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Na Conferência das Nações Unidas sobre Estabelecimentos Humanos (Habitat II), os Governos participantes concordaram ainda por unanimidade em reafirmar o seu “empenho na plena e progressiva realização do direito à habitação suficiente, conforme previsto nos instrumentos internacionais”<sup>95</sup>. Reconheceram também que têm “a obrigação [...] de permitir que as pessoas obtenham abrigo e de proteger e melhorar os alojamentos e áreas envolventes”, e declararam-se empenhados

“no objectivo de melhorar as condições de vida e de trabalho numa base equitativa e sustentável, para que todos tenham um alojamento adequado que seja saudável, seguro e acessível, nomeadamente em termos económicos, e que inclua infra-estruturas, instalações e serviços básicos, e beneficiem da proibição da discriminação no domínio da habitação e segurança jurídica da posse”<sup>96</sup>.

Por último, os Governos concordaram em “realizar e promover este objectivo de uma forma plenamente compatível com as normas de direitos humanos”<sup>97</sup>.

No presente contexto, porém, o principal texto jurídico a ter em conta é o artigo 11.º, n.º 1 do Pacto

Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

\* \* \*

O artigo 11.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais tem a seguinte redacção:

“Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e **alojamento suficientes**, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida” (destaque nosso).

Esta disposição deverá ser lida em conjunto com o artigo 2.º, n.º 1, que estabelece que:

“Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos económico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas”.

Como vemos, o direito “a um nível de vida suficiente” consagrado no artigo 11.º, n.º 1 tem muitas componentes. A presente secção analisará apenas a questão do alojamento suficiente, que foi objecto do Comentário Geral n.º 4 do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Foi também abordada no Comentário Geral n.º 7, sobre desocupações forçadas. O trabalho do Comité demonstra que os problemas relativos a um alojamento suficiente existem em praticamente todos os países e afectam uma parte considerável da Humanidade. Conforme observado pelo Comité nos seus Comentários Gerais n.ºs 4 e 7, o direito

a um alojamento suficiente tem os seguintes âmbitos de aplicação pessoal e material:

### 7.2.1 PESSOAS ABRANGIDAS PELO DIREITO

O direito a um alojamento suficiente “aplica-se a todos” e “o conceito de *família* deverá ser entendido em sentido lato. Para além disso, os indivíduos, bem como as famílias, têm direito a um alojamento suficiente independentemente da respectiva idade, estatuto social, grupo ou outra filiação, condição ou factores semelhantes. Em particular, o gozo deste direito não deverá, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 2 do Pacto, ser subordinado a qualquer forma de discriminação”<sup>98</sup>.

### 7.2.2 ABORDAGEM INTERPRETATIVA, INCLUINDO A INTERDEPENDÊNCIA DE DIREITOS

O Comité rejeita uma interpretação “limitada ou restritiva” do direito a um alojamento suficiente, a qual implicaria, por exemplo, a mera disponibilização de um tecto, ou uma interpretação que veja a habitação exclusivamente “como uma mercadoria”. “Deve em vez disso ser visto como o direito de viver algures em segurança, paz e dignidade”<sup>99</sup>. Esta interpretação tem pelo menos duas componentes:

- O facto de “o direito ao alojamento estar integralmente ligado a outros direitos humanos e aos princípios fundamentais nos quais se baseia o Pacto”; e
- O conceito da suficiência<sup>100</sup>. <sup>100</sup> *Ibid.*, loc. cit.

Quanto à primeira componente, o Comité defende que o direito a um alojamento suficiente não pode ser considerado isoladamente; o seu pleno gozo exige a protecção simultânea de outros direitos, como “o conceito de dignidade humana e o princípio da não discriminação, [...] a liberdade de expressão, a liberdade de associação (nomeadamente para inquilinos e outros grupos de base comunitária), a liberdade de circulação e o direito

de participar nos processos <sup>101</sup> *Ibid.*, p. 25, parágrafo 9. públicos de decisão”. De forma semelhante, “o direito de não ser sujeito a ingerências arbitrárias ou ilegais na vida privada, família, domicílio ou correspondência constitui uma dimensão muito importante para definir o direito a um alojamento suficiente”<sup>101</sup>. Dada a sua particular complexidade, o conceito de suficiência será analisado em separado.

### 7.2.3 CONCEITO DE SUFICIÊNCIA

Na opinião do Comité, “o conceito de suficiência é particularmente significativo em relação ao direito à habitação, uma vez que serve para sublinhar uma série de factores que deverão ser tidos em conta para determinar que formas de alojamento podem ser consideradas um *alojamento suficiente* para efeitos do Pacto. Embora a suficiência seja em parte determinada por factores sociais, económicos, culturais, climáticos, ecológicos e outros, o Comité acredita que é ainda assim possível identificar certos aspectos do direito que deverão ser tidos em conta para determinar a suficiência em qualquer situação concreta. São nomeadamente os seguintes<sup>102</sup>:

- **Segurança jurídica da posse:** Significa que “independentemente do tipo de posse, todas as pessoas deverão beneficiar de um grau de segurança da posse que garanta a protecção jurídica contra as desocupações forçadas, a perseguição e outras ameaças”<sup>103</sup>;
- **Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infra-estruturas:** “Um alojamento suficiente deverá conter certos elementos essenciais à saúde, à segurança, ao conforto e à nutrição. Todos os beneficiários do direito a um alojamento suficiente devem dispor de um acesso sustentável a recursos naturais e comuns, água potável, energia para a cozinha, aquecimento e iluminação, instalações sanitárias, meios de conservação alimentar, recolha de lixo, saneamento e serviços de emergência”<sup>104</sup>;

- **Acessibilidade económica:** <sup>105</sup> *Ibid.*, p. 24, parágrafo 8 (c).  
“As despesas pessoais ou familiares associadas à habitação não deverão comprometer nem ameaçar a realização e satisfação de outras necessidades básicas. Os Estados Partes devem adoptar medidas para assegurar que a percentagem dos custos relativos à habitação é, em geral, equilibrada face ao nível de rendimentos”. Para além disso, “os locatários deverão ser protegidos, através de meios adequados, contra montantes de renda ou aumentos de renda pouco razoáveis”<sup>105</sup>;
- **Habitabilidade:** “Um alojamento suficiente deverá <sup>106</sup> *Ibid.*, p. 24, parágrafo 8 (d). ser habitável, no sentido de proporcionar aos ocupantes um espaço adequado e de os proteger contra o frio, a humidade, a chuva, o vento ou outras ameaças à saúde, desastres naturais e factores de doença. A segurança física dos ocupantes deverá também ser garantida. O Comité encoraja os Estados Partes a aplicar integralmente os *Princípios de Salubridade da Habitação* [da OMS]”<sup>106</sup>;
- **Acessibilidade:** “Um alojamento suficiente deverá <sup>107</sup> *Ibid.*, p. 24, parágrafo 8 (e). Sobre o direito das pessoas com deficiências a um alojamento acessível, vide também o Comentário Geral n.º 5, p. 35. estar acessível aos que a ele têm direito. Aos grupos carenciados deverá ser garantido um acesso pleno e sustentável a recursos habitacionais adequados. Assim, grupos desfavorecidos como os idosos, as crianças, os deficientes físicos, as pessoas com doenças terminais, indivíduos com HIV, doentes crónicos, doentes mentais, vítimas de desastres naturais, habitantes de zonas vulneráveis a desastres e outros grupos deverão beneficiar de atenção prioritária na área da habitação. As leis e políticas em matéria de habitação deverão ter plenamente em conta as especiais necessidades habitacionais destes grupos”<sup>107</sup>;
- **Localização:** “Um alojamento suficiente deverá ter uma localização que permita o acesso a oportunidades de emprego, ser-

viços de saúde, escolas, <sup>108</sup> *Ibid.*, Comentário Geral n.º 4, p. 24, parágrafo 8 (f). centros de assistência à infância e outros serviços sociais. Isto é verdade tanto nas grandes cidades como nas zonas rurais”. Para além disso, “as habitações não devem ser construídas em locais poluídos ou na imediata proximidade de fontes de poluição que ponham em risco a saúde dos habitantes”<sup>108</sup>;

- **Adequação cultural:** “A <sup>109</sup> *Ibid.*, p. 25, parágrafo 8 (g). forma como a habitação é construída, os materiais de construção e as políticas que lhes estão na base deverão permitir a adequada expressão da identidade cultural e da diversidade da habitação. As actividades tendentes ao desenvolvimento ou à modernização na área da habitação deverão garantir que as dimensões culturais da habitação não são sacrificadas e que, nomeadamente, são também garantidas instalações adaptadas às novas tecnologias”<sup>109</sup>.

#### 7.2.4 OBRIGAÇÕES JURÍDICAS IMEDIATAS

Apesar da natureza progressiva <sup>110</sup> *Ibid.*, p. 25, parágrafo 10. das obrigações jurídicas assumidas pelos Estados Partes em virtude do Pacto, o Comité definiu uma série de medidas que esses Estados têm a obrigação de adoptar com **efeito imediato**, independentemente do respectivo estado de desenvolvimento<sup>110</sup>, por exemplo:

- “Os Estados Partes deve- <sup>111</sup> *Ibid.*, p. 25, parágrafo 11. rão dar prioridade aos grupos sociais em situação desfavorável, dedicando-lhes particular atenção. As políticas e a legislação não devem assim ser concebidas a fim de beneficiar grupos sociais já favorecidos em detrimento de outros”<sup>111</sup>;
- “Embora as formas mais apropriadas para alcançar a plena realização do direito a um alojamento suficiente variem inevitavelmente de forma significativa de um Estado Parte para outro, o Pacto exige claramente que cada Estado Parte tome todas as medi-

das necessárias para tal fim. Isto exigirá quase invariavelmente a adopção de uma **estratégia nacional de habitação** a fim de definir “os objectivos para o desenvolvimento de condições de habitabilidade, [...] os recursos disponíveis para alcançar estes objectivos e a forma economicamente mais eficaz de os utilizar e [...] as responsabilidades pela aplicação das medidas necessárias e respectivo prazo”. Tal estratégia nacional de habitação “deve reflectir uma genuína consulta alargada e a participação de todas as pessoas afectadas, incluindo os sem-abrigo, as pessoas sem alojamento adequado e seus representantes”<sup>112</sup>;

- **Supervisão eficaz:** “Uma eficaz supervisão da situação relativa à habitação é outra obrigação de efeito imediato. Para que um Estado Parte cumpra as suas obrigações ao abrigo do artigo II.º, n.º I, deverá nomeadamente demonstrar que tomou todas as medidas necessárias, isoladamente ou com base na cooperação internacional, para apurar a verdadeira dimensão da carência ou insuficiência habitacional no âmbito da sua jurisdição”<sup>113</sup>.

### 7.2.5 VIAS INTERNAS DE RECURSO

Relativamente à questão das vias legais de recurso a nível interno, “o Comité considera que muitos elementos constitutivos do direito a um alojamento suficiente são pelo menos compatíveis com a previsão de [tais] vias de recurso”. Podem incluir, por exemplo,

- “recursos legais destinados a impedir desocupações ou demolições planeadas através da emissão de embargos judiciais”;
- “procedimentos legais destinados a garantir a indemnização na sequência de uma desocupação ilegal”;
- “queixas contra acções ilegais levadas a cabo ou apoiadas por senhorios (públicos ou pri-

vados) relativamente aos níveis de rendas, manutenção dos imóveis e discriminação racial ou outra”;

- “alegações de qualquer forma de discriminação na afectação e disponibilização de acesso à habitação”; e
- “queixas contra senhorios devido a condições habitacionais insalubres ou inadequadas”<sup>114</sup>.

*O direito a um alojamento suficiente é uma componente essencial do direito a um nível de vida suficiente. Deverá ser interpretado à luz, não apenas dos outros direitos económicos, sociais e culturais, mas também dos direitos civis e políticos.*

*O princípio da suficiência significa que:*

- Deverá ser garantida a segurança jurídica da posse;
- Deverão estar acessíveis serviços, materiais, instalações e infra-estruturas básicas;
- O alojamento deverá ser acessível, nomeadamente em termos económicos, habitável e estar localizado perto do emprego e outras facilidades;
- O alojamento deverá ser construído de forma a não prejudicar a saúde dos seus ocupantes;
- O alojamento deverá ser culturalmente adequado.

*O Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais impõe, em particular, aos Estados Partes as seguintes obrigações imediatas:*

- Deverão dar particular atenção aos grupos sociais que vivem em condições desfavoráveis;
- Deverão, quase invariavelmente, adoptar um plano nacional de habitação a fim de definir os objectivos, recursos, responsabilidades e prazos das medidas necessárias;
- Deverão monitorizar eficazmente a situação habitacional.

*Os Estados Partes deverão também prever vias internas de recurso, em particular para os casos de despejo e demolição de casas, discriminação, acções ilegais dos senhorios e condições habitacionais insalubres ou inadequadas.*

## 7.2.6 DESOCUPAÇÕES FORÇADAS

No seu Comentário Geral n.º 4, <sup>115</sup> *Ibid.*, p. 27, parágrafo 18. o Comité declara que os “casos de desocupações forçadas são *prima facie* incompatíveis com as exigências do Pacto e só podem justificar-se em circunstâncias muito excepcionais e em conformidade com os pertinentes princípios de direito internacional”<sup>115</sup>. No seu Comentário Geral n.º 7, o Comité define o conceito de “desocupações forçadas” nos seguintes termos:

“a remoção permanente ou <sup>116</sup> *Ibid.*, pp. 49-50, parágrafo 3. temporária de indivíduos, famílias e/ou comunidades, contra a sua vontade, dos lares e/ou terras que ocupam, sem a prestação e garantia de acesso a formas adequadas de protecção jurídica ou de outro tipo. A proibição das desocupações forçadas não se aplica contudo às desocupações levadas a cabo coercivamente em conformidade com a lei e com as disposições dos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos”<sup>116</sup>.

O Comité assinala também que <sup>117</sup> *Ibid.*, p. 50, parágrafo 4. tais desocupações, as quais “violam manifestamente” os direitos consagrados no Pacto, podem também, em virtude da inter-relação e interdependência de todos os direitos humanos, “resultar em violações de direitos civis e políticos, como o direito à vida, o direito à segurança pessoal, o direito à não ingerência na vida privada, família e domicílio e o direito ao gozo pacífico dos respectivos bens”<sup>117</sup>. ***Por outras palavras, em casos de desocupação forçada, os Estados Partes deverão não só respeitar as normas do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, mas também as disposições relevantes do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.***

Nas situações em que possa ser necessário impor ***restrições*** ao direito a um alojamento suficiente e ao direito de não ser sujeito a desocupações forçadas, conforme garantido pelo artigo 11.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, “é necessário o pleno respeito do artigo 4.º do Pacto”. Nesta conformidade, os direitos garantidos só podem ser sujeitos “às restrições que sejam determinadas por lei, na

medida do que for compatível” <sup>118</sup> *Ibid.*, p. 50, parágrafo 5. com a natureza destes direitos e unicamente para efeitos de promoção do bem-estar geral numa sociedade democrática”<sup>118</sup>.

No essencial, as obrigações dos Estados Partes em relação às desocupações forçadas baseiam-se assim no artigo 11.º, n.º 1 do Pacto “lido em conjunto com outras disposições pertinentes”. Estas obrigações implicam nomeadamente que:

- “O próprio Estado deverá <sup>119</sup> *Ibid.*, p. 50, parágrafo 8. abster-se de proceder a desocupações forçadas e garantir que a lei é aplicada contra os seus agentes ou terceiros que levem a cabo desocupações forçadas”<sup>119</sup>;
- Ao interpretar neste <sup>120</sup> *Ibid.*, p. 51, parágrafo 9. contexto a expressão “todos os meios apropriados”, constante do artigo 2.º, n.º 1, o Comité declara que “é claro que legislação contra as desocupações forçadas constitui uma base essencial na qual assenta um sistema de protecção eficaz. Esta legislação deve incluir medidas que (a) garantam a maior segurança possível da posse aos ocupantes de casas e terras, (b) respeitem o Pacto e (c) sejam concebidas para controlar rigorosamente as circunstâncias em que as desocupações podem ser levadas a cabo. A legislação deverá [...] aplicar-se a todos os agentes que actuem sob a autoridade do Estado ou sejam perante ele responsáveis. Para além disso, [...] os Estados Partes deverão garantir que as medidas legislativas e de outro tipo são adequadas para prevenir e, se necessário, punir as desocupações forçadas levadas a cabo, sem salvaguardas apropriadas, por pessoas ou organismos privados”<sup>120</sup>;
- Os Estados Partes deverão respeitar as disposições dos artigos 2.º, n.º 2 e 3.º do Pacto, que lhes impõem a obrigação adicional de “assegurar que, quando ocorrem desocupações, sejam tomadas medidas para garantir que *não está em causa qualquer forma de discriminação*. O Comité constata a este propósito que “as mulheres, as crianças, os jovens,

as pessoas idosas, os povos indígenas, as minorias étnicas e outras, e outros indivíduos e grupos vulneráveis, sofrem desproporcionadamente com a prática das desocupações forçadas”<sup>121</sup>;

- “Embora algumas desocupações se possam justificar, nomeadamente no caso de incumprimento reiterado da obrigação de pagar a renda ou de danos à propriedade arrendada sem motivo razoável”, as autoridades competentes deverão “garantir que as mesmas são levadas a cabo de uma forma prevista na lei que seja compatível com o Pacto e que as pessoas afectadas tenham acesso a todos os meios legais de recurso e reclamação”<sup>122</sup>;
- “As desocupações forçadas e a demolição de casas como medida punitiva são [...] incompatíveis com as normas do Pacto”<sup>123</sup>;
- “Os Estados Partes garantirão, antes da realização de quaisquer desocupações, particularmente as que envolvam grandes grupos, que são exploradas todas as alternativas viáveis em consulta com as pessoas afectadas, a fim de evitar, ou pelo menos minimizar, a necessidade de usar a força. As pessoas afectadas pelas ordens de desocupação devem ter à sua disposição vias ou procedimentos legais de recurso” bem como uma “indenização adequada por quaisquer bens, pessoais ou materiais, que sejam afectados. A este respeito, é pertinente recordar o artigo 2.º, n.º 3 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, que exige que os Estados Partes assegurem um *recurso eficaz* às pessoas cujos direitos sejam violados e *que as autoridades competentes façam cumprir os resultados de qualquer recurso que for reconhecido como justificado*”<sup>124</sup>;
- “Nos casos em que a desocupação seja considerada justificada, deverá ser efectuada em estrita conformidade com as pertinen-

tes normas internacionais de direitos humanos e de

acordo com os *princípios gerais da razoabilidade e da proporcionalidade*”. A este respeito, o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais considerou “particularmente pertinente” invocar o Comentário Geral n.º 16 do Comité dos Direitos do Homem, segundo o qual “a ingerência no domicílio de uma pessoa só pode ter lugar nos casos previstos por lei”, lei essa que “deve ser conforme às disposições, fins e objectivos do Pacto e, em qualquer caso, deve ser razoável nas circunstâncias concretas”. O Comité dos Direitos do Homem indicou também que a legislação relevante deverá “especificar detalhadamente as circunstâncias concretas em que tais ingerências podem ser permitidas”<sup>125</sup>;

- “Os indivíduos não devem ficar sem abrigo ou vulneráveis à violação de outros direitos humanos em consequência da desocupação. Quando as pessoas afectadas são incapazes de encontrar um alojamento por si mesmas, o Estado Parte deverá tomar todas as medidas apropriadas, no máximo dos seus recursos disponíveis, para assegurar a disponibilização de uma adequada habitação alternativa, a reinstalação ou o acesso a terras produtivas, conforme o caso”<sup>126</sup>;
- “Uma adequada protecção processual e garantias de um processo justo são aspectos fundamentais de todos os direitos humanos, mas são especialmente pertinentes em relação a uma questão como as desocupações forçadas, que põe directamente em causa um grande número de direitos reconhecidos em ambos os Pactos Internacionais de Direitos Humanos. O Comité considera que às desocupações forçadas devem ser aplicadas, nomeadamente, as seguintes garantias processuais:
  - a) Possibilidade de consulta genuína às pessoas afectadas;

b) Aviso prévio de todas as pessoas afectadas num prazo adequado e razoável antes da data prevista para a desocupação;

c) Disponibilização a todas as pessoas afectadas, num prazo razoável, de informação sobre a desocupação prevista e, sendo caso disso, sobre o fim alternativo para o qual a terra ou a habitação deverão ser utilizadas;

d) Presença de funcionários públicos ou seus representantes durante a desocupação, especialmente quando estejam envolvidos grupos de pessoas;

e) Identificação adequada de todas as pessoas que executam a desocupação;

f) Proibição de efectuar a desocupação em condições meteorológicas particularmente adversas ou durante a noite, a menos que as pessoas afectadas consentam no contrário;

g) Previsão de vias legais de recurso; e

h) Concessão, se <sup>127</sup> *Ibid.*, p. 52, parágrafo 15. possível, de apoio jurídico às pessoas que dele necessitam para reclamar uma indemnização ou reparação junto dos tribunais”<sup>127</sup>.

*As desocupações forçadas são prima facie incompatíveis, não só com o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, mas também com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.*

*A legislação interna deverá prever uma protecção eficaz contra as desocupações forçadas, incluindo desocupações levadas a cabo por sujeitos privados. A lei deverá prever, nomeadamente, as seguintes garantias:*

*Sempre que ocorram desocupações, estas deverão ser efectuadas em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos e não podem envolver qualquer forma de discriminação.* ↓

*Proibição das desocupações forçadas e da demolição de habitações como medidas punitivas.*

*As desocupações apenas podem ser levadas a cabo após aviso prévio às pessoas afectadas e sua consulta, devendo estar previstas vias internas de recurso adequadas e a possibilidade de obter indemnização por danos a quaisquer bens afectados pela desocupação.*

*As pessoas não devem ficar sem abrigo em consequência da desocupação.*

### 7.3 JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA RELEVANTE: O CASO SELÇUK E ASKER

Embora o direito a um alojamento suficiente não seja, *per se*, garantido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o direito ao respeito da vida privada e familiar e do domicílio, bem como o direito à protecção da propriedade são garantidos, respectivamente, pelo artigo 8.º da Convenção e pelo artigo 1.º do Protocolo n.º 1 à Convenção. Para além disso, o artigo 3.º da Convenção estabelece que ninguém “pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

No caso *Selçuk e Asker c. Turquia*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi chamado a analisar alegações segundo as quais bens dos queixosos teriam sido destruídos por forças de segurança turcas. A Senhora Selçuk era viúva e mãe de cinco filhos, ao passo que o Senhor Asker era casado e tinha sete filhos. Ambos eram cidadãos turcos de origem curda que viviam na aldeia de Islamköy. Os factos, “provados para além de dúvida razoável” eram os seguintes<sup>128</sup>:

<sup>128</sup> Para um resumo dos factos provados, vide TEDH, *Caso Selçuk and Asker c. Turquia*, sentença de 24 de Abril de 1998, Relatórios de 1998-II, p. 900, parágrafos 27-30; vide também pp. 904-905, parágrafos 50-57.

Na manhã de 16 de Junho de 1993, uma numerosa força de polícias chegou a Islamköy e diversos dos seus elementos, sob o “comando aparente” de CO Cömert, foram a casa do Senhor Asker e pegaram fogo à mesma, assim provocando a destruição do imóvel e da maior parte do seu recheio. Os aldeões

que se aproximaram para ver o que se passava foram impedidos de apagar o fogo. O Senhor e a Senhora Asker correram para dentro de casa numa tentativa de salvar os seus pertences, o que ocorreu quando os polícias estavam a incendiar a casa, regando-a com petróleo, ou imediatamente antes deste momento. Diversos polícias, incluindo CO Cömert, seguiram então para a casa da Senhora Selçuk e, apesar dos seus protestos, regaram a habitação com petróleo e incendiaram-na “por ordem ou sob as ordens de CO Cömert”. Os aldeões foram de novo impedidos de extinguir o fogo, que destruiu completamente a casa da Senhora Selçuk e respectivo recheio. Cerca de dez dias depois, uma força policial regressou a Islamköy, tendo então incendiado, e assim destruído, um moinho pertencente à Senhora Selçuk e outros; CO Cömert foi nesta ocasião visto com os polícias no moinho.

O Tribunal começou por analisar os factos à luz do artigo 3.º da Convenção, sublinhando que este artigo “consagra um dos valores fundamentais de uma sociedade democrática” e que “mesmo nas mais difíceis circunstâncias, como a luta contra o terrorismo e o crime organizado, a Convenção proíbe em termos absolutos a tortura e as penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”<sup>129</sup>. O Tribunal concluiu que o tratamento infligido aos queixosos neste caso foi tão grave que constituiu violação do artigo 3.º. Referiu em particular o facto de os domicílios dos queixosos e a maior parte dos seus bens

“terem sido destruídos pelas forças de segurança, privando os queixosos dos seus meios de subsistência e forçando-os a abandonar a sua aldeia. Parecia que o exercício foi premeditado e levado a cabo violentamente e sem respeito pelos sentimentos dos queixosos. Foram apanhados de surpresa; tiveram de ficar a assistir ao incêndio das suas casas; não foram tomadas precauções adequadas para garantir a segurança do Senhor e da Senhora Asker; os protestos da Senhora Selçuk foram ignorados e, posteriormente, não lhes foi prestada qualquer assistência”<sup>130</sup>.

“Tendo em conta, em particular, a forma como as casas dos queixosos foram destruídas [...] e as suas circunstâncias pessoais, é claro que terão de ter provocado um sofrimento com suficiente gravidade para que os actos das forças de segurança sejam classificados como *tratamento desumano* no sentido do artigo 3.º”<sup>131</sup>.

Para além disso, “mesmo que os actos em questão tivessem sido levados a cabo sem qualquer intenção de punir os queixosos, mas sim de impedir que as suas casas fossem utilizadas por terroristas ou de desencorajar terceiros, isto *não teria justificado os maus tratos*”<sup>132</sup>.

O Tribunal constatou também violações do artigo 8.º da Convenção e do artigo 1.º do Protocolo n.º 1. Recordou neste contexto que “ficou provado que as forças de segurança destruíram deliberadamente as casas dos queixosos e os seus bens pessoais, bem como o moinho parcialmente propriedade da Senhora Selçuk, obrigando-os a deixar Islamköy [...] Não [podia] haver dúvida de que estes actos, para além de darem origem a violações do artigo 3.º, constituíram ingerências particularmente graves e injustificadas nos direitos dos queixosos ao respeito da vida privada e familiar e do domicílio, e à protecção da propriedade”<sup>133</sup>.

O Tribunal concluiu que o Governo turco tinha violado o artigo 13.º da Convenção Europeia, uma vez que não tinha levado a cabo “um inquérito rigoroso e eficaz” conforme exigido por este artigo. Os queixosos não tiveram pois ao seu dispor um recurso efectivo perante uma instância nacional contra as violações dos seus direitos à luz da Convenção, conforme exigido pelo artigo 13.º<sup>134</sup>.

O caso *Selçuk e Asker* constitui um excelente exemplo, não só da justiciabilidade de actos que interferem no direito da pessoa ao respeito do seu domicílio, mas também da fundamental interdependência dos direitos e das consequências



abrangentes e devastadoras que a demolição do domicílio de uma pessoa e a destruição dos seus bens podem ter para a pessoa em causa. O próximo caso, retirado da jurisprudência sul-africana, confirma estas conclusões.

#### 7.4 JURISPRUDÊNCIA NACIONAL RELEVANTE: O EXEMPLO DA ÁFRICA DO SUL

A questão das **desocupações forçadas** foi analisada pelo Tribunal Constitucional da África do Sul no caso *Grootboom e Outros*, instaurado pela Senhora Grootboom em seu próprio nome e em nome de 510 crianças e 390 adultos que haviam alegadamente “ficado sem abrigo em resultado de terem sido despejados dos seus domicílios informais”<sup>135</sup>. A análise deste caso tem tal relevância para a protecção judicial dos direitos económicos, sociais e culturais que merece detalhada consideração.

Segue-se uma breve descrição dos factos do caso<sup>136</sup>. A Senhora Grootboom e a maioria dos restantes autores viviam numa colónia informal chamada *Wallacedene*, em palhotas sem água, saneamento ou recolha de lixo. Apenas cinco por cento dispunham de electricidade. Não tendo obtido habitação subsidiada de baixo custo, os autores deixaram um dia *Wallacedene* e instalaram as suas palhotas e barracas num baldio privado previamente destinado a habitação social. Chamaram à terra “New Rust”. O proprietário obteve uma ordem de despejo e as casas dos autores foram demolidas e incendiadas e os seus bens destruídos. Construíram novos abrigos no campo desportivo de *Wallacedene* com as estruturas temporárias que conseguiram encontrar mas, quando as chuvas de Inverno começaram pouco depois, “as protecções de plástico que tinham montado conferiam uma escassa protecção”. Não tendo conseguido obter ajuda, a Senhora Grootboom e os outros autores interpuseram uma acção judicial para obrigar as autoridades, com base na Secção 26 da Constituição sul-africana, a proporcionar “aos autores e seus filhos um abrigo ou

habitação básica temporária, na pendência da obtenção de alojamento definitivo”<sup>137</sup>.

<sup>137</sup> *Ibid.*, parágrafo 13. O presente capítulo não abordará o aspecto do caso relativo ao direito das crianças a um abrigo, previsto no artigo 28.º, n.º 1, alínea c) da Constituição sul-africana.

O juiz Yacoob, com o qual todos os restantes juízes concordaram, redigiu a sentença, que contém uma rica análise jurídica do direito de acesso a um alojamento suficiente à luz do direito constitucional sul-africano. Porém, só os principais aspectos da sentença podem ser aqui reflectidos e apenas na medida em que digam respeito à Secção 26 da Constituição da África do Sul, que estipula:

“(1) Todos têm direito a ter acesso a um alojamento suficiente.

(2) O Estado deverá tomar medidas razoáveis, legislativas e de outra natureza, dentro dos limites dos recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva deste direito.

(3) Ninguém pode ser despejado do seu domicílio, ou ter o seu domicílio demolido, sem uma ordem judicial emitida após a consideração de todas as circunstâncias relevantes. Nenhuma legislação pode permitir despejos arbitrários”.

**Questão da justiciabilidade:** Sobre a questão de saber se os direitos sócio-económicos são de todo justiciáveis na África do Sul, o Tribunal declarou claramente que isto tinha sido resolvido “para lá de qualquer dúvida pelo texto [da] Constituição conforme interpretado na sentença do caso *Certification*”. Em resposta à alegação feita neste caso de que estes direitos não eram justiciáveis e não deviam ter sido incluídos na nova Constituição, o Tribunal tinha considerado que:

“[E]stes direitos são, pelo menos em certa medida, justiciáveis. Como declaramos, [...] muitos dos direitos civis e políticos consagrados [no texto constitucional perante este Tribunal para certificação nesse caso] darão origem a semelhantes implicações orçamentais sem comprometer a sua justiciabilidade. O facto de os direitos sócio-económicos darem quase inevitavelmente origem a tais implicações não nos parece constituir obstáculo à sua justiciabilidade. No mínimo, os direitos

sócio-económicos podem ser <sup>138</sup> *Ibid.*, parágrafo 20. negativamente protegidos contra ingerências impróprias”<sup>138</sup>.

**A questão não estava pois em** <sup>139</sup> *Ibid.*, *loc. cit.* **saber se os direitos sócio-económicos eram justiciáveis à luz da Constituição sul-africana, “mas em como fazê-los cumprir num dado caso”**<sup>139</sup>.

**Interdependência de direitos:** <sup>140</sup> *Ibid.*, parágrafo 23. Interpretando as obrigações impostas ao Estado pela Secção 26, o Tribunal assinalou que a Constituição consagra simultaneamente direitos civis e políticos e direitos económicos, sociais e culturais, e que todos estes direitos “estão interrelacionados e apoiam-se mutuamente”. Na opinião do Tribunal, “não pode haver dúvida de que a dignidade humana, a liberdade e a igualdade, valores fundadores da nossa sociedade, são negadas a todos quantos não disponham de alimentação, vestuário ou abrigo. A concessão de direitos sócio-económicos a todas as pessoas permite-lhes assim gozar os outros direitos consagrados no Capítulo 2 [da Constituição]. A realização destes direitos é também fundamental para o progresso da igualdade racial e sexual e para a evolução de uma sociedade em que homens e mulheres sejam igualmente capazes de desenvolver todo o seu potencial”<sup>140</sup>.

O Tribunal acrescentou que “o direito de acesso a um alojamento suficiente não pode ser visto isoladamente. Existe uma estreita relação entre ele e os outros direitos sócio-económicos [os quais] devem ser lidos em conjunto no quadro da Constituição no seu todo”. Nas palavras do Tribunal:

“O Estado está obrigado a <sup>141</sup> *Ibid.*, parágrafo 24; destaque nosso. tomar medidas **positivas** para satisfazer as necessidades dos que vivem em condições extremas de pobreza, sem abrigo ou em condições habitacionais intoleráveis. Ao interpretar os direitos económicos, sociais e culturais, tem de ser tida em conta a respectiva inter-conexão, particularmente para determinar se o Estado cumpriu ou não as obrigações que os mesmos lhe impõem”<sup>141</sup>.

**Impacto do direito internacional no direito constitucional sul-africano:** A Constituição da África

do Sul estabelece na Secção 39 <sup>142</sup> *Ibid.*, parágrafo 26; omitida a nota de rodapé. (1) (b) que, “ao interpretar a Carta de Direitos, um tribunal, julgado ou fórum [...] tem de ter em conta o direito internacional”. Segundo o Tribunal, “as pertinentes normas de direito internacional podem orientar a interpretação, mas o peso atribuído a qualquer princípio ou norma concreta de direito internacional será variável. Porém, quando o relevante princípio de direito internacional vincula a África do Sul, pode ser directamente aplicável”<sup>142</sup>.

Ao examinar em que medida os <sup>143</sup> *Ibid.*, parágrafo 28. artigos 11.º, n.º 1 e 2.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais podem orientar a interpretação da Secção 26 da Constituição da África do Sul, o Tribunal constatou existirem duas diferenças entre os dois instrumentos jurídicos no respeitante à habitação: em **primeiro** lugar, “o Pacto consagra o *direito a um alojamento suficiente*, ao passo que a Secção 26 prevê o *direito de acesso* a um alojamento suficiente” e, em **segundo** lugar, “o Pacto obriga os Estados Partes a tomar *medidas apropriadas*, as quais devem incluir medidas de natureza legislativa, enquanto que a Constituição obriga o Estado sul-africano a tomar medidas *razoáveis*, legislativas e de outra natureza”<sup>143</sup>.

Em resposta ao argumento apre- <sup>144</sup> *Ibid.*, parágrafo 33. sentado ao Tribunal segundo o <sup>145</sup> *Ibid.*, parágrafo 30. qual os Estados Partes no Pacto Internacional têm, conforme declarado pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, a obrigação de cumprir **obrigações fundamentais mínimas** para assegurar a satisfação, pelo menos, dos níveis mínimos essenciais de cada direito, o Tribunal observou que “a determinação do mínimo fundamental relativamente ao *direito de acesso a um alojamento suficiente* coloca dificuldades”. No caso concreto, não considerou necessário decidir se seria “apropriado que um tribunal determine em primeira instância o conteúdo fundamental mínimo de um direito”<sup>144</sup>. Constatou, porém, que o Comité não havia especificado em que consistia exactamente o mínimo fundamental<sup>145</sup>.

**Direito interno de acesso a um alojamento suficiente:** Relativamente ao imperativo de que todos

tenham o direito de **acesso** a um alojamento suficiente, imposto pela Constituição da África do Sul, o Tribunal decidiu que têm de estar reunidas as seguintes condições:

- “deverá haver **terra**”;
- “deverão existir **serviços**”;
- “deverá existir **um alojamento**”; e
- “o acesso à terra para efeitos de habitação está assim compreendido no direito de acesso a um alojamento suficiente previsto na secção 26”<sup>146</sup>.

Daqui decorre que “o Estado deverá criar condições de acesso a um alojamento suficiente para as pessoas de todos os níveis económicos da nossa sociedade”<sup>147</sup>. Embora esta obrigação dependa das circunstâncias concretas e do particular contexto de cada local ou pessoa envolvida, “os pobres estão particularmente vulneráveis e as suas necessidades exigem especial atenção”<sup>148</sup>.

**Obrigação constitucional positiva do Estado:** A obrigação positiva imposta ao Estado pela Secção 26 (2) da Constituição sul-africana “exige que o Estado conceba um plano global e prático para cumprir a sua obrigação”. Porém, esta obrigação “não é absoluta ou incondicional”, mas sim definida por “três elementos fundamentais”:

- A obrigação de “tomar medidas **razoáveis**, legislativas e de outra natureza”;
- A obrigação “de alcançar a realização **progressiva**” do direito; e
- A obrigação de agir “dentro dos limites dos recursos **disponíveis**”<sup>149</sup>.

Quanto à exigência de que o Estado tome “**medidas razoáveis, legislativas e de outra natureza**”, o

Tribunal considerou que “um programa razoável [...] deverá atribuir claramente responsabilidades e tarefas aos diferentes sectores do governo e garantir a disponibilização dos adequados recursos financeiros e humanos”<sup>150</sup>. Para além disso, o programa deverá ser “global” e “as medidas deverão estabelecer um programa habitacional público coerente e orientado para a realização progressiva do direito de acesso a um alojamento suficiente dentro dos limites dos meios à disposição do Estado [...] Cabe em primeira instância aos poderes legislativo e executivo determinar os contornos e conteúdos precisos das medidas a adoptar. Deverão, porém, garantir que as medidas por si adoptadas são razoáveis”<sup>151</sup>. Era contudo “necessário reconhecer que o Estado pode adoptar uma ampla variedade de medidas possíveis a fim de responder às suas obrigações. Muitas destas medidas preencherão o requisito da razoabilidade”<sup>152</sup>. Por outro lado, conforme referido ainda pelo Tribunal, “a mera legislação não é suficiente. O Estado está obrigado a agir para alcançar o resultado pretendido, pelo que as medidas legislativas terão inevitavelmente de ser apoiadas por políticas e programas adequados e bem orientados, a executar pelo governo. Estas políticas e programas deverão ser razoáveis em termos de concepção e de execução [...] Um programa a todos os títulos razoável que não seja executado razoavelmente não permitirá ao Estado cumprir as suas obrigações”<sup>153</sup>.

**Qual o significado de “razoável” neste contexto?** O Tribunal foi da seguinte opinião:

“43. Para determinar se um conjunto de medidas é ou não razoável, será necessário analisar os problemas habitacionais no seu contexto social, económico e histórico e ter em conta a capacidade das instituições responsáveis pela execução do programa. **O programa deverá ser equilibrado e flexível e prestar atenção adequada às crises habitacionais e às necessidades de curto, médio e longo prazo.** Um programa que exclua um significativo segmento da sociedade não pode ser considerado razoável. As condições não permanecem estáticas, por isso o programa exigirá revisão contínua.

44. **A razoabilidade deverá também ser entendida no con-**

**texto da Carta de Direitos no seu conjunto.** O direito de acesso a um alojamento suficiente está consagrado porque damos valor aos seres humanos e queremos garantir a satisfação das suas necessidades humanas fundamentais. Uma sociedade baseada na dignidade humana, na liberdade e na igualdade deverá tentar garantir a todos a satisfação das necessidades básicas da vida. Para que sejam razoáveis, as medidas não podem deixar de ter em conta o grau e a medida da negação do direito que visam realizar. Aqueles cujas necessidades sejam mais urgentes e cuja capacidade para gozar todos os direitos esteja mais em risco não podem ser ignorados pelas medidas destinadas a alcançar a realização do direito. Pode não ser suficiente passar o teste da razoabilidade para demonstrar que as medidas são capazes de conseguir um progresso estatístico na realização do direito. Para além disso, a Constituição exige que todos sejam tratados com cuidado e atenção. Se as medidas, embora estatisticamente bem sucedidas, não responderem às necessidades dos mais desesperados, podem não passar o teste<sup>154</sup>.

Quanto à obrigação de alcançar a **realização progressiva do direito a um alojamento suficiente**, o Tribunal considerou que “a expressão *realização progressiva* demonstra ter sido previsto que o direito não pode ser realizado imediatamente. Mas o objectivo da Constituição consiste em que as necessidades básicas de todas as pessoas da nossa sociedade sejam efectivamente satisfeitas e a exigência de realização progressiva significa que o Estado tem a obrigação de tomar medidas para atingir este objectivo”. Isto significa, mais em particular:

“que a acessibilidade deve ser <sup>155</sup> *Ibid.*, parágrafo 45. progressivamente facilitada; os obstáculos jurídicos, administrativos, operacionais e financeiros devem ser examinados e, se possível, reduzidos com o tempo. A habitação deverá ser tornada mais acessível, não apenas a um maior número de pessoas, mas também a uma maior diversidade de pessoas à medida que o tempo passa”<sup>155</sup>.

Em apoio da sua interpretação do conceito de “realização progressiva” constante da Secção 26 (2) da Constituição da África do Sul, que foi inspirado em particular no artigo 2.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, o Tribunal referiu o parágrafo 9 do Comentário Geral n.º 3, no qual o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais “procedeu a uma útil análise desta exigência no contexto da habitação”<sup>156</sup>. Embora o Comentário Geral tivesse por objectivo explicar as obrigações dos Estados Partes à luz do Pacto, foi “também útil para decifrar o significado de *realização progressiva* no contexto da” Constituição sul-africana. Segundo o Tribunal:

“O significado atribuído à <sup>157</sup> *Vide Grootboom judgement*, parágrafo 45. expressão está em harmonia com o texto onde a expressão é utilizada na nossa Constituição e não há qualquer razão para não aceitar que tem o mesmo significado na Constituição e no documento de onde deriva tão claramente”<sup>157</sup>.

Restava ao Tribunal explicar o significado do “terceiro aspecto definidor da obrigação de tomar as medidas necessárias”, nomeadamente “**que a obrigação não exige que o Estado faça mais do que aquilo que os recursos que tem disponíveis permitem**”<sup>158</sup>. Na opinião do Tribunal, “isto significa que tanto o conteúdo da obrigação relativamente ao ritmo a que o direito é realizado como a razoabilidade das medidas empregues para alcançar o resultado dependem da disponibilidade de recursos”. Por outras palavras, “existe um equilíbrio entre os objectivos e os meios. As medidas deverão ser calculadas para atingir o objectivo de forma rápida e eficaz, mas a disponibilidade de recursos constitui um importante factor para determinar o que é razoável”<sup>159</sup>.

**Aplicação dos imperativos constitucionais à Lei nacional de Habitação:** O Tribunal analisou em seguida a Lei nacional de Habitação, que estabelece um regime definidor das responsabilidades e funções de cada sector da Administração Pública

no domínio da habitação. Concluiu que “resulta dos princípios gerais, lidos em conjunto com as funções da administração nacional, provincial e local, que o conceito de desenvolvimento habitacional, na definição que lhe é dada, é central para a Lei. O desenvolvimento habitacional, conforme definido, procura proporcionar aos cidadãos e residentes permanentes acesso a estruturas residenciais permanentes com títulos de posse seguros que garantam a privacidade interna e externa, bem como conferir protecção adequada contra os elementos”<sup>160</sup>. Contudo, a Lei de Habitação não contempla “a atribuição de habitações que não se enquadre na definição de desenvolvimento habitacional consagrada na Lei”. Por outras palavras, não está expressamente previsto

“facilitar o acesso a **auxílio temporário** para pessoas que não disponham de acesso à terra ou de um tecto, para pessoas que vivam em condições intoleráveis ou para pessoas em situação de crise devido a desastres naturais como inundações e incêndios, ou devido ao facto de as suas residências estarem ameaçadas de demolição. Estas são pessoas desesperadamente necessitadas. A sua necessidade imediata pode ser satisfeita mediante auxílio que não se encaixe na noção de habitação que preencha os necessários requisitos de durabilidade, habitabilidade e estabilidade compreendidos na definição de desenvolvimento habitacional consagrada na Lei”<sup>161</sup>.

Caracterizando a execução do programa habitacional como “uma importante realização”, o Tribunal teve ainda assim de responder à questão de saber se as medidas adoptadas eram “razoáveis no sentido da secção 26 da Constituição”<sup>162</sup>. Ao fazê-lo, o Tribunal constatou, em particular, **que** a questão da atribuição de responsabilidades e funções tinha sido “tratada de forma coerente e global”; **que** o programa não foi “fruto do acaso”, tendo antes representado “uma resposta sistemática a uma necessidade social premente”; **que**, embora existissem problemas de aplicação em algumas áreas, as provas sugeriam que o Estado estava “activamente empenhado no combate a estas dificuldades”<sup>163</sup>.

Restava porém decidir se **o programa nacional de habitação era “suficientemente flexível para responder às necessidades dos mais desesperados da nossa sociedade e para satisfazer adequadamente as exigências imediatas e de curto prazo”**. Isto tinha de ser feito tendo em conta “o contexto do problema habitacional” de Cape Metro, que era “grave”, “desesperado” e “agravado por fenómenos galopantes de desemprego e pobreza”<sup>164</sup>. Constituía uma “causa comum” o facto de, à excepção do recente programa agrário de Cape Metro, que não existia no momento em que o processo *Grootboom* foi instaurado, não existir “no programa nacional de habitação aplicado em Cape Metro qualquer previsão para pessoas desesperadamente necessitadas”<sup>165</sup>. Conforme referido pelo Tribunal, estas pessoas “não devem ser ignoradas em prol dos interesses de um programa global centrado em objectivos de médio e longo prazo. É fundamental que uma parte razoável do orçamento nacional atribuído à habitação seja afecto a esta realidade, embora caiba ao governo nacional decidir em primeira instância sobre a exacta afectação”<sup>166</sup>.

Quanto à **conduta dos recorrentes face aos recorridos** neste caso, o Tribunal sublinhou que “todos os níveis do governo deverão assegurar que o programa habitacional é executado de forma razoável e adequada à luz de todas as disposições da Constituição [...] Todas as medidas tomadas a todos os níveis da administração deverão ser compatíveis com a obrigação constitucionalmente imposta de tomar medidas razoáveis para garantir um alojamento suficiente”<sup>167</sup>. Contudo, a Secção 26 da Constituição não era “a única disposição relevante para a decisão de saber se determinada acção do Estado a qualquer nível da administração em concreto é razoável e compatível com a Constituição”:

“83. [...] A ideia de que os direitos estão interrelacionados e são todos igualmente importantes não é apenas um postulado teórico. O conceito tem um imenso significado humano e prático numa sociedade fundada na dignidade humana, na igualdade e na liberdade. Para avaliar a razo-

bilidade das acções do Estado, <sup>168</sup> *Ibid.*, parágrafo 83. é fundamental ter em conta a dignidade inerente aos seres humanos. A Constituição valerá infinitamente menos do que o papel em que está escrita se a razoabilidade da acção do Estado no domínio da habitação for determinada sem que se tenha em conta o fundamental valor constitucional da dignidade humana. A Secção 26, lida no contexto da Carta de Direitos no seu conjunto, tem de significar que os recorridos têm direito a medidas razoáveis por parte do Estado em todas as circunstâncias e tendo particularmente em conta a dignidade humana. Em resumo, sublinho que os seres humanos têm de ser tratados como seres humanos. É neste enquadramento que deverá ser analisada a conduta dos recorridos face aos recorridos”<sup>168</sup>.

Embora o legislador nacional <sup>169</sup> *Ibid.*, parágrafos 84-85. reconhecesse isto, teve de ser <sup>170</sup> *Ibid.*, parágrafo 86. ponderado “se a acção (ou omissão) do Estado relativamente aos <sup>171</sup> *Ibid.*, parágrafo 87. recorridos respeitou a norma constitucional exigida”<sup>169</sup>. O Tribunal assinalou que “não havia contudo qualquer sugestão de que as circunstâncias em que se encontravam os recorridos antes da mudança para New Rust fossem outras que não de desespero. Nada nos documentos indica que o município tivesse qualquer plano para resolver os problemas colocados pela ocupação de terrenos baldios se a mesma viesse a suceder”<sup>170</sup>. Para além disso, ao contrário do que seria de esperar, o município nada fez quando os recorridos começaram a mudar-se para New Rust “e o acampamento cresceu a grande velocidade”<sup>171</sup>. Quanto ao despejo em si mesmo, foi financiado pelo município e levado a cabo sem quaisquer indícios de efectiva mediação. “O Estado tinha a obrigação de garantir, no mínimo, que o despejo fosse executado de forma humana. Porém, o despejo constituiu uma reminiscência do passado e foi incompatível com os valores da Constituição. Os recorridos foram despejados um dia mais cedo do que o previsto e, para piorar o caso, os seus bens e materiais de construção não foram meramente removidos, mas sim destruídos e queimados”<sup>172</sup>. A Secção 26 (1) da Constituição “impõe ao Estado pelo menos uma obrigação negativa relativamente à habita-

ção. A forma como este despejo <sup>173</sup> *Ibid.* foi levado a cabo resultou numa violação desta obrigação”<sup>173</sup>.

Resumindo o caso, o Tribunal <sup>174</sup> *Ibid.*, parágrafo 93. declarou que o mesmo era <sup>175</sup> *Ibid.*, parágrafo 94. demonstrativo do “desespero de <sup>176</sup> *Ibid.*, *loc. cit.* centenas de milhares de pessoas que vivem em condições deploráveis por todo o país. A Constituição obriga o Estado a tomar medidas positivas para melhorar estas condições. A sua obrigação consiste em garantir o acesso a habitação, cuidados de saúde, alimentação e água suficientes e segurança social aos que não podem sustentar-se a si mesmos e aos seus dependentes. O Estado deverá também promover condições que permitam aos cidadãos adquirir acesso à terra numa base equitativa. Os necessitados têm o correspondente direito de exigir que isto seja feito”<sup>174</sup>. O Tribunal declarou-se consciente do facto de o cumprimento destas obrigações ser “uma tarefa extremamente difícil para o Estado” nas condições em que se encontrava o país, mas este aspecto era reconhecido pela Constituição, que “prevê expressamente que o Estado não é obrigado a ir além dos recursos disponíveis ou a realizar estes direitos imediatamente”<sup>175</sup>. Sublinhou no entanto que “apesar de todas estas condicionantes, tratam-se de direitos, e a Constituição obriga o Estado a torná-los efectivos. Esta é uma obrigação que os tribunais podem e, sendo caso disso, devem fazer cumprir”<sup>176</sup>.

O Tribunal concluiu que, <sup>177</sup> *Ibid.*, parágrafo 95. embora a Secção 26 da Constituição não dê aos recorridos o direito “de exigir a concessão imediata de abrigo ou habitação, a seu pedido”, obriga sim o Estado “a conceber e executar um programa coerente e coordenado, destinado a cumprir as obrigações que a Secção 26 lhe impõe”. Porém, o programa em vigor em Cape Metro no momento em que o processo foi instaurado “estava aquém das obrigações impostas ao Estado pela secção 26 (2), na medida em que não previa qualquer forma de auxílio aos que necessitavam desesperadamente de acesso à habitação”<sup>177</sup>.

Por todas estas razões, o Tribunal considerou “necessário e adequado proferir uma sentença

declarativa” através da qual exigiu <sup>178</sup> *Ibid.*, parágrafo 96. ao Estado “que aja a fim de cumprir a obrigação imposta pela secção 26 (2) da Constituição. Isto compreende a obrigação de conceber, financiar, executar e supervisionar medidas de auxílio aos desesperadamente necessitados”<sup>178</sup>.

O supra mencionado trabalho do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal Constitucional da África do Sul relativamente ao direito a um alojamento suficiente confirma diversos aspectos importantes das obrigações jurídicas gerais do Estado no domínio da realização dos direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente:

- Que é indispensável considerar a realização efectiva dos direitos económicos, sociais e culturais também à luz da realização efectiva dos direitos civis e políticos;
- Que os direitos económicos, sociais e culturais, ou pelo menos alguns aspectos destes direitos, são justificáveis e, conseqüentemente, susceptíveis de ser objecto de decisão judicial;
- Que os conceitos jurídicos produzem efeitos e que, conseqüentemente:
- Expressões como “tomar medidas” para alcançar “progressivamente” a plena realização dos direitos impõem deveres positivos imediatos aos Governos em termos de meios, resultados e efeitos;
- Que a referência a “todos os meios adequados” implica o reconhecimento de uma flexibilidade que torna possível, num caso concreto, encontrar um justo equilíbrio entre os deveres jurídicos de determinado Estado e os meios à sua disposição.

## 8. Estudo de Um Caso II: O Direito à Saúde

O segundo direito a ser examinado com algum detalhe no presente capítulo é o direito à saúde. A análise será baseada no artigo 12.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e veremos também a forma como o

direito à saúde foi abordado pelos Supremos Tribunais do Canadá e da Índia. Ao contrário do direito constitucional da África do Sul, nem o direito constitucional canadiano nem o direito constitucional indiano prevêem expressamente o direito à saúde.

### 8.1 PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS: ARTIGO 12.º

O direito à saúde é reconhecido pelo artigo 12.º do Pacto, que tem a seguinte redacção:

“1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.

2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:

- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o seu desenvolvimento da criança;
- b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial;
- c) A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras;
- d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença”.

O Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais ocupou-se do direito à saúde em diversos Comentários Gerais, que serão referidos em termos relativamente gerais na presente secção. Para mais detalhes, os leitores deverão consultar o texto completo dos Comentários Gerais n.ºs 5, 6 e 14<sup>179</sup>.

<sup>179</sup> Vide, por exemplo, *United Nations Compilation of General Comments by Human Rights Treaty Bodies* [em português: *Compilação das Nações Unidas de Comentários Gerais dos Órgãos de Controlo da Aplicação dos Tratados de Direitos Humanos*], pp. 28, 38 e 90, respectivamente.

O direito protegido pelo artigo 12.º do Pacto é o direito de gozar “do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir”. No Comentário Geral n.º 14, o Comité analisa detalhadamente o conteúdo normativo do artigo 12.º, bem como as correspondentes obrigações jurídicas dos Estados Partes.

O direito à saúde está previsto em vários outros instrumentos internacionais, nomeadamente:

- Declaração Universal dos Direitos do Homem – artigo 25.º, n.º 1;
- Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial – artigo 5.º, alínea e) iv);
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – artigo 11.º, n.º 1, alínea f);
- Convenção sobre os Direitos da Criança – artigo 24.º;
- Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos – artigo 16.º;
- Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Económicos, Sociais e Culturais – artigo 10.º;
- Carta Social Europeia Revista – artigo 11.º.

Como ponto de partida geral, o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais sublinha que a saúde “é um direito humano fundamental indispensável ao exercício dos outros direitos humanos” e que todos os seres humanos têm direito ao gozo do “melhor estado de saúde possível de atingir conducente a uma vida digna”<sup>180</sup>. Mais particularmente,

“O direito à saúde está estreitamente relacionado e dependente da realização de outros direitos humanos consagrados na Carta Internacional dos Direitos Humanos, nomeadamente os direitos à alimen-

tação, habitação, trabalho, educação, dignidade humana, vida, não discriminação, igualdade, privacidade e acesso à informação, a proibição da tortura e as liberdades de associação, reunião e circulação. Estes e outros direitos e liberdades abrangem componentes essenciais do direito à saúde”<sup>181</sup>.

Na opinião do Comité, a referência ao “melhor estado de saúde física e mental possível de atingir” não se limita ao direito a cuidados de saúde, compreendendo “uma ampla variedade de factores sócio-económicos que promovam condições que permitam às pessoas levar uma vida saudável e abrangendo os determinantes subjacentes à saúde, como a alimentação e nutrição, a habitação, o acesso a água segura e potável e o saneamento básico, condições de trabalho seguras e sadias e um ambiente saudável”<sup>182</sup>.

Para além disso, segundo o Comité, o direito à saúde inclui certos componentes que são juridicamente de aplicação directa. “Por exemplo, o princípio da não discriminação em relação a unidades, bens e serviços de saúde é directamente aplicável em inúmeras jurisdições nacionais”<sup>183</sup>.

### 8.1.1 CONTEÚDO NORMATIVO DO ARTIGO 12.º, N.º 1

Em primeiro lugar, o direito à saúde conforme definido no artigo 12.º, n.º 1 “não deve ser entendido como o direito a ser *saudável*”. Em segundo lugar, é um direito que compreende “simultaneamente liberdades e direitos”<sup>184</sup>. O Comité observa que “as *liberdades* incluem o direito da pessoa de controlar a sua saúde e o seu corpo, incluindo a liberdade sexual e reprodutiva, e o direito de não sofrer ingerências, como a proibição da tortura e das experiências e tratamentos médicos não consentidos. Em contrapartida, os *direitos* incluem o direito a um sistema de protecção da saúde que garanta a todas as pessoas a igualdade de oportunidades para que gozem do melhor nível de saúde possível de atingir”<sup>185</sup>.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 90, parágrafo 3.

<sup>182</sup> *Ibid.*, pp. 90-91, parágrafo 4; *vide* também em maior detalhe p. 92, parágrafo 11.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 90, parágrafo 1, incluindo a nota de rodapé na p. 106.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 91, parágrafo 8.  
<sup>185</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*; destaque nosso.



Para além disso, “a noção de <sup>186</sup> *ibid.*, p. 91, parágrafo 9; destaque nosso.

*melhor estado de saúde possível de atingir* [...] tem simultaneamente em conta as prévias condições biológicas e sócio-económicas do indivíduo e os recursos disponíveis do Estado”. Uma vez que uma boa saúde não pode, por várias razões, ser garantida pelo Estado, “o direito à saúde deverá ser entendido como um ***direito ao gozo de uma série de infra-estruturas, condições, bens e serviços necessários à realização do melhor estado de saúde possível de atingir***”<sup>186</sup>.

Isto significa, mais especificamente, que “o direito à saúde em todas as suas formas e a todos os níveis compreende os seguintes elementos inter-relacionados e fundamentais, cuja aplicação concreta dependerá das condições existentes num determinado Estado Parte”:

- **Disponibilidade:** “As unidades, bens e serviços, bem como programas, de saúde pública e assistência médica existentes deverão estar disponíveis em quantidades suficientes no âmbito do Estado Parte”;
- **Acessibilidade:** “As unidades, bens e serviços de saúde têm de estar acessíveis a todos [...] no âmbito da jurisdição do Estado Parte”. As quatro dimensões da acessibilidade são o ***princípio da não discriminação, a acessibilidade física, a acessibilidade económica e a acessibilidade informativa***, que compreende o direito de procurar, receber e difundir informações e ideias relativas a questões de saúde;
- **Aceitabilidade:** “Todas as unidades, bens e serviços de saúde deverão respeitar a deontologia médica e ser culturalmente adequados”;
- **Qualidade:** “Para além de serem culturalmente aceitáveis, as unidades, bens e serviços de saúde deverão [...] ser científica e medicamente adequados e de boa qualidade”<sup>187</sup>.

<sup>187</sup> *ibid.*, pp. 92-93, parágrafo 12; destaque nosso; omitidas as notas de rodapé.

## 8.1.2 SIGNIFICADO DAS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 12.º, N.º 2

Enquanto que o artigo 12.º, n.º <sup>188</sup> *ibid.*, parágrafo 91, parágrafo 7. I estabelece uma definição de direito à saúde, o artigo 12.º, n.º 2 “enumera exemplos, ilustrativos e não exaustivos, das obrigações dos Estados Partes”<sup>188</sup>. Estas obrigações podem resumir-se no seguinte:

- **“A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o são desenvolvimento da criança” – artigo 12.º, n.º 2, alínea a):** Segundo o Comité, esta disposição “pode ser entendida como exigindo a adopção de medidas para melhorar a saúde infantil e materna, os serviços de saúde sexual e reprodutiva, nomeadamente o acesso a planeamento familiar, cuidados pré e pós natais, serviços obstétricos de emergência e acesso à informação, bem como os recursos necessários para agir com base na informação obtida”. Para interpretar esta disposição, é também necessário ter em conta as normas da Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>189</sup>.
- **“O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial” – artigo 12.º, n.º 2, alínea b):** Esta obrigação compreende, nomeadamente: “medidas preventivas em relação a acidentes e doenças profissionais; o imperativo de assegurar um fornecimento adequado de água segura e potável e saneamento básico; a prevenção e redução da exposição da população a substâncias nocivas”. A expressão “higiene industrial” refere-se à “minimização, na medida do razoavelmente exequível, das causas dos problemas de saúde inerentes ao ambiente de trabalho”. O artigo 12.º, n.º 2, alínea b) abrange também, nomeadamente, habitação adequada e condições de trabalho seguras e higiénicas<sup>190</sup>.
- **“A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e**

<sup>189</sup> *ibid.*, p. 93, parágrafo 14, e pp. 95-96, parágrafo 22; omitidas as notas de rodapé.

<sup>190</sup> *ibid.*, pp. 93-94, parágrafo 15.

**outras” – artigo 12.º, n.º 2, alínea c):** Esta disposição “exige o estabelecimento de programas de prevenção e educação sobre questões de saúde relacionadas com o comportamento, como as doenças sexualmente transmissíveis, em particular o VIH/SIDA, e questões que afectam negativamente a saúde sexual e reprodutiva, e a promoção dos determinantes sociais da boa saúde, como a segurança ambiental, a educação, o desenvolvimento económico e a equidade de género. O **direito ao tratamento** inclui a criação de um sistema de urgência médica para casos de acidentes, epidemias e problemas de saúde análogos e a prestação de auxílio em situações de desastre e de assistência humanitária em situações de emergência. O **controlo de doenças** diz respeito aos esforços individuais e conjuntos dos Estados para, nomeadamente, disponibilizar as tecnologias necessárias, [...] executar e reforçar os programas de vacinação e outras estratégias de controlo das doenças infecciosas”<sup>191</sup>.

- **“A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença” – artigo 12.º, n.º 2, alínea d):** Esta disposição aplica-se simultaneamente à saúde física e mental e “compreende a garantia de acesso atempado e em condições de igualdade a serviços de saúde primários, secundários e de reabilitação e à educação para a saúde; programas regulares de rastreio de doenças; tratamento adequado, de preferência ao nível da comunidade, das doenças, enfermidades, lesões e deficiências predominantes; fornecimento dos medicamentos essenciais; e tratamentos e cuidados adequados de saúde mental”. Um aspecto também importante desta obrigação é o reforço da participação popular nos serviços de saúde, nomeadamente através da organização do sector da saúde e do sistema de seguros<sup>192</sup>.

Na aplicação do artigo 12.º do Pacto, os Estados Partes têm também naturalmente de ter em conta

o seu **dever jurídico de não discriminar entre as pessoas em geral ou entre homens e mulheres** (artigos 2.º, n.º 2 e 3.º do Pacto)<sup>193</sup>. Para eliminar a discriminação contra as mulheres no sector da saúde existe, em particular, “a necessidade de desenvolver e pôr em prática uma estratégia nacional global de promoção do direito à saúde das mulheres ao longo de todo o ciclo de vida. Esta estratégia deve compreender intervenções destinadas à prevenção e ao tratamento das doenças que afectam as mulheres, bem como políticas destinadas a garantir o acesso a uma ampla variedade de cuidados de saúde de alta qualidade e economicamente acessíveis, incluindo serviços de saúde sexual e reprodutiva”<sup>194</sup>.

Para além disso, as **pessoas com deficiências e os idosos** têm o direito à saúde nos termos do artigo 12.º, n.º 1 do Pacto e têm o direito a beneficiar do mesmo nível de cuidados médicos que os restantes membros da sociedade onde vivem. O direito à saúde física e mental implica ainda, por exemplo, “o direito de ter acesso e de beneficiar dos serviços médicos e sociais – incluindo dispositivos ortopédicos – que permitam às pessoas com deficiências tornarem-se independentes, prevenir o surgimento de novas deficiências e apoiar a sua integração social”<sup>195</sup>. No caso dos idosos, a prevenção através de *check-ups* adaptados às suas necessidades “desempenha um papel decisivo”, tal como a reabilitação que permita manter as capacidades funcionais das pessoas idosas, “com a consequente diminuição do custo dos investimentos em cuidados de saúde e serviços sociais”<sup>196</sup>. Os **povos indígenas** têm também direito, à luz do artigo 12.º, “a medidas específicas para melhorar o acesso a serviços e cuidados de saúde. Estes serviços de saúde devem ser culturalmente adequados, tendo em conta os cuidados preventivos, práticas curativas e remédios tradicionais”<sup>197</sup>.

O direito à saúde garantido pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais ↓

significa o direito a gozar das unidades, condições, bens e serviços necessários à realização do melhor estado de saúde possível de atingir. O direito compreende a liberdade da pessoa de controlar a sua saúde e o seu corpo e o direito de acesso a um sistema de protecção da saúde não discriminatório.

As unidades de saúde deverão estar **disponíveis e ser acessíveis, aceitáveis e de boa qualidade.**

Grupos vulneráveis como as pessoas com deficiências, as mulheres, os idosos e os povos indígenas têm direito a medidas específicas adaptadas às suas necessidades.

### 8.1.3 OBRIGAÇÕES DOS ESTADOS PARTES

O Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais divide as obrigações jurídicas dos Estados Partes à luz do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais nas quatro categorias seguintes: gerais, específicas, internacionais e nucleares. Alguns dos principais elementos das três primeiras categorias serão resumidos na presente subsecção, ao passo que as obrigações nucleares serão examinadas em separado mais adiante.

- **Obrigações jurídicas gerais:** “Embora o Pacto preveja uma realização progressiva e reconheça os constrangimentos resultantes da limitação dos recursos disponíveis, impõe também aos Estados Partes diversas obrigações de **efeito imediato**”. Assim, o direito à saúde, conforme garantido pelo artigo 12.º, deverá ser exercido “sem discriminação alguma” (artigo 2.º, n.º 2) e devem ser tomadas medidas (artigo 2.º, n.º 1) com vista à sua plena realização. “Tais medidas deverão ser **deliberadas, concretas e orientadas no sentido da plena realização** do direito à saúde [...] [A] realização progressiva significa que os Estados Partes têm a **obrigação específica e contínua de evoluir tão rápida e eficazmente quanto possível** no sentido da plena realização do artigo 12.º”. Medidas deliberadamente regressivas, que se presume

fortemente não serem <sup>198</sup> *Ibid.*, pp. 97-98, parágrafos 30-32; destaque nosso. admissíveis, carecem de ser devidamente justificadas por referência a todos os direitos garantidos pelo Pacto e aos “máximos recursos disponíveis” do Estado Parte<sup>198</sup>.

Por último, os Estados <sup>199</sup> *Ibid.*, p. 98, parágrafo 33. Partes têm as obrigações “de *respeitar, proteger e realizar* [...] A obrigação de *respeitar* implica que os Estados se abstenham de interferir directa ou indirectamente no gozo do direito à saúde. A obrigação de *proteger* exige que os Estados adoptem medidas para impedir que terceiros interfiram nas garantias previstas no artigo 12.º. Finalmente, a obrigação de *realizar* impõe aos Estados a adopção de medidas adequadas de natureza legislativa, administrativa, orçamental, judicial, promocional e outra com vista à plena realização do direito à saúde”<sup>199</sup>.

- **Obrigações jurídicas específicas:** As obrigações de respeitar, proteger e realizar o direito à saúde foram examinadas em maior detalhe pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais no Comentário Geral n.º 14.º. A obrigação de **respeitar** o direito à saúde significa, por exemplo, que os Estados se deverão abster “de negar ou limitar o acesso em condições de igualdade de todas as pessoas, nomeadamente presos ou detidos, minorias, requerentes de asilo e imigrantes ilegais, a serviços de saúde de natureza preventiva, curativa e paliativa; abster-se de levar a cabo práticas discriminatórias como política de Estado; e abster-se de impor práticas discriminatórias relativamente ao estado de saúde e às necessidades de saúde das mulheres”. Os Estados deverão assim abster, nomeadamente, “de comercializar drogas inseguras e de aplicar tratamentos médicos coercivos, salvo numa base excepcional para o tratamento de doenças mentais ou para a prevenção e controlo de doenças infecciosas”. Devem também abster-se “de restringir o acesso a contra-

ceptivos e outros meios de manutenção da saúde <sup>200</sup> *Ibid.*, p. 98, parágrafo 34.

sexual e reprodutiva” e “de poluir ilegalmente o ar, a água e o solo, por exemplo através de detritos industriais”. Por último, as armas nucleares, biológicas ou químicas não devem ser utilizadas ou testadas “se dos testes resultar a libertação de substâncias prejudiciais à saúde humana”<sup>200</sup>.

A obrigação de **proteger** <sup>201</sup> *Ibid.*, pp. 98-99, parágrafo 35; destaque nosso. dos Estados de adoptar legislação ou outras medidas que garantam a igualdade de acesso a cuidados de saúde e a serviços de saúde prestados por terceiros; de garantir que a privatização do sector da saúde não constitua uma ameaça à **disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade** das unidades, bens e serviços de saúde; de controlar o comércio por terceiros de equipamento médico e medicamentos; e de garantir que os médicos e outros profissionais de saúde cumprem padrões adequados de educação, formação e deontologia. Os Estados estão também obrigados a garantir que práticas sociais ou tradicionais nocivas não interfiram no acesso a cuidados pré e pós natais e ao planeamento familiar; a impedir que as mulheres sejam coagidas por terceiros a submeter-se a práticas tradicionais como a mutilação genital feminina; e a tomar medidas destinadas a proteger todos os grupos vulneráveis ou marginalizados da sociedade, em particular mulheres, crianças, adolescentes e idosos, face a manifestações de violência baseadas no género”<sup>201</sup>.

A obrigação de **realizar** “exige nomeadamente que os Estados Partes reconheçam adequadamente o direito à saúde nos sistemas políticos e jurídicos nacionais, de preferência através da aplicação de leis, e que adoptem uma política nacional de saúde com um plano detalhado com vista à realização do direito à saúde. Os Estados deverão garantir a prestação de cuidados de saúde, incluindo programas de vacinação contra

as principais doenças infecciosas, e assegurar o <sup>202</sup> *Ibid.*, p. 99; parágrafos 36-37; *vide* também p. 98, parágrafo 98.

acesso de todos, em condições de igualdade, aos determinantes subjacentes à saúde, como uma alimentação segura e nutritiva e água potável, saneamento básico, alojamento suficiente e condições de vida adequadas”. Esta obrigação inclui também, por exemplo, “a disponibilização de um sistema público, privado ou misto de seguros de saúde, acessível a todos”. Por último, o dever jurídico de **realizar** compreende também obrigações específicas de **facilitar, garantir e promover** o direito à saúde<sup>202</sup>.

- **Obrigações internacionais:** Os Estados Partes têm a obrigação “de agir, individualmente e através da assistência e cooperação internacionais, especialmente nos domínios económico e técnico, com vista à plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto, como o direito à saúde”. No espírito do artigo 56.º da Carta das Nações Unidas, dos artigos 12.º, 2.º, n.ºs 1 e 2, 22.º e 23.º do Pacto, bem como da Declaração de Alma-Ata sobre Cuidados Primários de Saúde, “os Estados Partes devem reconhecer o papel fundamental da cooperação internacional e respeitar o seu compromisso de agir conjunta e separadamente a fim de alcançar a plena realização do direito à saúde”. Os Estados Partes também “têm de respeitar o gozo do direito à saúde nos outros países e impedir que terceiros violem este direito em outros países” se o puderem fazer em conformidade com o direito internacional. Os Estados Partes têm “a responsabilidade colectiva e individual”, com base simultaneamente na Carta das Nações Unidas e em resoluções adoptadas pela Assembleia Geral e pela Assembleia Mundial de Saúde, “de cooperar na prestação de auxílio em situações de desastre e assistência humanitária em tempo de emergência, incluindo assistência a refugiados e pessoas internamente deslocadas”. Por último, os Estados Partes devem “abster-se em todos os momentos de impor embargos ou medidas

semelhantes que restringem o fornecimento a outro Estado de equipamento médico e medicamentos adequados”<sup>203</sup>.

<sup>203</sup> *Ibid.*, pp. 99-100, parágrafos 38-41.

#### 8.1.4 OBRIGAÇÕES NUCLEARES

As obrigações nucleares relativas ao direito à saúde destinam-se a garantir a satisfação dos níveis mínimos essenciais deste direito. Tratam-se de obrigações que os Estados Partes deverão respeitar em todas as circunstâncias, uma vez que são consideradas inderrogáveis<sup>204</sup>. Estas obrigações nucleares foram definidas pelo Comité com base no artigo 12.º lido em conjunto com o Programa de Acção da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e a Declaração de Alma-Ata. Na opinião do Comité, compreendem pelo menos as seguintes obrigações:

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 101, parágrafo 43, e p. 102, parágrafo 47.

- “Garantir o direito de acesso a unidades, bens e serviços de saúde numa base não discriminatória, em especial para os grupos vulneráveis ou marginalizados”;
- “Garantir o acesso a uma alimentação mínima essencial que seja nutritivamente adequada e segura, garantir que ninguém tenha fome”;
- “Garantir o acesso a alojamento, habitação e saneamento básicos e a uma quantidade adequada de água segura e potável”;
- “Fornecer drogas essenciais, conforme periodicamente definidas ao abrigo do Programa de Acção sobre Drogas Essenciais da OMS”;
- “Garantir uma distribuição equitativa de todas as unidades, bens e serviços de saúde”;
- “Adoptar e pôr em prática uma estratégia e plano de acção nacional de saúde pública, com base em dados epidemiológicos, que respondam às preocupações de toda a população em matéria de saúde; a estratégia e plano de acção serão concebidos, e perio-

dicamente revistos, com base num processo participado e transparente; incluirão [também] métodos, como o direito a indicadores e objectivos de referência no domínio da saúde, através dos quais se possam avaliar rigorosamente os progressos alcançados; o processo de concepção da estratégia e plano de acção, bem como o respectivo conteúdo, prestarão particular atenção a todos os grupos vulneráveis ou marginalizados”<sup>205</sup>.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 101, parágrafo 43.

O Comité confirmou também que “as seguintes são obrigações de comparável prioridade”:

- “Garantir cuidados de saúde reprodutiva, materna (pré e pós natal) e infantil”;
- “Garantir a vacinação contra as principais doenças infecciosas presentes na comunidade”;
- “Tomar medidas para prevenir, tratar e controlar as doenças epidémicas e endémicas”;
- “Garantir educação e acesso à informação sobre os principais problemas de saúde presentes na comunidade, nomeadamente sobre os métodos para os prevenir e controlar”;
- “Garantir a formação adequada do pessoal dos serviços de saúde, incluindo educação sobre saúde e direitos humanos”<sup>206</sup>.

<sup>206</sup> *Ibid.*, pp. 101-102, parágrafo 44.

Estas onze obrigações nucleares relativas ao direito à saúde proporcionam aos Estados Partes directrizes úteis para a aplicação a nível interno das obrigações impostas pelos tratados. Deve chamar-se a atenção, em particular, para o facto de o direito a alojamento e habitação ser mencionado como requisito prévio para a garantia efectiva do direito à saúde. A importância fundamental do acesso a uma habitação adequada para a saúde da pessoa tem também vindo a ser sublinhada pela Organização Mundial de Saúde.

### 8.1.5 VIOLAÇÕES DO ARTIGO 12.º

Os seguintes são apenas alguns exemplos de acções ou omissões do Estado que constituirão violação dos deveres assumidos ao abrigo do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais relativamente ao direito à saúde:

- “Um Estado que não esteja disposto a utilizar ao máximo os recursos disponíveis para a realização do direito à saúde”. Se um país enfrenta uma situação de escassez de recursos, “tem o ónus de justificar que, não obstante, foram feitos todos os esforços para utilizar todos os recursos ao seu dispor a fim de satisfazer, a título de prioridade, as obrigações acima enunciadas”;
- Acções ou omissões que violem as onze obrigações nucleares acima descritas, que têm de ser respeitadas em todas as circunstâncias;
- “Acções, políticas ou leis do Estado que contrariem as normas estabelecidas no artigo 12.º [...] e sejam susceptíveis de resultar em lesões corporais, mortalidade desnecessária e mortalidade evitável. Os exemplos incluem a negação de acesso a unidades, bens e serviços de saúde a determinados indivíduos ou grupos em resultado de discriminação de direito ou de facto; a deliberada ocultação ou falsificação de informação vital para a protecção da saúde ou o tratamento” (*violação da obrigação de respeitar*);
- O facto de o Estado se abster de “tomar todas as medidas necessárias para proteger as pessoas no âmbito da sua jurisdição contra violações do direito à saúde por parte de terceiros”. Isto compreende “a inexistência de uma regulação das actividades de indivíduos, grupos ou empresas que os impeça de violar o direito à saúde de outrem; a falta de protecção dos consumidores e trabalhadores contra práticas prejudiciais à saúde, por exemplo por empregadores ou

fabricantes de medicamentos e artigos alimentares; a falta de protecção das mulheres contra a violência ou a impunidade dos autores de tais práticas” (*violação da obrigação de proteger*);

- O facto de os Estados <sup>207</sup> *Ibid.*, pp. 102-103, parágrafos 46-52. Partes se absterem de “tomar todas as medidas necessárias para garantir a realização do direito à saúde. Exemplos incluem a não adopção ou execução de uma política nacional de saúde destinada a garantir o direito de todos à saúde; insuficiente dotação ou deficiente afectação de recursos públicos que resulte na negação do gozo do direito à saúde por indivíduos ou grupos, particularmente os vulneráveis ou marginalizados; a deficiente monitorização da realização do direito à saúde a nível nacional” (*violação da obrigação de realizar*)<sup>207</sup>.

### 8.1.6 APLICAÇÃO A NÍVEL NACIONAL

O Comité admite que “as medidas viáveis e mais apropriadas para realizar o direito à saúde <sup>208</sup> *Ibid.*, pp. 103-104, parágrafo 53. variam consideravelmente de um Estado para outro. Cada Estado dispõe de uma margem de discricionariedade para avaliar que medidas são mais adequadas às suas circunstâncias específicas. Contudo, o Pacto impõe claramente a cada Estado o dever de tomar quaisquer medidas que sejam necessárias para garantir que todos tenham acesso a unidades, bens e serviços de saúde a fim de que possam gozar, logo que possível, do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir”<sup>208</sup>. Para este efeito, cada Estado Parte deverá adoptar uma estratégia nacional e definir políticas com indicadores e objectivos de referência em matéria de direito à saúde. As estratégias e planos de acção nacionais “devem nomeadamente respeitar os princípios da não discriminação e da participação popular” e “devem também basear-se nos princípios da responsabilização, transparência e independência do poder judicial”<sup>209</sup>. Por último, “os Estados devem considerar a adop-

ção de uma lei quadro para operacionalizar a sua estratégia nacional relativa ao direito à saúde”. A lei deve criar mecanismos para o controlo da aplicação da estratégia e do plano de acção”<sup>210</sup>.

Quanto à questão dos **recursos** e da **responsabilização**, o Comité considera que “qualquer pessoa ou grupo vítima de uma violação do direito à saúde deve ter acesso a vias de recurso adequadas e eficazes, de natureza judicial ou outra, a nível nacional e internacional. Todas as vítimas de tais violações deverão ter direito a uma reparação adequada, que pode assumir a forma de restituição, compensação, satisfação ou garantias de não repetição”<sup>211</sup>. A este respeito, o Comité encoraja os Estados Partes a incorporar nas suas ordens jurídicas internas os instrumentos internacionais que reconhecem o direito à saúde, uma vez que esta incorporação “pode reforçar significativamente o âmbito e a eficácia dos recursos”. “A incorporação permite que os tribunais se pronunciem sobre violações do direito à saúde, ou pelo menos sobre violações das obrigações nucleares dele decorrentes, por referência directa ao Pacto”<sup>212</sup>. O Comité declara ainda que “os juízes e operadores judiciais deverão ser encorajados pelos Estados Partes a prestar maior atenção às violações do direito à saúde no exercício das suas funções”<sup>213</sup>.

*Os Estados Partes têm o dever jurídico de tomar medidas deliberadas, concretas e orientadas no sentido da plena realização do direito à saúde. Embora algumas obrigações possam ser aplicadas progressivamente, outras têm efeito imediato.*

*Os Estados Partes têm de respeitar, proteger e realizar as suas obrigações jurídicas. A obrigação de realizar implica também que os Estados Partes têm o dever jurídico de facilitar, garantir e promover o direito à saúde.*

*Os Estados Partes no Pacto Internacional têm, no mínimo, onze obrigações nucleares que deverão respeitar em todas as circunstâncias.*

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 104, parágrafo 56.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 105, parágrafo 59.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 105, parágrafo 60.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 105, parágrafo 61.

*Todas as alegadas vítimas de violações do direito à saúde deverão ter acesso a vias de recurso adequadas e eficazes, de natureza judicial ou outra, nomeadamente a nível nacional, e o direito a reparação adequada em caso de violação deste direito.*

*Os juízes e operadores judiciais em geral devem ser encorajados a prestar maior atenção a violações do direito à saúde no exercício das suas funções.*

\* \* \*

Embora os exemplos de jurisprudência nacional que analisaremos em seguida não envolvam a interpretação do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, apresentam um considerável interesse uma vez que, em ambos os casos, os juízes encontraram formas de interpretar extensivamente normas de direitos humanos já existentes consagradas nas constituições nacionais, assim abrindo caminho à introdução do direito à saúde nos contextos mais amplos do direito à igualdade (Canadá) e do direito à vida (Índia).

## 8.2 JURISPRUDÊNCIA NACIONAL RELEVANTE I: O EXEMPLO DO CANADÁ

O caso *Eldridge v. British Columbia*, decidido pelo Supremo Tribunal do Canadá em 1997, versou sobre a **igualdade de direitos relativamente à prestação de serviços médicos a pessoas com deficiências físicas**<sup>214</sup>. A análise contida na sentença apresenta um considerável interesse e merece por isso ser examinada com alguma profundidade. Foi redigida pelo Juiz La Forest em nome do Supremo Tribunal, que se pronunciou por unanimidade.

Factos do caso<sup>215</sup>: Os recorrentes nasceram surdos e o seu modo de expressão preferido era a linguagem gestual. Alegaram por isso que a ausência de intérpretes comprometia a sua capacidade de comunicação com os médicos e outros

<sup>214</sup> (1997) 3 S.C.R. *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)* 624. O texto citado no presente capítulo pode ser encontrado no seguinte website: [http://www.lexum.umontreal.ca/csc-ccc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3\\_0624.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-ccc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3_0624.html).

<sup>215</sup> *Ibid.* Este resumo baseia-se no relato dos factos constante da sentença, parágrafos 2-7.

profissionais de saúde, aumentando o risco de erros de diagnóstico e ineficácia dos tratamentos. O tratamento médico em British Columbia é prestado através de dois mecanismos principais: a Lei de Seguro Hospitalar [*Hospital Insurance Act*], R.S.B.C., 1979, c. 180 (mais tarde designada por R.S.B.C. 1996, c. 204), que reembolsa os hospitais pelos necessários serviços médicos que prestam ao público, e a Lei de Serviços Médicos e de Saúde [*Medical and Health Care Services Act*], S.B.C. 1992, c. 76 (mais tarde denominada de Lei de Protecção dos Cuidados Médicos – *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286). Nenhum destes programas garantia o pagamento de serviços de interpretação de linguagem gestual para surdos. Um médico declarou perante o tribunal que a comunicação sem interpretação “era inibidora e frustrante” e outro sublinhou que uma comunicação adequada era “particularmente importante no momento do parto” a fim de que a paciente pudesse colaborar no trabalho de parto, assim se reduzindo o risco de complicações<sup>216</sup>.

Os recorrentes apresentaram uma petição junto do Supremo Tribunal de British Columbia procurando obter, em particular, “uma declaração de que a não prestação de serviços de interpretação de linguagem gestual como benefício segurado ao abrigo do Plano de Serviços Médicos” violava a secção 15 (1) da Carta Canadiana de Direitos e Liberdades<sup>217</sup>, segundo a qual:

“Todas as pessoas são iguais perante a lei e à luz da lei e têm direito a igual protecção da lei e a iguais benefícios legais sem discriminação e, em particular, sem discriminação baseada na raça, na origem nacional ou étnica, na cor, na religião, no sexo, na idade ou na deficiência mental ou física”.

A petição foi rejeitada pelo Tribunal e, em sede de recurso, a maioria do colectivo do Tribunal de Recurso de British Columbia considerou que a inexistência de serviços de interpretação nos hospitais não era discriminatória “porque a *Lei de Seguro Hospitalar* não confere quaisquer *benefícios legais* no sentido da secção 15 (1) da *Carta*”<sup>218</sup>.

Coube então recurso para o Supremo Tribunal do Canadá, que considerou não haver dúvidas quanto à constitucionalidade quer da Lei de Serviços Médicos e de Saúde quer da Lei de Seguro Hospitalar. **A potencial violação da Secção 15 (1) da Carta resultava antes dos poderes discricionários delegados na autoridade subordinada.** Por outras palavras, a legislação em si mesma não proibia os hospitais (Lei de Seguro Hospitalar) nem a Comissão de Serviços Médicos (Lei de Serviços Médicos e de Saúde), “expressamente ou por necessária implicação” de, respectivamente, proporcionar interpretação de linguagem gestual e determinar que tal interpretação “é um serviço *medicamente necessário*, logo um benefício”<sup>219</sup>.

O Tribunal rejeitou a alegação dos recorridos segundo a qual a Carta de Direitos e Liberdades não era aplicável aos hospitais. Considerou que existia “uma *ligação directa e [...] bem definida* entre uma política governamental específica e a conduta impugnada do hospital”. A alegada discriminação, nomeadamente a não prestação de serviços de interpretação de linguagem gestual, estava “estritamente relacionada com o sistema de prestação de serviços médicos instituído pela legislação”<sup>220</sup>. A prestação destes serviços era “uma expressão da política governamental”, agindo os hospitais “como agentes do governo na prestação dos serviços médicos específicos indicados na Lei [de Seguro Hospitalar]. O legislador [não podia assim] eximir-se ao cumprimento das suas obrigações impostas pela secção 15 (1) da *Carta* de prestar esses serviços sem discriminação encarregando os hospitais de prosseguir tal objectivo”<sup>221</sup>. Relativamente à Comissão de Serviços Médicos criada pela Lei de Serviços Médicos e de Saúde, não foi contestado que tinha de exercer as suas competências, que lhe haviam sido delegadas pelo Governo, em conformidade com a *Carta*, a fim de determinar que serviços constituíam “benefícios” para efeitos da Lei e assim também um serviço “medicamente necessário” a prestar gratuitamente<sup>222</sup>.

Tendo o Tribunal concluído “que a *Carta* se aplica à abstenção dos hospitais e da Comissão de Serviços



Médicos de prestar serviços de <sup>223</sup> *Ibid.*, parágrafo 53. interpretação de linguagem gestual”, restava determinar se essa abstenção violava ou não o direito dos recorrentes à igualdade nos termos da Secção 15 (1) da Carta. Logo de início, o Tribunal sublinhou que, tal como os outros direitos previstos na Carta, a Secção 15 (1) “deverá ser interpretada de forma generosa e orientada”, uma vez que uma constituição que consagra uma carta de direitos apela a “uma interpretação generosa que evite o que se designou por *austeridade legalista*, e apta a conferir aos indivíduos os direitos e liberdades fundamentais referidos, em toda a sua extensão”<sup>223</sup>.

O Tribunal declarou também <sup>224</sup> *Ibid.*, parágrafo 54. que a Secção 15 (1) da Carta prossegue os seguintes “dois objectivos distintos mas interligados. Em primeiro lugar, exprime um compromisso – profundamente enraizado na nossa cultura social, política e jurídica – para com o igual valor e a dignidade humana de todas as pessoas. [...] Em segundo lugar, reflecte o desejo de corrigir e prevenir a discriminação contra determinados grupos *social, política e juridicamente desfavorecidos na nossa sociedade*”<sup>224</sup>. Quanto à situação concreta das pessoas com deficiências, o Tribunal declarou:

“56. É uma infeliz verdade o facto de a história das pessoas deficientes no Canadá ser uma história de exclusão e marginalização. As pessoas com deficiências são com demasiada frequência excluídas do mercado de trabalho, é-lhes negado o acesso a oportunidades de integração social e desenvolvimento, estão sujeitas a estereótipos insidiosos e são relegadas para instituições [...] Esta desvantagem histórica foi, em grande medida, provocada e perpetuada pela noção de que a deficiência é uma anormalidade ou um defeito. Consequentemente, às pessoas deficientes não é geralmente prestada a *igual atenção, respeito e consideração* que a secção 15 (1) da Carta exige. Em vez disso, são sujeitas a atitudes paternalistas de pena e caridade e a sua aceitação no meio social é condicionada pela sua emulação de normas de auto-suficiência [...] Uma consequência destas atitudes é a persistente desvantagem sócio-económica enfrentada pelos deficientes. As estatísticas indicam que as pessoas com deficiências, em

comparação com os não defi- <sup>225</sup> *Ibid.*, parágrafo 56. cientes, têm uma menor educação, estão mais susceptíveis a ficar fora do mercado de emprego, apresentam taxas de desemprego muito superiores e têm os mais baixos índices de remuneração quando empregadas”<sup>225</sup>.

O Tribunal acrescentou que “as <sup>226</sup> *Ibid.*, parágrafo 57. pessoas surdas não escapam a esta difícil situação” e que “a desvantagem enfrentada pelas pessoas surdas deriva em grande medida de barreiras à comunicação com a população que ouve”<sup>226</sup>.

Quanto à questão de saber se <sup>227</sup> *Ibid.*, parágrafo 60. aos queixosos tinham sido con- <sup>228</sup> *Ibid.*, parágrafo 61. cededidos “iguais benefícios legais <sup>229</sup> *Ibid.*, parágrafo 62. sem discriminação” em conformidade com a Secção 15 (1) da Carta, o Tribunal assinalou que a petição perante si dizia respeito a “uma discriminação de *efeito adverso*”, uma vez que “à superfície, o sistema de cuidados médicos aplica-se igualmente à população surda e ouvinte. Não faz uma distinção explícita baseada na deficiência indicando que aos surdos deverá ser prestado um tratamento diferente”<sup>227</sup>. O Tribunal acrescentou ter vindo constantemente a defender que “a secção 15 (1) da Carta protege contra este tipo de discriminação” uma vez que se destina “a assegurar um grau de igualdade material e não meramente formal”<sup>228</sup>. Um corolário deste princípio é o facto de “a intenção ou propósito discriminatório não ser uma condição necessária para a ocorrência de uma violação da secção 15 (1) [...] Basta que o *efeito* da legislação seja a negação a alguém da igual protecção ou dos iguais benefícios da lei”<sup>229</sup>.

No caso *Eldridge*, os efeitos adver- <sup>230</sup> *Ibid.*, parágrafo 66. sos sofridos pelas pessoas surdas derivavam “não da imposição de um ónus não enfrentado pela restante população, mas sim do facto de não se ter garantido que as pessoas surdas beneficiassem igualmente de um serviço oferecido a todos”<sup>230</sup>. O Supremo Tribunal rejeitou pois logicamente as opiniões dos tribunais inferiores, segundo as quais a interpretação da linguagem gestual constituía “um serviço *auxiliar* discreto e não médico” cuja inexistência não negava às pessoas surdas um benefício disponível para a restante população.

Na sua opinião tratava-se, pelo contrário, “do meio através do qual as pessoas surdas conseguem receber um tratamento médico da mesma qualidade que a população que ouve”<sup>231</sup>. Por outras palavras, sempre que necessária para uma comunicação eficaz, “a interpretação da linguagem gestual não deve [...] ser vista como um serviço *auxiliar*”<sup>232</sup>.

Em resposta às sugestões dos recorridos “de que os governos devem ter o direito de conceder benefícios à população em geral sem garantirem que os membros desfavorecidos da sociedade tenham os recursos necessários para tirar plenamente partido desses benefícios”, o Tribunal considerou que “esta posição reflecte uma visão limitada e empobrecida da secção 15 (1). É desmentida, de forma significativa, pelo sentido da jurisprudência deste tribunal em matéria de igualdade”<sup>233</sup>.

No âmbito da sua análise aprofundada do conceito de igualdade e não discriminação, o Tribunal declarou ainda que “o princípio segundo o qual a discriminação pode nascer da abstenção de tomar medidas positivas para garantir que os grupos desfavorecidos beneficiem igualmente dos serviços oferecidos ao público em geral é amplamente aceite no domínio dos direitos humanos”. Conforme sublinhado pelo Tribunal, “é também uma pedra angular da jurisprudência em matéria de direitos humanos [...] a questão de que o dever de tomar medidas concretas para garantir que membros dos grupos carenciados beneficiem igualmente dos serviços oferecidos ao público em geral está sujeito ao princípio de um ajuste razoável”, o que, no presente contexto, “é em geral equivalente ao conceito de *limites razoáveis*”<sup>234</sup>.

O Tribunal concluiu assim que “o facto de a Comissão de Serviços Médicos e os hospitais não proporcionarem interpretação de linguagem gestual sempre que necessário para uma comunicação eficaz constitui uma violação *prima facie* da secção 15 (1) relativamente aos direitos das pessoas surdas. Este facto nega a estas pessoas iguais benefícios legais e discrimina-as em comparação com as pessoas

que ouvem”<sup>235</sup>. Esta decisão não pretendeu contudo significar “que a interpretação da linguagem gestual tenha de ser garantida em todas as situações clínicas. O requisito de uma *comunicação eficaz* é flexível e tem em consideração factores como a complexidade e a importância da informação a comunicar, o contexto em que as comunicações têm lugar e o número de pessoas envolvidas [...] Para as pessoas surdas com uma alfabetização limitada, contudo, será provavelmente acertado supor que a interpretação de linguagem gestual será necessária na maior parte dos casos”<sup>236</sup>.

Por último, o Tribunal respondeu negativamente à questão de saber se existiria qualquer possível justificação para esta violação *prima facie* à luz da Secção 1 da Carta, ***segundo a qual os direitos e liberdades garantidos na Carta apenas podem ser “sujeitos a limites razoáveis previstos por lei que possam manifestamente justificar-se numa sociedade livre e democrática”*** (destaque nosso). Vale a pena citar o resumo que o Juiz La Forest fez deste aspecto, dado que o sentido da sua argumentação é igualmente relevante para outros grupos desfavorecidos das nossas sociedades que possam não beneficiar de cuidados médicos em condições de igualdade:

“94. Em resumo, sou de parecer que o não pagamento dos serviços de interpretação de linguagem gestual não é uma restrição mínima dos direitos das pessoas surdas previstos na secção 15 (1) a iguais benefícios legais, sem discriminação com base na sua deficiência física. As provas demonstram claramente que, enquanto grupo, as pessoas surdas recebem serviços médicos inferiores aos recebidos pela população que ouve. Dada a importância fundamental de uma boa saúde para a qualidade de vida de todas as pessoas na nossa sociedade, a prestação aos surdos de serviços médicos de qualidade inferior diminui necessariamente a sua qualidade de vida em geral. O Governo simplesmente não demonstrou que este impróprio estado de coisas deve ser tolerado a fim de alcançar o objectivo de limitar as despesas de saúde. Dito de outra forma, o governo não *ajustou de forma razoável* as suas

políticas à deficiência dos <sup>237</sup> *Ibid.*, parágrafo 94. recorrentes. Na linguagem da jurisprudência de direitos humanos deste Tribunal [*sic*], não acomodou as necessidades dos recorrentes num grau de *dificuldade indevida*<sup>237</sup>.

### 8.3 JURISPRUDÊNCIA NACIONAL RELEVANTE II: O EXEMPLO DA ÍNDIA

O direito à vida consagrado no artigo 21.º da Constituição indiana <sup>238</sup> (1995) 3 Casos do Supremo Tribunal 42. foi interpretado extensivamente <sup>239</sup> *Ibid.*, p. 70. pelo Supremo Tribunal da Índia no caso *Centro de Educação & Pesquisa dos Consumidores e Outros c. União Indiana e Outros*, relativo a acidentes e doenças profissionais que afectavam os trabalhadores das indústrias de amianto<sup>238</sup>. O Supremo Tribunal concluiu que o “direito à saúde, o apoio médico para proteger a saúde e o vigor de um trabalhador no activo ou após a reforma é um direito fundamental à luz do artigo 21.º, lido em conjunto com os artigos 39.º, alínea e), 41.º, 43.º, 48.º-A e todos os artigos conexos e direitos humanos fundamentais, a fim de que a vida do trabalhador tenha significado e seja compatível com a dignidade da pessoa”<sup>239</sup>.

Pode observar-se, sem entrar <sup>240</sup> *Ibid.*, p. 47. nos detalhes do caso, que o autor procurou “preencher as prementes lacunas e encontrar medidas de correcção para a protecção da saúde dos trabalhadores das minas e indústrias de amianto com um mecanismo adequado de diagnóstico e controlo da silenciosa doença letal denominada “amiantose”<sup>240</sup>. O Tribunal analisou em pormenor os dados relativos aos perigos de exposição ao amianto e concluiu que resultam numa “longa e trágica cadeia de consequências nocivas ao nível médico, jurídico e social”, assim recordando a “responsabilidade jurídica e social do empregador ou produtor de não pôr em risco o trabalhador, a comunidade ou a sociedade”. Acrescentou que:

“Ele não pode eximir-se da sua inerente responsabilidade perante o trabalhador exposto ou a sociedade no seu conjunto. Tem o dever – jurídico, moral e social – de garantir medidas de

protecção ao trabalhador e ao <sup>241</sup> *Ibid.*, pp. 66-67. público ou a todos quantos estejam expostos às consequências nocivas dos seus produtos. A mera adopção de regulamentos para disciplinar a actividade não tem qualquer verdadeiro significado e eficácia sem recursos profissionais, industriais e governamentais e uma determinação legal e moral em fazer cumprir tais regulamentos”<sup>241</sup>.

O Tribunal examinou então o caso à luz, nomeadamente, do Preâmbulo e dos artigos 38.º e 21.º da Constituição da Índia. De acordo com o primeiro parágrafo preambular, a todos os cidadãos da Índia será garantida “justiça, social, económica e política”. O artigo 38.º, que faz parte dos “Princípios Directores da Política do Estado” incide sobre o dever do Estado de garantir a ordem social para a promoção do bem-estar do povo. O artigo 21.º protege o direito à vida.

Quanto ao Preâmbulo e ao artigo 38.º da Constituição, o Tribunal declarou nomeadamente que:

“18. [...] a lei suprema concebe a justiça social como um pilar para garantir que a vida tenha significado e possa ser vivida com dignidade humana [...] A lei é o fim último de toda a sociedade civilizada, como sistema fundamental num determinado momento, a fim de responder às necessidades e exigências do seu tempo [...] A Constituição considera a justiça, a liberdade, a igualdade e a fraternidade como valores supremos a promover numa democracia igualitária a nível social, económico e político. A justiça social, a igualdade e a dignidade da pessoa são pedras angulares da democracia social [...] A justiça social é um instrumento dinâmico para mitigar o sofrimento dos sectores da sociedade pobres, fracos, intocáveis, tribais e carenciados e para os elevar ao nível da igualdade a fim de que possam viver a vida com a dignidade da pessoa. A justiça social não é uma visão simples ou única da sociedade, mas sim uma parte fundamental da complexa reforma social destinada a libertar os pobres, etc., das dificuldades e da penúria, a afastar o sofrimento e a tornar a sua vida suportável, para o bem maior da sociedade no seu todo. Por outras palavras, o objectivo da justiça social consiste em

atingir um grau considerável de igualdade social, económica e política, o que constitui uma expectativa legítima. A segurança social, condições de trabalho justas e humanas e o lazer dos trabalhadores fazem parte deste direito à vida com significado, a expressar a sua personalidade e a gozar a vida com dignidade; o Estado deverá conceder facilidades e oportunidades a fim de lhes permitir alcançar, pelo menos, níveis mínimos de saúde, segurança económica e vida civilizada, partilhando de acordo com as suas capacidades e com a sua herança social e cultural.

19. Num país em desenvol- <sup>242</sup> *Ibid.*, pp. 67-68.  
vimento como o nosso, dividido por fossos inultrapassáveis e crescentes de desigualdade de estatuto e de oportunidades, a lei é um catalisador, um Rubicão que permite aos pobres, etc., subir na escala da *justiça social* [...] Aquilo que é devido não pode ser aferido por um padrão absoluto constantemente alterado em função do tempo, do local e das circunstâncias. A preocupação constitucional de justiça social enquanto processo elástico e contínuo consiste em fazer justiça a todos os segmentos da sociedade, concedendo facilidades e oportunidades a fim de eliminar as deficiências e dificuldades que afligem os pobres, etc., e garantir a dignidade das suas pessoas. A Constituição mandata assim o Estado para fazer justiça a todos os membros da sociedade em todas as facetas da actividade humana. O conceito de justiça social implica a igualdade para saborear e avivar o conteúdo prático da “vida”. A justiça social e a igualdade complementam-se mutuamente para que ambas possam manter a sua vitalidade. O princípio do Estado de Direito é por isso um forte instrumento de justiça social para atingir a igualdade nos resultados”<sup>242</sup>.

O Tribunal declarou depois que, através do artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Carta das Nações Unidas “reforça a fé nos direitos humanos fundamentais e na dignidade e valor da pessoa humana considerados nos Princípios Directores da Política do Estado como parte da Constituição. A jurisprudência da pessoalidade ou filosofia do direito à vida prevista no artigo 21.º alarga o seu âmbito para abranger a personali-

dade humana no seu pleno <sup>243</sup> *Ibid.*, p. 68.

potencial com uma saúde revigorada que é uma riqueza que permite ao trabalhador ganhar a vida, manter a dignidade da sua pessoa e viver a vida com dignidade e em igualdade”<sup>243</sup>. O Tribunal acrescentou que:

“22. A expressão *vida garan-* <sup>244</sup> *Ibid.*, pp. 68-69.  
tida pelo artigo 21.º da Constituição não está conotada com a mera existência animal ou com um contínuo arrastar-se pela vida. Tem um significado muito mais amplo, que compreende o direito ao modo de vida, a melhores condições de vida, a condições de trabalho higiénicas e ao lazer [...] Se o direito ao modo de vida não for tratado como parte do direito constitucional à vida, a forma mais fácil de privar uma pessoa do seu direito à vida será privá-la dos seus meios de subsistência ao ponto de anular esse direito. Tal privação não só esvaziaria a vida do seu efectivo conteúdo e significado, como tornaria a vida impossível de viver, deixando de lado aquilo que permite conseguir viver. O direito à vida com dignidade humana abrange algumas das melhores facetas da civilização humana que fazem com que a vida valha a pena ser vivida. O entendimento alargado da vida implica a tradição e a herança cultural das pessoas em causa”<sup>244</sup>.

Quanto ao direito à saúde e ao direito à vida do trabalhador, o Tribunal especificou que:

“24. O direito à saúde do trabalhador é uma faceta integrante do direito a uma vida com significado, a ter não apenas uma existência com sentido, mas também uma saúde robusta e um vigor sem os quais o trabalhador levaria uma vida miserável. A falta de saúde priva-o do seu modo de vida. Uma necessidade económica que compele a pessoa a trabalhar numa indústria exposta a riscos de saúde devido à necessidade de ganhar o sustento para si própria e para os seus dependentes não deve comprometer a saúde e o vigor do trabalhador. Devem ser concedidas facilidades e oportunidades, conforme previsto no artigo 38.º, para proteger a saúde do trabalhador. A previsão de testes e tratamentos médicos promove a saúde do trabalhador e aumenta a sua produtividade ou

eficiência. O tratamento contínuo, enquanto o trabalhador se encontra no activo ou após a reforma, é um dever moral, legal e constitucional que incumbe concomitantemente ao empregador e ao Estado. **Por isso, deve considerar-se que o direito à saúde e a cuidados médicos é um direito fundamental à luz do artigo 21.º, lido em conjunto com os artigos 39.º (e), 41.º e 43.º da Constituição, e dá significado à vida, tornando-a consentânea com a dignidade da pessoa. O direito à vida compreende a protecção da saúde e da força do trabalhador e constitui um requisito mínimo para que a pessoa possa viver com dignidade humana**<sup>245</sup>.

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 70; destaque nosso. O artigo 41.º da Constituição diz respeito ao direito ao trabalho, à educação e à assistência pública em certos casos; o artigo 43.º determina que o Estado deverá "tentar assegurar a todos os trabalhadores, através de legislação adequada ou da organização económica ou de qualquer outra forma, um nível de vida decente e o pleno gozo do lazer e das oportunidades sociais e culturais dos trabalhadores", p. 68.

Resulta pois que, como a saúde e o vigor do trabalhador constituem uma faceta integrante do direito à vida, "o Estado, seja a União ou o Governo do Estado ou uma indústria, pública ou privada, tem a obrigação de tomar todas as medidas que promovam a saúde, a força e o vigor do trabalhador durante o tempo de trabalho e de lazer e a saúde mesmo após a reforma, como requisitos indispensáveis para viver a vida com saúde e felicidade"<sup>246</sup>.

Entre as várias directivas emanadas do Tribunal contou-se a ordem para que "todas as fábricas, abrangidas ou não pela Lei de Seguro dos Funcionários Públicos ou pela Lei de Compensação dos Trabalhadores ou por qualquer outro diploma [...] assegurem obrigatoriamente a cobertura dos riscos de saúde de todos os trabalhadores"<sup>247</sup>.

*Os casos considerados pelos Supremos Tribunais do Canadá e da Índia demonstram que, embora o direito à saúde possa não estar, como tal, consagrado na legislação interna, o juiz nacional não está necessariamente privado de instrumentos jurídicos para proteger o direito à saúde dos grupos vulneráveis:*

*• No Canadá, isto foi feito por referência ao direito à igualdade de acesso aos serviços médicos, tendo sido dada ao direito à igualdade uma interpretação dinâmica e orientada;*



*• Na Índia, isto foi feito através de uma interpretação extensiva do direito à vida entendido à luz de outras disposições constitucionais, nomeadamente as relativas à justiça social.*

## 9. Papel dos Juizes, Magistrados do Ministério Público e Advogados na Protecção dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais: Lições Aprendidas \*

Tal como ficou demonstrado no presente capítulo, os operadores judiciários têm um papel fundamental a desempenhar na promoção da protecção dos direitos económicos, sociais e culturais, papel que é particularmente importante em relação aos grupos mais vulneráveis da sociedade. Embora existam ainda países onde o poder judicial tem relutância em julgar alegadas violações destes direitos, com fundamento na ideia de que tais questões se inscrevem na competência do executivo, esse papel reduzido do poder judicial relativamente a problemas sociais parece, não só cada vez mais anacrónico, mas particularmente difícil de sustentar juridicamente. Sem concluir que toda e qualquer uma das questões relativas ao exercício dos direitos económicos, sociais e culturais se presta a determinação judicial, o presente capítulo deixa claro que isto sucede com muitas delas e que, a menos que existam vias eficazes de recurso ao dispor, em particular, dos mais pobres e vulneráveis, estas pessoas ou grupos podem não ter outra opção senão fazer justiça pelas suas próprias mãos a fim de se protegerem, como sucedeu no caso da África do Sul.

## 10. Observações Finais \*

A amplitude e complexidade da temática dos direitos económicos, sociais e culturais limitou

necessariamente o âmbito do presente capítulo, que destacou apenas alguns aspectos importantes destes direitos. Demonstrou, em particular, que foi defendido, desde a elaboração da Carta das Nações Unidas, que os direitos civis e políticos, por um lado, e os direitos económicos, sociais e culturais, por outro, são intrinsecamente interdependentes para a sua verdadeira realização recíproca. Esta abordagem integrada tem também sido sublinhada pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais e defendida pela jurisprudência nacional analisada no presente capítulo.

Através dos seus Comentários Gerais, o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais oferece interpretações detalhadas das obrigações jurídicas dos Estados Partes relativamente a vários dos direitos consagrados no Pacto Internacional

sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Esta precisão jurídica acrescida do conteúdo normativo de tais direitos constitui uma ferramenta útil e importante, não apenas para os Governos, mas também para os juízes nacionais quando interpretam e aplicam o próprio Pacto ou outros instrumentos jurídicos.

Contudo, esta definição melhorada das obrigações jurídicas dos Governos no domínio da protecção dos direitos económicos, sociais e culturais deverá necessariamente estar a par de uma firme determinação em defender os direitos civis e políticos, uma vez que, sem uma protecção eficaz destes direitos com base no princípio do Estado de Direito, os direitos económicos, sociais e culturais continuarão provavelmente a constituir promessas vãs.