

EM CIMA DO MURO: A TORTUOSA “JUSTICIABILIDADE” DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

“SITTING ON THE FENCE”: THE TORTUOUS JUSTICIABILITY OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS ON THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS

Isabel Penido de Campos Machado

RESUMO

O presente artigo trata da dificuldade de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Inicialmente, enuncia a previsão legal no texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Protocolo de São Salvador. Então, aponta que a avaliação sobre eventuais violações tem seguido a via indireta, nos moldes do que foi desenvolvido no Sistema Europeu, com base no princípio da indivisibilidade. Após, o estudo analisa o desenvolvimento jurisprudencial do debate no âmbito do sistema interamericano. Por derradeiro, conclui-se pela possibilidade da adoção da via direta por meio do art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e nas hipóteses admitidas pelo art. 19(6) do Protocolo de San Salvador.

Palavras-chave: justiciabilidade, direitos economicos, sociais e culturais, via direta.

ABSTRACT

The essay analyses the tortuous trail for the justiciability of economic, social and cultural rights before the Inter-American System of Human Rights. Initially, the article establishes the legal basis of such rights pursuant to the American Convention and the Protocol of San Salvador. After, the study argues that the violations of social and economic rights have followed an indirect pathway, similar to the rationale adopted by the European System, based on the principle of indivisibility. Then, the article analyzes the jurisprudential evolvement of the debates within the inter-American System. Hence, the essay sustains the possibility of adopting the direct route through article 26 of the American Convention on Human Rights and Protocol of San Salvador, in the cases admitted under article 19(6).

Keywords: justiciability, economic social and cultural rights, direct route.

INTRODUÇÃO

Ao considerar que os tratados de direitos humanos “são instrumentos vivos” e que a sua “interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais”, a Corte Europeia¹ ecoou um verdadeiro mantra, que enuncia a perspectiva dinâmica do processo de internacionalização dos Direitos Humanos², em franca evolução desde o final da Segunda Guerra e dos processos de descolonização da África e Ásia que se seguiram³.

Tal perspectiva supera a ideia estanque de que a proteção internacional se dá pelo binômio “consagração-efetivação” ou pelo mero desenvolvimento de técnicas de incorporação do direito internacional ao direito interno, como se fosse possível a imediata observância de normas por sua simples positivação. Na verdade, o conteúdo jurídico dos direitos e o formato dos mecanismos de proteção ganha corpo a partir da interpretação dada pelos órgãos com atribuição para supervisão dos tratados.⁴ Por isso, o presente artigo enfocará a interpretação contemporânea dos direitos econômicos, sociais e culturais e os desafios enfrentados no sistema interamericano. Apesar de consagrados conjuntamente com os direitos civis e políticos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, os referidos direitos foram, ao longo da história, relegados ao segundo plano.

O estudo tem, como marco teórico, a noção de universalidade e indivisibilidade entre os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais tal como consolidada na Conferência de Viena de 1993.⁵ Neste sentido, a abordagem pressupõe a superação

¹ Corte EDH. Caso Tyrer v. Reino Unido, (No. 5856/72), Sentença de 25 de abril de 1978, §31. No âmbito interamericano, tal precedente é citado em inúmeros casos contenciosos e opiniões consultivas. Dentre eles, se destaca: Corte IDH, Caso do Massacre de Mapiripán vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de setembro de 2005. Serie C, No. 134, § 106. Vide também: Corte IDH, O direito à informação sobre assistência consular no marco das garantias do devido processo legal. Opinião Consultiva OC-16/99, de 1º de outubro de 1999. Serie A, No. 16, § 114.

² MARTIN-CHENUT, Kathia. Internacionalização do Direito e Metamorfoses da Responsabilidade. Palestra proferida para a Cátedra Franco- Brasileira IRI/USP, realizada em 17 de agosto de 2015, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo.

³ Enquanto tradicionalmente se defende que o processo de internacionalização dos direitos humanos ganhou impulso a partir da Carta de São Francisco e da Declaração Universal sobre direitos humanos, há também os que defendem que “apenas após a passagem do momento anticolonialista na história dos direitos humanos e com a surpreendente invocação dos direitos humanos de uma maneira antitotalitária em 1970 que juristas internacionalistas passaram a reavaliar seus já consolidados posicionamentos nesse sentido”. (in: MOYN, Samuel. *The Last Utopia*. Cambridge: Belknap Harvard, 2010, pp. 179). Destaca-se que o artigo incorpora a ponderação de MOYN, e defende que tanto o marco central da criação da ONU e da adoção da DUDH, quanto o processo de descolonização que se seguiu são momentos essenciais e constitutivos do processo de internacionalização.

⁴ C.f. CARVALHO RAMOS, André. *Processo Internacional de Direitos Humanos*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2ªed, vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 177.

da classificação em “gerações de direitos”⁶ e do simplismo trazido pela antiga correlação entre “direitos econômicos e sociais como fontes de obrigações de fazer” e “direitos civis e políticos como fonte de deveres de abstenção do Estado”⁷. A propósito, há uma parcela consolidada da doutrina que critica a referida perspectiva, posto que esta reforça hierarquizações de fato.⁸ Logo, a mencionada discussão é pressuposto do presente estudo, não sendo o foco central de abordagem. Considerando a atual prevalência da noção de indivisibilidade entre os direitos humanos, observa-se que a proteção internacional é estruturada por um conjunto de normas e medidas que se reforçam e interceptam, de forma a garantir a análise da efetivação sob o mais amplo espectro de perspectivas possíveis.⁹ Em adição, apesar da prevalência da concepção de indivisibilidade e complementariedade dos direitos, observa-se que, na prática, os mecanismos internacionais para a supervisão da implementação da dimensão socioeconômica e cultural da dignidade humana tem se desenvolvido de forma mais lenta.

Feitas as ressalvas iniciais, o texto investiga quais os avanços realizados na última década para a “justiciabilidade”¹⁰ dos direitos econômicos, sociais e culturais, permitindo não apenas o controle político da implementação das obrigações estatais em relação a tais direitos¹¹, como também a revisão judicial por meio da atribuição de responsabilidade internacional aos estados violadores de direitos sociais, econômicos e culturais no Sistema Interamericano.

A relevância do tema tem sido recorrentemente demonstrada nos debates jurisprudenciais travados, bem como na repercussão doutrinária correlata¹². No âmbito interamericano, a reflexão foi retomada, de forma incisiva, em recente voto concorrente dos juízes Roberto Caldas e Ferrer Mac-Gregor Poisot no *Caso Canales Huapaya e outros vs. Peru* (2015)¹³. Para os magistrados, se em um primeiro momento, as estratégias

⁶ A teoria da geração de direitos foi inicialmente defendida por Karel Vasak, sendo incorporada em obras relevantes, como em a “Era dos Direitos” de Norberto Bobbio. A referida visão tem sido criticada pela doutrina internacionalista contemporânea. Por todos: CARVALHO RAMOS, André. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷ Tal visão é enunciada e criticada em GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In TORRES, Ricardo Lobo (org). Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 160.

⁸ TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, 2ªed, vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 353.

⁹ Id.

¹⁰ Id, p. 381.

¹¹ Apesar de relevante e útil, em razão do corte epistemológico proposto, o presente artigo não abordará os avanços observados no mecanismo onusiano de proteção dos direitos humanos, seja em relação aos mecanismos políticos (e.g. Revisão Periódica Universal) ou pelos *treaty bodies*, em especial o Comitê de Direitos Economicos, Sociais e Culturais.

¹² Neste ponto, é importante destacar que o caso foi trazido à atenção, de forma pioneira, em brilhante palestra de Felipe Hotz (Defensor Público do Estado de São Paulo). Neste sentido: HOTZ, Felipe. Caso Canales Huapaya y Otros v. Peru. Palestra proferida no Seminário “Defensoria Pública Debate Sistema Interamericano”, realizada em 14 de novembro de 2015, pela Fundação Getúlio Vargas, na sede da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

¹³ Corte IDH. Caso Canales Huapaya e outros vs. Perú. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e

Em Cima do Muro: A Tortuosa “Justiciabilidade” dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

de litigância e a própria necessidade de consolidação dos tribunais internacionais optaram por um modelo indireto de atribuição de responsabilidade internacional aos estados por violação aos direitos sociais, econômicos e culturais; atualmente deve ser discutida a insuficiência de tal caminho, sendo necessária a pavimentação do modelo direto para a avaliação das violações aos referidos direitos.¹⁴ Essa proposta almeja o reconhecimento pleno da sua juridicidade, bem como o desenvolvimento de metodologia própria para a mensuração das violações e reparações cabíveis.¹⁵

Destarte, o artigo conclui que ainda que não se tenha o desenho e a estrutura ideal para a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, é possível a adoção de uma rota direta de aferição de eventuais violações pela via judicial interamericana, sem prejuízo da trilha já consolidada.

I. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS PELA VIA JUDICIAL INTERNACIONAL NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

De uma forma geral, as estratégias de litigância que envolvem o reconhecimento de violações à obrigações internacionais oriundas de tratados de direitos humanos tem adotado duas vias (direta e indireta) para a inserção dos direitos sociais, econômicos e culturais na pauta dos debates desenvolvidos no Sistema Interamericano. No caso, o modelo de aferição direta (ou autônoma) consiste na adoção de um dispositivo que expressamente reconheça direitos sociais, econômicos e culturais como parâmetro para análise de eventual violação aos mesmos. Já no modelo de aferição indireto, o dispositivo analisado seria de um direito civil ou político, cujo conteúdo passa a ser alargado, por meio de uma interpretação expansiva e integrada entre estes e os direitos econômicos, sociais e culturais. Destaca-se que os modelos coexistem em função das estratégias de litigância adotadas pelos atores envolvidos. Contudo, sustenta-se que, em razão da hipotrofia do modelo direto (autônomo) em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, é chegado o momento de um maior enfoque neste caminho.

A. A proteção conferida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) não traz uma listagem expressa de direitos econômicos, sociais e culturais, tal como a adotada para os direitos civis e políticos. Entretanto, nota-se que desde a Carta da OEA e a Declaração Americana sobre Direitos Humanos, sempre houve preocupação com o tema. Ainda que a incorporação dos direitos econômicos, sociais e culturais não

Custas. Voto concorrente dos juízes Roberto Caldas e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentença de 24 de junho de 2015. Serie C, No. 296.

¹⁴ Id., §4.

¹⁵ Id., §§4-5.

tenham sido incorporados de forma ideal na CADH, foi reservado um dispositivo genérico para tratar do tema, a saber:

Art. 26 - Desenvolvimento progressivo

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

Com redação semelhante a do artigo 2(1) do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU¹⁶, o dispositivo mencionado impõe aos Estados a obrigação de implementação progressiva, na medida dos recursos disponíveis dos direitos econômicos, sociais e culturais consagrados na Carta da OEA. Como consequência, é vedado o retrocesso social (“*non-liquet*”) de tais direitos.¹⁷

Como o artigo 26 da CADH traz uma cláusula deveras genérica, nota-se que o seu conteúdo jurídico será preenchido por meio da combinação interpretativa de outros instrumentos complementares, oriundos do próprio sistema regional (por exemplo, a partir de normas trazidas pelo Protocolo de San Salvador) ou de outros tratados de direitos humanos oriundos do sistema das Nações Unidas. Essa possibilidade deriva da jurisprudência constante da Corte Interamericana, desde a sua primeira Opinião Consultiva (“*Outros Tratados*”)¹⁸.

Ademais, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais também pode ser aferida pela via indireta, por meio de outros direitos (civis e políticos) consagrados na Convenção Americana. Neste sentido, o método de aferição da interpretação extensiva foi adotado, de forma pioneira, pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Airey vs. Irlanda* (1979)¹⁹. Naquela ocasião, a Sra. Airey buscou a responsabilização internacional da Irlanda por não ter acesso à assistência

¹⁶ Neste sentido: “PIDESC, art. 2(1) - Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

¹⁷ Resolução AG/RES. 2074 (XXXV-O/05) de 7 de junho de 2005, trecho citado em CIDH. Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, OEA/Ser. L/V/II.132, Doc. 14, 19 de julio de 2008, § 2. (trad. livre, grifos não constantes do original)

¹⁸ A respeito: “El propósito de integración del sistema regional con el universal ha encontrado su expresión en la práctica de la Comisión de invocar otros tratados relativos a derechos humanos en las Américas, tanto bilaterales como multilaterales, ‘perfectamente ajustada al objeto y fin de la Convención, de la Declaración Americana y del Estatuto de la Comisión.’” In: Corte IDH. “Outros Tratados” Objeto da função consultiva da Corte. Opinião Consultiva OC-1/82, de 24 de setembro de 1982. Serie A, No. 1, §§ 42-43.

¹⁹ Corte EDH. Caso *Airey vs. Irlanda*, (nº 6289/73), sentença de 9 de outubro de 1979, Série A, no. 32.

jurídica gratuita para a obtenção de separação judicial em face do seu então conjuge. O Estado Irlandês requereu a improcedência do pedido, ao argumento de que se a Corte Europeia entendesse que o direito ao julgamento justo (art. 6 da CEDH²⁰) e à privacidade e à vida familiar (art. 8 da CEDH²¹) englobassem o direito de assistência jurídica gratuita, tal interpretação ensejaria a imposição de obrigações prestacionais aos Estados, que eram típicas de direitos econômicos, sociais e culturais.²² Em resposta, a Corte Europeia sustentou que não existia um real “divisor de águas” entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, de forma que “(...) apesar de a Convenção [Europeia] reconhecer direitos essencialmente civis e políticos, grande parte deles tem implicações de natureza econômica e social”²³. A partir dessa perspectiva, o tribunal permitiu a interpretação extensiva dos direitos civis e políticos, incorporando aspectos e facetas típicas dos direitos sociais, econômicos e culturais. Então, a partir da doutrina do “*living instrument*”²⁴, a Corte Europeia passou a combinar a força expansiva dos direitos humanos com a possibilidade de realização de releituras de seus posicionamentos anteriores. Por essa via, foi possível a atribuição de responsabilidade internacional ao Estado por violações típicas de direitos sociais,

²⁰ Assim dispõe o art. 6º da CEDH (direito a um processo equitativo): “(1) Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. (2) Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. (3) O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; (b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; (c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; (d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; (e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.”

²¹ Assim dispõe o art. 8º da CEDH (direito ao respeito pela vida privada e familiar): “(1) Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. (2) Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

²² *Id.*, §25.

²³ *Id.*, §26.

²⁴ MOWBRAY, Alastair. The creativity of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, ano 2005, volume 5, número 1, pp. 57-79. Vide também: LETSAS, George. The ECHR as a living instrument: its meaning and its legitimacy (March 14, 2012). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2021836> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2021836>>.

econômicos e culturais, por meio do modelo da via indireta (vale dizer, a partir da análise de direitos a princípio civis e políticos)²⁵. Como estratégia de litigância, essa aposta tem sido feita por vários peticionários, ao longo dos anos, uma vez que é muito mais fácil construir argumentos e buscar avanços a partir de direitos cuja violação já é admitida e solidificada na jurisprudência constante de um tribunal. A probabilidade de reconhecimento da violação de direitos como privacidade e vida familiar, integridade física, igualdade perante a lei, propriedade e à proteção judicial é muito maior do que o risco de enfrentar a tortuosa discussão sobre a “justiciabilidade” autônoma dos direitos sociais, econômicos e culturais, tema que sempre encontrou enorme resistência política pelos Estados.

Nessa toada, o modelo da violação indireta permanece, do ponto de vista pragmático, como uma forma válida de mensuração de responsabilidade internacional. Cançado Trindade²⁶ sustenta que tal via é fundada em sólido fundamento: os princípios de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Carvalho Ramos relembra que a via indireta permitiu que:

(...) os órgãos judiciais e quase judiciais de direitos humanos não esperassem os Estados reformarem amplamente os mecanismos internacionais: incluíram, fundados no dever geral de assegurar os direitos multifacetados, os direitos sociais.²⁷

Na jurisprudência do sistema interamericano, tal método permitiu a expansão do direito à vida consagrado no art. 4º da CADH.²⁸ O referido dispositivo, que tradicionalmente abrangia apenas o direito de não ser arbitrariamente privado da vida, incorporou a noção de vida digna (relacionando tal conceito com o direito social à saúde), da vida sustentável (estabelecendo interface com o direito ao meio ambiente saudável) e da identidade cultural (traçando paralelos entre a noção de vida com os aspectos identitários dos povos tradicionais).²⁹ Igual caminho segue o direito à integridade física (que abrange a noção de saúde e assistência médica³⁰), o direito à propriedade (expandido através

²⁵ Entre os vários casos que podem ser citados, menciona-se o caso Lopez Ostra, que trata da relação entre o direito à vida privada e familiar e o direito ao meio ambiente saudável (Corte EDH. Caso López Ostra v. Espanha, (no. 16798/90), sentença de 9 de dezembro de 1994, par. 58). Vide também, sobre a relação entre o direito à vida, moradia e meio ambiente saudável, o paradigmático caso Oneryldiz. (*In*: Corte EDH, Caso Oneryldiz vs. Turquia, (n. 33401/2002), Sentença de 09 de junho de 2009).

²⁶ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Serie C, No. 158, voto fundamentado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, § 7 (grifos não constantes do original).

²⁷ CARVALHO RAMOS, André. *Processo Internacional de Direitos Humanos*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 336.

²⁸ *Id.*, p. 336.

²⁹ *Id.*, p. 336.

³⁰ No referido caso, a além da tortura física inflingida, a Corte Interamericana considerou que a falta de tratamento médico pré e pos-natal às presas recolhidas na Penitenciária Castro-Castro resultou em uma violação agravada do direito à integridade física destas. Neste sentido: Corte IDH. Caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Perú. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Serie C,

Em Cima do Muro: A Tortuosa “Justiciabilidade” dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

do diálogo estabelecido com a Convenção 169 da OIT³¹) e da igualdade perante a lei (que abrange igualdade de acesso à educação³², aos tratamentos médicos, ao trabalho)³³. A visão indivisível dos direitos humanos, propiciada pelo caminho indireto, permitiu um enriquecimento da discussão, rompendo as barreiras ideológicas e políticas que os separavam em tratados e dispositivos com estruturas distintas, com mecanismos de supervisão separados e assimétricos. Trata-se, pois, de um caminho que não deve ser desperdiçado ou desprestigiado, tendo em vista que trilhou rumos que não teriam sido possíveis, em uma análise histórica, pela via direta.

Contudo, com a visibilidade alcançada pela Conferência de Viena de 1993, os tratados e dispositivos que enfocam a proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais tem ganhado novo peso, razão pela qual, paralelamente ao esforço já consolidado, é importante também a afirmação do modelo autônomo. Essa aposta reflete a necessidade de dar visibilidade, reconhecimento e um impacto político de afirmação, além de permitir o avanço metodológico de facetas que não são acessíveis pela via indireta (por exemplo, a mensuração de progressividade e retrocesso pela adoção de indicadores).

B. A proteção conferida pelo Protocolo de San Salvador

No sistema regional, além do art. 26 da CADH, foi adotado o Protocolo Adicional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de *San Salvador* - 1988). O mencionado tratado confere proteção expressa ao direito ao trabalho e a condições justas, satisfatórias e equitativas de trabalho (arts. 6 e 7); direitos sindicais (art. 8); direito à previdência social (art. 9), direito à saúde (art. 10); direito a um meio ambiente sadio (art. 11), direito à alimentação (art. 12); direito à educação (art. 13); direito aos benefícios da cultura (art. 14); direito à constituição e proteção da família (art. 15); direito da criança (art. 16); proteção de pessoas idosas (art. 17) e proteção de deficientes (art. 18).

Conforme ensina Cançado Trindade, o Protocolo de *San Salvador* veio para “(...) suprir a lacuna histórica das insuficiências do artigo 26 da Convenção, sua única disposição sobre aqueles direitos [DESC], que se limitava a prever o ‘desenvolvimento progressivo’ dos mesmos.”³⁴

No. 160, §§332-333. Também nesta linha, vide: Corte IDH. Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 19 de maio de 2011. Serie C, no. 226.

³¹ C.f. Corte IDH. Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124.

³² Corte IDH. Caso das Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana. Demanda de Interpretação da sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2006. Serie C, n° 156, §186.

³³ C.f. Corte IDH. Caso Canales Huapaya e outros vs. Perú. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Voto concorrente dos juizes Roberto Caldas e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentença de 24 de junho de 2015. Serie C, No. 296.

³⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. 1. ed.

Dessa forma, por uma questão de lógica, o ideal seria que as eventuais violações invocassem o referido instrumento diretamente, ao invés de suscitarem artigos mais genéricos e abstratos (como no caso do artigo 26 da CADH) ou menos específicos (como a adoção da via indireta por outros direitos civis e políticos). Contudo, infelizmente, o sistema ainda não permite tal estratégia, seja pelo baixo número de Estados que ratificaram o Protocolo de San Salvador³⁵, seja pela limitação da jurisdição. Neste sentido, o artigo 19(6) do referido Protocolo impõe limites para o controle judicial pela via direta, a saber:

Artigo 19 – Meios de proteção

(...) 6. Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8 [*direitos de associação e organização sindical*], e no artigo 13 [*direito à educação*], forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Pela leitura do dispositivo, verifica-se que, partindo da metáfora de LANGFORD³⁶, os Estados fizeram uma verdadeira “seleção *a la carte*” na escolha dos direitos econômicos, sociais e culturais justiciáveis autonomamente via protocolo adicional, de uma forma um tanto quanto questionável e sem apontar a racionalidade do critério adotado. Neste sentido:

O artigo 19(6) da CADH apresenta uma considerável restrição *rationae materiae* para a submissão de casos à CIDH e, posteriormente, à Corte IDH: apenas os direitos à educação (art. 13) e à livre associação sindical (artigo 8, inciso 1, alínea a) podem ser objeto de reclamações individuais e coletivas no sistema regional de solução de controvérsias (...) Ainda que o tratado gere obrigações internacionais ao Estado, é crítica a excessiva limitação da competência contenciosa dos mecanismos de supervisão em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais. Portanto, defende-se que essa restrição deve ser repensada. Seguindo esse entendimento, a CIDH tem argumentado que os dispositivos não judiciáveis do Protocolo de São Salvador podem ser utilizados como instrumento de interpretação sobre o sentido e alcance do artigo 26 da CADH.³⁷

VI. 3. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003, p. 84. (trad. livre, grifos não constantes do original)

³⁵ Em julho de 2016, apenas 15 Estados ratificaram o Protocolo de San Salvador.

³⁶ LANGFORD, Malcolm. Closing the gap? An introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, social and cultural rights. *Nordic Journal of Human Rights*, Oslo, vol. 27, n.º 1, pp. 1-28, 2009, p. 25.

³⁷ ANDRADE, Fernanda; MACHADO, Isabel; NUNES, Raquel. O sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos como instrumento para a defesa dos direitos trabalhistas. In: SENA, Adriana et al. *Dignidade Humana e Inclusão Social*. São Paulo: LTr, 2010.

Em Cima do Muro: A Tortuosa “Justiciabilidade” dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

A autonomia do Protocolo de San Salvador, enquanto instrumento de proteção de direitos econômicos, sociais e culturais, resta comprometida para a construção de estratégias de litigância pela via direta. É certo que o mecanismo de relatórios é ainda um caminho possível, mas a via judicial só permite a judicialização de demandas relativas aos direitos sindicais e ao direito à educação, o que pode ser tentado (se o Estado demandado tiver ratificado o referido tratado). Ainda assim, como o instrumento específico trouxe a consagração expressa de vários direitos sociais, econômicos e culturais no marco do sistema interamericano, o rol trazido pode ser invocado como critério interpretativo para a expansão e delimitação do conteúdo jurídico do art. 26 da CADH. Para tanto, é importante compreender a relação existente entre a Convenção Americana e o seu Protocolo Adicional.

II. A RELAÇÃO ENTRE A CONVENÇÃO AMERICANA E O PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

No paradigmático voto concorrente no caso *Canales Hupaya vs. Peru* (2015)³⁸, os juízes Caldas e Ferrer Mac-Gregor Poisot sistematizaram três aproximações sobre a relação entre o Protocolo de San Salvador e a Convenção Americana: (i) a perspectiva restritiva; (ii) a perspectiva diferenciadora, (iii) a perspectiva sistemática-evolutiva.³⁹ Segundo a visão restritiva⁴⁰ (i), ainda que o art. 26 da Convenção Americana tivesse consagrado genericamente a garantia de proteção progressiva e na medida dos recursos disponíveis dos direitos sociais, econômicos e culturais, o Protocolo Adicional à Convenção Americana teria sido adotado para listar, delimitar e restringir o conteúdo de tais direitos, bem como para estabelecer quais deles seriam justiciáveis. Como contra-argumentos, o voto concorrente menciona que o Protocolo de San Salvador não poderia derrogar ou modificar a Convenção Americana do ponto de vista formal, tendo em vista que não foi observado o quórum mínimo de emenda exigido pelo art. 76 (1) do próprio tratado.⁴¹ Do ponto de vista hermenêutico, a proposta trazida por essa linha argumentativa não se sustenta, uma vez que contrariaria o *telos* e os critérios interpretativos expostos no art. 29 da Convenção (vedação à interpretação restritiva dos direitos humanos e o princípio *pro homine*). Outra incongruência apontada pelos juízes⁴² seria a criação de regimes jurídicos distintos sobre a interpretação do art. 26 da CADH para os Estados que ratificaram e para os que não ratificaram o referido protocolo adicional.

³⁸ Corte IDH. Caso *Canales Huapaya y otros Vs. Perú*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Voto concorrente dos juízes Roberto Caldas e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentença de 24 de junho de 2015. Serie C, No. 296.

³⁹ Id., §§15-31.

⁴⁰ Id., §21.

⁴¹ Id., §§21-22.

⁴² Id., §§21-22.

A visão diferenciadora⁴³(ii) também é deveras criticada pelos magistrados. Segundo esta perspectiva, o art. 26 da CADH teria objeto distinto do Protocolo de San Salvador. Neste sentido, os magistrados dissidentes recorrem de forma exemplificativa à tese sustentada por Ruiz-Chiriboga, para quem “(...) emenda denota o fortalecimento ou revisão de um texto (...) ao passo que a ideia de um protocolo (...) implicaria na inclusão de algo inexistente anteriormente”⁴⁴. Contudo, sustentam que essa visão formalista sobre o direito dos tratados não se observa no Direito Internacional dos Direitos Humanos, em razão da complementaridade e indivisibilidade dos direitos, que se relacionam, interagem e se desdobram. Por isso, os protocolos podem tanto servir para consagração de direitos novos, como para complementar a proteção de direitos já existentes ou já amparados expressa ou implicitamente.⁴⁵

A visão defendida pelo voto concorrente seria a “sistemática-evolutiva”⁴⁶, segundo a qual se reconhece uma interação entre o art. 26 da CADH e o Protocolo de San Salvador, sem que eles se anulem ou se neguem mutuamente. Para os juízes, a justiciabilidade direta do Protocolo Adicional se submete à limitação do art. 19(6). Contudo, o tratado também poderia servir como parâmetro interpretativo do art. 26 da CADH (que poderia ser diretamente justiciável), seguindo o mesmo raciocínio já adotado pela Corte para utilização de outros tratados para estabelecer o sentido e alcance dos direitos consagrados no mencionado tratado.⁴⁷

Seguindo a proposta defendida no mencionado voto, defende-se que é chegada a hora de uma análise autônoma das violações aos direitos econômicos, sociais e culturais, seja pela via do protocolo de San Salvador (em relação aos direitos sindicais e à educação, que expressamente admitem a judicialização direta) ou por meio do art. 26 da CADH.

III. OS CAMINHOS TORTUOSOS PARA A JUSTICIABILIDADE E RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO AO ART. 26 DA CADH: UM DISPOSITIVO AINDA MANTIDO EM CIMA DO MURO

Ainda que exista um nível razoável de racionalidade na fundamentação exposta acima, pela análise do direito internacional tal como aplicado pelo sistema interamericano, constata-se que há uma grande resistência ao reconhecimento de violações ao art. 26 da CADH.

⁴³ Id, §26.

⁴⁴ RUIZ – CHIRIBOGA, Oswaldo. The American Coinvention and the Protocolo f San Salvador: two intertwined treaties of non-enforceability of economic, social and cultural rights in the Inter-American System. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol 31(2), p. 159-156 *apud* Corte IDH. Caso Canales Huapaya e outros vs. Perú. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Voto concorrente dos juízes Roberto Caldas e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentença de 24 de junho de 2015. Serie C No. 296, §26.

⁴⁵ Id, §§27-28.

⁴⁶ Id, §31.

⁴⁷ Id, §31.

A. A posição da Comissão Interamericana

A Comissão Interamericana tem admitido, em seus informes desde a última década, a justiciabilidade do art. 26 da CADH. Ainda que a via indireta ainda seja privilegiada na análise dos casos, verifica-se que o referido dispositivo tem sido debatido e admitido como parâmetro para eventual constatação de violação.

No informe sobre o caso *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros*⁴⁸, a CIDH considerou admissível a violação ao art. 26 da CADH. O caso trata de uma suposta violação (ainda não decidida em definitivo pela Corte Interamericana) do direito à seguridade social de trabalhadores de uma empresa originalmente pública, que foi privatizada e, por isso, seus funcionários teriam perdido o direito de se aposentar sob o regime jurídico público, configurando uma violação ao dispositivo em questão.

Por sua vez, o caso da *Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros*⁴⁹ foca, especialmente, nos efeitos de uma contaminação ambiental que atingiu a referida comunidade peruana. A violação do art. 26 da CADH foi consubstanciada pela violação do direito ao meio ambiente saudável, segundo os parâmetros interpretativos do Protocolo de *San Salvador* e de outros instrumentos internacionais. Da mesma forma, no caso *Milton García Fajardo y otros*⁵⁰ vs. Nicarágua, o referido órgão reiterou a possibilidade autônoma de violação ao artigo 26 da CADH, quando se observa o impacto econômico-social nos direitos dos petionários⁵¹.

No caso *Mosap e outros vs. Brasil* (2009)⁵², que versava sobre a instituição de contribuição previdenciária aos servidores públicos inativos estabelecida pela Emenda Constitucional n. 41/2003, a CIDH reiterou que o direito à seguridade social poderia ser debatido no âmbito do art. 26 da Convenção Americana. Contudo, entendeu que, naquela situação, não havia sido constatada violação, diante da ausência de retrocesso social. É certo que a conclusão trazida é discutível e opaca, especialmente

⁴⁸ CIDH. Informe N° 70/04, Petição 66/01, Admissibilidade. *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas e otros* (aposentados da empresa venezuelana de aviação Viassa), Venezuela, 13 de outubro de 2004, §§ 44- 46, 61-62.

⁴⁹ CIDH. Informe N° 69/04, Petição 504/03, Admissibilidade. *Comunidade de San Mateo de Huanchor e seus membros*, Perú, 15 de outubro de 2004, § 66.

⁵⁰ CIDH. Informe N° 100/01, Caso 11.381. *Milton García Fajardo e outros v. Nicaragua*, 11 de outubro de 2001, §§ 95-101, § 112.2.

⁵¹ *Id.*, § 95.

⁵² Neste sentido, destaca-se: “A respeito da suposta violação do artigo 26 da Convenção, a Comissão Interamericana estabeleceu anteriormente que ‘o direito à pensão, como parte integrante do direito à previdência social, também encontra-se dentro do alcance do artigo 26 da Convenção Americana’. Ainda, a CIDH determinou que a obrigação derivada do artigo 26 da Convenção Americana ‘implica um dever co-relativo de não retroceder nos avanços alcançados nesta matéria’; não obstante, ‘não se exclui a possibilidade de que um Estado imponha certas restrições [razoáveis] ao exercício dos direitos incorporados nessa norma’ (...) Neste sentido, não se desprende desta petição que a Emenda Constitucional No. 41/2003 tenha significado uma regressão ou uma restrição ao direito à previdência social e à pensão.” CIDH, Informe No. 132/09, Inadmissibilidade, *Contribuição a seguridade social de funcionários públicos aposentados e pensionistas —MOSAP e outros. Brasil*, 12 de novembro de 2009; §50-51.

se contextualizarmos que a Reforma da Previdência foi viabilizada a partir da prática de compra de votos que, na época da edição do informe, já era conhecida como “fenômeno do mensalão”. Ademais, a decisão de inadmissibilidade constrói (em apenas dois parágrafos) a complexa análise sobre a progressividade/regressividade do direito à seguridade social. Do ponto de vista técnico, a CIDH não se valeu, em sua fundamentação, da utilização de qualquer indicador e apenas vocalizou, em argumentos genéricos e superficiais, o discurso oriundo da propaganda governamental adotado na época da edição emenda constitucional. A respeito, a CIDH destacou, de forma festiva, que “(...)a Reforma Constitucional teve como objetivo garantir o direito à previdência social e à pensão de todos os cidadãos, inclusive das supostas vítimas”⁵³. Ainda que a conclusão do informe seja passível de debate, resta claro que em nenhum momento a CIDH coloca em dúvida a possibilidade de análise de violação a direito social pela via direta, o que demonstra a sua tendência de aceitação desta linha argumentativa.

B. A posição da Corte Interamericana

Até a presente data, a Corte Interamericana ainda não reconheceu expressamente a violação ao art. 26 da CADH em nenhum caso submetido à sua apreciação. Contudo, a discussão também tem sido levada ao tribunal há mais de uma década, conforme se observará a seguir.

O Caso dos Cinco Pensionistas vs. Peru⁵⁴ foi o primeiro em que se discutiu sobre a possibilidade de violação autônoma ao art. 26 da CADH na Corte Interamericana. Apesar de não ter declarado a impossibilidade da justiciabilidade do direito à seguridade social, a Corte estabeleceu que o art. 26 (CADH) só poderia ser violado se demonstrado o preenchimento do requisito da repercussão coletiva⁵⁵. Naquela situação, o tribunal sustentou que a obrigação de adotar medidas progressivas para a proteção do direito à seguridade social deveria ser mensurado a partir do impacto das medidas adotadas sobre o conjunto da população.⁵⁶ Por esta razão, no referido caso, a Corte considerou que o grupo restrito de cinco pensionistas não era suficiente para representar um cenário violatório da obrigação contida no art. 26 da Convenção Americana. Por outro lado, o tribunal adotou o modelo indireto, reconhecendo a ocorrência de violação aos direitos de propriedade dos petionários.⁵⁷ O precedente é dúbio, posto que cria um requisito que não constava expressamente no dispositivo em análise, sendo que a sua exigibilidade acabaria por restringir o acesso à justiça. Aliás, assim como os direitos civis e políticos, os direitos sociais, econômicos e culturais podem ser violados individual e/ou coletivamente. Felizmente, no desenvolver dos

⁵³ Id; §51.

⁵⁴ Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, § 145-148.

⁵⁵ Id.

⁵⁶ Id.

⁵⁷ Id.

debates que se travaram posteriormente, a exigência de repercussão coletiva parece ter sido abandonada.

Em 2005, outra oportunidade foi perdida. O Paraguai, no caso da *Comunidad Indígena Yakye Axa*⁵⁸ reconheceu ter violado o art. 26 da CADH, por não ter cumprido com sua obrigação de desenvolvimento progressivo de direitos econômicos, sociais e culturais dentro da referida comunidade. Contudo, a Corte não se pronunciou expressamente sobre a violação ao referido dispositivo, sendo que tal fato foi levado em consideração apenas para fixação das medidas reparatórias consistentes na constituição de um programa e um fundo de desenvolvimento comunitário que deverá fornecer água potável e infraestrutura sanitária nas terras da Comunidade, bem como outras medidas que visem o desenvolvimento progressivo dos DESC.⁵⁹

Posteriormente, no caso *Acevedo Buendia e outros vs. Peru*⁶⁰ (2009) foi dado um passo importante para afirmação da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais com base na Convenção Americana. O referido caso tratava da situação de 273 membros da “Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República del Perú”, que tiveram os seus direitos violados em razão de medidas adotadas pelo Estado no ano de 1993.⁶¹ Segundo consta, a Constituição Peruana garantia o direito ao nivelamento progressivo das pensões com base nas remunerações pagas aos servidores na ativa. Contudo, um Decreto-Lei estabeleceu a ruptura do regime de nivelamento, o que ensejou inúmeras medidas judiciais para reverter a questão. Após inúmeras “ações de amparo” (análogas ao mandado de segurança brasileiro) impetradas pela Associação, os tribunais internos reconheceram o direito dos peticionários em receber remunerações, bonificações e gratificações arbitrariamente suprimidas ou reduzidas.⁶² As sentenças judiciais nacionais nunca foram devidamente implementadas, razão pela qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a responsabilidade internacional do Estado pela violação ao direito à proteção judicial e remédio efetivo (art. 25 da CADH) e direito à propriedade (art. 21 da CADH). Todavia, a Corte entendeu que o caso não ensejava a violação ao art. 26 da referida Convenção.⁶³ Ainda que se trate de precedente de improcedência em relação ao referido dispositivo, um importante marco foi estabelecido neste julgado⁶⁴. Quando as vítimas demandaram o reconhecimento da responsabilidade internacional

⁵⁸ Corte IDH. Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença em 17 de junho de 2005. Serie C No. 125, §§204-205.

⁵⁹ Id., §§ 204-205.

⁶⁰ Corte IDH. Caso *Acevedo Buendía e otros vs. Perú*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2009. Serie C, No. 198.

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Trata-se de ênfase trazida posteriormente nos votos de Caldas e Posoit, em precedente subsequente. Vide: Corte IDH. Caso *Canales Huapaya e outros Vs. Perú*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Voto concorrente dos juízes Roberto Caldas e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentença de 24 de junho de 2015. Serie C, No. 296.

pela violação ao art. 26 da CADH, o Estado suscitou, em exceções preliminares, a ausência de competência *rationae materiae* da Corte para conhecer de violação à seguridade social.⁶⁵ Neste julgado, a Corte expressamente afirmou que, com base no princípio da competência da competência, o tribunal tinha autoridade para estabelecer os limites do exercício de sua jurisdição, com base na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Sendo assim, a Corte afirmou a justiciabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais estabelecidos pela Carta da OEA, pela via do art. 26 da CADH, cujo sentido e alcance poderiam ser preenchido pela Declaração Americana sobre Direitos Humanos e outros tratados internacionais que versassem sobre o tema.⁶⁶ Em seu voto concorrente, Garcia Ramirez⁶⁷ destaca a justiciabilidade direta dos direitos sociais, econômicos e culturais, sendo que a responsabilidade internacional do Estado não fora declarada, naquela oportunidade, em razão da inocorrência de violação no caso concreto (e não por objeções formais ou materiais quanto à força normativa de tais direitos ou por óbices de invocá-los perante a Corte). Trata-se, pois, do primeiro precedente que confirma expressamente a competência em razão da matéria para conhecer de violações a direitos sociais, econômicos e culturais no marco do art. 26 da CADH.

Outro importante passo pela justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais se deu no Caso Suarez Peralta vs. Equador (2013)⁶⁸. O caso versa sobre a ocorrência de erro médico por profissional não qualificado em um procedimento cirúrgico efetuado em uma clínica particular no Estado do Equador, o que ocasionou sérios danos à integridade física e à saúde de uma jovem de 22 anos equivocadamente diagnosticada com apendicite.⁶⁹ Após provocar o Estado para a persecução penal dos responsáveis, a autoridade judicial não impulsionou o processo, permitindo o advento da prescrição da pretensão punitiva estatal. Assim, o estado foi internacionalmente responsabilizado por violação ao dever de garantir o direito à integridade física em razão das falhas de fiscalização dos serviços de saúde prestados, com base no art. 5 (1) e 1(1) da CADH; bem como violação ao direito à proteção judicial consagrada no art. 25(1) e 8(1) da CADH.⁷⁰ Em paradigmático voto concorrente, pela primeira vez o juiz mexicano Mac-Gregor Poisot⁷¹ defendeu que era chegada a hora de adoção do modelo de violação direta ao art. 26 da CADH, além da possibilidade de análise do direito

⁶⁵ Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2009 Serie C No. 198.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Voto Concorrente do Juiz Sérgio Garcia Ramirez. Sentença de 1 de julho de 2009 Serie C No. 198.

⁶⁸ Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de maio de 2013. Serie C, No. 261.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Voto Concorrente do Juiz Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentença de 21 de maio de 2013. Serie C No. 261.

social à saúde apenas pela via indireta da violação a outros direitos civis e políticos, tais como integridade física e garantias judiciais. Neste sentido, o magistrado destacou que:

Com efeito, sem negar os avanços alcançados na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais pela via indireta e em conexão com outros direitos civis e políticos- que tem sido a reconhecida prática deste tribunal interamericano – na minha opinião, esse proceder não outorga uma eficácia e efetividade plena destes direitos, desnaturaliza a sua essência, não abona o esclarecimento das obrigações estatais sobre a matéria e, em definitiva, provoca encobrimentos entre os direitos, o que leva a confusões desnecessárias nos tempos atuais, de clara tendência para o reconhecimento e eficácia normativa de todos os direitos conforme os evidentes avanços que se advertem nos ambitos nacional e no direito internacional dos direitos humanos.⁷²

É importante ressaltar que, na situação específica, nem os peticionários e tampouco a Comissão haviam alegado a violação direta ao art. 26 da CADH, preferindo, por possível estratégia de litigância, o caminho mais confortável da via indireta, tendo em vista que este tinha um respaldo maior na jurisprudência já consolidada da Corte. Por essa razão, o referido juiz defendia a possibilidade de reconhecimento com base no princípio do *iura novit curia*.⁷³ Em contraponto ao voto concorrente, o juiz uruguaio Perez Perez⁷⁴, de forma um tanto superficial, defende a impossibilidade de análise da violação direta ao direito à saúde, tendo em vista que este não seria justiciável em razão da limitação *rationae materiae* imposta pelo art. 19(6) do Protocolo de San Salvador (que sequer era objeto de análise no caso). Conforme se verá a seguir, o raciocínio de Poisot⁷⁵ desenvolvido no caso Suarez Peralta foi posteriormente retomado em 2015, acompanhado do juiz Roberto Caldas.

Finalmente, no precedente mais recente, em Canales Huapaya e outros vs. Peru (2015), a Corte analisou a arbitrária exoneração de três funcionários públicos que trabalhavam no Congresso do Perú em 1992 (período do Governo Fujimori), relativas ao contexto de demissões em massa que ocorreram durante aquele período.⁷⁶ Os servidores buscaram reverter a exoneração pela via judicial local. No entanto, não obtiveram a devida proteção judicial, sendo que as ações de amparo impetradas foram julgadas pela Justiça Peruana.⁷⁷ O caso divide o mesmo contexto fático do que outro precedente anterior (“Trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru” – 2006⁷⁸), de

⁷² *Id.*, §11

⁷³ *Id.*, §88.

⁷⁴ *Id.*, voto Concorrente do Juiz Perez Perez.

⁷⁵ *Id.*, Voto Concorrente do Juiz Ferrer Mac-Grecor Poisot.

⁷⁶ Corte IDH. Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Exceções Preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de junho de 2015. Serie C, No. 296.

⁷⁷ *Id.*, §88.

⁷⁸ Corte IDH. Caso Trabajadores Demitidos del Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Perú. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de Novembro de 2006. Serie C No. 158.

forma que o raciocínio empregado pela Corte Interamericana para a análise do mérito segue a mesma *ratio* daquele precedente (vale dizer: violação do direito ao trabalho pela via indireta: direito à propriedade -art. 21 da CADH- e direito à proteção judicial -art. 8 e 25 da CADH).⁷⁹ Entretanto, o caso ganhou enorme destaque em razão do referido *obiter dictum* que consta nos votos conjuntos do juiz brasileiro Roberto Caldas e do juiz mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.⁸⁰ Seguindo a trilha do voto concorrente prolatado em *Suarez Peralta vs. Equador (2013)*⁸¹, os juízes ressaltam que esta teria sido mais uma oportunidade desperdiçada para afirmar a justiciabilidade dos direitos sociais pela análise da violação direta ao artigo 26 da Convenção Americana, preenchendo o sentido e o alcance do referido dispositivo. O desenvolvimento da análise do art. 26 da CADH permitiria a adoção e desenvolvimento, pelo sistema interamericano, de uma metodologia judicial própria para a avaliação de eventuais violações à direitos sociais, econômicos e culturais, possibilitando o avanço e a expansão da jurisprudência sobre a matéria. Além disso, tal passo teria o condão de afirmar a força normativa dos referidos direitos, impedindo a ocorrência de uma hierarquização de fato.

Por derradeiro, apesar de inexistir um precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a violação direta ao art. 26 da CADH, é certo que os julgados analisados admitem a competência *rationae materiae* para avaliar eventuais ofensas ao referido artigo, valendo-se do recurso à Carta da OEA, à Declaração Americana sobre Direitos Humanos, a outros tratados sobre o tema e, até mesmo, ao Protocolo de San Salvador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, ainda que a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) tenha enunciado aos quatro ventos a indivisibilidade dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, os tratados que se seguiram tanto no sistema universal quanto no sistema regional (especialmente o interamericano e europeu) estruturaram de forma desigual e assimétrica os mecanismos de supervisão. No âmbito interamericano, a redação genérica do artigo 26 da CADH e as limitações jurisdicionais impostas pelo Protocolo de San Salvador impuseram dúvidas sobre a “justiciabilidade” dos direitos sociais, econômicos e culturais. Por isso, a verificação pela Corte Interamericana acerca da ocorrência de violações a esses direitos foi construída a partir de uma análise indireta, partindo-se dos direitos civis e políticos, nos moldes que já vinha sendo feito no sistema europeu.

Contudo, as discussões recentes oriundas de votos concorrentes, capitaneados pelo juiz Mac-Gregor Poisot e Caldas, representam um resgate da possibilidade de

⁷⁹ Corte IDH. Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Exceções Preliminares, Mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de junho de 2015. Serie C, No. 296.

⁸⁰ *Id.*, Voto concorrente dos juízes Roberto Caldas e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

⁸¹ Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Voto Concorrente do Juiz Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentença de 21 de maio de 2013. Serie C No. 261.

trilhar a análise das violações pela via direta, com amparo no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo conteúdo será construído a partir do diálogo com outras fontes materiais (tais como já tem sido feito na jurisprudência constante da Corte). Admite-se, também, a via autônoma do Protocolo de Salvador, nas restritas hipóteses admitidas pelo seu art. 19(6).

Embora os mecanismos existentes sejam frágeis e limitados, é certo que podem propulsionar, de forma dinâmica, o avanço jurisprudencial da matéria. Por outro lado, como risco, vale mencionar que os direitos sociais, econômicos e culturais atraem demandas com perfil coletivo e que discutem contextos e necessidades de profundas reformas estruturais. Apesar de não se constituir um óbice racional à justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, é certo que os contornos específicos dessas demandas poderão enfrentar resistência dos Estados. Portanto, os mecanismos de proteção necessitam, como nunca, de apoio e solidez para sustentarem as suas bases e exercerem com coragem e independência a difícil missão que lhes foi confiada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernanda; MACHADO, Isabel; NUNES, Raquel. O sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos como instrumento para a defesa dos direitos trabalhistas. In: SENA, Adriana et al. **Dignidade Humana e Inclusão Social**. São Paulo: LTr, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, 2ªed, vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CARVALHO RAMOS, André. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CIDH. **Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales**, OEA/Ser. L/V/II.132, Doc. 14, 19 de julio de 2008.

CIDH. Informe N° 70/04, Petición 66/01, Admisibilidad. **Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación Viasa)**, Venezuela, 13 de octubre de 2004.

CIDH. Informe N° 69/04, Petición 504/03, Admisibilidad. **Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros**, Perú, 15 de octubre de 2004.

CIDH. Informe N° 100/01, Caso 11.381. **Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua**, 11 de octubre de 2001.

CIDH, Informe No. 132/09. **Inadmisibilidade, Contribuição a seguridade social de funcionários públicos aposentados e pensionistas —MOSAP e outros vs. Brasil**, 12 de novembro de 2009.

Corte EDH. **Caso Tyrer v. Reino Unido**, (nº 5856/72), Sentença de 25 de abril de 1978.

Corte EDH. **Caso Airey vs. Irlanda**, (nº. 6289/73), Sentença de 9 de outubro de 1979.

Corte EDH. **Caso López Ostra v. Espanha**, (nº 16798/90), Sentença de 9 de dezembro de 1994.

Corte EDH, **Caso Oneryıldız vs. Turquia**, (n. 33401/02), Sentença de 18 de junho de 2002.

Corte IDH. **“Outros Tratados” objeto da função Consultiva da Corte**. Opinião Consultiva OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Serie A, No. 1.

Corte IDH. **O direito à informação sobre assistência consular no marco das garantias do devido processo legal**. Opinião Consultiva OC-16/99 de 1º de outubro de 1999. Serie A, No. 16.

Corte IDH. **Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Serie C, No. 98.

Corte IDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C, No. 125.

Corte IDH, **Caso do Massacre de Mampiripán vs. Colômbia**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de setembro de 2005. Serie C, No. 134.

Corte IDH. **Caso da Penitenciária Miguel Castro-Castro Vs. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Serie C, No. 160.

Corte IDH. **Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Serie C, No. 158.

Corte IDH. **Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Serie C, No. 124.

Corte IDH. **Caso das meninas Yean e Bosico Vs. República Dominicana**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 8 de setembro de 2005. Serie C, No. 130.

Corte IDH. **Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2009. Serie C, No. 198.

Em Cima do Muro: A Tortuosa “Justiciabilidade” dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

Corte IDH. **Caso Vera Vera e outra Vs. Ecuador**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de maio de 2011. Serie C, no. 226.

Corte IDH. **Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de de 21 de maio de 2013. Serie C, No. 261.

Corte IDH. **Caso Canales Huapaya e outros Vs. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de junho de 2015. Serie C, No. 296.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In TORRES, Ricardo Lobo (org). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HOTZ, Felipe. **Caso Canales Huapaya y Otros v. Peru**. Palestra proferida no Seminário “Defensoria Pública Debate Sistema Interamericano”, realizada em 14 de novembro de 2015, pela Fundação Getúlio Vargas, na sede da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

LANGFORD, Malcolm. Closing the gap? An introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, social and cultural rights. **Nordic Journal of Human Rights**, Oslo, vol. 27, n.º 1, pp. 1-28, 2009.

LETSAS, George. **The ECHR as a living instrument: its meaning and its legitimacy** (March 14, 2012). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2021836> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2021836>.

MARTIN-CHENUT, Kathia. **Internacionalização do Direito e Metamorfoses da Responsabilidade**. Palestra proferida para a Câtadra Franco- Brasileira IRI/USP, realizada em 17 de agosto de 2015, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo.

MOYN, Samuel. **The Last Utopia**. Cambridge: Belknap Harvard, 2010.

MOWBRAY, Alastair. The creativity of the European Court of Human Rights. **Human Rights Law Review**, ano 2005, volume 5, número 1, pp. 57-79.

RUIZ – CHIRIBOGA, Oswaldo. The American Coinvention and the Protocolo f San Salvador: two intertwined treaties of non-enforceability of economic, social and cultural rights in the Inter-American System. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, vol 31, n. 2, pp. 156-183, 2013.